

A. I. N° - 232532.1251/12-7
AUTUADO - KERRY DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - EVANDRO CESAR CORDEIRO LISBOA
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 13.12.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0285-04/13

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 28/12/2012 para exigir ICMS no valor de R\$22.645,76, acrescido da multa de 60% referente à falta retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, de acordo com as cláusulas primeira, segunda e terceira do Prot. ICMS n° 20/05 e alterações posteriores.

O autuado ingressa com defesa, (fls. 30/41), inicialmente discorre sobre a infração, aduz que o produto comercializado pela defendente, denominado comercialmente KERRYLAC 250 – ARTESANAL/25 – ALIMENTO EM PÓ A BASE DE GLUCOSE E SORO P/BEBIDA, embora classificado no código NCM sob o n° 1901.90, não está sujeito à sistemática estabelecida pelo Protocolo ICMS 20/05, como aliás já declarou a própria administração fazendária do Estado da Bahia, logo improcede a acusação fiscal. Em preliminar argui a nulidade do Auto de Infração, haja vista que a matéria foi objeto de consulta com resposta favorável à empresa, declarando que os produtos classificados nas posições 1806, 1901 e 2106 da NBM/SH, não destinados a processo instantâneo de transformação em máquinas de sorvetes do tipo “soft” não estão sujeitos à antecipação do imposto nos termos do Protocolo ICMS 20/05. Transcreve a Consulta anteriormente formulada, cuja conclusão é a de que “considerando que a manifestação da GERSU confirma que a produção da consulente não é de sorvete de máquina, nem de preparações para sorvetes de máquina, podemos responder objetivamente, que a Consulente não se enquadra nas disposições do protocolo 20/05, estando correto seu entendimento de que os produtos classificados nas posições 1806, 1901 e 2106 da NBM/SH não destinados a processo instantâneo de transformação em máquinas de sorvetes do tipo “soft” não estão sujeitos à antecipação do imposto nos termos do citado Protocolo ICMS.” Desta forma, a resposta valida o procedimento do autuado de não aplicar a sistemática da substituição tributária às operações de saída sobre as quais versam a autuação que impugna. Lembra o princípio da segurança jurídica, norteador das relações entre a administração e os administrados, e tendo em vista a resposta à consulta, expedida de forma favorável à defendente, conclui que não resta dúvida de que deve ser declarada a nulidade total do Auto de Infração.

Reafirma, no mérito, que o Produto Kerrylac 250, artesanal/25 – alimento em pó à base de glucose e soro para bebida, classificado na NCM 19.01.9090, não é utilizado para fabricação de sorvete em máquina, portanto, não se sujeita à sistemática do Protocolo ICMS 20/05.

Traz a legislação de regência da substituição tributária, e analisa que o produto objeto da autuação é uma mistura em pó, de coloração branco/creme, obtido de processo de secagem

spray-dryer, indicado para uso em sorvetes, bebidas e produtos de panificação e confeitaria, e que poderá ser utilizado em outras aplicações conforme o caso. Ressalta que a linha de produtos industrializados pela defendente consiste em matérias-primas, ingredientes e insumos que, aplicados sempre em conjunto com outros ingredientes, destinam-se a integrar o processo de industrialização de sorvete pronto, e são classificados dentro das posições 1806, 1901 e 2106 da NCM. Esclarece que a classificação do referido produto na posição 1901 da NCM se justifica primeiro por tratar-se de produto obtido através de preparações químicas e, segundo, por não existir nas Notas Explicativas do Sistema Harmonizado de Designação e Codificação de Mercadorias (NESH – aprovada pela Instrução Normativa SRF 157/2002) outra numeração para enquadrar o referido produto. Consoante a documentação acostada aos autos, a empresa autuada não vende sorvete, mas tão somente produtos alimentícios usados como matéria-prima na fabricação de sorvete.

Salienta que a Secretaria de Fazenda do Estado de Minas Gerais, em resposta à Consulta nº 231/2006, concluiu que é considerado como preparado para fabricação de sorvetes em máquina “o produto acabado que, colocado em máquinas próprias é transformado em sorvete para consumo imediato, conhecido como sorvete expresso, “soft” ou do tipo italiano”.

Menciona o mesmo entendimento manifestado pelo Estado de Santa Catarina, e discorre que a classificação fiscal deve ser cumulada com a descrição do produto.

Por último não concorda com a multa aplicada, por entender que possui um caráter confiscatório. Pede a improcedência da autuação.

O autuante na sua informação fiscal às fls. 79/81, mantém a autuação, e esclarece 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 o produto também esteja alcançado pela descrição contida no mesmo subitem. Não é necessário que haja a citação literal do produto na descrição, mas esta deverá ser suficiente para alcançar a mercadoria. Cumprida as duas condições ocorrerá a substituição.

Aduz que os preparados para fabricação de sorvete em máquina são produtos já acabados (com açúcar, cor e sabor) que, colocados em máquinas próprias e adicionados com água ou leite, vira o sorvete para consumo imediato, conhecido como “bolas” sorvete expresso, “soft” ou do tipo italiano. Isto para facilitar o transporte, pois o sorvete já preparado, além de dificultar a armazenagem, é perecível.

Transcreve a Cláusula Primeira do Protocolo 20/05, e ressalta que o texto está bem claro quanto ao produto em questão, posto que trata-se de “preparados para fabricação de sorvete”.

Menciona o Parecer nº 14133/2007, datado de 19/11/2007, emanado pela SEFAZ, e que já pacificou o assunto. Lembra que o antigo RICMS, no art. 353, II, item 8.1, prevê a o regime de substituição tributária em casos tais.

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.

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 subseqüentes 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.

Constato que o produto objeto da autuação é Kerry/KERRYLAC 250, NCM19019090, consoante NF-e nº 15414, fl. 12 do PAF.

O Parecer Final de nº 14133 2007, de 19/11/2007, da GECOT/DITRI, mencionado pelo autuante obteve a resposta que consoante o Protocolo ICMS nº 20/05, nas operações com sorvete (NCM 2105.00) e com preparados para fabricação de sorvete em máquina (NCM 2106.90) que envolvam estabelecimentos localizados nos Estados signatários do Acordo, a saber, incide o ICMS Substituição Tributária.

Posteriormente, também foi emanado o Parecer 12083/2009 da GECOT/DITRI, no mesmo sentido, 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. Contudo, os produtos consignados na nota fiscal 15414, 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 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232532.1251/12-7**, lavrado contra **KERRY DO BRASIL LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO - JULGADOR