

| | |
|-------------------|---|
| PROCESSO | - A. I. N° 269369.0008/20-0 |
| RECORRENTE | - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL |
| RECORRIDO | - VIVIANI GRASSI ALMEIDA ALVARENGA EIRELI |
| RECURSO | - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5 ^a JJF n° 0002-05/23-VD |
| ORIGEM | - DAT SUL / INFRAZ EXTREMO SUL |
| PUBLICAÇÃO | - INTERNET 07/12/2023 |

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0325-11/23-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. REDUÇÃO INDEVIDA. Inaplicabilidade do benefício da redução da base de cálculo, estabelecido no Decreto n° 7.799/00, nas operações de saídas de mercadorias, considerando que o Autuado não comprova ter celebrado Termo de Acordo com a SEFAZ que o habilitaria ao gozo do benefício de redução. Modificada a Decisão recorrida para restabelecer parcialmente a exigência. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração *Procedente em Parte*. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Ofício, em razão de a Decisão proferida por meio do Acórdão da 5^a JJF n° 0002-05/23 ter desonerado o sujeito passivo do débito que lhe foi imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; Decreto n° 7.629/1999).

O Auto de Infração foi lavrado no dia 29/06/2020 para exigir ICMS no valor histórico de R\$ 241.593,58, sob a acusação de ter realizado recolhimento a menor do ICMS, em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (2017/2018).

A remessa necessária decorre da improcedência imputada a infração, sob fundamento de que na EFD do contribuinte, os registros de apuração do ICMS, durante o período autuado, apontam saldos credores superiores às diferenças revisadas pela auditoria.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a controvérsia no dia 26/01/2023 (fls. 271 a 275). Assim foi a decisão de piso prolatada pelo Relator:

VOTO VENCIDO (RELATOR)

O auto de infração acusa recolhimento a menor de ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Na defesa apresentada o sujeito passivo alegou que exerce atividade de comércio atacadista de pescados e frutos do mar e que a fiscalização não considerou a redução de base de cálculo (RBC) de 41,176% prevista no art. 1º do Dec. 7.799/2000, tendo suscitado a nulidade do lançamento, o que foi contestado na informação fiscal, por inexistir celebração de Termo de Acordo.

Inicialmente ressalto que as incorreções apontadas de que não foram considerados os valores que foram oferecidos à tributação, não acarretam a nulidade do Auto de Infração, visto ser possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário. As incorreções foram corrigidas por diligência realizada e comunicado ao sujeito passivo, com a indicação do prazo de dez dias para se manifestar, em conformidade com o § 1º do art. 18 RPAF/BA.

Em atendimento a diligência determinada pela 5^a JJF, o estabelecimento autuado foi intimado para apresentar o Termo de Acordo, porém o mesmo não foi apresentado.

Pelo exposto, como a empresa alegou ter utilizado o benefício fiscal de RBC de 41,176% previsto no art. 1º do Dec. 7.799/2000 e não provou ter celebrado o Termo de Acordo previsto no art. 7º do mencionado Decreto, assiste razão a fiscalização de que o sujeito passivo no período fiscalizado não tinha direito de utilizar o benefício fiscal, por não atender ao disposto na legislação fiscal.

Quanto a alegação defensiva de que apesar de ter indicado na nota fiscal de saída alíquotas zero/não tributada e no levantamento fiscal o autuante não considerou os valores que foram oferecidos à tributação, constato que pela análise dos documentos juntados ao processo e resultado da diligência fiscal que:

i) No levantamento fiscal (fls. 19 a 53) foram relacionadas as notas fiscais de saídas, alíquota zero e a correta de 18% que resultou no valor exigido de R\$ 241.593,58;

ii) Na defesa apresentada o sujeito passivo indicou os valores que foram tributados no SPED FISCAL, relativo às notas fiscais que foram objeto da autuação, o que foi reconhecido pela fiscalização no demonstrativo refeito de fls. 238 a 264, que implicou na redução do débito para R\$ 86.870,07.

Tomando por exemplo a primeira NFe de nº 3104 emitida em 03/01/2017 (fl. 19) foi indicado saída de PEIXE INTEIRO BADEJO BRANCO com valor de R\$ 1.565,00 que foi atribuído alíquota zero e a fiscalização aplicou alíquota de 18%, que resultou em valor exigido de R\$ 281,70.

Por sua vez, na planilha apresentada na defesa, a mesma NFe indica ter sido lançada no SPED FISCAL com RBC de 41,176%, ou seja, sendo oferecido a tributação o valor de R\$ 185,70, o que foi considerado pelo autuante em atendimento a diligência fiscal, que no demonstrativo refeito de fl. 238 manteve a exigência da diferença não tributada de R\$ 116,00.

Ressalte-se que o recibo da Escrituração Fiscal Digital (EFD) relativo ao mês 01/2017 juntado à fl. 140, indica lançamento de débito no valor de R\$ 12.437,84 que foi transportado do livro de Registro de Saída de Mercadorias (fl. 141), valores que constam na apuração no livro RAICMS (fl. 142).

Por tudo que foi exposto, restou comprovado que a empresa aplicou RBC de 41,176% sobre as operações de saídas de mercadorias tributadas, que não tinha direito ao benefício fiscal por não ter celebrado o Termo de Acordo com a SEFAZ/BA, em atendimento ao disposto no art. 7º do Dec. 7.799/2000.

E que tendo a fiscalização desconsiderado os valores que foram oferecidos à tributação, mediante diligência fiscal, foi refeito o demonstrativo original e cientificado o sujeito passivo que não o contestou no prazo legal concedido.

Assim sendo, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração com redução do débito de R\$ 241.593,58 para R\$ 86.870,07 conforme demonstrativo de débito refeito acostado à fl. 231.

No entanto, houve dissenso a respeito da decisão do Relator e o voto discordante foi vencedor. A 5ª JJF decidiu por maioria, pela Improcedência do Auto de Infração, *in verbis*:

VOTO VENCEDOR

Conquanto o voto da relatoria esteja muito bem concatenado, permitimo-nos respeitosamente divergir do seu entendimento, com mudança de veredito.

O Estado reclama falta de pagamento de imposto, pela não adoção de alíquota nas operações de saídas praticadas pelo autuado. Logo, nos documentos fiscais, não há destaque de ICMS. O contribuinte alegou que, não obstante a ausência de destaque nas notas fiscais, fez o debitamento no registro oficial de saídas na EFD enviada para as bases de dados fazendárias, embora aplicando a redução da base de cálculo prevista no Dec. 7.799/00.

O autuante acatou os lançamentos feitos nos registros de saídas, mas rechaçou a redução da base imponível, tendo em vista que o defensor não possui termo de acordo para adotar o referido incentivo tributário. E, a título de revisão fiscal reduziu a cobrança inicial para R\$ 86.870,07.

Acontece que nesta mesma EFD, conforme se verifica nos autos, os registros de apuração do ICMS, durante todo o período autuado, apontam saldos credores bem superiores às diferenças revisadas pela auditoria.

Neste esquadrão, se o fisco admitiu como consistentes os registros de saídas da EFD, também há de se reconhecer como corretos os registros de apuração do ICMS desta mesma EFD, até porque contemplam os mesmos valores lançados naqueles.

Por conseguinte, comparando-se os saldos credores existentes e transportados, mês a mês, na escrita fiscal digital com os valores das diferenças revisadas pelo auditor fiscal, tem-se a seguinte demonstração:

| Mês | Saldo Credor | Fl. PAF | Revisão Fiscal | Diferença |
|--------|--------------|---------|----------------|------------|
| jan/17 | 15.827,30 | 142 | 7441,63 | -8.385,67 |
| fev/17 | 12.541,82 | 145 | 1998,44 | -10.543,38 |
| mar/17 | 18.029,11 | 148 | 2918,54 | -15.110,57 |
| abr/17 | 29.637,04 | 151 | 3007,26 | -26.629,78 |
| mai/17 | 40.744,71 | 154 | 484,20 | -40.260,51 |
| jun/17 | 47.700,43 | 157 | 2940,88 | -44.759,55 |
| jul/17 | 45.816,91 | 160 | 3183,66 | -42.633,25 |

| | | | | |
|--------|------------|-----|----------|-------------|
| ago/17 | 92.286,08 | 163 | 2012,88 | -90.273,20 |
| set/17 | 117.104,47 | 166 | 4905,53 | -112.198,94 |
| out/17 | 106.820,32 | 169 | 6405,08 | -100.415,24 |
| nov/17 | 97.272,08 | 172 | 7493,22 | -89.778,86 |
| dez/17 | 90.617,06 | 175 | 6029,52 | -84.587,54 |
| jan/18 | 70.840,55 | 179 | 12646,43 | -58.194,12 |
| fev/18 | 62.591,62 | 182 | 7151,05 | -55.440,57 |
| mar/18 | 53.984,34 | 185 | 4626,49 | -49.357,85 |
| abr/18 | 72.162,99 | 188 | 3889,06 | -68.273,93 |
| mai/18 | 68.835,35 | 191 | 3248,63 | -65.586,72 |
| jun/18 | 58.327,60 | 194 | 2887,82 | -55.439,78 |
| jul/18 | 53.027,63 | 197 | 3410,47 | -49.617,16 |
| ago/18 | 63.425,81 | 200 | 179,64 | -63.246,17 |
| set/18 | 78.179,93 | 203 | 9,64 | -78.170,29 |

Tais informações, repita-se, estão presentes nos autos, conforme folhas retro indicadas, de modo que, em nome da verdade material e do princípio da indivisibilidade da prova, devem ser consideradas de ofício para fins de apreciação do crédito tributário sob julgamento. Não soa razoável do ponto de vista processual considerar os lançamentos feitos nos registros de saídas e desprezar os lançamentos feitos nos registros de apuração, estes últimos desfavoráveis para o Estado.

Como visto, compensando-se os saldos credores lançados pelo impugnante com as diferenças remanescentes cobradas, conclui-se não ter havido repercussão econômica que traduzisse um crédito tributário em favor do sujeito ativo.

Isto posto, deve o Auto de Infração ser considerado IMPROCEDENTE.

Entretanto, deve a unidade fazendária de origem intimar o contribuinte a refazer a escrita, abatendo-se os valores remanescentes da cobrança, ocasião em que deverá ser aferida a consistência dos eventuais saldos credores lançados pelo sujeito passivo.

Em virtude da desoneração ter ultrapassado o limite estabelecido no art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 5^a Junta de Julgamento Fiscal (JJF) recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão nº 0002-05/23-VD.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF, por ter a Decisão recorrida exonerado integralmente o sujeito passivo do débito exigido no Auto de Infração em tela.

O Autuado foi acusado de ter recolhido a menos o ICMS, em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O sujeito passivo exerce atividade de comércio atacadista de pescados e frutos do mar e a fiscalização constatou que foi aplicada alíquota zero sobre as operações de saídas, nos exercícios de 2017/2018, sem considerar que as operações com peixe e pescados só tiveram isenções até 31/05/2016, passando a partir desta data, a serem tributadas.

Nas razões defensivas, o Autuado afirmou que embora não tivesse destacado nas notas fiscais de saídas os valores do imposto, realizou em sua EFD, o registro das saídas com aplicação da alíquota de 18% que tiveram redução de base de cálculo (RBC) de 41,176 %, prevista no art. 1º do Decreto nº 7.799/2000.

Em diligência determinada pela 5^a JJF, a Fiscalização apurou que as notas fiscais relacionadas nas planilhas de fls. 19 a 53, que foram indicadas com aplicação de alíquota zero e não tributadas, confrontadas com o livro de Saídas da empresa, tiveram as operações registradas, com aplicação de alíquota de 18%, com RBC de 41,176%.

Entretanto, afirmou a inexistência de celebração do Termo de Acordo, exigido no art. 7º do Decreto nº 7.799/2000, necessário para fruição do benefício da redução da base de cálculo das Saídas. Acrescentou, que não existe no histórico no sistema de Controle de Pareceres Tributários (CPT) informação de que o sujeito passivo tenha celebrado qualquer acordo com a SEFAZ,

informação que também não consta no Sistema de Informações do Contribuinte.

Em cumprimento a diligência determinada pela 5ª JJF, tomando como base o demonstrativo original de fls. 19 a 53, o Autuante incluiu uma coluna com indicação dos valores que a empresa lançou no livro de Registro de Saídas como tributadas e deduziu dos valores exigidos, juntou às fls. 238 a 264, o novo demonstrativo analítico refeito e à fl. 231, novo demonstrativo de débito, no qual indicou que o valor exigido de R\$ 241.593,58 foi reduzido para R\$ 86.870,07.

Neste cenário, entendeu o Relator, ter restado comprovado que a empresa aplicou RBC de 41,176% sobre as operações de saídas de mercadorias tributadas, e não tinha direito ao benefício fiscal por não ter celebrado o Termo de Acordo com a SEFAZ/BA, em atendimento ao disposto no art. 7º do Decreto nº 7.799/2000. Assim, concluiu que excluídos os valores que foram oferecidos à tributação, mediante diligência fiscal, e refeito o demonstrativo original com ciência dada ao sujeito passivo que não o contestou no prazo legal concedido, votou pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, conforme demonstrativo de débito refeito acostado à fl. 231.

Entretanto, foi aberta divergência, e por maioria, o Auto de Infração foi julgado improcedente, sob o fundamento que na EFD, do Autuado, conforme se verifica nos autos, os registros de apuração do ICMS, durante o período autuado, apontam saldos credores superiores às diferenças revisadas pela auditoria. Por conseguinte, comparando-se os saldos credores existentes e transportados, mês a mês, na escrita fiscal digital com os valores das diferenças revisadas pelo auditor fiscal, não haveria qualquer valor a ser exigido, concluindo pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Com a devida vénia discordo da decisão de piso, pois me coaduno com a decisão do Relator que foi voto vencido.

Analizando os elementos que compõem o presente processo, verifico que, dúvidas não há, a respeito do recolhimento a menos do ICMS pelo contribuinte, por aplicar redução de base de cálculo nas saídas das mercadorias, ante a inexistência de Termo de Acordo com a SEFAZ, violando o art. 7º do Decreto nº 7799/00, que determina:

Art. 7º. A utilização do tratamento tributário previsto nos artigos 1º, 2º, 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, 3º-G, 3º-H, 3º-I e 3º-J fica condicionada à celebração de Termo de Acordo específico, a ser firmado entre o Estado da Bahia, representado pela Secretaria da Fazenda, através do titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização (DPF), e o interessado, no qual serão determinadas as condições e procedimentos aplicáveis ao caso.

É válido reiterar, que o contribuinte declara que se utilizou de benefício previsto no Decreto nº 7799/00, redução da base de cálculo nas operações de saídas objeto da ação fiscal, mas devidamente intimado, não apresentou o necessário Termo de Acordo.

Apenas para efeito de demonstração do débito do Auto de Infração, examinando o demonstrativo ajustado, elaborado pelo Autuante em sede de diligência fiscal, fls. 238 a 264, verifico que está correto o levantamento fiscal original onde foram abatidos os valores do imposto devidamente apurados pelo contribuinte em sua escrita fiscal.

Assim como a JJF, tomando como exemplo a primeira NF-e de nº 3104 emitida em 03/01/2017 (fl. 19) foi indicado saída de *Peixe Inteiro Badejo Branco* com valor de R\$ 1.565,00 que foi atribuído alíquota zero e a fiscalização aplicou alíquota de 18%, que resultou em valor exigido de R\$ 281,70.

Por sua vez, na planilha apresentada na defesa, a mesma NF-e indica ter sido lançada no SPED FISCAL com RBC de 41,176%, ou seja, sendo oferecido a tributação o valor de R\$ 185,70, o que foi considerado pelo autuante em atendimento a diligência fiscal, que no demonstrativo refeito de fl. 238 manteve a exigência da diferença não tributada de R\$ 116,00.

Ressalto que quando da fruição, ou o reconhecimento do benefício fiscal depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição, sendo o pagamento do imposto feito com os acréscimos moratórios cabíveis e, se for o caso, multa, os quais serão devidos a partir do vencimento do

prazo em que o tributo deveria ter sido pago caso a operação ou prestação não tivesse sido efetuada com o benefício fiscal, observadas, quanto ao termo inicial da incidência, as normas reguladoras da matéria.

Relativamente, a existência de “crédito” declarado na conta corrente fiscal pelo Autuado, observo que no presente caso, não pode ser compensado neste processo, pois não se pode aquilatar, com vistas apenas no livro Registro da Apuração - EFD do Autuado, a correção destes lançamentos, considerando que o Autuado estava utilizando indevidamente benefício fiscal do Decreto nº 7799/00 nas saídas, e não podemos perder de vista, que existe limitação para a utilização dos créditos conforme regra do art. 6º do multicitado decreto que assim estabelece:

Art. 6º Os créditos fiscais relativos a mercadorias e bens adquiridos e a serviços tomados, vinculados a operações subsequentes amparadas pelos benefícios previstos nos arts. 1º, 2º, 3º-B, 3º-D e 3º-E não poderão exceder a 10% (dez por cento) do valor da operação utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias.

Por outro lado, cabe registrar por importante, que consta deste processo, fls. 07 a 11, Termo de Encerramento de Fiscalização, onde o Auditor Fiscal informa que a Auditoria direcionada a esta empresa, resultou na lavratura de 03(três) processos Administrativos Fiscais, dentre eles, o de nº 269369.0006/20-0 que apurou a infração 01.02.02 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento e a infração 01.02.01 – utilização indevida de crédito fiscal pela aquisição de bens para o ativo imobilizado.

Nesta esteira, corrobora com o entendimento do Relator de primeira instância, concluindo pela procedência parcial desta exigência fiscal, relativa à diferença de exigência do imposto que foi recolhido com redução indevida de base de cálculo, uma vez que ficou comprovado a inexistência do necessário Termo de Acordo que legitimaria a citada redução, tendo sido consubstanciada a acusação fiscal de recolhimento a menor do ICMS, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo.

Em conclusão, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter parcialmente o Auto de Infração, conforme Decisão exposta pelo Relator, no que tange a decisão de Primeira Instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, PROVER o Recurso de Ofício interposto para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269369.0008/20-0, lavrado contra **VIVIANI GRASSI ALMEIDA ALVARENGA EIRELI** devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 86.870,07, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de novembro de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS