

A. I. Nº - 281101.0168/08-4
AUTUADO - NETUNO ALIMENTOS S/A
AUTUANTE - MARTA VASCONCELLOS COSTA
ORIGEM - IFMT DAT/NORTE
INTERNET - 12.12.08

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0381-04/08

EMENTA: ICMS. DIFERIMENTO. PESCADOS. CAUDAS DE LAGOSTA. TERMO FINAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado nos autos que a operação objeto da autuação refere-se a produto industrializado e não é cabível a exigência do imposto no momento da saída do Estado. Imputação elidida. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 12/06/08, exige ICMS no valor de R\$22.837,68, acrescido de multa de 60%, relativo à falta de recolhimento do imposto em operação com mercadorias enquadradas no regime de diferimento em situação onde não é possível a adoção do referido regime, desacompanhadas de DAE ou Certificado de Crédito. Consta, na descrição dos fatos, que se refere à falta de pagamento tempestivo do ICMS, referente ao imposto destacado na nota fiscal nº 1724 que acobertava circulação de 3.171,90 KG de cauda de lagosta.

O autuado na defesa apresentada às fls. 17 a 27, inicialmente discorre sobre a infração e esclarece que instalada no município de Paulo Afonso-BA, exerce entre outras atividades, a aquicultura, com processamento, beneficiamento e acondicionamento de pescados. Como estabelecimento industrial está legalmente habilitada para adquirir mercadorias resultantes de atividades pesqueiras, com diferimento do ICMS nos termos do art. 343, XLIX e LXIII, conforme habilitações de nºs 005133.00-8 e 005134.000-3 concedidas pela Secretaria da Fazenda.

Diz que promove compra de lagosta *in natura* no sul da Bahia, com diferimento do ICMS e após industrialização, fez remessa para a matriz localizada em Pernambuco, tendo emitido nota fiscal para acobertar a operação, mas que foi autuada no posto fiscal de fronteira do estado, sob acusação de ausência de recolhimento do imposto, enquadrada nos artigos 343, 347 c/c 348, §1º, I do RICMS/BA.

Aduz que pela leitura fática da autuação, a fiscalização de forma precipitada entendeu que o ICMS deveria ser recolhido no momento da saída da mercadoria do estabelecimento, com base na regra geral de que o momento para pagamento do imposto diferido é o da saída subsequente do estabelecimento, e que de fato a “operação em comento enquadra-se em hipótese de exceção à regra geral”.

Argumenta que não pode ser enquadrada na regra geral do diferimento (art. 348, §1º, I do RICMS/BA), por entender que esta regra não se aplica quando da saída subsequente da mercadoria e sim no “mesmo prazo previsto na legislação para as operações próprias”, previstas para o mês subsequente (art. 348, §1º, II do RICMS/BA) e ainda, que considerando a industrialização dos produtos adquiridos, o prazo para recolhimento nas operações de saída de pescados beneficiados, é o mesmo do recolhimento do imposto relativo às operações próprias do responsável (art. 348, §3º, XI do RICMS/BA).

Alega que a fiscalização equivocou-se ao não atentar para as regras acima indicadas e informa que já promoveu o recolhimento do ICMS relativo a operação objeto da autuação, no mês subsequente ao da saída da mercadoria, conforme documento juntado à fl. 27.

No mérito, transcreve o artigo 348 do RICMS/BA, ressaltando as hipóteses de exceções em que o pagamento do imposto não será exigido no momento da saída da mercadoria, mas sim no mês subsequente, que entende ser aplicado às operações de compra de lagosta in natura com diferimento destinada à industrialização.

Ressalta que o art. 2º do Regulamento do Imposto de Produtos Industrializados (IPI) estabelece abrangência de todos os produtos com alíquota, ainda que zero, relacionando na Tabela de Incidência de IPI (TIPI), excluindo os que correspondem à notação Não Tributado (NT), regra esta contida no art. 2º, §6º do RICMS/BA.

Salienta que a lagosta é tributada pela alíquota 0% da TIPI e deve ser considerado produto industrializado e tributado, motivo pelo qual deve ser aplicada a regra prevista no art. 348, §1º do RICMS/BA, visto que saiu de estabelecimento que industrializou.

Argumenta que o RICMS/BA trata o pescado como um gênero que abrange peixes, crustáceos, moluscos, lagostas, dentre outros e que de acordo com o art. 348, §3º, XI do citado diploma legal, o pagamento do ICMS é previsto para o momento do recolhimento do imposto das operações próprias.

Por fim, ressalta que tendo recolhido o ICMS das operações próprias no prazo regular, entende que o imposto exigido da operação em questão já foi feito e o Auto de Infração perdeu o seu objeto. Requer a improcedência da autuação, e ainda, a produção de todos os meios de provas admitidas pelo RPAF/BA, de modo específico a apresentação de novos documentos.

A autuante presta informação fiscal (fls. 45 e 46), inicialmente discorre sobre a infração, ressaltando que o instituto do diferimento é a postergação do lançamento e do recolhimento do imposto para momento posterior, objetivando concentrar a tributação em poucos contribuintes.

Afirma que uma das regras do diferimento é que se aplica a operações internas, impedindo o escoamento de produtos primários para contribuintes localizados em outros Estados, sem o efetivo recolhimento do imposto para o Estado da Bahia.

Argumenta que não procedem as alegações defensivas, por entender que o procedimento adotado obedece às regras previstas no RICMS/BA. Diz que lagosta é uma das mercadorias contempladas no regime de diferimento (art. 343, XLIX) e a operação de remessa para outra unidade da Federação implica na obrigatoriedade de fazer o recolhimento do ICMS (art. 347, II) e o prazo do pagamento é o previsto no art. 348, §1º, I do citado diploma legal.

Com relação à alegação defensiva de que o termo pescado engloba a lagosta, contesta dizendo que a legislação do ICMS evidencia intenção de retirar o termo das espécies nominadas no art. XIII: crustáceos (do qual faz parte a lagosta), moluscos, adoque, bacalhau, merluza, pirarucu, salmão e rã.

Relativamente à alegação de perda de objeto da autuação, atenta que o recolhimento promovido pela empresa em 09/07/08 ocorreu após o início da ação fiscal, bem como foi recolhido valor a menos que o devido aos cofres públicos, cuja base de cálculo foi apurada de acordo com Pauta Fiscal da Secretaria da Fazenda e Protocolo ICMS 14/89. Mantém a ação fiscal.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS de operação de transferência de mercadoria destinada a contribuinte localizado em outro Estado, enquadrada no regime de diferimento (lagosta), desacompanhada do comprovante de pagamento ou certificado de crédito.

O autuado, na defesa apresentada alegou que o produto comercializado é industrializado, foi emitida nota fiscal para acobertar a operação de remessa e que o prazo de recolhimento é o mesmo das operações próprias, o que foi contestado pela autuante.

Observo que o regime de diferimento foi instituído para possibilitar que contribuintes não inscritos, deixem de pagar o ICMS nas operações praticadas no mercado informal, inclusive relativo à comercialização de lagosta, postergando o pagamento do imposto para o momento da entrada no estabelecimento industrial ou saída do produto resultante da industrialização. Tem como regra geral, salvo as exceções previstas na legislação tributária, que nas saídas interestaduais de produtos enquadrados no regime de diferimento, que o imposto deve ser pago no ato da saída do Estado.

É certo que, o produto industrializado por empresas instaladas no próprio Estado, além do valor da compra, agrega custo de produção e margem de lucro. Em consequência, diferido o lançamento e o pagamento do ICMS, não havendo pagamento do imposto na aquisição, o montante do imposto gerado pela operação subsequente, engloba na sua base de cálculo todos os custos, sem haver compensação de crédito fiscal. No caso das mercadorias objeto da autuação, pela análise dos documentos juntados ao processo, trata-se de transferência de “Lagosta Cauda Exp. 13 e Lagosta Cauda Refugo” para estabelecimento do mesmo titular situado no Estado de Pernambuco (fl. 10).

Verifico que conforme disposto no art. 343, XLIX do RICMS/BA, é diferido o ICMS incidente nas saídas internas de lagosta efetuadas por pescadores com destino a estabelecimento industrial, beneficiador ou exportador, para o momento em que ocorrer a saída: a) dos produtos resultantes da industrialização ou beneficiamento; b) da mercadoria para o exterior.

O estabelecimento autuado é habilitado no regime de diferimento com nº 005133.000-8 e a operação realizada com indicação na nota fiscal nº 1724 do CFOP 6.151 é de remessa em transferência de produto industrializado pelo estabelecimento (fl. 10). Conforme ressaltado pelo autuado, a lagosta é um produto industrializado (código NCM 0306.11.00), tributado com alíquota 0%, fato não contestado.

Em se tratando de operação de remessa de produto industrializado para estabelecimento localizado em outro Estado, há incidência do ICMS já que ocorreu saída da mercadoria do estabelecimento beneficiador, encerrando o diferimento (art. 347, II, “a” do RICMS/BA). O cerne da questão é qual o prazo de recolhimento do imposto que a autuante entende ser a prevista no art. 348, §1º, “a” e o autuado entende ser o disposto no art. 348, §1º, II tudo do RICMS/BA. Para facilitar a interpretação, transcrevo abaixo os mencionados dispositivos legais.

Art. 348. O contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer qualquer das situações previstas no artigo anterior efetuará o recolhimento do imposto por ele lançado, inclusive o correspondente às operações anteriores, na condição de responsável por substituição.

§ 1º O ICMS será pago:

I - no momento da saída das mercadorias enquadradas no regime de diferimento, ainda que beneficiadas, nas situações em que não for possível a adoção do diferimento, observado o seguinte:

a) o documento fiscal será emitido com destaque do imposto, devendo a ele ser anexado, para acobertar o transporte das mercadorias, o correspondente documento de arrecadação;

...

II - no mês seguinte ao da saída das mercadorias, no mesmo prazo previsto para o recolhimento do imposto relativo às operações próprias, com o qual se confunde, quando o termo final do diferimento for à saída subsequente das mercadorias ou dos produtos resultantes da industrialização realizada por conta do estabelecimento adquirente;

A regra geral é que nas saídas de produtos diferidos para outros Estados, deve ser juntado ao documento fiscal que acobre o transporte das mercadorias, o comprovante de recolhimento do ICMS (inciso I). Entretanto, conforme previsto no inciso II do mencionado dispositivo e diploma legal, a operação objeto da autuação é de remessa em transferência de produto resultante de industrialização realizada por conta do estabelecimento adquirente.

Pelo exposto, tendo sido emitida a nota fiscal que acobertava o transporte das mercadorias em 12/06/08, o prazo de recolhimento do imposto é o mesmo das operações próprias, ou seja, no dia nove do mês subseqüente e não era devido o imposto no momento da ação fiscal.

Com relação ao argumento defensivo de que deveria ser aplicada a regra prevista no art. 348, §3º, IX do RICMS/BA, entendo que esta regra não se aplica a operação de saída de lagosta. Observo que conforme ressaltado pela autuante, a lagosta é uma espécie de crustáceo e embora não deixe de ser um pescado, a legislação do ICMS estabelece tratamento diferenciado, isentando as operações internas com os pescados de modo geral, porém exceituado as operações com crustáceos.

Quanto à alegação defensiva de que o Auto de Infração perdeu o seu objeto, considerando esta decisão de a exigência fiscal ser indevida, deixo de apreciar.

Relativamente ao argumento da autuante, que o valor recolhido é inferior ao devido, não pode ser acatado, visto que a acusação contida na autuação é de falta de recolhimento de imposto no prazo devido, podendo a autoridade fazendária determinar fiscalização no estabelecimento do contribuinte a qualquer momento, para verificar a correção da base de cálculo das operações praticadas por ele.

Por tudo que foi exposto, entendo que a mercadoria transferida é produto industrializado e não é cabível a exigência do pagamento do imposto no momento da saída do Estado. Infração elidida.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração n.º 281101.0168/08-4, lavrado contra **NETUNO ALIMENTOS S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR