

**A. I. N°** - 089598.0208/06-5  
**AUTUADO** - KORBACH VOLLET ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTES** - ROBERTO BASTOS DE OLIVEIRA  
**ORIGEM** - IFMT/SUL  
**INTERNET** - 16.05.06

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JFF N° 0145-02/06

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (NCM 21069030). FALTA DE RETENÇÃO PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. Infração caracterizada, tendo em vista que a mercadoria objeto da autuação está incluída no artigo 353, II, 3.5 do RICMS/97. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado 19/02/2006, sob acusação de que o contribuinte supra deixou de proceder a retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, no valor de R\$ 5.221,60, na qualidade de sujeito passivo por substituição (sem inscrição neste Estado), relativo às operações subseqüentes, na venda de mercadorias realizada para contribuinte localizado no Estado da Bahia através das Notas Fiscais n<sup>os</sup> 22480 e 22481, conforme documentos às fls. 05 a 13.

O sujeito passivo por seu representante legal, no prazo regulamentar, em seu arrazoado defensivo às fls. 30 a 33, descrevendo o fato que ensejou a autuação, discorda da acusação de que tivesse infringido o Protocolo ICMS n° 11/91, com base no argumento de que houve equívoco da fiscalização, argumentando que as mercadorias objeto da lide foram equiparadas a refrigerante, chope, água mineral ou potável e gelo, classificados nas posições 2201 a 2203 da Nomenclatura Brasileira de Mercadoria, sistema Harmonizado – NMB/SH que estão sujeitas à substituição tributária.

Esclarece com detalhes através da composição técnica que os produtos em questão, em seus diversos sabores (frutas cítricas, maracujá, pêssego, manga, laranja com acerola, laranja com maçã), estão registrados na categoria de SUPLEMENTO VITAMÍNICO, no Ministério da Saúde, sob o n° 6.2709.001, cuja classificação na NMB/SH encontra-se no Capítulo 21, na posição 21.06.90.30, como suplementos alimentares, não enquadrado no regime de substituição tributária.

Por conta disso, argúi a improcedência do Auto de Infração por erro na classificação do produto.

Na informação fiscal à fl. 40, prestada por outro auditor fiscal, o informante aduz que o Protocolo ICMS 11/91 impõe a responsabilidade pela retenção do imposto sobre os produtos classificados nas posições 2201 a 2203 da NBM/SH, ao estabelecimento industrial, os quais correspondem a refrigerantes, água mineral ou potável e chope ou cerveja. No caso, diz que as mercadorias constantes nas notas fiscais com classificação na posição 2106 da NBM/SH não podem ser consideradas sequer correlatas às mercadorias de que trata o citado protocolo, não estando, desta forma, enquadradas na substituição tributária.

### VOTO

O presente processo exige ICMS, sob alegação de que o autuado não procedeu a retenção e o conseqüente recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, na venda de suplementos alimentares realizada para contribuinte localizado no Estado da Bahia, através das Notas Fiscais n<sup>os</sup> 22480 e 22481 (docs. fls. 10 e 11).

Nas operações de vendas de cerveja, refrigerantes, água mineral ou potável e gelo entre os Estados da Bahia e São Paulo, e demais Estados, signatários do Protocolo ICMS 11/91, o remetente das mercadorias está obrigado a observar as disposições estabelecidas no referido Convênio mediante a retenção e o devido recolhimento através de GNRE na qualidade de sujeito passivo por substituição, conforme disposto na Cláusula Primeira e nos §§ 1º e 2º, in verbis:

***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 subseqüentes.*

*§ 1º O disposto nesta cláusula aplica-se, também, às operações com xarope ou extrato concentrado, classificado no Código 2106.90.10 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias, Sistema Harmonização - NBM/SH, destinado ao preparo de refrigerante em máquina pre-mix ou post-mix.*

*§ 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.*

No presente caso, a alegação defensiva é que a mercadoria objeto da autuação, em seus diversos sabores (frutas cítricas, maracujá, pêssego, manga, laranja com acerola, laranja com maçã), trata-se de SUPLEMENTO VITAMÍNICO, registrado no Ministério da Saúde, sob o nº 6.2709.001, cuja classificação na NBM/SH encontra-se no Capítulo 21, na posição 21.06.90.30, e fora da abrangência do Protocolo ICMS 11/91.

Analisando a questão com base na legislação tributária, considero correto o presente lançamento, uma vez que a mercadoria objeto da lide está relacionada no Protocolo acima citado, e recepcionado no item 3.5 do inciso II do artigo 353 do RICMS/97 para ser efetuada a substituição tributária, cujo autuado figura como responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, e deveria ter feito a retenção do imposto na operação que realizou para contribuinte neste Estado.

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

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **089598.0208/06-5**, lavrado contra **KORBACH VOLLET ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 5.221,60**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de maio de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR