

A. I. Nº - 269369.0008/20-0
AUTUADO - VIVIANI GRASSI ALMEIDA ALVARENGA EIRELI
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO FISCHBORN
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 06.03.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0002-05/23-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. SALDOS CREDORES CONSTATADOS NA EFD. AUSÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM FAVOR DO ESTADO. Da análise documental acostada ao PAF, conclui-se que, após a revisão fiscal, os valores cobrados remanescentes ficaram bem aquém dos saldos credores lançados na escrita digital, considerada consistente pelo autuante. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 29/06/2020 acusa a seguinte irregularidade:

Infração 01 – 003.002.002. Recolheu a menor o ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (2017/2018) – R\$ 241.593,58.

O estabelecimento autuado na defesa apresentada (fls. 62 a 65), inicialmente ressalta que exerce atividade de comércio atacadista de pescados e frutos do mar, cumpre suas obrigações tributárias perante ao Poder Público e ficou surpreendida com a lavratura do auto de infração.

Afirma que após análise do auto de infração, identificou que tendo mudado do regime do Simples Nacional para a conta corrente fiscal, os valores das saídas com aplicação da alíquota de 18% tiveram redução de base de cálculo (RBC) de 41,176% prevista no art. 1º do Dec. 7.799/2000.

Ressalta a tempestividade da defesa, e requer a nulidade do lançamento em razão de a fiscalização não ter considerado o benefício fiscal concedido aos estabelecimentos ATACADISTAS (Dec. 7.799/2000), a exemplo da NFe 3104 (fl. 87), na qual indicou de forma equivocada a RBC, mas que foi ajustado corretamente no livro RAICMS no SPED/ICMS/IPI.

Salienta que a apuração do ICMS foi feita no SPED FISCAL em conformidade com o disposto nos artigos 304 e 305 do RICMS/BA, cujas notas fiscais que foram objeto da autuação tiveram seus valores lançados e pagos. Conclui requerendo que seja declarada a improcedência do Auto de Infração, de acordo com os documentos juntados às fls. 71 a 212.

O autuante presta informação fiscal (fls. 216/217) e esclarece inicialmente que o sujeito passivo aplicou alíquota zero sobre as operações de saídas de pescados e frutos do mar utilizando os CST 102 (Simples Nacional), 040 e 041 (Isenta) e 000 (Tributada), sem considerar que as operações com peixe e pescados só tiveram isenções até 31/05/2016, passando a serem tributadas.

Discorre sobre as razões defensivas e afirma que examinando as notas fiscais relacionadas nas planilhas de fls. 19 a 53, que foram indicadas com aplicação de alíquota zero e não tributadas, confrontado com o Livro de Saídas da empresa, identificou que as operações foram registradas com aplicação de alíquota de 18%, com RBC de 41,176%.

Afirma que o art. 7º do Dec. 7.799/2000 condiciona que para fruir da RBC faz se necessário que a empresa celebre Termo de Acordo para tal finalidade, mas não existe no histórico no sistema de

Controle de Pareceres Tributários (CPT) informação de que tenha celebrado qualquer acordo com a SEFAZ, informação que também não consta no Sistema de Informações do Contribuinte.

Conclui afirmando que a empresa emitiu notas fiscais sem destaque do ICMS (admitido na defesa), fez a escrituração indicando o benefício fiscal de RBC, que não estava autorizado, visto que não possuía o Termo de Acordo, ficando caracterizado o recolhimento a menor do imposto por aplicação errada de alíquotas, motivo pelo qual requer a manutenção da exigência fiscal.

A 5ª JF determinou a realização de diligência fiscal (fls. 222/223), na qual contextualizou que os demonstrativos de fls. 19 a 53 não contemplam abatimentos dos valores que foram oferecidos a tributação, aplicando RBC de 41,176%.

Solicitou que o autuante intimasse a empresa para apresentar o Termo de Acordo e complementasse o demonstrativo indicando os valores efetivamente oferecidos a tributação.

O autuante prestou a segunda informação fiscal (fls. 229/232), inicialmente discorreu sobre a infração e disse que intimou a empresa através do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) para apresentar o Termo de Acordo, que não foi apresentado e nem consta nos sistemas da SEFAZ.

Quanto a segunda parte da diligência, informou que tomou como base o demonstrativo original de fls. 19 a 53, 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.

A Inspetoria Fazendária intimou a empresa por meio do DTE (fl. 266) para tomar conhecimento da informação em 03/12/2021, concedendo prazo de dez dias para manifestar-se o que não ocorreu.

A Secretaria do CONSEF (fl. 268) indicou que em razão do Relator Antônio Expedito Santos de Miranda está lotado na ASTEC/CONSEF, efetuou redistribuição desse processo para esse Relator.

É o relatório.

VOTO

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 5ª JF, 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.

VOTO VENCEDOR

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

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 impositiva, tendo em vista que o defendente 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 esquadro, 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269369.0008/20-0**, lavrado contra **VIVIANI GRASSI ALMEIDA ALVARENGA EIRELI**.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/BA.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de janeiro de 2023.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR/ VOTO VENCEDOR