

A. I. N° - 124157.0718/09-6  
AUTUADO - CENTER MIX COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.  
AUTUANTE - ANTONIO JOSÉ DOS SANTOS  
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO  
INTERNET - 09. 08. 2010

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0197-01/10**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA INTERESTADUAL. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Restou comprovado que a classificação do produto comercializado como “bebida mista”, não se enquadra no regime de substituição tributária definido no Protocolo ICMS 11/91. Infração insubstancial. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 09/08/2009, imputa ao autuado o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de falta de retenção do imposto e, consequentemente, o recolhimento na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria, enquadrada no regime de substituição tributária, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 7.156,80, acrescido da multa de 60%. Consta se tratar de bebidas energéticas elencadas na subsituição tributária conforme o Protocolo n. 11/91, sem comprovante de pagamento do ICMS devido na operação, referente ao DANFE N° 000.531.

O autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 17 a 19, dizendo que inicialmente, cabe-lhe tentar esclarecer alguns pontos acerca da natureza do produto objeto da lide, que se constitui de uma bebida mista, não de um energético, conforme a autuação.

Afirma que o reposito ou bebida energética, é a bebida especialmente elaborada para praticantes de esportes e/ou outras atividades físicas, constando no item 2.2.1.2 da Portaria n° 222 de 24/03/1998 da ANVISA – Ministério da Saúde, acostada aos autos, sendo produto elaborado a base de 90% de carboidratos, podendo ser ainda acrescidos de vitaminas e minerais, conforme item 4.3.2 da mencionada portaria. Acrescenta que a exigência básica ou principal para formulação e composição final do produto é que este contenha carboidratos e/ou outros minerais, e não teor de suco.

Apesar de consignar que o termo reposito ou bebida energética foi muito bem posto pela Portaria da ANVISA, salienta que é de fácil embaraço à Fiscalização estadual confundir uma bebida a base de suco de açaí e extrato de guaraná com bebidas energéticas.

Aduz que o nome ou identidade do produto reposito ou bebida energética é exatamente 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 n° 2.314/97, conforme registro do Guaramix anexado aos autos.

Destaca que em conformidade com a legislação atual e desde sempre, 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.

Sustenta que o reposito ou bebida energética é registrado no Ministério da Agricultura, exatamente por não atender aos padrões de teor de suco que o Ministério

Sustenta que é de fácil entendimento que todos os produtos registrados no Ministério da Agricultura - mesmo formulados com base de sucos de açaí ou sementes de guaraná que possam suscitar dúvidas por terem propriedades ditas energéticas-, não se caracterizam pela legislação como bebidas energéticas.

Aduz que produtos como massas, feijão, arroz, banana, abacates, açaí e outros congêneres são também fontes de energia, porque naturalmente contém carboidratos, principalmente.

Frisa que a expressão “bebida energética” foi, tecnicamente, o termo apropriado para designar como o reposito 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 açucares e/ou carboidratos constantes como itens principais para seu registro na ANVISA, conforme o item 4.3.2 da Portaria nº. 222.

Registra que a Fiscalização nos postos interestaduais inconsistentemente 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.

Reitera 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.

Assevera que Auto de Infração em lide tem sua origem ao pretender enquadrar os produtos como passíveis de substituição tributária, por confundir os itens transportados com repositores energéticos, o que, conforme demonstrado acima, se trata de grave equívoco.

Conclui requerendo o julgamento pela improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 38 a 45, na qual contesta as alegações defensivas sustentando que o autuado não atendeu as regras do Decreto Federal n. 2.314/97, e não respeitou as normas legais, especialmente as contidas no Protocolo n. 11/91, que alcança os produtos comercializados pelo impugnante, o que resultou na falta de retenção e pagamento do ICMS-ST, e exigências do RICMS/BA.

Salienta ser pacífico o entendimento do CONSEF nesse sentido, conforme Acórdão JJF Nº 0066-04/09, cuja cópia está acostada às fls. 46 a 49 dos autos, que julgou procedente o Auto de Infração n. 110526.0051/08-2.

Afirma que o autuado incorre em confusão ao rotular as embalagens dos produtos guaramix como energético (fl. 37) e usa a classificação fiscal NCM 2009.90.00, correspondente a suco de frutas que, conforme demonstrado às fls. 42/43, tais misturas diluídas em água não podem ser consideradas suco de frutas. Acrescenta que pela sua composição, o guaramix encontra previsão na classificação fiscal NCM 2202 (refrigerantes e refrescos), elencada na substituição tributária.

Diz que é correto afirmar que o autuado deixou de atender a exigência fiscal no tocante à substituição tributária, à luz da legislação vigente, o que caracteriza a irregularidade apontada no Auto de Infração.

Finaliza mantendo a autuação.

## VOTO

Do exame das peças que compõem o presente processo, verifico que a exigência fiscal diz respeito à operação de saída da mercadoria - Guaramix - realizada pelo autuado estabelecido no Estado do Rio de Janeiro com destino a contribuinte localizado no Estado da Bahia.

Entende o autuante que a referida mercadoria se encontra enquadrada no regime de substituição tributária, por se tratar de “bebidas energéticas”, portanto, alcançada pelas disposições do Protocolo ICMS nº 11/91.

Já o autuado rechaça o argumento defensivo, sustentando que o Guaramix, efetivamente, não se trata de um energético, mas sim de uma bebida mista, descabendo a autuação.

Invariavelmente, a questão envolvendo a classificação fiscal de um determinado produto na NCM, sempre permite discussões sobre se está ou não alcançado por Protocolo ou Convênio, gerando dúvidas como no caso da presente lide.

Apesar de o autuante ter afirmado que a matéria se encontra pacificada neste CONSEF, inclusive, citando o Acórdão JJF Nº 0066-04/09, em cujo julgamento a 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela procedência do Auto de Infração n. 110526.0051/08-2, por ter considerado o produto Guaramix como 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), constato que tal decisão foi reformada no julgamento de segunda instância, no caso, pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal que considerou improcedente o acima referido Auto de Infração, conforme o Acórdão CJF Nº. 0369-11/09.

No mencionado Acórdão, a 2ª CJF entendeu que o Guaramix é uma bebida mista, portanto, não sujeita ao regime de substituição tributária, tendo subsidiado a sua decisão no resultado da diligência solicitada à Gerência de Substituição Tributária da Diretoria de Planejamento e Fiscalização da SEFAZ-BA, no sentido que fosse indicada a correta classificação do produto, ou seja, se bebida energética ou mista.

Considero relevante reproduzir abaixo, em seu inteiro teor, o voto do ilustre Conselheiro/Relator Walnei Sousa Freire, proferido no Acórdão CJF Nº. 0369-11/09, pois bastante claro quanto à inaplicabilidade da exigência fiscal para o produto Guaramix:

#### “VOTO

Do estudo minucioso do presente PAF, observa-se versar o Recurso Voluntário sobre o inconformismo do contribuinte com a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal ao julgar totalmente procedente o Auto de Infração, onde é exigido imposto no valor de R\$2.057,37, acrescido de multa de 60%, em decorrência da falta de retenção do ICMS e seu recolhimento, devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Nas razões recursais, o recorrente confirmou, de forma genérica, todas as teses arguidas na peça impugnatória, enfatizando, principalmente, o enquadramento da mercadoria discriminada na Nota Fiscal nº 3854 (bebida GUARAMIX) como “mistura de sucos”, com natureza da operação “vendas para fora do Estado”, CFOP 6101, consignando o corpo da nota a observação “Cód. Fiscal 2009000”.

Nesse contexto, cinge-se a controvérsia ao posicionamento conflitante sustentado, de um lado, pelo recorrente, na ótica do qual, de acordo com a legislação vigente, o produto comercializado só poderia “ser caracterizado como suco”, portanto não lhe sendo pertinente a substituição tributária, enquanto, em situação perfeitamente diversa, vislumbra o autuante, ao examinar as características do produto (ingredientes da composição), ser o GUARAMIX, como definido na embalagem, uma bebida mista, obtida da diluição de extratos vegetais em água potável, classificada no art. 44, § 6º, do Decreto Federal nº 2.314/97, concluindo ser “um tipo de refresco”, sujeito às regras do Protocolo ICMS 11/91, com imposto devido, ao Estado destinatário, por substituição tributária, através de retenção feita e recolhida pelo remetente.

Portanto, o âmago da lide encontra-se na discussão da classificação do produto dentro da legislação pertinente, visando definir a incidência ou não da antecipação tributária.

Destarte, objetivando a melhor fundamentação para julgar a questão, decidiu essa Câmara buscar, junto à Gerência de Substituição Tributária da Diretoria de Planejamento e Fiscalização da SEFAZ-BA, subsídios que indicassem, sem margem a dúvidas, a correta classificação do produto, ou seja, se bebida energética ou mista.

Em Parecer de fls. 82/84, o auditor gerente da DPF/GERSU demonstrou, de forma cristalina e didática, que não obstante o sujeito passivo ter equivocadamente mencionado na Nota Fiscal nº 3854 a classificação do produto na posição 2009 da NCM, a mercadoria objeto da lide, conforme documento de fl. 81, encontra-se registrada no Ministério da Agricultura, enquadrada como bebida mista de guaraná, açaí e ginseng, não pertencente à classe de isotônicos ou energéticos.

Assim, de acordo com a própria denominação aplicada pelo sujeito passivo na Nota Fiscal, “bebida mista” e a confirmação pelo registro no Ministério da Agricultura, como também pela “Soluç

Ministério da Fazenda Secretaria da Receita Federal, transcrita em seu Parecer pelo Gerente da GERSU, fl. 83, não se aplica o regime de substituição tributária previsto no Protocolo ICMS 11/99, por tratar-se o Guaramix de bebida mista.

Por conseguinte, da análise das peças e documentos constantes do processo, principalmente da conclusão do Parecer da GERSUC, onde se encontra consignado que: *“A substituição tributária só se aplica se a descrição do produto estiver textualmente no dispositivo legal, Regulamento do ICMS ou acordo interestadual. Só a classificação fiscal não é suficiente para determinar o seu tratamento tributário, tem de haver uma consonância entre o seu código e sua descrição.”* comungo do entendimento emanado pela PGE/PROFIS, no Opinativo de fl. 93, na linha de que seja modificada a Decisão de primeira instância para se decretar a improcedência do presente Auto de Infração.

Por tais fundamentos, posiciono-me no sentido de dar PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para julgar IMPROCEDENTE a imputação aplicada pela fiscalização.”

Conforme o voto acima transscrito, pode-se concluir no caso em exame, que apesar de o sujeito passivo ter equivocadamente mencionado na nota fiscal a classificação do produto na posição 2009 da NCM, a mercadoria objeto da lide – Guaramix -, encontra-se registrada no Ministério da Agricultura, enquadrada como bebida mista de guaraná, açaí e ginseng, não pertencente à classe de isotônicos ou energéticos, nem tampouco de refrigerante ou refresco, sendo, em verdade, uma “bebida mista” e, por consequência, não sujeita ao regime de substituição tributária previsto no Protocolo ICMS 11/99.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 124157.0718/09-6, lavrado contra **CENTER MIX COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de julho de 2010

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR