

A. I. Nº - 210943.0037/09-1
AUTUADO - CENTER MIX COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - CARLOS LÁZARO DE ANDRADE
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 18/03/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0019-03/11

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Ficou comprovado que o produto objeto da autuação não se enquadra no regime de substituição tributária prevista no Protocolo ICMS 11/91. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 05/11/2009, refere-se à exigência de R\$3.455,82 de ICMS, acrescido da multa de 60% pela falta de retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. De acordo com a descrição dos fatos, o autuado não reteve em favor da Bahia o ICMS relativo às operações subseqüentes a serem promovidas pelo estabelecimento destinatário das mercadorias descritas na Nota Fiscal Eletrônica nº 935, mercadoria classificada na posição 2202 da NCM, submetendo-se às regras do Protocolo ICMS 11/1991.

O autuado apresentou impugnação à fl. 18, alegando que a mercadoria objeto da autuação é um refresco, constituído por uma bebida mista à base de açaí, classificação fiscal 2202.1001, estando fora da substituição tributária estabelecida no art. 353 do RICMS/BA. Pede a improcedência do presente Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 27 a 37 dos autos. Esclarece procedimento fiscal para cobrança do ICMS só ocorreu devido à declaração de procedência pela JJF em feito idêntico envolvendo o mesmo tipo de mercadoria. Contudo, no decorrer deste processo tomou conhecimento de que esta questão relativa à substituição tributária com este tipo de bebida não alcoólica, ao que tudo indica, não se encontra totalmente pacificada, pois, em grau de recurso, a decisão de primeira instância de lançamento efetuado pelo auditor Antonio Araújo Aguiar, em operação envolvendo a mesma mercadoria foi modificada, mas em favor de outra empresa (3HB DO BRASIL) do Estado do Rio de Janeiro. Informa que a Câmara de Julgamento do CONSEF, naquela ocasião, requisitou parecer técnico do órgão de consulta e orientação técnica da Secretaria da Fazenda (DITRI) a respeito da mercadoria em questão, e este, por sua vez, entendeu que o produto, por ser um tipo de bebida mista, não está sujeito às regras do Protocolo ICMS 11/1991. Este entendimento foi acatado pelo CONSEF que, como já foi dito, reformou o julgado de primeira instância que baseou o presente feito. Informa que o impugnante admite que a mercadoria enquadra-se no código NCM 2202.1001, ressaltando, porém, que se trata de um tipo de refresco, estando fora da substituição tributária estabelecida no art. 353 do RICMS/BA. Neste ponto, diz que assiste razão ao defendente, posto que a bebida não alcoólica, refresco, de fato, não figura atualmente entre as mercadorias sujeitas à substituição tributária pela legislação interna, conforme item 3.2 do inciso II do art. 353. Entende que embora os termos do Protocolo 11/1991, na cláusula primeira, não especifiquem todo o universo de mercadorias em que se desdobra o código NCM 2202, todas as bebidas prontas para o consumo que se enquadrarem no referido código estão sujeitas ao regime de substituição tributária interestadual, posto que, a cláusula quarta §1º, item 1, letra 'g', que estabelece os percentuais de margem de valor agregado, incluiu, também, a bebida aromatizada artificialmente. Salienta que a composição de néctares e

refrescos, como no presente caso, é basicamente água aromatizada artificialmente, ainda que estejam presentes percentuais mínimos de sucos de frutas ou de extratos vegetais, e adicionado açúcar. Diz que se for restringido o alcance do protocolo à água apenas aromatizada artificialmente, a norma cairia num vazio, aplicando-se a um tipo de mercadoria que não existe, pois o aromatizante, que não é um fim em si mesmo, tem a função de realçar o sabor, o aroma da bebida, tornando-a palatável; ou seja, é o elemento essencial, básico, aos refrescos e néctares e refrigerantes, pois a sua ausência descaracterizaria a bebida tal como ela é; resumindo, deixaria a bebida praticamente sem sabor. Também entende que, dúvidas a respeito do correto enquadramento a mercadoria na codificação 2202 não devem existir, como se lê nas notas explicativas do sistema harmonizado (NESH), relativas ao capítulo 22 extraído do manual de substituição tributária que foi atualizado em 10/05/2010 pela Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA, disponível na página corporativa, que incluem os refrescos, no código 2202. Informa a definição de aromatizantes: são misturas químicas que imitam algum aroma natural. Diz que a química pertinente a este caso diz respeito às funções oxigenadas na Química Orgânica, que são aquelas que possuem oxigênio na cadeia carbônica: alcoóis, cetonas, éteres, ésteres, etc. Salienta que o Confaz adota, na redação dos acordos, os mesmos termos empregados pela legislação tributária federal, de maneira que as bebidas disponíveis no mercado consumidor são catalogadas nos anexos relativos aos respectivos códigos do sistema harmonizado da NCM que, por sua vez, indicam as bases de tributação federal. Diz que na composição do produto encontra-se um dos ingredientes, que é “aroma idêntico ao natural açaf”, fato que nos leva a concluir que o aromatizante não é natural, pois informar que o aromatizante é idêntico ao natural é apenas um modo eufêmico de dizer que o aroma é artificial; subterfúgio que não surte efeitos junto ao §4º do art. 8º do Decreto federal 2314/97, mas que, ainda assim fere o art. 54 do mesmo decreto que regulamenta a produção de bebidas. Portanto, assegura que o refresco GUARAMIX está incluído no capítulo 2202 e, considerando que a redação do acordo celebrado no Protocolo 11/1991 acompanha a técnica adotada pela legislação tributária federal, insiste na manutenção do presente lançamento, e esclarece que a base de cálculo deverá ser retificada, já que a impugnante realizou venda de produção do estabelecimento (CFOP 6.101) que prevê a MVA correta de 140%. Entende que a declaração de procedência, ao abrir espaço para a tributação por substituição junto aos grandes fabricantes de refrescos e néctares aromatizados artificialmente, promoveria, de fato, uma justiça mais equitativa junto aos pequenos fabricantes de refrigerantes (tubaína e outros) que são, indiscutivelmente, sujeitos passivos por substituição.

VOTO

O presente lançamento fiscal é decorrente da falta de retenção e recolhimento do ICMS pelo autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, referentes às vendas realizadas a contribuintes localizados neste Estado.

De acordo com a descrição dos fatos, o autuado não reteve em favor da Bahia o ICMS relativo às operações subsequentes a serem promovidas pelo estabelecimento destinatário das mercadorias descritas na Nota Fiscal Eletrônica nº 935, mercadoria classificada na posição 2202 da NCM, submetendo-se às regras do Protocolo ICMS 11/1991.

O Protocolo ICMS 11/1991, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com cerveja, refrigerantes, água mineral ou potável e gelo, estabelece na cláusula primeira:

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.

§ 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 Mercadorias, Sistema Harmonização - NBM/SH.

No caso em exame, a mercadoria objeto da autuação, constante no DANFE nº 0935 à fl. 07 dos autos, é “BEDIDA MISTA GUARAMIX PREMIUM 500ML” e “BEBIDA MISTA GUARAMIX COPO 290ML”, inexistindo no documento fiscal a indicação da respectiva NCM.

Conforme o rótulo do produto à fl. 38 do PAF, Guaramix é um composto energético de guaraná, açaí e ginseng. Tem como ingredientes os mencionados produtos, apresenta aroma idêntico ao natural, e também se inclui na sua composição, água, açúcar, ácido ascórbico, conservantes e corantes. Portanto, é uma bebida mista, não alcoólica.

A questão tratada no presente processo gira em torno da definição do mencionado produto Gurarmix, se estaria incluído na substituição tributária com o código NCM 2202, previsto no item 3.2 do inciso II do art. 353 do RICMS/BA, onde consta a indicação apenas do produto refrigerante.

Observo que um produto é enquadrado no regime da substituição tributária verificando-se a descrição correspondente à posição na NCM e a indicação constante do texto legal.

De acordo com a tabela de NCM, a posição 2202, se refere a “águas, incluídas as águas minerais e as águas gaseificadas, adicionadas de açúcar ou de outros edulcorantes ou aromatizadas e outras bebidas não alcoólicas, exceto sucos de frutas ou de produtos hortícolas, da posição 20.09”.

Por outro lado, o § 2º do Convênio ICMS 11/1991, estabelece que se equiparam a refrigerante, as bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) e energéticas, classificadas nas posições 2106.90 e 2202.90 da NBM/SH e, de acordo com a tabela de NBM/SH, a posição 2202.90.00 se refere a “outras bebidas não alcoólicas, exceto suco de trufas e produtos hortícolas”.

Vale ressaltar, que a matéria em discussão neste processo já foi objeto de análise pela 1ª Câmara de Julgamento deste CONSEF, no julgamento do PAF relativo ao Auto de Infração de número 110526.0051/08-2 sendo decidido que a mercadoria objeto da lide não pertence à classe de isotônicos ou energéticos e, de acordo com o Parecer da GERSU naquele processo, não se aplica o regime de Substituição Tributária previsto no Protocolo ICMS 11/99, por se tratar o Guaramix de bebida mista, conforme Acórdão CFJ Nº 0369-11/09.

Face ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração, haja vista que ficou comprovado que o produto objeto da autuação não se enquadra no regime de substituição tributária prevista no Protocolo ICMS 11/91.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 210943.0037/09-1**, lavrado contra **CENTER MIX COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA