

A. I. Nº - 2810740105/09-3
AUTUADO - CENTER MIX COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JEZONIAS CARVALHO GOMES
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 18.03.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0042-02/10

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA PRIMEIRA REPARTIÇÃO DO PERCURSO. Restou comprovado que pela composição do produto comercializado, o mesmo se caracteriza como bebida hidroeletrolíticas (isotônicas) e energéticas, 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 23/06/2009, lança crédito tributário no valor de R\$4.815,45, acrescido da multa de 60%, decorrente à falta de retenção e recolhimento do ICMS, pelo substituto tributário remetente, relativo a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação em virtude de convênio ou protocolo, na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 20 a 22, alega que o produto objeto da lide se constitui em uma bebida mista, não de um energético, como quer crer o autuante. Diz que repositor ou bebida energética é bebida especialmente para praticantes de esportes e/ou outras atividades físicas. Diz que as bebidas energéticas são produtos elaborados a base de 90% de carboidrato, podendo ser ainda acrescidas de vitaminas e minerais, e que a exigência básica ou principal para formulação e composição final do produto é que os mesmos contenham carboidratos e/ou outros minerais, e não teor de suco, diz que é de fácil embaraço à fiscalização estadual confundir uma bebida a base de suco de açaí e extrato de guaraná com bebidas energéticas.

Frisa que o nome ou identidade do produto repositor ou bebida energética é para diferenciar uma bebida formulada a base de água com emulsões, aromas, açucares e minerais de outras bebidas à base de suco e que são registradas no Ministério da Agricultura conforme decreto nº 2.314/97 (registro Guaramix anexo).

Explica que o Ministério da Agricultura só está autorizado por lei a fazer registro de produtos que contenham teor de sucos, refresco, néctares, sucos e misturas de sucos, ou refrigerantes que também contenham sucos na sua composição.

Diz que o repositor ou bebida energética é registrado no Ministério da Saúde exatamente por não atender aos padrões de teor de suco que o Ministério da Agricultura exige.

Salienta que a expressão "bebida energética" foi, tecnicamente, o termo apropriado para designar como o repositor energético, exatamente por não ser uma bebida à base de sucos, ou seja, não tem como objetivo principal alimentar o consumidor, e o termo ~~bebida energética~~ neste caso contempla os açucares e/ou carboidratos constantes como itens p ANVISA, e que fiscalização nos postos interestaduais insistentem

as bebidas formuladas à base de guaraná e açaí, como bebidas energéticas, quando na realidade deveriam identificar se os produtos estão registrados no Ministério da Agricultura (que não são bebidas energéticas) ou no Ministério da Saúde - ANVISA (e que estes sim são bebidas energéticas).

Destaca que o Auto de Infração tem sua origem ao pretender enquadrar os produtos como passíveis de substituição tributária, por confundir os itens transportados com repositores energéticos.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante na informação fiscal prestada (fls. 42 a 44), discorre sobre as alegações defensivas, aduz que o autuado destinou produto sujeito a substituição tributária, constantes no DANFE nº 304 para contribuinte neste Estado, sem recolhimento do imposto devido, infringindo o disposto no artigo 125 II "i"; 370 e 373 C/C o artigo 372 II do RICMS/97.

Diz que pelo rótulo constante na embalagem do produto, à fl. 11, observa-se que o mesmo contém os ingredientes: extrato natural de guaraná, extrato natural de ginseng (panax), extrato natural de açaí, água, açúcar, ácido ascórbico. Conservadores: INS 211 e INS 202; Corante: INS 150d; Acidulante: ácido cítrico INS 330.

Aduz que o Decreto Federal nº 2.314, de 04 de setembro de 1997, que regulamenta a Lei nº 8.918/94, que dispõe sobre a padronização, a classificação, o registro, a inspeção, a produção e a fiscalização de bebidas, define no artigo 40 que: 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;

II - o suco que for parcialmente desidratado deverá ser denominado de "suco concentrado";

.....

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

Salienta que pela caracterização e definição acima de suco, observa-se que o produto referenciado não se enquadra nesta categoria (são aromatizados), e sim como refrigerantes classificados nas posições 2201 e 2203 da NBM/SH, contempladas no Protocolo ICMS 11/91. Ressalta que quanto à alegação que repositor ou bebida energética é a bebida especialmente elaborada para praticantes de esporte, não existe impedimento legal para o consumo por pessoas não praticantes de esportes.

As demais alegações que os produtos devam ser elaborados a base de 90% de carboidratos, não conter teor de suco, a própria Portaria 222/98, anexada pelo autuado o processo, caracteriza diversas situações quanto ao grau de concentração, conforme o item 4.3.4, alimentos compensadores.

Pontua que fica evidente e claro pela legislação, especialmente o disposto no Decreto Federal nº 2.314/97, que o produto comercializado não se enquadra na categoria de suco, e sim como bebida refrigerante, enquadrada na substituição tributária, entende que a ação fiscal tem amparo legal quanto ao imposto e a multa reclamados.

Conclui dizendo que são devidos o imposto e a multa reclamados.

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 descrições dos fatos e da infração, indicados no Auto de Infração, o contribuinte deixou de fazer a retenção e o recolhimento do ICMS, pelo substituto tributário remetente, relativo a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação em virtude de convênio ou protocolo, na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria.

O contribuinte garante que se trata de sucos.

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 0304 (fl.12) que acobertava o transporte das mercadorias consigna “Beb. Mista Guará Mix – premiu, sport e copo.”

O rótulo do produto cuja cópia foi juntada à fl. 11, 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 e pelo contribuinte, 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 sujeito passivo 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 sendo:

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, pc origem, com ou sem açúcar. (Redação dada pelo Decreto n°

....

§ 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 na qualidade de suco.

Assim sendo, o produto se enquadra na condição de refresco que conforme definido no art. 44 do Dec. 2.314/97 como sendo 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.*

§ 2º Para os efeitos deste Protocolo, equiparam-se a refrigerante as bebidas hidroeletrolíticas (isotônicas) e energéticas, classificadas nas posições 2106.90 e 2202.90 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias, Sistema Harmonização - NBM/SH.

Por tudo que foi exposto, concluo que os produtos consignados na nota fiscal objeto da autuação (Guará Mix) que acobertavam a operação de venda proveniente do Estado do Rio de Janeiro para estabelecimento localizado neste Estado não se enquadra na condição de suco, como quis fazer crer o sujeito passivo e sim classificado nas posições NCM 2106.90 e 2202.90 (equipara-se a refrigerante as bebidas hidroeletrolíticas (isotônicas) e energéticas, classificadas nas referidas posições), portanto produto enquadrado no regime de substituição tributária previsto na Cláusula Primeira do Prot. ICMS 11/91 (NCM 2201 a 2203), portanto está correta a exigência fiscal, subsistente a infração.

Ressalto que o contribuinte não contestou os números.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281074.0105/09-3, lavrado contra **CENTER MIX COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.815,45**, 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, 04 de março de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR