

**PROCESSO** - A. I. N° 124157.0824/10-4  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - CENTER MIX COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/METRO  
**INTERNET** - 10/06/2011

## 2<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0124-12/11

**EMENTA:** ICMS. IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com base no art. 119, §1º, da Lei n° 3.956/81 (COTEB). Após diligência saneadora restou provado de que a mercadoria autuada GUARAMIX encontra-se classificada como “bebida mista”, não enquadrada 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 n° 3.956/81 (COTEB) e art. 31-A, inciso I, da Lei n° 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 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. 12/13), o autuado assim o fez, porém, intempestivamente (fls. 18/22), razão pela qual sua peça defensiva foi arquivada pelo órgão preparador (fls. 14/15).

Ao ser cientificado dessa Decisão de arquivamento, o autuado protocolou requerimento de fls. 30/34, 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 n° JJF n° 0062-05/10, quando a 5<sup>a</sup> 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 ciassificação distinta para o produto, correspondente à NCM 2009.90.00”* (fls. 41/43).

Entretanto, como restou expressamente consignado que a Decisão se baseava em Parecer Técnico produzido pela DPF/GERSU, por solicitação da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal, para instrução do Processo Administrativo Fiscal n° 110526.0051/08-2, de interesse de outra empresa, e 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. 44/45) e, ainda, 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, quanto relativa a 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. 61-v, 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 inflação.

Encaminha a Representação para que seja submetida à censura hierárquica.

A procuradora assistente da PGE/PROFIS designa a procuradora Paula Gonçalves Morris para efetuar a revisão do processo (fl. 66). Esta acompanha e ratifica integralmente os termos do Parecer de fls. 57/59, 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 (fl.67).

A ilustre procuradora assistente da PGE/PROFIS acompanha os Pareceres exarados e 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 001.477, 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, 16 de maio de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

ROSANA MACIEL BITENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS