

**A. I. N°** - 124157.0823/10-8  
**AUTUADO** - CENTER MIX COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTES** - ANTÔNIO JOSÉ DOS SANTOS  
**ORIGEM** - IFMT METRO  
**INTERNET** - 26.05.2011

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0137-04/11**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO REMETENTE. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Comprovada a classificação do produto comercializado como “bebida mista”, não se enquadrando no regime de substituição tributária definido no Protocolo ICMS 11/1991. Infração descaracterizada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão não unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/02/2010, exige ICMS no valor de R\$ 13.331,44, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, ‘e’ da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de falta de retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Consta que se trata de “BEBIDA GUARAMIX”, enquadrada no regime de substituição tributária, nos termos do Protocolo ICMS 11/1991 (notas fiscais eletrônicas 1.474 e 1.475, fls. 08 e 09), conforme Termo de Apreensão e Ocorrências número 124153.0823/10-8, que foi juntado às fls. 04 e 05.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 17 a 21.

Fundamenta-se nos Acórdãos CJF 0369-11/09, da 1<sup>a</sup> Câmara deste Conselho de Fazenda, e no de nº 0062-05/10, da 5<sup>a</sup> Junta, cujas decisões foram no sentido de que, uma vez comprovada a classificação fiscal do produto como bebida mista (refresco misto de guaraná com açaí, não gaseificado, com aroma de “GINSENG”), não incidem as normas de substituição tributária do sobredito Protocolo.

Por não ser gaseificado, o seu produto não pode ser confundido com refrigerantes, que possuem embalagens, refrigeração e tampas específicas. De acordo com o art. 23 do Decreto 6.871/2009, que dispõe sobre padronização, inspeção, classificação, registro, produção e fiscalização de bebidas, o refrigerante necessariamente deve conter dióxido de carbono.

Citando literatura relativa ao assunto, aduz que também não deve haver confusão com bebidas energéticas ou isotônicas, pois na composição do que produz não existem estimulantes, a exemplo de cafeína, taurina e glucoconolactona, não estimula a sede e não tem como função repor os sais perdidos pelo suor nas atividades físicas.

Esclarece ainda que não se responsabiliza por sítios da Internet, bem como não pode controlar as opiniões das pessoas que consomem a mercadoria. Empresas diversas comercializam o “GUARAMIX”, tentando atribuir ao mesmo propriedades que são inerentes a outras linhas de bebidas.

Cita o que denominou de decisão da SAT / DPF / GERSU (fls. 78/79) e conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração.

Na informação fiscal, de fls. 30 a 43, o autuante diz que a defendant, tendo efetuado operação interestadual com bebidas mistas “GUARAMIX” em diversas embalagens, destinadas a contribuintes localizados neste Estado, descumpriu as exigências da legislação de regência.

À fl. 53, enumera os componentes da bebida em comento, assim como informa o endereço da Internet onde o autuado manteria “propaganda” das suas propriedades energéticas.

Em seguida, menciona Acórdão da 2<sup>a</sup> Junta (fl. 43), que decidiu em sentido contrário aos citados pelo contribuinte, argumenta que a classificação fiscal NCM 2202 está elencada na substituição

tributária e que a bebida em comento está contemplada neste regime de tributação no Distrito Federal (fls. 41 e 42).

Requer a procedência da autuação.

Devidamente intimado (fl. 46), o contribuinte se manifesta às fls. 63 a 67, onde repete as argumentações de defesa.

## **VOTO**

A presente lide reside no inconformismo do contribuinte em face da autuação, que se deu em decorrência da falta de retenção do ICMS e seu recolhimento, supostamente devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Em deliberação sobre situação idêntica, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, em sede de recurso voluntário de julgado da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão 4ª JJF nº 0066-04/09), através do Acórdão CJF 0369-11/09, de cuja redação peço vênia para extrair fundamento, decidiu que assiste razão ao impugnante.

Cinge-se a contenda ao posicionamento conflitante, sustentado de um lado pelo autuado, na ótica do qual, de acordo com a legislação vigente, o produto comercializado não se submete ao regime da substituição tributária, enquanto, em situação diametralmente oposta, vislumbra o autuante, ao examinar as características da mercadoria (ingredientes da composição), 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 2.314/1997, concluindo ser sujeito às regras do Protocolo ICMS 11/1991, com imposto devido, ao Estado destinatário, por substituição tributária, através de retenção feita e recolhida pelo remetente.

Portanto, o âmago da lide encontra-se na discussão sobre a natureza e classificação do produto dentro da legislação pertinente, visando definir a incidência ou não da substituição por antecipação tributária.

Objetivando melhor fundamentar o julgamento da questão, decidiu a 1ª Câmara buscar, junto à Gerência de Substituição Tributária da Diretoria de Planejamento e Fiscalização da SEFAZ-BA, subsídios que indicassem, sem margem para dúvidas, a correta classificação do produto, ou seja, se refrigerante, bebida energética ou mista.

Em Parecer, de fls. 78/79, o auditor gerente da DPF/GERSU demonstrou, de forma cristalina e didática, que a classificação do produto encontra-se 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 pertencendo à classe de isotônicos, energéticos ou refrigerantes.

Assim, de acordo com o registro no Ministério da Agricultura, como também com a “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, às fls. 78/79, em alinhamento com o quanto decidido no Acórdão CJF 0369-11/09, concluo que não se aplica o regime de substituição tributária previsto no Protocolo ICMS 11/1999, por tratar-se o “GUARAMIX” de bebida mista.

Por conseguinte, da análise das peças e documentos constantes do processo, principalmente da conclusão do Parecer da GERSU, reputo descabida e descharacterizada a exigência fiscal.

Ante o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## **VOTO DISCORDANTE**

O Auto de Infração acusa o contribuinte de não ter feito a retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição, por força do Protocolo 11/91.

Conforme descrição dos fatos indicados no Auto de Infração, a empresa deu saída de mercadoria (Guaramix) para contribuinte localizado neste Estado e o cerne da questão é que:

- 1) O impugnante afirma que o produto comercializado é um “**refresco misto**” (fl. 18);
- 2) O autuante afirma que o produto é classificado na NCM 2106.9 a 2202.10 (Refrigerantes e Refrescos e enquadrado no regime de substituição tributária (fl. 55).

A Cláusula 1<sup>a</sup> do Prot. ICMS 11/91 estabelece que nas operações interestaduais com cerveja, (e chope), refrigerante, água mineral ou potável e gelo, classificados nas posições **2201 a 2203** da NCM, fica atribuída ao remetente à responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS.

Por sua vez, os §§ 1º e 2º prevê que aplica-se, também, às operações com xarope ou extrato concentrado, classificado na NCM 2106.90.1 e equiparam-se a refrigerante as bebidas hidroeletrolíticas (isotônicas) e energéticas, classificadas nas posições 2106.90 e 2202.90 da NCM.

Pela análise dos elementos constantes do processo, verifico que os DANFEs 1474 e 1475 (fls. 7/8) consigna “GUARAMIX SPORT GARRAFA PET CX C/24 X 500 ML E GUARAMIX FAST COPO CAIXA C/36 X 290 ML” com codificação fiscal da **NCM 2202.1000**.

Logo, o próprio autuado define o produto comercializado como **refresco** e indicou na nota fiscal a codificação com a **NCM 2202**, situação prevista na Cláusula Primeira do Prot. 11/91 como produto enquadrado no regime de substituição tributária. Portanto, devido o imposto ora exigido.

Embora não faça parte do ordenamento jurídico do Estado da Bahia, o autuante acostou às fls. 60/61, cópia da Port. 155/2009 da Secretaria da Fazenda do Distrito Federal na qual relaciona o produto objeto da autuação (GUARAMIX 500 ML e GUARAMIX 290ML- fl. 61) como produto enquadrado no regime de substituição tributária classificada no Anexo IV – BEBIDAS HIDROELETROLÍTICAS (ISOTÔNICAS) E ENERGÉTICAS.

De acordo com o acima exposto, me coaduno com o posicionamento da administração tributária daquele Estado e concluo que os produtos consignados na notas fiscais objeto da autuação (Guaramix) se enquadram no regime de substituição tributária na posição **NCM 2202** (refrigerantes e **refrescos**), previsto na Cláusula Primeira do Prot. ICMS 11/91 (**NCM 2201 a 2203**) e correta à exigência fiscal.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **124157.0823/10-8**, lavrado contra **CENTER MIX COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA..**

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE (VOTO DISCORDANTE)

PAULO DANILÓ REIS LOPES – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR