

A. I. Nº - 206958.0011/20-6
AUTUADO - ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A
AUTUANTE - LUCAS XAVIER PESSOA
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02.06.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0081-05/23-VD**

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Excluídas as mercadorias isentas e enquadradas no regime de substituição tributária. Infração parcialmente subsistente. Reconhecida, de ofício, a decadência em parte do período autuado. Nulidades não acolhidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 25/03/2020, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$ 132.600,71, em razão da seguinte imputação:

***Infração 01 – 02.01.03:** Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2015 a 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 132.600,71, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.*

Consta Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, Demonstrativo, Mídia e Recibo de Entrega do Auto de Infração e da Mídia, com ciência em 20/10/2020 (fls. 07 a 19).

O Autuado apresentou Defesa (fls. 22 a 29), tempestivamente, na qual alegou que foram consideradas no levantamento operações com produtos subjugados ao regime de substituição tributária, que adquiriu já na condição de contribuinte substituto, tendo em vista que seus estoques são nutridos pelo estabelecimento matriz, CNPJ 13.436.092/0001-07, e pelo estabelecimento filial 05, CNPJ 13.436.092/0016-85.

Afirmou que elaborou planilha e apresentou documentos que comprovam os assentos legais condicionantes do tratamento que dispensou às operações mencionadas (Anexos 111 e 112 a 116), resultando no valor total indevido de R\$ 80.299,60, reconhecendo como devido o valor de R\$ 52.301,08, o qual diz ter formalizado pedido de parcelamento.

Postulou o provimento parcial do Auto de Infração.

O Autuante relatou que a Defesa foi recebida por e-mail, tendo juntado os anexos que acompanharam a Defesa (fls. 31 a 215 e mídia à fl. 216), a saber:

1. Anexo 33: texto da Defesa original (8 folhas);
2. Anexo 1: procuração em cópia (1 folha);
3. Anexo 32: carteira da OAB do procurador (1 folha);
4. Anexo 111: planilha Demonstrativo das Mercadorias Sujeitas à ST, Inseridas Indevidamente na Infração (2 folhas - primeira e última folhas da planilha);
5. Anexos 2 a 41: cópias de DANFES – Compras para a Matriz (65 folhas);
6. Anexos 42 a 110: cópias de DANFES – Compras para a Filial 05 (107 folhas).

Em seguida, o Autuante apresentou Informação Fiscal (fls. 218 a 221 e mídia à fl. 224), na qual sustentou os seguintes argumentos organizados por grupos de produtos:

- a. Açai Diversos Tipos – códigos 111.650, 111.651 e 111.652: Não acatado. A argumentação do Autuado de que se enquadra como “sorvetes” não prospera. O açai é um elemento *in natura* ao qual se adicionou banana ou morango, em batimento mecânico.
- b. Barras de Cereal – inúmeros códigos: Não Acatado. O argumento do Autuado vincula aos “alimentos com base em cereais obtidos por expansão ou torrefação”, previsto no item 11.8 do Anexo 1. Ledo engano. A barra de cereal contém açúcar, mel, frutas, às vezes chocolates, alimentos outros, alguns cereais torrados e outros crus. O item indicado refere-se ao cereal obtido do milho expandido, bem divergente do item em questão.
- c. Creme Crocante Ovomaltine – código 1.054.686: Não Acatado. Não se trata de chocolate em barra ou outra forma, mas de creme de avelã em sua maior composição. E o Ovomaltine é originalmente uma bebida feita a partir do malte, cacau, leite e ovo.
- d. Nutella – códigos 103.445 e 1.034.456: Não Acatado. O item em questão não é chocolate como o Autuado alega, mas creme de avelã em sua grande maioria, com parte em cacau em pó. A previsão do item 11.2 do Anexo 1 invocado é para chocolates.
- e. Ervilha Partida Yoki – código 43.018: Não Acatado. Produto em conserva, muito distante daquilo que propõe o Autuado tentando vinculá-lo ao item 11.1 – Batata frita.
- f. Farinha de Tapioca – código 1.101.048: Não Acatado. A previsão do item 11.9 – Salgadinhos do Anexo 1 nem de longe enquadra este item.
- g. Granola – diversos códigos: Não Acatado. Trata-se de um produto preparado a partir de frutas secas, grãos de cereais, sementes e açúcar mascavo. Não se coaduna com o item 11.8 – Produtos à base de cereais obtidos por expansão.
- h. Polpas de Frutas – Diversos Códigos: Não Acatado. Em nenhum momento o argumento posto pelo Autuado se enquadra no item, que por sua vez nunca fez parte do Anexo 1 do RICMS/12.
- i. Aguardente Pitu Cola – 731.757: Não Acatado. Desde que saiu da substituição tributária em outubro de 2016, período dos lançamentos do demonstrativo, não retornou mais, até agora. Portanto, não se enquadram no item 2.2 - Batida e Similares, alegado.
- j. Sandália Havaianas – diversos códigos: Não Acatado. Todos os calçados saíram da substituição tributária em dezembro de 2014.
- k. Cola Cascola – código 1.072.226: Não Acatado. Item saiu do Anexo 1 em janeiro de 2015. Os lançamentos são posteriores a este período.
- l. Fita Durex – códigos 107.821 e 13.200: Não Acatado. Nenhuma semelhança há com o item apontado: 12.5 – Maletas e Pastas. E não permaneceu na substituição tributária senão na indústria automobilística (item 1.90).
- m. Itens de Higiene Pessoal (Desodorantes, Escovas para Cabelo, Lenço Absorvente, Pincel para Barba, etc): Embora sejam de um grupo contemplado com itens na substituição tributária, estes nunca fizeram parte específica dele.
- n. Itens de Limpeza Doméstica – diversos códigos (Aromatizante Spray, Kits de Limpeza, Ceras, Lava Auto, Lava Roupas, Pá para Lixo, Palha de Aço, Rodo para Pia, etc): Não Acatado. Além de não se enquadrarem nos itens apontados pelo Autuado, estes itens saíram da substituição tributária em janeiro de 2015, e todos os lançamentos do demonstrativo são posteriores a essa data.
- o. Ossos Tipos Diversos para Caninos – diversos códigos: Não Acatado. O item 36 do Anexo 1 do RICMS/12 em 2016 aponta para rações (NCM 2309), que são alimentos preparados para sustento nutricional dos animais. Estes itens em questão são fabricados à base de couro bovino e não são destinados à alimentação.

- p. Copas Sadia e Presuntos Diversos – diversos códigos: Não Acatado. O produto Copa, bem como todos os Presuntos não são elementos frescos “resultantes do abate de suínos” como exige o NCM 0210. Em verdade, o “Copa” requer tratamento industrial para o “amolecimento” das poucas partes da carne suína que servem à sua produção. Por sua vez, os presuntos são vários tipos de carnes suínas que após cozimento temperado são prensados e refrigerados. Ambos requerem industrialização específica para sua produção. NCM correto: 1602.
- q. Alimentos Preparados - Lasanhas e Pizzas Pré-Cozidas, Pastéis, Torta Mousse – diversos códigos: Não Acatado. As pizzas só foram incorporadas na sua totalidade ao Anexo 1 do RICMS/12 em 2019. Portanto, antes disto, todos os produtos preparados e recheados e pré-assados ou pré-cozidos ficaram de fora da substituição tributária.
- r. Mistura para Pão de Queijo – diversos códigos: Todo o grupo 11 do Anexo 1 do RICMS/12 se refere a itens fabricados a partir da farinha de trigo. Sabemos que a mistura para o pão de queijo contém apenas polvilho e fécula de mandioca para a massa e, além do mais, é pré-assado, conservando-se exclusivamente congelado. Não se coaduna, portanto, com o grupo. A menos que possa ser enquadrado como “demais pães industrializados”, presente no item 11.30 do Anexo 1, não poderia acatá-lo pois, ainda assim, não se trata de pão pronto para o consumo, mas tão somente a massa, que apesar de já formatada, requererá assadura complementar.
- s. Utilidades - Espelhos Pavão, Polidor de Metais e Varal de Aço: Não Acatado. Estes itens sempre foram utilidades domésticas e não estão enquadrados na substituição tributária nos anos fiscalizados. O polidor de metais ainda fazia parte entre os materiais de limpeza até janeiro de 2015. Os lançamentos do demonstrativo são todos posteriores.

Declarou ter elaborado novo demonstrativo da infração, a partir da análise da planilha apresentada pelo Autuado, reduzindo parcialmente o valor em R\$ 39.286,07, remanescendo a exigência no valor de R\$ 93.314,61.

Requeru que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente no valor acima apontado.

Em sessão de julgamento, esta 5ª JfF decidiu converter o feito em diligência para que o Autuante apresentasse planilha contendo os itens excluídos e os valores remanescentes por período mensal, entregando cópia do pedido de diligência e do correspondente parecer revisional ao Autuado, concedendo 10 (dez) dias para manifestação (fl. 230), o que foi efetuado via DT-e (fls. 235 e 236).

O Autuado apresentou manifestação (fls. 238 a 240), onde reconheceu que parte das mercadorias não faz parte do rol de bens subjugados ao regime de substituição tributária, no valor de R\$ 17.775,56, conforme Anexo I que colacionou (fls. 241 a 273), e outra parte está enquadrada no referido regime, de acordo com os Anexos II e III que colacionou, nos valores respectivos de R\$ 21.033,32 e R\$ 2.204,65, ante os motivos inapropriados alinhados na Informação Fiscal (fls. 274 a 305 e 306 a 326 e mídia à fl. 327).

Pediu o reconhecimento dos seus argumentos.

O Autuante apresentou nova Informação Fiscal (fl. 331 e mídia à fl. 334), quando comunicou o cumprimento da providência aludida no pedido de diligência, que consistiu na apresentação do demonstrativo dos itens expurgados que reduziu o *quantum* exigido para R\$ 93.314,61.

Pediu escusas pela apresentação apenas dos itens remanescentes, posto que o documento trabalhado para tal foi construído pelo próprio Autuado, utilizando o demonstrativo original do Autuante.

Disse que enquanto a empresa acrescentou seus motivos de expurgo, colunando cada situação item a item, acrescentou também novas colunas expondo suas contrarrazões.

Designado como Relator, após ter efetuado a avaliação dos elementos constantes nestes autos, declarei estar concluída a sua instrução e solicitei a sua inclusão em pauta de julgamento.

VOTO

Inicialmente, verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art. 39 do RPAF/99.

O demonstrativo apresenta de forma cristalina a infração, indicando o número e modelo do documento fiscal, CFOP da operação, data de emissão e, quanto à mercadoria, código, CST, NCM, descrição, base de cálculo, alíquota e ICMS devido.

Da análise dos fatos descritos no processo, observo que o Auto de Infração registra a acusação de falta de recolhimento do imposto em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, tendo o Autuado apontado que algumas mercadorias estavam enquadradas no regime de substituição tributária, não sendo devida a exigência em relação a estas mercadorias.

Apesar de não ter sido alegada, constato, de ofício, a existência da decadência quinquenal, visto que as infrações são relativas a notas fiscais escrituradas e foi efetuada arrecadação no regime normal em todos os meses do exercício de 2015, devendo esta ser reconhecida em relação ao período de janeiro a setembro de 2015, já que a ciência do Auto de Infração ocorreu em 20/10/2020 (fl. 03).

No mérito, o Autuado afirmou que foram equivocadamente incluídos no levantamento produtos enquadrados no regime de substituição tributária, embora apresente alguns produtos que nunca estiveram na substituição tributária e/ou que seriam isentos somente em estado natural, o que não ocorre no presente caso, como pescados e produtos hortícolas, e/ou que se parecem com produtos isentos, mas são tributados, como canjiquinha de milho e flocão de arroz.

Sendo assim, analisei cada produto, com seu NCM, verificando o seu enquadramento na substituição tributária, isenção ou tributação, ressaltando que não foram objeto de avaliação as mercadorias que somente foram lançadas no período de janeiro a setembro de 2015, tendo em vista o reconhecimento da decadência quinquenal.

Constatei que realmente estão enquadradas no regime de substituição tributária, devendo ser excluídas da autuação, as seguintes mercadorias:

BEBIDAS MISTAS SKINKA e MEGATON: São bebidas energéticas e isotônicas, elencadas nos itens 3.10 e 3.11 do Anexo 1 do RICMS/12.

BEBIDAS VODKA ICE, SKOL BEATS e AGUARDENTE COLA e ICE: São bebidas refrescantes com teor alcoólico inferior a 8%, elencadas no item 3.17 do Anexo 1 do RICMS/12, mas que só foram incluídas no regime de substituição tributária a partir de 01/10/2016.

CHOCOLATE e COBERTURA DE CHOCOLATE: São chocolates em embalagens de conteúdo inferior a 2 kg, elencados no item 11.3 do Anexo 1 do RICMS/12.

ESPELHO PLÁSTICO PAVÃO: São espelhos de vidro emoldurados, elencados no item 8.8 do Anexo 1 do RICMS/12.

FARINHA DE ROSCA: É produto de panificação, elencado no item 11.28 do Anexo 1 do RICMS/12.

GELO ITA: O gelo somente estava elencado no item 20 do Anexo 1 do RICMS/12 até 31/12/2015, deixando de ser enquadrado na substituição tributária a partir desta data.

LUSTRA MÓVEIS, ÓLEO DE CEDRO, ÓLEO DE PEROBA, RESTAURADOR, PROTETOR UV RODABRIL e REMOVEDOR: São preparações para dar brilho, limpeza, polimento ou conservação, e para solver, diluir ou remover tintas, vernizes e outros que estavam elencadas nos

itens 40.2 e 40.3 do Anexo 1 do RICMS/12 até 31/12/2015, deixando de ser enquadrado na substituição tributária a partir desta data.

MISTURA P/ PETIT: É mistura para bolo, elencada no item 11.14.3 do Anexo 1 do RICMS/12.

MINI TORRADA: É torrada, elencada no item 11.26 do Anexo 1 do RICMS/12.

ROSQUINHA INTEGRAL: É biscoito, elencado no item 11.21.0 do Anexo 1 do RICMS/12.

PAPEL OFÍCIO e CHAMEGUINHO: É papel cortado em tamanho ofício, elencado no item 12.31 do Anexo 1 do RICMS/12.

PIZZAS DIVERSAS: As pizzas foram incluídas no item 11.28.1 do Anexo 1 do RICMS/12 a partir de 01/06/2018, passando a ser enquadradas na substituição tributária a partir desta data.

PROTETOR CAREFREE: É absorvente higiênico externo, elencado no item 9.24 do Anexo 1 do RICMS/12.

TALHARIM MASSA LEVE: É massa alimentícia, elencada no item 11.17.3 do Anexo 1 do RICMS/12.

ROLETE PLÁSTICO, TORNEIRA e TAMPÃO DE PIA: São materiais utilizados na construção civil elencados nos itens 8.13 e 8.79 do Anexo 1 do RICMS/12.

Por conseguinte, devem ser mantidos na autuação as demais mercadorias, como os já citados pescados (FILÉ DE BACALHAU, FILÉ DE POLACA DO ALASCA, FILÉ DE SALMÃO, TILÁPIA, etc), produtos hortícolas industrializados (ERVA DOCE, ERVILHA, SALSA, ALHO, CAMOMILA, POLPA DE FRUTAS, AMÊNDOA SEM CASCA, etc), CANJIQUINHA e FLOCÃO DE ARROZ, além dos seguintes exemplos:

IOGURTES DIVERSOS e BEBIDAS LÁCTEAS: Os iogurtes somente estavam elencados no item 21 do Anexo 1 do RICMS/12 até 31/12/2015.

SANDÁLIAS: Os calçados saíram do regime de substituição tributária em 31/12/2014.

AROMATIZADOR, LIMPA VIDROS, DETERGENTE, ÁGUA SANITÁRIA, SHAMPOO PARA CARROS, LAVA ROUPAS, e semelhantes: Os produtos de limpeza saíram do regime de substituição tributária em 31/01/2015.

COPA, PRESUNTO PARMA e LINGUIÇA PERNIL: Os embutidos não estão no regime de substituição tributária, já que passam por um processo de industrialização.

LASANHA, MASSA P/ LASANHA, MASSA P/ PASTEL, PASTEL DE BACALHAU e PASTEL DE FORNO: As massas pré-assadas, pré-cozidas e/ou recheadas não estão no regime de substituição tributária.

CREME DE AVELÃ NUTELLA, CREME CROCANTE OVOMALTINE, TORTA MOUSSE e MOÇA FIESTA: Estas mercadorias não são chocolates e não estão no regime de substituição tributária.

MISTURA P/ PÃO DE QUEIJO: Esta mercadoria não é derivada da farinha de trigo e não está no regime de substituição tributária.

COLA CASCOLA: Esta mercadoria não é cola branca nem material escolar e não está no regime de substituição tributária.

PROTETOR P/ TOMADA e VARAL DE AÇO: Estas mercadorias não são materiais de construção e não estão no regime de substituição tributária.

CEREAL EM BARRA, FARINHA DE TAPIOCA e GRANOLA: Estas mercadorias não são salgadinhos industrializados e não estão no regime de substituição tributária.

LENÇO ABSORVENTE e POLVILHO P/ PÉS: Estas mercadorias não são fraldas nem produtos farmacêuticos e não estão no regime de substituição tributária.

FITA DUREX: Esta mercadoria não está no regime de substituição tributária.

TRAVESSEIRO: Esta mercadoria saiu do regime de substituição tributária em 31/12/2015.

PINCEL P/ BARBA, DESODORANTE, CONDICIONADOR, TALCO, ESCOVA e PENTE: Essas mercadorias somente estão sujeitas ao regime de substituição tributária quando são vendidas porta-a-porta sob a égide do Convênio ICMS nº 45/99, o que não é o presente caso.

SILICONE, ÁLCOOL GEL, LEITE e CAFÉ EXPRESSO: Estas mercadorias não estão no regime de substituição tributária.

Além destes produtos, observei que SAL ROSA DO HIMALAIA é tributado normalmente, pois o único sal isento é o sal branco comum, conforme embasamento no Convênio ICMS nº 224/17, que trata da isenção para as operações internas com os produtos essenciais ao consumo popular que compõem a cesta básica.

Também verifiquei que o produto FARINHA DE MILHO KIMILHO YOKI é isento, por ser farinha de milho flocada, conforme já definido no Acórdão CJF nº 0236-12/20-VD, do qual fui o Relator, enquanto os produtos denominados FARINHA DE MILHO KIPOLENTA YOKI e SÊMOLA DE MILHO YOKI são normalmente tributados já que são produtos adicionados, respectivamente, de ferro e ácido fólico e gene de *bacillus thuringiensis*.

Diante do exposto, reputo parcialmente subsistente a autuação, no valor de R\$ 62.008,63, conforme demonstrativo abaixo:

Data Ocorrência	Valor Auto de Infração	Valor 5ª JJF
31/01/2015	4.059,69	-
28/02/2015	11.347,94	-
31/03/2015	3.156,82	-
30/04/2015	3.252,08	-
31/05/2015	2.382,88	-
30/06/2015	2.652,94	-
31/07/2015	2.764,11	-
31/08/2015	2.183,47	-
30/09/2015	1.719,20	-
31/10/2015	1.953,68	1.423,10
30/11/2015	2.631,30	2.032,36
31/12/2015	4.140,34	3.123,49
31/01/2016	7.018,48	6.930,24
29/02/2016	2.319,51	2.241,32
31/03/2016	3.132,14	3.097,39
30/04/2016	2.395,85	2.318,18
31/05/2016	1.742,01	1.652,73
30/06/2016	1.632,27	1.566,09
31/07/2016	1.546,70	1.477,16
31/08/2016	1.139,93	1.018,12
30/09/2016	832,47	732,27
31/10/2016	1.669,95	729,25
30/11/2016	1.367,21	690,34
31/12/2016	4.354,48	965,24
31/01/2017	3.701,56	972,22
28/02/2017	2.775,74	1.162,58
31/03/2017	1.967,65	1.112,86
30/04/2017	1.951,15	796,56
31/05/2017	1.612,81	654,15
30/06/2017	1.701,11	654,48
31/07/2017	1.807,01	1.013,28
31/08/2017	1.952,71	796,22
30/09/2017	1.786,60	514,84
31/10/2017	1.945,71	657,43
30/11/2017	1.978,58	748,27

31/12/2017	4.339,29	1.359,99
31/01/2018	1.080,86	900,29
28/02/2018	3.549,91	3.239,32
31/03/2018	2.133,90	1.876,28
30/04/2018	1.581,89	1.362,43
31/05/2018	1.267,53	1.092,03
30/06/2018	2.006,91	1.029,97
31/07/2018	2.295,16	1.033,48
31/08/2018	2.424,02	1.080,98
30/09/2018	2.435,10	1.046,76
31/10/2018	2.993,26	928,63
30/11/2018	2.614,84	1.363,93
31/12/2018	9.301,96	6.614,37
Valor Total	132.600,71	62.008,63

Assim sendo, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 62.008,63.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206958.0011/20-6**, lavrado contra **ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A**, devendo ser intimado o Autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 62.008,63**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de maio de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR