

A. I. Nº - 281071.0003/19-5
AUTUADO - JOHNSON & JOHNSON DO BRASIL IND. E COM. DE PRODUTOS P/ A SAÚDE LTDA.
AUTUANTES - CARLOS RAMOS DE MIRANDA FILHO e JAYME BORGES DOMINGUES FILHO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 04.09.2020

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0085-05/20-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO. a) RETENÇÃO A MENOS DO IMPOSTO. Infração reconhecida. b) FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Restou comprovado que parte das operações foram destinadas a contribuinte que possuía regime especial (Dec. 7.799/00) o que dispensa o remetente de promover a retenção do imposto. Produto classificado no NCM 3304 da Tabela de Incidência do IPI (TIPI) mesmo que caracterizado como medicamento não se enquadra nas NCMs 3003 e 3004 previstas no Convênio ICMS 76/94. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 28/06/19, exige ICMS no valor de R\$29.711,22, acrescido da multa de 60%, relativo às seguintes infrações:

1. Procedeu a retenção a menos do ICMS, 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. Consta na descrição dos fatos que se trata de produtos farmacêuticos, de acordo com as Cláusulas do Convênio ICMS nº 76/94 – R\$306,37.
2. Deixou de proceder a retenção do ICMS, 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. Consta na descrição dos fatos que se trata de produtos farmacêuticos, de acordo com as Cláusulas do Convênio ICMS nº 76/94 – R\$29.404,85.

O autuado, na defesa apresentada às fls. 29 a 39, inicialmente ressalta que a defesa é tempestiva, discorre sobre as infrações, transcreve os dispositivos fiscais supostamente infringidos e afirma que a maior parte da infração 2 deve ser cancelada.

Esclarece que fez a remessa de mercadorias do Estado da Paraíba para o Estado da Bahia e promoveu a retenção do ICMS-ST, tendo a fiscalização apurado diferenças entre os valores retidos, no entanto, conforme documentos comprobatórios, é insubsistente a exigência fiscal relativa as mercadorias:

- (I) Hipoglós Amêndoas - NCM 3304.99.90, por a mercadoria não está sujeita à ST nas operações praticadas entre os Estados da Paraíba e Bahia (fls. 76 a 82)
- (II) O destinatário, Lojas Le Biscuit S/A, CNPJ/MF nº 16.233.389/0048-19 é responsável pela retenção e recolhimento do ICMS-ST, nos termos do Termo de Acordo – Processo Nº 20193520144 deferido pela SEFAZ Bahia (fls. 73 a 103).

Com relação ao produto Hipoglós e das vendas a LE BISCUIT apresenta demonstrativo à fl. 34 indicando valor exigido indevidamente de R\$28.271,39.

Quanto ao Hipoglós Amêndoas, afirma que está classificada na NCM 3304.99.90 do capítulo 33 da Tabela de Incidência do IPI (TIPI) como produtos de beleza ou maquiagem para conservação ou cuidados da pele (exceto medicamentos), incluindo as preparações antissolares e os bronzeadores, preparações para manicuros e pedicuros.

E que a Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 76/94, que também fundamenta o lançamento fiscal dispõe acerca dos produtos sujeitos à substituição tributária, remete para o Anexo único do citado Convênio, o qual não descreve a NCM 33.04.99.90, por isso devem ser canceladas as operações envolvendo o produto HIPOGLÓS Amêndoas.

Com relação às operações destinadas a Sociedade Lojas Le Biscuit S/A, afirma que conforme consta nas notas fiscais, as mercadorias foram remetidas para a empresa que é responsável pela retenção e recolhimento do ICMS por substituição tributária, nos termos do Termo de Acordo 20193520144 DEFERIDO pela Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia (fls. 97 a 99), o que afasta a exigência do ICMS-ST, do estabelecimento autuado, conforme decidiu o CONSEF, no Acórdão CJF 0282-12/17 (fls. 101 a 103).

Apresenta quadro demonstrativo à fl. 39 no qual indica valor indevidamente exigido de R\$28.271,39 na infração 2, remanescendo o valor de R\$1.133,46, que reconhece como devido juntamente com o exigido na infração 1 de R\$306,37 totalizando R\$1.439,99. Requer julgamento pela procedência em parte do auto de infração.

Um dos autuantes, Carlos Ramos de Miranda Filho, presta informação fiscal às fls. 117 a 122, inicialmente discorre sobre as infrações, alegações defensivas que passa a contestar.

Com relação à mercadoria HIPOGLÓS AMÊNDOS afirma que está classificada na NCM 3304.99.90 nas notas fiscais que deram suporte à autuação e o Convênio ICMS 76/94 não faz menção a este código, portanto, não haveria fundamento legal para a exigência do ICMS-ST.

No entanto, entende que a classificação do HIPOGLÓS AMÊNDOS na NCM 3304.99.90 está incorreta pois indica: *33.04 - Produtos de beleza ou de maquiagem preparados e preparações para conservação ou cuidados da pele (exceto medicamentos), incluindo as preparações antissolares e os bronzeadores; preparações para manicuros e pedicuros.*” (grifos nossos).

Manifesta que o fabricante ao considerar o produto como “outros produtos de beleza ou maquiagem para cuidados com a pele”, e não como “medicamentos”, pretende elidir a autuação excluindo do Convênio ICMS 76/94 que não prevê cobrança do ICMS-ST classificadas na NCM 3304.

Afirma que em consulta ao site do fabricante, o autuado apresenta o produto ao público consumidor nas versões “Tradicional” e “com Óleo de Amêndoas”, como um “*medicamento*”, conforme figura impressa à fl. 119 e consulta do registro do medicamento feito pela Procter Gamble Higiene e Cosméticos Ltda, que detinha a marca anteriormente, até ser adquirida pela Johnson & Johnson, conforme impressão à fl. 120 e bula à fl. 121 que indica para que o medicamento deve ser indicado (*prevenção e tratamento de assaduras, dermatite de fralda e amoniacal*), não deve ser utilizado (*mulheres grávidas*) e cuidados de armazenamento.

Informa que também fez consulta ao site da ANVISA, onde foi possível obter a bula do produto, já emitida com o nome do fabricante atual, ou seja, a Johnson & Johnson, onde a própria empresa trata o HIPOGLOS como medicamento, cuja cópia integral da bula foi acostada às fls. 105 a 114), obtida no site da ANVISA (www.anvisa.gov.br), no endereço eletrônico acima descrito.

Entende que as alegações não procedem, devendo ser mantida a autuação relativa ao Hipoglós.

Com relação ao Termo de Acordo e Parecer 26688/2014, deferido em 17/11/2014 e revogado em 01/08/2018, cuja cópia juntou às fls. 115 e 116, reconhece que confirma existência no período auditado, estando a LOJAS LE BISCUIT S/A habilitada aos benefícios constantes no Dec. 7.799/2000.

Afirma que aplica-se às mercadorias objeto da autuação o Decreto 11.872/2009, que dispõe sobre “*regime especial de tributação nas aquisições de produtos farmacêuticos medicinais de uso não*

veterinário efetuadas por distribuidor de medicamentos localizado neste Estado”, que não é o caso da empresa LOJAS LE BISCUIT S/A, cuja atividade econômica principal do CNAE 4641903 - Comércio atacadista de artigos de armarinho e não procede a justificativa da autuada para a falta de retenção do ICMS-ST nas operações de saída para este destinatário.

Ressalta ainda que a Ementa do Acórdão CJF 0282-12/17 (fl. 101) tem amparo no Dec. 11.872/09, e não no Dec. 7.799/2000, não justifica a linha de argumentação adotada, devendo ser mantida a exigência fiscal relativa a vendas para as LOJAS LE BISCUIT S/A.

Requer o julgamento pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS relativo a duas infrações, sendo que na defesa apresentada o sujeito passivo reconheceu a primeira infração e inexistindo contraditório fica julgada procedente.

Quanto à infração 2, que acusa retenção e recolhimento a menos do ICMS-ST, o autuado contestou parte da exigência fiscal relativo a:

- i) O produto Hipoglós Amêndoas não está sujeito a tá sujeita à ST;
- ii) Produtos destinados a Lojas Le Biscuit S/A, estavam dispensados da retenção do ICMS-ST.

Quanto ao Hipoglós Amêndoas, o defendente alegou que está classificado na NCM 3304.99.90, cujo Anexo único do Convênio ICMS nº 76/94, não relaciona a citada NCM 3304.99.90.

Um dos autuantes, contestou que apesar do HIPOGLÓS AMÊNDOAS está classificada na NCM 3304.99.90, não relacionada no Anexo único do Convênio ICMS 76/94, mas a classificação do produto está incorreta porque indica:

33.04 - Produtos de beleza ou de maquiagem preparados e preparações para conservação ou cuidados da pele (exceto medicamentos), incluindo as preparações antissolares e os bronzeadores; preparações para manicuros e pedicuros.

E que de fato o produto em questão é um “*medicamento*”, conforme propagado pelo fabricante, registro na ANVISA e bula (fls. 105 a 114 e 119 à 121) indicando como o medicamento deve ser indicado (*prevenção e tratamento de assaduras, dermatite de fralda e amoniacal*), não deve ser utilizado (*mulheres grávidas*) e cuidados de armazenamento, bem como em consulta ao site da ANVISA (www.anvisa.gov.br), obteve a bula do produto que trata como medicamento e deve ser enquadrado no regime de substituição tributária.

Pelo exposto, os elementos carreados aos autos pela fiscalização demonstram que o produto Hipoglós não configura simplesmente uma *preparação para conservação ou cuidados da pele* e sim um medicamento. Entretanto, o Convênio ICMS 76/94 enquadra no regime de substituição tributária uma gama de produtos variados, a exemplo de soro, vacinas, ataduras, algodão, preservativos, seringas, mamadeiras, absorventes, contraceptivos, pasta dentárias, fio dental, entre outros ou seja, de produtos farmacêuticos de um modo geral.

No que se refere a medicamentos, o citado Convênio incluiu não todos os medicamentos, mas uma gama classificada na posição 3003 e 3004 no item II do Anexo único:

3003 MEDICAMENTOS (EXCETO OS PRODUTOS DAS POSIÇÕES 30.02, 30.05 OU 30.06) CONSTITUÍDOS POR PRODUTOS MISTURADOS ENTRE SI, PREPARADOS PARA FINS TERAPÊUTICOS OU PROFILÁTICOS, MAS NÃO APRESENTADOS EM DOSES NEM ACONDICIONADOS PARA VENDA A RETALHO

3004 (MISTURADOS OU NÃO MISTURADOS, PREPARADOS PARA FINS TERAPÊUTICOS OU PROFILÁTICOS, APRESENTADOS NA FORMA DE DOSES (INCLUÍDOS OS DESTINADOS A SEREM ADMINISTRADOS POR VIA PERCUTÂNEA) OU ACONDICIONADOS PARA VENDA A RETALHO)

Dessa forma, mesmo que o produto em questão (Hipoglós) se caracterize como medicamento, para ser enquadrado no regime de substituição tributária com base no Convênio ICMS 76/94, seria necessário que ficasse provado que integra os classificados na posição 3003 ou 3004, visto que

outros produtos farmacêuticos contidos no Capítulo 30 da Tabela de Incidência do IPI (3001 e 3006) não foram inseridos no Anexo único do citado Convênio ICMS.

Consequentemente fica afastada a exigência fiscal relativa às saídas de Hipoglós exigida nas notas fiscais 149603, 150234, 153193 e 153921, nos meses de 09/16, 10/16 e 11/16 (fl. 20) totalizando R\$9.227,32, conforme demonstrativo apresentado junto com a defesa (fl. 36).

Com relação aos produtos destinados a LOJAS LE BISCUIT S/A, habilitada aos benefícios constantes no Dec. 7.799/2000, cópia do Parecer 26.688/2014, juntado pelo autuante às fls. 115/116, esteve vigente no período de 17/11/2014 a 01/08/2018, que engloba o período fiscalizado de 09/14 a 12/16, visto que as operações autuadas se referem aos meses 11/2016 e 12/16 (fls. 20 a 22).

O autuante contestou que as mercadorias objeto da autuação se referem ao Dec. 11.872/2009, que dispõe sobre *“regime especial de tributação nas aquisições de produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário efetuadas por distribuidor de medicamentos localizado neste Estado”*, que não é o caso da empresa.

Pela análise dos elementos constantes dos autos, constato que o Parecer 26.688/2014, relativo a LOJAS LE BISCUIT S/A indica que:

- a) ... fica responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição devido por substituição tributária, nas saídas internas subsequentes conforme art. 7º B do Dec. 7.799/2000 das aquisições internas e interestaduais de mercadorias sujeitas a substituição tributária.
- b) A retenção e recolhimento do ICMS é de responsabilidade do detentor deste Termo de Acordo, Art. 7º B do Dec. 7.799/00, ainda que as mercadorias sujeitas à substituição tributária sejam adquiridas de fornecedores localizados neste ou em outros estados signatários de acordos interestaduais, conforme estabelece o §2º do art. 7º-B do Dec. 76799/200.

Por sua vez, o art. 7-B e § 2º do Dec. 7.799/2000 estabelece que:

Art. 7º-B. Nos recebimentos de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o estabelecimento comercial atacadista, central de distribuição ou estabelecimento que decreto_2000_7799.doc comercializa mercadorias exclusivamente via internet ou telemarketing, poderá, mediante celebração de termo de acordo específico a ser firmado com o Estado da Bahia, representado pela Secretaria da Fazenda através do titular da Diretoria de Estudos Econômico-Tributários e Incentivos Fiscais, ficar responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária nas saídas internas subsequentes.

§ 2º Os remetentes de mercadorias sujeitas a substituição tributária não farão a retenção do imposto quando a mercadoria se destinar aos contribuintes que tenham firmado o termo de acordo de que trata este artigo, tendo em vista a atribuição dada a estes de responsabilidade pelo pagamento do imposto por sujeição passiva por substituição nas saídas internas subsequentes.

Pelo exposto, estando no período de 11/2016 e 12/16 a LOJAS LE BISCUIT S/A assinado Termo de Acordo previsto no Dec. 7.799/2000, e deferido a usufruir do disposto no art. 7º-B, § 2º pelo Parecer 26688/2014, SAT/DIREF/GECON, o estabelecimento autuado estava dispensado de fazer a retenção dos produtos enquadrados no regime de substituição tributária relativo as NFe 154.498, 154.499, 155.329, 157.008 e (fls. 20 a 22) totalizando R\$19.044,07, conforme demonstrativo de fl. 38.

Em conclusão, com o afastamento dos valores exigidos relativos ao produto Hipoglós (R\$9.227,32) e os valores relativos a produtos destinados a empresa LE BISCUIT S.A. (R\$19.044,07) totalizando R\$28.271,39, resta devido na infração 2 apenas o valor de R\$1.133,46 com data de ocorrência de 28/02/14 vencido em 09/03/14.

Infração 2, procedente em parte com valor devido de R\$1.133,46.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já pagos.

VOTO DIVERGENTE (Quanto ao produto HIPOGLÓS)

Respeitosamente, peço reverência aos demais Conselheiros para divergir apenas no que concerne à exclusão da cobrança dos valores atinentes ao produto denominado comercialmente de “Hipoglós”.

Inegavelmente, é o produto um medicamento, e como tal está sob o regime de tributação antecipada previsto no Conv. ICMS 76/94.

Referido acordo interestadual abarca a substituição tributária incidível sobre medicamentos, classificados nas posições 3003 e 3004 da TIPI, cuja descrição genérica é a seguinte:

3003 - Medicamentos (exceto os produtos das posições 30.02, 30.05 ou 30.06) constituídos por produtos misturados entre si, preparados para fins terapêuticos ou profiláticos, mas não apresentados em doses nem acondicionados para venda a retalho.

3004 - Medicamentos (exceto os produtos das posições 30.02, 30.05 ou 30.06) constituídos por produtos misturados ou não misturados, preparados para fins terapêuticos ou profiláticos, apresentados em doses (incluindo os destinados a serem administrados por via percutânea) ou acondicionados para venda a retalho.

Debaixo delas existem as suas respectivas subposições, com os detalhamentos dos princípios ativos dos remédios, suas substâncias químicas e composições correspondentes:

Em consulta ao sítio eletrônico <https://consultaremedios.com.br/hipoglos/bula>, qual se extrai a seguinte composição química do produto sob análise:

“Qual a composição do Hipoglós?”

Cada g de Hipoglós® contém:

Palmitato de retinol	5.000 UI
Colecalciferol	900 UI
Óxido de zinco	150 mg

Excipientes: óleo de [fígado](#) de bacalhau, racealfatocoferol, óleo de amendoim, lanolina, talco, petrolato líquido, petrolato branco, hidroxiestearato de macrogol 15, polietileno, butil-hidroxianisol, essência de lavanda, metilparabeno, edetato dissódico, vanilina, propilparabeno e água purificada.”

Como reforço, ao consultar o site “Minha Vida” através do link <https://www.minhavidade.com.br/saude/bulas/636-hipoglos-pomada>, vê-se que o produto em comento tem as seguintes características:

“**Hipoglós®** é indicado para proteger a delicada pele do bebê das assaduras, principalmente relacionadas ao uso de fraldas. Sua formulação única, com vitaminas A (retinol) e D (colecalfiferol) incorporadas a agentes emolientes e hidratantes, forma uma camada protetora contra substâncias presentes nas fezes e urina que causam assaduras”

Na própria bula fornecida pelo autuado, link https://docs.google.com/gview?url=https://uploads.consultaremedios.com.br/drug_leaflet/Bula-Hipoglos-Paciente-Consulta-Remedios.pdf?1571429221&embedded=true, tem-se a descrição abaixo:

Pomada Dermatológica
palmitato de retinol 5000 UI/g
colecalfiferol 900 UI/g
óxido de zinco 150 mg/g

Logo, não há dúvidas de que tem o “Hipoglós” na sua composição as Vitaminas A (retinol) e D (colecalfiferol), podendo se enquadrar nas classificações fiscais 3004.50.40 ou 3004.50.50, adiante explicitadas, conforme consulta ao sítio da receita Federal, link <http://receita.economia.gov.br/acesso-rapido/legislacao/documentos-e-arquivos/tipi-1.pdf/view>

3004.50.40	Vitamina A ₁ (retinol) ou seus derivados, exceto o ácido retinóico	0
3004.50.50	D-Pantotenato de cálcio; vitamina D ₃ (colecalfiferol)	0

Nunca será demais lembrar que as posições 3003 e 3004 possuem descrição genérica, havendo o seu desdobramento quando se vai consultando as suas subposições.

Assiste razão aos autuantes no argumento de que o produto multireferido possui bula e, portanto, por ser um medicamento, deve ser submetido ao regime da substituição tributária estampado no Conv. ICMS 76/94.

Não pode o Estado ficar a mercê da classificação fiscal escolhida pelo contribuinte, que opta à luz da tributação do IPI e do ICMS, além de outros tributos, por aquela NCM que bem entender, sobretudo se o fisco estadual reúne elementos probatórios inamovíveis que caracterizam o produto em outra posição fiscal, como é o caso dos autos. Exceto se houver pronunciamento formal da receita federal corroborando com o entendimento empresarial, o que não ficou evidenciado nos autos. A autonomia do Estado em examinar as opções classificatórias adotadas pelo sujeito passivo para reclamar o que lhe é de direito não pode ser solapada por iniciativas particulares. Noutras palavras: entendemos, induvidosa e respeitosamente, ser o “Hipoglós” um tipo de medicamento.

Portanto, pedindo vênias aos meus pares e divergindo do entendimento da maioria, mantemos a autuação neste particular, no sentido de considerar procedente a exigência do ICMS-ST nas operações interestaduais relacionadas com a mercadoria chamada comercialmente de “Hipoglós”, por ser tal produto um medicamento classificável nas subposições 3004.50.40 ou 3004.50.50.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º **281071.0003/19-5** lavrado contra **JOHNSON & JOHNSON DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PARA A SAÚDE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.439,83**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 30 de julho de 2020.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE
(Quanto ao produto Hipoglós)