



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

Processo Nº042.360.2013-0

Recurso HIE/CRF nº.067/2017

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente:GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

Recorrida;INDÚSTRIA DE ALIMENTOS BOMGOSTO LTDA.

Preparadora:RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA

Autuante:FRANCISCO ILTON PEREIRA MOURA

Relatora:CONSª.GILVIA DANTAS MACEDO

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. OPERAÇÕES REGIDAS PELO PROTOCOLO ICMS 50/05. INOCORRÊNCIA DE REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA NA FORMAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO

A substituição tributária decorre de expressa disposição legal, atribuindo ao sujeito passivo a responsabilidade pela retenção do imposto em relação aos fatos geradores antecedentes, concomitantes ou subseqüentes a que esteja vinculada a obrigação tributária. No caso dos autos, constatou-se a ocorrência de equívocos quanto aos valores adotados pela fiscalização para efeito de base de cálculo, pela ausência de utilização das informações específicas dos produtos constantes em ATO COTEPE, o qual estabelece os preços de referência, motivando a improcedência da exação fiscal.

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 do recurso hierárquico, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu desprovidimento, mantendo a decisão singular, que julgou improcedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000530/2013-18, lavrado em 22/04/2013, contra INDÚSTRIA DE ALIMENTOS BOMGOSTO LTDA, CCICMS nº 16.900.533-0, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes desta ação fiscal.

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

P.R.E.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 23 de março de 2018.

Gílvia Dantas Macedo
Conselheira Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento as Conselheiras da 1ª Câmara, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA e NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Examina-se, neste Colegiado, o recurso hierárquico, nos moldes do artigo 80 da Lei nº 10.094/13, diante da sentença prolatada na instância prima, que considerou IMPROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000530/2013-18, lavrado em 22/04/2013.

O Auto de Infração acima citado aponta que a recorrente cometeu a seguinte infração:

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:

ICMS ST recolhido a menor devido a não utilização correta da pauta fiscal, ATO COTEPE nº 22/2009, 34/2010 e 27/2011, que define o preço mínimo a ser praticado nas operações interestaduais, conforme § 3º da cláusula 2ª do Protocolo ICMS 50/2005.

Para enquadramento da infração, o autuante indicou como infringido o art. 395 c/c art. 397, II, e art. 399, II, “a”, do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, sendo exigido o crédito tributário na quantia de R\$ 158.142,30, correspondente a R\$ 52.714,10 de ICMS, e R\$ 105.428,20, de penalidade pecuniária, com fundamento no art. 82, V, “g” da Lei nº 6.379/96.

Às fls. 7 a 20 dos autos constam planilhas de cálculo; às fls.4 a 6, ATO COTEPE/ICMS nº 51, de 22/12/2009, 34, de 05/11/2010, e 54, de 27/12/2011.

Cientificado do auto por AR – Aviso de Recebimento (fls. 21), em 10 de maio de 2013, a autuada apresentou peça reclamatória em 10 de junho de 2013, consoante fls. 23 a 33, vindo a requerer, em síntese, a improcedência do auto de infração, diante de equívocos da fiscalização quando da reclassificação das massas de trigo tipo “Sêmola” e “Comum” como “Demais biscoitos, bolachas e massas alimentícias”, criando uma diferença ficta por conta da elevação dos preços de referência para R\$ 6,00 e R\$ 7,80.

Ao contestar as razões da defesa (fls. 76 e 77), o autuante se manifesta contrário à pretensão da reclamação, requerendo a procedência da feitura fiscal.

Sem informação de reincidência (fl. 79), os autos foram conclusos à Gerência Executiva de Julgamento de Processo Fiscal, sendo distribuído ao Julgador Fiscal, Francisco Alessandro Alves, que julgou o libelo basilar IMPROCEDENTE, diante de dúvidas acerca do valor de referência a ser aplicado para formação da base de cálculo do ICMS – Substituição Tributária, considerando a interpretação mais favorável ao contribuinte, conforme ilação do art. 112, do CTN. É o que se extrai da sentença às fls. 82 a 92 dos autos.

Cientificado o sujeito passivo do veredicto exarado na instância *a quo*, os autos tiveram remessa posterior a esta Casa, com distribuição para esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, para o fim de apreciação e julgamento.

EIS O RELATÓRIO.

A presente querela decorreu da aplicação dos ATOS COTEPE/ICMS nº 51/2009, 34/2010 e 54/2011, que disciplinam a base de cálculo para produtos derivados da farinha de trigo.

Consoante a denúncia constante da exordial, a operação constante da lide se rege pelas disposições da Cláusula Segunda do Protocolo ICMS nº50/05 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, 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.

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, o 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.

Observa-se 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, todavia não é o que se constata no presente caso, pelo que passo a expor.

Alega o contribuinte que o preço mínimo adotado relativamente a *massas alimentícias de sêmola e comum* não é o definido na pauta fiscal, contudo 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 ou comum”, 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.

Analisando os autos, como bem destacou o julgador singular, o que motivou a lavratura do Auto de Infração em tela foi a divergência entre as formas de apuração da base de cálculo do ICMS – ST, utilizadas pela auditoria e pela autuada, porém ficou comprovada a ocorrência de equívoco da fiscalização quando enquadrou os produtos ARGOLA VITARELLA, CABELO DE ANJO VITARELLA, FETTUCCINE VITARELLA, FIDELINHO VITARELLA, LASANHA VITARELLA, LINGUINE VITARELLA, MACARRÃO VITARELLA FINO, NINHO VITARELLA, PARAFUSO VITARELLA e PENNE VITARELLA, como sendo uma classificação de “Demais massas alimentícias”.

Depreende-se, portanto, que o contribuinte, ao formar a base de cálculo do ICMS – ST aplicou a margem de valor agregado (20%) sobre o valor dos produtos, considerando que os *valores por kg*, para todos os itens, mostraram-se superiores aos valores de referência contidos nos ATOS COTEPE/ICMS nº 51/2009, 34/2010 e 54/2011, descaracterizando, portanto, a existência de repercussão tributária apurada pela fiscalização.

Entretanto, restou demonstrado a inexistência de preço de referência específico para os produtos tipo “*Speciale*”, não autorizando, assim, a fiscalização a desconsiderar as classificações próprias existentes para os produtos do tipo “Comum” e “Sêmola”. O fato de ser uma massa “*Speciale*” não retira a característica inicial do produto.

Neste diapasão, resta evidente que, à luz do art. 112 do CTN, não há espaço interpretativo para que a fiscalização atribua aos produtos relacionados anteriormente o preço de referência mais gravoso.

Assim, hei de concluir que a sentença da primeira instância de julgamento está correta quanto à improcedência do lançamento, visto que a autuada, ao utilizar o valor dos produtos como referência, obteve um ICMS – ST superior ao que se alcançaria se adotasse os valores de referência dos ATOS COTEPE/ICMS nº 51/2009, 34/2010 e 54/2011.

Diante do exposto acima e tendo em vista a falta de comprovação do ilícito denunciado, não vejo

razões para prosperar a ação fiscal, quando esta não se reveste dos requisitos de liquidez e certeza imprescindíveis a sua validade.

Este é o meu entendimento.

V O T O - pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, mantendo a decisão singular, que julgou improcedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000530/2013-18, lavrado em 22/04/2013, contra INDÚSTRIA DE ALIMENTOS BOMGOSTO LTDA, CCICMS nº 16.900.533-0, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes desta ação fiscal.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 23 de março de 2018.

Gílvia Dantas Macedo
Conselheira Relatora