

PROCESSO - A. I. Nº 140780.0008/13-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e VALENÇA DA BAHIA MARICULTURA LTDA.
RECORRIDOS - VALENÇA DA BAHIA MARICULTURA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0173-03/16
ORIGEM - IFEP SANTO ANTÔNIO DE JESUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12/05/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0091-11/17

EMENTA: ICMS. 1. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. Revisão fiscal realizada pelo autuante em diligência realizada para aplicação do percentual de perda nas operações de beneficiamento do camarão, reduz o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. 2. ENTRADAS NÃO REGISTRADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Subsistência parcial do lançamento após revisão fiscal realizada pelo autuante em sede de diligência, acatando parcialmente os argumentos e documentos acostados pela defesa. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. a) BENS PARA O ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. b) MATERIAIS PARA USO E CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento. Infrações reconhecidas. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. LIVROS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. Infração não impugnada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida e, de ofício, reconhecida a prejudicial de mérito da decadência nos períodos compreendidos entre 01/2008 a 09/2008, relativo as infrações 1 e 2. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão da Decisão proferida pela 3ª JJF ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi inicialmente imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pela empresa autuada, com base no art. 169, I, “b” do mencionado Regulamento.

O Auto de Infração, lavrado em 25/09/2013, refere-se à exigência de crédito tributário no valor de R\$940.700,64, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - 02.01.02. Falta de recolhimento nos prazos regulamentares do ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de março a junho e agosto a outubro de 2008, janeiro a dezembro de 2009, janeiro e março a dezembro de 2010. Exigido o valor de R\$849.678,48, acrescido das multas de 100% e 70%;

Consta como completo da infração tal redação: “evidenciado pelo não cumprimento do prazo previsto no art. 615 combinado com o art. 622, §2º, incisos II e III do Regulamento vigente, para o retorno das mercadorias - “Camarão inteiro fresco a classificar” - remetidas para fins de beneficiamento por conta e ordem do remetente, em outro estabelecimento neste Estado. O contribuinte remete para beneficiamento em outro estabelecimento

neste Estado, “camarões inteiros frescos a classificar”, por sua conta e ordem, produzidos em cativeiro a partir de criação de pós-larva de camarão. Posteriormente o estabelecimento beneficiador efetua o retorno de beneficiamento para o estabelecimento de origem com as seguintes especificações nas Notas Fiscais “camarão classificado”, “camarão viv. Inteiro fresco” e “camarão viv. Processado”. Esse retorno ocorre: a) fora do prazo regulamentar (o correto são 30 dias da data da remessa); b) em quantidades menores que as da remessa; c) pelos mesmos valores das remessas; d) sem indicação correta das respectivas notas fiscais de remessa; e) sem indicação do valor agregado do beneficiamento, inclusive a embalagem que não foi fornecida pelo remetente; f) sem indicação precisa do resultado do beneficiamento. O contribuinte não escritura o livro Registro de Controle da Produção.”;

Infração 02 - 05.05.01. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de janeiro, março, abril, junho agosto e setembro e novembro de 2008, abril, novembro e dezembro de 2009, janeiro a outubro e dezembro de 2010. Exigido o valor de R\$81.820,63, acrescido das multas de 100% e 70%;

Infração 03 - 06.01.01. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de fevereiro e março de 2008. Exigido o valor de R\$7.526,95, acrescido da multa de 60%;

Infração 04 - 06.02.01. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro, março, julho e dezembro de 2008, março, abril e dezembro de 2009, abril e junho de 2010. Exigido o valor de R\$1.715,58, acrescido da multa de 60%;

Infração 05 - 06.04.08. Falta de escrituração do livro CIAP. Exigida a multa no valor de R\$460,00.

As infrações 3, 4 e 5 foram reconhecidas pela empresa autuada, sendo objeto de análise deste processo tão somente as infrações 1 e 2.

Após extensa instrução processual, com apresentação da defesa inicial e posteriores manifestações da recorrente, bem como informações fiscais apresentadas pelo autuante e diligência realizada após solicitação da referida Junta, esta firmou seu entendimento pela Procedência Parcial do Auto de Infração em lide nos seguintes termos abaixo transcritos:

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, tanto em relação à infração 01, quanto no que tange à infração 02, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, fornecidos ao defendente, inclusive quando da revisão efetuada pelo autuante. Em relação à infração 01, constato que não deve prosperar a alegação de inexiste nexo de causa e efeito entre a acusação e as “evidências” constantes do Auto de Infração, tendo em vista que nos demonstrativos de apuração da exigência fiscal resta claramente evidenciado o comparativo através das notas fiscais de remessa para beneficiamento de camarão e das correspondentes notas fiscais de retorno, dentro do lapso temporal previsto no RICMS-BA/97. Não acato também a alegação de a apuração da exigência fiscal se deu por meio de presunção, uma vez que resta comprovado que parte do volume enviado para beneficiamento não retornou ao estabelecimento autuado no prazo legalmente instituído, portanto, a apuração foi procedida de forma direta e do confronto entre a documentação fiscal emitida nas correspondentes operações. Não vislumbro qualquer impacto na apuração o fato alegado de que não se verificou os estoques do camarão beneficiado nos frigorífico do estabelecimento que realiza o beneficiamento, uma vez que a operação em questão não é de armazenagem e sim de beneficiamento. Ou seja, sendo a operação objeto da autuação de remessa para beneficiamento não há que se falar em armazenamento pelo estabelecimento beneficiador.

Quanto ao argumento do autuado, o de que ocorreu cerceamento de defesa pelo fato de não lhe terem sido entregues as cópia das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal que apurou a infração 02, consigno que esse óbice foi superado, uma vez que em diligência determinada por essa Junta de Julgamento foram entregues as cópias das notas fiscais que constam da apuração do débito exigido nesse item da autuação. Em suma, somente remanesceram elencadas no demonstrativo de débito as notas fiscais, cujas cópias, foram entregues ao autuado e acostadas aos autos.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento. Considero ultrapassadas as questões suscitadas de caráter formal.

O defendente requereu a realização de prova pericial para comprovar as alegações apresentadas nas razões de defesa quanto às infrações 01 e 02.

Observo que o deferimento do pedido de perícia deve acontecer quando essas providências forem necessárias à convicção dos julgadores, podendo ser indeferida quando for desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi apresentado pelo defendente qualquer documento que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pela autuante, por isso, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, alíneas “a” e “b”, do RPAF-BA/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, além de desnecessária em vista das provas produzidas no presente PAF, inclusive, mediante a realização de diligência.

No mérito, o Auto de Infração é constituído de cinco infrações a legislação tributária baiana, conforme enunciada de forma minudente e circunstanciada no preâmbulo do relatório. No que diz respeito às infrações 03, 04 e 05, o sujeito passivo, expressamente, em suas razões de defesa, revelou reconhece o cometimento. Logo, considero procedentes os itens 03, 04 e 05 da autuação.

A infração 01 trata da falta de recolhimento nos prazos regulamentares do ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios.

Conforme se verifica no “Demonstrativos de Remessas e de Retorno de Camarão Fresco a Classificar para Beneficiamento...”, fls. 21 a 50, e do complemento informativo da infração, fl. 01, o autuado nas remessas de camarão inteiros frescos para beneficiamento por sua conta e ordem do remetente não cumpriu o prazo de retorno previsto no art. 615, combinado com o art. 622, §2º, incisos II e III do RICMS-BA/97.

Em sede defesa o autuado protestou quanto a não consideração das perdas o levantamento fiscal por ser inerente ao processo de beneficiamento de camarão.

Esta questão foi superada com a determinação de diligência que apurou a perda média do setor de 40% obtido através de consulta outra empresa também beneficiadora de camarões no percentual. O autuante procedeu a revisão do demonstrativo de apuração contemplando o percentual de perda de 40% reduzindo valor do débito para R\$356.769,04, acostado às fls. 679 e 680.

O autuado concordou com o percentual das perdas adotado na revisão e se insurgiu coma manutenção prazo de retorno para o camarão beneficiado adotado pelo autuante de 60 dias previsto no art. inciso II do § 2º do art. 622 do RICMS-BA/97, aduzindo que o correto seria considerar o prazo de 180 dias previsto no §3º do art. 615, do mesmo regulamento.

Entendo que assiste razão ao autuante tendo em vista que o prazo que deve ser aplicado expressamente para atividade compatível com a do estabelecimento remetente por se tratar de mercadoria perecível e de maior fungibilidade é a que se refere a produtos agropecuários como gênero de criação de animais. É o que se infere nitidamente da inteleção dos dispositivos regulamentares envolvidos, in verbis:

“Art. 615. É suspensa a incidência do ICMS nas saídas internas e interestaduais de mercadorias ou bens a serem industrializados, total ou parcialmente, em estabelecimento do mesmo contribuinte ou de terceiro, por conta do remetente (Conv. AE 15/74).

[...]

§3º A suspensão prevista neste artigo é condicionada a que as mercadorias ou bens ou os produtos industrializados resultantes retornem real ou simbolicamente ao estabelecimento de origem, dentro de 180 dias, contados da data da saída do estabelecimento autor da encomenda, se nesse prazo não for realizada a transmissão de sua propriedade, sendo que esse prazo poderá ser prorrogado até duas vezes, por igual período, em face de requerimento escrito do interessado, dirigido à repartição fiscal a que estiver vinculado.

[...]

§ 6º A suspensão prevista neste artigo não se aplicará nas operações interestaduais com sucatas ou com produtos primários de origem animal, vegetal ou mineral, salvo quando for celebrado protocolo entre a Bahia e a unidade federada envolvida na operação, observadas as disposições nele contidas.”

“Art. 622. O disposto neste capítulo aplicar-se-á, no que couber, às remessas de mercadorias para recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, polimento, plastificação e congêneres, de objetos destinados ou não a industrialização ou a comercialização.

[...]

§ 2º Tratando-se de produtos agropecuários remetidos a estabelecimento beneficiador, para beneficiamento por conta e ordem do remetente, o tratamento previsto neste Capítulo será adotado com as seguintes ressalvas:

[...]

II - o prazo para que as mercadorias retornem ao estabelecimento de origem é de 60 dias, contado da data da saída do estabelecimento autor da encomenda, se nesse prazo não for realizada a transmissão de sua propriedade, sendo que esse prazo não poderá ser prorrogado;

III - decorrido o prazo previsto no inciso anterior sem que ocorra a transmissão da propriedade ou o retorno das mercadorias ao estabelecimento de origem, real ou simbólico, será exigido o imposto devido por ocasião da remessa, sujeitando-se o recolhimento, mesmo espontâneo, à atualização monetária e aos acréscimos moratórios.

Como se verifica do teor do §6º que se segue ao §3º, ambos do art. 615 do RICMS-BA/97, este último invocado pelo defensor para fundamentar a adoção do prazo de 180 dias para suspensão nas remessas de camarão para beneficiamento, ora em lide, resta patente o tratamento distinto dispensado para operações de industrialização de produtos primários de origem animal que, no caso de operações interestaduais, nem sequer, são alcançadas pela suspensão. Daí porque a restrição expressa no inciso II, do art. 622 do RICMS-BA/97, ao estatuir o prazo de 60 dias específico para as operações, tanto para remessas internas, quanto interestaduais, para beneficiamento de produtos agropecuários, nos quais se incluem os camarões criados em cativeiro na condição de produtos primários de origem animal.

O impugnante, apesar de acatar o ajuste efetuado pelo autuado na diligência, se insurgiu afirmando que a apuração em decorrência da diligência não contemplou o crédito presumido a que tem direito.

Ressalto que não deve prospera a pretensão do autuado, tendo em vista que o crédito presumido a que se refere, estatuído pelo art. 96, inciso XXVI, do RICMS-BA/97, não pede ser aplicado, como se depreende do teor do aludido dispositivo regulamentar, in verbis:

"Art. 96. São concedidos os seguintes créditos presumidos do ICMS, para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e de apuração do imposto a recolher:

[...]

XXVI - ao contribuinte criador e produtor de lagosta e camarão, inscrito no cadastro de contribuintes do ICMS deste Estado (CAD-ICMS), nas operações internas e interestaduais, o equivalente a 75% (setenta e cinco por cento) do imposto destacado no documento fiscal, sendo que a utilização do benefício constitui opção do contribuinte em substituição ao uso de quaisquer créditos decorrentes de aquisição de mercadorias ou utilização de serviços nas etapas anteriores, observado o disposto no § 8º,"

[...]

"§ 8º O percentual previsto no inciso XXVI do caput poderá ser elevado para até 99% (noventa e nove por cento), mediante celebração de termo de acordo com a Secretaria da Fazenda, que condicionará a fruição do benefício à realização de investimentos e geração de novos empregos."

Logo, da inteleção do aludido dispositivo claramente se depreende que a pretensão do autuado não pode prevalecer, haja vista que os créditos presumidos objeto do referido dispositivo regulamentar somente se aplica para redução do débito apurados nas operações de saídas acobertas com a emissão do documento fiscal e regularmente escrituradas e não nas operações de saídas decorrente da apuração de ilícito tributário, como no presente caso.

Nestes termos, resta configurado o cometimento parcial da autuação. Assim, acolho o novo demonstrativo de débito elaborado pelo autuante, que reduz o valor do débito para R\$356.769,04.

A Infração 02 cuida do cometimento pelo autuado de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

A omissão de saídas objeto da autuação tem respaldo legal no inciso IV, do §3º, do art. 2º do RICMS-BA/97, in verbis:

Art. 2º Nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

[...]

§ 3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:

[...]

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

Em sede de defesa, o autuado questionou a falta de entrega das cópias das notas fiscais elencadas no levantamento fiscal para que pudesse se defender plenamente. Essa questão foi superada com a realização de diligência determinando que o autuante apresentasse as referidas cópias ao processo e fornecesse cópias ao autuado e que fosse reaberto o prazo de defesa e excluído da apuração as notas fiscais não localizadas. O autuante refez o levantamento fiscal contemplando somente as notas fiscais apresentadas reduzindo o débito para R\$68.686,32, fls. 679 e 680.

O impugnante, apesar de acatar o ajuste efetuado pelo autuado na diligência, se insurgiu afirmando que a apuração em decorrência da diligência não contemplou o crédito presumido a que tem direito.

Do mesmo modo, já esposado em relação à infração 01, também não prospera a pretensão do autuado, tendo em vista que o crédito presumido a que se refere, estatuído pelo art. 96, inciso XXVI, do RICMS-BA/97, somente se aplica para redução do débito apurados nas operações de saídas acobertas com a emissão do documento fiscal e regularmente escrituradas e não nas operações decorrente da apuração de ilícito tributário, como no presente caso.

Nestes termos, resta configurado o cometimento parcial da autuação. Assim, acolho o novo demonstrativo de débito elaborado pelo autuante, fl. 679 e 680, que reduz o valor do débito para R\$68.686,32.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Os demonstrativos pertinentes à infração 1 foram refeitos, visto que restou comprovado, mediante diligência, que cerca de 40% dos camarões beneficiados se perdem no procedimento, tendo o autuante reduzido o valor do débito para R\$356.769,04 (fls. 679 e 680).

Quanto à infração 2, houve também o refazimento do demonstrativo, vez que, a diligência solicitou que o autuante apensasse as cópias das notas fiscais que ensejaram o levantamento fiscal, bem como fornecesse cópias ao recorrente, reabrindo o prazo de defesa e excluindo da apuração as notas fiscais não localizadas.

Após os reajustes necessários e cumprimento do disposto na diligência, o autuante refez o levantamento fiscal contemplando somente as notas fiscais apresentadas, reduzindo o débito para R\$68.686,32.

Em razão de a desoneração ter ultrapassado o limite estabelecido no art. 169, I, “a” do RPAF/BA, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da própria Decisão.

Inconformada com parte da Decisão, a empresa recorrente interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação tão somente em relação ao reconhecimento do direito ao crédito presumido previsto no art. 96, inc. XXVI, do RICMS/BA-97.

Após tecer uma breve síntese dos fatos, adentra ao mérito recursal afirmando que *o art. 96, inc. XXVI, do RICMS/BA-1997, traz a possibilidade dos criadores de lagostas e camarões creditarem-se de maneira presumida nas operações internas e interestaduais no equivalente a 75% (setenta e cinco por cento) do imposto destacado.*

Assim, cita o texto legal e trecho da fundamentação do voto de piso que entende pelo impedimento de utilização dos créditos presumidos, já que estes *supostamente são frutos da apuração de ilícito tributário pela Autoridade Autuante.*

Assevera que *as premissas adotadas pelo I. Órgão Julgador de piso são contraditórias na medida em que considera que o cerceamento ao direito defesa fora superado com o apensamento dos documentos fiscais que sustentariam a autuação, ao mesmo passo que as desconSIDERA para negar-lhe o direito aos créditos presumidos das operações ocorridas.*

Ademais, aduz que *se o próprio relator reconhece que os documentos fiscais foram apensados aos autos, permitindo a Autoridade Autuante e demais atores do procedimento fiscal conhecerem exatamente o que fora apurado, inclusive, levando a redução do auto de infração, por óbvio, que as operações encontram-se acobertas por documentos fiscais aptos a permitirem o creditamento.*

Deste modo, defende que *as exigências legalmente previstas no art. 96, inc. XXVI, do RICMS/BA-97 de que o contribuinte deve estar inscrito no CAD-ICMS e que o tributo deve estar destacado no documento fiscal foram preenchidos pela Recorrente, como deixa claro todos os documentos apensados, sendo inconteste, portanto, o direito da Recorrente ao crédito presumido previsto no art. 96, inc. XXVI, do RICMS/BA-97.*

Por fim, requer seja conhecido e provido o presente recurso voluntário, reconhecendo o direito da recorrente ao crédito presumido previsto no art. 96, inc. XXVI, do RICMS/BA-97, devendo ser

determinado por esta C. Câmara Fiscal Julgadora o recálculo dos valores contidos no auto de infração, desta vez, levando em consideração o percentil de 75% (setenta e cinco por cento) do crédito presumido.

VOTO

Primeiramente, de ofício, reconheço a prejudicial de mérito da decadência dos períodos compreendidos entre 03/2008 a 09/2008 nas infrações 1 e 2, visto que se encontram decaídos pelo decurso do prazo de 05 anos, período este que o Fisco teria para a cobrança de tais débitos.

A ciência do Auto de Infração pela Recorrente se deu em setembro de 2008, sendo este o marco inicial para a contagem do prazo decadencial.

Por ser o ICMS um imposto de apuração mensal, por homologação, entendo pela aplicação do art. 150, §4º do CTN, o qual dispõe ser o prazo prescricional de 05 anos, a contar do fato gerador, o período disposto ao Fisco para cobrar os débitos tributários que lhe são devidos.

As infrações 1 e 2, as quais tratam de *Falta de recolhimento nos prazos regulamentares do ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios e Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas*, ainda que se entenda que o pagamento do tributo seria o fator condicionante para a aplicação do art. 150, § 4º do CTN em detrimento do art. 173, I do mesmo Código, o mesmo é incontestável em relação à infração 1, pagamento este ocorrido em prazo diferente do estipulado em Lei, o que acarretou na lavratura do Auto de Infração.

Esse entendimento vem sendo adotado pela PGE, em seu Incidente de Uniformização que já reconhece a aplicação do art. 150, §4º quando restar comprovado que houve pagamento a menor do ICMS. Vejamos:

“6. Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0

Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, §4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributárias), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.”

Quanto à decadência da infração 2, restou comprovada a apuração do imposto no período autuado. Como já mencionado acima, por ser um imposto por homologação e ser de apuração mensal, válida a aplicação do art. 150, §4º do CTN.

Este é o entendimento defendido pelo i. Conselheiro Rodrigo Lauande Pimentel, que, em explanação sobre o tema, discorre sobre a decadência e a aplicação do art. 150, §4º do CTN, independente de pagamento. Corrente esta, inclusive, com a qual me coaduno. Vejamos trecho:

Entretanto, mesmo a despeito do entendimento consagrado do STJ de que qualquer pagamento efetuado a título de tributo já afirmaria a natureza jurídica do lançamento para a espécie por homologação, vislumbro, com a devida vênia, que tal definição é extremamente fluida, sem delinear a necessária segurança jurídica que a situação impõe.

Pois bem, deixar a configuração do lançamento tributário ao alvitre do contribuinte não é a melhor resposta diante do ordenamento jurídico. Trilhando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o sujeito ativo poderia ‘ganhar’ um ano a menos de prazo decadencial com o pagamento de apenas 0,01 (hum centavo)! Trata-se de uma situação teratológica, que não se coaduna com os princípios constitucionais da legalidade. Desse modo, percebo que a natureza jurídica do lançamento tributário vem da lei, e não do comportamento do contribuinte.

No caso do ICMS, em regra, vislumbro que a sua apuração é mensal, com lançamento feito pelo próprio contribuinte e a devida homologação posterior, dos cálculos e do pagamento efetuado, pela autoridade administrativa pertinente.

Diante desse quadro legal, assegurado que: (i) a regra do ICMS é o lançamento por homologação, sendo exceção o lançamento de ofício, v.g., nos casos de lançamento por presunção do art. 4º, §4º da Lei 7.014/96; e (ii) entendendo que somente o CTN pode regulamentar as normas gerais de direito, por mandamento

constitucional e aplicação da SV. 08 nos seus fundamentos; conluso que o prazo a ser observado nos lançamentos do ICMS por homologação é aquele previsto no art. 150, §4º do CTN, ou seja, 5 (cinco) anos após o dia de ocorrência do fato gerador.

Diante das alegações expostas quanto à decadência, passemos à análise do Recurso de Ofício.

Inicialmente, cumpre-nos esclarecer que as infrações 3, 4 e 5 foram reconhecidas pela recorrente, tendo subsistido tão somente as infrações 1 e 2.

Desde já, devem ser homologados os valores reconhecidos e devidamente pagos.

A infração 1 trata da *Falta de recolhimento nos prazos regulamentares do ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de março a junho e agosto a outubro de 2008, janeiro a dezembro de 2009, janeiro e março a dezembro de 2010. Exigido o valor de R\$849.678,48, acrescido das multas de 100% e 70%;*

De fato, o prazo de 60 dias não foi cumprido, já que o entendimento da recorrente é de que seria correta a aplicação do prazo de 180 dias, conforme art. 615, §3º do RICMS/BA 97, por não ser a carcinicultura (cultivo de camarões em viveiros) considerada ramo da agropecuária.

Tal alegação foi rebatida pelo autuante e confirmada no voto de primeira instância, já que o entendimento, com o qual coaduno meu posicionamento, é o de que a carcinicultura (termo mais correto, e não aquicultura, que seria um termo geral aplicável aos crustáceos) está englobado pelo ramo agropecuário.

Assim, como bem disse o julgador de piso, *correta a aplicação do inciso II, do art. 622 do RICMS-BA/97, ao estatuir o prazo de 60 dias específico para as operações, tanto para remessas internas, quanto interestaduais, para beneficiamento de produtos agropecuários, nos quais se incluem os camarões criados em cativeiro na condição de produtos primários de origem animal.*

Quanto ao cerne da questão que gerou a redução da infração, qual seja, o reconhecimento de que há perda de cerca de 40% do produto camarão após o beneficiamento, acertado foi o posicionamento da Decisão de primeiro grau, o qual afirma que: *Esta questão foi superada com a determinação de diligência que apurou a perda média do setor de 40% obtido através de consulta outra empresa também beneficiadora de camarões no percentual. O autuante procedeu a revisão do demonstrativo de apuração contemplando o percentual de perda de 40% reduzindo valor do débito para R\$356.769,04, acostado às fls. 679 e 680.* Assim, com a exclusão dos valores de R\$2.900,02 (mês de mar/2008), R\$2.378,97 (mês de mai/2008), R\$823,23 (mês de jun/2008), R\$728,08 (mês de ago/2008) com total de R\$6.830,30 referente ao valor julgado em Primeira Instância, o montante remanescente da infração 1 é no valor de R\$349.938,74.

Em relação à infração 2, a qual trata de omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através de entrada de mercadorias não registradas, esta foi questionada pelo recorrente que, em defesa inicial alegou cerceamento de defesa por não ter tido acesso às cópias das notas fiscais que ensejaram no levantamento fiscal.

Em diligência solicitada pela Junta, foi determinado que o *autuante apensasse as referidas cópias ao processo e fornecesse cópias ao autuado e que fosse reaberto o prazo de defesa e excluído da apuração as notas fiscais não localizadas.* O autuante refez o levantamento fiscal contemplando somente as notas fiscais apresentadas reduzindo o débito para R\$68.686,32, fls. 679 e 680. O mesmo acontece para esta infração, com a exclusão dos valores de R\$3.145,00 (mês de jan/2008), R\$33.244,10 (mês de mar/2008), R\$5.155,25 (mês de abr/2008), R\$661,14 (mês de jun/2008), R\$8.501,70 (mês de ago/2008) e R\$3.825,00 (mês de set/2008) com total de R\$54.532,19 referente ao valor julgado em Primeira Instância, o montante remanescente da infração 2 é no valor de R\$14.154,13.

Ora, conforme demonstrado e em consonância com os documentos acostados, procedeu de forma acertada o autuante, que reformulou os valores devidos, os quais foram também acatados pela Junta de Julgamento Fiscal.

Deste modo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Ato contínuo, analisemos o Recurso Voluntário.

Neste, a insurgência cinge-se tão somente contra a não aplicação do art. 96, inc. XXVI, do RICMS/BA 97, o qual determina que:

Art. 96. São concedidos os seguintes créditos presumidos do ICMS, para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e de apuração do imposto a recolher:

(...)

XXVI – Ao contribuinte criador e produtor de lagosta e camarão, inscrito no cadastro de contribuintes do ICMS deste Estado (CAD-ICMS), nas operações internas e interestaduais, o equivalente a 75% (setenta e cinco por cento) do imposto destacado no documento fiscal, sendo que a utilização do benefício constitui opção do contribuinte em substituição ao uso de quaisquer créditos decorrentes de aquisição de mercadorias ou utilização de serviços nas etapas anteriores, observado o disposto no § 8º.

A junta de Julgamento Fiscal fundamentou sua Decisão nos seguintes termos:

O impugnante, apesar de acatar o ajuste efetuado pelo autuante na diligência, se insurgiu afirmando que a apuração em decorrência da diligência não contemplou o crédito presumido a que tem direito.

Do mesmo modo, já esposado em relação à infração 01, também não prospera a pretensão do autuado, tendo em vista que o crédito presumido a que se refere, estatuído pelo art. 96, inc. XXVI, do RICMS/BA-97, somente se aplica para redução dos débitos apurados nas operações de saídas acobertas com a emissão do documento fiscal e regularmente escrituradas e não nas operações decorrentes de apuração de ilícito tributário, como no presente caso.

Quanto à alegação da Recorrente de que faz jus ao crédito presumido do ICMS, acompanho o entendimento da Junta de Julgamento Fiscal, por entender que, apesar de ter direito ao crédito presumido de ICMS por preencher os requisitos de sua concessão, conforme estipulado pelo art. 96, XXVI do RICMS/BA de 1997, o mesmo só pode ser gozado na redução de débitos quando as saídas estiverem amparadas pelo documento fiscal e devidamente escrituradas, o que não aconteceu no caso em apreço.

Deste modo, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, reconhecendo, de ofício, a prejudicial de mérito da decadência nos períodos compreendidos entre 01/2008 a 09/2008.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e, de ofício, reconhecer a prejudicial de mérito da decadência dos períodos compreendidos entre 01/2008 a 09/2008 das infrações 1 e 2, modificar a Decisão recorrida e julgar PROCENDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 140780.0008/13-6, lavrado contra VALENÇA DA BAHIA MARICULTURA LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$372.806,32**, acrescido das multas de 60% sobre R\$8.741,53, 70% sobre R\$99.088,92 e 100% sobre R\$264.975,87, previstas, respectivamente no art. 42, incisos III e II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no inciso XV, “d”, alterada pela Lei nº 8.534/02, do citado diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS - REPR. DA PGE/PROFIS