



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1012300-69.2016.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum - Anulação de Débito Fiscal**
 Requerente: **Angélica Machado Mey - Eireli**
 Requerido: **Fazenda Pública do Estado de São Paulo**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Daniel Felipe Scherer Borborema**

Angélica Machado Mey – EIRELI moveu ação anulatória de lançamento tributário contra **Fazenda do Estado de São Paulo**, objetivando a desconstituição do crédito lançado por intermédio do AIIM nº 4.072.402-5, sustentando que a importadora Intermare Trading Importação Ltda havia formulado à Receita Federal consultas relativas à classificação fiscal das mercadorias importadas, consultas que não foram ainda respondidas e, enquanto não respondidas, não poderiam ter dado ensejo à autuação, vez que a classificação atribuída pela autora às mercadorias que importa, afastando o regime de substituição tributária, pode estar correta. E na realidade está mesmo correta, inclusive segundo as regras gerais para interpretação do sistema harmonizado.

Liminar negada.

Contestação pela improcedência.

É o relatório. Decido.

Julgo o pedido na forma do art. 355, I do CPC-15, uma vez que não há necessidade de produção de outras provas.

A ação é procedente.

A autora foi autuada pelo AIIM 4.072.402-5 (fls. 23/44) em razão de, na qualidade de substituta tributária, não ter efetuado o recolhimento do ICMS relativo às operações



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

subsequentes.

Sustenta a autora que não se aplica ao caso o regime da substituição tributária, porque os produtos por ela importados, na Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM, não correspondem a "**complementos alimentares**" (NCM 2906.90.30), sujeitos à substituição tributária, e sim a "**albuminóides**" (NCM 3502.20.00), não sujeitos a substituição tributária.

Os produtos em discussão são: **Flurry Protein Powder; Frozen Whey; Isocool – Ultimate Nutrition; Whey Gold Standard; Whey Muscle Infusion** (confira-se fls. 27).

Como vemos no documento de fls. 27/28, após a autora ser notificada pelo fisco estadual, ela apresentou documentos que "**buscam justificar a classificação fiscal adotada**".

Todavia, a **classificação fiscal** adotada pela autora foi **repelida pelo fisco** com base nos seguintes **fundamentos**: (a) autora não apresentou a resposta da Receita Federal acerca das consultas efetuadas naquela esfera – trata-se das consultas de fls. 53/62, 74/80, 81/87, 88/94, 95/103 (b) a autora não teria consulta formulada em seu próprio nome (c) a autora teria outra nota fiscal, emitida em seu nome, adotando a classificação NCM 2906.90.30. Somente por tais razões, concluiu-se que "os documentos apresentados não possuem elementos hábeis a afastar a responsabilidade de retenção e pagamento do ICMS-ST".

Com todas as vênias, a fundamentação apresentada pela fazenda, no caso, é **manifestamente inidônea**. (a) Não se pode justificar a incorreção de um novo enquadramento pelo fato de antes ter sido utilizado outro. A possibilidade de o enquadramento correto ser o novo é exatamente a mesma de o enquadramento correto ser o antigo. (b) Não se pode justificar a incorreção de um determinado enquadramento pelo fato de em uma outra nota fiscal a autor ter utilizado outro enquadramento. Mais uma vez: essa diferença de enquadramento apenas comprova a possibilidade de dois enquadramentos, mas não diz qual deles é o correto. (c) Também não se pode justificar a incorreção do enquadramento adotado pela autora pelo simples fato de estar pendente a consulta formulada à Receita Federal pelo importador. O fato de haver uma consulta



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

pendente nada esclarece a propósito do enquadramento correto da mercadoria, dentro da Nomenclatura Comum do Mercosul ou da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado.

Tudo isso quer dizer que a fazenda estadual deve adotar uma posição a propósito da interpretação da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado, se quiser enquadrar a mercadoria importada pela autora como "complemento alimentar" e não como "albuminóide".

Não pode se furtar à discussão, principalmente para efetuar um lançamento. Deve tentar entender que mercadoria é essa e por qual razão enquadrar-se-ia num ou noutro caso. Deixou de fazê-lo e adotou uma postura formal inadmissível, como se o ônus de enquadrar o contribuinte na posição mais desfavorável (com substituição tributária) não fosse seu.

A questão aqui é de **enquadramento fático-jurídico**, sendo que, na lógica normativa (e não fática), a regra é não haver a substituição tributária, como se extrai da redação do próprio art. 313-W, § 1º, mencionado pela autoridade autuadora, ao dispor que haverá a substituição tributária "exclusivamente às mercadorias adiante indicadas".

O uso do vocábulo "exclusivamente" está a indicar que não haverá a substituição tributária nos demais casos, tratando-se então de rol taxativo, ao menos não admitindo a formação de novas categorias de produtos sujeitos à substituição, além daqueles indicadas na norma tributária.

O ônus de demonstrar a correção do lançamento tributário e, portanto, a incorreção do enquadramento feito pela autora na nota, é do fisco, não da autora.

Como se sabe, no lançamento tributário a autoridade administrativa adota um procedimento para "verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível" (art. 142, CTN).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

No caso em tela, pode-se dizer que, realmente, a autoridade administrativa simplesmente não determinou a matéria tributável, não identificou o sujeito passivo, porque deixou de examinar o enquadramento das mercadorias num ou noutro código da Nomenclatura Comum do Mercosul ou da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado.

O enquadramento das mercadorias em discussão não é tranquilo e, em realidade, ao que resulta da análise da prova amealhada, estaria a autora com a razão, e não a ré, pois são produtos com mais 80% de proteínas de soro de leite.

O art. 313-W, I, e § 1º, "6", "c" do RICMS diz haver substituição tributária no seguinte caso: "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 e geral, ômega 3 e demais suplementos similares, ainda que em cápsulas, 2106.10.00, 2106.90.30 e 2106.90.90".

Todavia, como bem argumentado pela autora junto à Receita Federal (note-se que essa argumentação foi também apresentada no âmbito estadual, mas desconsiderada) nas consultas de 53/62, 74/80, 81/87, 88/94, 95/103, os produtos em discussão nos autos (**Flurry Protein Powder; Frozen Whey; Isocool – Ultimate Nutrition; Whey Gold Standard; Whey Muscle Infusion**) são compostos basicamente de proteínas de soro de leite, como albuminas, situações que não estariam amoldadas aos complementos alimentares no sentido que lhe é emprestado pela Nomenclatura Brasileira de Mercadorias – Sistema Harmonizado, nos códigos mencionados pelo art. 313-W, I, e § 1º, "6", "c" do RICMS acima transcrito.

Seria, ao reverso, enquadráveis na posição 3502.20.00 (lactalbumina, incluindo os concentrados de duas ou mais proteínas de soro de leite), lembrando que essa posição faz parte de um item mais geral assim denominado: "**albuminas (incluindo os concentrados de várias proteínas de soro de leite, que contenham, em peso, calculado sobre matéria seca, mais de 80% de proteínas em soro de leite), albuminatos e outros derivados das albuminas**" (confira-



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

se fls. 57).

Por outro lado, quando as regras mencionam os "complementos alimentares", parecem fazer menção a outro tipo de "complemento alimentar". A noção estaria aí empregada em sentido mais restrito de complementos "à base de extratos de plantas, concentrados de frutas, mel, frutoso, etc.". Veja-se fls. 59.

Nesse sentido, convenço-me a propósito da invalidade do lançamento tributário, pois não houve o regular lançamento tributário.

Cabe frisar, por fim, que a situação vertente não implica redução da alíquota tributária, se não a alteração do regime para afastar-se a substituição tributária.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a ação e DECLARO A NULIDADE do AIIM nº 4.072.402-5, CONDENANDO a ré nas custas e despesas de reembolso e honorários arbitrados, por equidade, em 10% sobre o valor atualizado da causa.

P.I.

São Carlos, 20 de fevereiro de 2017.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**