

A. I. Nº - 124157.0704/09-5  
AUTUADO - CENTER MIX COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.  
AUTUANTE - ANTONIO JOSÉ DOS SANTOS  
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO  
INTERNET 01.10.2010

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF Nº 0254-05/10**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS 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”. Mercadoria não se enquadrada no regime de substituição tributária estabelecido no Protocolo ICMS 11/91. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 07/07/09, exige ICMS no valor de R\$5.974,22, acrescido da multa de 60%, e contém a seguinte imputação: *“Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.”*

No Termo de Apreensão de nº 124157.0703/09-9, lavrado para fundamentar o Auto de Infração consta que foram encontradas pelo fisco mercadorias tributadas (bebidas energéticas), elencadas na substituição tributária, conforme Protocolo ICMS 11/91, sem o pagamento do ICMS devido na operação, referente à Nota Fiscal 000247, conforme prevê o RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

O autuado, através de seu representante legal (procuração anexa, fl. 37), apresentou defesa. Inicialmente discorreu acerca da natureza do produto objeto da lide, afirmando que se constitui de uma “bebida mista” e não de um energético, como tentou fazer crer o preposto da Secretaria da Fazenda.

Afirmou que as bebidas energéticas são produtos elaborados à base de 90% de carboidratos podendo ser acrescidas de vitaminas e minerais, sendo especialmente elaboradas para praticantes de esportes e outras atividades físicas, conforme especificado na Portaria nº 222, de 24/03/98, da ANVISA – Ministério de Saúde (doc. anexo, fls. 24 a 29).

Ponderou que o produto que ensejou a autuação, denominado “Guaramix”, é uma bebida formulada à base de água com emulsões, aromas, açúcares e minerais de outras bebidas à base de suco, objeto de registro junto ao Ministério da Agricultura, conforme Decreto nº 2.314/97. Juntou ao PAF, o registro do produto junto àquele órgão federal (doc. fl. 32), onde consta que o mesmo é composto de guaraná, açaí e aroma de ginseg. .

Afirmou, por sua vez que os repositores ou bebidas energéticas, são registrados no Ministério da Saúde (ANVISA), exatamente por não atender aos padrões de teor de suco exigidos pelo Ministério da Agricultura.

Disse ainda, que a fiscalização, nos postos interestaduais, cometem com freqüência o equívoco de confundir bebidas formuladas à base de guaraná e açaí com “bebidas energéticas”, sendo que o diferencial entre elas pode ser estabelecido através do registro junto ao órgão federal competente. Declarou ser competência do Ministério da Agricultura o registro de bebidas que obrigatoriamente tenham na sua composição principal, sucos ou tratar de produto que se presta a servir como complemento alimentar.

Created with

Entende por fim, que o Auto de Infração parte de um equívoco do fisco, que pretendeu enquadrar os produtos comercializados pela autuada no regime de substituição tributária, confundido-os com os repositores energéticos. Pede, diante que expôs, que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante na informação fiscal prestada (fls. 43 a 50), discorreu sobre as alegações defensivas e contestou dizendo que o enquadramento ou classificação da bebida em questão deve observar as prescrições regulamentares da autoridade competente, de maneira que só poderá ser classificado como suco, a bebida que se conformar às definições do art. 40 do Decreto Federal nº 2.314/97, norma transcrita à fl. 44 do PAF.

Entende, que o “GUARAMIX”, não se enquadra na definição de suco estabelecida na norma federal em referência e sim como refrigerante, classificado nas posições 2201 e 2203 da NBM/SH, contempladas no Protocolo ICMS 11/91, exatamente em razão do produto ter a adição de água e aromatizantes.

Quanto à alegação de que repositor ou bebida energética é produto especialmente elaborado para praticantes de esportes, frisou que “*não existe impedimento legal para o consumo por pessoas não praticantes de esportes*”.

Disse que o assunto se reveste de certa complexidade, dada a diversidade de termos técnicos e os diversos percentuais máximos e mínimos de ingredientes que compõem os produtos. Todavia, reiterou o entendimento de que a mercadoria não pode ser enquadrada na categoria de suco, e sim como bebida refrigerante, estando sujeita, portanto, ao regime de substituição tributária constante do Protocolo ICMS 11/91.

## VOTO

Cinge-se a controvérsia fiscal ao posicionamento conflitante sustentado, de um lado, pelo impugnante, 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 refrigerante ou bebida energética”, sujeito às regras do Protocolo ICMS 11/91, situação em que o imposto deveria ter sido retido e recolhido pelo remetente em benefício do Estado da Bahia.

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

Valho-me para decidir a presente demanda da prova produzida no PAF nº N° 110526.0051/08-2, que foi submetido a julgamento na 1ª CJF, que ao enfrentar idêntica questão, remeteu o processo à Gerência de Substituição Tributária da Diretoria de Planejamento e Fiscalização da SEFAZ-BA, visando buscar subsídios que indicassem, sem margem a dúvidas, a correta classificação do produto, ou seja, se bebida energética ou mista.

Em Parecer Técnico, elaborado pelo auditor fiscal, gerente da DPF/GERSU demonstrou-se, de forma cristalina e didática, que a mercadoria objeto da lide, encontrava-se registrada no Ministério da Agricultura, enquadrada como bebida mista de guaraná, açaí e ginseng, não pertencente à classe de isotônicos ou energéticos. Na mesma manifestação foi transcrita a solução da Consulta encaminhada ao Ministério da Fazenda - Secretaria da Receita Federal, chegando-se à conclusão, diante da classificação fiscal da mercadoria, que o “Guaramix” é produto que não se encontra inserido no regime de substituição tributária previsto no Protocolo ICMS 11/91.

Por conseguinte, embasado no parecer técnico da área de tributação da SEFAZ, a Câmara de Julgamento, em deliberação unânime, julgou improcedente a exigência fiscal, cujo ato decisório foi formalizado no Acórdão nº 0369-11/09.

Mantendo coerência com a posição acima adotada pela instância superior de julgamento e tendo em vista já existir no âmbito da SEFAZ-Ba prova técnica que descreve a correta classificação fiscal do produto, excluído-o do regime de substituição tributária, julgo a presente demanda, adotando a mesma solução e acolho a pretensão do contribuinte.

Está provado, portanto, que a mercadoria objeto da pretensão fiscal não se encontra classificada nem na categoria de bebidas energéticas (NCM 2100 e 2202), nem mesmo na categoria de refrigerantes (NCM 2201 e 2203). Ademais, a Nota Fiscal que acobertava a operação autuada indicava classificação distinta para o produto, correspondente à NCM 2009.90.00.

Ante o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **124157.0704/09-5**, lavrado contra **CENTER MIX COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de setembro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

FRANCISCO ATANASIO SANTANA – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADOR