

PROCESSO	- A. I. Nº 298743.0003/17-3
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- MARTIN-BROWER COMÉRCIO, TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0009-01/18
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 17/09/2018

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0181-11/18**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Exigência sobre bebidas lácteas destinadas à fabricação de sorvetes em máquinas, classificadas em código NCM diferente dos previstos no Protocolo ICMS 20/05. A inclusão no regime de substituição tributária depende da correspondência da mercadoria com a descrição e a classificação na NCM estabelecidas no acordo interestadual. Excluída a responsabilidade de retenção pelo remetente das mercadorias. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Ofício contra a decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Improcedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2017, para exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$5.377.606,13, em decorrência de ter *deixado 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 contribuintes localizados no Estado da Bahia (Protocolo ICMS 20/05) (08.30.03)*, ocorrido nos meses de janeiro de 2013 a janeiro de 2015, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “e” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Após a devida instrução processual, a 1ª JJF decidiu, por unanimidade, pela Nulidade da autuação, conforme voto a seguir transcreto:

**VOTO**

*Incialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.*

*O presente Auto de Infração exige a retenção e o recolhimento do imposto nas saídas, oriundas de outras unidades da Federação, de bebidas lácteas destinadas à fabricação de sorvete. A responsabilidade pela retenção atribuída aos contribuintes localizados em outras unidades da Federação foi estabelecida pelo Protocolo ICMS 20/05.*

*Para ser considerado como incluído no regime de substituição tributária é necessário que haja correspondência da descrição da mercadoria objeto da autuação com a descrição e a classificação na NCM estabelecidas no acordo interestadual.*

*O inciso II do § 1º da cláusula primeira do Protocolo ICMS 20/05, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, estabeleceu a retenção nas saídas de preparados para fabricação de sorvete em máquina, classificados nas posições 1806, 1901 e 2106 da NCM/SH.*

*As mercadorias objeto da autuação, conforme documentos anexados pelo autuante fls. 32 a 34, tinham a denominação comercial de “bebidas lácteas UHT lactopro da marca Ourolac”. Não existe divergência entre o autuante e o autuado quanto ao destino da mercadoria objeto da autuação. As bebidas lácteas foram efetivamente utilizadas na fabricação de sorvetes em máquinas.*

*Não havendo dúvidas acerca do destino da mercadoria como preparações para sorvete, a discussão girou em torno da classificação na NCM, a fim de confirmar o enquadramento no universo delimitado pelo Protocolo ICMS 20/05, que atribuiria ao autuado a condição de responsável pela retenção do imposto nas saídas destinadas ao Estado da Bahia.*

*Acerca da discussão sobre o enquadramento da mercadoria objeto da autuação na NCM, as Soluções de*

Consulta nº 10/09 e nº 11/09, expedida pela Divisão de Administração Aduaneira da Secretaria da Receita Federal do Brasil, estabeleceu que “a mercadoria denominada “LactoPro M”, bebida láctea UHT saborizada, constituída de mistura de soro de leite, leite integral pasteurizado, água, açúcar, creme de leite pasteurizado, glicose de milho, estabilizantes e aroma idêntico ao natural de baunilha, classifica-se no código 2202.90.00 da NCM”, conforme documentos às fls. 240/241.

Por outro lado, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por maioria, deu provimento à apelação promovida pela Empresa Ourolac Indústria e Exportação LTDA para enquadrar a bebida láctea Lactopro M e Lactopro V na posição 0404 da NCM, revisando expressamente a classificação dada pela Receita federal nas soluções de consultas (fls. 201 a 220).

Nem o enquadramento dado pela Receita Federal, nem o enquadramento revisto pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região estavam previstos no Protocolo ICMS 20/05. Não é suficiente que o produto seja insumo para fabricação de sorvete para estar enquadrado no regime de substituição tributária. É preciso que o código do produto na NCM também seja um dos previstos no acordo interestadual.

Conforme nota fiscal apresentada pelo autuado na sessão de julgamento, as operações com as bebidas lácteas ocorreram dentro do Estado de São Paulo, que é signatário do Protocolo ICMS 20/05, com tributação normal, indicando que não são consideradas pelos contribuintes daquele estado como mercadorias incluídas no regime de substituição tributária, fl. 242.

Assim, concluo que as mercadorias objeto da autuação, que também têm destinos múltiplos de utilização, servindo para a produção de bebidas geladas (drinks a base de leite e milk shakes), receitas doces (pavês, coberturas, recheios) ou salgadas (stroganoff, molhos e tortas), não se enquadravam nos códigos NCM estabelecidos no Protocolo ICMS 20/05.

A falta de identificação do código na NCM da mercadoria objeto da autuação com os estabelecidos no Protocolo ICMS 20/05 afasta o seu enquadramento no regime de substituição tributária e a consequente responsabilidade do autuado em proceder à retenção do imposto.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Com base no art. 169, I, ‘a’ do RPAF/99, a referida Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

## VOTO

O presente Auto de Infração exige a retenção e o recolhimento do imposto nas saídas, oriundas de outras unidades da Federação, de bebidas lácteas destinadas à fabricação de sorvete, conforme Protocolo ICMS 20/05, que assim estabelece:

**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:

II - aos preparados para fabricação de sorvete em máquina, classificados nas posições 1806, 1901 e 2106 da NCM/SH e enquadrados no CEST 23.002.00.(grifo nosso).

O inciso II do § 1º da cláusula primeira do Protocolo ICMS 20/05, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, estabeleceu a retenção nas saídas de preparados para fabricação de sorvete em máquina, classificados nas posições 1806, 1901 e 2106 da NCM/SH.

As mercadorias objeto da autuação, conforme documentos anexados pelo autuante fls. 32 a 34, tinham a denominação comercial de “bebidas lácteas UHT lactopro da marca Ourolac”. Não existe divergência entre o autuante e o autuado quanto ao destino da mercadoria objeto da autuação. As bebidas lácteas foram efetivamente utilizadas na fabricação de sorvetes em máquinas.

A discussão que gerou o deslinde da questão é quanto à classificação da mercadoria na NCM, que determina o enquadramento ou não, no Protocolo ICMS 20/05.

As Soluções de Consulta nº 10/09 e nº 11/09, expedida pela Divisão de Administração Aduaneira

da Secretaria da Receita Federal do Brasil, estabeleceu que a mercadoria, objeto da autuação, denominada "LactoPro M", bebida láctea UHT saborizada, constituída de mistura de soro de leite, leite integral pasteurizado, água, açúcar, creme de leite pasteurizado, glicose de milho, estabilizantes e aroma idêntico ao natural de baunilha, **classifica-se no código 2202.90.00 da NCM**", conforme documentos às fls. 240/241.

Por outro lado, o **Tribunal Regional Federal da Primeira Região**, por maioria, deu provimento à apelação promovida pela Empresa Ourolac Indústria e Exportação LTDA. para enquadrar a bebida láctea Lactopro M e Lactopro V na **posição 0404 da NCM**, revisando expressamente a classificação dada pela Receita federal nas soluções de consultas (fls. 201 a 220).

*04.04 - SORO DE LEITE, MESMO CONCENTRADO OU ADICIONADO DE AÇÚCAR OU DE OUTROS EDULCORANTES; PRODUTOS CONSTITUÍDOS POR COMPONENTES NATURAIS DO LEITE, MESMO ADICIONADOS DE AÇÚCAR OU DE OUTROS EDULCORANTES, NÃO ESPECIFICADOS NEM COMPREENDIDOS NOUTRAS POSIÇÕES.*

Em razão da preponderância do leite na composição da mercadoria objeto da autuação (bebida láctea), atestada pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (fls. 114 a 123), seus fornecedores a classificam na subposição NCM 0404, tendo, inclusive, firmado declaração nesse sentido (fls. 93 a 109).

Portanto, nem o enquadramento dado pela Receita Federal, nem o enquadramento revisto pelo Tribunal Regional Federal da Primeira Região estavam previstos no Protocolo ICMS 20/05.

Não é suficiente que o produto seja insumo para fabricação de sorvete para estar enquadrado no regime de substituição tributária. É preciso que o código do produto na NCM também seja um dos previstos no acordo interestadual.

Para comprovar as suas alegações, a autuada apresentou, na sessão de julgamento de primeira instância, nota fiscal (fl. 242) de operação com bebidas lácteas ocorridas dentro do Estado de São Paulo, que também signatário do Protocolo ICMS 20/05, com tributação normal, indicando que não são consideradas pelos contribuintes daquele estado como mercadorias incluídas no regime de substituição tributária.

Assim, não havendo correspondência da descrição da mercadoria objeto da autuação com a descrição e a classificação na NCM estabelecida no acordo interestadual, a mesma não pode ser considerada como incluída no regime de substituição tributária e, em consequência, não pode ser atribuída à autuada a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto.

Desta forma, voto pelo **NÃO PROVIMENTO** do Recurso de Ofício, para manter a decisão da 1<sup>a</sup> JJF que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> 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 298743.0003/17-3, lavrado contra **MARTIN-BROWER COMÉRCIO, TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de julho de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

CARLOS ANTONIO BORGES COHIM SILVA - RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS