

A. I. N.º - 281074.0104/09-7
AUTUADO - CENTER MIX COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JEZONIAS CARVALHO GOMES
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 28.04.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0081-02/10

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. BEBIDAS ISOTÔNICAS. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O autuado é o contribuinte substituto para a obrigação do recolhimento do imposto, relativo às operações subseqüentes, nas vendas ou transferências realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, definido através do Protocolo ICMS nº 11/91, firmado entre os Estados envolvidos na operação. Ficou comprovado nos autos que a mercadoria comercializada se enquadra no citado Protocolo, por se tratar de bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) e energéticas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 23/06/2009, exige o valor de R\$2.975,40, acrescido da multa de 60%, sob acusação de que o contribuinte supra deixou de proceder a retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, na venda de mercadorias realizada para contribuinte localizado no Estado da Bahia, através da Nota Fiscal nº 306, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências e documentos às fls.05 a 12.

Em complemento consta: “*Mercadorias tributadas (Bebidas Mista Energéticas), elencadas na Substituição Tributária conforme Protocolo ICMS nº 11/91, desacompanhada de GNRE ref. a nota fiscal nº 000.000.306, infringindo RICMS/BA. de acordo Decreto nº 6.284/97.*”

O autuado, através de seu procurador, dentro do prazo regulamentar, em sua defesa às fls.19 a 21, impugnou o auto de infração com base nas seguintes razões defensivas.

Esclarece a natureza do produto objeto da lide, dizendo que se constitui de uma *bebida mista*, não de um energético, como foi considerada pela fiscalização.

Apresenta o conceito de repositor ou bebida energética, definido no item 2.2.1.2 e 4.3.2 da portaria nº 222 de 24/03/1998 da ANVISA – Ministério da Saúde, qual seja, de que é um produto especialmente elaborado para praticantes de esportes e/ou outras atividade físicas, cuja composição final contém a base de 90% de carboidratos, podendo ainda ser acrescidas de vitaminas e minerais.

Esclarece que o nome ou identidade do produto REPOSITOR OU BEBIDA ENERGÉTICA é exatamente para diferenciar uma bebida formulada a base de água com emulsões, aromas, açúcares 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).

Observa 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, enquanto que

ENERGÉTICA é registrado no Ministério da Saúde (ANVISA) exatamente por não atender aos padrões de teor de suco que o Ministério da Agricultura exige.

Diz 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 energético, neste caso, contempla os açúcares e/ou carboidratos constantes como itens principais para seu registro na ANVISA (item 4.3.2 portaria 222), e é uma bebida especialmente elaborada para praticantes de esportes.

Argumenta que a fiscalização nos postos interestaduais insistentemente se equivoca ao comparar 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 (estes sim são bebidas energéticas).

Aduz que de acordo com a legislação do Ministério da Agricultura, é da sua competência o registro das bebidas que, obrigatoriamente, na sua composição principal, necessitam conter sucos ou sementes de guaraná, pois a concepção primordial é que a bebida seja um complemento alimentar.

Sustentando que a exigência básica para ser considerado como bebida energética é que os produtos em questão contenham carboidratos e /ou outros minerais, e não teor de suco, requer a improcedência do Auto de Infração.

O autuante em sua informação às fls.41 a 43, rebateu as razões defensivas ponderando que:

a) o autuado destinou produto sujeito a substituição tributária, constantes no DANFE nº 306 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.

b) não se trata de bebida mista, não sujeita a substituição tributária, como entende o autuado, uma vez que pelo rótulo constante na embalagem do produto, anexado à fl.11 do processo, o mesmo contém seguinte 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.

c) 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.”

d) pela caracterização e definição acima de suco, o produto objeto da autuação 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.

e) 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.

f) as demais alegações que os produtos devam ser elaborados a base de suco, a própria Portaria 222/98, anexada pela autuação,

diversas situações quanto ao grau de concentração, conforme o item 4.3.4 Alimentos Compensadores.

Concluindo com base no Decreto Federal nº 2.314/97, que o produto comercializado não se enquadra na categoria de suco, e sim como bebida refrigerante, e, portanto, enquadrado na substituição tributária, mantém integralmente seu procedimento fiscal.

VOTO

Cuida o presente auto de infração da exigência da retenção e recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária relativo às operações subsequentes nas vendas de bebidas energéticas, por força do Protocolo ICMS 11/91, realizada para contribuinte localizado no Estado da Bahia, através da Nota Fiscal nº 306 de emissão do contribuinte autuado.

Cumpra lembrar que as operações interestaduais com mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária reger-se-ão pelas normas previstas em Acordos, Protocolos e Convênios, nos termos do artigo 9º da Lei Complementar nº 87/96.

Inicialmente vale examinar os dispositivos basilares do lançamento de ofício:

Protocolo ICMS nº 11/91:

Cláusula primeira. Nas operações interestaduais com cerveja, inclusive chope, refrigerante, água mineral ou potável e gelo, classificados nas posições 2201 a 2203 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias, Sistema Harmonização - NBM/SH, entre contribuintes situados nos seus territórios, 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 Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) relativo às operações subsequentes.

§ 1º O disposto nesta cláusula aplica-se, também, às operações com xarope ou extrato concentrado, classificado no Código 2106.90.10 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias, Sistema Harmonização - NBM/SH, destinado ao preparo de refrigerante em máquina pre-mix ou post-mix.

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

Cláusula quarta. O imposto a ser retido pelo sujeito passivo por substituição será calculado mediante aplicação da alíquota vigente para as operações internas, no Estado de destino da mercadoria, (...), deduzindo-se, do valor obtido, o imposto devido pelo industrial, (...)

Cláusula quinta. O imposto retido pelo sujeito passivo por substituição será recolhido em banco oficial estadual signatário do Convênio (...)

Analisando a descrição das mercadorias constantes na Nota Fiscal nº 306, e descritas no Termo de Apreensão e Ocorrências (docs.fls.05, 06 e 10), constato que os produtos apreendidos estão descritos como “Bebida Mista Guaramix”.

Portanto, o cerne da questão é que os produtos constantes na nota fiscal acima citada estariam classificados como bebidas energéticas, código NCM 2106.9030.

O contribuinte foi acusado de não ter feito a retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição, por força de Protocolo ICMS, referente à nota fiscal mercadoria.

Verifico que no mérito, é recorrente a questão sob análise, conforme jurisprudência do CONSEF, a exemplo do Acórdão JJF Nº 0042-02/10, desta Junta de Julgamento Fiscal, que trata da mesma matéria, sujeito passivo e o mesmo autuante, bem como a quase literalidade das arguições trazidas pela defesa e informação fiscal.

Verificada a identidade entre os argumentos trazidos pelo impugnante e o voto proferido no Acórdão JJF Nº 0042-02/10, (decisão unânime), cujo entendimento acolho, - haja vista que participei como um dos julgadores - para integrar o presente voto, passando, assim, a reproduzir parte da conclusão do aludido voto, quanto ao mérito em questão, *in verbis*:

“Pela análise dos elementos constantes do processo, verifico que a nota fiscal 0304 (fl.12) que acobertava o transporte das mercadorias consigna “Beb. Mista Guaramix – 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. 44º do mesmo diploma legal define comosendo:

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 :

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 hidroeletrólíticas (isotônicas) e energéticas, classificadas nas posições 2106.90 e 2202.90 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias, Sistema Harmonização - NBM/SH.”

Assim, neste norte, não houve equívoco na interpretação fiscal, haja vista a previsão para substituição tributária para bebidas energéticas que possam estar na posição 2106.90 e 2202.90, que se equiparam a refrigerantes, conforme § 2º, da Cláusula Primeira do Protocolo ICMS 11/91.

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 hidroeletrólíticas (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.

Ante o exposto, 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 **281074.0104/09-7**, lavrado contra **CENTER MIX COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.975,40**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “d, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de abril de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

FRANCISCO ATANA