

PROCESSO	- A. I. N° 281318.0013/19-3
RECORRENTE	- BISCOITO SÃO BENEDITO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0251-02/20-VD
ORIGEM	- DAT NORTE / INFAC DO RECÔNCAVO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 31/01/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0368-11/21-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES INTERNAS. Contribuinte fabricante de biscoitos ou bolachas que adquirir a qualquer título farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo, poderão, mediante e na forma prevista em regime especial, apurar o imposto relativo à antecipação tributária das mercadorias oriundas do exterior ou de Estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00, e reapurar o imposto pago por antecipação nas aquisições oriundas de Estados signatários do referido protocolo, devendo o imposto ser recolhido até o 10º dia do mês subsequente à entrada da mercadoria no estabelecimento, art. 377 do RICMS/2012. Contribuinte detentor de Regime Especial deverá apurar o ICMS-ST, segundo as normas nele estabelecidas. A autuada recolheu o ICMS a menor que o devido, por ter lançado valores a débito do imposto, menores. A autuada não elidiu a infração. Indeferido o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, contra a decisão de piso que julgou Procedente o Auto de Infração em referência, lavrado em 24/09/2019, para exigir o ICMS no valor histórico de R\$40.359,86, acrescido da multa de 60%, pela constatação da infração a seguir descrita:

INFRAÇÃO 01 – 07.02.03 – *Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, referente aos meses de agosto a dezembro de 2015, janeiro, março, abril, julho, outubro, novembro de 2016, fevereiro, abril e agosto a dezembro de 2017.*

Enquadramento legal: art. 8º, inc. II da Lei nº 7.014/96, c/c art. 298 do RICMS/2012.

Multa tipificada no art. 42, inc. II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96.

O autuante informa que: “*O contribuinte é fabricante de biscoitos, sendo beneficiário do art. 377, § 1º do RICMS/2012, que permite a compensação (através de ajustes no RAICMS), dos valores devidos a título de antecipação tributária própria das vendas. Todavia, verificou-se que a diferença entre o valor da S.T. devida e os valores utilizados como ajustes foram recolhidos a menor nos períodos específicos reclamados, conforme detalhado no relatório anexo denominado: ‘COMPARATIVO ENTRE AJUSTES DE COMPENSAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PRÓPRIA COM RECOLHIMENTOS EFETUADOS’.*

Após a devida instrução processual, assim decidiu a 2ª JJF:

VOTO

O Auto de Infração em análise impõe ao sujeito passivo a acusação de deixar de reter e recolher o ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes para contribuintes localizados neste Estado, tempestivamente impugnada.

A autuada é contribuinte do ICMS, inscrito na condição NORMAL, desde 03/07/1989 e exerce a única atividade econômica de fabricação de biscoitos e bolachas.

Inicialmente, indefiro o pedido de diligência por considerar que os elementos contidos nos autos são suficientes para decidir a lide. A negativa tem como base o art. 147, inc. I, alínea "a" do RPAF/99.

Nas informações complementares o autuante declara que o contribuinte é fabricante de biscoitos e beneficiário do art. 377, § 1º do RICMS/2012, fato que o permite fazer a compensação, através de ajustes no Livro de Apuração do ICMS, dos valores devidos a título de antecipação tributária própria das suas vendas.

Nesse sentido é oportuno destacar o que prevê o art. 377, § 1º do RICMS/2012, in verbis.

Art. 377. Os estabelecimentos fabricantes de massas alimentícias, biscoitos ou bolachas que adquirirem a qualquer título farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo poderão, mediante e na forma prevista em regime especial, apurar o imposto relativo a antecipação tributária das mercadorias oriundas do exterior ou de estados não signatários do Protocolo ICMS nº 46/00 e reapurar o imposto pago por antecipação nas aquisições oriundas de estados signatários do referido protocolo, devendo o imposto ser recolhido até o 10º dia do mês subsequente a entrada da mercadoria no estabelecimento.

§1º Se a apuração ou reapuração resultar em saldo credor, os estabelecimentos fabricantes poderão:

I - abater do ICMS devido por outras operações próprias do estabelecimento ou dos demais estabelecimentos da empresa;

II - abater do ICMS devido por substituição tributária nas operações subsequentes com os produtos constantes do caput do art. 375;

III - transferir para os moinhos fornecedores de farinha de trigo, domiciliados neste estado e nas demais unidades federadas signatárias do Protocolo 46/00, sem necessidade de autorização fiscal, para abater do imposto referente à substituição tributária. (Redação do inc. III vigente até 31/12/2019, tendo sido alterada pelo Decreto nº 19.384, de 20/12/2019.)

Verifico que efetivamente o contribuinte é detentor de regime especial, com vigência até 30/09/2017 – Parecer nº 38264/2017, cuja ementa transcrevo:

ICMS. Regime especial. Art. 6º do Decreto 15.490/2014. Apuração do ICMS nas operações com farinha de trigo na forma prevista no Art. 377 do RICMS/BA. Revoga-se o parecer 25500/2011. Pelo Deferimento. Efeitos até 30/09/2017.

O citado Regime especial foi concedido ao contribuinte, nos termos conforme reproduzido a seguir:

REVOGAR o Parecer nº 19453/2015.

DEFERIR o Regime Especial, nos seguintes termos:

DO REGIME ESPECIAL

Cláusula primeira - BISCOITO SÃO BENEDITO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, inscrição estadual 26.056.876-NO, inscrita no CNPJ sob o número 32.669.608/0001-08, com endereço na Rua da Conceição, S/N, Sede, Santo Antonio de Jesus, Bahia, fica, na forma prevista no art. 377 do RICMS/BA, autorizada a:

I - proceder a apuração da antecipação tributária nas aquisições de farinha de trigo e mistura de farinha de trigo oriundas do exterior e de Estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00;

II - reapurar a antecipação tributária nas aquisições de farinha de trigo e mistura de farinha de trigo oriundas deste estado e de estados signatários do Protocolo ICMS 46/00, utilizados na fabricação de biscoitos e bolachas;

III- recolher o ICMS até o décimo dia do mês subsequente ao da efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento.

Cláusula segunda - A requerente deverá apurar e recolher o ICMS referente à antecipação tributária, mensalmente, da seguinte forma:

I - lançar no livro de apuração do ICMS:

a) os créditos correspondentes:

1 - às entradas tributadas de mercadorias, insumos, energia elétrica, ativos, dentre outras ocorridas no mês, incluído o imposto destacado nos documentos fiscais de aquisição de farinha de trigo de Estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00, utilizados na fabricação de biscoitos e bolachas;

2 - ao crédito presumido calculado pela aplicação de percentual previsto na legislação sobre o valor da operação própria com biscoitos e bolachas produzidos pela requerente neste Estado;

3 - às entradas de farinha de trigo junto a moinhos localizados neste estado ou em estado signatário do Protocolo 46/00, utilizados na fabricação de biscoitos e bolachas, em valor calculado por unidade de medida de massa adquirida, tomando por base tabela fornecida pela SEFAZ nos termos do § 1º desta cláusula;

b) como débito de imposto, valor calculado pela aplicação do percentual de 7% (sete por cento) sobre o valor total mensal das saídas internas e interestaduais de biscoitos e bolachas;

II - havendo saldo devedor na apuração, utilizar no documento de arrecadação o código de receita 1145 - ICMS Antecipação Tributária;

Registro que o regime especial acima citado, foi renovado até 31/01/2022, estando em vigência o regime especial nos mesmos termos do acima citado, conforme Parecer nº 39730/2019.

A tese da defesa se fundamenta no entendimento de que os valores apurados, considerados distorcidos, são provenientes de operações de vendas fora do estabelecimento em outros Estados, ou seja, não se trataria de operações internas, como afirma a acusação.

Diz que essas vendas, que provocaram a diferença, foram aquelas decorrentes de vendas com veículo, CFOP 6.103 – VENDA DE PRODUÇÃO DO ESTABELECIMENTO, EFETUADA FORA DO ESTABELECIMENTO, o que evidencia que se trata de vendas fora do Estado da Bahia e não procedeu a retenção e recolhimento do ICMS-ST, em razão de não existir protocolo de ICMS que preveja tal retenção do imposto, devido ao Estado de destino. Assim, entende não haver por que a Bahia reclamar o ICMS que não lhe pertence.

O autuante em sua informação fiscal aponta que nas notas fiscais trazidas pela defesa, constata-se que repetidamente há emissão de cartas de correção onde se altera o Estado de destino das mercadorias, assim como o destinatário, prática vedada pelo RICMS/BA, conforme art. 42, incisos I e II, ou seja, a prática de atos não previstos na legislação do ICMS, o que os tornam sem efeito.

Por outro lado, à fl. 47, consta no demonstrativo COMPARATIVO ENTRE AJUSTES DE COMPENSAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PRÓPRIA COM RECOLHIMENTOS EFETUADOS, que compara os valores lançados no Livro Registro de Apuração do ICMS a título de AJUSTE A DÉBITO com os valores da Substituição Tributária própria, nos períodos de 2015, 2017 e 2018, a demonstração que o contribuinte nestes períodos lançou no Livro Registro de Apuração do ICMS, valores superiores aos recolhidos a título de substituição tributária, infringindo o que determina a letra “b” do item I do regime especial.

A justificativa do contribuinte não merece acolhimento, mesmo se tratando de vendas fora do estabelecimento, para outros Estados, haja vista que o contribuinte, em cumprimento ao que determina o regime especial, deverá considerar como débito de imposto, o valor calculado nos termos do art. 377 do RICMS/BA nas saídas internas e interestaduais de massas alimentícias, biscoitos e bolachas; e, havendo saldo devedor na apuração, utilizar no documento de arrecadação o código de receita 1145 – ICMS Antecipação Tributária, pois assim determina o regime especial.

O autuante apurou e comprovou que o contribuinte não observou ao que preconiza o art. 377 do RICMS/BA, acima transcrito, cujos valores foram calculados com base na EFD do contribuinte e os dados registrados no SISTEMA DE ARRECADAÇÃO DA SEFAZ, conforme consta claramente demonstrado no levantamento COMPARATIVO ENTRE AJUSTES DE COMPENSAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PRÓPRIA COM RECOLHIMENTOS EFETUADOS, às fls. 04 a 32, onde encontra-se calculado o ICMS que deveria ter sido recolhido e não foi, por ter lançado valores á débito do imposto menores que o devido.

Portanto, considero subsistente a infração.

Constato que os valores apurados no demonstrativo COMPARATIVO ENTRE AJUSTES DE COMPENSAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PRÓPRIA COM RECOLHIMENTOS EFETUADOS, às fls. 04 a 32, referem-se aos períodos de agosto a dezembro de 2015, janeiro, março, abril, julho, outubro, novembro de 2017, fevereiro, março, abril, agosto e setembro a dezembro de 2018, enquanto o demonstrativo de débito da infração, fls. 01 e 02, exige o imposto nos mesmos meses de 2015, 2016 e 2017.

Assim, procedo de ofício a retificação do demonstrativo de débito, corrigindo as datas de ocorrência e de vencimento, conforme a seguir.

Ocorrência	Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	Multa	Val. Histórico
31/08/2015	09/09/2015	4.351,11	18,00	60,00	783,20
30/09/2015	09/10/2015	639,61	18,00	60,00	115,13
31/10/2015	09/11/2015	3.272,89	18,00	60,00	589,12
30/11/2015	09/12/2015	6.451,39	18,00	60,00	1.161,25
31/12/2015	09/01/2016	14.715,00	18,00	60,00	2.648,70
31/01/2017	09/02/2017	29.964,72	18,00	60,00	5.393,65
30/03/2017	08/04/2017	17.100,00	18,00	60,00	3.078,00
30/04/2017	09/05/2017	22.503,61	18,00	60,00	4.050,65
30/07/2017	08/08/2017	2.579,11	18,00	60,00	464,24
31/10/2017	09/11/2017	2.045,78	18,00	60,00	368,24
30/11/2017	09/12/2017	5.037,56	18,00	60,00	906,76
28/02/2018	09/03/2018	1.652,56	18,00	60,00	297,46
31/03/2018	09/04/2018	1.802,33	18,00	60,00	324,42
30/04/2018	09/05/2018	1.462,33	18,00	60,00	263,22
31/08/2018	09/09/2018	29.786,78	18,00	60,00	5.361,62
30/09/2018	09/10/2018	48.543,28	18,00	60,00	8.737,79
31/10/2018	09/11/2018	11.976,94	18,00	60,00	2.155,85
30/11/2018	09/12/2018	18.743,22	18,00	60,00	3.373,78
31/12/2018	09/01/2019	1.593,22	18,00	60,00	286,78
Total				40.359,86	

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Irresignada, a Autuada, através de seus Advogados, interpôs Recurso Voluntário (fl. 547 a 561) objetivando a reapreciação da decisão de piso

- A defendantete repete todos os argumentos utilizados na fase impugnatória ou seja:
- Pede diligência;
 - Pede pela improcedência do Auto de Infração, pois os valores distorcidos são provenientes de operações de vendas fora do estabelecimento em outros estados da federação, ou seja, não se trata de operações internas e todas as vendas que provocaram a diferença foram operações de vendas em veículo, CFOP 6.103, o que evidencia se tratar de vendas fora do Estado da Bahia; Aduz pela inexistência de protocolo de ICMS que preveja a retenção do imposto devido ao Estado de destino, não há por que a Bahia reclamar o ICMS, pois, este não lhe pertence;
 - Entende que na remessa para vendas em veículo, no campo INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES, há o registro de que se trata de mercadorias a serem comercializadas em outro Estado, trazendo aos autos o exemplo da Nota Fiscal série 1 nº 016.899, emitida em 19/09/2015, no valor de R\$1.255,15, onde consta a observação: “Mercadoria a ser comercializada no Estado de Alagoas, Talão 38901 a 38950”. Esta operação, com a natureza especificada, afasta totalmente a exigência do ICMS-ST na operação subsequente, diz.
 - Reproduz o art. 10 da Lei nº 7.014/96 e afirma que este dispositivo legal respalda o procedimento adotado, pois, tratando-se de operações interestaduais, como é o caso em exame, a adoção do regime de substituição tributária depende de acordo específico para tal.
 - Informa que no seu regime especial para aquisição de farinha de trigo e a postergação do imposto para o momento da sua saída, não a obriga de cobrar o ICMS-ST dos contribuintes localizados em outros Estados, porque este imposto deve ser exigido pelo Estado do adquirente das mercadorias
 - Conclui, que pelo exposto é improcedente a pretensão em exigir o ICMS-ST nas operações de venda a destinatários de outros estados e se houvesse, seria recolhido através da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE, o que diz evidenciar que a exigência é totalmente descabida;

- g) Carrea aos autos, como prova da improcedência do lançamento, os documentos: notas fiscais de remessa para vendas de veículo – CFOP 5.414; notas fiscais de vendas de veículo – CFOP 6.103 e quadro demonstrativo de apuração do imposto no período;
- h) Solicita também que caso necessário, seja intimada a juntar mais documentos, com o objetivo de eventual saneamento e para evitar cerceamento do direito de defesa;
- i) Ao fim a ao cabo requer a improcedência do Auto de Infração.

O Recurso Voluntário foi assinado pela Dra. Ana Raquel de Melo Dornelas – OAB/BA nº 28.594.

VOTO

A presente acusação fiscal, imputa ao sujeito passivo a não retenção e recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes para contribuintes localizados neste Estado, tempestivamente impugnada.

De plano, rejeito a solicitação de diligência à luz do art. 147, inc. I, alínea “a” do RPAF/99, porque foram carreados aos autos todos os documentos necessários para a formação da minha opinião nesse PAF.

Como consta no voto condutor da 2ª JJF, a autuada é beneficiária do art. 377, § 1º do RICMS/2012, fato que o permite fazer a compensação através de ajustes no livro de Apuração do ICMS, dos valores devidos a título de antecipação tributária própria das suas vendas. Mais, a autuada é detentora de regime especial com vigência até 30/09/2017 – Parecer nº 38264/2017, onde consta:

ICMS. Regime especial. Art. 6º do Decreto 15.490/2014. Apuração do ICMS nas operações com farinha de trigo na forma prevista no Art. 377 do RICMS/BA. Revoga-se o parecer 25500/2011. Pelo Deferimento. Efeitos até 30/09/2017.

O citado regime especial, foi concedido ao contribuinte nos termos conforme reproduzido a seguir:

REVOGAR o Parecer nº 19453/2015.

DEFERIR o Regime Especial, nos seguintes termos:

DO REGIME ESPECIAL

Cláusula primeira - BISCOITO SÃO BENEDITO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, inscrição estadual 26.056.876-NO, inscrita no CNPJ sob o número 32.669.608/0001-08, com endereço na Rua da Conceição, S/N, Sede, Santo Antonio de Jesus, Bahia, fica, na forma prevista no art. 377 do RICMS/BA, autorizada a:

I - proceder a apuração da antecipação tributária nas aquisições de farinha de trigo e mistura de farinha de trigo oriundas do exterior e de Estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00;

II - reapurar a antecipação tributária nas aquisições de farinha de trigo e mistura de farinha de trigo oriundas deste estado e de estados signatários do Protocolo ICMS 46/00, utilizados na fabricação de biscoitos e bolachas;

III- recolher o ICMS até o décimo dia do mês subsequente ao da efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento.

Cláusula segunda - A requerente deverá apurar e recolher o ICMS referente à antecipação tributária, mensalmente, da seguinte forma:

I - lançar no livro de apuração do ICMS:

a) os créditos correspondentes:

1 - às entradas tributadas de mercadorias, insumos, energia elétrica, ativos, dentre outras ocorridas no mês, incluído o imposto destacado nos documentos fiscais de aquisição de farinha de trigo de Estados não signatários do Protocolo ICMS 46/00, utilizados na fabricação de biscoitos e bolachas;

2 - ao crédito presumido calculado pela aplicação de percentual previsto na legislação sobre o valor da operação própria com biscoitos e bolachas produzidos pela requerente neste Estado;

3 - às entradas de farinha de trigo junto a moinhos localizados neste estado ou em estado signatário do Protocolo 46/00, utilizados na fabricação de biscoitos e bolachas, em valor calculado por unidade de medida de massa adquirida, tomado por base tabela fornecida pela SEFAZ nos termos do § 1º desta

cláusula;

b) como débito de imposto, valor calculado pela aplicação do percentual de 7% (sete por cento) sobre o valor total mensal das saídas internas e interestaduais de biscoitos e bolachas;

II - havendo saldo devedor na apuração, utilizar no documento de arrecadação o código de receita 1145 - ICMS Antecipação Tributária;

O citado regime especial ainda está em plena vigência, de acordo com o Parecer nº 39730/2019, até 31/12/2022.

Em sua defesa, o impugnante aduz que o levantamento fiscal levou em consideração as notas fiscais de venda em veículos (CFOP 6.103), para outras Unidades da Federação, ou seja, não estaria obrigada a fazer a retenção.

O Autuante menciona na Informação Fiscal (fls. 516 e 517), que repetidamente há emissão de cartas de correção onde se altera o Estado de destino das mercadorias, assim como o destinatário, prática vedada pelo RICMS/BA, conforme art. 42, incisos I e II, ou seja, a prática de atos não previstos na legislação do ICMS, o que os tornam sem efeito.

Ficou comprovado nos autos do processo, que a autuada não obteve êxito em provar a insubsistência da acusação fiscal, em relação ao que determina o art. 377 do RICMS/BA.

Por fim, e por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para julgar PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 281318.0013/19-3, lavrado contra a empresa **BISCOITO SÃO BENEDITO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$40.359,86**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FRANCISCO AGUIAR DA SILVA JÚNIOR – RELATOR

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS