

A. I. N° - 110526.0099/04-2
AUTUADO - RED BULL DO BRASIL LTDA.
AUTUANTES - ANTÔNIO ARAÚJO AGUIAR
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 14.07.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0209-02/05

EMENTA: **ICMS.** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. VENDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA A CONTRIBUINTE DESTE ESTADO (BEBIDAS ENERGÉTICAS). RETENÇÃO A MENOS DO ICMS PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. De acordo com o Protocolo ICMS n° 11/91, o sujeito passivo por substituição quando inscrito no Estado da Bahia, é responsável pela retenção e recolhimento do ICMS referente à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes das mercadorias, com base no preço máximo de venda a consumidor fixado por autoridade competente. Infração não caracterizada, tendo em vista que o contribuinte obedeceu às disposições contidas na IN 19/2004 da SAT, que estabeleceu pauta fiscal para o produto objeto da autuação. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, em lide, foi lavrado em 18/09/2004, no Posto Fiscal Honorato Viana, exige o valor de R\$ 753,98, mais a multa de 60%, sob acusação de retenção a menos do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, através da Nota Fiscal n° 009810 e CTCR n° SP-140459 (docs. fls. 07 e 08).

Foram dadas como infringidas as Cláusulas Quarta e Quinta do Protocolo ICMS n° 11/91 e alterações posteriores, com aplicação da multa prevista no artigo 42, II, “e”, da Lei n° 7.014/96.

Na defesa fiscal às fls. 50 a 58, o sujeito passivo representado por advogados legalmente constituídos, alega que a pretensão fiscal não tem respaldo na legislação vigente, e que houve equívoco do autuante em sua conclusão de que o ICMS por substituição tributária teria sido retido e recolhido a menos, por entender que a base de cálculo tributável na operação constante no documento fiscal seria a contida no Protocolo ICMS n° 11/91, com base na margem de valor agregado aplicável no montante de 70% sobre o valor da mercadoria.

Prestou alguns esclarecimentos sobre o objeto social da empresa, e sobre o produto Red Bull Energy Drink, dizendo este produto é importado da Áustria, para revenda no território brasileiro, cuja importação e distribuição está sujeita ao Imposto de Importação (II), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), e Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

Assinala que nos termos da Cláusula Primeira do Protocolo ICMS n° 28/03, que alterou o Protocolo ICMS n° 11/91, passou a dispor sobre a substituição tributária nas operações com

cervejas, refrigerantes, água mineral ou potável e gelo, e ainda, equiparando a bebida energética classificada na posição NCM 2202.90 a refrigerante, para efeito de tratamento tributário aplicável em sua comercialização pelo regime de substituição tributária.

Diz ainda que o Estado da Bahia, a partir da publicação do Decreto nº 8.969, de 13/02/2004, incluiu as bebidas energéticas no Anexo 86 do RICMS/BA, passando o estabelecimento industrial a ser o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subseqüentes realizadas por estabelecimento distribuidor, atacadista ou varejista.

Salientou que em virtude do artigo 8º parágrafo 3º da Lei Complementar nº 87/96, e do artigo 61, inciso I, do RICMS/97, preverem que a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária pode ser o preço final a consumidor, sugerido pelo fabricante ou importador, e visando adequar suas operações à legislação tributária da Bahia, formulou pedido de Regime Especial para que, em substituição aos percentuais previstos na tabela constante no Anexo 88 do RICMS/97, fosse adotado como base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, o preço de venda a consumidor.

Informou que foi publicado no Diário Oficial de 15/04/2004, a Instrução Normativa nº 19/2004, expedida pela Superintendência de Administração Tributária da SEFAZ/BA, determinando que a base de cálculo para efeito de incidência do ICMS das bebidas energéticas (produto constante no item 16.21 da Pauta Fiscal), fosse de R\$ 5,15 por unidade de 250 ml.

Por conta disso, aduz que diante das alterações da legislação tributária citada, não se aplicam as regras do Protocolo ICMS nº 11/91, na determinação da base de cálculo do ICMS-ST dos produtos que comercializa, mas sim, o preço pautado de R\$ 5,15 estabelecido na Instrução Normativa nº 19/2004.

Por fim, requer a improcedência da autuação, protestando por todos os meios de provas em direito admitidos, em especial a juntada de novos documentos, e a realização de perícia, pareceres, etc.

O autuante em sua informação fiscal às fls. 92 a 100, rebateu o argumento defensivo dizendo que a margem de valor agregado aplicável à operação não é a de 70% estabelecida na Cláusula Quarta e Quinta do Protocolo ICMS 11/91, mas sim a de 140% prevista no Item nº 1 do § 2º da Cláusula Quarta do citado protocolo, que remete à classificação genérica da Letra “g” do Item 1 do § 1º da mesma, visto que a embalagem e qualificação do produto comercializado não se enquadram nas demais especificações definidoras das diversas MVA's, pois o preço é praticado por estabelecimento importador.

Quanto a pretensão do contribuinte de utilizar como base de cálculo do ICMS-ST o preço de venda ao consumidor, o preposto fiscal aduz que a adoção desse preço, por estabelecimento importador, depende de lei conforme se lê no § 3º do artigo 8º da LC 87/96, e que no caso das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, nas operações interestaduais, o sujeito passivo por substituição submete-se às regras estabelecidas em acordo interestadual nos termos do artigo 9º da LC 87/96.

Ressalta que o tratamento tributário não poderia ser de outra maneira, tendo em vista que somente por força de acordos celebrados entre os Estados é que se pode impor ao contribuinte estabelecido em outra unidade da Federação a obrigação de reter por substituição o ICMS devido à unidade de destino da mercadoria, onde presumidamente ocorrerá a operação subseqüente, a teor do que dispõe o artigo 10, § 3º da Lei nº 7.014/96, recepcionado no RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 nos artigos 352, § 1º, inciso II combinado com o artigo 372, inciso I.

Com relação a alegação defensiva de que a base de cálculo para efeito de incidência do ICMS é a definida no item 16.21 da pauta fiscal prevista na Instrução Normativa nº 19/2004 – SEFAZ/BA, foi argumentado pelo autuante que de acordo com a alínea “b” do § 4º e § 5º do artigo 73 combinado com o artigo 61, inciso III, do RICMS/97, a utilização de preço definido em pauta fiscal depende de acordo interestadual, e nos casos em que não há regime de substituição tributária, o Estado da Bahia tem autonomia normativa e a pauta fiscal vigora dentro dos limites do Estado.

Interpretando o artigo 61 do RICMS/97, o autuante disse que em virtude do referido tratar apenas de operações internas, entende ser possível a adoção de preço indicado em pauta fiscal, para fins de retenção do ICMS por substituição somente nas operações internas efetuadas por estabelecimento fabricante. No presente caso, diz que por se tratar de operação interestadual realizada por estabelecimento não fabricante, a base de cálculo do ICMS-ST é a prevista em acordo interestadual (§ 4º do art. 61 que remete aos artigos 370 a 379 e Anexo 86, do RICMS/97).

Assevera que o dispositivo que corrobora o entendimento de que a Pauta Fiscal é norma de vigência interna que assegura base de cálculo mínima, mesmo havendo acordo interestadual é o artigo 125, inciso II, “i”, item 4 do RICMS/97.

Ao final, foi solicitado pelo autuante a retificação do enquadramento e dos cálculos do Auto de Infração de acordo com a Cláusula Quarta, § 2º, Item 1 do Protocolo ICMS 11/91.

VOTO

Na análise das peças processuais verifico que o Auto de Infração em lide foi lavrado no Posto Fiscal Honorato Viana, para exigir do autuado na condição de contribuinte substituto inscrito neste Estado sob nº 63.298.032 CS, a diferença do imposto, por substituição tributária, correspondente a retenção a menos do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas de mercadorias (bebidas energéticas e isotônicas) realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O débito encontra-se devidamente demonstrado à fl. 02, e foi apurado com base no valor constante na Nota Fiscal nº 009810 (doc. fl. 08) que acobertou o trânsito da mercadoria, acrescido da MVA de 70%, cuja imputação foi enquadrada nas Cláusulas Quarta e Quinta do Protocolo ICMS 11/91.

Conforme assinalado pelo autuante, de acordo com o Protocolo ICMS 11/91, o estabelecimento industrial ou importador, do produto objeto da autuação, é responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e recolhimento do ICMS referente à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes das mercadorias, com base no preço máximo de venda a consumidor fixado por autoridade competente, quando o Estado de origem tiver aderido ao referido Protocolo.

O autuado, na qualidade de empresa importadora sediada no Estado do São Paulo, encontra-se devidamente cadastrado no Estado da Bahia como contribuinte substituto, e não questiona a sua obrigação como responsável por substituição, referente ao pagamento do ICMS relativo a substituição tributária na operação interestadual de venda para contribuinte localizado neste Estado através da Nota Fiscal nº 1009810 constante à fl. 08.

A mercadoria objeto da autuação (bebida energética classificada na posição NCM 2202.90) foi equiparada a refrigerante para fins de substituição tributária através da Cláusula Primeira do Protocolo ICMS nº 28 de 12/12/2003, que alterou o Protocolo ICMS nº 11/91, sendo recepcionado

pela legislação do Estado da Bahia a partir da publicação do Decreto nº 8.969, de 13/02/2004, que incluiu as bebidas energéticas no Anexo 86 do RICMS/BA, passando o estabelecimento industrial a ser o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes realizadas por estabelecimento distribuidor, atacadista ou varejista.

Embora exista previsão no artigo 8º parágrafo 3º da Lei Complementar nº 87/96, e do artigo 61, inciso I, do RICMS/97, que a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária pode ser o preço final a consumidor, sugerido pelo fabricante ou importador, porém na inexistência de tais preços, deve ser aplicado o disposto no § 1º da Cláusula Quarta, item 1, letra “g”, do Protocolo 11/91, contudo, através do Protocolo ICMS 08/04, efeitos a partir de 08/08/2004, foi acrescida ao Protocolo ICMS 11/91 a Cláusula Quarta-A, que reza, *in verbis*: “Em substituição ao disposto na cláusula quarta, a unidade federada de destino poderá determinar que a base de cálculo para fins de substituição tributária seja a média ponderada dos preços a consumidor final usualmente praticados em seu mercado varejista”,

Desta forma, tratando de matéria que foi objeto de protocolo, do qual, o Estado de São Paulo e Bahia são signatários, e considerando que a legislação baiana, estabeleceu através da Instrução Normativa nº 19/2004, expedida pela Superintendência de Administração Tributária da SEFAZ/BA, que para determinação da base de cálculo para efeito de incidência do ICMS das bebidas energéticas (produto constante no item 16.21 da Pauta Fiscal), o preço equivale a pauta fiscal no valor de R\$ 5,15 por unidade de 250 ml., concluo que não é devido determinar a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária com base na Cláusula Quarta do Protocolo ICMS 11/91, mas, sim, de acordo com a pauta fiscal citada.

Ante o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **110526.0099/04-2**, lavrado contra **RED BULL DO BRASIL LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA