

A. I. Nº - 297248.0010/19-1
AUTUADO - K & M INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BISCOITOS LTDA.
AUTUANTE - MARLON ANTÔNIO LIMA REGIS
ORIGEM - DAT NORTE/INFAZ /RECÔNCAVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 29/08/2022

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0133-01/22-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO A MENOS. Contribuinte fabricante de biscoitos ou bolachas que adquirir a qualquer título farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo poderá, 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, art. 377 do RICMS/2012. Contribuinte detentor de regime especial deverá apurar o ICMS-ST, segundo as normas nele estabelecidas. Autuado recolheu o ICMS a menos que o devido por ter lançado valores a débito do imposto menores. Infração não elidida pelo autuado. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 16/09/2019, formaliza a exigência de ICMS no valor histórico total de R\$ 374.116,06, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte infração imputada ao autuado: **Infração 01 – 03.02.04 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto.**

Consta adicionalmente o seguinte registro feito pelo autuante no corpo do Auto de Infração: *Fabricante de Biscoitos que tem Regime Especial para apurar Antecipação do imposto nas aquisições de Farinha de Trigo, cuja Escrituração deve também seguir as normas regulamentares, especialmente, a disciplina dos arts. 269, VII; 347; 373 e 377 do RICMS/BA. Cf. Anexo I (Demonstrativos) e Anexo II (Pareceres GECOT).*

Período de ocorrência: agosto a dezembro de 2015, março a junho, agosto a dezembro de 2016, janeiro a dezembro de 2017, janeiro, março a julho de 2018.

O autuado apresentou Defesa (fls. 58 a 68). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Esclarece que tem como objetivo social a industrialização e comercialização de biscoitos e similares, sendo, dessa forma, contribuinte de ICMS.

Sustenta que a autuação é insubsistente.

Alega que analisando o demonstrativo anexado ao Auto, denominado de “Auditoria da Apuração de ICMS”, verifica-se que toda diferença apontada pelo autuante reside no montante do débito do período analisado, já que tais valores estão imensamente maiores do que a realidade das operações realizadas pela empresa.

Diz ser fato incontroverso que é possuidor de regime especial, e que sua atividade consiste em

venda de produtos provenientes da utilização da farinha de trigo, e que a principal forma de faturamento consiste em vendas fora do estabelecimento de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Assevera que nesse cenário, procedeu à apuração do imposto, passo a passo, conforme dispõe o artigo 347 do RICMS/BA, onde de forma resumida, emitiu uma nota de remessa de venda fora do estabelecimento, na qual reconheceu o imposto incidente na operação própria e o valor do imposto devido por substituição tributária, exigível do destinatário.

Acrescenta que ao concretizar a venda da mercadoria, emite uma nota fiscal de venda, que será escriturada, na coluna outras operações ou prestações sem débitos de imposto, sendo que por ocasião do retorno das mercadorias não vendidas, emite a nota para reposição de estoque e o consequente creditamento do ICMS para fins de apuração do *quantum* devido.

Esclarece que com base nessas premissas reconstituiu todo o período fiscalizado, no caso janeiro de 2014 a dezembro de 2018, utilizando todos os créditos permitidos, inclusive o previsto no art. 269 do RICMS/BA e no Regime Especial que lhe fora concedido, tendo constatado que o autuante no seu levantamento fiscal denominado “Auditoria da Apuração do ICMS”, nos campos débito de ICMS (AUD) e no campo débito ICMS-ST (AUD), equivocou-se ao apresentar valores dissociados da apuração. Neste sentido, apresenta quadros comparativos entre o apurado pela Fiscalização e o apurado pela empresa.

Afirma que conforme demonstra, o valor exigido pelo autuante é inexistente. Utilizando o exercício de 2016, como exemplo, diz que verificou que o autuante exige um débito total neste exercício de R\$ 435.693,18, enquanto, na realidade, em obediência aos ditames legais, o débito total deste exercício foi de R\$ 413.492,06, sendo, portanto, totalmente improcedente a pretensão fiscal.

Salienta que apesar de os documentos apresentados, que corroboram os valores descritos no demonstrativo que elaborou, se acaso o autuante não reconheça os valores apresentados, torna-se imprescindível, em busca da verdade material que permeia todo o processo administrativo, a realização de diligência específica, mediante Auditor Fiscal estranho ao feito, com o escopo de confirmar a correta apuração do imposto devido, no período. Acrescenta que para tanto, anexou as notas fiscais de remessa para venda fora do estabelecimento, as notas fiscais de venda em veículo, os livros de saída de mercadoria, apuração de ICMS, e o demonstrativo da auditoria da apuração de ICMS, em todo período fiscalizado.

Consigna que se acaso for necessário juntar demais documentos, além dos apresentados, pede seja intimado, no prazo de lei, para trazer aos autos eventual saneamento, de forma a evitar cerceamento ao seu direito de defesa.

Reitera o pedido de diligência para fins de constatação dos valores constante no demonstrativo apresentado, salvo se, na fase da Informação Fiscal, o autuante reconheça a materialidade dos números apresentados.

Finaliza a peça defensiva requerendo a improcedência do Auto de Infração.

A Informação Fiscal foi prestada por Auditora Fiscal estranha ao feito (fls. 2986 a 2090), em face ao afastamento do autuante para tratamento de saúde.

Consigna a Auditora Fiscal que concorda com a análise do autuado, pois realmente a diferença cobrada no Auto de Infração deve-se pela diferença apurada nos valores do montante de débito do período fiscalizado, especificamente o débito do ICMS por substituição tributária. Sustenta, contudo, que a diferença existe.

Observa que o autuado destaca o ICMS por substituição no documento fiscal de saída, escritura devidamente no registro de saída, porém transcreve para o Registro de Apuração do ICMS montante menor que o devido.

Assinala que o autuado é beneficiário do crédito presumido previsto no art. 269, VI, do RICMS/BA, equivalente 9,72% do valor da operação própria com bolachas e biscoitos produzidos no Estado da Bahia, para utilização na apuração e reapuração do imposto de que cuida o art. 377, assim como é possuidor de Regime Especial para apuração do ICMS devido.

Afirma que o autuante considerou todos os benefícios aduzidos nas alegações defensivas, inclusive o disposto no art. 377, tanto que já abate esse valor do débito do ICMS, conforme pode ser visto na coluna “C” do demonstrativo “Auditoria de Apuração de ICMS”, fls. 07/08 dos autos e demonstrativo “Saídas Op. Próprias” fl. 09 dos autos.

Observa que o autuado exerce a atividade de venda de produtos provenientes da utilização da farinha de trigo, sendo que a principal forma de faturamento consiste em vendas fora do estabelecimento de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, devendo proceder a apuração e escrituração do imposto de acordo com a disposição do art. 347 do RICMS/BA.

Diz que o autuado alega que procede conforme a legislação, contudo comete equívoco ao transcrever o montante do imposto por substituição tributária escriturado no Registro de Saídas (EFD) e devidamente destacados nos documentos fiscais de saídas para o Registro de Apuração do ICMS (EFD). Acrescenta que nesse cenário reside a diferença apurada pelo autuante.

Ressalta que o autuante acatou todos os créditos permitidos pela legislação do ICMS, inclusive o previsto no art. 269 do RICMS/BA, a apuração especial, a carga tributária equivalente a 7%, conforme o art. 377, § 2º, do RICMS/BA, relativa à operação própria com os produtos resultantes da industrialização.

Afirma que o autuante não apresentou valores dissociados nos campos débito de ICMS (AUD) e no campo débito ICMS-ST (AUD) da apuração do imposto no demonstrativo “Auditoria de Apuração do ICMS”, conforme alega o autuado. Reproduz o art. 269, VII, do RICMS/BA.

Assevera que o equívoco foi cometido pelo autuado quando não procedeu ao lançamento no quadro “Débito ICMS – Outros Débitos” do Registro de Apuração (EFD) do ICMS o total do imposto retido por substituição, destacado nos documentos fiscais e lançado no Registro de Saída (EFD), conforme previsto no art. 347 do RICMS/BA, cuja redação reproduz.

Afirma que os quadros apresentados pelo autuado não retratam a realidade das operações de vendas da produção e remessa para vendas fora do estabelecimento com relação ao débito do ICMS substituição tributária (DebiCMS ST).

Diz que o autuante apurou o débito do ICMS destacado e retido em conformidade com os documentos eletrônicos emitidos e com a escrituração fiscal digital (EFD) apresentada pelo autuado a SEFAZ/BA.

Salienta que na coluna “DebiCMS” do demonstrativo “Auditoria da Apuração de ICMS” o autuante totaliza o valor do débito do ICMS apurado abatendo o valor da carga tributária equivalente a 7%, consoante o art. 377, § 2º, do RICMS/BA relativa à operação própria com os produtos resultantes da industrialização e não difere do valor calculado pelo autuado e nem dos registros fiscais apresentados pelo autuado.

Finaliza a peça informativa dizendo que deve ser mantida autuação.

Apesar de ter participado das sessões de julgamento realizadas anteriormente, a ilustre patrona do autuado, Advogada Ana Raquel de Melo Dornelas OAB/BA Nº.28.594 não se fez presente na última sessão de julgamento realizada em 29/07/2022.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre infração imputada ao autuado decorrente de recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na apuração dos valores do imposto.

Conforme consta no corpo do Auto de Infração o autuado se trata de Contribuinte do ICMS, fabricante de biscoitos detentor de Regime Especial para apurar Antecipação do imposto nas aquisições de farinha de trigo, cuja escrituração deve também seguir as normas regulamentares, especialmente, as determinações dos arts.269, VII, 347, 373 e 377 do RICMS/BA/12, Decreto n. 13.780/12.

Inicialmente, cabe esclarecer que na sessão de julgamento realizada em 22/07/2022, a ilustre patrona do Contribuinte, ao exercer o direito de sustentação oral de suas razões, alegou que não recebera, não fora cientificada, da Informação Fiscal, razão pela solicitou que o feito fosse convertido em diligência para que recebesse formalmente a referida peça informativa.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal não acolheu a pretensão defensiva, considerando que na Informação Fiscal não foram aduzidos fatos novos nem foram anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, inexistindo qualquer obrigação de ciência do sujeito passivo por parte do órgão competente da repartição fazendária (art.127, §§ 7º e 8º, do RPAF).

Entretanto, considerando que o processo fora objeto de pedido de vista por parte de um dos Julgadores que compõem esta JJF, oportunizou-se a ilustre patrona do Contribuinte o acesso à Informação Fiscal concedendo-lhe cópia do referido documento, para que na sessão posterior ao pedido de vista pudesse exercer o seu direito de sustentação oral com conhecimento da Informação Fiscal.

Ocorre que na sessão de julgamento realizada em 28/07/2022, a ilustre representante do Contribuinte arguiu a intempestividade da Informação Fiscal - arguição que não apresentara na sessão anterior – alegando que apresentara a peça de Defesa em 2019 e apenas em 2021 a Informação Fiscal fora prestada.

O fundamento para tal arguição é de que não existe nos autos informações sobre a doença do autuante, data do afastamento para tratamento de saúde, para permitir a confirmação da tempestividade da peça informativa.

Certamente que não há como prosperar a pretensão defensiva.

O artigo 128 do Regulamento do Processo Administrativo (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, afasta qualquer possibilidade de discussão sobre o tema ao dispor:

Art. 128. A inobservância do prazo para prestação de informação ou para cumprimento de diligência ou perícia fixado pela legislação ou estabelecido pelo órgão ou autoridade competente implicará a perda da gratificação de produção correspondente à tarefa e constitui falta disciplinar, porém esse fato não acarretará nenhuma consequência no julgamento da lide.

A simples leitura do dispositivo regulamentar processual acima reproduzido permite compreender que a não observância do prazo para prestação da Informação Fiscal, não traz qualquer repercussão no tocante ao julgamento da lide, pois o descumprimento do prazo se trata de falta disciplinar, passível de punição no âmbito administrativo.

Assim sendo, pode ser dito que o questionamento apresentado pela advogada do autuado quanto a inexistência nos autos de qualquer informação sobre a doença e data de afastamento do autuante não tem qualquer efeito, haja vista que mesmo que não estivesse doente e não cumprisse o prazo para prestação da Informação Fiscal esse fato não acarretaria nenhuma consequência no julgamento da lide.

Independentemente disso, cabe observar que a Auditora Fiscal designada pela autoridade competente para prestar a Informação Fiscal cumpriu rigorosamente o prazo para prestação da referida Informação Fiscal, conforme se verifica nos documentos acostados às fls.2985 a 2990 – vol. IX) dos autos.

Diante do exposto, descabe o acolhimento da pretensão defensiva de intempestividade da peça informativa, restando indeferido com fundamento no art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, o pedido de realização de diligência

No mérito, verifico que o autuado, fabricante de biscoitos, é beneficiário do crédito presumido previsto no art. 269, VI, do RICMS/BA, que equivale a 9,72% do valor da operação própria com bolachas e biscoitos produzidos neste Estado, para utilização na apuração e reapuração do imposto de que cuida o art. 377 do RICMS/BA/12, assim como é possuidor de Regime Especial para apuração do ICMS devido.

O exame dos demonstrativos elaborados pelo autuante permite constatar que no levantamento fiscal este considerou todos os benefícios a que faz jus o autuado, inclusive o disposto no art. 377, tendo abatido esse valor do débito do ICMS, conforme verifica-se na coluna “C” do demonstrativo “Auditoria de Apuração de ICMS”, fls. 07/08 dos autos e demonstrativo “Saídas Op. Próprias” fl. 09 dos autos.

À título de exemplo, pode ser indicada a exigência referente ao mês de agosto de 2015, no qual verifica-se que o autuante - utilizando os dados existentes na EFD do autuado - apresenta o seguinte:

- coluna C “DebICMS (AUD) no valor de R\$ 11.184,55;
- coluna D “DebICMS ST” o valor de R\$ 16.137,79;
- coluna G “DebTotal” de R\$ 27.322,34;
- coluna H “CredEntr (EFD) R\$ 3.928,03;
- coluna I “CredAdjustApur” (EFD) R\$ 17.000,48;
- coluna J “EstornDeb” (AUD) R\$ 1.537,43;
- coluna K “SdCredAnt” (AUD) R\$ 1.368,40;
- coluna L “CredTotal” (AUD) R\$ 23.834,34;
- coluna M “ICMS apurado” (AUD) R\$ 3.488,00;
- coluna O “ICMS Devido (AUD) R\$ 3.488,00

Nesse período de ocorrência o valor do ICMS devido apurado foi de R\$ 3.488,00, sendo que o autuado não apontou analiticamente qualquer incorreção ou equívoco no levantamento levado a efeito pelo autuante, ressalte-se, em todo período objeto da autuação.

Observe que a Auditora Fiscal estranha ao feito consigna de forma elucidativa que:

- o autuado comete equívoco ao transcrever o montante do imposto por substituição tributária escriturado no Registro de Saídas (EFD) e devidamente destacados nos documentos fiscais de saídas para o Registro de Apuração do ICMS (EFD), implicando na diferença apurada pelo autuante;
- o autuante considerou todos os créditos admitidos pela legislação do ICMS, inclusive o previsto no art. 269 do RICMS/BA, a apuração especial, a carga tributária equivalente a 7%, conforme o art. 377, § 2º, do RICMS/BA, relativa à operação própria com os produtos resultantes da industrialização;
- o autuado destaca o ICMS por substituição no documento fiscal de saída, escritura devidamente no registro de saída, porém transcreve para o Registro de Apuração do ICMS montante menor que o devido;
- o autuado exerce a atividade de venda de produtos provenientes da utilização da farinha de trigo, sendo que a principal forma de faturamento consiste em vendas fora do estabelecimento de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, devendo proceder a apuração e escrituração do imposto de acordo com a disposição do art. 347 do RICMS/BA;
- o autuante não apresentou valores dissociados nos campos débito de ICMS (AUD) e no campo débito ICMS-ST (AUD) da apuração do imposto no demonstrativo “Auditoria de Apuração do ICMS”, conforme alega o autuado;
- o equívoco foi cometido pelo autuado quando não procedeu ao lançamento no quadro “Débito ICMS – Outros Débitos” do Registro de Apuração (EFD) do ICMS o total do imposto retido por substituição, destacado nos documentos fiscais e lançado no Registro de Saída (EFD), conforme

previsto no art. 347 do RICMS/BA;

- os quadros apresentados pelo autuado não retratam a realidade das operações de vendas da produção e remessa para vendas fora do estabelecimento com relação ao débito do ICMS substituição tributária (DebICMS ST);
- o autuante apurou o débito do ICMS destacado e retido em conformidade com os documentos eletrônicos emitidos e com a escrituração fiscal digital (EFD) apresentada pelo autuado a SEFAZ/BA;
- na coluna “DebICMS” do demonstrativo “Auditoria da Apuração de ICMS” o autuante totaliza o valor do débito do ICMS apurado abatendo o valor da carga tributária equivalente a 7%, consoante o art. 377, § 2º, do RICMS/BA relativa à operação própria com os produtos resultantes da industrialização e não difere do valor calculado pelo autuado e nem dos registros fiscais apresentados pelo autuado.

Efetivamente, a análise de todos os tópicos acima explanados, que refletem a realidade dos fatos, conduzem à conclusão de que o autuado agiu em desconformidade com a legislação do ICMS que rege a matéria, o que implicou em recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, conforme a autuação.

Diante do exposto, a infração é subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **297248.0010/19-1**, lavrado contra **K & M INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BISCOITOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 374.116,06**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR