

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 20.575/12/3ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000173304-65
Impugnação: 40.010131747-97
Impugnante: Support Produtos Nutricionais Ltda
IE: 001653123.00-96
Proc. S. Passivo: Edson Marcelo Ikeda/Outro(s)
Origem: P.F/Extrema - Pouso Alegre

EMENTA

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DE ICMS/ST/PROTOCOLO/CONVÊNIO. Constatado falta de retenção e de recolhimento de ICMS/ST na saída de complementos alimentares (PKU 2 Secunda e Neocate Advance) com destino a contribuinte mineiro, em infringência ao RICMS, Anexo XV, Parte 1, arts. 12, 13 e item 43.1.46 da Parte 2. Correta a aplicação da Multa de Revalidação em dobro prevista na Lei nº 6.763/75, art. 56, inciso II, § 2º, inciso I e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII da mesma lei. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Da Autuação

A autuação versa sobre a falta de retenção e de recolhimento de ICMS/Substituição Tributária (ICMS/ST) na saída de produtos complementos alimentares (PKU 2 Secunda e Neocate Advance) com destino a contribuinte mineiro, conforme Nota Fiscal Eletrônica /Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e/DANFEs) nºs 19.021, de 16/02/12, 19.029 e 19.046, de 17/02/12, apresentados no Posto Fiscal de Extrema.

Exige-se ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro prevista na Lei nº 6.763/75, art. 56, inciso II, § 2º, inciso I e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII da mesma lei.

Infringências capituladas na Lei nº 6.763/75, art. 16, inciso IX e no RICMS (aprovado pelo Dec. nº 43.080/02), Parte Geral, art. 20, art. 89, inciso IV, Anexo XV, Parte 1, art. 13 e Parte 2, item 43.1.46.

O Fisco instruiu o processo com o Auto de Infração – AI (fls. 02/03); Demonstrativo de Correção Monetária e Multas – DCMM (fls. 04); Auto de Retenção de Mercadorias – ARM (fls. 05/06); CTCR nº de controle 072.514 (fls. 07); CTR – Minuta de Transporte Rodoviário nº 16-11727962 (fls. 08); cópia dos DANFEs (fls. 09/11) e cópia dos documentos do transportador (fls. 12).

Da Impugnação

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 14/16, com documentos anexados às fls. 17/21, alegando que:

- os produtos constantes das notas fiscais objeto da autuação (PKU 2 Secunda e Neocate Advance) “são alimentos para fins especiais, com ingestão controlada de nutrientes, na forma isolada ou combinada, de composição definida, especialmente formulada e elaborada para uso por sonda ou via oral, industrializada, utilizada exclusivamente ou parcialmente para substituir ou complementar a alimentação oral em pacientes desnutridos ou não, conforme suas necessidades nutricionais em regime hospitalar, ambulatorial ou domiciliar, visando a síntese ou manutenção dos tecidos, órgãos ou sistemas (alimentos para Nutrição Enteral ou Parenteral), Resolução Anvisa nº 449/1999 – Sub item 2.1.1 – Definição”;

- não revende “complementos alimentares compreendendo, entre outros, shakes para ganho ou perda de peso, barra e pós de proteínas, tabletes ou barras de fibra vegetais, suplementos alimentares de vitaminas e minerais em geral, Omega 3 e demais suplementos similares, ainda que em cápsulas”, embora a classificação fiscal dos produtos (2106.90.90) esteja descrita no Regulamento;

- as preparações próprias para evitar ou tratar doenças ou afecções, como é o caso de produtos para nutrição enteral ou parenteral, não se enquadram no conceito de complemento alimentar, segundo as Notas do Sistema Harmonizado de Designação e de Codificação de Mercadorias – NESH 2007, e que, portanto, não sofreriam incidência do ICMS/ST, embora constem do subitem 43.1.35 da parte 2 do anexo XV do RICMS/02;

- para ocorrer o enquadramento no regime de ST seria necessária a cumulatividade na descrição do produto e na classificação da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado – NBM-/H e, no seu caso, somente a classificação fiscal do produto consta expressa no Art. 313-W – Decisão Normativa CAT nº 12, de 26.06.2009;

- corroborando seu entendimento, anexa a Consulta de Contribuinte nº 264/10.

Requer, ao final, a procedência da impugnação.

Da Manifestação Fiscal

O Fisco, em bem fundamentada manifestação de fls. 26/30, que foi utilizada para a decisão, refuta os argumentos da defesa pedindo que o lançamento seja julgado procedente.

DECISÃO

Versa a autuação sobre falta de destaque e recolhimento de ICMS/Substituição Tributária (ICMS/ST) na saída de produtos complementos alimentares (PKU 2 Secunda e Neocate Advance) com destino a contribuinte mineiro,

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

pelo que se exigiu ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro prevista na Lei nº 6.763/75, art. 56, inciso II, § 2º, inciso I e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII da mesma lei.

Referidos produtos estão listados no RICMS, Anexo XV, Parte 2, item 43.1.46 e a legislação mineira exige que, na saída para contribuinte domiciliado neste Estado, o ICMS referente à operação subsequente deve ser retido e recolhido pelo remetente, que detém a responsabilidade pelo seu recolhimento por substituição tributária.

Assim dispõe a legislação em vigor:

RICMS (Dec. nº 43.080/02)

(...)

Art. 20. As regras relativas à substituição tributária são as disciplinadas no Anexo XV.

(...)

Art. 89. Considera-se esgotado o prazo para recolhimento do imposto, inclusive o devido a título de substituição tributária, relativamente à operação com mercadoria cuja saída, entrega, transporte ou manutenção em estoque ocorra:

(...)

IV - com documento fiscal sem destaque do imposto devido.

(...)

ANEXO XV - DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

PARTE 1 - DOS REGIMES DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

(...)

Art. 12. O estabelecimento industrial situado neste Estado ou nas unidades da Federação com as quais Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, nas remessas das mercadorias relacionadas na Parte 2 deste Anexo para estabelecimento de contribuinte deste Estado, é responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e pelo recolhimento do ICMS devido nas operações subseqüentes.

§ 1º As unidades da Federação com as quais Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição tributária, por mercadoria ou agrupamento de mercadorias, são as identificadas nos itens da Parte 2 deste Anexo.

(...)

Art. 13. A responsabilidade prevista no artigo anterior aplica-se também ao remetente não-industrial situado em unidade da Federação com a qual Minas Gerais tenha celebrado protocolo ou convênio para a instituição de substituição

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

tributária, que realizar operação interestadual para destinatário situado neste Estado, ainda que o imposto tenha sido retido anteriormente para outra unidade da Federação.

Art. 32. O sujeito passivo por substituição deverá indicar, nos campos próprios da nota fiscal emitida para acobertar a operação por ele promovida, além dos demais requisitos exigidos:

I - a base de cálculo do ICMS retido por substituição tributária;

II - o valor do imposto retido;

(...)

PARTE 2 - DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, DAS MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME E DAS MARGENS DE VALOR AGREGADO

(...)

43. PRODUTOS ALIMENTÍCIOS			
43.1. Âmbito de Aplicação da Substituição Tributária			
Interno e nas seguintes unidades da Federação: Rio Grande do Sul (Protocolo ICMS 188/09), Santa Catarina (Protocolo ICMS 188/09) e São Paulo (Protocolo ICMS 28/09).			
Subitem	Código NBM/SH	Descrição	MVA (%)
43.1.46	2106.10.00 2106.90.30 2106.90.90	Complementos alimentares compreendendo, entre outros, shakes para ganho ou perda de peso, barras e pós de proteínas, tabletes ou barras de fibras vegetais, suplementos alimentares de vitaminas e minerais em geral, ômega 3 e demais suplementos similares, ainda que em cápsulas	37

Cumpra-se destacar que os produtos remetidos pela Impugnante estão inclusos no Protocolo ICMS nº 28/09 do qual, os Estados de Minas Gerais e São Paulo são signatários e, assim sendo, os contribuintes de ambos devem observar as disposições contidas, nele, inclusive quanto à retenção e recolhimento do ICMS/ST devido na operação. Registre-se que o Estado de Minas Gerais incorporou o disposto no citado Protocolo em sua legislação, como transcrito acima.

A autuada argumenta que os produtos Neocate Advance e PKU 2 Secunda seriam soluções enterais, não se amoldando, portanto, à descrição contida no subitem

43.1.46, utilizando os termos da definição legal desse tipo de produto constantes da Resolução Anvisa nº 449 de 09/09/99, na tentativa de eximir-se da responsabilidade decorrente da legislação mineira, em decorrência do Protocolo ICMS 28/09, que atribui responsabilidade tributária, por substituição, ao contribuinte paulista nas remessas para esse Estado de complementos alimentares. Tal posicionamento encontraria apoio, segundo interpretação da Autuada, no entendimento constante da Consulta de Contribuintes nº 264/10 (fls. 17/21) formulada pela própria Autuada.

Referida Consulta exclui da incidência do ICMS/ST as soluções enterais e parenterais, declarando que, embora estas possuam NBM/SH compatível com a prevista no Anexo XV do RICMS, elas não cumprem corretamente a descrição de complementos alimentares. Dessa forma, considerando as mercadorias como sendo solução enteral, deixou a empresa paulista de reter e recolher ao erário mineiro o ICMS/ST incidente na operação.

Em pesquisa na rede mundial de computadores – internet –, efetuada pelo Fisco, junto ao mercado de suprimentos nutricionais, mercado no qual se inserem os produtos em questão, fica clara a natureza de complemento alimentar dos dois produtos questionados, aproximando-se bastante de outros dois produtos também fornecidos pela empresa paulista: NUTRIDRINK e CALOGEN, que foram objeto de questionamento pelo Fisco pelo AI nº 02.000214818-53, julgado procedente, à unanimidade, Acórdão nº 19.512/10/1ª, publicado em 06/03/10, em que esse Conselho de Contribuintes reconhece a correção da cobrança do ICMS/ST devido em operação similar à praticada agora, tendo em vista o entendimento de que, tais produtos são, de fato, complementos alimentares. Abaixo a ementa do referido Acórdão:

ACÓRDÃO: 19.512/10/1ª

SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS/ST – SUPLEMENTO ALIMENTAR. CONSTATADA FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DE ICMS/ST, DEVIDO PELA AUTUADA, ESTABELECIDADA EM SÃO PAULO, QUE POR FORÇA DO PROTOCOLO ICMS Nº 28/09 ESTÁ OBRIGADA A RETER E RECOLHER O ICMS PELA SAÍDA DE PRODUTOS ALIMENTARES PARA CONTRIBUINTE DESTE ESTADO, NA CONDIÇÃO DE SUBSTITUTA TRIBUTÁRIA. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS/ST E MULTA DE REVALIDAÇÃO EM DOBRO CONFORME O ART. 56, INCISO II, § 2º, ITEM I DA LEI Nº 6.763/75. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Acrescente-se que, na resposta à Consulta de Contribuintes nº 264/10, a Diretoria de Orientação e Legislação Tributária adverte a Consulente para o fato de parte de seus produtos terem a natureza de suplementos alimentares, e que, dessa forma, estão sujeitas ao regime do ICMS/ST por apresentarem descrição compatível com a contida no subitem 43.1.46 da Parte 2 do Anexo XV do RICMS/02, inclusive se baseando em declarações e anúncios comerciais de varejistas distribuidores dos produtos fornecidos pela Autuada.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

É o caso do distribuidor BeliNutri, por exemplo, endereço <http://www.belinutri.com.br/support/pku2secunda.htm>, que anuncia o produto PKU 2 Secunda como sendo um metabólico, e o descreve da seguinte forma: “*Complemento alimentar isento de fenilalanina, contém uma mistura de aminoácidos, vitaminas, minerais e oligoelementos. Apresentação: Lata de 500 mg.*” ; já o Neocate Advance, inserido no hall chamado Alergia Alimentar pelo mesmo comerciante, traz a seguinte descrição: “*única fórmula de aminoácidos adequada às necessidades de crianças desde o nascimento. Alta absorção, com mínimo risco de intolerância. Apresentação: Lata 400g.*”

Avançou ainda mais o Fisco na pesquisa eletrônica onde encontrou, no sítio do Dicionário de Especialidades Farmacêuticas, www.def.com.br, a descrição do produto Neocate como sendo: “*Fórmula infantil hipoalergênica com ferro. Indicação: Alimentação infantil. Apresentação: Lata de 400 g.*”, sendo enquadrado no grupo farmacológico chamado Alimentos Infantis. No caso do PKU 2 Secunda, consta a seguinte classificação: “*Complemento alimentar para indivíduos acima de 8 anos com fenilcetonúria. - Apresentação: Lata com 500 g.*”.

Assim, correta a interpretação do Fisco de que tais produtos são complementos alimentares sujeitos à substituição tributária pela legislação tributária mineira.

A Impugnante deixou de cumprir a determinação constante na legislação mineira e, configurada a infração, corretas as exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro prevista na Lei nº 6.763/75, art. 56, inciso II, § 2º, inciso I e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXXVII da mesma lei, *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

(...)

Art. 55. As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

XXXVII - por deixar de consignar, em documento fiscal que acobertar a operação ou a prestação, ainda que em virtude de incorreta aplicação de diferimento, suspensão, isenção ou não incidência, a base de cálculo prevista na legislação, relativamente à prestação ou operação própria ou à substituição tributária - 20% (vinte por cento) do valor da base de cálculo;

(...)

Art. 56 - Nos casos previstos no inciso III do artigo 53, serão os seguintes os valores das multas:

(...)

II - havendo ação fiscal, a multa será de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, observadas as hipóteses de reduções previstas nos §§ 9º e 10 do art. 53.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

§ 2º As multas serão cobradas em dobro, quando da ação fiscal, aplicando-se as reduções previstas no § 9º do art. 53, na hipótese de crédito tributário:

(...)

I - por não-retenção ou por falta de pagamento do imposto retido em decorrência de substituição tributária;

Dessa forma, de todo o exposto, verifica-se que restaram caracterizadas as infrações à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constante do Auto de Infração em comento.

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Edmar Pereira dos Santos (Revisor) e Rodrigo da Silva Ferreira.

Sala das Sessões, 25 de julho de 2012.

José Luiz Drumond
Presidente

René de Oliveira e Sousa Júnior
Relator