

<b>PROCESSO</b>	- A. I. Nº 298743.0007/17-9
<b>RECORRENTE</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECORRIDO</b>	- MARTIN-BROWER COMÉRCIO, TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA.
<b>RECURSO</b>	- RECURSO DE OFÍCIO- Acórdão 1ª JJF nº 0006-01/18
<b>ORIGEM</b>	- IFEP COMÉRIO
<b>PUBLICAÇÃO</b>	- INTERNET: 28/08/2018

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0206-12/18**

**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 interposto em relação à Decisão que julgou improcedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2017, para exigir recolhimento do imposto no valor total de R\$5.190.397,86, 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 novembro de 2013 a agosto de 2015, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “e” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 1ª JJF, decidiu, por unanimidade e com base no voto condutor do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, pela improcedência do Auto de Infração, como segue:

**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. 59 a 61, 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.*

A cerca 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. 266/267.

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. 223 a 228).

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. 268.

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.

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

## VOTO

Objetiva o presente Recurso de Ofício rever a Decisão proferida pela 1ª JJF que julgou Improcedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2017, para exigir recolhimento do imposto no valor total de R\$5.190.397,86, 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 novembro de 2013 a agosto de 2015, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “e” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Examinando as peças que integram os autos depreendo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação, eis que restou comprovado que as mercadorias objeto da autuação, embora utilizadas pelos adquirentes na fabricação de sorvetes em máquinas, conforme apontou o Autuante, também têm outras utilizações e, sobretudo, não se enquadraram nos códigos NCM estabelecidos no Protocolo ICMS 20/005, que atribuiria ao Autuado a condição de responsável pela retenção e recolhimento do imposto nas saídas destinadas à este Estado da Bahia.

Devo ainda ressaltar que o Contribuinte apresentou as provas do enquadramento da mercadoria objeto da autuação -“bebidas lácteas UHT lactopro da marca Ourolac”-, na posição 0404 da NCM, por decisão do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, fls. 227/228, que acatou a revisão do enquadramento anterior, efetuado pela Divisão de Administração Aduaneira da Secretaria da Receita Federal, que enquadrou o produto no código 2202.90.00 da NCM.

Verifica-se ainda, à fl. 268, que as Nota Fiscais de aquisição das mercadorias revendidas pela Recorrente, que opera como distribuidor, desses produtos têm o mesmo código 04.04.90.00 constante nas notas fiscais de saídas.

Registre-se, também que mesmo na posição 22.02.90.00, a mercadoria não estaria relacionada nas enquadradas na substituição tributária prevista no Protocolo ICMS 20/2005.

Assim, coaduno com a conclusão da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal: “*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.*”

Pelo exposto, por concordar integralmente com a Decisão recorrida, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298743.0007/17-9**, lavrado contra **MARTIN-BROWER COMÉRCIO, TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de julho de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS