

|            |   |
|------------|---|
| PROCESSO   | A. I. N° 297745.0039/01-0                                   |
| RECORRENTE | TERMO TÉCNICA LTDA.   |
| RECORRIDA  | FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL                                    |
| RECURSO    | RECURSO VOLUNTÁRIO Acórdão 3 <sup>a</sup> JJF n° 2075-03/01 |
| ORIGEM     | IFMT-DAT/NORTE  |
| INTERNET   | 20.03.02  |

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

### ACÓRDÃO CJF N° 0089-11/02

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. SUJEITO PASSIVO REALIZANDO VENDAS PARA CONTRIBUINTES. FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Produtos constantes do Convênio n° 76/94, sendo atribuída ao industrial fabricante a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária. Não caracterizada a condição dos produtos como medicamentos. Decisão modificada. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração de 29/05/2001, exige ICMS no valor de R\$3.172,04 e multa de 60% em decorrência da falta de retenção do ICMS e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O autuado, tempestivamente, requer a liberação das mercadorias, impugna o lançamento, fls. 15 e 16, e suscita as seguintes razões de defesa:

1. Que foram autuados os produtos constantes das Notas Fiscais n<sup>os</sup> 2748,2749 e 2751, todas de 28/05/2001, retida por falta de cobrança de substituição tributária do ICMS previsto no Convênio ICMS n° 76/94, correspondente aos produtos Levedura (código de classificação NBM/SH 2102) e Guaraná Mix (código de classificação NBM/SH 2106).
2. Que de acordo com a cláusula primeira do citado convênio, estão enquadrados os medicamentos com classificações NBM/SH 3003 – 3004 (inciso II) e as vitaminas e provitaminas com classificação NBM/SH 2936 (inciso IX).
3. Discorre sobre o Regulamento do IPI, trazendo a posição dos produtos constantes no capítulo 30 (produtos farmacêuticos), tais como os dos grupos 3003 (medicamentos) constituídos por produtos misturados entre si, preparados para fins terapêuticos ou profiláticos, e o grupo 3004, constituídos por produtos misturados ou não misturados, preparados para fins terapêuticos ou profiláticos, apresentados em doses ou para venda a retalho.
4. Solicita esclarecer e orientar os fiscais de barreira fiscal, a fim de evitar interpretações diferentes à matéria legislativa.

O autuante presta informação fiscal, fl. 37, e reafirma que os produtos em questão constam da tabela da ABC FARMA como medicamentos, os quais como não poderia deixar de ser, encontram-se no programa informatizado de medicamentos da SEFAZ. O contribuinte alega que seus produtos não estão enquadrados na classificação NBM/SH 3003-3004, porém sem nenhuma

comprovação documental, que possa ir de encontro à tabela da ABC FARMA e do Programa de Medicamentos da SEFAZ. Ressalva que foram lavrados outros autos de infração, relativos a estes mesmos produtos, sem ter havido contestação pelos contribuintes.

#### VOTO DA RELATORA DA 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

“O presente Auto de Infração decorreu da falta de retenção e recolhimento do ICMS, nas operações interestaduais, de produtos enquadrados no regime de substituição tributária, especificamente, produtos farmacêuticos, de acordo com o Convênio nº 76/94, e sucedâneos, realizado com o estado da Bahia, por industrial fabricante, localizado no Estado de Pernambuco.

O Convênio ICMS nº 76/94 prevê que nas operações interestaduais com medicamentos, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto fica atribuída ao industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, nas saídas para destinatário revendedor situado em outro Estado, sendo obrigado a se inscrever no cadastro da Secretaria da fazenda do Estado destinatário das mercadorias.

O Convênio ICMS 81/93 que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, instituídos por Convênios firmados entre os Estados, reza na cláusula segunda que “nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se referem os correspondentes Convênios ou Protocolos, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente.”

Os produtos em questão constam da tabela da ABCFARMA como medicamentos, como também no Programa Informatizado de Medicamentos da SEFAZ. A negativa do contribuinte de que seus produtos não estão enquadrados na classificação NBM/SH 3003, 3004, não é documentalmente comprovada. Os produtos enquadrados na classificação NBM/SH, 2936, provitaminas e vitaminas também estão relacionados na Portaria nº 76/94. Entendo que os produtos em questão estão relacionados no Convênio nº 76/94, e deste modo, o autuado estaria obrigado a reter e recolher o ICMS na qualidade de contribuinte substituto, e as mercadorias deveriam estar acompanhadas da GNR- Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais, comprovando o recolhimento do imposto.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

#### RECURSO VOLUNTÁRIO

Intimada a tomar ciência do resultado do julgamento realizado pela 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal que exarou o Acórdão nº 2075-03/01 pela Procedência do Auto de Infração em lide, a empresa retornou aos autos impetrando Recurso Voluntário, argüindo:

A caracterização de um produto como medicamento não decorre de tabelas de particulares. Decorre de enquadramento legal, efetuado pelo órgão competente, vale dizer, Agencia Nacional de Vigilância Sanitária.

Os produtos apreendidos são:

a) levedura de cerveja;

b) guaraná mix;

c) guaraná em pó.

A levedura de cerveja não pode ser enquadrada como medicamento, vez que é isenta de registro (Resolução RDC nº 23). É sujeita a mera comunicação de início de fabricação (doc. 1)

Quanto aos outros dois produtos (guaraná em pó e guaraná mix) os mesmos são expressa e taxativamente enquadrados como alimentos, conforme norma legal Resolução de 03 de agosto de 1999, do Diretor Presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Sendo alimentos, não podem se enquadrar como medicamento.

Note-se que há definição por normas legais e, consequentemente, dispensável para prova pela parte. Não se pode, assim, falar preclusão probatória.

Por todo o exposto, requer que o presente recurso seja conhecido e provido, reformando a decisão e declarando insubstancial o Auto de Infração nº 297745.0039/01-0, liberando as mercadorias apreendidas.

A PROFAZ forneceu Parecer de nº 66/02, nos seguintes termos:

“Da análise das razões expendidas no Recurso, consideramos ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido.

O cerne da autuação consiste na falta de retenção do ICMS e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Os argumentos ventilados pelo contribuinte revelam-se inócuos, posto que, os produtos autuados constam na tabela da ABCFARMA como medicamentos.

Assim sendo, não resta dúvida de que os produtos em tela estão submetidos às regras esboçadas no Convênio ICMS nº 76/94, e portanto, o autuado deverá necessariamente reter e recolher o ICMS na qualidade de contribuinte substituto.

Ante o exposto, o opinativo é pelo conhecimento e improvimento do recurso”.

## **VOTO**

Dado ao exame e análise dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, constatei que realmente merece reparo o Acórdão atacado através do presente Recurso Voluntário. Entendo que o contribuinte está com a razão quando alega que não pode ser alcançado no presente lançamento pela norma emanada do Convênio 76/94, pois os produtos que deram origem ao Auto de Infração não fazem parte e não estão enquadrados na nomenclatura de classificação NBM/SH 3003-3004.

Aduzo que o fato de constar na tabela da ABCFARMA e no programa informatizado de medicamentos da SEFAZ não determina a natureza daqueles produtos como medicamento, desde quando a classificação nacional NBM/SH constatado não ratificar aquelas posições.

Diante do constatado, peço “permissa vénia” a Douta PROFAZ para discordar do seu Parecer. Assim, por discordar também do resultado do julgamento de 1ª Instância que exarou o Acórdão 3ª JJF nº 2075-03/01 pela Procedência do feito, concedo o meu voto no sentido de dar PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para considerar o Auto de Infração em lide IMPROCEDENTE.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar Decisão Recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **297745.0039/01-0**, lavrado contra **TERMO TÉCNICA LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de fevereiro de 2002

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS LINS DE ANDRADE SENTO SÉ - REPR. DA PROFAZ