

A. I. N° - 207109.0010/01-9  
AUTUADO - STAFFORD-MILLER INDÚSTRIA LTDA.  
AUTUANTES - ROBERTO VICENTE MARUBAYASHI e JOÃO KOJI SUNANO  
ORIGEM - INFAC SIMÕES FILHO  
INTERNET - 02. 05. 2002

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0142-04/02**

**EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.**  
a) RETENÇÃO A MENOS DO IMPOSTO. Infração não caracterizada. b) FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Efetuada a correção no cálculo do imposto. Infração caracterizada parcialmente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 21/12/2001, exige ICMS no valor de R\$42.483,46, em razão das seguintes irregularidades:

1. procedeu à retenção a menos do imposto, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia;
2. deixou de proceder a retenção do imposto, e o 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 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.

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 contradizê-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 concluir, 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.

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.

## VOTO

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 consequente 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, entendo sem nenhuma consistência. É que os autuantes ao final de sua informação fiscal poderaram 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.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207109.0010/01-9, lavrado contra **STAFFORD-MILLER INDÚSTRIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado 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.

Esta Junta recorre de ofício da presente 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 7.851/99, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de abril de 2002.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

ANSELMO LEITE BRUM - JULGADOR