

A. I. N° - 206912.0049/12-9  
AUTUADO - NESTLÉ BRASIL LTDA  
AUTUANTES - VLADIMIR MIRANGA MORGADO  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
INTERNET 13.09.2013

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF N° 0182-04/13

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA. FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Ficou demonstrada a existência de mercadorias (TIDY CATS), que não são rações, logo não submetidas ao regime de substituição tributária. Em decorrência de sua exclusão, a infração fica mantida em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/06/2012, exige ICMS no valor de R\$87.071,57, através da seguinte infração: Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas operações realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. Multa de 60%.

O autuado apresenta a peça defensiva de fls. 42 a 50, e inicialmente ressalta a tempestividade da defesa. Relata que foi autuado em decorrência de operações de vendas realizadas para estabelecimentos localizados no Estado da Bahia de produtos que foram tratados pela fiscalização como sendo rações para animais domésticos, com fundamento no Protocolo ICMS 26/04, em que o Estado de São Paulo (onde está localizado o estabelecimento autuado), como o Estado da Bahia são signatários do referido Protocolo ICMS.

Explana que a exigência do ICMS não procede posto que todas as operações objeto da autuação dizem respeito a vendas do produto TIDY Cats, da marca Purina e remessas de amostra grátis de algumas rações para animais fabricadas pela requerente. Ocorre que a Tydy Cats não está classificada na posição 2309 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias/ Sistema Harmonizado (NBM/SH), de modo que não está sujeita às regras do Protocolo ICMS 26/04. Em relação às amostras grátis, restará comprovado que as operações com esses produtos são isentas de ICMS, e por isso não estão sujeitas à sistemática de retenção do ICMS-ST. Descreve que o Tydys Cats é uma areia higiênica para gatos. A página eletrônica da Nestlé traz maiores informações sobre esse produto, ao afirmar que “TIDY Cats combina grãos minerais e naturais selecionados em uma fórmula criada para garantir ação rápida e eficaz na absorção de líquidos sem afetar a saúde do seu gato. Isso porque ele é atóxico, não corrosivo e possui pH neutro. Possui também componentes que evitam odores e a formação de lama, facilitando a limpeza. A melhor opção para garantir a higiene e o conforto que você e seu gato merecem.” (<http://www.nestle.com.br/site/marcas/purina/TIDY-Cats/TIDY-Cats.aspx>).

O que se vê, portanto, é que o TIDY Cats não é uma ração para gatos, mas sim um produto destinado à absorção de líquidos de modo a tornar mais higiênica a convivência humana com os gatos.

Tanto é assim, que esse produto se enquadra no Capítulo 25 da NBM/SH, que trata de “sal; enxofre; terras e pedras; gesso, cal e cimento”, mais precisamente na posição 2508, que diz respeito a “outras argilas (exceto argilas expandidas da posição 68.06), andaluzita, cianita, silimanita, mesmo calcinadas; mulita; barro cozido em pó e terra de dinas)”. Frise-se que o

enquadramento do TIDY Cats nessa posição se dá pelo fato de ser um produto composto basicamente por argila.

Por consequência, não restam dúvidas de que é totalmente improcedente a exigência de ICMS-ST nas vendas realizadas pelo estabelecimento autuado para o Estado da Bahia, especialmente porque fundada no Protocolo ICMS 26/04, o qual simplesmente não se aplica ao TIDY Cats.

Quanto às remessas de amostras grátis, descreve os produtos, para demonstrar que se tratam de amostras grátis de rações de animais, tais como:

Produto
PROPLAN PTST PLUS PPYSMBR 4 8KG PRAGRTSXW
PROPLAN PTST PLUSCHKN RI 4 8KG PRAGRTSXW
PROPLAN KITTEN 48x80G <b>AGRTS</b> BR
DOG CHOW ADULTO 7 4 8KG <b>AGRTS</b> BR
DOG CHOW ADULTO LIGHT 4 8 KG <b>AGRTS</b> BR
DOG CHOW FILHOTES RAC. PEQUENA 4 8KG <b>AGRTS</b> BR
DOG CHOW ADULTO RAC. MEDGDE 4 8KG <b>AGRTS</b> BR
DOG CHOW PAPITA 4 8KG <b>AGRTS</b> BR
CAT CHOW VIDA SAUDÁVEL 48x100G <b>AGRTS</b> BR
FRISKIES SELEÇÃO SABOROSA 48x100G <b>AGRTS</b> BR
FRISKIES PETISCOS DO MAR 48x100G <b>AGRTS</b> BR
PROPLAN ADULT CAT CHKN RI 48x40G <b>AGRTS</b> BR
PROPLAN VITAL AGE 48x80G <b>AGRTS</b> BR
PROPLAN ADULT CPLT OPTILIFE 4 8KG G <b>AGRTS</b> BR
FRISKIES GATINHOS 48x100G <b>AGRTS</b> BR
ALPO MOLHO DE CARNE 60x100G <b>AGRTS</b> BR
DOG CHOW FILHOTES RAC MEDGDE 40x150G <b>AGRTS</b> BR
DOG CHOW ADULTOS RAC PEQ 40x150G <b>AGRTS</b> BR
PROPLAN ADULTO CMPL PTLF 40x150G <b>AGRTS</b> BR
DOG CHOW FILHOTES RAC MEDGDE 9x400G <b>AGRTS</b> BR
DOG CHOW FILHOTES RAC PEQ 9x400G <b>AGRTS</b> BR

Como se vê pela própria descrição do produto, **AGRTS** (grifado) é uma abreviação de “amostra grátis”. Ou seja, esses produtos não eram mercadorias vendidas pela Requerente para seus clientes estabelecidos no Estado da Bahia, eram sim amostras de rações fabricadas pela Requerente que foram remetidas para que seus clientes baianos distribuíssem a título promocional.

Nesse sentido, a Requerente traz com essa Defesa, a título ilustrativo, reproduções das embalagens dessas amostras grátis, que demonstram que essas amostras grátis fazem parte do catálogo comercial da Requerente e que, portanto, são usualmente distribuídas a seus clientes (**docs. 13 a 24**).

Discorre que nos termos do art. 16, I do RICMS/97, são isentas de ICMS as remessas e os recebimentos de amostra grátis. Nesse sentido traz decisões deste CONSEF.

Pede a improcedência do Auto de Infração e indica o seguinte endereço para recebimento das intimações relativas a este processo administrativo: **Lobo & de Rizzo Advogados:** Avenida Brigadeiro Faria Lima, 3900, 3º andar, Itaim Bibi, CEP 04538-132, São Paulo, Capital, aos cuidados do **Senhor Eduardo Martinelli Carvalho**.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 97 a 109 e reconhece as razões de defesa no que tange às mercadorias Tydy Cats, devendo os valores exigidos serem expurgados da infração.

Todavia o mesmo não se pode dizer com relação aos produtos tidos pelo impugnante como amostra grátis. Ocorre que nem todos os requisitos previstos na legislação baiana foram preenchidos para que se configurasse amostra grátis. Quais sejam: a quantidade contida na embalagem excederam em muito o percentual de 20% do conteúdo ou do número de unidades da menor embalagem de apresentação comercial do produto, para venda ao consumidor, na forma do § 1º do art. 16 ou principalmente porque as amostras representativas de fragmentos da mercadoria foram encaminhadas para o mesmo cliente, em quantidade bem superior à estritamente necessária para dar a conhecer a sua natureza, espécie e qualidade, a teor do inciso I e caput do art. 16 do RICMS.

Passa a demonstrar cabalmente aproveitando-se da tabela descritiva dos produtos alcançados pela fiscalização e elaborada pela auauada, fl. 46 e 47, a partir da qual o autuante com base no demonstrativo, que ora junta, indica uma apresentação igual ou similar do mesmo produto, em que se fez a retenção e o pagamento do imposto, na forma a se chegar no quadro que elabora.

Acrescenta que o autuado não anexou embalagens de várias apresentações que foram alcançadas na fiscalização. Destaca que a maior parte das apresentações não trazidas pelo autuado alude a embalagens de 08 Kg, o que extrapola o intuito almejado de amostra grátis. Ressalta que as remessas foram feitas em quantidades incondizentes para serem destinadas a simples amostra grátis. Há casos em que milhares de amostra foram encaminhadas num único dia e num mesmo documento fiscal para o mesmo cliente, de sorte a descaracterizar os produtos como tal.

Pede a procedência parcial da autuação.

O PAF foi diligenciado à inspetoria de origem, para que o autuante elaborasse novas planilhas com o fechamento dos valores devidos, com a exclusão da primeira parte da autuação, relativa às Tydy Cats. (fl. 138).

O autuante promoveu a adequação nos novos demonstrativos de fls. 143 a 149, quando foi entregue ao contribuinte cópias dos mesmos, sendo que novo demonstrativo de débito perfaz o total de ICMS de R\$22.445,51, consoante a planilha de fl. 143.

O contribuinte devidamente cientificado não se manifestou.

## VOTO

Constato que o presente Auto de Infração foi lavrado com obediência aos ditames do art. 39 do RPAF/99, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Com relação à primeira parte da infração, relativa às operações com a mercadoria TYDY CATS, não esta dúvida de que se trata de areia higiênica para gatos, e como tal não se trata de rações para gatos, não está classificada na posição NBM/SH 2309, logo não se sujeita às regras do Protocolo ICMS-ST 26/04. Desta forma, devem ser excluídos os seus valores da autuação, tal como solicitado na diligência ao autuante.

Quanto à alegação da defesa de que mercadorias autuadas seriam amostras grátis, e estariam sob o benefício da isenção do imposto, entendo que por não preencherem os requisitos contidos no art. 16 do RICMS, estas não podem ser consideradas isentas de ICMS, ou consideradas “amostra grátis”, ou seja, para distribuição gratuita.

Reza o mencionado dispositivo legal :

*“Art. 16. São isentas do ICMS as remessas e os recebimentos de amostras grátis:*

*I - nas saídas e nos recebimentos de amostras grátis de produto de diminuto ou nenhum valor comercial, assim considerados os fragmentos ou partes de qualquer mercadoria, desde que em quantidade estritamente necessária para dar a conhecer a sua natureza, espécie e qualidade;*

*(...)*

*§ 1º Para os efeitos do inciso I, somente serão consideradas amostras grátis as que satisfizerem às seguintes exigências:*

*I - as saídas deverão ser feitas a título de distribuição gratuita, com indicação da gratuidade do produto em caracteres impressos com destaque;*

*II - as quantidades não poderão exceder de 20% do conteúdo ou do número de unidades da menor embalagem de apresentação comercial do mesmo produto, para venda ao consumidor;*

Outrossim, restou comprovado nos autos que a apresentação das mercadorias, em alguns casos, nos quais o contribuinte entendeu que preencheriam as condições para serem consideradas “amostra grátis”, é exatamente igual daquela em que se fez a venda e a respectiva retenção do ICMS, tal como explanado na informação fiscal, de modo individualizado, para cada produto autuado.

De outro lado, no produto Proplan Vital Age 48 x 80 agtrs BR em que não foi encontrado produto similar com retenção, vê-se que na nota fiscal em que não foi feita a retenção, fl. 26, foram remetidas 288 unidades, portanto em quantidade muito superior à estritamente necessária para dar a conhecer a sua natureza, espécie e qualidade, contrariando o art. 16 do RICMS/BA.

Observo também como destacado na informação fiscal, que o autuado não anexou embalagens de várias apresentações que foram alcançadas na fiscalização. Ademais, o autuante destacou que a maior parte das apresentações não trazidas pelo autuado alude a embalagens de 08 Kg, o que extrapola o intuito almejado de amostra grátis. Também ressaltou que as remessas foram feitas em quantidades incondizentes para serem destinadas a simples amostra grátis, haja vista que há casos em que milhares de amostra foram encaminhadas, num único dia, e num mesmo documento fiscal, para o mesmo cliente, de sorte a descaracterizar os produtos como tal.

Diante destas razões entendo que as mercadorias em que a defendente tentou enquadrar como amostras grátis, não restou comprovado que efetivamente dessa espécie se tratava, e portanto devem permanecer na autuação.

Remanesce na infração os valores relatados no demonstrativo de débito de fl.143, a infração passa a ser no valor de R\$22.445,51.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206912.0049/12-9**, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$22.445,51**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, II, “e”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº **13.537/11**, com efeitos a partir de **20/12/11**.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de agosto de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR