

**A. I. Nº** - 206912.0011/17-2  
**AUTUADO** - CERVEJARIA PETRÓPOLIS S/A  
**AUTUANTE** - VLADIMIR MIRANDA MORGADO  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 07.12.2018

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0186-05/18**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO ESTABELECIDO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. OPERAÇÕES REGIDAS POR ACORDO INTERESTADUAL – PROTOCOLO. **a)** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Excluídos da autuação os produtos “Blue Spirit Ice” (bebida ice) e “Vodka”. Restou comprovado nos autos e reconhecido pelo autuante, na fase de informação fiscal, que a cobrança do ICMS-ST é indevida, visto que as saídas dessas mercadorias para o território baiano se reportam ao período compreendido entre outubro e dezembro de 2016. Neste lapso temporal, o Estado da Bahia denunciou o Protocolo ICMS 107/09, que regia o ICMS-ST das operações interestaduais com as referidas mercadorias. Mantida a cobrança do imposto em relação às operações acobertadas por notas fiscais de complementação do IPI federal por ser elemento integrante da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, conforme determina a cláusula quarta do Protocolo ICMS nº 11/91. O fato de a empresa autuada ter emitido posteriormente à venda das cervejas, notas fiscais que formalizaram a complementação do mencionado tributo federal, não a exonera de igualmente proceder ao recolhimento suplementar do imposto estadual. Mantida também a exigência do tributo em relação ao produto Energético TNT (Cápsulas TNT). O regime da substituição tributária regido pelo Protocolo ICMS nº 11/91, determina a tributação antecipada do imposto sobre as operações com energéticos, os equiparando aos refrigerantes, fazendo referência ao código NCM 2106.90 (preparações alimentícias - outras). Sendo a tributação em exame pautada na equiparação, estão incluídos nesse regime todos os produtos da posição 21.06.90, inclusive os energéticos em forma de cápsulas, classificados pelo contribuinte, nas notas fiscais de sua emissão, na posição 21.06.90.30 (complemento alimentares). **b)** RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. Infrações vinculadas a essa acusação reconhecidas e quitadas pelo contribuinte. Remessa dos autos para homologação das quantias recolhidas. Afastada a preliminar de nulidade suscitada na peça defensiva. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 26/12/2017, para exigir ICMS no valor principal de R\$222.775,91, contendo as seguintes imputações:

**Infração 01** – Procedeu a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor exigido: R\$78.938,21. Multa: 60%.

**Infração 02** – Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor exigido: R\$108.359,05. Multa: 60%.

**Infração 03** – Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor exigido: R\$30.951,21. Multa de 60%.

**Infração 04** - Procedeu a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor exigido: R\$4.527,44. Multa: 60%.

O contribuinte foi notificado do lançamento de ofício via correios, em 08/01/2018 e ingressou com defesa administrativa protocolada em 05/03/2018, peça processual anexada às fls. 22 a 34 dos autos, subscrita por advogados com procuração nos autos (docs. fls. 38 a 42).

Após fazer uma síntese dos fatos que conduziram à autuação a defesa reconheceu a procedência parcial das infrações lançadas, relativamente aos itens 01 e 04, efetuando o pagamento dessas cobranças, conforme atesta as guias de recolhimento juntadas às fls. 51 a 56 dos autos.

Suscitou a nulidade parcial do Auto de Infração por erro de enquadramento legal da infração 02, visto que o autuante enquadrou os fatos no art. 10 da Lei nº 7.014/96 e no Protocolo ICMS nº 11/91. Afirma a defendente, que não se aplica ao caso, o Protocolo nº 11/91 em relação ao produto “bebida ice”, incorrendo o autuante, portanto, em erro grave, comprometendo o direito à ampla de defesa e ao exercício do contraditório.

Contestou, no mérito, as infrações 02 e 03. No tocante à infração 02, no importe principal de R\$108.359,05, afirmou que nessa ocorrência estão inseridos três produtos distintos (**Cerveja, Cápsula TNT e Bebida Ice**), que possuem elementos particulares.

Quanto ao produto cerveja, disse que em que pese ter sido constatada a falta de recolhimento do ICMS-ST no importe de R\$2.676,56, em relação às Notas Fiscais Eletrônicas (NFs-e) nºs 89666, 89673, 89677 e 89691, foram efetuados os pagamentos do imposto das operações acobertadas por aqueles documentos através das Notas Fiscais Eletrônicas (NFs-e) nºs 64646, 64661, 64749 e 64873, respectivamente. Afirmou que essas últimas NFs-e tratam-se de documentos complementares emitidos para apurar o IPI – imposto sobre produtos industrializados, que em nada modificaram o fato gerador do ICMS-ST. Reproduziu através de cópias das NFs-e nº 64646 e 8966 os cálculos do IPI para as referidas operações. Reafirmou que o ICMS-ST já havia sido recolhido quando da emissão das notas fiscais objeto da autuação, não havendo quaisquer valores em relação a esses documentos. Pede o cancelamento da cobrança em relação a esses itens.

Quanto ao produto “Cápsula TNT”, também integrante da infração 02, a defesa sustenta a não incidência do ICMS-ST por se tratar de mercadoria classificada na NCM 2106.90.30 (complemento alimentares), no formato de cápsulas. Argumenta que na legislação, apenas os itens classificados no código NCM 2106.90 (bebidas) têm previsão e obrigatoriedade de recolhimento do ICMS-ST, por força do Protocolo ICMS 11/91 e Anexo 1 do RICMS/Ba. Pede o cancelamento da cobrança em relação a esse item, por entender inexistir obrigatoriedade de retenção do ICMS pelo regime de substituição tributária.

Em seguida, a defesa aponta a ausência de legalidade em relação à cobrança do ICMS-ST sobre as operações com o produto “Bebidas Ice”. Argumenta a impugnante se tratar de produto cuja comercialização ocorreu no período entre 03/10/2016 e 13/12/2016, cuja inserção no regime de pagamento antecipado do imposto é regida pelo Protocolo ICMS nº 107/09 e não pelo Protocolo ICMS nº 11/91, conforme foi indicado no Auto de Infração. Acrescentou que o Estado da Bahia

denunciou o aludido Protocolo ICMS nº 107/09, a partir de 01/10/2016, através do Dec. nº 16.984/2016, deixando de ser obrigatória a antecipação do imposto nas vendas destinadas a contribuintes baianos. Pede que seja declarada a nulidade das cobranças baseadas no Protocolo ICMS 107/09 por se tratar de bebida quente – vodka – tendo em vista que o citado Protocolo deixou de ser aplicado pelo Estado da Bahia desde 01/10/2016 e a referida mercadoria foi comercializada no período entre 03/10/2016 a 12/12/2016.

Formula os seguintes pedidos ao final da peça defensiva:

- a) Seja decreta a extinção dos débitos constantes das infrações 01 (08.07.02) e 04 (08.48.02), nos termos do artigo 156, I, do CTN;
- b) Seja acolhida a preliminar de nulidade do auto de infração em relação à parte da Infração 02, para o fim de cancelar a presente autuação neste ponto, observando que a norma aplicada não condiz com o tipo da infração, ou seja, não se descreveu suficientemente as infrações "supostamente" cometidas pela impugnante, conforme exigido pela legislação;
- c) Superada a nulidade, que no mérito seja o presente auto de infração em relação às infrações 02 (08.07.03) e 03 (08.48.01) julgado TOTALMENTE IMPROCEDENTE, nos termos das fundamentações supra.

Protestou provar o alegado por todos os meios de prova permitidas no ordenamento jurídico, em especial, provas documentais e testemunhais, perícias e tudo mais que pudesse possibilitar o perfeito deslinde do feito, conforme autorizado pelo Código Tributário do Estado da Bahia.

Foi prestada INFORMAÇÃO FISCAL protocolada em 14/05/2018, peça processual que se encontra anexada às fls. 89 a 93, verso.

Após fazer considerações iniciais em torno das cobranças lançadas no Auto de Infração e dos argumentos expostos na peça impugnatória do contribuinte, passou a discorrer acerca das razões defensivas.

Quanto à preliminar de nulidade disse que a rigor a suposta nulidade não alcançaria toda a infração 02, pois vários tipos de mercadorias foram ali arrolados. Que em verdade, a objeção refere-se à capitulação do produto “blue spirit ice”, de fato uma bebida alcoólica que possui enquadramento legal no Protocolo ICMS 107/09 e não no Protocolo ICMS 11/91. Que não obstante o enquadramento estar correto no tocante à violação do art. 10 da Lei nº 7014/96, o acordo interestadual a ser aplicado seria outro. Afirmou, entretanto, que tal desconsideração não enseja a nulidade do auto neste particular, até porque a multa a ser adotada é a mesma, no percentual de 60%.

Em seguida, afirmou que o próprio RPAF-BA estipula, nos arts. 18 e 19, que não enseja a anulação do lançamento, o fato de ter havido enquadramento normativo incorreto, desde que pela descrição dos fatos se conclua pelo cometimento da irregularidade. Transcreveu os referidos dispositivos na peça informativa e pede o afastamento da preliminar defensiva.

Ao ingressar nas razões de defesa atinentes ao mérito passou a abordar a contestação quanto ao item “cervejas”, declarando que a autuada admite que as notas fiscais levantadas no lançamento registram complementação do pagamento do IPI, haja vista a inobservância da legislação federal.

Frisou entretanto, que o IPI é elemento integrante da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, conforme estipula a cláusula quarta do Protocolo ICMS 11/91, com a seguinte redação abaixo transcrita:

*“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, sobre o preço máximo de venda a varejo fixado pela autoridade competente, deduzindo-se, do valor obtido, o imposto devido pelo industrial, importador, arrematante ou engarrafador, ou, na hipótese da cláusula anterior, o imposto devido pelo distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista.*

§ 1º Na hipótese de **não haver** preço máximo fixado por autoridade, o imposto a ser retido pelo contribuinte será calculado sobre a **seguinte base de cálculo**:

1. ao montante formado pelo preço praticado pelo distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista, **incluídos o IPI, frete e/ou frete até o estabelecimento varejista e demais despesas debitadas ao estabelecimento destinatário, será adicionada a parcela resultante da aplicação dos seguintes percentuais, sobre o referido montante ...**”

Nestas condições, argumenta que o fato da empresa ter emitido posteriormente à venda da cerveja, notas fiscais que formalizaram a complementação do pagamento do mencionado tributo federal, não a exonera de igualmente proceder ao recolhimento suplementar do imposto estadual. Declarou que se prevalecesse a tese da defesa, bastava o contribuinte ignorar o lançamento do IPI quando da venda do produto sujeito à tributação antecipada para depois emitir o documento complementar, escapando de considerar tal circunstância da base impositiva do tributo estadual. Pede que não sejam acolhidas as razões expostas pelo autuado.

Quanto ao produto Energético TNT (Cápsulas TNT) o autuante declarou que o lançamento efetuado deve ser confirmado pela instância julgadora.

Disse que nesse particular o sujeito passivo apegou-se ao tipo de apresentação do produto em cápsulas, ao invés de na sua composição líquida. Que não obstante o regime jurídico da substituição estabelecido no Prot. ICMS 11/91 deflagrar a tributação antecipada nas transações com energéticos, não importa, para o caso em análise, de que forma eles sejam comercializados. Declarou que o entendimento contrário incorreria na ilogicidade de um mesmo produto ser tributado de maneira distinta, só porque ele pode ser apresentado de muitas maneiras. Acrescentou que no código 21 da NCM estão alimentos diversos e não só bebidas, conforme se verifica na reprodução abaixo:

“Classificação Descrição

21 Preparações Alimentícias Diversas

2106 - Preparações Alimentícias não especificadas nem compreendidas noutras posições”

Dentro da subclassificação 2106.90 (Outras Preparações Alimentícias) – a estampada no acordo interestadual sob exame – não há referência a bebidas, mas a produtos alimentares diversos que podem posteriormente ser transformados em bebidas, cápsulas etc.

Reproduziu na peça informativa o conteúdo da referida capitulação na tabela do NCM, conforme abaixo:

Classificação	Descrição
<u>2106.10.00</u>	<u>Concentrados de proteínas e substâncias proteicas texturizadas</u>
<b><u>2106.90</u></b>	<b><u>OUTRAS</u></b>
<u>2106.90.10</u>	<b><u>Preparações do tipo utilizado para elaboração de bebidas</u></b>
<u>2106902</u>	<b><u>PÓS, INCLUSIVE COM ADIÇÃO DE AÇÚCAR OU OUTRO EDULCORANTE, PARA A FABRICAÇÃO DE PUDINS, CREMES, SORVETES, FLANS, GELATINAS OU PREPARAÇÕES SIMILARES</u></b>
<u>2106.90.21</u>	<u>Para a fabricação de pudins, em embalagens imediatas de conteúdo inferior ou igual a 1 kg</u>
<u>2106.90.29</u>	<u>Outros</u>
<u>2106.90.30</u>	<b><u>Complementos alimentares</u></b>
<u>2106.90.40</u>	<u>Misturas à base de ascorbato de sódio e glucose próprias para embutidos</u>
<u>2106.90.50</u>	<u>Gomas de mascar, sem açúcar</u>
<u>2106.90.60</u>	<u>Caramelos, confeitos, pastilhas e produtos semelhantes, sem açúcar</u>
<u>2106.90.90</u>	<u>Outras”</u> (maiúsculas da fonte original; negritamos).

Disse ser evidente, pela interpretação do capítulo 21 da NCM, que não são as bebidas o objeto da classificação dos produtos ali contidos, mas as Preparações Alimentícias Diversas, das quais as substâncias energéticas se encaixam.

Frisou que as cápsulas acondicionam pós, tal qual ocorre com medicamentos, e nestas circunstâncias se o pó tem na sua composição uma substância energética, como tal deverá ser considerado para efeito de Substituição Tributária, visto que não há na subclassificação, referência

a bebida energética, mas a substância alimentar (inclusive energética) que pode se transformar em cápsulas e bebidas, dentre outras.

Declarou que nenhum óbice existe que tais cápsulas sejam compradas e dissolvidas em líquidos e que todos os produtos classificáveis na subposição 2106.90 são alcançados pelo acordo interestadual em tela, desde que signifiquem ser uma substância de natureza energética. Reafirmou que não são os energéticos dissolvidos em líquidos que ensejam a tributação antecipada, mas os energéticos de modo geral, desde que enquadráveis na NCM 2106.90 e que o próprio contribuinte insere o produto sob exame nessa posição.

Ressaltou, mais à frente, que o legislador da NCM deu ênfase às bebidas não no Capítulo 21, mas no Capítulo 22. Fez a transcrição dessas classificações na NCM, conforme teor abaixo:

***“Capítulo 22 - Bebidas, líquidos alcoólicos e vinagres***

*22.01 Águas, incluindo as águas minerais, naturais ou artificiais, e as águas gaseificadas, não adicionadas de açúcar ou de outros edulcorantes nem aromatizadas; gelo e neve.*

*2201.10.00 - Águas minerais e águas gaseificadas 20*

*2201.90.00 - Outros 20*

*22.02 Águas, incluindo as águas minerais e as águas gaseificadas, adicionadas de açúcar ou de outros edulcorantes ou aromatizadas e outras bebidas não alcoólicas, exceto sucos (sumos) de frutas ou de produtos hortícolas, da posição 20.09.*

*2202.10.00 - Águas, incluindo as águas minerais e as águas gaseificadas, adicionadas de açúcar ou de outros edulcorantes ou aromatizadas*

*2202.90.00 – Outras*

***2203.00.00 Cervejas de malte”.***

Pede, igualmente, a confirmação dessa cobrança em relação ao produto **“Cápsulas TNT – energético”**.

Quanto aos produtos “Blue Spirit Ice” e “Vodka Nordka” o autuante reconhece a procedência dos argumentos de defesa. Informou que as operações alcançadas nesses itens se reportam ao período compreendido entre outubro e dezembro de 2016, de sorte que neste lapso temporal o Estado da Bahia denunciou o Protocolo ICMS 107/09, anunciado em nível nacional pelo Despacho Executivo Confaz nº 147/2016 e suportado através do Decreto Estadual nº 16.984/2016.

Elaborou novos Demonstrativos de Débito para as infrações 02 e 03, reproduzidos à fl. 93 dos autos, sendo a infração 02 reduzida para a cifra de R\$20.874,31 e infração 03 “zerada”. Apresenta também planilha discriminativa das infrações às fls. 94 e 95 deste PAF.

Pede o autuante, ao finalizar a peça informativa, que o Auto de Infração seja julgado PROCEDENTE EM PARTE.

Notificado do inteiro teor da informação fiscal o contribuinte apresentou manifestação escrita anexada às fls. 99 a 105, subscrita por advogados.

Contesta a defesa o saldo remanescente da autuação, com a exclusão dos valores reconhecidos pelo contribuinte e as parcelas reduzidas pelo autuante em relação aos produtos **“Blue Spirit Ice”** e **“Vodka Nordka”**.

Uma parte do saldo remanescente impugnado compreende a cobrança do ICMS-ST sobre as operações de emissão de NFs-e complementares nºs 89666, 89673, 89677 e 89691, com destaque do IPI, referente ao produto cerveja. O contribuinte reiterou o argumento defensivo de que o ICMS-ST foi integralmente recolhido pelas NFes-e originárias de nºs 64646, 64661, 64749 e 64873.

Quanto à cobrança do ICMS-ST sobre o produto “Cápsula TNT”, a defesa também reiterou as razões expostas na inicial pela ilegalidade da exigência fiscal por se tratar de produto não enquadrado no regime da antecipação total, visto se tratar de mercadoria classificada na NCM no código 2106.90.30

(complementos alimentares), no formato de cápsulas, enquanto a legislação insere na tributação antecipada os itens contidos no código NCM 2106.90, classificados como bebidas, de acordo com o Protocolo ICMS 11/91 e Anexo 01 do RICMS/BA. Voltou a pedir o cancelamento integral da infração 02, a extinção dos débitos já recolhidos (infrações 01 e 04) e a improcedência da infração 03.

Em nova INFORMAÇÃO FISCAL, datada de 26/07/2018 e apensada às fls. 115/116, o autuante declarou que nenhuma argumentação adicional defensiva foi produzida com a capacidade de modificar a lide. Ressaltou, inclusive, que o contribuinte desistiu de reiterar o seu pedido de nulidade do lançamento. Em seguida, informou que as infrações 01 e 04 contaram com o reconhecimento e pagamento por parte da empresa, em cujo montante o setor competente irá dizer se implicou em quitação ou não e à vista dos motivos aduzidos na impugnação, a infração 03 foi admitida como improcedente.

Cingiu-se a discussão remanescente à infração 02, relacionada a três produtos:

- *“Blue Spirit Ice” e “Vodka Nordka”: Razões agitadas pelo sujeito passivo acabaram sendo acatadas pelo autuante e os valores respectivos foram retirados do levantamento.*
- *“Energético TNT”: em que a defesa reiterou a tese de não estar a mercadoria inserida na tributação antecipada, apesar da própria empresa classificá-la em NCM sujeito a tal regime jurídico.*
- *“Cervejas”: As notas fiscais objeto de autuação dizem respeito a lançamento de IPI, em cujo corpo não se vê o destaque do imposto estadual, apesar de ser o tributo federal elemento integrante da base de cálculo do último, a teor do disposto na cláusula quarta, §1º, 1, do Prot. ICMS 11/91.*

Concluiu a peça informativa ratificando o quanto já declarado nas informações fiscais anteriores.

## VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 4 (quatro) infrações, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

As infrações 01 e 04 foram reconhecidas pelo contribuinte. Na fase de defesa foi providenciado o pagamento dessas ocorrências conforme atestam os documentos de arrecadação estadual juntados às fls. 51 a 56 dos autos e relatório do SIGAT (Sistema de Gestão Tributária da SEFAZ-Ba), doc. fls. 118 a 122. Os valores recolhidos pelo sujeito passivo deverão ser homologados pela repartição de origem do processo (IFEP Comércio). Os referidos itens da autuação são, portanto, PROCEDENTES, considerando especialmente o reconhecimento das infrações pelo contribuinte.

Remanesceu em discussão as infrações 02 e 03, relacionadas à falta de retenção e recolhimento do ICMS-ST (substituição tributária para frente). Essas ocorrências são imputações fiscais de operações interestaduais destinadas ao Estado da Bahia com os produtos: **Cerveja, Energético TNT (Cápsulas TNT), Blue Spirit Ice (bebida ice) e Vodka Nordka.**

Quanto às operações relativas aos produtos “Blue Spirit Ice” (bebida ice) e “Vodka Nordka”, restou comprovado nos autos, e reconhecido pelo autuante, na fase de informação fiscal, que a cobrança do ICMS-ST é indevida, visto que as saídas dessas mercadorias para o território baiano se reportam ao período compreendido entre outubro e dezembro de 2016, e neste lapso temporal, o Estado da Bahia denunciou o Protocolo ICMS 107/09, que regia o ICMS-ST das operações interestaduais com as referidas mercadorias. Merece destaque que a denúncia do acordo interestadual foi anunciada, em nível nacional, pelo Despacho Executivo Confaz nº 147/2016 e formalizada no Estado da Bahia pelo Decreto Estadual nº 16.984/2016.

Portanto, são indevidas as cobranças vinculadas aos produtos **“Bebida Ice” e “Vodka”**, fato que foi expressamente reconhecido pelo autuante na Informação Fiscal. Em decorrência, a nulidade

suscitada pelo contribuinte quanto ao erro de enquadramento da norma interestadual regente das operações, fica superada, posto que no mérito a cobrança do ICMS-ST foi afastada.

No que se refere às operações de saídas de cervejas acobertadas pelas notas fiscais eletrônicas de nº 64646, 64661, 64749 e 64873, com complementação de IPI, através da emissão das notas fiscais eletrônicas nº 89666, 89673, 89677 e 89691, estas últimas objeto da autuação, observo, em concordância com o autuante, que o imposto federal sobre produtos industrializados, é elemento integrante da base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, consoante determina a cláusula quarta do Protocolo ICMS 11/91, que rege as operações interestaduais envolvendo o Estado da Bahia e demais Estados signatários, entre eles São Paulo, onde se encontra localizada a empresa remetente dos produtos. Transcrevo abaixo a redação da cláusula citada, que apresenta o seguinte texto:

*“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, sobre o preço máximo de venda a varejo fixado pela autoridade competente, deduzindo-se, do valor obtido, o imposto devido pelo industrial, importador, arrematante ou engarrafador, ou, na hipótese da cláusula anterior, o imposto devido pelo distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista.*

*§ 1º Na hipótese de **não haver** preço máximo fixado por autoridade, o imposto a ser retido pelo contribuinte será calculado sobre a seguinte base de cálculo:*

*1. ao montante formado pelo preço praticado pelo distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista, **incluídos o IPI**, frete e/ou frete até o estabelecimento varejista e demais despesas debitadas ao estabelecimento destinatário, será adicionada a parcela resultante da aplicação dos seguintes percentuais, sobre o referido montante ...”*

O fato da empresa autuada ter emitido posteriormente à venda da cerveja, notas fiscais que formalizaram a complementação do mencionado tributo federal não a exonera de igualmente proceder ao recolhimento suplementar do imposto estadual. Não restou comprovado nos autos que o contribuinte reteve e recolheu o ICMS-ST sobre a parcela do IPI completado nas notas fiscais que integram essa cobrança.

Fica mantida a exigência fiscal em relação às operações com cerveja, no que se refere às notas fiscais eletrônicas de complementação do IPI federal.

Passo doravante ao exame da parcela da infração 02, relacionada ao produto **Energético TNT (Cápsulas TNT)**.

O regime da substituição tributária regida pelo Protocolo ICMS nº 11/91, determina a tributação antecipada do imposto sobre as operações com energéticos, os equiparando aos refrigerantes, fazendo referência ao código NCM 2106.90 (preparações alimentícias - outras). Sendo a tributação em exame pautada na equiparação, entendo que estão incluídos nesse regime todos os produtos da posição 21.06.90, inclusive os energéticos em forma de cápsulas, classificados pelo contribuinte, nas notas fiscais de sua emissão, na posição 21.06.90.30 (complemento alimentares).

Pelas razões acima expostas, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com a exclusão parcial do débito lançado na infração 02 e a retirada total do débito lançado na infração 03.

A Infração 02 fica reduzida de R\$108.359,05 para a cifra de R\$20.874,31, com data de ocorrência em 31/03/2016, e data de vencimento em 09/04/2016, tudo conforme discriminado no Demonstrativo de Débito anexado à fl. 93 dos autos.

Os valores recolhidos em relação às infrações 01 e 04, no valor principal, respectivamente, de R\$78.938,21 e R\$4.527,44, deverão ser homologados pela repartição de origem do processo (IFEP Comércio).

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206912.0011/17-2**, lavrado contra **CERVEJARIA PETRÓPOLIS S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$104.339,96**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea "e" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

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 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala de sessões do CONSEF, 11 de outubro de 2018.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA