



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

PROCESSO Nº1526612013-4

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente:PELÁGIO OLIVEIRA S/A

Recorrida:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP

Repartição Preparadora:SUBG.DA RECEB.DE RENDAS DA GER REG.DA 1 REGIÃO

Autuante(s):FRANCISCO ILTON PEREIRA MOURA

Relator:CONS.ºPETRONIO RODRIGUES LIMA

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. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

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.

In casu, fez-se necessária a redução do crédito tributário lançado no Auto de Infração, uma vez que a Fiscalização considerou, para alguns produtos, valores de referência superiores aos estabelecidos em Ato COTEPE.

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

A C O R D A M os membros da Segunda Câmara de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do *recurso voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovidimento*, mantendo a sentença monocrática, que julgou *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001915/2013-00, lavrado em 13 de novembro de 2013, condenando a empresa, PELÁGIO OLIVEIRA S/A, CCICMS nº 16.900.563-3, devidamente qualificada, ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 98.229,98 (noventa e oito mil, duzentos e vinte e nove reais e noventa e oito centavos), sendo R\$ 49.114,99 (quarenta e nove mil, cento e catorze reais e noventa e nove centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 395 c/c 397, II e 399, II, "a", todos do RICMS/PB, à cláusula segunda do Protocolo ICMS nº 50/05 e ao artigo 2º do Decreto nº 26.860/06, e R\$ 49.114,99 (quarenta e nove mil, cento e catorze reais e noventa e nove centavos), a título de multa por infração com arrimo no art. 82, V, "g", da Lei 6.379/96.

Em tempo, *mantenho cancelado*, por indevido, o total de R\$ 49.778,52 (quarenta e nove mil, setecentos e setenta e oito reais e cinquenta e dois centavos), sendo R\$ 24.889,26 (vinte e quatro mil, oitocentos e oitenta e nove reais e vinte e seis centavos) de ICMS e R\$ 24.889,26 (vinte e quatro mil, oitocentos e oitenta e nove reais e vinte e seis centavos).

P.R.I

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 13 de julho de 2018.

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da Segunda Câmara, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTE SIMÕES e FERNADA CÉFORA VIEIRA BRAZ (SUPLENTE).

Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o *recurso voluntário*, interposto contra a decisão monocrática que julgou *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001915/2013-00, lavrado em 13 de novembro de 2013, contra, PELAGIO OLIVERIA 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 2010 DEVIDO NÃO UTILIZAÇÃO DA PAUTA FISCAL (ATO COTEPE) 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\$ 74.004,25 (SETENTA E QUATRO MIL E QUATRO REAIS E VINTE E CINCO CENTAVOS) CONFORME DEMONSTRADO NAS PLANILHAS ANEXADAS A ESTE PROCESSO.”

O autor do lançamento constituiu o crédito tributário na quantia de R\$ 148.008,50 (cento e quarenta e oito mil, oito reais e cinquenta centavos), sendo R\$ 74.004,25 (setenta e quatro mil, quatro reais e vinte e cinco centavos), 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\$ 74.004,25 (setenta e quatro mil, quatro reais e vinte e cinco centavos) a título de multa por infração, de multa por infração, arrimada no Art. 82, V, "g", da Lei n.º 6.379/96.

Documentos instrutórios constam às fls. 5-9, dos autos.

Regularmente cientificada do resultado da ação fiscal, via Aviso de Recebimento, em 29/11/2013, fl. 10, a autuada apresentou *reclamação*, acostada às fls. 11-45, arguindo a improcedência do ato infracional.

Requer que seja realizada a intimação de todos os atos processuais, inclusive quando da inclusão em pauta de julgamento para fins de *sustentação oral* de suas razões, por meio de aviso de recebimento, no endereço dos procuradores, nos autos habilitados.

Na sequência, em contestação, fls. 48-49, o autor do feito argumenta que o lançamento de ofício encontra-se disciplinado com base no Protocolo ICMS 50/2005, o qual 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, 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.

Mais adiante, informa que a planilha de apuração do ICMS – ST foi laborada a partir dos dados das notas fiscais eletrônicas das operações realizadas pela empresa autuada com o Estado da Paraíba e em observância ao que dispõe a cláusula segunda do Protocolo ICMS nº 50/2005.

Sem informação de antecedentes fiscais, fl. 50, os autos conclusos, fl. 51, foram encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, sendo distribuídos ao julgador fiscal, Sidney Watson Fagundes da Silva, que decidiu pela *parcial procedência* do auto de infração, consoante se infere da sentença de fls. 55-76, cuja ementa abaixo transcrevo:

“ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RETIDO A MENOR – ERRO NA FORMAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO – DENÚNCIA COMPROVADA EM PARTE

- A formação da base de cálculo do ICMS devido a título de substituição referente às operações com produtos derivados do trigo deve ser realizada em consonância com as disposições contidas no Protocolo ICMS nº 50/05 e no Decreto nº 26.860/06. - In casu, fez-se necessária a redução do crédito tributário lançado no Auto de Infração, uma vez que a Fiscalização considerou, para alguns produtos, valores de referência superiores aos estabelecidos em Ato COTEPE.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE .”

Com as alterações realizadas pela decisão monocrática, o crédito tributário remanescente foi fixado em R\$ 98.229,98 (noventa e oito mil, duzentos e vinte e nove reais e noventa e oito centavos), sendo R\$ 49.114,99 (quarenta e nove mil, cento e catorze reais e noventa e nove centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 395 c/c 397, II e 399, II, “a”, todos do RICMS/PB, à cláusula segunda do Protocolo ICMS nº 50/05 e ao artigo 2º do Decreto nº 26.860/06, e R\$ 49.114,99 (quarenta e nove mil, cento e catorze reais e noventa e nove centavos), a título de multa por infração com arrimo no art. 82, V, “g”, da Lei 6.379/96.

Notificação acostada à fl. 78, do libelo acusatório.

Sem recurso de ofício, foi efetuada a ciência da decisão monocrática à atuada, via Aviso de Recebimento, em 23/2/2017, conforme atesta o documento de fl. 79, e via Edital nº 71/2017, em 23 de março de 2017, fl. 80. A atuada interpôs *recurso voluntário*, fls. 81-96, pretendendo a reforma da decisão singular, arguindo, em síntese, os seguintes assuntos:

Inicialmente disserta a respeito do sentido e alcance dos princípios da ampla defesa e do contraditório nos domínios do processo administrativo tributário.

Em ato contínuo, argui erro nos dados utilizados na planilha elaborada pela fiscalização, suscitando em não ocorrência de infração imputada, notadamente em face da lisura e transparência de suas informações contábeis, tudo consignado em seus livros e documentos fiscais.

Relata que tanto na doutrina, como na jurisprudência, cabe à autoridade lançadora atestar a ocorrência do fato jurídico que lhe deu suporte – dever de demonstração da ocorrência da infração.

Realça que o lançamento tributário, como atividade vinculada, não cabem presunções simples, sob pena de o fisco se exceder na caracterização do montante tributável.

Suscita erro na classificação dos produtos para fins de aplicação do Ato COTEPE.

Argui a realização de diligência e/ou perícia, nomeando assistente técnico.

Assim, suscita a improcedência do feito fiscal.

Requer, por fim, a sua intimação por ocasião da designação da sessão de julgamento, inclusive quando da inclusão em pauta de julgamento, para fins de *sustentação oral de suas razões*, por meio de aviso de recebimento, no endereço dos procuradores, na pessoa do advogado José Erinaldo Dantas Filho, OAB/CE nº 11.200, com endereço na Rua Nunes Valente, nº 2.604, Bairro Dionísio Torres, Fortaleza – CE, C.E.P: 60.125-071, fl. 96, do libelo.

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

Considerando o pedido da recorrente sobre concessão de oportunidade para a realização de uma provável sustentação oral, foi solicitado parecer prévio à Assessoria Jurídica, fl. 100, desta Corte, que o fez mediante o documento de fls.103-110, opinando pela legalidade do procedimento administrativo tributário.

Este é o RELATÓRIO.

VOTO

O objeto do *recurso 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 a redução do crédito tributário, lançado no Auto de Infração, uma vez que a Fiscalização considerou, para alguns produtos, valores de referência superiores aos estabelecidos em Ato COTEPE.

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.

Determinante se apresenta a verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional. Com efeito, sabe-se que um ato administrativo só poderá ser anulado quando ilegal ou ilegítimo. O libelo acusatório 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.

Dessa forma, tendo-se oportunizado, ao recorrente, 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, denego a arguição da recorrente de inviabilização do seu direito ao contraditório e a ampla defesa, questionado em preliminar, fl. 85, do libelo.

Na sequência, urge também, adentrar no proclame da recorrente, quando advoga *pedido de produção de prova pericial/diligência*, fl. 95, do libelo.

Neste campo, quanto ao referido tema, corroboro com as razões apresentadas pela instância “a quo” quanto a *não aceitação do pedido formulado*, sendo firmada em razão da desnecessidade, tendo em vista que todos os elementos probatórios, necessários à clara delimitação da lide, encontram-se presentes nos autos, conforme já relatado, consubstanciado por meio dos documentos acostados.

Esta razão se infere, uma vez que as matérias de fato postas no libelo acusatório podem ser plenamente esclarecidas e se exaurem no âmbito das provas documentais, de modo a evidenciar o montante do crédito tributário levantado, nos termos da denúncia. Estas informações consolidadas já se encontram nos autos, nos demonstrativos elaborados pelos autores do feito e nos documentos acusatórios, motivo por que se torna desnecessária a produção de prova pericial para a correta apreciação do feito.

Tendo-se oportunizado à recorrente todos os momentos para que se defendesse, *em reclamação e em recurso voluntário*, prazo suficiente para que a autuada refizesse todos os cálculos dos lançamentos, podendo apontar todos os itens a serem contestados.

Bem verdade que a legislação mantém em vigor dispositivo que prevê a realização de diligência para produção de provas, conforme disciplinado no art. 59, § 1º, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, in verbis:

“Art. 59. Apresentada a impugnação, e até a decisão final administrativa, havendo diligências a realizar serão elas determinadas pelo órgão julgador, de ofício, ou a pedido do autor do procedimento ou do sujeito passivo.

§ 1º A autoridade julgadora que deferir ou negar o pedido de realização de diligência fundamentará sua decisão.”.

Portanto, no caso em exame, os pontos contestados pela recorrente, estão claramente dispostos nos autos, sendo mais que suficientes para a elucidação da controvérsia, não havendo, portanto, a necessidade de realização de diligência para identificá-los. Ademais, caso a autuada fosse detentora de alguma prova, poderia tê-la juntado aos autos, nos momentos oportunizados pela lei processual.

Deve-se ressaltar que, quanto à prova pericial, inexistente previsão legal em nosso ordenamento jurídico. No que diz respeito à revisão processual, este instituto foi excluído do nosso arcabouço legal, em razão de os artigos 650 a 652, do RICMS/PB, terem sido revogados pelo Decreto nº 32.718 de 25/1/2012. Portanto, não me cabe analisar tal pleito. Diante do que, denego o pedido da recursante.

Dirimidas as preliminares suscitadas, passo à análise individualizada do mérito da acusação.

No que diz respeito às questões meritórias, a acusação em análise decorre do *recolhimento a menor do ICMS/ST, no período de 1º/1/10 a 31/12/10, 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 erro nos dados utilizados na planilha elaborada pelo fiscal, supostamente baseada nos livros e informações fiscais entregues pela empresa, a qual apresenta valores que não condizem com a realidade dos dados contábeis e fiscais.

Argumenta que, apesar do trabalho efetuado pelo julgador monocrático, este ainda contempla graves erros que não podem ser desconsiderados.

Para fins de comprovação, cita o caso do “R COCO LEITE EST 12X400G”, no qual o autor do feito classificou este item como “Biscoitos e bolachas Maria, Maisena, amanteigados, leite, coco e Chocolate”, cujo valor fixado pelo ATO –COTEPE é de R\$ 4,20 (quatro reais e vinte centavos).

Prossegue afirmando: *“Ocorre que, o citado item é classificado como “Populares ensacados” cujo valor é R\$ 2,40 (dois reais e quarenta centavos), o que se pode perceber nas NF’s da empresa autuada.”*

Observa-se que, consoante a denúncia constante da exordial, teria havido infração às disposições da Cláusula segunda do Protocolo ICMS 50/05 e do art. 2º do Decreto nº 26.860/2006, atinentes às regras, a respeito da base de cálculo do ICMS substituição tributária interestadual com massas alimentícias, biscoitos, bolachas, bolos, pães, e outros derivados da farinha de trigo. Vejamos os dispositivos normativos:

“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. (g.n.)

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);”.

Assim sendo, o Ato Cotepe é um instrumento, pelo qual os Estados signatários do Protocolo ICMS 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, relaciona o 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.

Através 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, cuja referência consiste no 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 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, 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 subseqüentes, 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 subseqüentes.

§ 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 subseqüente 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 subseqüentes 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, este 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 arguição do contribuinte de que apesar do trabalho efetuado pelo julgador monocrático, este ainda contempla graves erros que não podem ser desconsiderados. Citando

o caso do produto “R COCO LEITE EST 12X400G”, no qual o autor do feito classificou este item como “ Biscoitos e Bolachas Maria, Maisena, Amanteigados, Leite, Coco e Chocolate”, cujo valor fixado pelo ATO COTEPE/ ICMS – é de R\$ 4,20 (quatro reais e vinte centavos), concluindo que, o citado item deve ser classificado como” Populares ensacados”, cujo valor é R\$ 2,40 (dois reais e quarenta centavos), devo esclarecer o seguinte:

Examinando as provas carreadas aos autos, após as considerações relatadas, no que diz respeito a “R COCO LEITE EST 12X400G”, o referido produto corresponde a *roschas de coco de leite*, classificadas na NCM - 1905.90.20 – Bolachas, conforme se observa pelo próprio levantamento, acostado pela fiscalização às fls.5-9, notas fiscais nº 28554, 31147 e 74145, dentre outras, cujo ingrediente principal, conforme o próprio nome expressa, coco e leite.

1905

PRODUTOS DE PADARIA, PASTELARIA OU DA
INDÚSTRIA DE BOLACHAS E BISCOITOS, MESMO
ADICIONADOS DE CACAU; HÓSTIAS, CÁPSULAS
VAZIAS PARA MEDICAMENTOS, OBREIAS, PA-
NOCAS, SECAS DE FARINHA, AMIDO OU DE FÉCULA,
FOLHAS, E PRODUTOS SEMELHANTES.

1905.10.00

Pão denominado knäckebrot

1905.20	Pão de especiarias
1905.20.10	Panetone
1905.20.90	Outros
1905.3	Bolachas e biscoitos, adicionados de edulcorantes, waffles e wafers:
1905.31.00	Bolachas e biscoitos, adicionados de edulcorantes
1905.32.00	Waffles e wafers
1905.40.00	Torradas, pão torrado e produtos semelhantes torrados
1905.90	Outros
1905.90.10	Pão de forma
1905.90.20	Bolachas
1905.90.90	Ex 01 - Pão do tipo comum
1905.90.90	Outros

Examinando o ATO COTEPENº 34, de 05 de novembro de 2010, *abaixo transcrito*, observa-se que o referido produto deve ser classificado no item Biscoitos e Bolachas - Maria, Maisena, Amanteigado, **Leite, Coco** e Chocolate, cujo Preço Referência (Kg) é R\$ 4,20 (quatro reais e vinte centavos), o mesmo valor utilizado pela fiscalização.

O Secretário - Executivo do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, no uso de

suas atribuições que lhe confere o art. 12, XIII, do Regimento da Comissão Técnica Permanente do ICMS - COTEPE/ICMS, de 12 de dezembro de 1997, por este ato, torna público que a Comissão, considerando o disposto na cláusula segunda do Protocolo ICMS 50/05, de 16 de dezembro de 2005, decidiu divulgar, nos termos da seguinte tabela, o preço de referência para os produtos derivados da farinha de trigo, com base nas informações encaminhadas pelas unidades da Federação signatárias do mencionado protocolo, para aplicação a partir do dia 1º de dezembro de 2010:

Produto		Preço Referência (Kg)
Massas Alimentícias	Granoduro	R\$ 5,50
	Comum	R\$ 2,00
	Sêmola	R\$ 2,40
	Macarrão instantâneo	R\$ 5,80
Biscoitos e Bolachas	Cream Cracker e Água e Sal	R\$ 3,00
	Maria, Maisena, Amanteigado, Leite, Coco e Chocolate.	R\$ 4,20
	Recheados	R\$ 5,20
	Biscoitos Waffers	R\$ 7,00
	Populares ensacados	R\$ 2,40
	Com cobertura	R\$ 10,00
	Demais biscoitos, bolachas e massas alimentícias	R\$ 6,00

Os valores de referência, acima transcritos, de que trata o § 3º da cláusula segunda do Protocolo

ICMS nº 50/05, vigentes à época dos fatos geradores, encontravam-se definidos, por meio dos Atos COTEPE nº 51/09 e 34/10, os quais foram publicados no D.O.U.

Com essas considerações e, de acordo com o entendimento da Procuradoria Geral do Estado, exarado em Parecer acostado aos autos, considero esclarecido o questionamento da recorrente.

Portanto, resta-me, apenas, *manter a sentença proferida na instância prima de julgamento*, que corretamente corrigiu os valores apurados a maior pela fiscalização, ficando o ICMS devido em conformidade com o quadro demonstrativo apresentado às fls. 69 a 75.

Com esses fundamentos,

V O T O - pelo recebimento do *recurso voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, mantendo a sentença monocrática, que julgou *parcialmente procedente*, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001915/2013-00, lavrado em 13 de novembro de 2013, condenando a empresa, PELÁGIO OLIVEIRA S/A, CCICMS nº 16.900.563-3, devidamente qualificada, ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 98.229,98 (noventa e oito mil, duzentos e vinte e nove reais e noventa e oito centavos), sendo R\$ 49.114,99 (quarenta e nove mil, cento e catorze reais e noventa e nove centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 395 c/c 397, II e 399, II, “a”, todos do RICMS/PB, à cláusula segunda do Protocolo ICMS nº 50/05 e ao artigo 2º do Decreto nº 26.860/06, e R\$ 49.114,99 (quarenta e nove mil, cento e catorze reais e noventa e nove centavos), a título de multa por infração com arrimo no art. 82, V, “g”, da Lei 6.379/96.

Em tempo, *mantenho cancelado*, por indevido, o total de R\$ 49.778,52 (quarenta e nove mil, setecentos e setenta e oito reais e cinquenta e dois centavos), sendo R\$ 24.889,26 (vinte e quatro mil, oitocentos e oitenta e nove reais e vinte e seis centavos) de ICMS e R\$ 24.889,26 (vinte e quatro mil, oitocentos e oitenta e nove reais e vinte e seis centavos).

Segunda Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 13 de julho de 2018..

PETRÔNIO RODRIGUES LIMA.
Conselheiro Relator