

**PROCESSO** - A. I. Nº 217371.0202/10-8  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - CENTER MIX COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/SUL  
**INTERNET** - 16/08/2011

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0233-12/11

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO PELO SUJEITO PASSIVO. GUARAMIX. IMPROCEDÊNCIA DA AUTUAÇÃO. Representação proposta com base no art. 119, II, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para que seja julgado improcedente o Auto de Infração, tendo em vista que o produto “Guaramix” não está sujeito ao regime da substituição tributária, conforme o Protocolo ICMS 11/91. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente de representação interposta pela PGE/PROFIS à este CONSEF, com fundamento no art. 119, inc. II, §1º, combinado com o art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81, em sede de controle da legalidade, propugnando pela Improcedência do Auto de Infração em referência, à vista do Parecer Técnico exarado pela DPF/GERSU, que, expressamente, afirmou não se encontrar inserida no regime de substituição tributária a mercadoria – Guaramix - objeto da presente autuação.

O lançamento de ofício, levado a efeito pela fiscalização do trânsito de mercadorias, imputa ao autuado o cometimento da seguinte infração: *“Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia.”*, com exigência do imposto no valor de R\$7.028,05 acrescido de multa no percentual de 60%.

Regularmente intimado da lavratura do Auto de Infração, o contribuinte não se manifestou. Em consequência da falta de manifestação e do decurso do prazo de lei para pagamento ou defesa, foi lavrado Termo de Revelia, fls. 25, e encaminhado o processo à GECOB, para as necessárias providências com vistas à inscrição do débito em dívida ativa. Entretanto, antes mesmo das providências finais da GECOB, o contribuinte atravessa requerimento e documentos anexos, fls. 32 a 59, provocando a Procuradoria Fiscal, no exercício do controle de legalidade, no sentido de que o CONSEF declarasse a nulidade do Auto de Infração em tela, com o argumento de que a mercadoria – GUARAMIX - objeto da autuação, não estaria sujeita ao regime de substituição tributária estabelecido no Protocolo ICMS 11/91, porque não estariam enquadradas na definição de refrigerante, nem pertenciam à classe de isotônicos ou energéticos. Fundamenta seus argumentos em Decisões deste Conselho de Fazenda.

Observa a PGE/PROFIS que restou comprovado, com base nos elementos trazidos aos autos, que a bebida, objeto da autuação, tem a mesma denominação daquela que constituiu objeto do PAF nº 110526.0051/08-2, qual seja “GUARAMIX”, contudo, a prova cabal de que a bebida que trata o presente PAF é a mesma tratada naquele outro, apenas se configuraria a partir do conhecimento da composição e da classificação fiscal da mercadoria comercializada. Neste sentido, o PAF foi convertido em diligência à Gerência de Substituição Tributária da Diretoria de Planejamento e Fiscalização, para que fosse informado se a mercadoria objeto desta autuação estaria ou não abrangida pelo regime de substituição tributária.

A DPF/GERSU, através de documento firmado pelo seu Gerente, atendendo o quanto solicitado pela diligência que lhe foi confiada, fls. 64 a 67, concluiu que *“Diante do exposto, o Parecer emitido por esta Gerência não se reporta à marca, mas ao tipo do produto, ou seja, bebida mista, e o mencionado produto não é refrigerante ou bebida energética, não se aplica a ele o instituto da substituição tributária nos termos do Prot. ICMS 11/91. Mantido o nosso entendimento anteriormente emanado”*.

Frente às informações técnicas trazidas pela DPF/GERSU, a PGE/PROFIS, em fundamentado Parecer da lavra da Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos, fls. 69 a 71, entende por representar ao CONSEF pela **improcedência** do Auto de Infração, com fulcro no art. 119, II e § 1º, do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, entendimento este, ratificado pela d. procuradora assistente Dra. Aline Solano Souza Casali Bahia, à fl. 72 dos autos.

## VOTO

A questão encaminhada para apreciação pela PGE/PROFIS é bastante conhecida deste órgão julgador, eis que, recentemente, diversos autos de infração, da mesma natureza, e lavrados contra a mesma empresa, foram aqui apreciados. De maneira que, de início, consigno não restarem quaisquer dúvidas de que merece acolhida a Representação, senão vejamos:

A essência da discussão é a determinação da classificação fiscal do produto “GUARAMIX”, isto é, se o referido produto é ou não classificado como “refrigerante” como entendeu o autuante. Esclarecida a questão da classificação do produto, estaria, por consequência, se estabelecendo a sujeição ou não do referido produto ao instituto da substituição tributária nos termos do Protocolo ICMS 11/91.

Toda a questão envolve a classificação da mercadoria GUARAMIX, e o Parecer exarado pela DPF/GERSU, fl. 71, a definiu de maneira clara e expressa como bebida mista, não se enquadrando no regime da substituição tributária. E, para que não reste qualquer dúvida e melhor compreensão desta posição, permito-me transcrever a resposta da DPF/GERSU quando provocada pela PGE/Profis;

*Anexamos às fls. 67 o rotulo atualizado do produto, onde está descrita a sua composição, o seu registro no Ministério da Agricultura (MAPA) sob n° RJ 7795000002-5 e a sua classificação como bebida mista.*

*Nos termos da Portaria n° 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 n° 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.*

Em conclusão, tratando-se de matéria fática, cujas dúvidas foram incontestavelmente elucidadas, VOTO no sentido de ACOLHER a Representação interposta pela PGE/PROFIS para que seja julgado 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, 03 de agosto de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

CLÁUDIA MAGALHÃES GUERRA - REPR. DA PGE/PROFIS