

**PROCESSO** - A. I. Nº 206912.0011/17-2  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CERVEJARIA PETRÓPOLIS S/A.  
**RECORRIDOS** - CERVEJARIA PETRÓPOLIS S/A e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0186-05/18  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 08/07/2020

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0093-11/20-VD

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. VENDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA A CONTRIBUINTES DESTE ESTADO. MERCADORIAS RELACIONADAS EM ACORDOS INTERESTADUAIS. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. **a)** Correta a exclusão dos valores relativos aos produtos “Blue Spirit Ice” e “Vodka” que, à época dos fatos geradores, o Estado da Bahia havia denunciado ao Protocolo ICMS 107/09, que regia o ICMS-ST das operações interestaduais com as referidas mercadorias. Mantida a Decisão recorrida; **b)** Afastada a exigência do ICMS-ST sobre cápsula de “*ENERGETICO TNT*”, por falta de previsão legal. Razões recursais acolhidas. Modificada a Decisão recorrida; **c)** Razões recursais insuficientes à reforma da Decisão recorrida quanto ao ICMS-ST relativo às notas fiscais de complementação do IPI, por ser elemento integrante da aludida base de cálculo do ICMS, conforme determina a cláusula quarta do Protocolo ICMS 11/91. Mantida a Decisão recorrida deste item. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão JJF nº 0186-05/18, ter desonerado o sujeito passivo parcialmente do débito exigido na infração 2 e integralmente a exação 3, cujo montante do débito desonerado foi superior R\$200.000,00, consoante art. 169, I, “a” do RPAF e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte que inconformado com a dita Decisão, quanto à infração 2, apresenta a peça recursal, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF.

O Auto de Infração nº 206912.0011/17-2 foi lavrado para exigir do estabelecimento autuado, localizado no Estado de São Paulo, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, o débito de R\$222.775,91, em razão da constatação de quatro irregularidades, no exercício de 2016, sendo objeto de recursos as seguintes infrações:

*Infração 2 - Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, no valor de R\$108.359,05, sob enquadramento legal no art. 10 da Lei nº 7.014/96 c/c cláusulas primeira, quarta e quinta do Protocolo ICMS 11/91, conforme demonstrado à fl. 15 dos autos, relativo à cerveja, blue spirit ice e energético TNT energy drink caps.*

*Infração 3 - Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, no valor de R\$30.951,21, sob enquadramento legal no art. 10 da Lei nº 7.014/96 c/c cláusulas primeira e terceira a quinta do Protocolo ICMS 107/09, conforme demonstrado à fl. 14 dos autos, relativo à vodka.*

A Decisão de piso julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, no valor de R\$104.339,96, após salientar que o sujeito passivo recolheu integralmente às infrações 1 e 4, devendo as mesmas serem excluídas da lide. No mérito, tece as seguintes considerações:

**VOTO**

[...]

*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).*

Diante de tais considerações a Decisão da JJF foi pela Procedência Parcial do Auto de Infração, no valor histórico de R\$104.339,96, recorrendo de ofício para uma das Câmaras do CONSEF.

Inconformado com a Decisão proferida pela 5ª JJF, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário, às fls. 139/147 dos autos, onde, em relação ao valor remanescente julgado de R\$20.874,31 da infração 2, diz que R\$2.676,57 corresponde ao produto “cerveja” e que, conforme esclarecido na impugnação, o ICMS-ST cobrado foi relativo às Notas Fiscais nºs 89666, 89673, 89677 e 89691, as quais tratam de documentos complementares emitidos para apurar o Imposto Sobre Produtos Industrializados complementar relativos às Notas Fiscais nºs 64646, 64661, 64749 e 64873, nas quais já foram destacados o ICMS-ST referentes àqueles documentos, logo, segundo o recorrente, não se tratou de uma nova operação e, portanto, em nada modificou o fato gerador do ICMS-ST e o seu recolhimento, ocorrido quando da emissão das Notas Fiscais nºs 64646, 64661, 64749 e 64873.

Quanto às cápsulas de TNT, o outro produto que teve a autuação mantida no valor remanescente julgado de R\$20.874,31 da infração 2 (fl. 15), o recorrente diz que não é sujeito passivo do ICMS-ST, pois o Protocolo ICMS 11/91, utilizado pelo autuante para enquadrar a exação, se aplica somente as bebidas, logo, não aos complementos alimentares como é o caso da cápsula TNT, eis que resta assente que o citado protocolo equipara aos refrigerantes **às bebidas energéticas**, enquanto o objeto autuado (Cápsulas TNT) é **complemento alimentar**, não sendo razoável o entendimento da JJF de que estão incluídos nesse regime todos os produtos da posição 21.06.90, inclusive os energéticos em forma de cápsulas.

Reitera que o Protocolo ICMS 11/91 é expresso em equiparar ao refrigerante somente as bebidas que integram a posição 2106.90, logo, não há como estender essa equiparação a outras preparações alimentícias, tais quais gomas de mascar ou complementos alimentares como as cápsulas de TNT, pois, independentemente de qualquer argumento, os legisladores foram expressos ao equiparar a refrigerante as **bebidas energéticas**, não cabendo ampliar os produtos aos quais se aplica o Protocolo ICMS 11/91.

Por fim, requer que seja julgado improcedente a exigência relativa à cerveja, vez que as NF autuadas foram meros ajustes de IPI, sendo o ICMS-ST devidamente recolhido pelas NF originais e que seja julgado improcedente a exação em relação às cápsulas de TNT, haja vista que se trata de complemento alimentar, e não bebida, sendo inaplicável o Protocolo ICMS 11/91 e indevido o ICMS-ST no presente caso.

## VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo de parte do débito da infração 2 e integralmente do débito da exação 3 do lançamento de ofício, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte para modificar a aludida Decisão no que diz respeito ao valor remanescente da infração 2 do Auto de Infração.

Quanto ao Recurso de Ofício, da análise das peças processuais, depreende-se que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação em relação à desoneração parcial da infração 2 e integral da exação 3, tendo em vista que tais valores decorreram de exigências do ICMS-ST relativo aos produtos “vodka” e “bebida Blue Spirit Ice”, os quais, à época dos fatos geradores, ocorridos no período de outubro a dezembro de 2016, o Estado da Bahia havia denunciado ao Protocolo ICMS 107/09, que regia o ICMS-ST das operações interestaduais com as referidas mercadorias, sendo, portanto, indevidas tais exigências ao sujeito

passivo, ora recorrido, fato este expressamente reconhecido pelo autuante na Informação Fiscal, às fls. 92 v dos autos, o qual apresentou novo demonstrativo (fl. 93) consignando o valor de R\$20.874,31 para a infração 2 e “zero” para a infração 3, após as devidas considerações.

Diante de tais constatações, me alinho à Decisão recorrida e concluo pelo Não Provimento do Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, cabe destacar que se cinge em duas alegações recursais, a saber:

1. O ICMS-ST de R\$2.676,57 corresponde ao produto “cerveja”, quanto às Notas Fiscais n<sup>os</sup> 89666, 89673, 89677 e 89691, que tratam de documentos emitidos para apurar o IPI complementar relativos às Notas Fiscais n<sup>os</sup> 64646, 64661, 64749 e 64873, nas quais já foram destacados o ICMS-ST referentes àqueles documentos;
2. O ICMS-ST de R\$18.197,74 corresponde ao produto “energético TNT em cápsula”, o qual não se equipara às bebidas energéticas, pois o Protocolo ICMS 11/91, utilizado pelo autuante para enquadrar a exação, se aplica somente as bebidas, logo, não aos complementos alimentares como é o caso da cápsula TNT.

Inicialmente, quanto ao ICMS-ST exigido sobre às Notas Fiscais n<sup>os</sup> 89666, 89673, 89677 e 89691, descabe razão ao recorrente de que se tratam apenas de documentos complementares do IPI e, como tal, não haveria interferência no ICMS-ST já destacados nas notas fiscais originais e objeto de complementação do IPI.

Como bem firmado na Decisão recorrida, o Imposto Sobre Produtos Industrializados (IPI) compõe a base de cálculo do ICMS devido por substituição tributária, conforme prevê a cláusula quarta do Protocolo ICMS 11/91, que rege as operações interestaduais envolvendo o Estado da Bahia e o Estado de São Paulo, onde se encontra localizada a empresa remetente de tais produtos.

Portanto, os valores relativos ao IPI ínsitos em notas fiscais complementares também haverão de compor da base de cálculo do ICMS-ST, obrigando ao contribuinte também a proceder ao recolhimento suplementar do imposto estadual, logo, sendo devida a exigência fiscal correspondente.

No tocante ao segundo item das razões recursais, cabe razão ao apelante quando alega que o produto “energético TNT em cápsula” não se coaduna à obrigação de reter o ICMS-ST, conforme previsto no § 2º da cláusula primeira do Protocolo ICMS 11/91, cuja obrigação restringe-se somente às *bebidas*, logo, não abarcando os complementos alimentares como é o caso da *cápsula* TNT.

Conforme se pode constatar do demonstrativo fiscal à fl. 15 dos autos, trata-se “*ENERGETICO TNT ENERGY DRINK CAPS 2 CAPSULAS CAIXA COM 6*”, relativa à Nota Fiscal n° 65796, datada de 31/03/2016.

Já a previsão legal à época contida no § 2º da cláusula primeira do Protocolo ICMS 11/91 é de que:

*Para os efeitos deste Protocolo, equiparam-se a refrigerante as bebidas (grifei) hidroeletrólíticas (isotônicas) e energéticas, classificadas nas posições 2106.90 e 2202.90 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias, Sistema Harmonização - NBM/SH.*

No Anexo 1 do RICMS/12, com redação vigente de 10/03/2016 a 31/01/2017, no item 3.10 para o NCM 2202.9 descrevia o produto “*Bebidas energéticas em embalagem com capacidade inferior a 600ml*” para que incidisse o ICMS-ST nos termos do Protocolo ICMS 11/91, o que afasta a possibilidade de qualquer incidência sobre “*cápsula*” no dito Acordo.

Diante destas considerações, concluo pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário para excluir do valor remanescente de R\$20.874,31 da exação 2 o valor de R\$18.197,74, relativo ao ICMS-ST de cápsulas TNT (fl. 15), resultando a procedência parcial da infração 2 em R\$2.676,57, relativo ao ICMS-ST corresponde ao produto “cerveja”, quanto às Notas Fiscais n<sup>os</sup> 89666, 89673, 89677 e 89691.

Do exposto, somos pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do

Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida quanto a infração 2, no valor de R\$2.676,57, inerente à 31/03/2016, além dos valores relativos às infrações 1 e 4, respectivamente de R\$78.938,21 e R\$4.527,44, reconhecidos e recolhidos pelo sujeito passivo.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206912.0011/17-2**, lavrado contra **CERVEJARIA PETRÓPOLIS S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$86.142,22**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, alíneas “a” e “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo homologar os valores recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de maio de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. PGE/PROFIS