

A. I. Nº - 124157.0804/09-0
AUTUADO - BRAGANÇA INDÚSTRIA COMÉRCIO E DIST. DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO JOSÉ DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 30.09.2010

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF N° 0257-02/10**

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA A CONTRIBUINTES DESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. MERCADORIA ELENCA NO PROTOCOLO 50/05 (DERIVADOS DE FARINHA DE TRIGO). O autuado é o contribuinte substituto para a obrigação do recolhimento do imposto, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, definido através do Protocolo ICMS 50/05, firmado entre os Estados envolvidos na operação. Restou comprovado que pela composição dos produtos comercializados, os mesmos se caracterizam como derivados de farinha de trigo (massas alimentícias), produtos enquadrados no regime de substituição tributária definido no citado Protocolo. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 07/01/2010, no Posto Fiscal Honorato Viana, sob acusação da falta de retenção e recolhimento do ICMS pelo remetente (sujeito passivo por substituição), no valor de R\$15.354,15, na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria, referente a mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências, e documentos às fls.05 a 11.

Consta na descrição dos fatos: “*Mercadorias tributadas (Derivados de Farinha de Trigo), constantes dos Danfes n. 064.968/064.969 (cópias anexas), elencadas na Substituição Tributária conforme Protocolo 50/05, sem a retenção do ICMS e/ou GNRE, conforme previsto no RICMS/BA, Decreto 6.284/97.*”

O autuado, por seu representante legal, inconformado com a autuação, apresenta defesa às fls.18 a 23, aduzindo as seguintes razões defensivas.

Em síntese, a defesa alega que:

- a) atua na fabricação de coxinhas, empadas, dentre outros, e o Protocolo ICMS 50/05, estabelece apenas que os produtos alimentícios (massas alimentícias, biscoitos, bolachas, bolos, pães, e outros derivados de farinha de trigo), classificados nas posições da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado (NBM/SH) da 1902.1 e 1905.1 a 1905.3 ficam sujeitos ao regime de substituição tributária, e portanto, que a mercadoria a que se refere o auto de infração constituído, não sujeitos à substituição tributária de que trata o citado Protocolo

- b) a Tabela de Incidência sobre Produtos Industrializados (TIPI) classifica os produtos alimentares, empada e coxinha, fabricados pelo autuado, com as seguintes nomenclaturas: empada – 1902.20.00 e 1902.20.200, respectivamente;
- c) os produtos alimentares fabricados pela mesma (coxinha e empada), contém apenas 29,41% de farinha de trigo e de 0,096 de massa empada; (coxinha e empada), contém apenas 29,41% de farinha de trigo e de coxinha e, 44,44% de 0,0050 de massa empada, respectivamente, e por tal razão não abrangidos pelo Protocolo 50/05.

Prosseguindo, transcreve vários artigos do CTN e da CF/88, dizendo que se prevalecer a autuação irá pagar o ICMS em duplicidade, ou sejam, o valor lançado no AI e o ICMS a ser cobrado na saída das mercadorias. Comenta sobre princípios de direito, cita a doutrina, e a jurisprudência em um julgamento tributário no âmbito da SEFAZ/Pe.

Ao final, requer a nulidade do lançamento por vício na autuação ou caso contrário, a improcedência do Auto de Infração, ressaltando que na dúvida, seja aplicado o disposto no artigo 112 do CTN.

Na informação fiscal às fls.55 a 60, justificou o motivo da autuação, e transcreveu os dispositivos tidos como infringidos, quais seja, a Cláusula primeira, inciso I e II, §§ 1º e 2º, do Protocolo ICMS 50/05, 370, e os artigos 373, 911 e 915, II, todos do RICMS/97.

Em seguida, rebateu as alegações defensivas dizendo que embora o autuado não admita que os produtos por ela produzidos estejam elencados na Substituição Tributária contidos no Protocolo 50/05, traz ao processo a definição de massas alimentícias dada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, através da Resolução – RDC nº 93, de 31/10/2000, parcialmente produzida.

Conclui com base na legislação citada que os produtos são preparados à base de farinha de trigo, e estão sujeitos à antecipação tributária, ressaltando que não foram consignados nos documentos os respectivos NCM dos produtos especificados.

VOTO

O Auto de Infração acusa o contribuinte de não ter feito a retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS devido por substituição, por força do Protocolo ICMS 50/05, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de mercadorias (derivados de farinha de trigo), realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, através dos DANFES nº 64968 e 64969 de emissão do autuado (docs.fl.09 e 11).

Conforme descrição do fato e da infração, indicados no Auto de Infração, o contribuinte deixou de fazer a retenção e o recolhimento do ICMS, na qualidade de substituto tributário remetente, relativo a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação em virtude de convênio ou protocolo, na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria.

Cumpre lembrar que as operações interestaduais com mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária reger-se-ão pelas normas previstas em Acordos, Protocolos e Convênios, nos termos do artigo 9º da Lei Complementar nº 87/96.

O sujeito passivo concentra sua defesa no argumento de que os produtos objeto da autuação não integram a lista de produtos sujeitos à substituição tributária, por não está classificado na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado (NBM/SH) 1902.1 e 1905.1 a 1905.3, de que trata o citado Protocolo nº 50/05.

Diz, mais, que a Tabela de Incidência sobre Produtos Industrializados (TIPI) classifica os produtos alimentares, empada e coxinha, fabricados pelo autuado, com as seguintes nomenclaturas: empada – 1902.20.00 e 1902.20.20.

O inciso I da Cláusula primeira do Protocolo ICMS 50/05 estabelece que nas operações interestaduais com produtos derivados de farinha de trigo ou de suas misturas (massa alimentícia NBM/SH 1902.1 e biscoitos, bolachas, bolos, wafers, pães, panetones e outros produtos similares NBM/SH 1905), fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subsequentes operações.

Tendo em vista que nos documentos fiscais não foram especificadas as respectivas NBM/SH, mas tão-somente a descrição dos produtos e o código de controle da empresa, para o deslinde da questão, resta analisar a composição dos produtos, de modo a enquadrá-los no Protocolo supracitado.

Pela análise dos elementos constantes do processo para apreciação sobre a lide, verifico que as DANFEs nº 064.968 e 064.969 (doc.fl.09 a 11) que acobertavam o transporte das mercadorias, consigna os produtos “Empada, coxinha, pizza, croquete, pastel, kibe, trouxinha, bauru, esfiha e saltenha, de diversos sabores”

Tomando por base a definição de massas alimentícias dada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, através da Resolução – RDC nº 93, de 31/10/2000, qual seja: *“Massa alimentícia: é o produto não fermentado apresentado sob várias formas, recheado ou não, obtido pelo empasto, amassamento mecânico de farinha de trigo comum e ou sêmola/semolina de trigo e ou farinha de trigo integral e ou farinha de trigo durum e ou sêmola/semolina de trigo durum e ou farinha integral de trigo durum e ou derivados de cereais, leguminosas, raízes ou tubérculos, adicionado ou não de outros ingredientes e acompanhado ou não de temperos e ou complementos, isoladamente ou adicionados diretamente à massa”*, embora tal Resolução não trate de aplicação da legislação tributária, contudo, em virtude dos produtos objeto da autuação se enquadrarem no conceito de massa alimentícias, eis que, são misturas de farinha trigo, concluo que estão sujeitos à retenção do ICMS nos termos do Protocolo ICMS 50/05.

Por tudo que foi exposto, concluo que os produtos consignados nas DANFEs objeto da autuação, que acobertavam a operação de venda proveniente do Estado do Pernambuco para contribuinte localizado neste Estado, se enquadra como massa alimentícia à base de mistura de farinha de trigo, e portanto, produto enquadrado no regime de substituição tributária previsto no Protocolo acima analisado.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 124157.0804/09-0, lavrado contra **BRAGANÇA INDÚSTRIA COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.354,15**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de setembro de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR