

A.I. Nº - 225080.0016/09-2
AUTUADO - EMPÓRIO CHIAPPETTA LTDA.
AUTUANTE - LUCIDALVA ROCHA VIANA DE JESUS
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 06/05/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0095-03/10

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PREPARADOS ALIMENTÍCIOS EM PÓ PARA A FABRICAÇÃO DE SORVETES. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Embora os preparados para fabricação de sorvete em máquina estejam contemplados na cláusula primeira do Protocolo ICMS 20/05, a parte final da referida cláusula ressalva que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto diz respeito às subseqüentes saídas a serem realizadas por “estabelecimento atacadista ou varejista”. No caso em exame o autuado é inscrito como fabricante de sorvetes e outros gelados comestíveis. A previsão do acordo interestadual encontra ressonância na legislação interna deste Estado, pois, nos termos do inciso III do art. 355 do RICMS, não se faz a retenção do imposto quando a mercadoria se destina a estabelecimento industrial para utilização como insumo. Não há portanto previsão legal para que se atribua ao autuado a obrigação pela retenção do imposto na situação em exame. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 24/8/09, diz respeito à falta de retenção de ICMS pelo autuado, na condição de sujeito passivo por substituição, estabelecido no Estado de São Paulo, na venda realizada para contribuinte localizado na Bahia. Imposto lançado: R\$ 22.311,48. Multa: 60%.

O autuado apresentou defesa alegando que a operação não se inclui na sujeição passiva por substituição porque o destinatário das mercadorias é inscrito na atividade de fabricação de sorvetes e outros gelados comestíveis, CNAE 10.53-8-00, e os insumos vendidos – preparados alimentícios em pó para a fabricação de sorvetes – são destinados a integração no processo de industrialização do destinatário, que por sua vez será responsável pelo pagamento do imposto devido por substituição em relação aos sorvetes fabricados com os referidos insumos. Frisa que na legislação de São Paulo não se aplica a substituição tributária, por exemplo, na saída de mercadoria com destino a industrialização. Transcreve o entendimento manifestado em consultas ao fisco paulista. Transcreve também pareceres decorrentes de consultas ao órgão do fisco da Bahia, a GERSU. Argumenta que o Protocolo ICMS 20/05 é claro ao determinar que a aplicação da substituição tributária alcança a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às saídas subseqüentes realizadas por estabelecimento atacadista ou varejista, não havendo qualquer previsão de substituição em relação a estabelecimento industrial. Transcreve o art. 355 do RICMS da Bahia. Conclui observando que os produtos em questão, preparados alimentícios em pó para a fabricação de sorvetes, classificados nas posições 2106.90.29 ou 2106.90.90 da NCM, não se prestam para o consumo sem antes sofrer os processos de industrialização, inclusive com a adição de outros insumos, de modo que não se pode fazer leitura apressada da disposição sem interpretação mais sistêmica e integrada. Pede que se decida pela extinção do Auto de Infração.

A auditora responsável pelo lançamento prestou informação salientando que o Auto de Infração foi lavrado obedecendo aos moldes legais. Confirma que se trata de preparado (pó) para fabricação de sorvetes. A seu ver o Protocolo 20/05 foi interpretado de forma equivocada pelo autuado. Pondera a autuante que os critérios a serem observados para determinação da substituição tributária são de que o produto esteja classificado no código da NBM/SH e que também esteja “alcançado” pela descrição contida no mesmo subitem. Considera não ser necessário que haja a citação literal do produto na descrição, mas esta deverá ser suficiente para alcançar a mercadoria, e, cumpridas as duas condições, ocorrerá a substituição. Entende que, da leitura do referido protocolo, se depreende ter ele alcance sobre os pós ou preparados, por compreender, em sua descrição, aqueles utilizados na preparação final dos sorvetes. De acordo com o seu entendimento, os preparados para fabricação de sorvete em máquina são produtos já acabados, por já terem açúcar, cor e sabor, e, colocados em máquinas próprias e adicionados com água ou leite, viram o sorvete para consumo imediato, conhecido como “bolas”, sorvete expresso, “soft” ou do tipo italiano. Considera que se trata de um meio de facilitar o transporte, pois o sorvete já preparado, além de dificultar a armazenagem, é perecível. Com relação ao convênio [protocolo], observa que ele foi assinado entre o Estado da Bahia e o Estado de São Paulo. Copiou trecho do aludido Protocolo, grifando a expressão “com sorvetes de qualquer espécie e com preparados para fabricação de sorvetes em máquina”. Considera que o texto é bem claro, e frisa que o produto em questão consiste em “preparados para fabricação de sorvetes”. Chama a atenção para a regra da cláusula quarta do mesmo protocolo. Quanto ao argumento da defesa de que o Estado da Bahia já emitiu parecer e se pronunciou a respeito do assunto, a auditora contrapõe que o autuado se esqueceu de verificar o mais importante relativo ao assunto, que vem a ser o parecer cujo número indica. Juntou cópia. Aduz que o imposto foi exigido antecipadamente porque o autuado realiza operação de saída do produto utilizado como preparado na fabricação de sorvete em máquinas, classificado na posição 2106.90 da NBM/SH, ficando dessa forma responsável pelo recolhimento do imposto relativo às operações de saída das mercadorias, que são pós ou preparados para sorvete. Assinala que não haverá “imposto repetido” porque as operações subseqüentes ficarão dispensadas do tributo. Transcreve o art. 353, inciso II, item 8.1, do RICMS. Diz manter a exigência do imposto.

Dada ciência do teor da informação ao sujeito passivo, este se manifestou dizendo que a autuante parece continuar confundindo conceitos, crendo que a substituição tributária se aplica a produtos, e não a operações. Diz que a autuante atribuiu à defesa afirmações que não foram feitas na impugnação. Reitera que se trata de venda de matéria-prima. Argumenta que não há previsão no Regulamento, nem no convênio [protocolo], para substituição do fabricante na aquisição de insumos. Ao contrário, há expressa disposição da não-incidência, no art. 355, III, do RICMS. Frisa que: a) o protocolo se refere à retenção do ICMS devido nas subseqüentes saídas apenas quando estas forem “realizadas por estabelecimento atacadista ou varejista”; b) o parecer juntado pela autuante versa sobre a “hipótese de vendas de seus produtos a consumidor final”; c) o art. 353 do RICMS citado pela autuante não tem aplicação neste caso porque sua previsão é para quando se tratar de “saídas internas”. Renova o pedido de improcedência da autuação.

VOTO

Foi lançado ICMS por não ter o autuado efetuado a retenção de ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, estabelecido no Estado de São Paulo, na venda de mercadoria para contribuinte localizado na Bahia.

Trata-se de operação com preparados alimentícios em pó para a fabricação de sorvetes. Embora esse tipo de mercadoria esteja contemplado na cláusula primeira do Protocolo ICMS 20/05, a autuante deixou de atentar para a parte final da referida cláusula. Com efeito, ao prestar a informação, a autuante transcreveu a cláusula do protocolo, grifando que cuida das operações interestaduais “com sorvetes de qualquer fabricação de sorvete em máquina”, porém não deu o mesmo desta

apreço, segundo a qual a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto diz respeito às subseqüentes saídas a serem realizadas por “estabelecimento atacadista ou varejista”.

A defesa juntou às fls. 61 e 62 extratos do cadastro do destinatário das mercadorias provando que ele é inscrito como fabricante de sorvetes e outros gelados comestíveis.

Cumpra notar que o protocolo prevê a retenção do imposto é unicamente quando os preparados em questão se destinam a “estabelecimento atacadista ou varejista”. É ocioso dizer que se o destinatário é indústria não há previsão para a retenção do imposto.

A autuante, na informação, chama a atenção para a cláusula quarta do mencionado protocolo, segundo a qual os Estados signatários devem dar às operações internas o mesmo tratamento previsto naquele acordo.

Pois foi exatamente o que fez a Bahia: o inciso III do art. 355 do RICMS prescreve que não se fará a retenção do imposto quando a mercadoria se destinar a estabelecimento industrial para utilização como insumo.

A nobre autuante anexou cópia do Parecer nº 14133/07 da GECOT/DITRI. Deve-se observar que a consulta formulada pelo consulente naquele caso foi no sentido de ser esclarecido se, na hipótese de vendas dos seus produtos “a consumidor final” haveria ICMS a recolher.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **225080.0016/09-2**, lavrado contra **EMPÓRIO CHIAPPETTA LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – JULGADORA