

PROCESSO - A. I. Nº 210765.1967/16-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MEC 3 DO BRASIL PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4º JJJ nº 0135-04/17
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 16/05/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0075-12/18

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. VENDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA À CONTRIBUINTE DESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. As mercadorias objeto da autuação só estão enquadradas no regime de substituição tributária, quando destinadas para preparo de sorvetes em máquinas, atribuindo-se ao sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do respectivo imposto, nos termos do Protocolo ICMS 20/2005. Não restou comprovado nos autos que as mercadorias foram adquiridas para uso em máquina de sorvete tipo “soft”, não cabendo, assim, a substituição tributária. Não há, portanto, previsão legal para que se atribua ao autuado a obrigação pela retenção do imposto na situação em exame. Mantida a Decisão de 1ª instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto na decisão proferida pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11. O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 04/12/2016, e reclama o valor de R\$127.974,76, acrescido da multa de 60%, com a seguinte acusação: *“Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, no sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizado no Estado da Bahia.”*

Consta na Descrição dos Fatos que: *“Refere-se a mercadorias(preparados para sorvete) acobertadas pelo DANFE 12940, emitido pela empresa MEC 3 do Brasil Produtos Alimentícios Ltda, sujeito passivo por substituição (Protocolo ICMS 20/05 e alterações) destinadas para comercialização a contribuinte neste estado sem retenção do ICMS e devido recolhimento”*.

O colegiado da 4ª JJF, em deliberação unânime, ao decidir a lide administrativa, proferiu o voto a seguir transcrito:

VOTO

O presente Auto de Infração modelo 4 foi lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias para exigir ICMS sob a acusação: Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, no sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizado no Estado da Bahia .

Consta na descrição dos fatos que: “ Refere-se a mercadorias(preparados para sorvete) acobertadas pelo DANFE 12940, emitido pela empresa MEC 3 do Brasil Produtos Alimentícios Ltda, sujeito passivo por substituição (Protocolo ICMS 20/05 e alterações) destinadas para comercialização a contribuinte neste estado sem retenção do ICMS e devido recolhimento”.

Em sua defesa, o autuado afirma que as mercadorias constantes na nota fiscal eletrônica nº 12940, objeto da

lide estão classificadas na NCMs nº 21.06. 90.29 e 21.06.90.90, sendo os produtos em pó vendido em embalagem 1Kg a 3 Kg e o produtos em pasta vendidos em embalagens de 2,1kg a 6kg. da NBM/SH, e não são destinadas a processo instantâneo de transformação em máquinas de sorvete do tipo “soft”. Faz alusão aos processos de consultas emitidos pela GECOT nºs 12.272/2013 e 05.285/2012, que orientam no sentido da necessidade de enquadramento cumulativo em ambos os critérios (NCM e descrição) para fins de aplicação do regime de ICMS/ST.

Inicialmente ressalto que meu entendimento, e inclusive deste Colegiado, alinha-se à aquele exarado nos Pareceres citados pelo autuado .

Precisamente: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PROTOCOLO ICMS 20/05. Para fins de sujeição da mercadoria ao regime de substituição tributária disciplinado no referido acordo interestadual deve ser considerada tanto a descrição contida na norma, como a classificação fiscal (NCM) ali indicada.

Partindo deste entendimento, verifico que os produtos objeto da acusação acobertados através da nota fiscal nº 12940, fl. 07, oriunda do Estado de São Paulo, possuem as NCMs nº 21.06. 90.29 e 21.06.90.90.

As operações interestaduais com essas mercadorias, realizadas entre os Estados da Bahia, de São Paulo e de Minas Gerais, são disciplinadas pelo Protocolo ICMS 20/05. A seguir, transcrevo o disposto na cláusula primeira desse citado Protocolo:

Cláusula primeira *Nas operações interestaduais com sorvetes de qualquer espécie e com preparados para fabricação de sorvete em máquina, realizadas entre estabelecimentos localizados em seus territórios, fica atribuída ao estabelecimento industrial ou importador, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nos termos e condições deste protocolo, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido pelas subseqüentes saídas, realizadas por estabelecimento atacadista ou varejista.*

§ 1º O disposto nesta cláusula aplica-se:

[...]

II - aos preparados para fabricação de sorvete em máquina, classificados nas posições 1806, 1901 e 2106 da NCM/SH.

A legislação do Estado da Bahia, aponta no Anexo I do RICMS/12, subitem 15.2 os preparados para fabricação de sorvete em máquina – NCM/SH 1806, 1901 e 2106, portanto, estão no regime de substituição tributária apenas os produtos que forem destinados à utilização em máquinas de fabricação de sorvetes.

No caso em tela, de acordo com as cópias de embalagens dos produtos, anexadas às fls. 79 a 87 trata-se de matérias primas destinadas à fabricação de sorvetes artesanais não ficando comprovado que os citados produtos eram para a fabricação de sorvetes em máquinas, como expressamente exige a legislação acima transcrita. Ressalto que o próprio autuante reconhece o equívoco e opina pela Improcedência do lançamento.

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

Conforme ressaltado acima em razão do valor desonerado pela decisão de 1ª instância ter sido superior a 100.000,00 (cem mil reais), o julgador da JJF submeteu a sua decisão ao reexame necessário dessa instância recursal.

VOTO

O contribuinte na fase de defesa discorreu que opera no ramo de fabricação de produtos alimentícios e tem por objeto social, entre outros, a “importação, exportação e comercialização de produtos e matéria prima para gelaterias, sorveterias, confeitarias e lojas de doces”. Afirmou ainda que em 29.11.2016, emitiu a Nota Fiscal Eletrônica nº 12940, relativa à venda interestadual de pós e pastas para a produção de sorvetes artesanais para a empresa PALLINA GELATERIA LTDA – ME (“PALLINA”), CNPJ nº 24.456.562/0001-02, Inscrição Estadual nº 131482047, estabelecida na Avenida Praia de Itapoan, nº 805 – Vilas do Atlântico, CEP nº 42.700-000, Lauro de Freitas, Estado da Bahia. Que os referidos produtos são classificados sob os NCMs 21.06.90.29 (pós) e 21.06.90.90 (pastas), e comercializado em pó em embalagens de 1kg a 3kg e em pasta, em embalagens de 2,1 kg a 6 kg. Em 04.12.2016, a fiscalização de barreira da SEFAZ/BA (POSTO FISCAL BENITO GAMA), apreendeu as referidas mercadorias e lavrou o auto de infração ora impugnado, com a acusação de ter deixado a empresa remetente de efetuar a retenção do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária em relação à referida operação.

Asseverou a defendente que a exigência fiscal carece de respaldo legal, impondo-se o

cancelamento do auto de infração. Disse que a submissão de determinada mercadoria ao regime de substituição tributária do ICMS (ICMS/ST) depende da edição de ato específico nesse sentido e que, em regra, os Estados têm adotado o procedimento de submeter determinados produtos ao regime de ICMS/ST mediante (I) a descrição do produto e (II) a indicação dos respectivos códigos NCM.

Afirmou que esse procedimento tem, entretanto, gerado algumas dúvidas quanto à submissão ou não da mercadoria ao ICMS/ST nos casos de enquadramento do produto no NCM indicado, mas não na descrição do respectivo produto. Em tais casos, os Estados, em regra, têm orientado os contribuintes no sentido da necessidade de enquadramento cumulativo em ambos os critérios (NCM e descrição), para fins de aplicação do regime de ICMS/ST.

Acrescentou em seguida que no Estado da Bahia, a Gerência de Consulta e Orientação Tributária - GECOT, da Secretaria de Fazenda do Estado - SEFAZ/BA, que é responsável pelas respostas a consultas tributárias e fiscais e pela orientação de servidores e contribuintes quanto à aplicação da legislação tributária e fiscal, em diversos pareceres, firmou entendimento nesse sentido, conforme pareceres que indicou na peça defensiva, de nºs 12.272/2013 e 05.285/2012. Aduziu que a referida orientação pode ser também encontrada na própria página da SEFAZ/BA (www.sefaz.ba.gov.br), na seção de “perguntas e respostas” acerca da Substituição Tributária, e transcreveu o seguinte trecho:

“3. Qual a importância da classificação fiscal da mercadoria e da descrição?

Quando nas linhas do anexo 1 constam tanto a descrição da mercadoria e a classificação fiscal (NCM), ambos devem ser observados. Considera-se a mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, quando a sua NCM e a sua descrição coincidirem com a NCM e a descrição constante do anexo 1 do RICMS/2012”. (grifamos).”

Conclui, ainda que o código de classificação fiscal de determinada mercadoria esteja elencado dentre as hipóteses sujeitas ao ICMS/ST, exige-se que esta mercadoria também se enquadre na descrição do produto contida no regulamento, sob pena de inaplicabilidade do referido regime de tributação.

Pontuou que no caso em tela, os produtos enviados à PALLINA não se enquadram na descrição contida no item 15 do Anexo 1 do RICMS/BA, não sendo devida, portanto, a retenção de ICMS pelo regime de substituição tributária por antecipação.

Explicou também que de acordo com o art. 289 do RICMS/BA, as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação encontram-se elencadas no Anexo 1 do referido regulamento que prevê o enquadramento de “*sorvetes e preparados para fabricação de sorvetes em máquinas*”, na forma do Anexo 1 do mesmo.

Disse que diante das regras acima, a questão que se coloca é se os produtos comercializados pela MEC3, quais sejam, pós (NCMs nº 21.06.90.29) e pastas (NCM nº 21.06.90.90) utilizados na produção de sorvetes artesanais, embora classificados sob a NCM nº 2106, podem ou não ser caracterizados como “*preparados para fabricação de sorvete em máquina*”. Que de acordo com Pareceres da Gerência de Consulta e Orientação Tributária (GECOT), da SEFAZ/BA, entende-se como “sorvete em máquina” o sorvete *soft*, sorvete instantâneo, sorvete italiano, ou, ainda, sorvete expresso, não sujeito a processo industrial prévio, conforme trecho de Pareceres emitidos pela GECOT sobre o tema.

Esclareceu que as embalagens das mercadorias comercializadas pela MEC3 à PALLINA trazem claramente a informação de que os produtos são destinados à fabricação de *sorvetes artesanais*. Portanto, os referidos produtos não poderiam ser caracterizados como “*preparados para fabricação de sorvete em máquina*”.

A título exemplificativo, transcreveu as informações contidas nas embalagens de alguns dos produtos que foram objeto da atuação ora contestada. Acrescentou que a embalagem do produto “Base ‘G’ Creme” apresenta uma sugestão de preparo que evidencia que tal produto é matéria-

prima para a produção de sorvetes artesanais, não se confundindo com os produtos prontos utilizados no preparo de sorvetes em máquina que se submetem à regra de substituição tributária.

Reiterou que as mercadorias comercializadas pela MEC3 são destinadas à produção de sorvetes artesanais, distinguindo-se, portanto, daquelas mercadorias voltadas à produção de sorvetes em máquina. Assim, os produtos comercializados pela autuada não se encontram submetidos ao regime de substituição tributária por antecipação previsto no art. 289 do RICMS/BA, pois, embora classificados sob a NCM 2106, não podem ser caracterizados como “**preparados para fabricação de sorvete em máquina**”, na forma prevista no Protocolo ICMS 20/05 e no Anexo 1 do RICMS/BA, já que destinavam-se à produção de sorvetes artesanais.

O agente fiscal designado a prestar a Informação Fiscal, anexada à fl. 93 dos autos, explicitou que tendo em vista argumentação e os documentos juntados na peça de defesa, foi comprovado que os produtos objeto da autuação não se destinavam ao processo instantâneo de transformação em máquinas tipo "soft", assim como o contido no Parecer 12083-2009 da GECOT anexado às fl. 76.

Ao finalizar a peça informativa opinou pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Da análise dos fatos expostos é de se concluir que a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal não merece reparos. Observo a partir das cópias de embalagens dos produtos, anexadas às fls. 79 a 87 que os produtos objeto da exigência fiscal no trânsito de mercadorias são matérias primas destinadas à fabricação de sorvetes artesanais. Os citados produtos não se destinam à fabricação de sorvetes em máquinas, como expressamente exige a legislação contida no Protocolo ICMS 20/05 e no Anexo I, do RICMS/12. A legislação citada que rege a substituição tributária impõem que estejam presentes, de forma cumulativa, o enquadramento do produto na NCM e a destinação dada ao mesmo pelos contribuintes envolvidos na operação. Importante registrar mais uma vez que o agente de tributos que prestou a informação fiscal (doc. fl. 93), reconheceu o equívoco do lançamento e opinou pela Improcedência do Auto de Infração.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210765.1967/16-8** lavrado contra **MEC 3 DO BRASIL PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de março de 2018.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

LEONARDO MOTA COSTA RODRIGUES – REPR. DA PGE/PROFIS