

A. I. N° - 206894.0022/08-7
AUTUADO - ABBOTT LABORATÓRIOS DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - LÍDIO DE SOUZA TELES
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 26.09.08

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0173-05/08

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Comprovado nos autos que a mercadoria apreendida não é objeto de substituição tributária. Não se trata de bebidas energéticas e isotônicas. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 09/05/2008, exige ICMS no valor de R\$16.046,44, e multa de 60%, por falta de retenção do imposto pelo remetente, situado em outra unidade da Federação, na condição de sujeito passivo por substituição, de mercadoria relacionada em protocolo e por não ter feito o recolhimento na primeira repartição fazendária do percurso.

O autuado apresenta defesa (fls. 51 a 58), diz que tem como atividades a industrialização, a comercialização a importação e a exportação de produtos farmacêuticos, alimentícios, químicos, biológicos de pesquisa e investigações científicas em geral, e que se encontra inserida no ramo médico-farmacêutico e nutricional. Aduz que os produtos do seu ramo de atividade são comercializados diretamente com seus clientes estabelecidos nos mais diversos Estados da Federação.

Expõe que foi autuado pela fiscalização do Estado da Bahia sob a alegação de que teria remetido a destinatário baiano “bebidas energéticas e isotônicas” classificadas na posição 2106.90.90 da NCM sem a observância das disposições do Protocolo ICMS nº 11/91”. Enfatiza que de acordo com este Protocolo celebrado por diversos Estados, dentre os quais Bahia e São Paulo, são equiparados aos refrigerantes os isotônicos e as bebidas energéticas classificadas na posição 2106.90 e 2202.90 da NCM. Em seguida transcreve trechos do mencionado acordo internacional, da Portaria nº 222/98 da ANVISA e da Resolução RDC nº 63/2000.

Registrou que formalizou consulta junto ao fisco federal sobre a classificação fiscal do seu produto “Ensure HN”, objeto da autuação. Aduz que e em resposta, à Receita Federal informou que o seu produto está classificado no código NCM - 2106.90.90 (outras).

Discorre sobre temas relacionados ao código do produto e diz que o “Ensure HN”, é um alimento nutricional destinado a atender as necessidades de pacientes em situações clínicas específicas, não podendo ser confundido com isotônicos classificados na posição da NCM 2106.90.

Insurge-se em relação à apreensão da mercadoria feita pela fiscalização dizendo que ela só se justificaria apenas no caso de não ter sido constituído o crédito tributário e que a partir da lavratura do auto de infração não existe mais motivo para a sua apreensão, que servira apenas para garantir a identificação exata da infração. Entende que a fiscalização não pode apreender a mercadoria como forma de garantir o pagamento do crédito tributário. Transcreve trecho de Súmula 323 do S.T.F e entendimentos do tributarista Hugo de Brito Machado Segundo, do professor Roque Antônio Carrazza, para defender sua tese.

Finaliza pedindo a liberação da mercadoria apreendida e o cancelamento do Auto de Infração.

O Autuante presta informação fiscal (fl. 107) e diz que a autuação originou-se de um Termo de Apreensão por entender que o produto apreendido faria parte da relação dos produtos enquadrados na substituição tributária relacionados no Protocolo 11/91, tais como: cerveja, refrigerante e água mineral.

Aduz que junto à defesa apresentada o autuado anexa resultado de consulta realizada na Receita Federal atestando não ser a mercadoria objeto de substituição tributária prevista no Protocolo 11/91. Conclui sugerindo que o Auto de Infração seja julgado nulo.

Foi fornecido cópia da informação fiscal e concedido prazo de 10 dias para o autuado se pronunciar.

O contribuinte se manifestou concordando com a sugestão de nulidade do autuante e pedindo liberação da mercadoria apreendida.

VOTO

Observo que o Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS por falta de retenção do imposto pelo remetente, situado em outra unidade da Federação, na condição de sujeito passivo por substituição, em virtude do autuante ter sido induzido a entender que a mercadoria apreendida “Ensure HN”, objeto da autuação estaria na relação de produtos enquadrados na substituição tributária, relacionados no Protocolo ICMS nº 11/91, tais como: cerveja, refrigerante e água mineral.

Na defesa apresentada o contribuinte trouxe aos autos cópia de consulta realizada junto a Receita Federal sobre a correta classificação fiscal do seu produto objeto da autuação, “Ensure HN”, tendo aquele órgão respondido de que referido produto se encontra classificado no código 2106.90.90 – outras, da Tarifa Externa Comum do Mercosul. Acrescentou ainda em resposta à referida consulta que dito produto não estaria, também, classificado na posição 3003 que compreende os medicamentos.

Em conclusão disse que o mencionado produto refere-se à preparação alimentícia não especificada, destinado a dieta nutricionalmente completa, balanceada, hiperprotéica, normocalórica e isotônica indicada para nutrição enteral para pacientes em situações especiais tais como: anoréticos, politraumatizados, neurológicos, grandes queimados etc.

O autuante em sua informação fiscal disse que face laudo da Receita Federal o Auto de Infração deve ser julgado nulo por ficar comprovado que a mercadoria não é objeto de substituição tributária.

Foi fornecido cópia da informação fiscal ao contribuinte e concedido prazo de 10 dias para o mesmo se pronunciar.

O sujeito passivo se manifestou concordando com o entendimento do autuante de que o Auto de Infração deve ser julgado nulo.

Examinando as peças processuais, verifiquei que além do entendimento da Receita Federal, exarado no resultado da consulta formulada pelo contribuinte, existe também, cópia do Parecer GECOT/DITRI nº13760, de 09/11/2007 (fls. 108), resposta de uma outra consulta via Internet, tratando de mercadoria com código NCM 2106.90.50 e 2106.90.90, nos seguintes termos: “Os produtos das posições da NCM 2106.90.50 e 2106.90.90 não se encontram abrangidos pelo art.353, II, do RICMS/97, de modo que sobre os mesmos incide tributação normal nas operações internas, e antecipação parcial, nas aquisições interestaduais”.

Por outro lado, analisando o Regulamento do ICMS-BA, não encontrei a mercadoria “Ensure HN”, fazendo parte da relação daquelas enquadradas no regime de substituição tributária.

Isto posto, diante dos elementos demonstrados no processo e, considerando que a mercadoria objeto da autuação, “Ensure HN” – NCM 2106.90.90, não consta no art. 353, inciso II do RICMS/97,

com sendo mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, desse modo, entendo que o Auto de Infração é insubsistente. Devendo com isso ser liberada a mercadoria apreendida.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206894.0022/08-7**, lavrado contra **ABBOTT LABORATÓRIOS DO BRASIL LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2008.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR