

PROCESSO - A. I. Nº 089598.0208/06-5  
RECORRENTE - KORBACH VOLLET ALIMENTOS LTDA.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0145-02/06  
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL  
INTERNET - 16/11/2006

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0382-11/06**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO PELO CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. Comprovado tratar-se de suplemento vitamínico, produto não sujeito à substituição tributária. Modificada a Decisão recorrida. Exigência insubsistente. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Recurso Voluntário foi interposto contra a Decisão da 2ª JJF – Acórdão JJF nº 0145-02/06, que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual fora lavrado sob a acusação de que o contribuinte, localizado no Estado de São Paulo, deixou de proceder a retenção e o subsequente recolhimento do ICMS por substituição tributária, no montante de R\$ 5.221,60, relativo às Notas Fiscais nºs 22480 e 22481, inerente a sucos de frutas industrializados, conforme Protocolo ICMS 11/91, cujas mercadorias destinavam-se à empresa Dinah S. Santana, situada em Teixeira de Freitas (BA).

A Decisão recorrida ressalta que a alegação defensiva é de que a mercadoria, objeto da autuação, em seus diversos sabores (frutas cítricas, maracujá, pêssego, manga, laranja com acerola, laranja com maçã), trata-se de suplemento vitamínico, registrado no Ministério da Saúde, sob o nº. 6.2709.001, cuja classificação na NBM/SH encontra-se no capítulo 21, na posição 21.06.90.30, e fora da abrangência do Protocolo ICMS Nº 11/91.

Porém, a JJF analisando a questão com base na legislação tributária considera correto o presente lançamento, uma vez que a mercadoria está relacionada no Protocolo acima citado e recepcionado no item 3.5 do inciso II do artigo 353 do RICMS/97 para ser efetuada a substituição tributária, cujo autuado figura como responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, e deveria ter feito a retenção do imposto na operação que realizou para contribuinte neste Estado.

Às fls. 54 a 60 dos autos, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário insurgindo-se contra a Decisão prolatada, a qual entende que merece reforma, uma vez que o citado produto não está abrangido no Protocolo ICMS Nº 11/91, pois não se trata nem de bebida hidroeletrolíticas, nem isotônicas e nem energéticas.

Esclarece que com fundamento no registro conferido pelo Ministério da Saúde, que leva em conta as características do produto, o recorrente adotou para sua linha de Suplementos Vitamínicos, marca “XTAPA”, a classificação fiscal constante no capítulo 21 da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados –TIPI, mais especificamente na posição 2106.90.30 –Complementos Alimentares.

Ressalta que dentro da classe de “alimentos para fins especiais” estão incluídos os “alimentos para praticantes de atividade física”, categoria na qual os “repositores energéticos e hidroeletrolíticos” estão inseridos, conforme determinação da Portaria nº 29, de 13/01/1998 e da Portaria nº 222, de 24/03/1998, ambas da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

Aduz que a referida Portaria nº 29 exclui textualmente entre outros os “Suplementos Vitamínicos e ou de Minerais”, assim como, da mesma forma a Portaria nº 32 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, que entre outras fixa a identidade e as características mínimas de qualidade a que devem obedecer os “Suplementos Vitamínicos”, exclui textualmente entre outros os “alimentos para fins especiais, alimentos enriquecidos ou alimentos fortificados”.

Cita que a referida Portaria nº 32 define Suplementos Vitamínicos e ou de Minerais como alimentos que servem para complementar com estes nutrientes a dieta diária de uma pessoa saudável, em casos onde sua ingestão, a partir da alimentação, seja insuficiente ou quando a dieta requerer suplementação, devendo conter um mínimo de 25% e no máximo até 100% da Ingestão Diária Recomendada (IDR) de vitaminas e ou minerais, não podendo substituir os alimentos, nem serem considerados como dieta exclusiva.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer às fls. 74 a 78 dos autos, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, pois o conjunto probatório acostado aos autos comprova a infração imputada no lançamento de ofício, não tendo o recorrente se desincumbido de fazer prova contrária às conclusões oriundas da autuação fiscal.

Ressalta que o Recurso Voluntário é, fundamentalmente, mera repetição da impugnação apresentada às fls. 30 a 33, cujo conteúdo já fora devidamente analisado e julgado pela 2ª JJJ, não merecendo qualquer reparo o Acórdão nº 0145-02/06, uma vez que o recorrente não noticiou, sequer, uma única inovação fática ou jurídica, nem tampouco trouxe aos autos qualquer elemento capaz de embasar suas alegações, mantendo-se incólume o julgado ora atacado.

Contudo, apesar da constatação do caráter eminentemente procrastinatório do Recurso Voluntário, entende ser o Auto de Infração improcedente, tendo em vista a ocorrência de ilegalidade flagrante, uma vez que, de acordo com o Termo de Apreensão e Ocorrências, às fls. 05 a 07, o depósito das mercadorias apreendidas foi efetuado em nome de terceiro, Dinah S. Santana ME, situação esta suficiente para tornar improcedente o presente Auto de Infração, à míngua de notícias acerca da ocorrência da respectiva restituição. Cita os artigos 940 e 958 do RICMS, do que conclui que o contribuinte abandonou as mercadorias apreendidas, permitindo que o Estado delas se utilizasse para satisfação do crédito tributário, não podendo o autuado ser novamente demandado pela mesma obrigação.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir do remetente, localizado no Estado de São Paulo, na qualidade de sujeito passivo por substituição, o ICMS que “supostamente” deveria ser retido nas notas fiscais e recolhido, no montante de R\$5.221,60, relativo às operações subsequentes, quando das vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, nos termos das cláusulas: primeira, quarta e quinta do Protocolo ICMS 11/91, sendo lavrado Termo de Apreensão e Ocorrências, às fls. 05 a 07 dos autos, para documentar a apreensão das mercadorias (sucos de frutas industrializados), como prova material da infração, nos termos do art. 28, IV, do RPAF/99, no qual se fundamenta o Auto de Infração.

O sujeito passivo, em sua impugnação ao lançamento de ofício, sustenta que o equívoco do Auto de Infração reside no fato de que o produto foi equiparado a refrigerante, chope, água mineral ou potável e gelo, classificados nas posições 2201 a 2203 da Nomenclatura Brasileira de Mercadoria, Sistema Harmonizado – NBM/SH, sujeitos à substituição tributária. Defende que seu produto está registrado na categoria de SUPLEMENTO VITAMÍNICO no Ministério da Saúde, sob nº. 6.2709.001, cuja classificação na NCM encontra-se no capítulo 21, na posição 21.06.90.30, como complementos alimentares, do que passa a transcrever seus componentes, dentre os quais: ácido ascórbico (vitamina C – INS 300), acidulante ácido cítrico (INS 330), estabilizantes: amido modificado, goma xantana (INS 415), CMC (INS 466), conservantes: sorbato de potássio (INS 202) e benzoato de sódio (INS 211), corantes: amarelo tartrazina (INS 102), amarelo crepúsculo (INS 110) e beta caroteno (INS 160 I). Fato este acatado pelo auditor fiscal que prestou a informação fiscal.

Já em seu Recurso Voluntário, sustenta que o Acórdão merece reforma, uma vez que o citado produto não está abrangido no Protocolo ICMS 11/91, pois não se trata nem de bebida

hidroeletrolíticas, nem isotônicas e nem energéticas, mas sim como Suplementos Vitamínicos – Complementos Alimentares.

Ressalta que dentro da classe de “alimentos para fins especiais” estão incluídos os “alimentos para praticantes de atividade física”, categoria na qual os “repositores energéticos e hidroeletrolíticos” estão inseridos, conforme determinação da Portaria nº 29, de 13/01/1998 e da Portaria nº 222, de 24/03/1998, ambas da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. Cita que a referida Portaria nº 29 exclui textualmente entre outros os “Suplementos Vitamínicos e ou de Minerais”, assim como, da mesma forma a Portaria nº 32 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, que entre outras fixa a identidade e as características mínimas de qualidade a que devem obedecer os “Suplementos Vitamínicos”, exclui textualmente entre outros os “*alimentos para fins especiais, alimentos enriquecidos ou alimentos fortificados*”.

Por sua vez, a Decisão recorrida entendeu que as referidas mercadorias são bebidas hidroeletrolíticas (isotônicas) e energéticas, classificadas na posição 2106.90 da NBM/SH e, como tal, sujeitas à substituição tributária nos termos do § 2º do Protocolo ICMS nº. 11/91 e recepcionado no item 3.5 do inciso II do art. 353 do RICMS/97.

Devo ressaltar que nos documentos fiscais, objeto deste Auto de Infração, às fls. 23 e 24 dos autos, as mercadorias estão consignadas como: “FR. CITRICAS”; “PESSEGO”; “LAR.MAÇA”; “LAR.ACEROLA”; “MARACUJA” e “MANGA”, todas com a classificação fiscal nº. “21069030”.

Também, conforme Resolução nº. 1149, de 13 de maio de 2005, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, restou comprovado que os referidos produtos encontram-se registrados como “Suplemento Vitamínico de Vitamina C”, sob nº. 6.2709.0001, consoante pesquisa que ora anexo aos autos, juntamente com as citadas Portarias da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

Portanto, diante de tais considerações, a lide consiste apenas em identificar se as referidas mercadorias são: “Sucos de Frutas Industrializados”, conforme consignado no Termo de Apreensão; “bebidas hidroeletrolíticas (isotônicas) e energéticas”, conforme consideradas na Decisão recorrida, ou “Suplemento Vitamínico”, como pleiteia o recorrente.

Inicialmente, entendo que não ficou comprovada a especificação do produto constante do Termo de Apreensão. Quanto à classificação dos produtos como “bebidas hidroeletrolíticas (isotônicas) e energéticas”, as aludidas Portarias da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde diferenciam tais especificações do “Suplemento Vitamínico”, condição na qual se encontram registrados os produtos, cuja natureza não existe previsão legal para a substituição tributária.

Do exposto, sou pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração improcedente.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, PROVER o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 089598.0208/06-5, lavrado contra KORBACH VÖLLET ALIMENTOS LTDA.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de outubro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS