

**A. I. N°** - 269197.0014/23-9  
**AUTUADO** - COMERCIAL BAHIANO DE ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTES** - MARCELO DE AZEVEDO MOREIRA e HERMENEGILDO MAGALHÃES FRAGA  
**INFAZ** - DAT SUL / IFEP SUL  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 01/11/2023

#### 4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0220-04/23-VD

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS. **a)** MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO; **b)** SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infrações não contestadas. Itens mantidos; **c)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Restou comprovado que as diferenças exigidas se referem ao Fundo de Combate da Pobreza, cujos valores encontram-se destacados nos documentos fiscais, fazendo jus à sua utilização. Fato reconhecido pelos autuantes na Informação Fiscal. Infração insubstancial. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Razões de defesa elidem em parte a autuação. Refeito o demonstrativo de débito em sede de Informação Fiscal; **b)** ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. Item subsistente. Indeferido o pedido de realização de Perícia Fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 04/01/2023 e refere-se à cobrança de ICMS no valor total de R\$ 90.154,36, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 001.002.003 - “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto”. Valor exigido de R\$ 2.960,54, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Infração 02 - 001.002.005 - “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária”. Valor exigido: R\$ 8.150,12, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 - 001.002.040 - “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais”, no valor de R\$ 9.330,57, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 - 003.002.002 - “Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”, no valor de R\$ 65.932,04, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Foi acrescentado que: “Trata-se de operações com a emissão de Notas Fiscais de Consumidor Eletrônico (NFC-e). 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 menor ICMS em decorrência de erro na apuração do valor do imposto”. Valor exigido de 3.781,09, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII,

alínea “a” da Lei 7.014/96.

Foi acrescentado que: “*O contribuinte calculou a menor o imposto vinculado as operações realizadas mediante a emissão de diversas Notas Fiscais de Vendas a Consumidor Eletrônica (NFC-e) ANEXO V.*”

O autuado, através do seu representante legalmente habilitado, apresenta impugnação, fls. 203 a 209, e inicialmente fala sobre a tempestividade de sua apresentação. Em seguida, diz reconhecer a procedência das infrações 01 e 02.

Passa a apresentar o seu inconformismo relacionado às demais infrações, nos seguintes termos:

**INFRAÇÃO 03 – 001.002.040:** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no (s) documentos (s) fiscal (is): Diz que consultando as notas fiscais listadas nas planilhas anexas ao auto de infração percebeu que existe grave equívoco. A exemplo, cita a NF 861705. Supostamente o contribuinte, segundo o auditor, teria lançado R\$ 108,54 a mais de crédito a seu favor. Todavia, ao verificar a nota, percebe-se que o crédito foi devidamente apurado e que a diferença se trata do fundo de combate à pobreza, cujo crédito é devido.

O mesmo se repete em diversas notas, a exemplo das ora juntadas Notas Fiscais n°s 877737, 882350, 114711, 672232, 26826, 911738, 915655, 923118, 927161, 946334, 950417, 853139, 229402, 957795, 12789, 967400, 15728, 991526, 1015166, 1025622, 1043122, 1052546, 342103, 1079325, 1089352, 922960, 1102147, 1105483, 1761540, 1109221, 45920, 986506, 176347617634771774922, 738327, 1127132, 52895, 1807391, 1807392, 1837713, 1837714, 2993, 1167998, 1168000, 1168001, 62150, 1208785, 253544, 1913338, 35401, 148734, 1947896, 260036, 1250296, 1266701, 1266702, 237888, 1282745, 1015135, 73568, 1291233, 273423, 1020975, 1957072, 1300867, 1300886, 2000578, 2001126, 86884, 1305424, 21636, 88535 e 1315283. Assim 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.

**INFRAÇÃO 04 - 003.002.002:** Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Da análise da informação contida nos cupons fiscais, o auditor verificou que alguns itens, notadamente os cosméticos e de toucador tinham a informação nos cupons fiscais a aplicação de alíquota de 7% para tais itens. Ocorre que, quanto a informação no cupom fiscal referisse a alíquota (errada) de 7% o sistema de geração de arquivos do PDV gerou a apuração com as alíquotas corretas de tais itens, a saber, 20% (vinte por cento).

Esclarece 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 (Simbologia), determina a alíquota de ICMS incidente para a escrita fiscal. 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 Simbologia, sempre.

Como ilustração 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 deu-se pela alíquota correta.

Informa que as planilhas anexas em CD 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. Assim, há que se reconhecer a improcedência total do lançamento realizado sob este argumento.

**INFRAÇÃO 05 - 003.002.004** - Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto: Este item, embora com nomenclatura diferente, repete o erro já combatido na infração anterior. Logo, resta impugnado o lançamento pela inexistência de erro na apuração.

Questiona o percentual da multa aplicada de 60% por conta do suposto equívoco, frisando que caso fique comprovado que a base de cálculo eleita pelo Auditor fiscal é a correta, não há como se penalizar o contribuinte pela legislação mal formulada.

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.

O art. 112 do CTN preconiza a aplicação na seara do Direito Tributário de um preceito tipicamente penal (*in dubio pro reo*), que se pauta na “presunção de inocência”.

O 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. Portanto, na eventualidade de os textos legais não serem claros e incontroversos sobre a interpretação da lei punitiva, o aplicador (fiscal ou juiz) deve preferir a posição mais favorável ao contribuinte àquela que lhe é mais gravosa.

Entende que diante da mínima dúvida sobre as hipóteses citadas no artigo, não se deve aplicar a sanção, ou seria recomendável a utilização da coerção mais branda possível. A interpretação mais favorável só deve ser aplicada quando se tratar de norma punitiva, devendo ser afastada quando tratar-se de outros tipos de normas. Ou, ainda, há que se aplicar o valor mínimo de 20% de multa por recolhimento em atraso, em razão do contexto apresentado. O certo é que não se deve aplicar o percentual de 60% que se demonstra deveras excessivo.

Solicita a realização de Perícia Fiscal, apresentando quesitos a serem respondidos e a indicação de assistente técnico.

Finaliza formulando os seguintes pedidos:

- Que declare a inaplicabilidade da multa de 60% para o caso de mero inadimplemento, reduzindo-a ao percentual de 20%;
- Que revise o lançamento da Infração nº 03 do Auto, haja vista a correta apropriação dos créditos de ICMS;
- Que reconheça a improcedência total das infrações nº 04 e 05;
- Que 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 prestam Informação Fiscal às fls. 222 a 236, transcrevendo o teor das infrações e em seguida diz que as infrações nº 01 e 02 do referido PAF foram reconhecidas pela autuada.

Faz um resumo dos argumentos defensivos das demais infrações. Após ressalta que o processo de auditoria observou todos os preceitos legais, e dessa forma fica afastado qualquer hipótese de nulidade, inclusive sendo apresentados os relatórios prévios a empresa das infrações identificadas. E conforme descrito no preâmbulo do auto de infração, foram observadas as denúncias espontâneas feito pela empresa e excluído nos levantamentos fiscais os produtos que constavam nelas.

Se reporta à infração 03 dizendo que a empresa 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.

Transcrevem a legislação relacionada ao direito de utilização do crédito fiscal art. 31 da lei nº 7.014/96 e Art. 309, I do RICMS/BA e arrematam que o uso do crédito fiscal tem que ser o permitido e destacado nos documentos fiscais.

A título de exemplo, a nota fiscal nº 861705 mencionada na defesa fica demonstrado que a alíquota do imposto foi de 25% e o destaque do imposto de R\$ 798,08, não contemplando o Fundo de Combate à Pobreza. Logo o valor permitido como crédito fiscal é de R\$ 798,08, e não o valor registrado pela empresa na EFD de R\$ 906,22.

Caso tenha tido o recolhimento do Fundo de Combate à Pobreza, conforme argumenta a defesa, este tem que estar amparado pelo documento fiscal correspondente.

Diante do exposto, opinam pela procedência total da infração.

Em relação a infração 04 dizem estranhar que empresa dizer que no seu sistema informatizado existentes nos 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”.

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.

Verificaram que o imposto dos produtos apontados no levantamento (cosméticos e toucadores) foram apurados com as alíquotas corretas de 18% ou 20% do ICMS.

No entanto, com 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 saídas da EFD (Escrituração Fiscal Digital).

Informa 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, foi declarado a menor.

Apresentam duas NFC-e para comprovar o débito a menor.

1- NFC-e 315957, onde constam os produtos tributados: Qjo Gran Mês Gran Kg (Código 142549) no valor de R\$ 22,60 e Mant. Aviação 200g (Código 626341) no valor de R\$ 12,45, totalizando uma base de cálculo tributada de R\$ 35,05. Aplicando a alíquota de 18%, tem-se um valor de ICMS de R\$ 6,31.

No Registro de Saída, o valor lançado do ICMS foi de R\$ 4,95. (Queijo:  $22,60 \times 12\% = 2,71$  e Manteiga:  $12,45 \times 18\% = 2,24$ )

Assim, ficando comprovado o lançamento equivocado na EFD do valor do ICMS a menor do produto Queijo.

2- NFC-e 318847, onde constam diversos produtos tributados, dentre eles, Qjo Reino Pote Lt Kg (Código 311251) no valor de R\$ 11,20, totalizando uma base de cálculo tributada de R\$ 99,44. E aplicando a alíquota de 18%, tem-se um valor de ICMS de R\$ 17,89.

No Registro de Saída, o valor lançado do ICMS foi de R\$ 17,22 (Queijo:  $11,20 \times 12\% = 1,34$  e outros produtos:  $88,24 \times 18\% = 15,88$ )

Dessa forma fica comprovado o lançamento equivocado na EFD do valor do ICMS a menor do produto Queijo.

Diz ter refeito o levantamento, remanescendo a infração com a exigências dos “queijos” e alguns outros produtos, os quais as alíquotas realmente estão erradas no valor do ICMS apurado, a exemplo: leite (cód. prod. 699659, 699667, 765368 e 849138), óleo girassol (cód. prod. 784150), óleo de milho (cód. prod. 784168), óleo canola (cód. prod. 784176), aceto balsâmico (cód. Prod. 811459 e 841790) colônia (cód. Prod. 355704 e 355712) e vinagre balsâmico (cód. Prod. 375772), conforme novos demonstrativos anexados ao presente processo.

Infração 05: A defesa disse simplesmente que a autuação repete o erro combatido na infração anterior, e não apresentou de forma clara e objetiva nenhum cálculo para combater os valores exigidos. A infração anterior é distinta dessa, tendo as duas o mesmo efeito final, débito a menor de ICMS. 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 estão menores.

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, crer que por erro de aproximações. Indica na fl. 116 do PAF o item Coton Johnson 75 Un. (Item número 7) que tem valor de base de cálculo R\$ 603,24 e com o valor de ICMS informado de R\$ 107,88 e o valor de

ICMS auditado de R\$ 108,58, apresentando uma diferença de R\$ 0,70.

Diante do exposto, opinam pela procedência total da infração 05.

Quanto a suposta penalização por uma legislação mal formulada gerando “dúvida” na sua aplicação e que deveria ser interpretado de forma mais benigna ao contribuinte dizem que a defesa não demonstra nenhum caso concreto. Logo não tem nada fundamentado em relação a “dúvida” que deveria ser dado um tratamento benigno a multa aplicada.

Quanto a um percentual de multa menor, afirmam não terem essa discricionariedade de decisão, considerando que o lançamento fiscal é um ato vinculado a legislação tributária.

Quanto a Perícia Fiscal solicitada, julgam totalmente desnecessária, considerando que foram feitas as correções pertinentes em razão da legislação tributária e as informações constantes no SPEED Fiscal.

Finalizam opinando pela Procedência Parcial do Auto de Infração, conforme novos demonstrativos apensados a este processo administrativo fiscal.

O sujeito passivo se manifesta às fls. 273 a 276 dizendo em relação à infração 03, que a fundamentação jurídica do auditor fiscal, ao se referir aos critérios de direito ao crédito estabelecidos no art. 31 da Lei nº 7.014/96 e no art. 309 do RICMS. Art. 6º da Lei nº 7014, está correta. Todavia, a argumentação não se aplica aos fatos ocorridos. Ao revés do que ele informa, há na nota fiscal o destaque do fundo ao combate da pobreza, como demonstra a imagem obtida do próprio portal da NF-e bem como a própria impressão da NF-e no modelo completo. Como exemplo a Nota Fiscal nº 861705 a seguir colacionada. O mesmo se repete com todas as notas referidas na fiscalização.

Assim, não é pertinente a informação trazida pelo auditor de que o fundo de pobreza não fora destacado nas notas fiscais de aquisição. Como houve o destaque, há que ser mantido o crédito referente ao FCP de todas as notas indicadas na impugnação. Assim 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.

Na infração 04 o auditor fiscal instruiu o auto de infração com a seguinte exposição: “*Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas*”. Em que pese tenha acolhido parcialmente os pedidos formulados pela impugnante, há certos itens que permaneceram, equivocadamente na informação fiscal. É o caso dos produtos de laticínio. As informações demonstradas nos cupons fiscais referiam a aplicação de alíquota de 7% para tais itens.

Ocorre que, quanto a informação no cupom fiscal referisse a alíquota (errada) de 7% o sistema de geração de arquivos do PDV gerou a apuração com as alíquotas corretas de tais itens, a saber, 20% (vinte por cento). 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 (Simbologia), determina a alíquota de ICMS incidente para a escrita fiscal. 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 Simbologia, sempre. Como ilustração excerto da planilha do mês de dezembro de 2020, em que demonstra que a apropriação da alíquota para cálculo do ICMS de tais itens deu-se pela alíquota correta também para os laticínios.

As planilhas anexadas 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 reiterando os pedidos na inicial.

Os autuantes se manifestam às fls. 283 a 292 dizendo em relação à infração 03 que mediante o demonstrado pela autuada 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 da pobreza. No entanto, 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 por eles efetuado.

Dessa forma, declinam ao argumento da defesa pela improcedência do lançamento da infração e da necessidade da readequação dos sistemas e da legislação para tornar obrigatório a inclusão do ICMS do fundo de combate da pobreza no total de ICMS destacado nos documentos fiscais.

Infração 04: A autuada reiterou as mesmas afirmativas da impugnação inicial. Entretanto, mantém as afirmações prestadas na primeira informação fiscal (fls. 229 a 235), 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).

Os produtos “queijos” com NCM 4061, 4063, 4069 foram informados erroneamente na NFC-e, e o imposto não foram lançados e apurados corretamente nos registros saídas da EFD (Escrituração Fiscal Digital).

Fizeram uma nova análise na EFD e constataram que os valores de base de cálculo e de alíquota eram informados corretamente, mas os produtos resultantes que seria o valor do ICMS devido foram declarados a menor.

Informam que cotejaram duas NFC-e para comprovar o débito a menor dos produtos “Queijo Reino Polengui Meia Lata Kg” e “Queijo Cheese Soft Polenghi 150g” citados pela defesa na folha 276:

1- NFC-e 412562, onde constam os produtos tributados **n c** Alho Importado Kg (Código 100013) no valor de 7,89, Adocant. Adocil 100ml (código 119849) no valor de 3,15, Bastonetes Topz 75un (Código 327506) no valor de 2,95 e Let L.V. Zero 1 (código 610704) no valor de 6,25, totalizando uma base de cálculo tributada de R\$ 79,08. E aplicando a alíquota de 18%, temos um valor de ICMS de R\$ 14,23.

No Registro de Saída, **o** valor lançado do ICMS foi de R\$ 10,70. (Queijo Reino: **58,84 x 12% = 7,06** e os demais itens: **20,24 x 18% = 3,64**).

Dessa forma, fica comprovado a aplicação da alíquota errada de 12% no produto QUEIJO, gerando um débito a menor de ICMS de R\$ 3,53 (14,23 – 10,70). Ficando evidenciado e comprovado o lançamento do débito a menor do ICMS na Escrita Fiscal Digital (EFD) do valor do ICMS do produto Queijo Reino.

- NFC-e 223232, constam diversos produtos tributados, dentre eles, Qjo Cheese Soft 150g (Código 265705) no valor de R\$ 7,45, Qjo. Coopag Muss Kg (Código 911429) nos valores de R\$ 4,33 e R\$ 4,79 (Total de queijo R\$ 16,57) e outros produtos tributados a 18%, totalizando uma base de cálculo tributada de R\$ 75,29. E aplicando a alíquota de 18%, temos um valor de ICMS de R\$ 13,55.

No Registro de Saída, o valor lançado do ICMS foi de R\$ 12,56 (Queijos: **16,57 x 12% = 1,99** e outros produtos: **58,72 x 18% = 10,57**).

Afirmam ter restado comprovada a aplicação da alíquota errada de 12% no produto QUEIJO, gerando um débito a menor de ICMS de R\$ 0,99 (13,55 – 12,56), e lançamento equivocado na EFD do valor do ICMS a menor dos produtos Queijos.

Finalizam dizendo acatar os argumentos da defesa em relação a infração 03 e pugnam pela manutenção da procedência parcial da infração 04, conforme novos demonstrativos apensados na primeira informação fiscal.

## VOTO

De início destaco que o presente lançamento é composto de 05 infrações, porém, na apresentação da defesa verifico que o deficiente reconheceu expressamente o cometimento das infrações 01 e 02, razão pela qual as mesmas são totalmente procedentes, por inexistência de lide, nos valores de R\$ 2.960,54 e R\$ 8.150,12, respectivamente.

Portanto, somente serão objeto de análise às infrações 03, 04 e 05.

Em relação à perícia requerida, informo que esta tem a finalidade de esclarecer fatos eminentemente técnicos, a ser realizada por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, o que não é o caso dos autos, já que não é necessário conhecimento especializado para o deslinde da questão, razão pela qual fica indeferida, com fulcro no art. 147, inciso II, alínea “a” do RPAF/BA.

A infração 03 se relaciona à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em valor superior ao destacado nos documentos fiscais.

O autuado, na apresentação da defesa, alega descaber a exigência, pois da análise das planilhas elaboradas pela fiscalização percebe-se que as diferenças apontadas se relacionam aos valores do Fundo de Combate à pobreza. Consequentemente faz jus à utilização dos créditos.

Indica a título de exemplo a nota fiscal nº 861705, que supostamente teria lançado a mais em sua escrita fiscal o crédito de R\$ 108,54. Todavia, ao se verificar o referido documento fiscal, percebe-se que dito valor corresponde exatamente ao Fundo de Combate à Pobreza, cujo crédito é devido.

Assevera que situação idêntica ocorreu em todas as notas fiscais objeto da presente exigência e informa estar anexando ao PAF cópias de diversas delas.

Inicialmente os autuantes discordaram da alegação defensiva, ressaltando que de acordo com a legislação, o uso do crédito fiscal somente é permitido se estiverem destacados nos documentos fiscais.

O defendente ao ser cientificado asseverou que ao contrário do afirmado pela fiscalização, em todas as notas fiscais autuadas há o destaque dos valores referentes ao Fundo de Combate à Pobreza, fato que foi comprovado pelos autuantes ao reexaminar os campos das notas fiscais eletrônicas (arquivos XML), onde confirmaram haver o destaque, em separado do ICMS (2%) referente ao Fundo de Combate à Pobreza.

Ressaltou que inicialmente tais valores não foram visualizados, pois a informação da referida rubrica não foi adicionada ao total do ICMS destacado nas notas fiscais eletrônicas, e, consequentemente não foram considerados nos levantamentos que deram sustentação ao lançamento. Consequentemente, inexistem débitos a serem exigidos.

Tendo em vista que de acordo com as análises efetuadas pelos autuantes ficou constatado que de fato, no levantamento original não foram considerados créditos a que o sujeito passivo comprovadamente faz jus, pois destacados nos documentos fiscais acato as suas conclusões, restando insubstancial a infração 03.

A infração 04 acusa o contribuinte de ter efetuado o recolhimento a menos do ICMS em razão de ter aplicado alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O defendente alega que na emissão dos cupons fiscais foi informado, erroneamente, para alguns itens, notadamente os cosméticos e de toucador a alíquota de 7%, entretanto o sistema de geração de arquivos PDV gerou a apuração com as alíquotas corretas.

Justifica 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 (Simbologia), determina a alíquota de ICMS incidente para a escrita fiscal. 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 Simbologia, sempre.

Como ilustração 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 deu-se pela alíquota correta.

Os autuantes ao prestarem a Informação Fiscal, esclareceram que no levantamento fiscal foram consideradas às informações inseridas nas Notas Fiscais de Consumidor Eletrônica (NFC-e), onde

efetivamente a empresa está cometendo um erro, mas verificaram que, os produtos apontados no levantamento (cosméticos e toucadores) foram apurados o imposto com as alíquotas corretas de 18% ou 20% do ICMS.

Entretanto, em relação aos produtos “queijos” NCM 4061, 4063, 4069, os lançamentos registrados Escrituração Fiscal Digital – EFD foram efetuados de acordo com as NFC-e, portanto, incorretamente, já que o ICMS inserido nos referidos documentos foram calculados a menos, com a alíquota de 12% ao invés de 18% ou 20%. Indica a título de exemplo a NCE-e 315957 e a NC-e 318847, demonstrando que os valores do ICMS referentes aos itens queijos e manteiga foram lançados a menos na Escrituração Fiscal Digital - EFD.

Elaboram novos demonstrativos analíticos e sintéticos fls. 238 a 269, remanescentes 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 (cód. Prod. 699659, 699667, 765368 e 849138), óleo girassol (cód. Prod. 784150), óleo de milho (cód. Prod. 784168), óleo canola (cód. Prod. 784176), acetô balsâmico (cód. Prod. 811459 e 841790) colônia (cód. Prod. 355704 e 355712) e vinagre balsâmico (cód. Prod. 375772).

O sujeito passivo ao ser cientificado discorda das conclusões do autuante, asseverando em relação aos produtos de laticínio, que nos cupons fiscais foi informada a alíquota de 7%, porém, no sistema de geração de arquivos do PDV foi utilizada a alíquota correta de 20% e apresenta a mesma justificativa apresentada na defesa inicial, quando se reportou aos itens “cosméticos e toucadores”.

Tais argumentos foram rebatidos pelos autuantes, que mais uma vez diz ter feito uma nova análise nas EFDs constatando que os valores de base de cálculo e de alíquota foram informados corretamente, entretanto, os valores do ICMS devido foram declarados a menos, para os itens questionados.

Apresenta mais dois exemplos, anexando print dos documentos fiscais e lançamentos na EFD, fls. 287 a 291, e para uma melhor visualização transcrevo os dados referentes a NFC-e 412562, onde constam os produtos tributados: Queijo Reino Pole Lt Kg (Código 311251) no valor 58,84, Alho Importado Kg (Código 100013) no valor de 7,89, Adocant Adocil 100ml (código 119849) no valor de 3,15, Bastonetes Topz 75un (Código 327506) no valor de 2,95 e Let L.V. Zero 1 (código 610704) no valor de 6,25, totalizando uma base de cálculo tributada de R\$ 79,08. Aplicando a alíquota de 18%, apura-se um valor de ICMS de R\$ 14,23.

No Registro de Saída, o valor lançado do ICMS foi de R\$ 10,70. (Queijo Reino: 58,84 x 12% = 7,06 e os demais itens: 20,24 x 18% = 3,64).

Assim, restou comprovada a aplicação incorreta de 12% no produto QUEIJO, gerando um débito a menor de ICMS de R\$ 3,53 (14,23 – 10,70).

Tendo em vista que na 1ª Informação Fiscal, os autuantes apontaram os motivos pelos quais não foram acatados os argumentos defensivos, relacionados aos itens mantidos na autuação, apresentando as devidas justificativas, acompanhadas das provas necessárias, com as quais concordo, e o sujeito passivo ao ser cientificado se limitou a reiterar os argumentos trazidos na inicial, não trazendo qualquer fato novo para provar que os valores apurados pela fiscalização estariam incorretos, acolho as conclusões da fiscalização e a infração subsiste parcialmente nos termos da planilha ajustada quando da informação fiscal, fls. 238 a 269, remanescentes os valores de R\$ 1.000,54; R\$ 22.898,98 e R\$ 33.779,04, para os exercícios de 2019, 2020 e 2021, respectivamente, totalizando o montante de R\$ 57.678,56, conforme demonstrativos de débito de fls. 238, 242 e 256.

A infração 05 diz respeito ao recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto.

Em complemento foi acrescentado que: “*O contribuinte calculou a menor o imposto vinculado as operações realizadas mediante a emissão de diversas Notas Fiscais de Vendas a Consumidor Eletrônico (NFC-e) ANEXO V.*”.

O defendente alega que foi repetido o mesmo erro combatido na infração anterior, razão pela

qual o lançamento seria insubstancial, porém, não apresenta qualquer prova documental, sequer indica produtos ou documentos fiscais que teriam sido considerados indevidos pela fiscalização.

Por sua vez os autuantes na Informação Fiscal esclareceram que as diferenças apontadas nos demonstrativos que elaboraram são de pequenos valores por produto, e que efetivamente existiram e foram somados errados pela empresa, provavelmente por erros de aproximações. Indica na fl. 116 do PAF o item Coton Johnson 75 Un. (Item número 7) cujo valor de base de cálculo foi de R\$ 603,24, o valor de ICMS informado de R\$ 107,88, sendo que ICMS auditado foi de R\$ 108,58, apresentando uma diferença de R\$ 0,70, que foi objeto de exigência.

Observo que ao sujeito passivo foi dada ciência da Informação Fiscal, porém, não mais se manifestou, em relação a esta infração.

Assim, pelo que dispõe o art. 142 do RPAF/99, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. Consequentemente a infração 05 subsiste em sua totalidade.

No que diz respeito à alegação de que a multa aplicada de 60% é abusiva e confiscatória, observo que sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal e é prevista no artigo 42, da Lei nº 7.014/96, portanto legal.

Em relação a pretensão do contribuinte de aplicar a decisão mais favorável ao contribuinte entendo ser inaplicável, em razão de inexistir dúvidas em relação a matéria apreciada.

No que diz respeito ao pedido da redução da multa imposta, ao patamar de 20%, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor do artigo 158, do RPAF/BA.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do auto de infração, no valor total de R\$ 72.570,31, conforme a seguir:

Infração	Vlr. Lançado	I. Fiscal	Vlr. Julgado
01 – 001.002.003	2.960,54	2.960,54	2.960,54
02 – 001.002.005	8.150,12	8.150,12	8.150,12
03 – 001.002.040	9.330,57	0,00	0,00
04 – 003.002.002	65.932,04	57.678,56	57.678,56
05 – 003.002.004	3.781,09	3.781,09	3.781,09
<b>Totais</b>	<b>90.154,36</b>	<b>72.570,31</b>	<b>72.570,31</b>

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269197.0014/23-9, lavrado contra **COMERCIAL BAHIANO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o recolhimento do imposto no valor total de **R\$ 72.570,31**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a” e II “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de outubro de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR