

A. I. Nº - 441453.1201/09-8  
AUTUADO - KERRY DO BRASIL LTDA.  
AUTUANTE - RITA DE CÁSSIA DE CARVALHO  
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL  
INTERNET - 19.11.2010

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACORDÃO JJF N° 0365-04/10

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Restou comprovado que os produtos objeto da operação não se enquadram na situação prevista na Cláusula Primeira do Protocolo ICMS 20/05 e não cabe a retenção do imposto por parte do remetente. Infração não caracterizada. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 22/12/09 para exigir ICMS no valor de R\$855,11, acrescido da multa de 60% referente à falta retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, de acordo com as cláusulas primeira, segunda e terceira do Prot. ICMS nº 20/05 e alterações posteriores.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 18/32), inicialmente discorre sobre a infração, transcreve as cláusulas do Prot. ICMS 20/05 indicadas no enquadramento e diz que não obstante a fiscalização entenda que as mercadorias classificadas nas posições 1806 e 2106 consignadas na nota fiscal 216090 sejam sujeitas ao regime de substituição tributária, ocorreu um equívoco pelo fato de que a indicação da NCM não é suficiente para caracterizar que estejam sujeitos ao ICMS-ST.

Admite que as mercadorias comercializadas são classificadas na posição 1806 e 2106, porém não sujeitas à antecipação do pagamento do imposto nos termos do citado Protocolo dos produtos:

- a) Granulados e confeitos: disponíveis em diversos sabores e cores. Usados para confeites;
- b) Emulsiber: Emulsificante pastoso para aplicação em sorvetes;
- c) Emulsificante T4: Emulsificante pré-ativado que propicia menor tempo;
- d) Siber pó: Saborizante em pó para sorvete base leite ou base água;
- e) Kerrycob, Premium, Confeitaria, Decoração e linha Siberskimo: Cobertura diversos sabores.

Afirma que pela descrição dos produtos indicados no documento fiscal objeto da autuação, não há qualquer indicação direta de que tais mercadorias se refiram à fabricação de sorvetes em máquina, conhecido como tipo soft, o que pode ser constatado em consulta ao site da empresa.

Informa que no seu site são indicados os produtos destinados especificamente à fabricação de sorvetes em máquinas, mas que prescindem da adição de outros componentes não fabricados por ele a exemplo do Siber soft pó que é uma mistura láctea com hidrocolóides e emulsificantes saborizada para preparo de sorvete tipo soft, disponível nos sabores chocolate e baunilha.

Conclui esta linha de raciocínio afirmando que os produtos comercializados não se submetem ao Prot. ICMS 20/05 e que houve cometimento de equívoco por parte do autuante, inclusive foi objeto de consulta e Pareceres 1.3287/07; 141/2001 e 12083/09 (fls. 65/66) na qual foi acatado seu posicionamento.

Em seguida discorre sobre os acordos tributários firmados no CONSEF e afirma que desde setembro/05 o Estado de São Paulo denunciou o Prot. 20/05 e não contribuinte localizado naquele Estado recolher o ICMS-ST ao Estad

Afirma que os produtos comercializados por ele não se enquadram como produtos submetidos ao regime de substituição tributária embora possam ser utilizados na fabricação de sorvetes mas não do tipo soft ou de máquina.

Esclarece que a Port. 379/99 da ANVISA define as características mínimas de qualidade a que devem obedecer os produtos gelados comestíveis preparados e demais insumos na preparação de sorvetes, cujos produtos consignados nas notas fiscais objeto da autuação não se enquadram nesta situação.

Diz que o Prot. ICMS 20/05 foi publicado em 11/07/05 na época da plena vigência da Port. 379/99, tendo na tributação do ICMS-ST sido utilizado o comando normativo do aludido instrumento técnico na tributação de sorvete e dos preparados para fabricação de sorvete em máquina.

Tece comentários sobre as hipóteses de incidência do ICMS e seus aspectos indispensáveis à sua tipificação (pessoal, temporal, espacial, material e quantitativo), ressaltando que o aspecto material implica na descrição da normal legal como suficiente para determinar o nascimento da obrigação tributária, o que não ocorreu na situação em questão. Requer a improcedência da autuação.

O autuante na sua informação fiscal às fls. 71/73, inicialmente discorre sobre a infração, afirma que a extensa defesa do autuado apresenta contradições quando afirma que existem produtos específicos utilizados para a fabricação de sorvete em máquina (tipo soft) mas de forma objetiva observa que o Prot. 20/05 direciona o regime de substituição tributária para os produtos preparados de sorvetes classificados com a NCM 1806, 1901 e 2106.

Diz que no momento da ação fiscal (Posto Fiscal) não tinha como saber se na classificação contida no citado Protocolo, os produtos se destinavam ou não a fabricação de sorvete em máquina, exceto aferir a atividade do destinatário que é de “Fabricação de sorvetes e outros gelados comestíveis”.

Ressalta que o art. 355, III do RICMS/BA, exclui da substituição tributária os produtos destinados a estabelecimento industrial quando utilizados como matéria-prima, além do Parecer 12083/09 que “declara que os produtos classificados nas posições 1806, 1901 e 2106 da NBM/SH não destinados a processo instantâneo de transformação em máquinas de sorvete tipo ‘soft’ não estão sujeitos a antecipação do imposto nos termos do Protocolo 20/2005”. Reconhece a improcedência da autuação.

## VOTO

O Auto de Infração acusa a falta de retenção e recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, de acordo com as regras estabelecidas no Prot. ICMS nº 20/05.

Na defesa apresentada o autuado alegou que o citado Protocolo dispõe sobre substituição tributária nas operações interestaduais com sorvetes de qualquer espécie e com preparados para fabricação de sorvete em máquina, mas os produtos que comercializa não se enquadram nesta situação, fato reconhecido pelo autuante.

Verifico que a Cláusula Primeira do Prot. ICMS 20/05 estabelece que:

Nas operações interestaduais com sorvetes de qualquer espécie e com preparados para fabricação de sorvete em máquina, realizada 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, cl. e 2106 da NCM/SH.

Verifico que os produtos consignados na nota fiscal 216090 (fl. 6) são: Cob p/taça chocolate/6.8; Cob. p/taça morango/6.8; siber pó chiclete/1-pó para sorvetes e siber pó prem torta de limão-pó sorvetes.

Pelo exposto, me coaduno com o entendimento exarado no Parecer 12083/2009 da GECOT/DITRI de que o Prot. 20/05 se aplica às operações interestaduais com sorvetes de qualquer espécie e com preparados para fabricação de sorvete em máquina e os produtos consignados na nota fiscal 216090 que foi objeto da autuação não são preparados para fabricação de sorvete em máquina (SOFT), não se enquadram na regra prevista na Cláusula Primeira do citado Protocolo ICMS. Portanto, improcedente a exigência fiscal.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 441453.1201/09-8, lavrado contra KERRY DO BRASIL LTDA.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/RELATOR

FERNANDO A. BRITO DE ARAÚJO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR