

N.F. N° - 232278.0922/18-3
NOTIFICADO - AROMITALIA DO BRASIL LTDA
NOTIFICANTE - OSMÁRIO DA SILVA MENDONÇA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 09.02.2021

6^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0014-06/21NF-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. VENDA PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NO ESTADO. Demonstrado nos autos que os produtos do DANFE de nº. 53.315 descritos na classificação da NCM sob o Código 2106.90, do Protocolo ICMS 20/05, como "preparados para fabricação de sorvete em máquina", não se caracterizam como preparações homogeneizadas. Neste caso são insumos, utilizados como matéria-prima para a fabricação de tipos diversos de sorvete, não estando portanto sob a égide do regime de substituição tributária previsto no Anexo 1 do RICMS/BA/12. Instância única. Notificação Fiscal **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 06/09/2018, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$15.008,32, mais multa de 60%, equivalente a R\$9.004,99, perfazendo um total de R\$24.013,31, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 55.25.03: Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia

Enquadramento Legal: Art. 10 da Lei 7.014/96 c/c cláusulas primeira, e segunda do Protocolo ICMS 20/05. Multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei 7.014/96.

Na peça acusatória o Notificante descreve os fatos que se trata de:

“Em data, hora e local, no exercício das minhas funções fiscalizadoras constatamos as seguintes irregularidades: Falta de retenção do ICMS, por parte do remetente, em favor do destinatário Prot. ICMS 20/05, constante no DANFE nº. 53315, lançamento referente ao TFD de nº. 1805903370, lavrado para a TRANSPORTADORA MANN EIRELI, Inscrição Estadual de nº. 057.889.986 .”

Anexo aos autos encontram-se, dentre outros, os seguintes documentos: o Demonstrativo de Débito (fl. 02); o Termo de Fiel Depositário - TFD de nº. 1805903370 (fl. 03); o documento do motorista (fl.04); o Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico – DACTE de nº. 334220, (fl. 06); o DANFE de nº. 53.315 (fl. 06), emitido na data de 28/08/2018, contendo as mercadorias de NCMS 2106.90.90, 1805.00.00 e 2106.90.90, proveniente do Estado de Santa Catarina para o destinatário “CREMA COMÉRCIO VAREJISTA DE ALIMENTOS LTDA-ME”.

Através de memória de cálculo, o Notificante demonstra a metodologia aplicada para o cálculo do imposto devido (fls. 07).

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de representante manifestando impugnação, onde a peça de defesa consta apensada aos autos (fls. 14 a 18), e documentação comprobatória às folhas 19 a 45, protocolizada na IFMT METRO/COORD. ATEND na data de 16/10/2018.

Em seu arrazoado, no FUNDAMENTO DE SUA DEFESA, a Notificada alega ser empresa de fabricação, produção, comércio, importação e exportação de matérias primas do ramo

alimentício, conforme demonstra seu objeto social, mais especificamente, atua no processamento de matéria prima para fabricação de sorvetes e afins.

Enfatiza que a Notificada NÃO FABRICA sorvetes propriamente dito, tampouco preparado para sorvete em máquinas, mas tão somente FABRICA MATÉRIA PRIMA QUE COMPÕEM a fabricação de sorvetes e demais produtos, embora estes produtos possuam a mesma classificação fiscal, NCM 2106.90, eles isoladamente não são suficientes para a preparação de sorvetes.

Explana que é importante justificar essa situação, eis que os produtos em trânsito vinculados à nota fiscal de nº. 53.315 (DANFE) não eram produtos prontos destinados ao consumo final ou preparados para sorvete em máquina, mas sim, produtos que ainda seriam utilizados adicionados aos outros tipos de produtos para fabricação de sorvetes, milk-shakes, sobremesas, etc.

Discorre que identificar a DESTINAÇÃO do produto em trânsito é fundamental para avaliação das condições de substituição tributária, uma vez que de acordo com a cláusula sétima e parágrafo primeiro do Convênio 52/2017 para que a mercadoria fique sujeita a substituição tributária não pode ser avaliada exclusivamente a NCM da mesma, deve-se levar em consideração também o segmento e a descrição da mercadoria.

Cláusula sétima Os bens e mercadorias passíveis de sujeição ao regime de substituição tributária são os identificados nos Anexos II ao XXVI, de acordo com o segmento em que se enquadrem, contendo a sua descrição, a classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul baseada no Sistema Harmonizado (NCM/SH) e um CEST.

§ 1º Na hipótese de a descrição do item não reproduzir a correspondente descrição do código ou posição utilizada na NCM/SH, o regime de substituição tributária em relação às operações subsequentes será aplicável somente aos bens e mercadorias identificadas nos termos da descrição contida neste convênio.

Acrescenta, avocando o Anexo XXII do Convênio 52/2017 que estão sujeitos a substituição tributária os sorvetes de qualquer espécie NCM 2105.00 (CEST 23.001.00) e os preparados para a fabricação de sorvete em máquina NCMS de nºs. 1806, 1901 e 2106 (CEST 23.002.00).

Grifa que conforme afirmado anteriormente a Notificada não vende sorvete e muito menos preparado para fabricação de sorvete em máquina, mas tão somente produtos alimentícios utilizados como matéria prima na fabricação de sorvete, apresentando consulta, sobre a matéria, realizada pela Notificada à Comissão Permanente de Assuntos Tributários vinculada à Secretaria da Fazenda do Estado de Santa Catarina.

Finaliza requerendo o cancelamento da presente notificação, bem como o cancelamento do respectivo débito gerado no montante de R\$24.013,31.

Verificado não haver informação fiscal. Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído. É o relatório.

VOTO

A Notificação Fiscal nº. 2322780922/18-3, lavrada em 06/09/2018, exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$15.008,32, mais multa de 60%, equivalente a R\$9.004,99, perfazendo um total de R\$24.013,31, em decorrência do cometimento da infração 55.25.03 de deixar de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia

O *enquadramento legal* utilizado baseou-se no art. 10 da Lei 7.014/96 c/c cláusulas primeira, terceira e quarta dos Protocolos ICMS 20/05 *mais a multa tipificada* no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei 7.014/96.

A presente Notificação Fiscal resultou de uma ação de fiscalização realizada por Agente Fiscal do POSTO FISCAL HONORATO VIANA, através da abordagem de veículo da TRANSPORTE MANN EIRELI (fl. 03), que transportava as mercadorias de NCMS 2106.90.90, 1805.00.00 e 2106.90.90, contidas no DANFE de nº 53.315 (fl. 06), emitido na data de 28/08/2018 contendo as mercadorias de, proveniente do Estado de Santa Catarina para o destinatário “CREMA COMÉRCIO VAREJISTA DE ALIMENTOS LTDA-ME”.

Verifiquei através do Sistema da Secretaria da Fazenda de Informações do Contribuinte - INC que a Empresa AROMITALIA DO BRASIL LTDA não está inscrita como SUBSTITUTO/RESPONSÁVEL ICMS DESTINO.

Em sua defesa, de forma concisa, a Notificada alega que os produtos constantes no DANFE de nº. 53.315 que possuem os NCM's 1805.00.00 e 2106.90.90 não são produtos prontos destinados ao consumo final ou preparados para sorvete em máquina, mas sim, produtos que ainda seriam utilizados adicionados a outros tipos de produtos para fabricação de sorvetes, milk-shakes, sobremesas, etc. Acrescenta, conforme o Convênio 52/2017, que os produtos sujeitos à substituição tributária são os sorvetes de qualquer espécie NCM 2105.00 (CEST 23.001.00) e os preparados para a fabricação de sorvete em máquina NCM's de nºs. 1806, 1901 e 2106 (CEST 23.002.00), neste sentido, ressalta que a Notificada não vende sorvete e muito menos preparado para fabricação de sorvete em máquina, mas tão somente produtos alimentícios utilizados como matéria prima na fabricação de sorvete.

Em relação aos bens e mercadorias passíveis de sujeição ao regime de Substituição Tributária ou Antecipação Total estes são os identificados, atualmente, nos Anexos II ao XXVI, do Convênio de nº.142/18, de acordo com o segmento em que se enquadrem, contendo a sua descrição, a classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul baseada no Sistema Harmonizado (NCM/SH) e um Código Especificador da Substituição Tributária - CEST. No entanto, os produtos que estão na Substituição ou Antecipação Tributária, no Estado da Bahia, constam no Anexo 1 do RICMS/BA/12, aprovado pelo Decreto Estadual nº 13.780/12. Confrontando os NCMS 2106.90.90, e 1805.00.00 e neste Anexo vigente para o ano de 2018 tem-se que este se inclui neste regime somente os NCMS de nºs. 2106.90.90 e 1805.00.00

Por conseguinte, os produtos de NCMS 2106.90.90 estão descritos no Anexo 1 do RICMS/BA/12 como “Preparados para fabricação de sorvete em máquina” regidos pelo Protocolo ICMS 20/05 tendo o Estado de Santa Catarina signatário deste instrumento.

O mencionado Protocolo 20/05 assim determina expressamente em sua Cláusula primeira e § 1º, ao disciplinar a matéria em comento:

"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 subsequentes saídas, realizadas por estabelecimento atacadista ou varejista.

§ 1º O disposto nesta cláusula aplica-se:

I - aos sorvetes de qualquer espécie, inclusive sanduíches de sorvetes, classificados na posição 2105.00 da NCM;

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

Observe-se, portanto, da leitura dos incisos I e II acima transcritos, que para fins de sujeição da mercadoria ao regime de substituição tributária disciplinado no Protocolo 20/05, deve ser considerada tanto a descrição contida na norma, como a classificação fiscal (NCM) ali indicada. Dessa forma, ainda que a mercadoria pertença ao mesmo grupo geral da NCM, se a descrição do produto não coincidir com aquela indicada pelo legislador não será aplicável o referido regime de tributação.

Com efeito, necessário se faz distinguir os produtos descritos como "preparados para fabricação de sorvete em máquina", classificados na NCM sob o código 2106.90, dos insumos utilizados como matéria-prima para a fabricação de tipos diversos de sorvete.

Os preparados destinados à fabricação de sorvetes em máquina, constantes do referido Protocolo, caracterizam-se como preparações homogeneizadas, específicas para os sorvetes de consumo imediato, sorvetes pré-preparados do tipo "sorvete italiano" ou "sorvete em massa", conhecidos no mercado como "sorvetes soft". Estas preparações não dependem de um processo industrial para se transformarem em sorvete, pois estão prontas para comercialização após um simples processo de congelamento em equipamento apropriado.

Os produtos fornecidos pela Notificada à empresa CREMA COMÉRCIO VAEJISTA DE ALIMENTOS LTDA-ME, localizados na posição NCM sob o código 2106.90 possuem a descrição de "CREME DE PISTACHE DIAMANTE SICILIANO e MESCLADO STRACCIATELLA MEIO AMARGO", saborizantes destinados à utilização em processo de fabricação de sorvetes, bolos, tortas, considerados produtos para confetagem e outros, não alcançados pelo regime de substituição tributária previsto no Protocolo 20/05.

Tem-se que o Notificante acusa a Notificada de esta ter deixado de proceder retenção de ICMS, relativo às mercadorias contidas no DANFE de nº 53.315, e o seu consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, de mercadorias adquiridas ao amparo do Protocolo ICMS 20/05, com enquadramento no art. 10 da Lei nº 7.014/96, c/c cláusulas primeira e segunda do citado protocolo.

Observo que, a lide resulta no entendimento das mercadorias acima, objeto da notificação, estarem enquadradas na lista do Anexo Único do Protocolo ICMS 20/05, vigente à época do fato gerador, cujos Estados de origem das mercadorias adquiridas e a Bahia são signatários.

Neste deslindar, de tudo que foi dito, observo que o Notificante, em sua planilha de cálculo à folha 07, equivocadamente estabeleceu-se para a composição do débito de R\$15.008,32, sob a Base de Cálculo de R\$87.483,00, os regimes de substituição tributária não devido aos produtos sob o código 2106.90, descritos como "CREME DE PISTACHE DIAMANTE SICILIANO" auferindo-lhe MVA de 401, 07%, e o produto "MESCLADO STRACCIATELLA MEIO AMARGO" auferindo-lhe MVA de 385,41%, mesclando-os com o produto pertencente ao regime de antecipação parcial "CHOCOLATE HOLANDES" NCM de nº 1805.00.00, calculando sobre este a tipicidade deste regime à alíquota de 18%.

Isto posto, conforme se depreende da leitura do conjunto de normas acima, a ação fiscal realizada, que resultou na lavratura da presente Notificação Fiscal, não expressou fielmente a aplicação do conteúdo destas normas. Destarte, voto pela IMPROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância única julgar **IMPROCEDENTE**, a Notificação Fiscal nº 232278.0922/18-3 lavrada contra **AROMITALIA DO BRASIL LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de janeiro de 2021

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR

*ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL - (CONSEF)*