

A. I. Nº - 232267.0002/09-8
AUTUADO - CENTER MIX COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - NILSON DE ABREU SANTA RITTA
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET 21.02.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 006/05-11

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 através do Protocolo ICMS 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. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 09/11/2009, exige ICMS no valor de R\$ 2.450,00 e multa de 60%, em razão da falta de retenção do ICMS e do consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no estado da Bahia.

Mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, acompanhadas do DANFE nº 000.000.960, oriundas de Estado (RJ) signatário do Protocolo ICMS 11/91, sem a devida retenção do ICMS pelo remetente e sem o comprovante do recolhimento do imposto através GNRE. Tais mercadorias foram apreendidas e os documentos fiscais retidos como prova da infração fiscal, nos termos do RICMS/BA.

O autuado ingressa com defesa, fls. 18, e requer a sua improcedência sob o argumento de que a mercadoria em apreço é um “refresco”, constituído por uma bebida mista à base de açaí, Classificação Fiscal nº 2202.1001, e não está sujeita ao regime de substituição tributária estabelecido no art. 353 do RICMS/97.

O autuante presta a informação fiscal, e afirma que a ação fiscal é procedente, embora o autuado tenha omitido a classificação fiscal, conforme se observa no documento DANFE nº 000.000.960, os ingredientes e a composição nutricional da mercadoria evidenciam claramente tratar-se de “complemento alimentar com alto teor calórico”, ou seja, repositor energético. Traz em anexo os conceitos de “bebida energética” e do “refresco”, contidas no Dicionário Michaelis, Ed. Melhoramentos.

Também a Portaria nº 155 da SEFAZ do DF, de 29/04/2009, obtida na Internet, lista a mercadoria no grupo de Isotônicas e Energéticas, sujeita à substituição tributária, e como outros que tratam da bebida “Guara Mix”, inclusive fóruns, não deixam dúvidas que se trata de produto energético e não de refresco, como quer atribuir o autuado. Considerando que bebidas energéticas e isotônicas

– NCM 2106.90 estão elencadas no art. 353, II, item 3.5 do RICMS/BA, e na cláusula Primeira do Protocolo ICMS 11/91, considera devido o pagamento exigido neste Auto de Infração.

O sujeito passivo apresenta contrarrazão à informação fiscal, e invoca o julgamento manifesto no Acórdão CJF nº 0369-11/09 da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, que deu provimento ao recurso da empresa autuada e decidiu pela improcedência do julgamento *a quo*, no sentido de que a classificação fiscal do produto comercializado como “bebida mista”, não se enquadra no regime de substituição tributária definido no Protocolo ICMS 11/91.

Na verdade, aduz que se trata de um refresco misto de guaraná com açaí, adicionado de aroma de ginseng, não gaseificado, devidamente registrado no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento sob nº RJ 77950 00002-5. Por ser o produto gaseificado não pode ser confundido com refrigerante, que tem embalagem, refrigeração e lacres específicos. Ademais, refrigerante é uma bebida que contém, obrigatoriamente, saturado de dióxido de carbono.

Também, não se pode confundir o produto autuado com uma bebida isotônica e ou energética, pois, de acordo com texto do livro “Química de Alimentos” (Autoras: Eliana Paula Ribeiro e Elisena A. G. Seravalli – Editora: Edgard Blucher Ltda.), “A principal característica das bebidas energéticas, que podemos considerar como estimulantes é que, na sua composição, contém cafeína, um estimulante do Sistema Nervoso Central (SNC), em concentrações semelhantes a de um café. Além de cafeína, os energéticos apresentam os seguintes componentes: Taurina; Glucoronolactona, Vitaminas e Carboidratos. Quanto aos isotônicos, são bebidas cuja função é repor os sais perdidos pelo suor, pois são chamados de repositores hidroeletrólíticos. A composição fundamental dessas bebidas é a combinação entre os sais de sódio, de potássio e em menor escala, sais de magnésio.

Invoca, solidariamente e subsidiariamente, o Acórdão JJF nº 0062-05/10 da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, cuja Ementa consigna que “...*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*”

Finalmente, anexa a esta peça, conclusão proferida pelo Sr. José Jorge dos Santos Sousa, gerente do SAT/DPF/GERSU, de 10/09/2009, em atenção ao ofício nº 0538/09, relativo ao Auto de Infração nº 110526.0051/08-2, contra a empresa 3HB do Brasil Ltda.

Assim, pelas razões expostas, roga pela Nulidade do presente Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir do remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, o ICMS-ST de R\$ 2.450,00, acrescido da multa de 60%, relativo às operações subsequentes, na venda de “Bebidas Guaramix” realizada para contribuinte localizado no Estado da Bahia, através do DANFE nº 000.000.960, sem o comprovante de pagamento do ICMS devido na operação, elencadas, segundo o autuante, na Substituição Tributária conforme Protocolo ICMS 11/91.

A questão proposta nesta autuação prende-se ao fato da classificação fiscal da mercadoria, se sujeitas ou não à substituição tributária por antecipação, haja vista que a empresa sustenta tratar-se de refresco, e o autuante de bebida energética e isotônica, NCM 2106.90, elencada no art. 353, II, item 3.5 do RICMS/BA, e cláusula 2º do Protocolo ICMS 11/91.

Questão semelhante já foi submetida a este CONSEF, cuja Decisão no Acórdão nº 0369-11/09, emanado pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, voto do Relator VALNEI SOUSA FREIRE, decidiu, pela improcedência da autuação, sob o argumento de que a mercadoria está *enquadrada como bebida mista de guaraná, açaí e ginseng, não pertencente à classe de isotônicos ou energéticos*.

Naquele julgado, o ilustre Conselheiro destarte, *objetivando a melhor fundamentação para julgar a questão, decidiu buscar, junto à Gerência de Substituição Tributária da Diretoria de*

Planejamento e Fiscalização da SEFAZ-BA, subsídios que indicassem, sem margem a dúvidas, a correta classificação do produto, ou seja, se bebida energética ou mista, e obteve a resposta de que não obstante o sujeito passivo ter equivocadamente mencionado na Nota Fiscal a classificação do produto na posição 2009 da NCM, a mercadoria objeto da lide, encontra-se registrada no Ministério da Agricultura, enquadrada como bebida mista de guaraná, açaí e ginseng, não pertencente à classe de isotônicos ou energéticos.

Assim, de acordo com a própria denominação aplicada pelo 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, não se aplica o regime de substituição tributária previsto no Protocolo ICMS 11/99, por tratar-se o Guaramix de bebida mista.

Coaduno com a decisão acima, no sentido de que não se aplica o regime de substituição tributária previsto no Protocolo ICMS 11/99, por tratar-se o Guaramix de bebida mista.

Ademais, conforme mencionado parecer GERSUR, 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.

Ante o exposto, e considerando que me alinho com o entendimento espelhado pelo voto acima transcrito, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232267.0002/09-8**, lavrado contra **CENTER MIX COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de fevereiro de 2011.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR