

A. I. Nº - 124157.0703/09-9  
AUTUADO - KALZONE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
AUTUANTE - ANTONIO JOSE DOS SANTOS  
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO  
INTERNET 31.05.2010

## 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0117-05/10

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DESTINADA À CONTRIBUINTE INSCRITO NO ESTADO DA BAHIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. NULIDADE. Operações regidas pelo Protocolo ICMS 50/05, que dispõe sobre a substituição tributária interestadual de massas alimentícias, biscoitos, bolachas, bolos, pães, e outros derivados da farinha de trigo. Lançamento tributário efetuado por autoridade fiscal incompetente à época da ocorrência dos fatos geradores. Vício suscitado de ofício. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 07/07/2009, exige do autuado ICMS no valor de R\$ 832,55, acrescido da multa de 60%, em decorrência de ter sido constatado no trânsito de mercadorias o transporte de produtos enquadrados no regime de substituição tributária por antecipação em virtude de convênio ou protocolo, não tendo sido feita a retenção do imposto pelo remetente (sujeito passivo por substituição) e sem recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria.

Trata-se de operação com mercadorias tributadas (massas alimentícias), elencadas na substituição tributária de acordo com o Protocolo 50/05, sem retenção do ICMS devido na operação, conforme notas fiscais de nº 15453/15454 e nº 15455, infringindo o RICMS/Ba.

Anexado ao processo Termo de Apreensão nº 124157.0026/09-7 e cópias das notas fiscais que acobertavam a operação.

O autuado, através de seu sócio administrador, ingressou com defesa afirmando que a mercadoria a que se refere o Auto de Infração não integra a lista de produtos sujeitos à substituição tributária a que se refere o Protocolo ICMS 50/05, isto porque a relação de mercadorias que compõe o termo lavrado pela fiscalização, estaria completamente equivocada, quando descreve tratar-se de “Pizzas de sabores diversos”.

Disse que a vinculação dos produtos às regras do citado Protocolo passa pela classificação na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado – NBM/SH, a qual leva em conta os insumos que compõem o produto. Afirmou que a Cláusula primeira do Protocolo 50/05, com a redação dada pelo Protocolo 04/06, elenca que os produtos submetidos ao regime de antecipação são os seguintes: I - massa alimentícia (NBM/SH 1902.1); II - biscoitos, bolachas, bolos, wafers, pães, panetones e outros produtos similares (NBM/SH 1905).

Frisou que as classificações acima não incluem o produto “Kalzone”, que é derivado de farinha de trigo e suas misturas e leva na sua composição, 40% de enchidos de frango, carne suína, carne bovina ou de seus derivados. Inseriu na peça defensiva declaração de profissional nutricionista, responsável técnica pela fabricação dos produtos, acostada a fl. 2: que o enquadramento correto da mercadoria é nas posições 1601 e 1 da NBM/SH, e que o mesmo não se apresenta no formato de pizza. 1

notas correspondentes, constantes da nomenclatura brasileira de mercadorias – sistema harmonizado.

Pedi, ao finalizar, que seja declarada a improcedência da ação fiscal e a consequente anulação do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 54/55). Após transcrever as disposições do Protocolo ICMS 50/05 e os arts 370 e 373, do RICMS, atinentes às regras de substituição tributária interestadual, destacou que embora o autuado não admita que os produtos por ele produzidos sejam “pizzas”, a definição da palavra “kalzone” constante da enciclopédia virtual “Wikipédia”, encontrada no “site” <HTTP://pt.wikipedia.org>, na Internet, expressa que o produto em questão é um prato da culinária italiana, muitas vezes referido como uma pizza recheada e consiste em um disco de massa igual à pizza, redondo, dobrado ao meio, formando uma meia lua e recheado com queijo mussarela, parmesão ou ricota, molho de tomates, verduras ou legumes e carnes processadas como lingüiça, presunto ou lombo defumado. Fez referências às origens do referido produto e a algumas curiosidades em torno do mesmo.

Em seguida, observou que a definição de massas alimentícias dada pelo órgão regulador, que é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária –ANVISA, através da Resolução - RDC nº 93, de 21/10/2000, transcrita em parte na peça informativa, contempla o produto objeto da autuação.

Mais à frente transcreveu os dispositivos atinentes à multa lançada no Auto de Infração, correspondente ao art. 915, II, “d” do RICMS/Ba e concluiu, pedindo que o Auto de Infração seja mantido, com a declaração de sua procedência, argumentado ainda que a empresa autuada propositalmente não destacou nas notas fiscais o código NCM dos produtos com o intuito de confundir a fiscalização.

## VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre a exigência de ICMS, decorrente da falta de retenção e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, na venda de mercadorias (kalzones) realizada para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

Do exame das peças processuais, verifico que há uma questão prejudicial que deve ser previamente analisada e de ofício. Trata-se da competência funcional para a prática do ato de lançamento tributário.

No caso em exame, os fatos geradores objeto da autuação se verificaram em 09/06/2009, momento em que as mercadorias foram apreendidas no trânsito, através do Termo nº 124157.0026/09-7, com a constatação de que não havia sido efetuada a retenção e recolhimento do ICMS por substituição tributária, nas operações interestaduais com massas alimentícias, havendo, em decorrência, descumprimento das normas contidas no Protocolo ICMS 50/05.

Ocorre que a competência legal para que agentes de tributos fizessem lançamento tributário, decorreu da aprovação e promulgação da Lei nº 11.470/09 que transferiu a atribuição de lavrar auto de infração, antes privativa dos Auditores Fiscais, àquela categoria integrante do grupo fisco, a partir de 1º de julho de 2009.

Assim dispôs o artigo 1º, parágrafo único, da Lei em referência, dispositivo que abaixo transcrevemos para melhor elucidar a questão:

*Art. 1º - Os parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 107 da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, que institui o Código Tributário do Estado da Bahia, passam a vigorar com a seguinte redação:*

*§ 1º - A função fiscalizadora será exercida pelos Auditores Fiscais e pelo:*

*§ 2º - Compete aos Auditores Fiscais a constituição de créditos tributários em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e de empresas individuais e optantes pelo Simples Nacional.*

*§ 3º - Compete aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.*

**Parágrafo único - A aplicação do disposto no caput deste artigo dar-se-á a partir de 1º de julho de 2009. (grifos nossos)**

Ocorre que o Código Tributário Nacional – CTN, no seu artigo 144 dispõe que o lançamento tributário reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada. Transcreveremos abaixo o dispositivo em referência, “*in verbis*”.

*Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.*

Outrossim, o lançamento tributário, como qualquer ato administrativo, deve estar revestido dos requisitos formais e materiais e dos pressupostos para sua validade, entre eles a competência do agente que o praticou.

Da análise do CTN, depreende-se que somente os Auditores Fiscais poderiam cobrar tributos, via Auto de Infração, em relação aos fatos geradores ocorridos antes de 1º de julho de 2009.

No caso em exame, conforme já frisado acima, a concretização do fato desencadeador da obrigação tributária se deu na vigência da norma anterior, em 09/06/2009, conforme já frisado acima, não podendo as disposições da Lei nº 11.470/09, serem aplicadas, pois competência para lançar tributo tem natureza de requisito material e formal do ato administrativo, ou seja, é elemento que diz respeito à sua validade. Assim, ainda que o lançamento de ofício tenha sido formalizado já na vigência da lei nova (a lavratura do Auto, ocorreu em 07/07/2009), deve o mesmo se reportar, nos termos do CTN, à data da ocorrência do fato tributável.

Assim, ante o exposto, e com base nas disposições do art. 18, inc. I, do RPAF/99, voto pela nulidade do Auto de Infração, recomendando que a autoridade fiscal competente determine a renovação da ação fiscal a salvo das falhas aqui apontadas.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 124157.0703/09-9, lavrado contra **KALZONE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal a salvo da falha apontada.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de maio de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA