

A. I. Nº - 124157.083910-1
AUTUADO - CENTER MIX COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO JOSÉ DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 28.12.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0392-02/10

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 enquadra no regime de substituição tributária estabelecido no Protocolo ICMS 11/91. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 10/03/2010, exige ICMS no valor de R\$2.426,76, acrescido da multa de 60%, e contém a seguinte imputação: *“Mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação em virtude de convênio ou protocolo, não tendo sido feita a retenção do imposto pelo remetente (sujeito passivo por substituição) e sem recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria (falta de GNRE)”*.

No Termo de Apreensão lavrado para fundamentar o Auto de Infração consta que foram encontradas pelo fisco mercadorias tributadas (bebidas energéticas e isotônicas, Guaranamix), inseridas na substituição tributária por força do Protocolo ICMS 11/91, desacompanhadas de GNRE (Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais), e acobertadas pela nota fiscal eletrônica (DANFE) nº 001566.

O autuado, através de seu representante legal (procuração anexa, fl. 21), apresentou defesa. Inicialmente, destaca o acórdão nº 0369-11/09 da 1ª CJI, considerando o auto de infração da mesma natureza, com o mesmo produto, improcedente. Discorre 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 proponente da Secretaria da Fazenda.

Afirmou que as bebidas energéticas são produtos elaborados a 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).

Disse ainda que a fiscalização, nos postos interestaduais, comete com frequência 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 sementes de guaraná, por se tratar de produto que se presta a servir como complemento alimentar.

Aduz que não se pode confundir bebidas energéticas e isotônicas, passando a alinhar as diferenças técnicas, amparada em autores (Eliana Paula Ribeiro e Elisena A. G. Servalli, Editora: Edgard Blucher Ltda)

Invoca a decisão da 5ª JF, número 00062-05-10, bem como o parecer proferido pelo Sr. José Jorge dos Santos Sousa, m.d, gerente do ST/DPF/GESU, de 10/09/2009, relativo ao auto de infração nº 110.526.0051/08-2, para amparar o seu pedido de nulidade do presente Auto de Infração.

O autuante na informação fiscal prestada (fls. 33 a 41), 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 Dec. Federal 2.314/97, norma transcrita à fl. 37 a 41 do PAF.

Entende que o “GUARAMIX”, é classificado nas posições 2202 da NBM/SH, contempladas no Protocolo ICMS 11/91.

Quanto à alegação de que repositório 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”*.

Reafirma que o autuado deixou de atender ao que dispõe a Substituição Tributária, fazendo referências à decisão da 2ª JF, cuja ementa e resolução anexou à fl. 46 dos autos.

O autuado, às fls. 54 a 58 dos autos, volta a se manifestar, fazendo referência às arguições do autuante, passando a repetir as mesmas afirmações alinhadas em sua primeira manifestação.

VOTO

O núcleo da questão em debate é a controvérsia em que, de um lado, pelo impugnante, a legislação vigente, o produto comercializado só poderia “ser caracterizado como suco”, portanto não lhe sendo pertinente à 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 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 na parecer técnico da área de tributação da SEFAZ, a Câmara de Julgamento Fiscal, em deliberação unânime, julgou improcedente a exigência fiscal, cujo ato decisório foi formalizado no Acórdão nº 0369-11/09, bem como do acórdão da 5ª JF, que acompanhou em sua literalidade a decisão da aludida Câmara.

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, excluindo-o do regime de substituição tributária, julgo a presente demanda, adotando a mesma solução e acolho a pretensão do contribuinte.

Assim, consolidando o entendimento mais recente dessa JJF, conforme Acórdão 256-02/10, 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), não cabendo a sua inclusão no Protocolo 11/91.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **124157.083910-1**, lavrado contra **CENTER MIX COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de dezembro de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR