

PROCESSO - A. I. N° 124157.0855/10-7  
RECORRENTE - CENTER MIX COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4<sup>a</sup> JJF n° 0004-04/11  
ORIGEM - IFMT- DAT/METRO  
INTERNET - 13/12/2011

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

### ACÓRDÃO CJF N° 0368-12/11

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. BEBIDAS ISOTÔNICAS. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O autuado seria contribuinte substituto para a obrigação do recolhimento do imposto, relativo às operações subsequentes, nas vendas ou transferências realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, definido conforme Protocolo ICMS n° 11/91, firmado entre os Estados envolvidos na operação, se a mercadoria comercializada se enquadrasse como bebidas hidroeletrólíticas (isotônicas) e energéticas. Contudo, restou comprovada tratar-se de “bebida mista”, não enquadrada no regime de substituição tributária definido no Protocolo ICMS 11/91. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão não unânime que julgou improcedente Auto de Infração lavrado em 22/04/2010 para exigir o ICMS de R\$8.661,84, acrescido da multa de 60%, sob acusação de que o autuado deixou de proceder à retenção do ICMS, e ao consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, na venda realizada para contribuinte localizado no Estado da Bahia, com a emissão da Nota Fiscal eletrônica – NF-e objeto do DANFE n° 1.890, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências e demais documentos às fls. 04 a 10 dos autos. Foi consignado, no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, que se trata de *“Mercadorias tributadas (Bebidas Guaramix), elencadas na Substituição Tributária conforme Protocolo ICMS 11/91, sem o comprovante de pagamento do ICMS devido na operação, referente ao DANFE N° 001.890 (cópia anexa), conforme prevê o RICMS/BA, Decreto n° 6.284/97.”*

O autuado impugna o lançamento de ofício às fls. 17 a 20 dentre outros pontos invocando o teor do Acórdão CJF n° 0369-11/09.

O autuante presta informação às fls. 37 a 45 mantendo a autuação, e acosta documentos sobre os quais o autuado foi intimado a pronunciar-se, mantendo-se então silente.

A 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, em decisão não unânime, julgou improcedente o lançamento de ofício prolatando o Acórdão JJF n° 0004-04/11 às fls. 56 a 61. Nesse julgamento em Primeira Instância o ilustre Relator expôs que, por se tratar de lide idêntica à tratada no Acórdão CJF n° 0369-11/09, emanado da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal, relativo ao PAF de n° 110526.0051/08-2, de cuja composição da mesa fazia parte à época, e tendo na ocasião acompanhado o voto do Conselheiro Relator Valnei Sousa Freire, em Decisão unânime, e por também por manter o mesmo entendimento, transcreveu parte do referido voto da 1<sup>a</sup> CJF, considerando o seu teor como parte integrante do voto que então prolatava na 4<sup>a</sup> JJF.

Em apertada síntese, no voto do Acórdão CJF nº 0369-11/09 transcrito, cujo teor foi integralmente assimilado como teor do voto objeto do Recurso de Ofício ora em análise, está exposto que a argumentação defensiva baseou-se, principalmente, no enquadramento da mercadoria discriminada como “bebida GUARAMIX” identificando-a como “mistura de sucos”, com natureza da operação “vendas para fora do Estado”, CFOP 6101. Que, naquele contexto, cingia-se a controvérsia ao posicionamento conflitante sustentado pelo sujeito passivo, no sentido de que de acordo com a legislação vigente, o produto comercializado só poderia “ser caracterizado como suco”, portanto não lhe sendo pertinente a substituição tributária, enquanto o autuante, ao examinar as características do produto (ingredientes da composição), afirmava 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 refresco”, sujeito às regras do Protocolo ICMS 11/91, com imposto devido ao Estado destinatário, por substituição tributária, através de retenção feita e recolhida pelo remetente. Que, assim, o âmago da lide encontrava-se na discussão da classificação do produto dentro da legislação pertinente, visando definir a incidência, ou não, da antecipação tributária. O Relator do Acórdão CJF nº 0369-11/09 relata que a 1ª CJF, à época, objetivando a melhor fundamentação para julgar a questão decidiu buscar, junto à Gerência de Substituição Tributária da Diretoria de Planejamento e Fiscalização – GERSU desta SEFAZ, subsídios que indicassem, sem margem a dúvidas, a correta classificação do produto, ou seja, se bebida energética ou mista. Que assim, no Parecer de fls. 82 a 84, o Auditor Fiscal gerente da DPF/GERSU afirmou que a mercadoria objeto da lide, Guaramix, encontrava-se registrada no Ministério da Agricultura, enquadrada como bebida mista de guaraná, açaí e ginseng, não pertencente à classe de isotônicos ou energéticos.

O Conselheiro Relator cujo voto foi transcrito pela 4ª JJF prosseguira expondo, no Acórdão CJF nº 0369-11/09, que de acordo com a denominação aplicada pelo então sujeito passivo na Nota Fiscal, identificando o produto como “bebida mista” e a confirmação pelo registro no Ministério da Agricultura, como também pela “Solução de Consulta nº 35 de 17/10/2003” do Ministério da Fazenda Secretaria da Receita Federal, transcrita em seu Parecer pelo Gerente da GERSU, naqueles autos, não se aplicava o regime de substituição tributária previsto no Protocolo ICMS 11/99, por ser o produto Guaramix bebida mista. Que considerando as peças e documentos constantes daquele processo, principalmente a conclusão do Parecer da GERSU, onde se encontra consignado que: *“A substituição tributaria só se aplica se a descrição do produto estiver textualmente no dispositivo legal, Regulamento do ICMS ou acordo interestadual. Só a classificação fiscal não é suficiente para determinar o seu tratamento tributário, tem de haver uma consonância entre o seu código e sua descrição”*, o então Conselheiro Relator comungava do entendimento emanado pela PGE/PROFIS naquele processo, na linha de que fosse modificada aquela Decisão de primeira instância para se decretar a improcedência daquele Auto de Infração, visto que a JJF, à época, julgara procedente aquela autuação.

Após a transcrição do voto objeto da decisão unânime do Acórdão CJF nº 0369-11/09, suprassumido, o Digno Relator da decisão agora recorrida expôs que, mantendo coerência com a posição adotada pela instância superior de julgamento deste Colegiado, votava pela improcedência do Auto de Infração então em julgamento.

Na sessão desse julgamento da 4ª JJF houve voto discordante, vencido, que indicava o julgamento pela procedência da imputação.

## VOTO

Conforme Relatório que antecede este voto, está em apreciação Recurso de Ofício apresentado pela primeira instância de julgamento, referente a decisão não unânime que julgou improcedente Auto de Infração lavrado em decorrência de falta de retenção do ICMS, e do consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações subsequentes, na venda realizada para contribuinte localizado no Estado da Bahia, com a emissão

da Nota Fiscal eletrônica – NF-e objeto do DANFE nº 1.890, conforme Termo de Apreensão e Ocorrências e demais documentos às fls. 04 a 10 dos autos.

Assinalo que está consignado, no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, que trata-se de “*Mercadorias tributadas (Bebidas Guaramix), elencadas na Substituição Tributária conforme Protocolo ICMS 11/91, sem o comprovante de pagamento do ICMS devido na operação, referente ao DANFE Nº 001.890 (cópia anexa), conforme prevê o RICMS/Ba, Decreto nº 6.284/97.*”

Não merece reparo a decisão recorrida.

Tal como ocorreu no julgamento objeto do Acórdão CJF nº 0369-11/09, transscrito em seu voto pelo digno Relator da decisão de base, também neste Recurso de Ofício a questão de mérito a ser analisada é a correta qualificação da mercadoria identificada nos autos do presente processo no Auto de Infração à fl. 01, no Termo de Apreensão de Ocorrências à fl. 04, e descrita no Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica – DANFE nº 1890, à fl. 07, como bebida “Guaramix”.

Assinalo que o contribuinte juntou aos autos, quando de sua impugnação, resposta proferida pelo Sr. Gerente da Gerência de Substituição Tributária – GERSU desta SEFAZ a pedido de diligência emanado da 1ª CJF deste CONSEF exatamente sobre o mesmo assunto tema do atual Recurso em foco, ou seja, qual a qualificação da bebida Guaramix, se bebida mista e portanto fora do alcance do instituto da substituição tributária objeto do Protocolo ICMS nº 11/91, ou se refrigerante, quando então se subsumiria aos termos daquele Protocolo.

Naquela resposta, colacionada pelo sujeito passivo à fl. 26 dos autos deste processo, está explicitado que “*O produto descrito como Guaramix se enquadra no código 2202.90 da NCM conforme consulta a receita federal de produto similar a seguir transcrita: (...).*”

Na conclusão daquela mesma resposta, o Sr. Gerente da GERSU afirma que “*o produto denominado Guaramix não é bebida energética, estando registrado no Ministério da Agricultura (...) como bebida mista de guaraná, açaí com aroma de ginseng. Não se aplicando o regime de substituição tributária previsto no Prot. ICMS 11/91. A substituição tributária só se aplica se a descrição do produto estiver textualmente no dispositivo legal, Regulamento do ICMS ou acordo interestadual. Só a classificação fiscal não é suficiente para determinar o seu tratamento tributário, tem de haver uma consonância entre o seu código e sua descrição.*”

Diante do teor dessa resposta da GERSU/SEFAZ à diligência realizada por anterior deliberação da colenda 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, resta desnecessário novo questionamento a este setor especializado para elucidar temas específicos atinentes à substituição tributária sobre o mesmo produto. A Gerência de Substituição Tributária pesquisou devidamente o assunto e concluiu que o produto Guaramix está registrado no Ministério da Agricultura como bebida mista de guaraná, açaí com aroma de ginseng, e a este produto não se aplicam as diretrizes expostas no Protocolo ICMS 11/91. Portanto, na operação objeto da ação fiscal que originou a decisão recorrida o contribuinte não se configurava como substituto tributário, e não pode subsistir a exigência de ICMS por esta motivação.

Assinalo que esta conclusão acerca do fato de a bebida “Guaramix” não estar incluída no rol das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária está consentâneo com o entendimento seguidamente esposado pela segunda instância de julgamento deste CONSEF, a exemplo do quanto exposto nos Acórdãos CJF 0369-11/09, CJF 0233-12/1 e CJF 0283-12/11, além dos Acórdãos CJF prolatados em razão de acolhimento dos termos de Representações no mesmo sentido apresentadas pela PGE/PROFIS, tais como os Acórdãos CJF 0050-12/11, CJF 0081-11/11, CJF 0097-12/11 e CJF 0124-12/11.

Por tudo quanto exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado, mantendo a Decisão Recorrida que julgou IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **124157.0855/10-7**, lavrado contra **CENTER MIX COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR.DA PGE/PROFIS