

A.I. Nº - 114595.0035/08-6
AUTUADO - SUPPORT PRODUTOS NUTRICIONAIS LTDA.
AUTUANTES - JOSAPHAT XAVER SOARES
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 02.03.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0019-04/09

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 subseqüentes, 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 a mercadoria comercializada não se enquadrava no disposto na Cláusula Primeira do mencionado Convênio, por não se tratar de bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) e energéticas, sim de complementos alimentares diversos. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 05/06/2008 na fiscalização ao trânsito de mercadorias e exige ICMS no valor de R\$ 15.239,31, 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 subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Termo de Apreensão e Ocorrências nº 210943.0032/08-1 às fls. 09 a 11.

O contribuinte, por intermédio de depositário fiel devidamente autorizado à fl. 21 e documento procuratório às fls. 34/36, TECNOVIDA COMERCIAL LTDA, CNPJ 01.884.446/0002-70, sediada em Salvador, apresenta impugnação ao lançamento de ofício às fls. 60 a 63, inicialmente, diz que é parte interessada no processo e que teve sua carga apreendida (nota fiscal 138286, da SUPPORT PRODUTOS NUTRICIONAIS LTDA), porque entendeu o Auditor Fiscal que não foi feito o recolhimento antecipado do imposto que teria incidido na aquisição de bebidas energéticas e isotônicas, conforme descrição no auto de infração.

Diz que, entretanto, cometeu equívoco o Auditor, uma vez que considerou os produtos comercializados, bebidas isotônicas e energéticas, determinado na Portaria 114/05, inciso IX e não produtos para dietas enterais ou complementos alimentares, conforme parecer elaborado pela ANVISA, que instrui a presente impugnação. Segundo tal parecer, bebidas isotônicas são alimentos para praticantes de atividades físicas, ingeridos por pessoas saudáveis, bem como os produtos prontos para consumo, conhecidos como bebidas energéticas. Os produtos comercializados pela empresa se destinam unicamente a suprir a ausência de nutrientes ou como alternativa para pessoa que tenha alergia à ingestão de certas substâncias.

Afirma que a Gerência de Substituição Tributária e a Diretoria de Tributação da Secretaria de Fazenda deste Estado emitiu parecer nesse sentido, não estando a mercadoria apreendida inserida nas hipóteses da Portaria 114, que exige o pagamento antecipado.

Questiona o art. 5º II, CF/88, que veda o surgimento de obrigação sem prévia cominação legal, como ocorre no presente caso, uma vez obrigado a pagar 60% de multa sobre o valor que

supostamente teria que pagar de forma antecipada. Violação aos princípios da legalidade e da taxatividade, além do direito de propriedade, ofendido pela detenção das mercadorias (art. 5º. LIV). Conclui pedindo a improcedência do presente auto de infração.

A informação fiscal, às fls. 96 a 99, foi prestada pelo Auditor Fiscal autuante, nos termos do artigo 127, § 2º, do RPAF/99, na qual o mesmo, inicialmente, relata os termos da autuação, as razões da defesa informando que a empresa autuada, situada em São Paulo, labora na atividade econômica de produtos alimentícios em geral, que foi lavrado Termo de Apreensão e Ocorrência em função da venda de produtos nutricionais NCM 2106.90.90, conforme nota fiscal 138286, sem efetuar o recolhimento de ICMS substituição tributária, conforme previsto no Protocolo ICMS 11/91.

Pede que seja feita análise aos pareceres dos processos 00376120019 e 02495920020, ambos sobre a matéria em questão, uma vez que trazem ambigüidade referente a aplicação do Protocolo 11/91.

Diz que no Parecer aludido os alimentos para dieta enterais tem código 42000081; alimentos infantis 43000033; alimentos para dieta com restrição de nutrientes 43000078; alimentos adicionados de nutrientes essenciais código 42000039. Diz ainda que a empresa não cumpriu a orientação da ANVISA e pede que sejam observados os termos da consulta dirigida à Receita Federal, cujo trecho transcreve.

Finaliza pela procedência do auto de infração.

VOTO

Cuida o presente auto de infração da exigência da retenção e recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária relativo às operações subsequentes nas vendas de bebidas energéticas, por força do Protocolo ICMS 11/91, realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, através nota fiscal 138286.

Antes de adentrar ao mérito, cabe trazer à discussão o questionamento do autuado acerca de ofensas ao art. 5º II, CF/88 (princípio da legalidade), taxatividade e direito de propriedade pela detenção das mercadorias (art. 5º, LIV). Observo nos autos que a ação fiscal foi fundamentada no Protocolo ICMS 11/91, que dispõe sobre substituição tributária nas operações com cerveja, água mineral, potável, refrigerante, gelo, além da Lei nº 7.014/96 (ICMS/BA); a apreensão das mercadorias durou o tempo necessário às verificações de ofício, sendo liberada a fiel depositário indicado pelo próprio autuado.

No mérito, verifico que as operações interestaduais com mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária 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 reiterou em sua informação fiscal, fls. 96/99, os produtos constantes da Nota Fiscal 138286 (fls. 13 a 17) como bebidas energéticas, código NCM 2106.9030, e, por conseguinte, enquadrou a operação nas cláusulas primeira, quarta e quinta do Protocolo ICMS nº 11/91. A impugnação é feita no sentido de que os produtos comercializados pela SUPPORT PRODUTOS NUTRICIONAIS não correspondem a essa categoria de alimentos, portanto, não incluídos no regime de Substituição Tributária.

Cumpra 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 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.

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 constantes na nota fiscal 138286, descritas no Termo de Apreensão 210943.0032/08-1, fls. 09/11, constato que os produtos apreendidos estão classificados nos códigos 2106.90.30; 3505.10.10; 2106.90.90; 1901.10.90 da NBM /SH, que se referem a preparações alimentícias diversas (capítulo 21); produtos à base de amidos ou de féculas (capítulo 35); preparações à base de cereais, farinhas, amidos, féculas ou leite. Todos extraídos da Tabela de incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – TIPI (Decreto 4.542/02).

Sabe-se que a Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM) constitui a Nomenclatura Brasileira de Mercadoria baseada no Sistema Harmonizado de designação e codificação de mercadorias (NBM SH), sendo um método internacional de classificação de mercadorias, abrangendo nomenclaturas, regras gerais de interpretação do sistema harmonizado e notas explicativas, servindo entre outros, como base para a tabela de incidência do imposto sobre produtos industrializados (TIPI), além da classificação de mercadorias sujeitas à substituição tributária, listadas no art. 353 do RICMS/BA.

No caso concreto, o cerne da questão é que os produtos constantes da Nota Fiscal 138286 estariam classificados como bebidas energéticas, código NCM 2106.9030. Fazendo uma interpretação sistemática a partir da TIPI, o capítulo 21 trata de preparação alimentícia; na posição 2106 as preparações alimentícias não compreendidas entre extratos, essências e concentrados de café, chá e mate (2101); entre as leveduras e microorganismos monocelulares (2101); entre as preparações para molhos, temperos, mostardas (2103) ou entre as preparações para caldos e sopas (2104). Nada apresentando em comum com as bebidas energéticas ou isotônicas, que existem para estimular o metabolismo fornecendo energia (caféina, guaraná, ginseng, etc) ou para repor líquidos e sais minerais perdidos pelo suor durante a transpiração, com efeitos de prevenir a desidratação e melhorar a performance esportiva. Os produtos apreendidos são alimentos para dietas enterais, alimentos infantis ou com restrições de nutrientes (alimentos para fins especiais com ingestão controlada), que precisam de registro junto ao Ministério da Saúde, em conformidade com parecer da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) nº 037/02 (fl. 71).

Vale observar que o texto do parágrafo primeiro da Cláusula primeira do Protocolo ICMS nº 11/91 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). A TIPI classifica no código 2106.90.20, os pós para a fabricação de pudins, cremes, sorvetes, flans, gelatinas ou preparações similares.

O parágrafo segundo da citada Cláusula primeira, por sua vez, apenas menciona as bebidas incluídas nas posições 2106.90 e 2202.90 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias, Sistema Harmonização – NBM/SH, equiparando-as a refrigerantes. As referências do Protocolo são sempre

para bebidas e não para complementos alimentares. Assim, existe a previsão de alcance da norma em relação aos citados grupos 2106.90 e 2202.90, desde que sejam bebidas energéticas e isotônicas.

Existe, na realidade, um equívoco na interpretação fiscal. Não constam como passivo de substituição tributária o produto classificado na NCM 2106.90.30, mas “bebidas energéticas e isotônicas - NCM 2106.90 e 2202.90 (Lei nº 7.667/00)” – item 3.5, art. 353, II, RICMS BA. A previsão então é para bebidas energéticas que possam estar na posição 2106.90 e 2202.90 e não para complemento alimentares classificados na NCM 2106.90.30.

Nesse norte, o texto normativo não inclui os produtos descritos nos documentos fiscais; não sendo, por conseguinte, bebidas, não há como se exigir, em relação a eles, ICMS por falta de retenção de imposto ao contribuinte autuado, com base no Protocolo ICMS nº 11/91. Os demais produtos consignados no auto de infração estão também nesse sentido. NUTILIS (3505.10.00) é um Amido de milho modificado instantâneo para espessar preparações e o APTAMIL (1901.10.90) fórmula infantil a base de proteína de soja.

Por tudo quanto exposto, constato que os produtos comercializados pela SUPPORT PRODUTOS NUTRICIONAIS, objeto desta autuação, constante da nota fiscal 138286, não estão incluídos no regime de substituição tributária, como também é nesse sentido o parecer da DITRI, fl. 84 dos autos.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **114595.0035/08-6**, lavrado contra **SUPPORT PRODUTOS NUTRICIONAIS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA