

A. I. Nº - 269197.0012/23-6  
AUTUADO - COMERCIAL BAHIANO DE ALIMENTOS LTDA.  
AUTUANTES - MARCELO DE AZEVEDO MOREIRA e HERMENEGILDO MAGALHÃES FRAGA  
ORIGEM - DAT SUL / IFEP SUL  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 11/12/2023

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF Nº 0199-01/23-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS AMPARADAS POR ISENÇÃO; **b)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infrações 01 e 02 reconhecidas; **c)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. O crédito fiscal da parcela do imposto referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza de 2% pago pelo contribuinte é plenamente admissível pela legislação do ICMS. No presente caso, os próprios autuantes constataram a existência dos valores creditados pelo autuado, destacado nos campos das notas fiscais eletrônicas - arquivos XML - relativo ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza e opinaram pela improcedência da infração. Infração insubstancial. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** ALIQUOTAS. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. Alegações defensivas elidem parcialmente a autuação. Os próprios autuantes na Informação Fiscal refizeram os cálculos resultando na redução do valor do débito. Infração parcialmente subsistente; **b)** ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. Restou comprovado que, de fato, os cálculos foram realizados a menos. Infração subsistente. Indeferido o pedido de realização de perícia/diligência. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/01/2023, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$ 83.077,54, em razão do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

**Infração 01 - 001.002.003** - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro, março a dezembro de 2019, janeiro a dezembro de 2020, janeiro a dezembro de 2021, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 6.626,66, acrescido da multa de 60%.

Consta adicionalmente o registro que se trata de produtos isentos ou com 100% de redução da base de cálculo na saída, não sendo permitido o uso do crédito fiscal. ANEXO I;

**Infração 02 - 001.002.005** - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias

adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a março, maio a dezembro de 2019, janeiro a março, maio a dezembro de 2020, janeiro a dezembro de 2021, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 6.438,02, acrescido da multa de 60%.

Consta adicionalmente o registro que se trata de produtos enquadrados no regime de substituição tributária com o NCM e descrições constantes no anexo 1do RICMS. ANEXO II;

**Infração 03 - 001.002.040** - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de janeiro a dezembro de 2019, janeiro a dezembro de 2020, janeiro a dezembro de 2021, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 11.319,39, acrescido da multa de 60%.

Consta adicionalmente o registro que se trata de infração constatada no confronto dos valores lançados na Escrituração Fiscal Digital (EFD) e dos valores destacados nas Notas Fiscais Eletrônicas (NFe). ANEXO III;

**Infração 04 - 003.002.002** - Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2019, janeiro a dezembro de 2020, janeiro a dezembro de 2021, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 55.446,16, acrescido da multa de 60%.

Consta adicionalmente o registro que se trata de operações com a emissão de Notas Fiscais de Consumidor Eletrônica (NFCE). Constatado que os valores mais relevantes desta infração são:

2019: produtos tributados com alíquota de 18% ou a 20% (incidência do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (2%) previsto no art. 16-A, parágrafo único, inciso I da Lei 7014/96 e enumerados na Instrução Normativa nº 05/2016) e a empresa aplicou alíquota de 7%;

2020 e 2021: Produtos tributados com alíquotas de 18% (queijos e derivados) e a empresa aplicou alíquota de 12%. ANEXO IV;

**Infração 05 - 003.002.004** - Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2019, janeiro a dezembro de 2020, janeiro a dezembro de 2021, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 3.247,31, acrescido da multa de 60%.

Consta adicionalmente o registro que o contribuinte calculou a menor o imposto vinculado as operações realizadas mediante a emissão de diversas Notas Fiscais de Vendas a Consumidor Eletrônica (NFCE). ANEXO V.

O autuado apresentou Defesa (fls.251 a 258). Inicialmente, indica o endereço do escritório do contabilista, no caso Av. Demétrio Couto Guerrieri, nº 317, Centro, Eunápolis-BA, onde deverá receber as intimações e notificações referentes ao presente PAF, sob pena de nulidade. Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Assinala que reconhece as infrações 01 e 02.

No tocante à infração 03, alega que consultando as notas fiscais nas planilhas anexadas ao Auto de Infração percebeu que existe grave equívoco. Menciona como exemplo a Nota Fiscal n. 1806260 que, segundo a Fiscalização, teria lançado R\$ 135,52 a mais como crédito fiscal.

Afirma que se verifica que referido crédito fiscal foi escriturado e que a diferença diz respeito ao Fundo de Combate à Pobreza, cujo crédito é admissível. Neste sentido, apresenta print no qual consta a indicação de valor do FCP de R\$ 135,52.

Assevera que o mesmo ocorre em diversas notas fiscais, a exemplo das Notas Fiscais nºs. 21638, 1266709, 1266710 e 1798240. Diz que dessa forma, há que ser revisada totalmente esta infração.

Quanto à infração 04, observa que os autuantes em análise da informação contida nos cupons fiscais, verificaram alguns itens, notadamente os cosméticos e toucador, sendo que os cupons

fiscais se referiam a aplicação da alíquota de 7% para tais itens.

Alega que quanto a informação no cupom fiscal se referisse a alíquota incorreta de 7% o sistema de geração de arquivos do PDV gerou a apuração com as alíquotas corretas de tais itens, no caso 20%.

Observa que na configuração da grade tributária, há duas informações que determinam a alíquota de ICMS incidente para cada regra. O campo (Código PDV) alimenta a alíquota incidente no caixa, e consequentemente será essa a alíquota emitida no cupom fiscal (NFC-e).

Consigna que o campo (Símbologia), determina a alíquota de ICMS incidente para a escrita fiscal, sendo que os dois campos devem estar em acordo, porém caso não estejam, será considerado para a escrita fiscal e para fins de cálculo do imposto na apuração do ICMS, a alíquota do campo Símbologia, sempre.

Salienta que como ilustração apresenta excerto (*print*) da planilha do mês de dezembro de 2020, na qual demonstra que a apropriação da alíquota para o cálculo do ICMS de referidos itens se deu pela alíquota.

Diz que as planilhas anexadas demonstram, mês a mês, à semelhança do livro razão, todas as saídas dos produtos supostamente lançados com a alíquota a menor em suas respectivas datas. Registra que referidas planilhas se encontram no CD acostado aos autos.

Conclusivamente, sustenta que há que se reconhecer a improcedência total do lançamento.

No que tange à infração 05, afirma que este item da autuação repete o erro já combatido na infração 03, portanto, restando impugnado o lançamento pela inexistência de erro na apuração.

Prosseguindo, reporta-se sobre o percentual de multa aplicado.

Observa que os autuantes aplicaram a multa de 60% por conta do suposto equívoco. Frisa que caso fique comprovado que a base de cálculo apontada pelos autuantes é a correta, não há como se apena o contribuinte pela legislação mal formulada.

Diz que também as penalidades aplicadas ao caso, considerando a circunstância da má redação do artigo que determina a redução da base de cálculo, devem ser interpretadas de forma mais benigna ao contribuinte.

Pontua que o art. 112 do CTN preconiza a aplicação na seara do Direito Tributário de um preceito tipicamente penal, no caso *in dubio pro reo*, que se pauta na “presunção de inocência”.

Observa que esse postulado ganha o nome de “retroatividade benigna ou benéfica”, referindo-se à “dúvida” – nunca “ignorância ou desconhecimento” – quanto à lei, ao fato, ou ao seu autor, cabendo, destarte, a interpretação mais favorável.

Afirma que desse modo, na eventualidade de os textos legais não serem claros e incontroversos sobre a interpretação da lei punitiva, o aplicador, fiscal ou julgador, deve preferir a posição mais favorável ao contribuinte àquela que lhe é mais gravosa, conforme define o artigo 112 do Código Tributário Nacional, cuja redação reproduz.

Diz que não há que se aplicar multa alguma ao contribuinte por supostamente deixar de recolher o tributo corretamente, uma vez que a interpretação do artigo que reduz a base de cálculo, como sustentado acima é, no mínimo, dúbia. Ou, ainda, há que se aplicar o valor mínimo de 20% de multa por recolhimento em atraso, em razão do contexto apresentado, sendo certo que não se deve aplicar o percentual de 60% que se demonstra deveras excessivo.

Reporta-se sobre a necessidade de perícia fiscal.

Afirma que resta evidente, neste caso, que se tenha a perícia fiscal diante dos elementos probantes inseridos nos autos para o evidente conhecimento dos verdadeiros fatos, e não apenas julgar sob a ótica dos fatos apurados pelos autuantes, pois, conforme planilha anexada, essa matéria está devidamente rebatida pela empresa.

Alega que a perícia contábil se mostra imprescindível pois, se pretende demonstrar a inexistência das infrações, pelo quanto já informado acima, mormente após a retransmissão dos livros fiscais que não foram apreciados pela Fiscalização.

Protesta pela produção de prova pericial ou de diligência fiscal, nos moldes do que preconizam os artigos 123 e 145 do Decreto nº 7.629/1999 [RPAF], apresentando, para tanto, os quesitos abaixo:

1. *Queira o Sr. Perito informar se a escrita fiscal dos arquivos EFD/SPED apresentados à fiscalização e do Livro Registro de Inventário da Impugnante, referentes aos itens apontados pelo auditor, encontram-se regulares;*
2. *Queira o Sr. Perito informar se as mercadorias listadas na planilha “Planilha Infração 01” estão corretamente contabilizadas na conta corrente fiscal, reportando-se a mercadorias adquiridas para revenda, ao revés de material para uso e consumo, conforme apuração fiscal;*
3. *Queira o Sr. Perito informar se os itens listados pelo Autuante se enquadram no regime de substituição tributária ou não;*
4. *Queira o Sr. Perito informar se os itens listados pelo contribuinte na “planilha Infração 01” estão sujeitos a substituição tributária e refazer o lançamento da INFRAÇÃO 01 com base em tal planilha;*
5. *Que confronte os lançamentos realizados nas Infrações 01 e 02 do Auto de Infração a fim de verificar se há duplicidade de lançamento verificada pela contribuinte especialmente nas competências de outubro, novembro e dezembro de 2017, conforme levantamento realizado nas subplanilhas “Planilha Infração 01” e “Planilha Infração 02”;*
6. *Queira o Sr. Perito prestar demais esclarecimentos necessários para o deslinde da questão.”*

Pontua que todas as questões acima suscitadas se prestam para responder uma ou mais das infrações apontadas pela Fiscalização. Diz que caso o posicionamento não seja revisto pelos autuante, é imprescindível a realização da prova pericial que será acompanhada pelo assistente técnico Carlos Augusto Pereira de Souza, contabilista, inscrito no CPF sob o nº 927.084.205-34 e no CRC/BA sob o nº 22.146, com endereço profissional na Avenida Demétrio Couto Guerrieri, nº 317, Centro, Eunápolis (BA), CEP 45.820-095.

Finaliza a peça defensiva requerendo:

- a) Que se declare a inaplicabilidade da multa de 60% para o caso de mero inadimplemento, reduzindo-a ao percentual de 20%;
- b) Que se revise o lançamento da Infração 03, haja vista a correta apropriação dos créditos fiscais;
- c) Que se reconheça a improcedência total das infrações 04 e 05;

d) Que se declare inexistente a sonegação, fraude ou conluio, face à inexistência de provas, e mesmo da descrição fática que permita à contribuinte exercer seu direito de defesa, constitucionalmente garantido;

Protesta pela produção de todas as provas admitidas em direito, em especial a pericial sobre a contabilidade da empresa.

Os autuantes prestaram Informação Fiscal (fls.281 a 293). De início, ressaltam que o processo de auditoria observou todos os preceitos legais, e dessa forma fica afastada qualquer hipótese de nulidade, inclusive sendo apresentados os relatórios prévios a empresa das infrações identificadas. Acrescentam que conforme descrito no preâmbulo do presente Auto de Infração, foram observadas as denúncias espontâneas feitas pela empresa e excluídos nos levantamentos fiscais os produtos que constavam nelas.

Observam que o Auto de Infração está descrito de forma clara consubstanciado na irregularidade identificada durante o processo de auditoria.

Assinalam que o autuado reconheceu os débitos das infrações 01 e 02, restando reestabelecer a verdade material das infrações 03, 04 e 05.

No tocante à infração 03, observam que o autuado alega que os valores exigidos como créditos fiscais indevido lançados a maior no registro de entradas na EFD são referentes ao Fundo de Combate à Pobreza.

Salientam que o direito de utilização do crédito fiscal está definido na legislação, no caso no art. 31 da Lei nº 7.014/96, que faz remissão ao Regulamento do ICMS. Reproduzem referido dispositivo legal. Do mesmo modo, invocam e reproduzem o art. 309, do Regulamento do ICMS.

Afirmam que diante do exposto, resta claro que o uso do crédito fiscal tem que ser o permitido e destacado nos documentos fiscais. Neste sentido, apresentam como exemplo a Nota Fiscal nº 1806260, mencionada pelo autuado na sua peça defensiva, onde fica demonstrado que a alíquota do imposto foi de 25% e o destaque do imposto de R\$ 1.693,95, não contemplando o Fundo de Combate à Pobreza. Afirmam que desse modo, o valor permitido como crédito fiscal é de R\$ 1.693,95, e não o valor registrado pela empresa na EFD de R\$ 1.829,48 (fl. 62 do PAF).

Pontuam que caso tenha tido o recolhimento do Fundo de Combate à Pobreza, conforme alegado pelo autuado, este tem que estar amparado pelo documento fiscal correspondente.

Conclusivamente, mantém este item da autuação na íntegra.

No que concerne à infração 04, consignam, inicialmente, que estranham o autuado dizer que no seu sistema informatizado existem dois campos “Código PDV” e o “Simbologia” para informação de alíquotas de um mesmo produto, onde o “Código PDV” é o que alimenta a alíquota do Cupom Fiscal (NFC-e) e o campo que alimenta o recolhimento do tributo é “Simbologia”.

Dizem que no levantamento fiscal desta infração as informações foram extraídas das Notas Fiscais de Consumidor Eletrônica (NFC-e), onde efetivamente a empresa está cometendo um erro, mas que não prejudica o consumidor e devendo ser padronizada a informação.

Assinalam que verificaram que, os produtos apontados no levantamento, no caso cosméticos e toucadores, o ICMS foi apurado com as alíquotas corretas de 18% ou 20% do ICMS.

Pontuam que em relação aos produtos “queijos” com NCM 4061, 4063, 4069 que foram informados erroneamente na NFC-e, o imposto não foi apurado e lançado corretamente nos

registros de saídas da Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Afirmam que fizeram uma nova análise na EFD e constataram que os valores de base de cálculo e de alíquota eram informados corretamente, porém o produto resultante que seria o valor do ICMS devido foram declarados a menor.

Assinalam que cotejaram duas NFC-e para comprovar o débito a menor, conforme explicam abaixo:

*1- NFCe 332942, onde consta o produto tributado Qjo Gran Mes Gran Kg (Código 142549) no valor de R\$ 25,20 e outros itens tributados no valor de R\$ 71,49, num total de base de cálculo de R\$ 96,69. E aplicando a alíquota de 18%, temos um valor de ICMS de R\$ 16,68.*

*No Registro de Saída, o valor lançado do ICMS foi de R\$ 15,17. (Queijo: 25,20 x 12% = 3,02 e Outros Itens: 71,49 x 18% = 12,87)*

Observam que resta comprovado o lançamento equivocado na EFD do valor do ICMS a menor do produto Queijo.

*1- NFCe nº 333989, onde constam diversos produtos tributados, dentre eles, Qjo Reino Pote Lt Kg (Código 311251) no valor de R\$ 60,55, totalizando uma base de cálculo tributada de R\$ 69,75. E aplicando a alíquota de 18%, temos um valor de ICMS de R\$ 12,55.*

*No Registro de Saída, o valor lançado do ICMS foi de R\$ 8,91 (Queijo: 60,55 x 12% = 7,27 e outros produtos: 9,20 x 18% = 1,66)*

Observam que resta comprovado o lançamento equivocado na EFD do valor do ICMS a menor do produto Queijo.

Salientam que refeitos o levantamento, remanesce a infração com a exigências dos “queijos” e alguns outros produtos, as quais as alíquotas realmente estão erradas no valor do ICMS apurado, a exemplo: leite (cod prod 699659, 699667, 765368 e 849138), óleo girassol (cod prod 784150), óleo de milho (cod prod 784168), óleo canola (cod prod 784176), aceto balsâmico (cod prod 811459 e 841790) colônia (cod prod 355704 e 355712) e vinagre balsâmico (cod prod 375772), conforme novos demonstrativos anexados aos autos.

No respeitante à infração 05, consignam que o autuado disse simplesmente que a autuação repete o erro combatido na infração anterior, não apresentando de forma clara e objetiva nenhum cálculo para combalir os valores exigidos.

Observam que a infração anterior é distinta dessa, tendo as duas o mesmo efeito final, débito a menor de ICMS. Explicam que na infração anterior as alíquotas aplicadas estavam erradas, nesta infração a base de cálculo e as alíquotas estão corretas, mas o resultado da multiplicação para o cálculo do imposto que está menor.

Acrescentam que quando se observa os demonstrativos, verifica-se que as diferenças são de pequenos valores por produto, que efetivamente existiram e foram somados errados pela empresa, acreditam que por erro de aproximações. Mencionam na fl. 171 dos autos o item Coton Johnson 75 Un. (Item número 4) que tem valor de base de cálculo R\$ 654,75 e com o valor de ICMS informado de R\$ 117,02 e o valor de ICMS auditado de R\$ 117,78, apresentando uma diferença de R\$ 0,76.

Conclusivamente, mantêm este item da autuação na sua totalidade.

No tocante a alegação defensiva atinente ao percentual de multa aplicada, dizem que o autuado

não demonstra nenhum caso concreto para que produto caberia uma base de cálculo ou uma redução de base de cálculo diferente das que efetivamente foram utilizadas e aplicadas nas infrações, portanto, não tem nada fundamentado em relação a “dúvida” que deveria ser dado um tratamento benigno a multa aplicada.

No tocante a alegação defensiva de aplicação de um percentual de multa menor do que 60%, dizem que não têm essa discricionariedade de decisão, considerando que o lançamento fiscal é um ato vinculado a legislação tributária.

Ressaltam que a multa em cada fase do processo administrativo fiscal tem um percentual de redução ao ser reconhecido e efetivado o pagamento do imposto devido, conforme preceitua o artigo 45 da lei nº 7014/96.

Quanto à alegação defensiva de necessidade de perícia fiscal, dizem que consideram totalmente desnecessária, pois foram feitas as correções pertinentes em razão da legislação tributária e as informações constantes no SPEED Fiscal.

Finalizam a peça informativa opinando pela procedência parcial do Auto de Infração, conforme novos demonstrativos apensados aos autos.

O autuado, cientificado da Informação Fiscal, se manifestou (fls. 329 a 333).

No tocante à infração 03, diz que a fundamentação jurídica dos autuantes quanto aos critérios de direito ao crédito estabelecidos no art. 31 da Lei 7.014/96 e no art. 309 do RICMS, art. 6º, da Lei 7014, está correta.

Alega, contudo, que a argumentação não se aplica aos fatos ocorridos. Diz que ao contrário do alegado pelos autuantes, há na nota fiscal o destaque do Fundo de Combate à Pobreza, como demonstra a imagem obtida do próprio portal da NFe bem como a própria impressão da NFe no modelo completo. Menciona como exemplo as NFs 001806260 e 957785 que colaciona. Acrescenta que o mesmo se repete com todas as notas referidas na fiscalização

Diz que desse modo, não é pertinente a informação trazida pelos autuantes de que o Fundo de Combate à Pobreza não fora destacado nas notas fiscais de aquisição. Afirma que como houve o destaque, há que ser mantido o crédito referente ao FUNCEP de todas as notas fiscais indicadas na peça de Defesa vestibular.

Conclusivamente, sustenta que há que ser revisada totalmente esta infração sob pena de glosa indevida de créditos do contribuinte, o que afronta o princípio de não cumulatividade do ICMS.

Quanto à infração 04, alega que apesar de os autuantes terem acolhido parcialmente os seus pedidos, há certos itens que permaneceram, equivocadamente na informação fiscal. Aponta como exemplos os produtos de laticínio. Diz que a informação demonstrada nos cupons fiscais se referia a aplicação de alíquota de 7% para tais itens.

Repete que quanto a informação no cupom fiscal se referisse a alíquota errada de 7% o sistema de geração de arquivos do PDV gerou a apuração com as alíquotas corretas de tais itens, no caso 20%. Reafirma que na configuração da grade tributária, há duas informações que determinam a alíquota de ICMS incidente para cada regra. O campo (Código PDV) alimenta a alíquota incidente no caixa, e consequentemente será essa a alíquota emitida no cupom fiscal (NFC-e). O campo (Símbologia), determina a alíquota de ICMS incidente para a escrita fiscal. Diz que os dois campos devem estar em acordo, porém caso não estejam, será considerado para a escrita fiscal e para fins de cálculo do imposto na apuração do ICMS, a alíquota do campo Símbologia, sempre. Apresenta excerto da planilha do mês de dezembro de 2020, em que

demonstra que a apropriação da alíquota para cálculo do ICMS de tais itens ocorreu pela alíquota correta também para os laticínios.

Reitera que as planilhas anexas à impugnação demonstram, mês a mês, à semelhança de um livro razão, todas as saídas dos produtos supostamente lançados com alíquota a menor em suas respectivas datas.

Finaliza a Manifestação requerendo:

- a) Que se declare a inaplicabilidade da multa de 60% para o caso de mero inadimplemento, reduzindo-a ao percentual de 20%;
- b) Que se revise o lançamento da infração nº 03, haja vista a correta apropriação dos créditos de ICMS;
- c) Que se reconheça a improcedência total das infrações n. 04 e 05;
- d) Que se declare inexistente a sonegação, fraude ou conluio, face à inexistência de provas, e mesmo da descrição fática que permita à contribuinte exercer seu direito de defesa, constitucionalmente garantido;

Protesta pela produção de todas as provas admitidas em direito, em especial a pericial sobre a contabilidade da empresa.

Os autuantes, cientificados da Manifestação do autuado, se pronunciaram (fls. 318 a 345). Observam que o autuado afirma que os valores exigidos como créditos fiscais indevido lançados a maior no registro de entradas na EFD são referentes ao Fundo de Combate à Pobreza.

Assinalam que na Informação Fiscal fizeram uma remissão aos preceitos legais que alicerçam o direito ao crédito amparado ao destaque nos documentos fiscais. Salientam que mediante o demonstrado pelo autuado e no reexame dos campos das notas fiscais eletrônicas (arquivos XML) constataram que existe o destaque em separado do ICMS (2%) referente ao Fundo de Combate à Pobreza.

Pontuam que a informação deste imposto (2%) não foi adicionada ao total do ICMS destacado na nota fiscal eletrônica, ao qual este último, total de ICMS destacado, que serviu de base para o levantamento que realizaram.

Conclusivamente, dizem que declinam ao argumento defensivo pela improcedência do lançamento da infração e da necessidade da readequação dos sistemas e da legislação para tornar obrigatória a inclusão do ICMS do Fundo de Combate à Pobreza no total de ICMS destacado nos documentos fiscais.

Quanto à infração 04, observam que o autuado reiterou as mesmas afirmativas da Defesa inicial. Dizem que mantêm as afirmações prestadas na primeira Informação Fiscal, na qual demonstraram o erro no cálculo do imposto dos produtos “queijos” e com a apuração do débito de ICMS a menor lançado na Escrituração Fiscal Digital (EFD).

Explicam que os produtos “queijos” com NCM 4061, 4063, 4069 foram informados erroneamente na NFC-e, e o imposto não foi lançado e apurado corretamente nos registros saídas da EFD (Escrituração Fiscal Digital).

Afirmam que fizeram uma nova análise na EFD e constataram que os valores de base de cálculo e de alíquota eram informados corretamente, mas o produto resultante que seria o valor do ICMS devido declarado a menor.

Repetem que cotejaram duas NFC-e para comprovar os débitos a menor dos produtos “Queijo Reino Polengui Meia Lata Kg” e “Queijo Cheese Soft Polenghi 150g” citados pela defesa nas folhas 332 e 333:

1- *NFCe 333989, onde constam os produtos tributados Qjo Reino Pole Lt Kg (Código 311251) no valor 60,55, 4 x Lte Ferm Yakult 80ml (Codigo 178632) no valor de 2,30, totalizando uma base de cálculo tributada de R\$ 69,75. E aplicando a alíquota de 18%, temos um valor de ICMS de R\$ 12,55.*

*No Registro de Saída, o valor lançado do ICMS foi de R\$ 8,91 (Queijo Reino: 60,55 x 12% = 7,26 e demais itens : 9,20 x 18% = 1,65),*

Sustentam que dessa forma, fica comprovada a aplicação da alíquota errada de 12% no produto QUEIJO, gerando um débito a menor de ICMS de R\$ 3,64 (12,55 – 8,91).

2- *NFCe 335406, onde constam diversos produtos tributados, dentre eles, Qjo Cheese Soft 150g (Código 265705) no valor de R\$ 7,45, Qjo Coopag Muss Kg (Código 911429) no valor de R\$ 7,83 (Total de queijo R\$ 15,28) e outros produtos tributados a 18%, totalizando uma base de cálculo tributada de R\$ 31,24. E aplicando a alíquota de 18%, temos um valor de ICMS de R\$ 5,62.*

*No Registro de Saída, o valor lançado do ICMS foi de R\$ 4,70 (Queijos: 15,28 x 12% = 1,83 e outros produtos: 15,96 x 18% = 2,87)*

Asseveram que dessa forma, fica comprovada a aplicação da alíquota errada de 12% no produto QUEIJO, gerando um débito a menor de ICMS de R\$ 0,92 (5,62 – 4,70).

Dizem que resta comprovado o lançamento equivocado na EFD do valor do ICMS a menor dos produtos Queijos.

Finalizam dizendo que acataram os argumentos defensivos atinentes à infração 03, e opinam pela manutenção da procedência parcial da infração 04, conforme novos demonstrativos apensados na primeira Informação Fiscal.

## VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de cinco infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo que as infrações 01 e 02 foram reconhecidas e as infrações 03, 04 e 05 impugnadas.

Inicialmente, observo que o lançamento de ofício em questão foi realizado em conformidade com a legislação de regência do ICMS, notadamente, sob o aspecto formal, com as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº.7.629/99, inexistindo vício ou falha que o inquine de nulidade. Os elementos elaborados pelos autuantes foram entregues ao autuado que, registre-se, exerceu em sua plenitude o direito à ampla defesa e ao contraditório.

No tocante ao pedido formulado pelo autuado no sentido de realização de diligência/perícia, certamente, no presente caso, inexiste qualquer necessidade de atendimento do pleito. Primeiro porque não há qualquer necessidade de participação de perito técnico, pois a matéria de que cuida o presente Auto de Infração é de pleno conhecimento dos Julgadores que compõem esta Junta de Julgamento Fiscal. Segundo porque os elementos que compõem o presente processo se apresentam suficientes para solução da lide, haja vista que as alegações defensivas constantes na Defesa vestibular e manifestação posterior, assim como as alegações dos autuantes na primeira Informação Fiscal e pronunciamento posterior, permitem chegar-se ao convencimento sobre todas as questões apresentadas.

No mérito, conforme consignado acima, o autuado reconheceu as infrações 01 e 02, sendo certo que o reconhecimento do cometimento das condutas infracionais apontadas nestes itens da autuação, confirmam o acerto das imputações, sendo, desse modo, ambas infrações procedentes.

No tocante à infração 03, verifico que o autuado alega a existência de equívoco incorrido pela Fiscalização, pois a diferença exigida na autuação diz respeito ao crédito fiscal escriturado referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. Neste sentido, menciona, a título exemplificativo, a Nota Fiscal nº 1806260 que, segundo a acusação fiscal teria sido lançado a mais o crédito fiscal no valor de R\$135,52.

Observo que os autuantes na primeira Informação Fiscal contestaram as alegações defensivas sustentando que o direito de utilização do crédito fiscal está definido na legislação, ou seja, no art. 31 da Lei nº 7.014/96 e no art. 309, do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, sendo claro que a apropriação do crédito fiscal tem que ser o permitido e destacado nos documentos fiscais. Neste sentido, apresentaram como exemplo a Nota Fiscal nº 1806260, mencionada pelo autuado na sua peça defensiva, onde fica demonstrado que a alíquota do imposto foi de 25% e o destaque do imposto de R\$ 1.693,95, não contemplando o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. Afirmando que desse modo, o valor permitido como crédito fiscal é de R\$ 1.693,95, e não o valor registrado pelo autuado na EFD de R\$1.829,48 (fl. 62 do PAF).

Entretanto, na segunda Informação Fiscal, consignaram que diante o demonstrado pelo autuado e no reexame dos campos das notas fiscais eletrônicas (arquivos XML) constataram que existe o destaque em separado do ICMS (2%) referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, sendo que a informação desta parcela do imposto de 2% não foi adicionada ao total do ICMS destacado na nota fiscal eletrônica que serviu de base para o levantamento que realizaram.

Acolheram os argumentos defensivos e opinaram pela improcedência deste item da autuação, ressaltando a necessidade da readequação dos sistemas e da legislação para tornar obrigatória a inclusão do ICMS do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza no total de ICMS destacado nos documentos fiscais.

Efetivamente, o creditamento da parcela do imposto referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza de 2% pago pelo contribuinte é plenamente admissível pela legislação do ICMS.

No presente caso, o autuado alegou fazer jus a referida parcela e os próprios autuantes no reexame que realizaram constataram a existência dos valores creditados pelo autuado, destacado nos campos das notas fiscais eletrônicas - arquivos XML - relativo ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Diante disso, a infração 03 é improcedente.

Quanto à infração 04, verifico que o levantamento levado a efeito pelos autuantes foi efetuado com as informações constantes das Notas Fiscais de Consumidor Eletrônica (NFC-e).

Conforme consignado pelos autuantes, os produtos cosméticos e toucadores tiveram o ICMS apurado com as alíquotas corretas de 18% ou 20%. Já os produtos “queijos” com NCM 4061, 4063, 4069 que foram informados erroneamente na NFC-e, o imposto não foi apurado e lançado corretamente nos registros de saídas da Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Esclareceram que fizeram uma nova análise na EFD e constataram que os valores de base de cálculo e de alíquota eram informados corretamente, contudo o produto resultante que seria o valor do ICMS devido foi declarado a menor, conforme verifica-se no exemplo abaixo referente à NFCe nº 333989, no qual resta comprovado o lançamento equivocado na EFD do valor do ICMS a

menor do produto “Queijo”:

*NFCe nº 333989, onde constam diversos produtos tributados, dentre eles, Qjo Reino Pote Lt Kg (Código 311251) no valor de R\$ 60,55, totalizando uma base de cálculo tributada de R\$ 69,75. E aplicando a alíquota de 18%, temos um valor de ICMS de R\$ 12,55.*

*No Registro de Saída, o valor lançado do ICMS foi de R\$ 8,91 (Queijo: 60,55 x 12% = 7,27 e outros produtos: 9,20 x 18% = 1,66)*

Observo que os autuantes refizeram o levantamento, remanescendo a infração com a exigência dos “queijos” e mais alguns itens de produtos, cujas alíquotas, de fato, contêm erros no valor do ICMS apurado, a exemplo dos produtos mencionados pelos autuantes, no caso: *leite (cod prod 699659, 699667, 765368 e 849138), óleo girassol (cod prod 784150), óleo de milho (cod prod 784168), óleo canola (cod prod 784176), aceto balsâmico (cod prod 811459 e 841790) colônia (cod prod 355704 e 355712) e vinagre balsâmico (cod prod 375772)*, o que resultou na redução do débito, conforme novos demonstrativos que elaboraram.

Diante disso, a infração 04 é parcialmente procedente no valor de ICMS devido de R\$45.118,48, conforme demonstrativos elaborados pelos autuantes, acostados às fls. 294, 298 e 352 dos autos.

Relativamente à infração 05, constato que assiste razão aos autuantes. De fato, a infração anterior (infração 04) não tem qualquer relação com esta infração 05, haja vista que na infração anterior as alíquotas aplicadas estavam erradas, sendo que nesta infração 05 a base de cálculo e as alíquotas estão corretas, porém, o resultado da multiplicação para o cálculo do imposto é que está menor.

Isso é plenamente constatado quando se analisa o demonstrativo *Débito a menor – Erro no cálculo do imposto (Alíquota x base de cálculo) – Op. Com NFC-e – Lista de notas fiscais/itens*, elaborado pelos autuantes, acostado às fls. 171 a 196 dos autos.

Na realidade, conforme bem observado pelos autuantes, as diferenças são de pequenos valores por produto que foram calculados errados pela empresa, a exemplo do produto *Poly Doce Jupara 500*, cuja base de cálculo é de R\$ 767,80 com valor de ICMS informado de R\$ 137,60 e o valor do ICMS auditado de R\$ 138,20, apresentando uma diferença de R\$ 0,60.

Assim sendo, a infração 05 é procedente.

Diante do exposto, o Auto de Infração é parcialmente procedente, ficando as infrações conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO	VAL.LANÇADO (R\$)	VAL.JULGADO (R\$)	MULTA	RESULTADO JULGAMENTO
01	6.626,66	6.626,66	60%	RECONHECIDA
02	6.438,02,	6.438,02,	60%	RECONHECIDA
03	11.319,39	-----	-----	IMPROCEDENTE
04	55.446,16	45.118,48	60%	PROCEDENTE EM PARTE
05	3.247,31,	3.247,31,	60%	PROCEDENTE

<b>TOTAL</b>	<b>83.077,54,</b>	<b>61.430,47</b>		
--------------	-------------------	------------------	--	--

Quanto a alegação defensiva atinente a multa de 60%, cabe consignar que esta tem previsão legal no art. 42 da Lei n. 7.014/96, sendo vedado a este órgão julgador administrativo negar vigência a norma emanada de autoridade superior, assim como apreciar a sua constitucionalidade (art. 167, I e III, do RPAF/BA/99). Do mesmo modo, falece competência a esta Junta de Julgamento Fiscal para reduzir ou mesmo cancelar a multa imposta.

Por derradeiro, no tocante ao pedido formulado pelo autuado no sentido de que as intimações e notificações referentes ao presente processo sejam encaminhadas para o endereço que indica, no caso Av. Demétrio Couto Guerrieri, nº 317, Centro, Eunápolis-BA, cabe observar que inexiste óbice para que o órgão competente da repartição fazendária atenda a solicitação, contudo, saliento, que o não atendimento não implica nulidade do ato, haja vista que as formas de intimação ao contribuinte são aquelas previstas no art. 108 do RPAF/BA/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269197.0012/23-6**, lavrado contra **COMERCIAL BAHIANO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 61.430,47**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2023.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR