

PROCESSO - A. I. Nº 269198.0007/22-7  
RECORRENTE - RF SUPERMERCADO BRASIL LTDA.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0071-04/23-VD  
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ CHAPADA DIAMANTINA  
PUBLICAÇÃO - INTRANET 05.11.2024

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO CJF Nº 0253-11/24-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Excluídas as saídas de mercadorias sujeitas à substituição tributária e isentas incluídas indevidamente no levantamento inicial. Infração parcialmente subsistente 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. FALTA DE REGISTRO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS EM VALOR SUPERIOR AO DAS ENTRADAS EFETIVAS OMITIDAS. Constatando-se, diferenças tanto de saídas como de entradas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. **a)** Omissão de saída superior ao de entrada no caso presente a das saídas. **b)** Estorno de crédito fiscal das perdas consideradas no levantamento quantitativo que não foram escrituradas pelo sujeito passivo. Faltam elementos para se determinar, com segurança, a infração. Infração nula com base no art. 18, inc. IV, alínea “a” do RPAF/99. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Procedente em Parte**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a decisão proferida pela 4ª JJF, nos termos do art. 169, inc. I, alínea “b” do RPAF/99, através do Acórdão JJF nº 0071-04/23-VD, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração, lavrado em 22/03/2022, para exigir crédito tributário no valor de R\$ 70.099,59, em decorrência de três infrações, a saber:

**Infração 01 - 002.001.024:** Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e posteriormente deterioradas.

Informou o autuante que: “Estorno de crédito referente a perdas normais admitidas em estabelecimentos comerciais, conforme demonstrativo no levantamento quantitativo de estoque. “

**Infração 02 – 002.001.003:** Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

**Infração 03 – 004.005.002:** Falta de recolhimento do ICMS, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado. Exercícios de 2017, 2018, 2019 e 2020.

A decisão da 4ª JJF, conforme acórdão às fls. 48 a 55, decidiu pela procedência parcial do Auto de Infração, em função de ter julgado subsistentes as infrações 01, 03 e parcialmente subsistente a infração 02, diante das seguintes considerações:

**VOTO**

Após análise dos documentos que compõe os autos, especialmente os demonstrativos inseridos no CD de fl.12 denominado “RESUMO GERAL DAS INFRAÇÕES” observo que as infrações 01 e 03 foram decorrentes de

levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, tributadas normalmente, nos exercícios de 2017, 2018, 2019 e 2020. Em todos os exercícios foram detectadas diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre o maior valor monetário, a omissão de saída (infração 03), de acordo com a regra estabelecida disposta no art. 13, da citada Portaria que a seguir transcrevo.

*Art. 13. No caso de existência tanto de omissão de entradas como de saídas de mercadorias, duas situações, pelo menos, podem ocorrer:*

*I - O valor da omissão de saídas é maior do que o da omissão de entradas: nesse caso deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saídas omitidas com a multa correspondente, que absorve a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas.*

*Também observo que no levantamento efetuado, em relação às omissões de saídas foi aplicado o disposto no § 1º do art. 3º da Portaria 445/98, que assim dispõe:*

*“Art. 3º A apuração de débitos do ICMS mediante esse tipo de auditoria requer os seguintes cuidados:*

*§ 1º Deverão ser considerados nos levantamentos quantitativos, a título de perda, roubo ou extravio, para efeito de apuração de omissões de saídas, os quantitativos em relação a cada item de mercadoria resultantes da aplicação dos seguintes percentuais sobre o somatório do estoque inicial mais as entradas no período:*

- I - 2,05%, no comércio varejista de supermercados;*
- II - 1,92%, no comércio varejista de perfumaria;*
- III - 1,80%, no comércio varejista de artigos esportivos;*
- IV - 1,18%, no comércio varejista de moda;*
- V - 1,09%, no comércio varejista de drogarias;*
- VI - 1,02%, no comércio varejista de material de construção;*
- VII - 0,99%, no comércio de atacarejo;*
- VIII - 0,91%, no comércio varejista de livrarias e papelarias;*
- IX - 0,70%, no comércio varejista de calçados;*
- X - 0,62%, no comércio varejista de lojas de departamento;*
- XI - 0,46%, no comércio varejista de eletrodomésticos e móveis;*
- XII - 1,38%, outras atividades de comércio varejista, exceto comércio varejista de combustíveis.*

*Assim é que, em razão da empresa atuar no ramo de comércio varejista de supermercado, foi aplicado o percentual de perda de 2,05, conforme previsto no § 1º, do art. 3º, da Portaria 445/98. Em contrapartida, em obediência ao previsto no parágrafo único ao art. 5º da Portaria 445/98, foi exigido na infração 01 o estorno do crédito fiscal das mesmas quantidades consideradas a título de perdas determinado no § 3º do art. 3º, da Portaria 445/98, que a seguir transcrevo:*

*Art. 5º Verificada omissão de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoque:*

*(...)*

*Parágrafo único. No caso de verificação de omissão de saídas dentro dos limites percentuais estabelecidos no parágrafo único do art. 3º, deverá ser exigido o estorno proporcional do correspondente crédito fiscal.*

*A título de exemplo cito no exercício de 2017, o item Detergente Pó Ala Flor de Maracujá-500 g - cód. 11168, onde foi considerada uma perda de 23 unidades conforme previsto no § 1º, do art. 3º, da Portaria 445/98, resultando numa omissão de R\$ 3,08, conforme dados extraídos da planilha inserida no CD de fl. 13, denominada “LISTA GERAL DE OMISSÕES. Dito valor é objeto de exigência na infração 03.*

<i>O. Saídas sem perda</i>	<i>Perda setor</i>	<i>Perda admitida</i>	<i>O. Saída considerada</i>	<i>PM Saída</i>	<i>Valor Omissão (inf. 03)</i>
35	24	23	12	2,59	3,08

*A quantidade de perda admitida, no caso 23 unidades foi objeto de estorno de crédito na infração 01, de acordo com dados inseridos na planilha denominada “ESTORNO DE CRÉDITO REFERENTE A PERDAS NORMAIS” como a seguir transcrito:*

<i>Perda admitida</i>	<i>Preço unitário - Entrada.</i>	<i>BC Estorno</i>	<i>Alíquota Média</i>	<i>Valor Estorno</i>
23	2,33	53,59	0,11	5,89

*Portanto, a infração 01 se relaciona as perdas presumidas estabelecidas no § 1º, do art. 3º, da Portaria 445/98, devidamente demonstradas nos demonstrativos inseridos no CD de fl. 13, que não foram objeto de estorno do correspondente crédito fiscal, pelo autuado em sua escrita fiscal. Ditos demonstrativos foram entregues ao sujeito na intimação acerca da lavratura do presente Auto de Infração efetuada através de Aviso de Recebimento, com data de entrega em 01/04/22, conforme se verifica no documento de fl. 15, sendo descabida a argumentação defensiva de que não foram encontradas as movimentações consideradas pelo Fisco que deram ensejo a exigência da infração sob análise. Consequentemente a infração 01 subsiste em sua totalidade.*

*A infração 03, como dito anteriormente é decorrente da falta de recolhimento do imposto constatada pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a*

*diferença de maior expressão monetária – a das operações de saídas.*

*Na peça defensiva o sujeito passivo nega o cometimento da infração sob o argumento de que ocorreram erros de lançamentos relacionados às entradas de mercadorias e codificação dos produtos, entretanto, não apontou quais seriam os supostos equívocos, além do que, observo que auditoria foi efetuada através da Escrituração Fiscal Digital – EFD, e conforme disposto no art. 247 do RAICMS/12 A Escrituração Digital - EFD, se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das Unidades Federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte.*

*Vale salientar, que é responsabilidade exclusiva do Contribuinte a escrituração fiscal e a remessa dos arquivos magnéticos ao banco de dados da SEFAZ, devendo espelhar com fidedignidade os documentos fiscais, cabendo ao mesmo apontar as divergências, acaso existentes, entre os mencionados documentos fiscais e as informações contidas nos arquivos enviados por meio da EFD, o que não ocorreu no presente caso.*

*Por outro lado, o defendente não se reportou, especificamente, sobre qualquer documento fiscal objeto da autuação, contrariando o disposto no art. 140 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, que assim estabelece; “O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas”. Como tais provas se referem a documentos e livros que estão de posse do próprio contribuinte, caberia a este trazê-los aos autos para elidir as infrações, demonstrando as incorreções alegadas, o que não ocorreu.*

*Assim, considerando o teor dos art. 142 e 143, do RPAF, que rezam que 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, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Dessa forma a infração 03 é totalmente subsistente, tendo em vista que o autuado não apontou qualquer equívoco, por acaso existente, acompanhado das devidas comprovações, no demonstrativo elaborado pela fiscalização, e que deu respaldo ao presente lançamento.*

*A infração 02 diz respeito a falta de recolhimento do imposto, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.*

*O impugnante assevera que foram incluídas indevidamente mercadorias tributadas no regime de substituição tributária, indicando as seguintes mercadorias: Bacon - NCM 0210.12.00; Chocolate - NCM 1905.32.00; - BOV ABA Língua Kg - NCM 0206.21.00; Macarrão - NCM 1902.19.00; CHOCCOTTONE BAUDUCO KG - NCM - 1905.20.10; Creme de Milho CARAJARA AMARELO KG – CNM 10.05.90.1.*

*Também indicou o produto Sal - NCM 2501.00.20, pois, no seu entender, seria isento de tributação.*

*O autuante concorda com os argumentos defensivos, exceto em relação aos seguintes itens:*

- Chocolate, esclarecendo que o mesmo foi excluído do regime da substituição tributária a partir de 01/01/2019;*
- Bacon - no seu entendimento, trata-se de produto que sofreu industrialização, no caso defumação, perdendo o benefício da redução da base de cálculo prevista no art. 268, inc. XIV do RICMS/BA.*
- Sal – Afirma que se trata do SAL ZAELI MARINHO PC 1KG, e o mesmo não se enquadrando como item da cesta básica.*

*Elabora novos demonstrativos reduzindo a infração de R\$ para R\$ 16.022,90, com o que concordo, exceto em relação a manutenção da exigência relacionada ao item “Bacon”, isto porquê, no meu entender o referido item é derivado do abate de carne suína, e faz parte do item 11.25.1 do Anexo I do RICMS: “Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de suínos, sendo, portanto, mercadorias sujeitas à substituição tributária.*

*Ressalto que todas as operações autuadas se referem a operações internas, não sendo aceitável a interpretação do autuante em aplicar o disposto no art. 268 do RICMS/Ba, pois o mesmo se relaciona às saídas interestaduais, como se observa da leitura do referido dispositivo legal, que reproduzo a seguir:*

*“Art. 268. É reduzida a base de cálculo*

*(...)*

*XIV - nas saídas interestaduais de carne e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, secos ou temperados, resultantes do abate de aves, leporídeos e gado bovino, bufalino, caprino, ovino e suíno, de forma que a carga tributária seja equivalente a 7% (sete por cento) do valor das operações (Conv. ICMS 89/05); “*

*Quanto ao item “sal” também tenho entendimento divergente do externado pelo autuante em relação ao “SAL ZAELI MARINHO PC 1KG”, pois o mesmo se classifica como “sal de cozinha”, sendo que o que o diferencia*

*do sal comum (refinado) é o fato de ser mais saudável, por conter mais nutrientes que o primeiro, pois o refinado contém apenas sódio e iodo, enquanto o marinho, é acrescido de sulfato, magnésio, cálcio e potássio, por não passar por processo de refinamento.*

*Assim entendo que o mesmo está incluído na cesta básica, portanto, sujeito à aplicação da alíquota reduzida de 7% nas operações internas de saídas, prevista no artigo 16, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96*

*Dessa forma, com a exclusão das parcelas relativas ao item "Bacon" e SAL ZAELI MARINHO PC 1KG", nos valores de R\$ 15.217,96 e R\$ 277,98, respectivamente, totalizando R\$ 15.495,94 resulta no valor devido de R\$ 24.001,70. Consequentemente a infração 02 é parcialmente subsistente.*

*[Tabela]*

*Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 48.333,59, conforme a seguir:*

*[Tabela]*

Inconformada a autuada interpôs o Recurso Voluntário, fls. 66 a 75, especificamente contestando a decisão da JJF referente as infrações 01 e 02.

Quanto a infração 01, admite que deixou de estornar o crédito de ICMS referente as mercadorias deterioradas, porém, garante que foi destacado o débito de ICMS na emissão das notas fiscais que abrange essas operações, conforme relação de notas fiscais constantes no Anexo I - Perdas.

Explica que o débito destacado nas notas fiscais relacionadas foi apurado e pago, conforme os documentos de apuração extraídos do SPED-Fiscal e os respectivos comprovantes de pagamento do ICMS.

Em relação à infração 02, aduz que devem ser excluídas do levantamento três itens:

- 1) Chocolate Bis - NCM 1905.32.00, pois de acordo com o Decreto nº 18.800/2018 no item 11.15, há a indicação de que o produto está sujeito a substituição tributária. Trata-se de wafer com cobertura, conforme imagem do produto plotada;
- 2) Bacon Defumado 1 Kg - NCM 0210.12.00 e Kit Feijoada - NCM 0210.19.00, sobre os quais justifica que de acordo com o Decreto nº 18.800/2018 e o Decreto nº 17.303/2016 são produtos sujeitos a substituição tributária desde 2016, conforme trecho do Anexo 1 ao RICMS/BA que reproduz.

Complementa que o processo de produção do *bacon* consiste em salgar, curar e defumar, enquadrando-se nos requisitos da referida legislação e no caso do *kit feijoada* é composto por produtos todos resultantes de abates de suínos e sofrem o processo de salga e congelamento, enquadrando-se também nos itens do decreto de mercadorias sujeitas ao ICMS-ST.

A Recorrente anexou relação das operações realizadas com CFOP 5.927, devido ao lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo, ou deterioração, de janeiro de 2017 a dezembro de 2020, planilha gravada em arquivo eletrônico no CD, fl. 90.

Pautado para julgamento, na sessão, em 31/01/2024, em relação a infração 01 foram postas questões que careciam de esclarecimentos, conforme expôs o Relator no termo de diligência, fls. 97 a 101.

- i)* Aparentemente haveria duas situações distintas na mesma infração: **(a)** se ocorreu uma perda anormal de mercadorias deterioradas ou por validade vencida, cujo estorno de crédito é obrigatório; **(b)** se ocorreu perda normais inerente à atividade da empresa, por quebra, furto, descontrole operacional etc., o que permite um ajuste para efeito de levantamento quantitativo de estoques, decorrentes da infração 03;
- ii)* A descrição inicial se reporta a estorno de crédito decorrente de deterioração, sobre a qual a defesa apresentou lista de operações com débito do imposto (CFOP 5.927), referente a baixa de estoque por deterioração. A baixa com débitos, substituiria o estorno de crédito, a menos que o autuante comprovasse que os débitos eram inferiores aos créditos, e assim não haveria a compensação, cabendo o lançamento da diferença;
- iii)* O autuante, a seguir, disse que o estorno não se refere a mercadorias deterioradas, mas a



perdas normais admitidas previstas no § 3º do art. 3º da Portaria nº 445/98 e assim procedeu ao estorno do crédito considerando as perdas normais admitidas, que sequer foram comprovadas, mas estimadas, sem existir a previsão na legislação de o contribuinte fazer estorno de créditos. Assim, o autuante lançou um estorno de crédito a partir de uma presunção de perdas previstas na portaria e não em perdas comprovadas e declaradas pelo contribuinte como perdas anormais, sobre as quais o RICMS obriga o contribuinte a estornar o crédito fiscal correspondente.

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal então, decidiu converter o processo em diligência à PGE/PROFIS, com a seguinte pergunta: “*É possível lançar estorno de créditos sobre estes itens de perdas que não são provadas, mas apenas estimadas em uma portaria?*”

A Procuradoria Fiscal emitiu o Parecer, fls. 105 a 108, de lavra do i. Procurador Dr. José Augusto Martins Júnior, no qual, após as análises, conclui que:

*“Resta evidenciado, pelo próprio exame da orientação do art. 3º, § 1º da Instrução Normativa 445, que as perdas (sentido lato) estimadas pela Administrativa possuem a função de ajustar e conferir verdade material ao levantamento quantitativo de estoque em segmentos de grande volume de operações.*

*É o que se depreende da leitura do trecho do § 1º, da Instrução Normativa 445 que fixa a finalidade das presunções à ‘apuração de omissões de saídas’.*

*Em face do exposto, em face do questionamento dirigido pela 1ª CJF, entendemos pela possibilidade de imposição pelo Fisco de estorno de créditos relativo às perdas estimadas no art. 3º, § 1º, da Portaria nº 445/98.*”

Retornando ao CONSEF, os autos foram redistribuídos a este Relator.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a decisão da primeira instância, referente às infrações 01 e 02, julgadas subsistente e subsistente em parte, que exigem ICMS no montante de R\$ 12.029,81 e R\$ 39.497,64 respectivamente, decorrente da falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e posteriormente deterioradas (infração 01) e pela falta de recolhimento do ICMS em razão da Recorrente ter praticado operações tributáveis como se não tributáveis fossem, regularmente escrituradas (infração 02).

Inicialmente, constato que o Processo Administrativo Fiscal preenche todas as formalidades legais, inexistindo qualquer fato que venha macular o devido processo legal.

A Recorrente é contribuinte do ICMS, inscrito no Cadastro Estadual na condição Normal e explora a atividade econômica principal de CNAE-Fiscal 4711/30-2 - Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios.

Não há questões preliminares a serem apreciadas, portanto, passo a analisar e decidir sobre o mérito.

A infração 01 cobra o ICMS decorrente falta de estorno de crédito fiscal de ICMS decorrente de mercadorias deterioradas.

Se fundamentou a decisão da JJF relativa a essa infração ao julgá-la subsistente, por considerar que a mesma se relaciona às perdas presumidas previstas no § 1º, do art. 3º da Portaria nº 445/98, relacionadas nos demonstrativos gravados em arquivos no CD, fl. 13, que não foram objeto de estorno do correspondente crédito fiscal pela Recorrente na sua escrita fiscal e classificou como descabido o argumento da defesa de que não foram encontradas as movimentações consideradas pelo Fisco que dariam ensejo a exigência decorrente da infração.

O autuante, na descrição inicial, se referiu ao estorno de crédito em razão de deterioração de mercadorias, acusação que a Recorrente argumentou improceder, apresentando uma lista de saídas, com débito do ICMS utilizando o CFOP 5.927 - Lançamento efetuado a título de baixa de

estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração, referente ao período fiscalizado – Anexo I da defesa.

Na sua informação fiscal o autuante afirmou que o estorno não se refere a mercadorias deterioradas, mas a perdas normais admitidas em estabelecimentos, a partir do levantamento quantitativo de estoques de mercadorias em exercício, onde aplicou o índice de perdas previsto no art. 3º, § 1º da Portaria nº 445/98.

Reportando ao Anexo I da defesa, no qual a Recorrente apresentou relação de várias notas fiscais (mais 700), emitidas no período fiscalizado, inclusive com a identificação da chave de acesso de todas, a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração (CFOP 5.927), fato que comprova que a autuada, apesar de não ter procedido ao estorno do crédito fiscal na forma prevista no art. 312, inc. IV do RICMS/2012, procedeu a baixa com débitos, o que a princípio substitui o estorno de crédito, visto que o efeito na apuração mensal do ICMS é o mesmo.

Para descaracterizar como correto o procedimento adotado pela Recorrente e exigir o imposto decorrente da falta de estorno dos créditos fiscais, o autuante deveria comprovar que os débitos lançados na apuração do ICMS foram inferiores aos créditos não estornados, portanto, não haveria a perfeita compensação.

Mesmo considerando e acatando o parecer da PROFIS/PGE frente ao cumprimento da diligência provocada por esta CJF, no sentido de que é possível a imposição pelo Fisco de estorno de créditos relativo às perdas estimadas no art. 3º, § 1º da Portaria nº 445/98, é impossível manter a infração por não ter sido apurada de modo a imprimir certeza do seu cometimento.

Pelo impreciso posicionamento do autuante e frente a possibilidade das perdas calculadas para exigência da infração 01, por serem decorrentes do levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado, já terem composto o cálculo das omissões de entradas, vejo claramente caracterizada a incerteza no cometimento da infração, por falta de elementos suficientes para determiná-la com segurança.

Assim, com base no art. 18, inc. IV, alínea “a” do RPAF/99, voto pela nulidade da infração 01.

Ao questionar a decisão da JJF referente a infração 02, a Recorrente apontou que foram incluídos no levantamento três itens que estariam, nos períodos de ocorrência dos fatos geradores, sujeitos ao regime de substituição tributária, consequentemente com fase de tributação encerrada, conforme prevê o art. 9º da Lei nº 7.014/96.

Efetivamente tendo ocorrido a retenção do ICMS-ST de forma correta, é definitivo a título de substituição tributária, ficando encerrada a cadeia de tributação até o consumidor final da mercadoria.

Os três itens relacionados no Recurso foram: **(1) Chocolate Bis** - NCM 1905.32.00; **(2) Bacon Defumado 1 Kg** - NCM 0210.12.00; e **(3) Kit Feijoada** - NCM 0210.19.00, cujos fatos geradores ocorreram entre outubro de 2017 a dezembro de 2020.

#### **1) Chocolate Bis - NCM 1905.32.00.**

Segundo informações de uma distribuidora dos produtos Lacta (detentora da marca Bis), o Chocolate Bis é assim definido: *“Wafer com cobertura sabor chocolate ao leite. Um sabor tradicional deste clássico que é feito para dividir. Contém 16 unidades embaladas individualmente.”*, cujos ingredientes são os: *“farinha de trigo enriquecida com ferro, vitaminas B1, B2, B3 e zinco, ácido fólico, açúcar, gordura vegetal hidrogenada, cacau em pó, massa de cacau, farinha de soja, amendoim, sal, flocos de arroz, soro de leite em pó, óleo vegetal, manteiga de cacau, extrato de malte, gordura de manteiga desidratada e aromatizantes.”*

Segundo a Comissão Nacional de Classificação – CONCLA (<https://concla.ibge.gov.br/>), a NCM 1905.32.00 tem a seguinte descrição:

*IV - PRODUTOS DAS INDÚSTRIAS ALIMENTARES; BEBIDAS, LÍQUIDOS ALCOÓLICOS E VINAGRES;*

*TABACO E SEUS SUCEDÂNEOS MANUFATURADOS; PRODUTOS, MESMO COM NICOTINA, DESTINADOS À INALAÇÃO SEM COMBUSTÃO; OUTROS PRODUTOS QUE CONTENHAM NICOTINA DESTINADOS À ABSORÇÃO DA NICOTINA*

*19 - Preparações à base de cereais, farinhas, amidos, féculas ou leite; produtos de pastelaria.*

*1905 - Produtos de padaria, pastelaria ou da indústria de bolachas e biscoitos, mesmo adicionados de cacau; hóstias, cápsulas vazias para medicamentos, obreias, pastas secas de farinha, amido ou fécula, em folhas, e produtos semelhantes.*

*1905.3 - Bolachas e biscoitos, adicionados de edulcorantes; waffles e wafers:*

*1905.32.00 - Waffles e wafers.*

Portanto, dúvidas não há que o produto citado pela Recorrente é um *wafer* e que se encontra relacionado no levantamento do autuante apenas no exercício de 2019.

O Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente em 2019, consta a NCM 1905.32 com a seguinte descrição: “*Waffles e wafers – com cobertura*”, satisfazendo a condição de enquadramento de determinada mercadoria na substituição tributária, qual seja, haver coincidência entre a NCM e a descrição da mercadoria, nos exercícios de 2017 e 2018 (item 11.25), 2019 e 2020 (item 11.15).

Logo, acato o argumento da Recorrente quanto a este item, devendo os valores serem excluídos do levantamento.

## **2) Bacon Defumado 1 Kg - NCM 0210.12.00.**

Trata-se de mercadoria derivado do abate de carne suína, portanto, faz parte do Anexo 1 ao RICMS/2012, com a NCM 0210.1 e a seguinte descrição: “*Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de suínos*”, sendo, portanto, mercadoria sujeitas à substituição tributária, desde 2017 e 2018 (item 11.35.1), 2019 e 2020 (item 11.25.1).

Neste caso, não há o que excluir do levantamento, vez que tal providência já foi adotada pelo autuante e acatada pela JJF.

## **3) Kit Feijoada - NCM 0210.19.00.**

Segundo sítios de alguns fabricantes deste produto, como por exemplo o da *Swift*, (<https://www.swift.com.br/>), é comum a descrição desta mercadoria como sendo um “*mix completo de cortes suínos como: linguiça tipo calabresa, lombo, pés suínos e bacon. Embalagem em porção de 1 Kg e com os ingredientes porcionados...*”, composta dos seguintes ingredientes: “*Pés suínos salgados, costela suína salgada, carne suína salgada, linguiça tipo calabresa (Agrobacterium spp.), aroma natural (fumaça) e aroma idêntico ao natural (pimenta), estabilizante tripolifosfato de sódio, glutamato monossódico, antioxidante eritorbato de sódio, conservantes: nitrito de sódio e nitrato de sódio, espessantes: carragena e goma glucona-delta-lactona, bacon, (estabilizantes: tripolifosfato de sódio e polifosfato de sódio, aroma natural (fumaça), antioxidante eritorbato de sódio, conservantes: nitrito de sódio e nitrato de sódio), pele suína salgada e louro*”.

Ou seja, efetivamente o Kit Feijoada é composto por mercadorias derivadas do abate de carne suína, como já posto linhas acima sobre o bacon suíno, está incluído no Anexo 1 ao RICMS/2012, com a NCM 0210.1, portanto, sujeita ao regime de substituição tributária em todos os exercícios fiscalizados.

Acato o argumento da Recorrente, devendo este item também ser excluído do levantamento.

Refeitos de ofício os cálculos, a infração 02 é parcialmente subsistente, exigindo o ICMS no montante de R\$ 16.039,39, conforme demonstrativo.

Data Ocorrência	Data Vencimento	Valor do ICMS	Data Ocorrência	Data Vencimento	Valor do ICMS	Data Ocorrência	Data Vencimento	Valor do ICMS
31/10/2017	09/11/2017	20,41	30/11/2018	09/12/2018	372,61	31/12/2019	09/01/2020	189,13
30/11/2017	09/12/2017	74,04	31/12/2018	09/01/2019	235,50	31/01/2020	09/02/2020	372,64
31/12/2017	09/01/2018	69,95	31/01/2019	09/02/2019	2.022,82	29/02/2020	09/03/2020	72,30

31/01/2018	09/02/2018	89,91	28/02/2019	09/03/2019	295,64	31/03/2020	09/04/2020	484,58
28/02/2018	09/03/2018	60,30	31/03/2019	09/04/2019	253,44	30/04/2020	09/05/2020	2.377,13
31/03/2018	09/04/2018	1.203,64	30/04/2019	09/05/2019	448,92	31/05/2020	09/06/2020	273,36
30/04/2018	09/05/2018	355,99	31/05/2019	09/06/2019	1.403,43	30/06/2020	09/07/2020	56,02
31/05/2018	09/06/2018	191,37	30/06/2019	09/07/2019	240,09	31/07/2020	09/08/2020	64,73
30/06/2018	09/07/2018	149,86	31/07/2019	09/08/2019	138,19	31/08/2020	09/09/2020	77,47
31/07/2018	09/08/2018	99,70	31/08/2019	09/09/2019	126,50	30/09/2020	09/10/2020	320,32
31/08/2018	09/09/2018	86,22	30/09/2019	09/10/2019	203,90	31/10/2020	09/11/2020	1.517,13
30/09/2018	09/10/2018	106,06	31/10/2019	09/11/2019	350,63	30/11/2020	09/12/2020	852,81
31/10/2018	09/11/2018	274,09	30/11/2019	09/12/2019	304,73	31/12/2020	09/01/2021	203,83
Total								16.039,39

Assim, diante de tais considerações, as razões recursais são suficientes à reforma da Decisão recorrida, quanto a esta infração.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para alterar a Decisão da 4ª JJF, quanto as infrações 01 e 02, as quais é nula a infração 01 e parcialmente subsistente a infração 02, que passa a ser exigido o ICMS no valor de R\$ 16.039,39, conforme acima demonstrado.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269198.0007/22-7, lavrado contra **RF SUPERMERCADO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 34.611,53**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 16.039,39 e 100% sobre R\$ 18.572,14, previstas no art. 42, incisos II, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 01 de outubro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS