

**A. I. Nº** - 124157.0703/09-9  
**AUTUADO** - KALZONE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
**AUTUANTE** - ANTONIO JOSÉ DOS SANTOS  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/METRO  
**INTERNET** 17.03.2011

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0024-05/11**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DESTINADA À CONTRIBUINTE INSCRITO NO ESTADO DA BAHIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Processo submetido a novo julgamento na 1ª instância por determinação do Acórdão nº 0349-12/10, da 2ª CJF, que afastou a nulidade decretada pelo colegiado da Junta. 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. O produto “kalzone”, objeto da autuação, pela descrição contida nos autos, não se encontra submetido ao regime da antecipação tributária, seja por disposição das normas do citado Protocolo ou por previsão contida na legislação interna da Bahia. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. 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 ICMS 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 compõem 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 ICMS 50/05, com a redação dada pelo Protocolo ICMS 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. 23 do PAF, para embasar a tese que o enquadramento correto da mercadoria é nas posições 1601 e 1602, constante do Capítulo 16, da NBM/SH, e que o mesmo não se apresenta no formato de pizza. Transcreveu na impugnação as notas correspondentes, constantes da nomenclatura brasileira de mercadorias – sistema harmonizado.

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

O autuante prestou informação fiscal (fls. 39/44). 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](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 propositadamente não destacou nas notas fiscais o código NCM dos produtos com o intuito de confundir a fiscalização.

Esta 5ª JJF, através do Acórdão de nº 0117-05/10, declarou a nulidade de todo o procedimento fiscal ancorado tese da incompetência para lavratura de Autos de Infração por agente de tributos, em relação a fatos geradores anteriores à vigência da Lei nº 11.470/09.

Por determinação da senhora presidente do CONSEF, com arrimo nas disposições do art. 169, § 2º, do RPAF/99, o processo foi remetido, via Recurso de Ofício, à 2ª Instância de julgamento e distribuído para a 2ª Câmara do CONSEF.

Por meio do Acórdão nº 0349-12/10, a 2ª CJF, anulou a Decisão originária, com votos dos integrantes daquela corte apresentados fundamentações distintas. O voto condutor, elaborado pela Consª Mônica Maria Roters, não vislumbrando qualquer nulidade no PAF. E o voto, em separado, do Consº Nelson Antonio Daiha Filho, que vislumbrou nulidade absoluta do processo, por outra motivação, visto que o ato de lançamento padecia de vício de inconstitucionalidade, por estar caracterizado, no caso, uma afronta a Lei Maior do país, visto que a Lei Estadual nº 11.470/09, teria promovido mudanças de atribuições na SEFAZ-Ba, em desobediência ao princípio do concurso público, ensejando, portanto, esta mudança numa espécie de provimento derivado de cargos. Nessa linha, utilizou também como fundamento o voto exarado pelo Consº Fábio Andrade Moura, membro da 1ª Câmara do CONSEF, no Acórdão nº 0296-11/2010, registrando ainda que a matéria se encontra “*sub judice*” no Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 4233/99. Todavia, no voto em separado a que se faz referência não foi declarado o vício acima apontado, por expressa vedação do Regulamento do Processo Administrativo da Bahia (Dec. nº 7.629/99, art. 167, I), que inibe a possibilidade das instâncias administrativas de julgamento decidirem pela inconstitucionalidade de qualquer norma vigente.

O processo então retornou à 1ª Instância, após ciência às partes da Decisão exarada pela 2ª Câmara Consef, para a apreciação do mérito da autuação.

## VOTO

O presente processo retorna a esta 5ª Junta de Julgamento Fiscal para apreciação do mérito da exigência fiscal, visto que a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão nº 0349-12/10, anulou a Decisão originária, com votos dos integrantes daquela corte apresentando fundamentações distintas. O voto condutor, elaborado pela Consª Mônica Maria Roters, não vislumbrando qualquer nulidade no PAF. E o voto, em separado, do Consº Nelson Antonio Daiha Filho, que vislumbrou nulidade absoluta do processo, por outra motivação, visto que o ato de lançamento padecia de vício de inconstitucionalidade, por estar caracterizado, no caso, uma afronta a Lei Maior do país, visto que a Lei Estadual nº 11.470/09, promoveu mudanças de atribuições na SEFAZ-Ba, em desobediência ao princípio do concurso público, ensejando, portanto, esta mudança numa espécie de provimento derivado de cargos. Nessa linha, utilizou também como fundamento o voto exarado pelo Consº Fábio Andrade Moura, membro da 1ª Câmara do CONSEF, no Acórdão nº 0296-11/2010, registrando ainda que a matéria se encontra “sub judice” no Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 4233/99. Todavia, no voto em separado a que se faz referência, não foi declarado o vício acima apontado, por expressa vedação do Regulamento do Processo Administrativo da Bahia (Dec. nº 7.629/99, art. 167, I), que inibe a possibilidade das instâncias administrativas de julgamento decidirem pela inconstitucionalidade de qualquer norma vigente.

O processo então retornou à 1ª instância, após ciência às partes da Decisão exarada pela 2ª Câmara CONSEF, para a apreciação do mérito da autuação.

No mérito, 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 subseqüentes, na venda de mercadorias (kalzones) realizada para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

Do exame dos autos constato que o agente de tributos autuante enquadrou a operação em lide nas disposições do Protocolo ICMS 50/05 e os arts 370 e 373, do RICMS, atinentes às regras de substituição tributária interestadual. Frisou 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](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.

O autuado, por sua vez, contesta este entendimento frisando que o produto por ele comercializado 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 compõem 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 ICMS 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. 23 do PAF, para embasar a tese que o enquadramento correto da mercadoria é nas posições 1601 e 1602, constante do Capítulo 16, da NBM/SH, e que o mesmo não se apresenta no formato de pizza. Transcreveu na impugnação as notas correspondentes, constantes da nomenclatura brasileira de mercadorias – sistema harmonizado.

Da análise desse confronto de entendimentos observo que o Protocolo ICMS 50/05, do qual o Estado da Bahia é signatário, faz referência genérica, no item I, da cláusula primeira, ao enquadramento da massa alimentícia – NBM/SH 1902.1, no regime da substituição tributária. Aderindo a Bahia ao citado acordo interestadual, incorpora em sua legislação interna as regras do regime instituído, no sentido de dar uniformidade à tributação, conforme se encontra expresso no § 2º, da citada cláusula.

Da leitura da norma interna, incorporada ao RICMS/Ba, positivada no art. 353, in. II, item 11.4, subitem 11.4.1, percebe-se que as preparações à base de farinha de trigo sujeitas ao regime da ST, listadas são as seguintes: macarrão, talharim, espagete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, **nem recheadas**, nem preparadas de outro modo - NCM 1902.1.

Extraí-se da leitura da norma em referência que não se encontram submetidas ao regime da antecipação as massas recheadas, derivadas de farinha de trigo. Sendo o Kalzone, na própria definição trazida pelo autuante, uma pizza recheada que 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, pela definição da norma de incidência estaria fora do regime da ST.

Neste caso prevalece o princípio da tipicidade tributária, que sujeita à norma de exceção, no caso ao regime da antecipação do ICMS, os produtos expressamente listados na norma de incidência.

Em face ao exposto do voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **124157.0703/09-9**, lavrado contra **KALZONE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2011.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA