

A. I. Nº - 110526.0100/04-0  
AUTUADO - RED BULL DO BRASIL LTDA.  
AUTUANTE - ANTONIO ARAÚJO AGUIAR  
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO  
INTERNET - 01.08.2005

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0259-01/05**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO A MENOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A base de cálculo para efeito de antecipação tributária sobre bebidas energéticas passou a ser fixada mediante Pauta Fiscal a partir de 20/04/04 (IN19/04) baseada na Cláusula Quarta-A do Protocolo ICMS 11/91. Infração elidida. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 18/09/2004, exige imposto no valor de R\$753,98, por ter procedido a retenção a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, através da nota fiscal nº 009811. Termo de Apreensão nº 110526.0093/04-4.

O autuado, às fls. 48/86, através de seus representantes legalmente constituídos, apresentou defesa alegando que o autuante equivocadamente concluiu que a base de cálculo tributável naquela operação seria a contida no Protocolo ICMS nº 10/92, sendo indevida e arbitrária a cobrança do imposto. Que as Cláusulas Quarta e Quinta do Protocolo nº 10/92 não prevêem a aplicação de MVA de 70%, como consta do Auto de Infração, sendo surpreendido, em 18/09/2004, pela autoridade fiscal que, ao analisar a nota fiscal apreendeu a mercadoria e efetuou o lançamento de ofício sob a alegação de recolhimento a menos do imposto devido por substituição tributária.

Argumentou que o Protocolo ICMS 28/03 dispõe sobre a substituição tributária nas operações com cervejas, refrigerantes, água mineral ou potável, gelo, equiparando a bebida energética classificada na posição 2202.90 da NBM/SH a refrigerante, para efeito do tratamento tributário aplicável em sua comercialização. E, o Estado da Bahia a partir do Dec. 8969/04 incluiu no Anexo 86 do RICMS as bebidas energéticas, passando a ser o estabelecimento industrial o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes realizadas por estabelecimento distribuidor, atacadista ou varejista. Que de acordo com a LC nº 87/96, art. 8º, § 3º, a base de cálculo do imposto devido por substituição tributária pode ser o preço final a consumidor, sugerido pelo fabricante ou importador, previsão contida no RICMS-BA.

Disse que visando adequar suas operações à legislação baiana formulou, em 08/03/2004, pedido de regime especial para que, em substituição aos percentuais previstos na tabela constante do Anexo 86 do RICMS/BA, fosse adotado como base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, o preço de venda ao consumidor, tendo sido publicada a Instrução Normativa nº 19/2004 determinando a base de cálculo para efeito de incidência do ICMS das bebidas energéticas em R\$ 5,15 por unidade de 250 ml. Assim, o preço do produto Red Bull Energy Drink é de R\$ 5,15 por unidade de 250 ml e não mais se somando ao preço praticado pelo distribuidor para fins de incidência tributária a MVA constante no Protocolo ICMS nº 10/92

Requeru a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, às fls. 88/96, informou concordar com o autuado de que o mesmo submete-se às regras estabelecidas no acordo interestadual Protocolo ICMS nº 11/91, e não ao Protocolo ICMS nº 10/92. Também a MVA não é de 70%, e sim, de 140%, prevista no item 1 do parágrafo 2º da cláusula quarta do Protocolo ICMS 11/91. Esclareceu que a possibilidade de adoção de preço final a consumidor, sugerido pelo importador, para fins de substituição tributária interna, depende de lei. Quanto às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, nas operações interestaduais, o sujeito passivo por substituição submete-se às regras estabelecidas em acordos interestaduais, nos termos da LC 87/96.

Transcreveu o art. 8º, I, II da LC nº 87/96, art. 1

Disse que o art. 56 do RICMS/97 estabelece base de cálculo nas operações internas e interestaduais realizadas por contribuintes estabelecidos no Estado da Bahia.

Solicitou retificação do enquadramento e dos cálculos do Auto de Infração, de acordo com o exposto na informação fiscal, item 2.

Opinou pela manutenção da autuação.

## VOTO

O presente processo exige imposto do autuado por retenção a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, através da nota fiscal nº 009811. Termo de Apreensão nº 110526.0093/04-4, em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto sobre energéticos nas operações interestaduais destinadas ao Estado da Bahia, sendo-lhe cobrado a diferença entre a base de cálculo determinada mediante a aplicação da margem de valor agregado – MVA e a pauta fiscal (IN nº 19/2004).

Esclareço que o produto bebidas energéticas foi incluído no regime de substituição tributária em 18/07/2000, conforme o art. 353, II, 3.5 do RICMS/97, transscrito a seguir, sendo que, nas operações interestaduais destinadas ao Estado da Bahia, a antecipação tributária deveria ser efetuada pelo adquirente, sendo a base de cálculo determinada mediante a aplicação da MVA de 70% ou 60%, em função da aquisição ser feita na indústria ou no atacado, prevista no item 4 do Anexo 88 do citado RICMS/97:

*Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:*

...

*II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:*

...

*3.5 - bebidas energéticas e isotônicas - NCM 2106.90 e 2202.90 (Lei nº 7667/00);*

*Nota: O subitem 3.5 foi acrescentado ao item 3, do inciso II do art. 353 pela Alteração nº 17 (Decreto nº 7.824, de 17/07/00, DOE de 18/07/00).*

A partir de 01/02/2004, com a inclusão do §2º à cláusula primeira do Protocolo ICMS 11/91, transscrito a seguir, do qual os Estados de São Paulo e da Bahia são signatários, as bebidas energéticas foram equiparadas aos refrigerantes, passando a possuir o mesmo tratamento previsto naquele acordo para as operações interestaduais, ou seja, a responsabilidade passou a ser

atribuída ao remetente e a MVA passou a ser de 140% ou 70%, em função da aquisição ser feita na indústria ou no atacado:

*“Cláusula primeira Nas operações interestaduais com cerveja, inclusive chope, refrigerante, água mineral ou potável e gelo, classificados nas posições 2201 a 2203 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias, Sistema Harmonização - NBM/SH, entre contribuintes situados nos seus territórios, fica atribuída ao estabelecimento industrial, importador, arrematante de mercadorias importada e apreendida ou engarrafador de água, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) relativo às operações subsequentes.*

...

*Acrescentado o §2º pelo Prot. ICMS 28/03, efeitos a partir de 01.02.04.*

*§2º Para os efeitos deste Protocolo, equiparam-se a refrigerante as bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) e energéticas, classificadas nas posições 2106.90 e 2202.90 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias, Sistema Harmonização - NBM/SH.”*

A partir de 08/04/2004, com a inclusão da Cláusula Quarta-A do Protocolo ICMS 11/91, transcrita a seguir, foi aberta a possibilidade dos Estados signatários determinarem a base de cálculo mediante pauta fiscal. Entretanto, o Estado da Bahia só estabeleceu pauta fiscal para bebidas energéticas a partir da entrada em vigor da Instrução Normativa nº 19/04, em 20/04/2004, acrescida a Cláusula Quarta-A pelo Prot. ICMS 08/04, efeitos a partir de 08/04/04:

*Cláusula Quarta-A. 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.*

Diane do exposto, considerando que a autuação se refere a período posterior a 20/04/2004, entendo que a infração é insubstancial.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 110526.0100/04-0, lavrado contra **RED BULL DO BRASIL LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RELATORA

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

MARCELO MATTEDE E SILVA – JULGADOR