

PROCESSO - A. I. Nº 232267.0015/10-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CENTER MIX COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 27/05/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0097-12/11

EMENTA: ICMS. IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com base no art. 119, §1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para que seja declarada a improcedência do Auto de Infração. Após diligência saneadora restou provado de que a mercadoria autuada, GUARAMIX, encontra-se classificada como “bebida mista”, não se enquadrando no regime da substituição tributária estabelecido no Protocolo ICMS 11/91. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS com fundamento no artigo 119, II, e seu § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e art. 31-A, inciso I, da Lei nº 8.207/02, que, dentro da sua competência para efetuar o controle da legalidade do Processo Administrativo Fiscal, propõe que seja decretada a improcedência do lançamento fiscal tendo em vista de que a mercadoria autuada GUARAMIX não se encontra enquadrada no regime da substituição tributária estabelecido no Protocolo ICMS 11/91.

Em seu Parecer, a procuradora Rosana Maciel Bittencourt Passos destaca, inicialmente, que o Auto de Infração, lavrado no trânsito de mercadorias contra Center Mix Comércio de Alimentos Ltda., exige ICMS pela falta de sua retenção e consequente recolhimento sob regime de substituição tributária.

Intimado para apresentar defesa (fls. 18/19), o autuado assim o fez, porém intempestivamente (fls. 23/28), razão pela qual sua peça defensiva foi arquivada pelo órgão preparador (fls. 20/21).

Ao ser cientificado dessa Decisão de arquivamento, o autuado protocolou requerimento de fls. 37/41 solicitando que a PGE/PROFIS, no exercício do controle de legalidade, representasse ao CONSEF pela nulidade do Auto de Infração, ao argumento de que as mercadorias objeto da autuação - GUARAMIX - não se encontram sujeitas ao regime de substituição tributária estabelecido no Protocolo ICMS 11/91, porque não se enquadram na definição de refrigerante, nem pertencem à classe de isotônicos ou energéticos. Fundamentando sua argumentação invoca o Acórdão nº JJF nº 0062-05/10, quando a 5ª JJF julgou improcedente Auto de Infração contra si lavrado, concluindo que a mercadoria denominada Guaramix “*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*” (fls. 48/50).

Entretanto, como restou expressamente consignado que a Decisão se baseava em Parecer Técnico produzido pela DPF/GERSU, por solicitação da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, para instrução do Processo Administrativo Fiscal nº 110526.0051/08-2, de interesse de outra empresa, como no referido Parecer constou a advertência de que a empresa ali autuada apresentou “*laudo técnico do Ministério da Agricultura com a declaração de que o produto em questão, de acordo com a sua composição apresentada nos autos do processo de registro, se enquadra como bebida*

mista de guaraná, açaí e ginseng e que não pertence à classe de isotônicos ou energéticos “ (fls. 55/59) e como o autuado não apresentou prova robusta acerca da composição e da classificação fiscal da mercadoria por si comercializada, a PGE/PROFIS, em respeito aos princípios da legalidade e da verdade material, encaminhou os autos em diligência à Gerência de Substituição Tributária da Diretoria de Planejamento e Fiscalização para que ela informasse se as mercadorias objeto desta autuação se encontravam, ou não, abrangidas pelo regime de substituição tributária. Neste momento, fez uma ressalva de que a Decisão exarada pela 5ª JJF, conquanto relativa à operação envolvendo o mesmo produto, não seria por si bastante para subsidiar um pronunciamento conclusivo da PGE/PROFIS, pois baseada em prova emprestada de processo, no qual foi analisada a composição e a classificação fiscal do GUARAMIX comercializado por empresa diversa.

Em atendimento, a DPF/GERSU apresentou nos autos o pronunciamento técnico de fl. 70, onde ratifica expressamente o Parecer anteriormente exarado por aquela Gerência, *“mantendo o entendimento de que o produto descrito como Guaramix, registrado no Ministério da Agricultura como bebida mista, não está sujeito ao regime de substituição tributária”*.

Pelo exposto e com fundamento no art. 119, II e § 1º, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, representa ao Conselho de Fazenda Estadual — CONSEF pela improcedência do Auto de Infração, à vista do Parecer Técnico emitido pela DPF/GERSU, que expressamente afirmou não se encontrarem inseridas no regime de substituição tributária as mercadorias objeto do presente auto de infração.

Encaminha a Representação para que seja submetida à censura hierárquica.

A procuradora assistente da PGE/PROFIS acompanha e ratifica integralmente os termos do Parecer de fls. 71/73, da lavra da ilustre Procuradora do Estado Dra Rosana Maciel Bitencourt Passos, que concluiu pela improcedência do Auto de Infração, à vista do Parecer Técnico emitido pela DPF/GERSU que, expressamente, afirmou não se encontrarem inseridas no regime de substituição tributária as mercadorias objeto do presente Auto de Infração.

Encaminha os autos ao CONSEF, para apreciação da representação por uma de suas câmaras.

VOTO

Nos termos do art. 113 do RPAF, que indica a competência da Procuradoria Fiscal, órgão da Procuradoria Geral do Estado para efetuar o controle de legalidade em momento anterior à inscrição do crédito tributário em Dívida Ativa, veio ela representar a este CONSEF, com supedâneo no art. 119, II, § 1º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a fim de que seja julgado improcedente o presente Auto de Infração por estar comprovado que a mercadoria objeto da autuação não se encontra enquadrada no regime da antecipação/substituição tributária.

O Auto de Infração foi lavrado tendo em vista a fiscalização do trânsito de mercadorias ter constatado que a empresa, estabelecida no Rio de Janeiro (Estado signatário do Protocolo ICMS 11/1991), vendeu mercadoria - GUARAMIX – sujeita ao regime da substituição tributária, a contribuinte localizado neste Estado, acompanhada do DANFE nº 001.470, sem a devida retenção do ICMS e sem o comprovante do recolhimento do imposto através da GNRE.

Toda a questão envolve a classificação da mercadoria GUARAMIX, e o Parecer exarado pela DPF/GERSU a definiu de maneira clara e expressa como bebida mista, não se enquadrando no regime da substituição tributária. E, para melhor compreensão desta posição, permito-me transcrever a resposta da DPF/GERSU quando provocada pela PGE/Profis;

Anexamos às fls. 69 o rotulo atualizado do produto, onde está descrita a sua composição, o seu registro no Ministério da Agricultura (MAPA) sob nº RJ 7795000002-5 e a sua classificação como bebida mista.

Nos termos da Portaria nº 222/98 da Anvisa, que aprova e dispõe no seu anexo o Regulamento Técnico referente a Alimentos para Praticantes de Atividade Física, produtos energéticos, quanto a sua composição, os carboidratos devem constituir, no mínimo, 90% dos nutrientes energéticos presentes na formulação.

Opcionalmente, estes produtos podem conter vitaminas e ou minerais. No produto em tela os carboidratos constituem 5,2% do seu valor energético conforme rotulo anexo.

Produtos energéticos devem ter o seu registro na Anvisa. Bebida mista deve ser registrada no Ministério da Agricultura — MAPA, nos termos do Decreto nº 6871/2009, que dispõe sobre a padronização, a classificação, o registro, a inspeção, a produção e a fiscalização de bebidas, dispondo no seu § 8º do art. 22 sobre a definição de bebida mista de frutas, in verbis:

“Art. 22. Refresco ou bebida de fruta ou de vegetal é a bebida não fermentada, obtida pela diluição, em água potável, do suco de fruta, polpa ou extrato vegetal de sua origem, com ou sem adição de açúcares.

*§ Refresco misto ou **bebida mista de frutas**, de extratos vegetais ou de frutas e extratos vegetais é a bebida obtida pela diluição em água potável da mistura de suco de fruta, da mistura de extrato vegetal, ou pela combinação de ambos.”*

Bebidas energéticas são classificadas no código 2202.90.00 da NCM, bebidas mistas no código 2202.10.00, conforme dispõe os documentos fiscais do autuado.

Refrigerantes são bebidas gaseificadas, que não é o caso do produto em tela, nos termos do art. 23 do supramencionado decreto, abaixo transcrito:

“Art. 23. Refrigerante é a bebida gaseificada, obtida pela dissolução, em água potável, de suco ou extrato vegetal de sua origem, adicionada de açúcar.”

Diante do exposto ratificamos o Parecer anteriormente exarado, mantendo o entendimento de que o produto descrito com Guaramix, registrado no Ministério da Agricultura como bebida mista, não está sujeito ao regime de substituição tributária.

Ante o exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da representação proposta, para julgar IMPROCEDENTE o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS