

A. I. N° - 269197.0005/22-1
AUTUADO - COMERCIAL BAHIANO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTES - MARCELO DE AZEVEDO MOREIRA e HERMENEGILDO MAGALHÃES FRAGA
ORIGEM - DAT SUL / IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 15/08/2024

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0135-03/24-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO NAS SAÍDAS; **b)** AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS COM O IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA; **c)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Acusações não contestadas pelo Autuado. Infrações mantidas. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. LIVROS FISCAIS. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO; **b)** APLICAÇÃO DIVERSA DA ALÍQUOTA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. RCOLHIMENTO A MENOS. Ajustes realizados pelos Autuantes reduz valor lançado originalmente. Infrações parcialmente subsistentes; **c)** ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. RCOLHIMENTO A MENOS. Autuado apresenta elementos que elidem parcialmente a acusação fiscal. Infração parcialmente caracterizada. Indeferido pedido de perícia técnica. Negado pedido de redução de multa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 26/12/2022, exige crédito tributário no valor de R\$ 72.301,40, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01. 001.002.003. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisições de mercadorias beneficiadas com isenção de imposto nos meses de janeiro a dezembro de 2018, no valor de R\$ 2.388,83, acrescido da multa de 60%;

Infração 02. 001.002.005.utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisições de mercadorias com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a março e julho a dezembro de 2018, no valor de R\$ 261,59, acrescido da multa de 60%;

Infração 03. 001.002.040. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2018, no valor de R\$ 1.687,77, acrescido da multa de 60%;

Infração 04. 002. 001.003. deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, sendo os valores mais relevantes referentes a produtos de panificação fabricados pela própria empresa, nos meses de janeiro a dezembro de 2018 no valor de R\$ 55.240,56;

Infração 05. 003.002.002. recolhimento a menos do ICMS, em razão de aplicação diversa da alíquota prevista na legislação, nas saídas de mercadorias devidamente escrituradas, em

operações com notas fiscais de consumidor eletrônicas - NFC-e, valores mais relevantes referentes a produtos que possui a incidência do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – 2% - nos meses de janeiro a dezembro de 2018, no valor de R\$ 11.800,11, acrescido da multa de 60%;

Infração 06. 003.002.004. recolhimento a menos do ICMS, em razão de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2018, valor de R\$ 922,54, acrescido da multa de 60%;

O autuado impugna o lançamento fls. 110/120. Diz que não se conformando com os termos contidos na autuação vem, com o devido respeito, ofertar, a sua impugnação, nos termos do quanto lhe permite a norma específica do RPAF/99. Reproduz as infrações nº 01, 02, 03 e 06 do referido PAF afirmando reconhecer o cometimento de tais irregularidades.

Todavia, sobre as infrações 04 e 05, aduz que discorda com a autuação aplicada, motivo pelo qual ingressa com a presente defesa, manifestando seu inconformismo pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

Sobre a infração 04, afirma que o auditor fiscal lançou a infração com a seguinte descrição: *“Trata-se de operação com emissão de Notas Fiscais de consumidor eletrônica (NFC-e). Constatado que os valores mais relevantes desta infração são os produtos de panificação, fabricados pela própria empresa, como bolos e pizzas que não estão contemplados no § 2º do art. 373 do RICMS”*.

A este respeito, afirma que há previsão no RICMS/BA, art. 373 e ss., a previsão de que nas operações de derivados de farinha de trigo, o ICMS estará sujeito à substituição tributária.

Aduz que os bolos recheados ou com cobertura e tortas, são produtos que não são tributadas, estando sob incidência da ST, inclusive no Site Oficial da SEFAZ, na aba *“Inspetoria Eletrônica”* – no ícone *“Perguntas e Respostas”* – *“Legislação”* - *“Substituição Tributária”*.

Destaca que é bem clara a diferença entre o *Bolo* elencado na ST, do *Bolo Confeitado ou Torta*, apesar de utilizarem na sua massa inúmeros ingredientes semelhantes (farinha trigo, fermento, ovos, óleo entre outros), os bolos da ST nos seus diferente tipos e sabores (Bolo de laranja, chocolate, nata, baunilha e etc.), normalmente usam essências ou sumo, a sua massa é aerada e mais pesada, e são chamados também bolos simples. Já as tortas e os bolos confeitados, são mais elaborados (aparência e modo de preparo, além da sua cremosidade, sendo mais úmido), sua massa é mais macia, levam recheios e coberturas diversas (frutas, biscoitos, chocolate, doces, glacê, chantilly e etc.) e normalmente não levam conservantes. Pelo volume de ingredientes utilizados, fazem com que o seu valor seja diferenciado. Outra característica que difere do bolo (simples) é que, por levar inúmeros ingredientes líquidos e/ou frescos eles têm uma durabilidade bem menor, para o seu consumo, necessitando quase sempre, após alguns dias de preparados serem armazenados em geladeira.

Apona que inúmeras Secretarias da Fazenda têm consagrado o entendimento de que os bolos, ainda que com coberturas, não perdem sua essência, sendo sujeitos, como os demais produtos derivados de farinha de trigo, a substituição tributária. Sobre o tema cita entendimento do Conselho Fazendário do Rio Grande do Sul.

Afirma que apesar deste contribuinte adotar critério mais conservador, vale dizer que mesmo para as tortas, a Jurisprudência tem garantido à equiparação do bolo à torta.

Face ao exposto, declara que reconhece como indevida as exações sobre os bolos, especialmente aqueles em que os confeitados não perfizerem mais de 20% de sua composição, bem como sobre as pizzas. Ambos estão enquadrados no item 11.9 e 11.18.1 da lista de substituição tributária.

Assim, há que se reconhecer a procedência apenas do lançamento realizado sobre demais itens, no valor de R\$ 11.036,26.

Relativamente a infração 05, aduz que o fiscal instruiu o lançamento com a seguinte exposição: *“Trata-se de operação com emissão de Notas Fiscais de consumidor eletrônica (NFC-e). Constatado que os valores mais relevantes desta infração são de que tem a 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 05/2026”*.

Nota que em análise da informação contida nos cupons fiscais, o auditor verificou que alguns itens, notadamente os cosméticos e de toucador. A informação fiscal demonstrada nos cupons fiscais se refere a aplicação de alíquota de 7% para tais itens. Ocorre que, conquanto 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).

Assegura 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. *Printa documento com este campo.*

Ressalta que a ilustração da planilha do dia 31/12/2018, demonstra que a apropriação da alíquota para cálculo do ICMS de tais itens deu-se pela alíquota correta. Como prova disso, junta duas planilhas. A planilha *“Venda Produtos 31122018 Arraial.xml”* demonstra a totalidade dos itens vendidos e seus respectivos valores e alíquotas aplicadas sobre a saída de todas as mercadorias em 31/12/2018.

Já a planilha *“2018 Arraial Completo.xls”*, demonstra, à semelhança de um livro razão, todas as saídas dos produtos supostamente lançados com alíquota a menor em suas respectivas datas. Aduz que as referidas planilhas seguem anexas em CD no Auto de Infração, bem como via *e-mail*, na forma da Carta de Serviços vigente.

Assim, diz que há que se reconhecer a improcedência total do lançamento realizado sob este argumento.

Sobre o percentual que o Auditor aplicou, multa de 60% teria ocorrido por conta do suposto equívoco. Frisa 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.

Aponta que 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 *“dívida”* – nunca *“ignorância ou desconhecimento”* – quanto à lei, ao fato, ou ao seu autor, cabendo, destarte, a interpretação mais favorável. Sobre o tema cita o artigo 112 do Código Tributário Nacional.

Destarte, 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. O certo é que não se deve aplicar o percentual de 60% que se demonstra deveras excessivo.

Entende que as planilhas que anexa demonstram, suficientemente, que a infração tipificada nesta autuação não existiu. Todavia, caso não se convençam os Julgadores apenas com as provas ora produzidas, necessário se faz, 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 pelo Autuante, pois, conforme planilha anexa, a matéria está devidamente rebatida pela impugnante. A respeito, junta quesitação.

Diz que todas as questões suscitadas se prestam para responder uma ou mais das infrações apontadas pelo auditor. Aponta que aprova 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.

Ex positis, vem, requerer: (a) que declare a inaplicabilidade da multa de 60% para o caso de mero inadimplemento, reduzindo-a ao percentual de 20%; (b) que revise o lançamento da Infração nº 01(?) 04, para ajustá-la ao valor devido de R\$ 11.036,26; (c) que reconheça a improcedência total da infração n. 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.

A dupla de Autuantes prestou informação fiscal fls. 129/139. Diz que a empresa comprova a tempestividade na apresentação da defesa. Diz que as infrações nº 01, 02, 03 e 06 do referido PAF foram reconhecidas pela autuada.

Sobre a infração 04, e infração 05, sintetiza a tese defensiva do Autuado.

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.

Aduz que 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. O Auto de Infração é descrito de forma clara consubstanciado na irregularidade identificada durante o processo de auditoria.

Lembra que a empresa reconheceu os débitos das infrações 01, 02, 03 e 06. Resta restabelecer a verdade material das infrações 04 e 05.

Infração 04

Explica que durante o período da fiscalização foi repassado para a empresa os demonstrativos para análises prévias dos resultados e prestados alguns esclarecimentos via *e-mail* (fls. 15/20 do PAF), no entanto, perdurou a discussão com relação ao tratamento em relação a bolos e pizzas.

Como a fiscalização do ano de 2018 foi desmembrada dos anos subsequentes, no momento da lavratura deste PAF ainda não existia um entendimento conclusivo como proceder na tributação de bolos de fabricação própria.

A posterior, se verificou que existia no *Site* da própria SEFAZ uma orientação na Inspeção Eletrônica com o esclarecimento que tipo de bolo deveria ser tributado ou incluso na substituição tributária. Transcreve trecho das perguntas e respostas no *Site* da SEFAZ (28).

Afirma ter feito as exclusões dos bolos a base de farinha de trigo e que não possuíam nenhum tipo de recheio e nenhuma cobertura. Relaciona os itens excluídos do levantamento: bolo caçarola (198773), bolo casa vegan (838896), bolo cenoura (177563), bolo chocolate (177687), bolo coco (177601), bolo de maçã (297240), bolo formigueiro (181943), bolo italiano (389854), bolo laranja (177598), bolo limão (687189), bolo maracujá (209970), bolo mesclado (297399), bolo mineiro (186694), bolo s acuc doce (838829), bolo s lact (838870), bolo suíço (293199), bolo tradicional (142182), bolo xadrez (144258).

No caso das pizzas, diz que sempre foram tributadas. As pizzas compradas para revenda, como a

das marcas SADIA, PIF PAF, até 31/05/2018 eram tributadas normalmente e a partir de 01/06/2018 foi inclusa no instituto da substituição tributária (item 11.28.1 do anexo único do RICMS/BA) e a empresa já recebe as pizzas para revendas com o ICMS retido pela indústria ou pelos seus revendedores.

Já no caso das pizzas de fabricação própria com coberturas (pizzas de calabresa, pizzas de presunto), o estabelecimento assume o papel de indústria e o imposto deverá ser destacado na sua venda ao consumidor (NFC-e), senão as pizzas não seriam tributadas. Neste caso, é similar ao caso de lasanhas e canelones recheados, inhoque com molhos, todos são tributados.

Acrescenta que no caso das pizzas com coberturas fica afastada qualquer interpretação extensiva do parágrafo 2º do art. 373.

Esta é a mesma linha de raciocínio dos bolos, só seriam elencadas como já substituídas os discos de pizzas sem coberturas, considerando neste caso, que o principal ingrediente é a farinha de trigo que já teve o seu imposto retido. Nas pizzas prontas, o maior custo são efetivamente os ingredientes da cobertura, desta forma mantém o entendimento que as pizzas de fabricação própria com coberturas são tributadas.

Quanto ao julgado do Conselho do Rio Grande do Sul e a apelação do MS apresentados, não refletem o escopo da discussão, considerando que a empresa já tinha incluído alguns tipos de bolos gelados e/ou recheados como tributados nas saídas em suas denúncias espontâneas.

Infração 05

Inicialmente, diz estranhar a empresa 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”.

Explica que no levantamento fiscal desta infração as informações foram extraídas das informações 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.

Verifica que, realmente, grande parte dos produtos apontados no levantamento (*cosméticos e toucadores*) foram apurados o imposto com as alíquotas corretas de 18% ou 20% do ICMS.

Aponta que refeito o levantamento, remanesce a infração com 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), *acetato balsâmico* (cod prod 811459 e 841790) *colônia* (cod prod 355704 e 355712) e *vinagre balsâmico* (cod prod 375772).

Sobre a contestação do percentual da multa aplicada em razão da base de cálculo eleita pela autuação e também no caso do artigo que determina a redução de base de cálculo, diz que a defesa não demonstra nenhum caso concreto para que produto tivesse uma base de cálculo ou uma redução de base de cálculo diferente das que efetivamente foram utilizadas e aplicadas nas infrações. Logo, não tem nada fundamentado em relação a “dúvida” que deveria ser dado um tratamento benigno a multa aplicada.

Quanto pedido de aplicação de um percentual de multa menor, não tem os Autuantes essa discricionariedade de decisão, considerando que o lançamento fiscal é um ato vinculado a legislação tributária.

Ressaltamos, no entanto, 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.

Por último, sobre a solicitação de perícia fiscal, as planilhas anexadas não demonstrem suficientemente que as infrações não existiram, portanto, julga totalmente desnecessário, considerando que foram feitas as correções pertinentes em razão da legislação tributária e as informações constantes no SPED Fiscal.

Em razão do exposto, propugna pela procedência parcial da infração nº 04 com o total de R\$ 21.461,39 e da infração nº 05 com o total de R\$ 5.823,59 do lançamento tributário, conforme novos anexos.

O Autuado tomou ciência e recebeu os demonstrativos ajustados quando da informação fiscal via DT-e fl. 167 e permaneceu silente.

VOTO

O Auto de Infração em epígrafe é composto por seis infrações arroladas pela fiscalização, conforme relatadas na inicial.

Preliminarmente, embora não tenham sido suscitadas questões prejudiciais, analisando os elementos que compõem o presente processo, em especial as razões defensivas, verifico que o Autuado tomou conhecimento prévio de que seria fiscalizado, conforme Termo de Intimação para entrega de livros e documentos via DTE, e recebeu todos os demonstrativos que deram suporte a exigência fiscal.

Sobre o lançamento de ofício, observo que a autoridade administrativa que constituir o crédito tributário, deve identificar o sujeito passivo e propor a aplicação de penalidade cabível (art. 142 do CTN), e de acordo com o art. 39, inciso I do RPAF/BA, o Auto de Infração conterà a identificação, o endereço e a qualificação do autuado.

No caso em exame, o Autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação e não foi apresentada contestação específica, quanto ao cálculo que resultou no valor exigido no Auto de Infração, apurado pelos Autuantes.

Dessa forma, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do Auto de Infração, encontrando-se definidos: o autuado, o montante e o fato gerador do débito tributário reclamado, não estando o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA.

Sobre a perícia técnica solicitada pelo defendente, indefiro de plano, com base no art. 147, inciso II, do RPAF-BA/99, visto que considero suficientes os elementos constantes nos autos para apreciação do mérito da autuação e conclusões acerca da lide. Para convencimento dos Julgadores, no presente caso, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, e a entendo desnecessária, em vista de outras provas produzidas nos autos. Assim, diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, indefiro o pedido de perícia técnica formulado pelo autuado em sua impugnação.

O defendente reconheceu o cometimento das infrações nº 01, 02, 03 e 06 que declaro procedentes, considerando que não existe lide a respeito das mesmas a ser apreciada.

No mérito, na Infração 04 o Autuado foi acusado de falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, sendo os valores mais relevantes referentes a produtos de panificação fabricados pela própria empresa, nos meses de janeiro a dezembro de 2018.

O defendente em sua impugnação, afirmou que há previsão no RICMS/BA, art. 373 e ss. de que nas operações de derivados de farinha de trigo, o ICMS estará sujeito à substituição tributária. Disse que verificou que existe no *Site* da própria SEFAZ uma orientação na Inspeção Eletrônica, com o

esclarecimento de que tipo de bolo deveria ser tributado ou incluso na substituição tributária, além das pizzas. Transcreve trecho das perguntas e respostas no *Site* da SEFAZ (28).

Sobre a matéria, verifico que de fato, existe no *Site* da SEFAZ orientação na Inspeção Eletrônica a respeito do tema, que para melhor esclarecimento reproduzo o seguinte trecho:

Qual a situação tributária para os produtos produzidos em padaria, tais como: pãozinho de queijo, bolos, sobremesas (pudim, mousse, outros), lanches (pastel, banana real, sanduiche de queijo e presunto, dentre outros)?

Os produtos sujeitos ao regime de Substituição Tributária disciplinada no artigo 373º, § 2º, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto n.º 13.780/2012, e especificados no Anexo I do mesmo diploma legal, são exclusivamente aqueles fabricados com farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo, e descritos no referido dispositivo legal. Como exemplo as saídas de pão sonho, pãozinho recheado e pão de queijo, fabricados no estabelecimento do Contribuinte a partir da farinha de trigo ou sua mistura, estão desonerados de tributação. Por outro lado, as saídas de bolos com recheio e cobertura, tortas de banana e chocolate, bolos com recheios diversos (nozes, passas frutas, outros), banana real e pastel de queijo com goiaba, devem ser tributadas normalmente, visto que, embora tais produtos sejam fabricados com farinha de trigo, em sua composição predominam outros insumos alimentícios; bem como outros produtos semelhantes, porém fabricados a partir de milho ou de outros cereais que não o trigo, não está incluído nesse regime de tributação.

Com base nesta orientação da SEFAZ transcrita, ao Auditores afirmaram que realizaram as exclusões dos bolos a base de farinha de trigo e que não possuíam nenhum tipo de recheio e nenhuma cobertura. Relaciona os itens excluídos do levantamento: bolo caçarola (198773), bolo casa vegan (838896), bolo cenoura (177563), bolo chocolate (177687), bolo coco (177601), bolo de maça (297240), bolo formigueiro (181943), bolo italiano (389854), bolo laranja (177598), bolo limão (687189), bolo maracujá (209970), bolo mesclado (297399), bolo mineiro (186694), bolo s acuc doce (838829), bolo s lact (838870), bolo suíço (293199), bolo tradicional (142182), bolo xadrez (144258).

No caso das pizzas, disseram que aquelas compradas para revenda, como a das marcas SADIA, PIF PAF, até 31/05/2018 eram tributadas normalmente e a partir de 01/06/2018 foi inclusa no instituto da substituição tributária (item 11.28.1 do anexo único do RICMS/BA) e a empresa já recebe as pizzas para revendas com o ICMS retido pela indústria ou pelos seus revendedores.

Já no caso das pizzas de fabricação própria com coberturas (pizzas de calabresa, pizzas de presunto), o estabelecimento assume o papel de indústria e o imposto deverá ser destacado na sua venda ao consumidor (NFC-e), senão as pizzas sairiam sem tributação. Neste caso, é similar ao caso de lasanhas e canelones recheados, inhoque com molhos, todos são tributados.

Acrescentaram que no caso das pizzas com coberturas fica afastada qualquer interpretação extensiva do parágrafo 2º do art. 373.

Analisando os elementos que fazem parte do presente PAF, acato as conclusões dos Autuantes, visto que após as exclusões realizadas à vista dos elementos trazidos pelo defendente se amoldam com absoluta consonância à legislação de regência. Infração parcialmente procedente.

A Infração 05, acusa o Autuado de ter recolhido a menos o ICMS, em razão de aplicação diversa da alíquota prevista na legislação, nas saídas de mercadorias devidamente escrituradas, em operações com notas fiscais de consumidor eletrônicas - NFC-e, valores mais relevantes referentes a produtos que possui a incidência do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – 2% - nos meses de janeiro a dezembro de 2018.

O defendente alegou, que em análise da informação contida nos cupons fiscais, o fiscal verificou alguns itens, notadamente os cosméticos e de toucador estavam com a aplicação de alíquota de 7%. Ocorre que, conquanto 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,

20% (vinte por cento). Explicou 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 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. Printou documento com este campo. Juntou duas planilhas, “*Venda Produtos 31122018 Arraial.xml*” e a planilha “*2018 Arraial Completo.xls*”, demonstrando, à semelhança de um livro razão, todas as saídas dos produtos supostamente lançados com alíquota a menor em suas respectivas datas. Disse comprovar não haver diferença a ser exigida.

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

Verifica que, realmente grande parte dos produtos apontados no levantamento (*cosméticos e toucadores*) foi apurado o imposto com as alíquotas corretas de 18% ou 20% do ICMS.

Aponta que refeito o levantamento, remanesce a infração com alguns produtos, os 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).

Analisando os elementos que compõem esta infração, acato as conclusões do Autuante visto que tiveram por base os livros e documentos fiscais do contribuinte apreciados à luz da legislação de regência.

Em razão do exposto, concluo pela procedência parcial da infração nº 04 com o total de R\$ 21.461,39 e da infração nº 05 com o total de R\$ 5.823,59, conforme novos demonstrativos anexos a este processo.

É importante ressaltar que o Autuado tomou ciência e recebeu os demonstrativos ajustados quando da informação fiscal via DT-e fl. 167 e permaneceu silente.

Sobre a alegação defensiva de que a multa de 60%, deveria ser cancelada ou reduzida, devendo ser interpretada de forma mais benigna ao contribuinte, aplicando-se o art. 112 do CTN que preconiza a aplicação na seara do Direito Tributário de um de um típico preceito penal (*in dubio pro reo*), que se pauta na “*presunção de inocência*”.

A respeito deste pedido, saliento que não pode ser acolhido considerando que não há qualquer dúvida a respeito das irregularidades cometidas apuradas em ação fiscal, que foram inclusive reconhecidas pelo Autuado.

O defendente requereu ainda, que se declare a inaplicabilidade da multa de 60% para o caso de mero inadimplemento, reduzindo-a ao percentual de 20%.

Observo que a penalidade aplicada de 60% está de acordo com a Lei 7014/96, portanto não é confiscatória. Ademais este Órgão Julgador não possui competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como, não lhe cabe decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o inciso I, do art. 167, do RPAF-BA/99.

Quanto ao pedido de redução da multa, nos termos descritos no Auto de Infração, o pleito defensivo não pode ser acatado por falta de previsão legal, uma vez que, o caso concreto está corretamente enquadrado na alínea “a”, do inciso II, do artigo 42 da Lei Estadual nº 7014/96. As hipóteses previstas para redução da multa como quer o defendente, estão estabelecidas nos arts. 45 e 45-B, da lei 7014/96.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269197.0005/22-1, lavrado contra **COMERCIAL BAHIANO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 32.545,71**, acrescido das multas de 60%, previstas no inciso II, alínea “a” e inciso VII, alínea “a” do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2024.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR