

A.I. Nº - 295308.0909/07-7
AUTUADO - PROBIÓTICA LABORATÓRIOS LTDA.
AUTUANTES - MARIA ROSALVA TELES e ERIVELTO ANTÔNIO LOPES
ORIGEM - IFMT DAT-SUL
INTERNET - 15/04/2008

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0089-03/08

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. BEBIDAS ISOTÔNICAS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O autuado é o contribuinte substituto para a obrigação do recolhimento do imposto, relativo às operações subsequentes, nas vendas ou transferências realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, definido através do Protocolo ICMS nº 11/91, firmado entre os Estados envolvidos na operação. No entanto, ficou comprovado nos autos que parte da mercadoria não se enquadrava no disposto na Cláusula Primeira do mencionado Convênio, por não se tratar de bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) e energéticas, sim de cápsulas, tabletes, pacotes e comprimidos. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 05/09/2007 na fiscalização ao trânsito de mercadorias e exige ICMS no valor de R\$1.142,52, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de retenção do ICMS, e do conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Termo de Apreensão e Ocorrências nº 295308.0909/07-7 às fls. 04 e 05.

O contribuinte, por intermédio de advogada legalmente constituída às fls. 20 e 21, apresenta impugnação ao lançamento de ofício às fls. 16 a 19, inicialmente descrevendo os termos da imputação e, a seguir, aduzindo que o Protocolo ICMS nº 11/91, no qual se fundamenta o autuante, dispõe sobre a substituição tributária nas operações com cerveja, refrigerantes, água mineral, ou potável, e gelo. Que o enquadramento legal descrito no Auto de Infração não corresponde à operação interestadual realizada posto que, conforme “Notas Fiscais nº 106498, 106499 e 106500 (fls. 07 a 09), não há na descrição nenhum produto na forma líquida, que esteja enquadrado no Protocolo ICMS nº 11/91 – energéticos.” Que de tal descrição, verifica-se que as mercadorias objeto da operação interestadual “são todas em cápsulas, comprimidos, tabletes e pó”. Que, na Nota Fiscal nº 106500 consta um isotônico, “Carb-up gel laranja (cx c/ 60 sachês 225 g) mas que, conforme é possível verificar, o mesmo está comercializado na forma de pó, e não na forma líquida, não se enquadrando “na substituição tributária prevista na legislação em vigor, posto que a referida legislação é específica quando menciona que somente os líquidos estão sujeitos à retenção do ICMS (...)”. Que é notório que ele, contribuinte, não está obrigado, no momento da venda de seu produto, a pagar o ICMS fulcro da autuação, porque os produtos são comercializados em forma de pó, cápsulas, comprimidos e tabletes.

O contribuinte indica outra empresa, estabelecida neste Estado, para figurar como fiel depositária das mercadorias apreendidas.

Conclui requerendo o cancelamento do Auto de Infração, a suspensão de seus efeitos, e a liberação das mercadorias constantes no Termo de Apreensão e Ocorrências que baseia o lançamento de ofício.

A informação fiscal, às fls. 58 e 59, foi prestada pelo Auditor Fiscal Sílvio Chiarot de Souza, nos termos do artigo 127, § 2º, do RPAF/99, na qual o mesmo inicialmente relata os termos da autuação e as razões da defesa, em seguida informando que no Protocolo ICMS nº 11/91 as bebidas isotônicas e energéticas, classificadas na posição 2106.90, são incluídas por equiparação no §2º da Cláusula primeira. Que, “Portanto, como as mercadorias objeto da contestada ação fiscal estão na posição NBM/SH referida no protocolo, incontinenti, foi reclamado o imposto por substituição do remetente.” Que o autuado alega que as mercadorias que comercializa não estariam sujeitas ao Protocolo ICMS nº 11/91 “porque não são apresentadas para consumo na forma líquida, ou de bebida”, mas que ele, preposto do Fisco, não considera aceitável tal argumento porque no §1º da Cláusula primeira do mencionado Protocolo estão incluídos “produtos que não estão na forma direta de consumo (xarope e extrato concentrado destinados ao preparo de refrigerantes)” e, também, porque as mercadorias objeto do lançamento de ofício “têm código NBM/SH que se enquadram perfeitamente na norma, não havendo porque, através do raciocínio feito pela defesa, excluí-las.”.

VOTO

Nas operações interestaduais com mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, as operações reger-se-ão pelas normas previstas em Acordos, Protocolos, e Convênios, nos termos do artigo 9º da Lei Complementar nº 87/96. Compulsando os autos, verifico que o autuante considerou, nos cálculos do levantamento fiscal, todas as mercadorias descritas nas Notas Fiscais nº 106498, 106499 e 106500 (fls. 07 a 09) como se fossem bebidas energéticas, e por conseguinte enquadrou os fatos nas cláusulas primeira, quarta e quinta do Protocolo ICMS nº 11/91, enquanto que o fiscal que presta a informação fiscal cita o §1º da Cláusula primeira do mencionado Protocolo, em defesa da autuação. Cumpre examinar os dispositivos basilares do lançamento de ofício:

Protocolo ICMS nº 11/91:

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.

§ 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.

Cláusula quarta. O imposto a ser retido pelo sujeito passivo por substituição será calculado mediante aplicação da alíquota vigente para as operações

internas, no Estado de destino da mercadoria, (...), deduzindo-se, do valor obtido, o imposto devido pelo industrial, (...)

Cláusula quinta O imposto retido pelo sujeito passivo por substituição será recolhido em banco oficial estadual signatário do Convênio (...)

Analisando a descrição das mercadorias nas Notas Fiscais objeto da autuação, às fls. 07 a 09, apenas os produtos Amino fluid 37000 H02 (480 ml), nos sabores ameixa, cereja, morango e uva, constantes da Nota fiscal nº 106500, à fl. 07, estão em forma líquida, constituindo-se, por conseguinte, em bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) e energéticas, o que as enquadra no que está elencado no parágrafo segundo da Cláusula primeira do mencionado Protocolo ICMS nº 11/91.

O texto do parágrafo primeiro da Cláusula primeira do Protocolo ICMS nº 11/91, de fato, como afirma o fiscal às fls. 58 e 59, inclui “produtos que não estão na forma direta de consumo (xarope ou extrato concentrado classificado no Código 2106.90.10 da NBM/SH, destinado ao preparo de refrigerantes)”. E, quando o faz, é de forma literal e específica. As referidas notas fiscais de fls. 07 a 09 indicam, no campo “Dados Adicionais”, outro Código de classificação fiscal para seus produtos, qual seja o de numeração 2106.90.30. Portanto, o texto deste parágrafo primeiro não se aplica à situação em lide.

O parágrafo segundo da citada Cláusula primeira, contudo, apenas menciona as bebidas incluídas nas posições 2106.90 e 2202.90 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias, Sistema Harmonização - NBM/SH. Não cita os produtos que não sejam bebidas, e poderia tê-lo feito, incluindo todos os itens sob classificação 2106.90 e 2202.90. Assim, existe a previsão de alcance da norma em relação aos citados grupos 2106.90 e 2202.90, desde que sejam bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) e energéticas.

Uma vez que o texto normativo não inclui os demais produtos descritos nos documentos fiscais de fls. 07 a 09, que não estão em forma líquida não sendo, por conseguinte, bebidas, não há como exigir-se, em relação a eles, ICMS por falta de retenção de imposto ao contribuinte autuado, com base no Protocolo ICMS nº 11/91.

Ou seja, quanto aos outros produtos energéticos comercializados na transação comercial objeto da autuação, vendidos em cápsulas, sachês, tabletes, pacotes, pó, massa e gel, não se trata de bebidas isotônicas destinadas a contribuinte deste Estado, indevidamente desacompanhadas da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), por não serem mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por força de acordo interestadual.

Quanto ao pedido para que outra empresa, estabelecida neste Estado, figure como fiel depositária das mercadorias apreendidas, tal assunto deve ser analisado pela autoridade administrativa competente.

Assinalo que, na operação em lide, deve ser aplicada, no cálculo do débito tributário, nos termos da cláusula Quarta do Protocolo ICMS nº 11/91, a alíquota vigente para as operações internas, no Estado de destino da mercadoria, ou seja, 17%. E a Margem de Valor Adicionado – MVA de 70% para a mercadoria em foco encontra-se prevista no Anexo 88 do RICMS/BA. Devendo ser deduzido, para apuração do quanto a pagar, o ICMS destacado no documento fiscal de fl. 07, Nota Fiscal nº 106500, proporcionalmente ao montante das mercadorias (Amino fluid 37000 H02 - 480 ml, nos sabores ameixa, cereja, morango e uva) sobre as quais incide o ICMS objeto da imputação.

Por tudo quanto exposto, considero parcialmente procedente a imputação no valor de R\$109,27, conforme tabela a seguir:

VALOR PRODUTOS (A)	MVA ST % (B)	BASE DE CÁLCULO ST (C = A X B)	ICMS ST 17% (D=CX17%)	CRÉDITO DESTACADO (E)	ICMS A RECOLHER (F = D - E)
R\$498,96	70%	R\$848,23	144,20	R\$34,93	109,27

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **295308.0909/07-7**, lavrado contra **PROBIOTICA LABORATÓRIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$109,27**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de abril de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR