

**PROCESSO** - A. I. Nº 207109.0010/01-9  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - STAFFORD-MILLER INDÚSTRIA LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4º JF nº 0142-04/02  
**ORIGEM** - INFAZ SIMÕES FILHO  
**INTERNET** - 24.07.02

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C.J.F Nº 0269-11/02

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RETENÇÃO A MENOS DO IMPOSTO. Infração não caracterizada. **b)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Efetuada correção no cálculo do imposto reclamado. Infração caracterizada parcialmente. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Refere-se a Recurso de Ofício interposto pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal nos termos previstos pelo art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/BA, relativamente ao Acórdão nº 0142-04/02 que decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração em referência.

Originalmente o Auto de Infração foi lavrado para exigir o pagamento do ICMS no valor de R\$42.483,46, sob as seguintes imputações:

1. Procedeu à retenção a menos do imposto, 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.
2. Deixou de proceder a retenção do imposto, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O relatório produzido pelo o Sr. Relator da 4ª JF assim se apresenta:

*I – Quanto às razões de defesa:* “O autuado em sua defesa de fls. 228 a 230 dos autos impugnou o lançamento fiscal descrevendo, inicialmente, as infrações imputadas. Em seguida, aduziu serem totalmente improcedentes as alegações dos autuantes, pelas seguintes razões:

1. os fatos geradores alegados como passíveis de terem originado o recolhimento à menor e à falta de recolhimento nas vendas efetuadas para o Estado da Bahia, são datados do ano de 1996 até o mês de agosto/97;
2. para que possa analisar a questão, necessário se faz que se veja qual o critério de enquadramento do produto KWELL há época do fato gerador. Diz que a classificação fiscal do referido produto à época, era a de nº 33051001, que corresponde ao capítulo 33, onde estão elencados como sendo óleos essenciais e resinóides, produtos de perfumaria ou de toucador, preparados e preparações cosméticas. Frisa que por tal classificação no capítulo acima da TEC, o referido produto não é considerado medicamento. Sustenta que o produto foi registrado perante a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária como shampoo e como tal foi comercializado;

3. que no curso de suas vendas, a empresa pleiteou junto à agência acima o seu enquadramento como medicamento de venda livre, o que motivou a sua alteração na classificação fiscal para 3004.9021, cuja classificação tem a seguinte tradução:

*“3004 – Medicamentos (exceto os produtos das posições 3002, 3005 ou 3006) constituídos por produtos misturados ou não misturados, preparados para fins terapêuticos ou profiláticos, apresentados em doses ou acondicionados para vendas a retalho.”*

4. que somente após a autorização e publicação pela ANVISA, no Diário Oficial da União, deste novo enquadramento concedido ao produto, a empresa começou a comercializá-lo como medicamento, quando passou a efetuar o recolhimento por substituição tributária, tudo em conformidade com a legislação e a documentação anexa.

Requer, ao final, que o Auto de Infração seja julgado improcedente”.

*II – Da informação fiscal prestada pelos autuantes:* “Os autuantes ao prestarem a sua informação fiscal de fls. 244 a 245 dos autos descreveram, inicialmente, os termos da acusação fiscal e das alegações defensivas para, em seguida contraditá-las com os seguintes argumentos:

1. que o autuado afirmou através de seus advogados (ver doc. de fl. 20), em correspondência enviada ao Ministério da Saúde, datada de 22/05/1997, que é titular junto à Secretaria de Vigilância Sanitária do produto KWELL, registrado sob o nº 1.1899.0001.0015, válido até 2001, destinado ao tratamento de pediculose, portanto, incluído na área da DIVISÃO DE MEDICAMENTOS ;

2. que o referido produto, segundo o autuado em sua defesa, foi classificado, erroneamente, à época do pedido como shampoo;

Com base nas informações acima, os autuantes esclareceram que o produto, na realidade, nunca foi shampoo, e sim, medicamento. Aduzem que apenas por questão de classificação errônea era considerado shampoo, quando, em verdade, era medicamento, sobre o qual deveria haver retido o ICMS substituto. Sustentam que se o autuado não fez à retenção à época, deveria fazê-lo posteriormente, sem imposição de multa, com a incidência dos acréscimos moratórios devidos, por ocasião da correção de sua classificação.

Ao concluírem, entendem que o Auto de Infração deva ser considerado procedente. Dizem, no entanto, caso os membros do Conselho entendam de outra forma, deve o Auto de Infração ser julgado parcialmente procedente, para ser considerado como imposto devido apenas à falta de retenção referente aos produtos constantes do Anexo II-A, que ora se junta ao PAF, os quais, sem qualquer dúvida, são passíveis de retenção do ICMS na fonte conforme Convênio ICMS 76/94(creme e escova dental, fraldas), oportunidade em que demonstraram à fl. 245 o valor do débito do imposto remanescente na importância de R\$615,97”.

*III – Da concessão de vistas ao recorrido e o respectivo pronunciamento:* “O CONSEF, face os autuantes haverem juntado um novo demonstrativo do débito do imposto quando prestaram a sua informação fiscal, encaminhou o PAF a IFEP para dar ciência ao autuado, o que foi cumprido, tendo o autuado se manifestado conforme documentos às fls. 250 a 252 dos autos.

Em sua nova intervenção, o autuado apenas repetiu os argumentos defensivos apresentados quando da sua impugnação ao lançamento fiscal”.

*IV – Do voto proferido pelo o Sr. Relator da 4ª JF:* “O fundamento da autuação foi em razão do autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, haver efetuado a retenção a menos e de não proceder a retenção do ICMS por antecipação, e o conseqüente recolhimento, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Para instruir a ação fiscal, foi anexado aos autos pelos autuantes, além das cópias das notas fiscais de vendas de emissão do autuado para contribuintes neste Estado e de outros documentos, os Anexos I e II, onde estão demonstrados os valores da retenção e do recolhimento a menos do ICMS substituto e da falta de retenção do imposto.

Após a análise das peças que compõem o PAF, constata-se razão assistir parcialmente ao autuado, pelos seguintes motivos:

I – do exame das notas fiscais anexadas pelos autuantes, verifica-se que nas vendas efetuadas pelo autuado do produto KWELL para adquirentes neste Estado e objeto da presente lide nas infrações 1 e 2, a classificação fiscal consignada nos documentos foi a de nº 3305100100, a qual não está elencada no art. 353, II, do RICMS/97, como sujeita ao regime de substituição tributária;

II – acerca do argumento dos autuantes, de que o produto em questão nunca foi shampoo e sim medicamento, em razão de classificação errônea pelo órgão competente e que, por tal motivo, deveria ter o autuado efetuado o recolhimento do imposto posteriormente, entendendo sem nenhuma consistência. É que os autuantes ao final de sua informação fiscal ponderaram que se o CONSEF entender de forma diversa, o Auto de Infração deve ser julgado parcialmente procedente no valor de R\$615,97, conforme ANEXO II-A.

Com base na explanação acima, considero que o fato do produto haver sido classificado pela ANVISA de forma equivocada, não é motivo para que os autuantes exija do autuado o imposto a título de não retenção, na qualidade de sujeito passivo por substituição, por falta de respaldo na legislação do ICMS.

Ressalto que o contribuinte em relação a outros produtos que comercializa, como escova, creme dental e absorventes, quando efetuava vendas para contribuintes neste Estado, não só efetuava a retenção do imposto na qualidade de sujeito passivo por substituição, bem como promovia o seu recolhimento à Fazenda Estadual, já que tais mercadorias estão enquadradas no regime de substituição tributária, fato que comprova ser a empresa cumpridora de suas obrigações tributárias perante o fisco deste Estado.

Observei, no entanto, que o autuado em algumas operações realizadas dos produtos acima para adquirentes neste Estado, não procedeu à retenção do imposto na fonte, na qualidade de sujeito passivo por substituição, através das notas fiscais relacionadas no ANEXO II-A pelos autuantes (fl. 246 dos autos), pelo que deixou de recolher o ICMS no importe de R\$615,97, cujo valor não foi objeto de questionamento pela empresa ao ser intimada a se manifestar sobre o referido anexo

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração na importância de R\$615,97.”

#### **VOTO**

Da análise dos autos chego à conclusão no sentido de que a Decisão Recorrida está corretamente fundamentada já que respaldada no art. 353, do RICMS/BA que disciplina a exigência fiscal que ora se examina. Não resta dúvida que o produto KWELL, à época da ocorrência dos fatos consignados no presente Auto de Infração, não estava rotulado pela ANVISA como medicamento

e, por conseguinte, não estava sujeito à antecipação tributária já que sua classificação fiscal 33051001 não consta do rol dos produtos elencados pelo art. 353, inciso II, item 13, do RICMS/BA.

Quanto à segunda infração, os próprios autuantes efetuaram as devidas retificações consoante se observa na informação fiscal prestada às fls. 244 e 245 dos autos.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso de Ofício e pela manutenção integral da Decisão Recorrida.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª 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 **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207109.0010/01-9, lavrado contra **STAFFORD-MILLER INDÚSTRIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$615,97**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFAZ