



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

Processo Nº083.660.2013-4

Recursos HIE/VOL/CRF nº322/2016

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

1ªRecorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

1ªRecorrida:PELAGIO OLIVEIRA S/A

2ªRecorrente:PELAGIO OLIVEIRA S/A

2ªRecorrida:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

**Preparadora:SUBG. DA RECEB. DE RENDAS DA GER REGIONAL DA PRIMEIRA
REGIÃO–JOÃO PESSOA**

Autuante(s):FRANCISCO ILTON PEREIRA MOURA

Relator(a):CONSªTHAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM MASSAS ALIMENTÍCIAS, BISCOITOS, BOLACHAS, BOLOS, PÃES E OUTROS DERIVADOS DE FARINHA DE TRIGO. OPERAÇÕES REGIDAS PELO PROTOCOLO ICMS 50/05 - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST. CONFIRMAÇÃO PARCIAL. LEI POSTERIOR MAIS BENIGNA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

Constatada a retenção e o recolhimento de ICMS/ST a menor, devido pela empresa atuada, na condição de substituta tributária, nas remessas interestaduais de biscoitos, massas alimentícias e demais produtos alimentícios derivados da farinha de trigo, relacionados no Anexo V do RICMS/PB, para contribuintes estabelecidos no Estado da Paraíba. Disposição das normas do Protocolo ICMS nº 50/05 e previsão contida na legislação tributária do Estado da Paraíba. Ajustes realizados pela auditoria, antes da sentença monocrática, resultaram em lavratura de Termo de Complementar de Infração. Crédito tributário reformulado.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M os membros da **1ª Câmara** de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento dos *recursos hierárquico*, por regular, e, *voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo *desprovemento* de ambos, mantendo, quanto aos valores, à sentença monocrática que julgou *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000894/2013-06, lavrado em 18 de junho de 2013, contra a empresa PELAGIO OLIVEIRA S/A, CCICMS: nº 16.900.562-3, já qualificada nos autos, declarando como devido o crédito tributário no valor de R\$ 421.081,58 (quatrocentos e vinte e um mil, oitenta e um reais e cinquenta e oito centavos), sendo R\$ 210.540,79 (duzentos e dez mil, quinhentos e quarenta reais e setenta e nove centavos), de ICMS, por infração aos artigos ao Art. 395, c/c o Art. 397, II, e, Art. 399, II, "a", todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97,

e R\$ 210.540,79 (duzentos e dez mil, quinhentos e quarenta reais e setenta e nove centavos), de multa infracional, com fulcro no artigo 82, V, “g”, da Lei n.º 6.379/96, alterada pela Lei nº 10.008/2013.

Em tempo, mantenho cancelado, por irregular, o montante de R\$ 210.540,79 (duzentos e dez mil, quinhentos e quarenta reais e setenta e nove centavos), de multa infracional, pelos motivos acima expendidos.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.I.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 19 de outubro de 2017.

Thaís Guimarães Teixeira
Conselheira Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento as Conselheiras da 1ª Câmara, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, AUREA LUCIA DOS SANTOS VILAR (Suplente), e NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, os recursos hierárquico e voluntário, interpostos contra a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000894/2013-06, lavrado em 18 de junho de 2013, contra

PELAGIO OLIVEIRA S/A, de acordo com o qual a empresa é acusada da irregularidade, que adiante transcrevo:

“ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RETIDO A MENOR. (OPERAÇÕES INTERESTADUAIS) (PERÍODO A PARTIR DE 28.12.00) >> Falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, tendo em vista o sujeito passivo por substituição, contrariando dispositivos legais, vendeu mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária com o imposto retido a menor.”

“NOTA EXPLICATIVA: RECOLHEU ICMS ST A MENOR EM 2011 E 2012 DEVIDO NÃO UTILIZAÇÃO DA PAUTA FISCAL QUE ESTABELECE PREÇO MÍNIMO A SER PRATICADO NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM DERIVADOS DA FARINHA DE TRIGO. NESTE CASO OCORREU INFRAÇÃO AS ORIENTAÇÕES DA CLÁUSULA SEGUNDA DO PROTOCOLO ICMS 50/2005 E DO ARTIGO 2º DO DECRETO ESTADUAL NÚMERO 26.860/2006. O VALOR DO ICMS ST A RECOLHER AOS COFRES DA FAZENDA ESTADUAL É DE R\$ 73.178,13, EM 2011, E R\$ 66.816,52 EM 2012 CONFORME DEMONSTRADO NAS PLANILHAS ANEXADAS A ESTE PROCESSO.”

O autor do lançamento constituiu o crédito tributário na quantia de R\$ 402.398,04, sendo R\$ 134.132,68 de ICMS, por infringência ao art. 395, c/c, art. 397, II, e, art. 399, II, "a", todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 268.265,36, de multa por infração, arremada no Art. 82, V, "g", da Lei n.º 6.379/96.

Documentos instrutórios constam às fls. 5-23, dos autos.

Regularmente cientificada do resultado da ação fiscal, via Aviso de Recebimento, em 12/7/2013, a autuada apresentou reclamação, acostada às fls. 25-57, cujos argumentos relato, em síntese:

Alega ilegalidade do regime de Pauta Fiscal, que estabelece preço mínimo a ser praticado nas operações interestaduais com derivados da farinha de trigo.

Argumenta que a pauta fiscal representa o arbitramento da base de cálculo do tributo, expediente que apenas se aplica, no caso de inidoneidade documental.

Relata que o preço mínimo adotado não é o permitido na pauta fiscal, afirmando que, quanto aos itens listados na planilha acostada pela fiscalização, o autor do feito utilizou como valor de referência preços superiores àqueles estabelecidos nas pautas fiscais pertinentes.

Adita a necessidade do afastamento da multa de 200%, por ter havido lei posterior cominando penalidades mais benéficas ao impugnante, de acordo com o art. 106, II, “c”, do CTN, uma vez que se trata de ato não definitivamente julgado, colacionando jurisprudência administrativa do CRF-PB.

Na sequência, em contestação, fls. 59-61, o autor do feito argumenta que o lançamento de ofício encontra-se disciplinado com base no Protocolo ICMS nº 50/2005.

Afirma que o Protocolo ICMS n.º 50/2005 tem poderes para definir a base de cálculo das operações que a impugnante realiza, visto que está amparado no art. 100, IV c/c artigos 102 e 103, III, do CTN e com base em informações prestadas pelas unidades federadas que assinaram o referido instrumento, entre si, com a sanção do CONFAZ, para instituir o Regime de Substituição Tributária, nos derivados de farinha de trigo, quando das operações realizadas pelos mesmos.

Adiante, promove alterações na base de cálculo do valor de pauta, mediante as quais reformula o crédito tributário, retificando as exigências relativas a: a) Os produtos sortidos doces e salgados EST 20x400g, que estavam classificados como “Demais biscoitos, bolachas e massas alimentícias”, foram reclassificados como “Populares ensacados”, passando o preço referência (Kg) de R\$ 6,00 para R\$ 2,40; b) Em 2011 e 2012, foi considerado para a formação da base de cálculo do ICMS-ST, o TVA sobre o valor da Pauta Fiscal (ATO COTEPE), conforme orienta a Cláusula Segunda do Protocolo ICMS nº 50/2005.

Assim, diante desses ajustes, o valor do crédito tributário sofreu alteração que resultou em aumento no valor do ICMS devido, a Fiscalização promove a lavratura de Termos de Infrações Continuadas e acosta novo Relatório Fiscal Detalhado/ Demonstrativo do Crédito Tributário, fls.62-89, dos autos.

Regularmente cientificada do resultado da ação fiscal, via Aviso de Recebimento, em 12/9/2013, a autuada apresentou reclamação, acostada às fls. 92 e 93, argumentando que reitera as razões de defesa expostas na impugnação fiscal, tempestivamente apresentada.

O autor do feito, mediante pronunciamento (fl. 95), relata que, diante da falta de alteração nos argumentos apresentados pela autuada, quando da impugnação ao auto infracional, permanece sem modificações a contestação acostada, anteriormente.

Sem informação de antecedentes fiscais, fl. 96, os autos conclusos, fl. 97, foram encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, sendo distribuídos ao julgador fiscal, Christian Vilar de Queiroz, que decidiu pela *parcial procedência* do auto de infração, consoante se infere da sentença de fls. 99-107, cuja ementa abaixo transcrevo:

“SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA INTERESTADUAL DE MASSAS ALIMENTÍCIAS, BISCOITOS, BOLACHAS, BOLOS, PÃES, E OUTROS DERIVADOS DA FARINHA DE TRIGO - OPERAÇÕES REGIDAS PELO PROTOCOLO ICMS 50/05 - RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS/ST - CONFIRMAÇÃO PARCIAL.

Constatada a retenção e o recolhimento de ICMS/ST a menor, devido pela Autuada estabelecida no Estado do Ceará, na condição de substituta tributária, nas remessas interestaduais de biscoitos, massas alimentícias e demais produtos alimentícios derivados da farinha de trigo, relacionados no Anexo V do RICMS/PB, para contribuintes paraibanos, seja por disposição das normas do Protocolo ICMS nº 50/05 e/ou por previsão contida na legislação tributária interna da Paraíba. Crédito tributário reformulado pelo Fisco.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.”

Com as alterações propostas pela decisão monocrática, o crédito tributário remanescente foi fixado em R\$ 421.081,58 (quatrocentos e vinte e um mil, oitenta e um reais e cinquenta e oito centavos) sendo R\$ 210.540,79 (duzentos e dez mil, quinhentos e quarenta reais e setenta e nove centavos), de ICMS, por infringência ao art. 395, c/c o art. 397, II, e, art. 399, II, "a", todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e, R\$ 210.540,79 (duzentos e dez mil, quinhentos e quarenta reais e setenta e nove centavos), de multa por infração, nos termos do artigo 82, V, "g", da Lei n.º 6.379/96.

Notificação acostada à fl. 109, do libelo acusatório.

Efetuada a ciência da decisão monocrática à autuada, via Aviso de Recebimento, em 22/8/2016, conforme atesta o documento de fl. 110, esta interpôs *recurso voluntário*, fls. 110-161, pretendendo a reforma da decisão singular, arguindo, em síntese, a ilegalidade do regime da pauta fiscal.

Em ato contínuo, argui omissão na decisão da GEJUP, quanto à apreciação da alegação de que o preço mínimo adotado relativamente a algumas mercadorias não é o definido na pauta fiscal pertinente.

Por fim, suscita a improcedência do feito fiscal.

Após, os autos foram distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

Este é o RELATÓRIO.

VOTO

Inicialmente, deve-se ressaltar que a pessoa jurídica da autuada, PELAGIO OLIVEIRA S/A, foi incorporada pela M. DIAS BRANCO S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS, CNPJ Nº 07.206.816.0001-15, estabelecida em Eusébio/CE, conforme documentação acostada, fl.127-157, dos autos.

O objeto dos *recursos hierárquico e voluntário* a ser discutido por esta relatoria diz respeito à motivação da decisão da autoridade julgadora em *proceder parcialmente* o lançamento de ofício, porquanto promoveu à redução do valor da multa por infração, com amparo no Princípio da Retroatividade da Lei mais Benigna, insculpido no Código Tributário Nacional (art. 106, II, “c”).

In casu, cumpre-me declarar que a peça acusatória apresenta-se apta a produzir os regulares efeitos inerentes ao aspecto formal do ato administrativo, visto que sua confecção observa os requisitos indispensáveis de constituição e desenvolvimento válido do processo: identificação das operações promovidas, base de cálculo, alíquota aplicável e período do fato gerador omitido (exercício fiscal), o que atende os requisitos de validade do lançamento de ofício, dispostos no art. 142 do CTN.

Com efeito, sabe-se que um ato administrativo só poderá ser anulado quando ilegal ou ilegítimo. O libelo acusatório, repita-se, trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, conforme aduz-se dos artigos, abaixo transcritos, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28/09/13:

“Art. 15. As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.”.

Assim, reiteramos que a lavratura do Auto de Infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade, visto que são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria objeto dessa lide, que serão devidamente transcritos e analisados quando da análise do mérito, e ainda, se oportunizou ao reclamante todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo, alguns dos pilares do ordenamento jurídico processual.

No que diz respeito às questões meritórias, a acusação em análise decorre do *recolhimento a menor do ICMS/ST, no período de 01/01/11 a 31/12/12, em razão de a autuada ter promovido a saída de mercadorias destinadas a revendedores paraibanos com destaque a menor do ICMS/ST, de biscoitos, massas alimentícias e demais produtos alimentícios derivados de farinha de trigo, constantes do Anexo V do RICMS/PB, conforme consta em nota explicativa.*

Em razões do recurso voluntário, a recorrente argui a reforma da decisão monocrática, sob a alegação de ilegalidade do Regime de Pauta Fiscal, colacionando jurisprudência do STJ a respeito.

Argumenta que a pauta fiscal representa o arbitramento da base de cálculo do tributo, expediente que tem utilização restrita, sendo apenas aplicável no caso de inidoneidade documental.

Prossegue afirmando que somente a Lei em sentido estrito pode estabelecer a modificação da base de cálculo de tributo para torna-lo mais oneroso. Invoca o art. 97, incisos I, II e IV, § 1º do CTN, não havendo observância ao art. 8º, da LC nº 87/96.

Consoante a denúncia constante da exordial, a operação constante da lide se rege pelas disposições da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS 50/05 e do art. 2º do Decreto nº 26.860/2006, atinentes às regras, a respeito do cálculo da base de cálculo do ICMS Substituição Tributária em operação interestadual com massas alimentícias, biscoitos, bolachas, bolos, pães, e outros derivados da farinha de trigo:

“PROTOCOLO ICMS 50/05:

Cláusula segunda. A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço praticado pelo sujeito passivo por substituição tributária, acrescido do valor correspondente ao frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, não podendo este montante ser inferior ao valor de referência, adicionado ainda, em ambos os casos, das seguintes margens de valor agregado:

I - quando o produto for procedente de unidade federada signatária deste protocolo:

a) nas operações com massas alimentícias, macarrão instantâneo e pães: 20% (vinte por cento); (Nova redação dada pelo Prot. ICMS 100/10, efeitos a partir de 1º.08.10)

b) nas operações com demais produtos: 30% (trinta por cento);

(...)

§ 1º Sobre a base de cálculo definida no "caput" desta cláusula será aplicada a alíquota vigente para a operação interna.

§ 2º Na impossibilidade de inclusão do valor do frete na composição da base de cálculo, o recolhimento do imposto correspondente será efetuado pelo estabelecimento destinatário, acrescido dos percentuais de que trata esta cláusula.

§ 3º O valor de referência de que trata o "caput" desta cláusula, será publicado em Ato COTEPE, com base nas informações prestadas pelas unidades federadas signatárias deste protocolo. (g. n.)

§ 4º O valor do imposto para fins de substituição tributária, em relação às operações com

mercadoria cujas alíquotas nos Estados signatários de destino sejam diferentes de 17%, poderá ser calculado por meio de alíquota específica, por unidade de medida. (grifos nossos)

DECRETO Nº 26.860/2006:

Art. 2º A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço praticado pelo sujeito passivo por substituição tributária, acrescido do valor correspondente ao frete, ao seguro, aos impostos, às despesas aduaneiras, no caso de importação do exterior, e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, não podendo este montante ser inferior ao valor de referência, adicionado ainda, em ambos os casos, das seguintes margens de valor agregado:

I - quando o produto for procedente de unidade federada signatária do Protocolo nº 50/05 (AL, BA, CE, PE, SE e RN):

a) nas operações com massas alimentícias, macarrão instantâneo e pães: 20% (vinte por cento);

b) nas operações com demais produtos: 30% (trinta por cento);”.

Conforme se observa, o Ato COTEPE é um instrumento pelo qual os Estados signatários do Protocolo ICMS nº 50/2005, ou seja, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte e Sergipe, tendo em vista o disposto nos artigos 102 e 199 do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, e no art. 9º da Lei Complementar nº 87/96, de 13 de setembro de 1996, acordam, entre outras matérias, em relação ao preço de referência a ser aplicado como base para cálculo do ICMS a ser retido pelo regime de substituição tributária nas operações interestaduais com massas alimentícias, biscoitos, bolachas, bolos, pães e outros derivados da farinha de trigo.

Observa-se, portanto, que não há que se falar em imposição de valores, vez que os parâmetros foram fixados pelos próprios signatários e não consistem em determinação por parte da Fiscalização. Dessa maneira, não merece prosperar o argumento de ilegalidade do regime adotado, tampouco cabe arguição a respeito de arbitramento da base de cálculo do tributo, como um expediente que tem utilização restrita e nem que os valores de referência dizem respeito a caso de inidoneidade documental.

Nesse sentido, já existe pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAUTA FISCAL. LEGALIDADE DA OBSERVÂNCIA DE ATO COTEPE/CONFAZ, NO CÁLCULO DA MARGEM DE VALOR AGREGADO. AMPARO LEGAL: LC N. 87/96 E LEI MATO-GROSSENSE N. 7098/98. OBSERVÂNCIA DOS CONVÊNIOS ICMS NS. 139/01 E 100/02.

I - A base de cálculo para fins de substituição tributária será obtida, em relação às operações ou prestações subseqüentes, por meio do somatório, dentre outros, da margem do valor agregado, a qual "será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado,

obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, devendo os critérios para sua fixação ser previstos em lei" (art. 8º, inc. II, § 4º, LC n. 87/96).

II - O ato originado da Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ e que vem sendo aplicado pela autoridade acoimada coatora é legal, tem apoio na Lei Estadual n. 7098/98 e serve de arrimo na busca da margem de valor agregado, por meio da divulgação periódica do preço médio ponderado a consumidor final da gasolina C, diesel, gás liqüefeito de petróleo (GLP), querosene de aviação (QAV) e álcool etílico hidratado combustível (AEHC), de diversas unidades federadas, dentre as quais se encontra o Estado de Mato Grosso, aderente dos Convênios ns. 139/01 e 100/02.

III - Não cuida o processo vertente, em conseqüência, de ilegal pauta fiscal, cujo pressuposto de existência é a fixação ao alvedrio do Estado de Mato Grosso de valores sem qualquer correlação com a realidade. Diversamente, trata-se de estabelecimento da base de cálculo de ICMS por estimativa, o que indispensável ao regime da substituição tributária, em que se cobra o imposto antes da ocorrência do fato gerador, o que amparado normativamente, em especial, in casu, em que se está seguindo os pressupostos estabelecidos na LC n. 87/96. IV - Recurso ordinário desprovido.

(STJ - RMS: 19080 MT 2004/0122314-2, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 18/10/2005, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 19/12/2005 p. 210)

Assim, por meio das normas dispostas, observa-se que os biscoitos, massas alimentícias e demais produtos alimentícios derivados da farinha de trigo estão sujeitos ao regime de Substituição Tributária, por força do Protocolo nº 50/05 e conforme se aduz no *caput* da Cláusula Segunda, devendo ser adotado o valor de referência, como um dos elementos definidores da base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária, que consiste no preço praticado pelo sujeito passivo por substituição tributária, acrescido do valor correspondente ao frete, seguro, impostos e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, não podendo este montante ser inferior ao valor de referência, adicionado ainda, em ambos os casos, das margens de valor agregado nas operações interestaduais.

A própria Legislação da Paraíba é clara, Decreto nº 26.860/2006, a qual dispõe sobre a substituição tributária nas operações com massas alimentícias, biscoitos, bolachas, bolos, pães, e outros derivados da farinha de trigo, bem como a base de cálculo, para fins de substituição tributária, desses produtos, está disciplinada na Lei Complementar 87/96 em seu artigo 8º, § 6º.

Conveniente reiterar que o art. 19 da Lei n.º 6.379/96, estabelece a base de cálculo, para fins de substituição tributária e, ainda, os critérios para defini-la, *in verbis* :

Art. 19. A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

I - em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído;

II - em relação às operações subsequentes, obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

- a) valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;
- b) o montante dos valores de seguro, de frete, e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;
- c) a margem de valor agregado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.

§ 1º Na hipótese de responsabilidade tributária em relação às operações ou prestações antecedentes, o imposto devido pelas referidas operações ou prestações será pago pelo responsável, quando:

I - da entrada ou recebimento da mercadoria, do bem ou do serviço;

II - da saída subsequente por ele promovida ainda que isenta ou não tributada;

III - ocorrer qualquer saída ou evento que impossibilite a ocorrência do fato determinante do pagamento do imposto.

§ 2º Tratando-se de mercadoria ou serviço cujo preço final a consumidor, único ou máximo, seja fixado por órgão público competente, a base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, é o referido preço por ele estabelecido.

§ 3º Existindo preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, a base de cálculo será este preço.

§ 4º A margem a que se refere a alínea "c", do inciso, II do "caput" será estabelecida com base em preços usualmente praticados no mercado considerado, obtidos por levantamento, ainda que por amostragem ou através de informações e outros elementos fornecidos por entidades representativas dos respectivos setores, adotando-se a média ponderada dos preços coletados, sendo permitido eventualmente, acrescentar-se outros critérios que venham a subsidiar a sua fixação.

§ 5º O imposto a ser pago por substituição tributária, na hipótese do inciso II, do "caput", corresponderá a diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para às operações ou prestações internas do Estado de destino sobre a respectiva base de cálculo e o valor do imposto devido pela operação ou prestação própria do substituto.

§ 6º Em substituição ao disposto no inciso II do caput, a base de cálculo em relação às operações ou prestações subsequentes poderá ser o preço a consumidor final usualmente praticado no mercado considerado, relativamente ao serviço, à mercadoria ou sua similar, em condições de livre concorrência, adotando-se para sua apuração as regras estabelecidas no § 4º deste artigo. (grifos nossos).

Observa-se pelo exposto que, havendo o descumprimento das exigências legais contidas no Protocolo, por parte do contribuinte substituto, o mesmo se sujeita às penalidades previstas na legislação do ICMS, em face da constatação de repercussão tributária, tendo em vista o recolhimento a menor do respectivo imposto.

Quanto à segunda arguição do contribuinte de que ocorreu omissão da GEJUP, quanto à apreciação da alegação de que o preço mínimo adotado relativamente a algumas mercadorias não é o definido na pauta fiscal, fls. 121-125, especificamente envolvendo *massas alimentícias de sêmola e aperitivos*, devo esclarecer que, no que diz respeito a “massas alimentícias de sêmola”, o autor do feito assim se expressa: *os produtos Macarrão NINHO, Macarrão PARAFUSO e o Espaguete ESPECIAL, todos elaborados com massa tipo sêmola, têm no mercado um preço superior a 50% do preço do espaguete sêmola (não ESPECIAL) e do preço do Macarrão sêmola normal, isto porque os fabricantes de massas para aumentarem o preço do produto por eles fabricados adicionam as massas mais simples outros produtos, cálcio, vitaminas, minerais etc, e vendem para o consumidor por preço bem mais elevado. Para se ter uma ideia, atualmente um pacote de 500 g do macarrão ou espaguete sêmola mais simples está por volta de R\$ 1,49 enquanto que o Macarrão NINHO, Macarrão Parafuso e do Espaguete ESPECIAL está em pelo menos por R\$2,69.*

Assim, o autor do feito esclarece que, com relação ao enquadramento dessas massas alimentícias, adicionadas de outras substâncias, devem ser classificadas no item “Demais massas alimentícias” e não como “massa de sêmola”, considerando a modificação passada pelo produto, tornando-se novo produto, não se mantendo o entendimento de que a autoridade se valeu de “preços mínimos”, inaplicáveis às operações listadas.

Quanto à arguição de omissão referente aos Aperitivos quanto aos valores mínimos incorretos, fl. 122, observa-se que, quando da contestação, o autor do feito, no que tange aos derivados da farinha de trigo, enquadrados como aperitivos – NCM 1905.90.20, sujeitos ao Regime da Substituição Tributária relata: *só foram lançados com valor de Pauta próprio, R\$ 5,5/ Kg, no ATO COTEPE nº 54/2011, que teve sua aplicação válida a partir de 1º de fevereiro de 2012. Antes desta data estes produtos, aperitivos, eram enquadrados na Pauta Geral – “Demais biscoitos, bolachas e massas alimentícias” – que tinha o valor de R\$ 6,0/KG.* Esse procedimento está amparado no Protocolo ICMS 50/2005.

Examinando as provas carreadas aos autos, observa-se que após as considerações relatadas, em contestação, o autor do feito promoveu ajustes no crédito tributário inicialmente lançado, apresentando novos valores que resultaram na lavratura de Termos de Infração Continuada, acostados às fls. 62 e 63, e que estes foram acolhidos pela instância prima em sentença, não se tendo o que falar em omissão da GEJUP quanto à apreciação das alegações levantadas.

Por derradeiro, necessário acolher as alterações advindas da Lei nº 10.008/13 – D.O.E de 06.06.13, cabendo a redução das penalidades aplicada em 100%, dos valores originais referentes ao crédito tributário procedente, em face do Princípio da Retroatividade da Lei mais benigna disciplinada no *art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN*, diante da vigência da lei retro mencionada.

Portanto, resta-me, apenas, *manter a sentença proferida na instância prima de julgamento*, cujo crédito tributário deve apresentar a seguinte configuração:

Com esses fundamentos,

V O T O - pelo recebimento dos *recursos hierárquico*, por regular, e, *voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo *desprovemento* de ambos, mantendo, quanto aos valores, à sentença monocrática que julgou *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000894/2013-06, lavrado em 18 de junho de 2013, contra a empresa PELAGIO OLIVEIRA S/A, CCICMS: nº 16.900.562-3, já qualificada nos autos, declarando como devido o crédito tributário no valor de R\$ 421.081,58 (quatrocentos e vinte e um mil, oitenta e um reais e cinquenta e oito centavos), sendo R\$ 210.540,79 (duzentos e dez mil, quinhentos e quarenta reais e setenta e nove centavos), de ICMS, por infração aos artigos ao Art. 395, c/c o Art. 397, II, e, Art. 399, II, "a", todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, e R\$ 210.540,79 (duzentos e dez mil, quinhentos e quarenta reais e setenta e nove centavos), de multa infracional, com fulcro no artigo 82, V, "g", da Lei n.º 6.379/96, alterada pela Lei nº 10.008/2013.

Em tempo, mantenho cancelado, por irregular, o montante de R\$ 210.540,79 (duzentos e dez mil, quinhentos e quarenta reais e setenta e nove centavos), de multa infracional, pelos motivos acima expendidos.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 19 de outubro de 2017.

THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA.
Conselheira Relatora