

PROCESSO - A. I. Nº 281074.0105/09-3
RECORRENTE - CENTER MIX COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0042-02/10
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 26/09/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0283-12/11

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTO ENQUADRADO NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Comprovada a classificação do produto comercializado como “bebida mista”, não se enquadrando no regime de substituição tributária definido no Protocolo ICMS 11/91. Infração improcedente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra Decisão da 2ª JJF, a qual, no Acórdão nº 0042-02/10, considerou Procedente a Ação Fiscal, exigindo ICMS no valor de R\$4.815,45, acrescido de multa de 60%, resultante da falta de retenção e recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, e sem recolhimento na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria.

A Decisão recorrida, consubstanciada no Acórdão supra epigrafado, lastreou-se nos seguintes argumentos para embasar a procedência do Auto de Infração.

“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, 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 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.”

O autuado apresentou Recurso Voluntário, fls. 20 a 22, objetivando modificar a Decisão da 2^a JJF, sustentando sua pretensão com os argumentos a seguir reproduzidos.

Destaca que não afirmou ser o produto objeto do Auto de Infração um suco, pois apenas observou que os produtos registrados no Ministério da Agricultura obrigatoriamente necessitam conter teor de sucos, ressaltando que o produto não é repositor energético, e, sim, um refresco de guaraná, composto de açaí e aroma de *ginseng*.

Frisa que de acordo com o Decreto Federal nº 2.314/97 art. 44 §, 6º - refresco 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 ou extratos vegetais ser estabelecidos em ato administrativo, e no art. 23º - refrigerante é a bebida gaseificada, obtida pela dissolução em água potável de suco ou extrato vegetal de sua origem, adicionada de açúcar, já no § 1º diz constar que o refrigerante deverá ser obrigatoriamente saturado de dióxido de carbono, industrialmente puro.

Diz que a conclusão da JJF em manter a Procedência do Auto de Infração significa simplesmente confundir refrigerante – que esta na substituição tributária com – refresco – que não está na substituição tributária – conforme Protocolo nº 11/91, anexo 88 vigente. Observa que a substituição tributária só se aplica se a descrição do produto estiver textualmente no dispositivo legal, regulamento do ICMS ou acordo interestadual, alertando que somente a classificação fiscal não é suficiente para determinar o seu tratamento tributário, tem de haver consonância entre o seu código e sua descrição.

Assevera que não contestou os valores cobrados, pois não questiona a quantia, e sim o princípio, ou o mérito da questão, que se equivoca, ao tratar um refresco como refrigerante.

Conclui requerendo a improcedência deste Auto de Infração.

Em seu Parecer, 80 e 81, a ilustre representante da PGE/PROFIS, Drª Sylvia Amoedo, analisou os argumentos recursais e opinou pela reforma da Decisão recorrida e pelo provimento do Recurso Voluntário interposto, sob o fundamento de que em pesquisas das decisões do CONSEF, encontrou decisões no sentido de considerar a bebida GUARAMIX como misto de sucos, não enquadrado na substituição tributária, inclusive decisões arrimadas em Parecer da gerência de Substituição Tributária.

Por seu turno, e em sede de revisão do Parecer anterior, o ilustre procurador, Dr. José Augusto Martins Junior, em opinativo intitulado “Controle da Legalidade”, fl. 82, comunga com o posicionamento firmado, tendo em vista já ter sido descartado nos autos que o produto “GUARAMIX” não resta encartado no regime de substituição tributária, por não se tratar de energético, mas, isto sim, de bebidas a base de sucos.

Por fim, a i. Procuradora Assistente, Drª Aline Solano Souza Casali Bahia, em despacho circunstanciado, fl. 87, acompanhou os opinativos pelo provimento do Recurso Voluntário, frisando que esta vem sendo a posição adotada pelo CONSEF, conforme se constata do Acórdão CJF nº 0369-11/09, fls. 83 a 86.

VOTO

Trata o Recurso Voluntário sobre o inconformismo do contribuinte com a Decisão da 2^a Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração supra epigrafado, exigindo imposto no valor de R\$4.815,45, acrescido de multa de 60 %, em decorrência da falta de retenção do ICMS,

devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, e sem recolhimento na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria.

Em suas razões recursais, o recorrente asseverou que o julgamento da 2^a JJF equivocou-se ao tratar como refrigerante seu produto que é um refresco, cuja operação não está incluída na substituição tributária.

Como se depreende da análise das peças que compõem os autos, a questão fática a ser dirimida que emerge dos autos nessa fase recursal é a classificação do produto *GUARAMIX*, em cujo rótulo, fl. 11, consta a como sendo “bebida mista de guaraná e açaí com aroma de *giseng*”, tendo como ingredientes extrato natural de guaraná, açaí e *ginseng*, água, açúcar e ácido ascórbico. A acusação fiscal na “Descrição dos Fatos” aponta a irregularidade como sendo a mercadoria tributada “Bebida Mista Energética” elencada na substituição tributária, conforme Protocolo ICMS nº 11/91 constante da nota fiscal nº 00304, desacompanhada de GNRE.

Ora, como bem aludiu a ilustre Procuradora em seu Parecer, o produto *GUARAMIX* já fora objeto de classificação em decisões do CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF nº 0369-11/09, fls. 83 a 86, de cuja leitura, verifica-se que essa Decisão arrimou-se em Parecer específico e circunstanciado emitido pela Gerência de Substituição Tributária – GESUT, onde restou asseverado que o produto encontra-se registrado no Ministério da Agricultura como bebida mista de guaraná, açaí e *gensing*, não pertencente à classe de isotônicos ou energéticos. E, por se tratar, o *GUARAMIX*, de bebida mista, conclui o Parecer da GESUT que não se aplica o regime de substituição tributária previsto no Protocolo ICMS 11/91.

Assim, entendo que restou inequivocamente deslindada a questão, eis que, o Parecer da GESUT não permite margem a dúvidas, pois tratou, identificou e classificou o mesmo produto objeto da presente Decisão recorrida, ou seja, o *GUARAMIX*, como não encartado no regime da substituição tributária, por se tratar de bebidas a base de sucos.

Nessa esteira me alinho com o entendimento emanado da PGE/PROFIS, através do Despacho da ilustre procuradora assistente, fl. 87, que acompanha os opinativos de fls. 80/81 e 82 na linha de que seja modificada a Decisão de primeira instância para se decretar a improcedência do presente Auto de Infração.

Por fim, tendo sido de natureza fática o único óbice apontado na peça recursal que fora inequivocamente elucidado, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para julgar IMPROCEDENTE o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a 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 281074.0105/09-3, lavrado contra **CENTER MIX COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de setembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS