

A. I. N° - 110526.0051/08-2
AUTUADO - 3 HB DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO ARAÚJO AGUIAR
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 03.04.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0066-04/09

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Restou comprovado que pela composição do produto comercializado, o mesmo se caracteriza como refresco e não suco misto, produto enquadrado no regime de substituição tributária definido no Protocolo 11/91. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 04/08/08, exige ICMS no valor de R\$2.051,37, acrescido da multa de 60%, relativo à falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte indicou código fiscal equivocado, uma vez que a mercadoria envolvida na operação é suco de frutas, visto que o código do produto na Tabela de Incidência do IPI é 2202 e não o indicado na nota fiscal (20099000).

O autuado, na defesa apresentada às fls. 20 a 22, inicialmente discorre sobre a infração e esclarece que está situado no Estado do Rio de Janeiro, estando sujeito às regras do Protocolo ICMS 11/1991, relativos a produtos classificados sob o nº 2202 e não 2009900.

Transcreve a Cláusula Primeira do Protocolo ICMS 11/91, com indicação das tabelas da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias (NCM) 2201 (água mineral e gelo); NCM 2202 (refrigerantes e bebidas energéticas) e NCM 2203 (cervejas e chopes).

Afirma que não estão mais sujeitas à substituição tributária as misturas de suco com a classificação NCM 2009.90.00

Conclui afirmando que no seu entendimento refrigerante é uma bebida que tem como principal característica ser gaseificada e aromatizada. Suco é uma bebida que tem como característica guardar as propriedades nutritivas dos alimentos que lhe serviram de base. Bebida energética tem como característica a texturização das substâncias protéicas.

Com base nessa análise respaldada pela definição da legislação acima descrita, argumenta que o produto comercializado só pode ser caracterizado como suco, portanto fora da substituição tributária.

O autuante na informação fiscal prestada (fls. 38 a 44), discorre sobre as alegações defensivas e contesta dizendo que “o enquadramento ou classificação da bebida em questão deve observar as prescrições regulamentares da autoridade competente, de maneira que só poderá ser classificado como “suco” a bebida que se conformar às definições do art. 40 do Dec. Federal 2.314/97, conforme transcreveu à fl. 40, o que no seu entendimento não se verifica com a mercadoria produzida pela impugnante, uma vez que os extratos vegetais e demais componentes são diluídos em água, conforme folha 08.

Entende que o GUARAMIX, como definido na embalagem é uma bebida mista classificada no art. 44, §6º do citado Decreto, conforme transcreveu à fl. 42 e concluindo que o produto é obtido pela diluição de extratos vegetais em água potável, está incluído no regime de substituição tributária, sendo o remetente responsável pela retenção e recolhimento do imposto.

Salienta que não resta dúvida quanto à aplicação da norma (Prot. ICMS 11/91) sobre a comercialização de cervejas e refrigerantes, bem como águas comercializadas como bebidas, ficando de fora as tratadas e distribuídas pelas empresas de saneamento e distribuição de água.

Observa que, nos termos do regulamento de bebidas, a bebida em questão, obtida pela diluição em água, não se confunde com os sucos reconstituídos, mesmo porque estes, além de não poderem conter aromatizantes (art. 40, VI), são diretamente obtidos de frutas ou polpa de frutas, mas não de extratos de vegetais.

Conclui dizendo que sendo a mercadoria, do ponto de vista do art. 40 do regulamento de bebidas, um tipo de refresco, pois é obtido da diluição de extratos vegetais em água potável, com açúcar ou não, e este refresco é classificado, de acordo com a Tabela TIPI, sob o código 2202XXXX, tem inteira aplicação o Protocolo 11/1991, de modo que a reclamação do crédito deve ser mantida em todos os seus termos.

VOTO

O Auto de Infração acusa o contribuinte de não ter feito a retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição, por força de Protocolo ICMS.

Conforme descrição dos fatos indicados no Auto de Infração, a empresa deu saída de mercadoria (Guará Mix) para contribuinte localizado neste Estado e o cerne da questão é que:

- 1) O impugnante afirma que se trata de produto industrializado, que constitui uma “mistura de sucos” classificado pela NCM 2009.90.00, produto que não se enquadra no regime de substituição tributária, com regras estabelecidas no Prot. ICMS 11/91;
- 2) O autuante afirma que se trata de produto classificado na NCM 2202, ou seja “um tipo de refresco” obtido a partir da diluição de extratos vegetais em água potável, com açúcar ou não, consequentemente enquadrado no citado Protocolo.

A Cláusula primeira do Prot. ICMS 11/91 estabelece que nas operações interestaduais com cerveja, inclusive chope, refrigerante, água mineral ou potável e gelo, classificados nas posições 2201 a 2203 da NCM, fica atribuída ao estabelecimento industrial, importador, arrematante de mercadorias importada e apreendida ou engarrafador de água, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes.

Por sua vez, os §§ 1º e 2º prevê que aplica-se, também, às operações com xarope ou extrato concentrado, classificado no Código 2106.90.1 e equiparam-se a refrigerante as bebidas hidroeletrolíticas (isotônicas) e energéticas, classificadas nas posições 2106.90 e 2202.90 da NCM.

Pela análise dos elementos constantes do processo, verifico que a nota fiscal 3854 (fl. 9) que acobertava o transporte das mercadorias consigna “Beb. Mista Guaramix” de 290, 300 e 500 ml” tendo sido grafado no campo de dados adicionais que a codificação fiscal é NCM 2009.90.00.

O rótulo do produto cuja cópia foi juntada à fl. 8, contém informação de que é composto dos seguintes ingredientes: Extrato natural de guaraná, extrato natural de ginseng (panax), extrato natural de açaí, aroma idêntico ao natural açaí, água, açúcar, ácido ascórbico, conservadores INS 211 e INS 202; Corante INS 150d; Acidulante cítrico INS 330.

Embora o Dec. Federal 2.314/97 invocado pelo autuante não trate de aplicação da legislação tributária, o mesmo dispõe sobre a padronização, a classificação, o registro, a inspeção, a produção e a fiscalização de bebidas, motivo pelo qual faço uso dos seus conceitos para fins da apreciação da lide.

Na sua defesa, o autuado após a apresentação de alguns conceitos conclui que o produto comercializado é caracterizado como suco ficando fora do regime de substituição tributária.

O art. 40 do Dec. 2.314/97 define como:

Suco ou sumo é a bebida não fermentada, não concentrada e não diluída, destinada ao consumo, obtida da fruta madura e sã, ou parte do vegetal de origem, por processamento tecnológico adequado, submetida a tratamento que assegure a sua apresentação e conservação até o momento do consumo, onde:

I - o suco não poderá conter substâncias estranhas à fruta ou parte do vegetal de sua origem, excetuadas as previstas na legislação específica.

....

VI - é proibida a adição, em sucos, de aromas e corantes artificiais;

§ 3º Suco misto é o suco obtido pela mistura de duas ou mais frutas e das partes comestíveis de dois ou mais vegetais, ou dos seus respectivos sucos, sendo a denominação constituída da palavra suco, seguida da relação de frutas e vegetais utilizados, em ordem decrescente das quantidades presentes na mistura.

Já o art. 44 do mesmo diploma legal define como:

Refresco ou bebida de fruta ou de vegetal é a bebida não gaseificada, não fermentada, obtida pela diluição, em água potável, do suco de fruta, polpa ou extrato vegetal de sua origem, com ou sem açúcar. (Redação dada pelo Decreto nº 3.510, de 2000).

....

§ 4º O refresco de guaraná deverá conter no mínimo dois centésimos por cento da semente de guaraná (gênero Paullinia), ou seu equivalente em extrato, por cem mililitros de bebida.

....

§ 6º Refresco misto ou bebida mista de frutas ou de extratos vegetais é a bebida obtida pela diluição em água potável da mistura de dois ou mais sucos de frutas ou de extratos vegetais, devendo o somatório do teor de sucos e extratos vegetais ser estabelecido em ato administrativo.

Pelo acima descrito, o suco é bebida não fermentada e não diluída, obtida da fruta que assegure a sua apresentação e conservação até o momento do consumo, não podendo conter substâncias estranhas à fruta ou parte do vegetal de sua origem, sendo vedada a adição, em sucos, de aromas e corantes artificiais.

Pela análise da composição do produto objeto da autuação, verifico que é composto de extrato natural de guaraná, ginseng e açaí, o que o classificaria como suco, entretanto entra na composição também, aroma (açaí), água, ácido (ascórbico), conservantes (INS 211, 202), corantes (INS 150d) e acidulante (ácido cítrico). Logo, o produto em questão é diluído em água e adicionado outros produtos que determina não ser conceituado como suco.

Assim sendo, o produto se enquadra como refresco que conforme definido no art. 44 do Dec. 2.314/97 como bebida de fruta obtida pela diluição, em água potável, do suco de fruta, polpa ou extrato vegetal de sua origem e como se trata de mistura de extratos naturais, o previsto no §6º do mesmo dispositivo e diploma legal:

§ 6º Refresco misto ou bebida mista de frutas ou de extratos vegetais é a bebida obtida pela diluição em água potável da mistura de dois ou mais sucos de frutas ou de extratos vegetais, devendo o somatório do teor de sucos e extratos vegetais ser estabelecido em ato administrativo.

Por tudo que foi exposto, concluo que os produtos consignados na nota fiscal objeto da autuação (Guara Mix) que acobertavam a operação de venda para estabelecimento localizado neste Estado não se enquadra na posição NCM 2009.90.90 como quis fazer crer o estabelecimento autuado e sim classificado na posição NCM 2202 (refrigerantes e refrescos), portanto produto enquadrado no regime de substituição tributária previsto na Cláusula Primeira do Prot. ICMS 11/91 (NCM 2201 a 2203) e correta a exigência fiscal.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 110526.0051/08-2, lavrado contra **3 HB DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no

*GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*

valor de R\$2.051,37, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de março de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR