

A. I. Nº - 279804.0004/09-7
AUTUADO - DSL DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS E PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.
AUTUANTE - AUGUSTO JORGE LIMA MOREIRA
ORIGEM - INFAC ATACADO
INTERNET - 21.05.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0132-04/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração reconhecida. b) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado que os produtos são utilizados como suporte no tratamento do câncer, mas não se caracterizam como quimioterápicos. Mesmo que empregados no tratamento da doença não estão amparados pela isenção que se restringe aos quimioterápicos. Refeitos os cálculos com exclusão de produtos quimioterápicos e utilizados no tratamento do câncer. Reduzido o valor do débito. Não comprovado que os produtos vendidos a hospitais públicos obedeceram às prescrições regulamentares de abatimento do imposto que seria devido no preço com indicação no documento fiscal para usufruir do benefício da isenção. Infração parcialmente comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 31/03/09, exige ICMS no valor de R\$62.742,46, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

1. Efetuou recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA - R\$28.264,17.
2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA - R\$34.478,29.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 23 a 26), inicialmente discorre sobre a autuação e reconhece o cometimento da primeira infração e devido os valores exigidos.

Com relação à segunda infração afirma ser a mesma indevida, pelos argumentos que passou a expor. Esclarece que exerce atividade de atacadista que vende exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos, o que pode ser confirmado pela consulta ao Cadastro junto a SEFAZ, cuja cópia anexa ao processo e não realiza vendas para consumidor final.

Afirma que o ponto controverso que ensejou o Auto de Infração e contra o qual se insurge está na incidência ou não do ICMS sobre estas operações, pois no seu entendimento não houve sonegação de imposto, mas sim a isenção deste pelas razões que passa a enfrentar.

Afirma que as operações apontadas pelo autuante envolvem duas situações diferentes, a primeira se refere a medicamentos utilizados em tratamento quimioterápico e amparadas pela isenção do ICMS.

Diz que na lista dos medicamentos utilizados em tratamento quimioterápico, conforme indicação própria inserta na bula dos medicamentos, declarações dos clientes, empregados no tratamento do câncer, são isentos do imposto nos termos do art 17, IV do RICMS/BA, cujo teor transcreveu à fl. 25: ANDELUX (ciproterona); DIFENIDRIN (difenidramina); FOLINATO DE CALCIO - hosp (genérico); GRANISETRONA (genérico); MESNA (genérico); NAUSEDRON (ondasetrona); ONDANSETRONA (genérico); PAMIDRONATO DISSODICO (genérico); PREVAX (folinato de calcio); RIBAV (ribavirina); TEVAFOLIN (folinato de cálcio); VANCEL (carboplatina); VELBAN (vimblastina); e o DECADRON (dexametasona).

Destaca que em situação idêntica o CONSEF, no Acórdão JJF nº 0025-03/09 decidiu que são isentas as operações com o medicamento DECADRON que é utilizado no tratamento do câncer.

Diz que junta ao processo cópia de notas fiscais emitidas para alguns hospitais que compraram tais produtos, onde se percebe que são todos especializados no combate ao câncer.

Já no que se refere ao medicamento LEVOID 100mcg, o mesmo foi vendido para um Hospital Público, o que torna a operação isenta do recolhimento do ICMS, por conta da Portaria 2.577/06, juntamente com o Convênio ICMS 87/02 que concede isenção do ICMS nas operações com fármacos e medicamentos destinados a órgãos da Administração Pública Direta Federal, Estadual e Municipal para diversos produtos, dentre eles o LEVOID (item 58 do Anexo Único).

Por fim, reafirma que não houve sonegação de imposto, de acordo com as normas tributárias vigentes e requer a improcedência da infração 2.

O autuante na sua informação fiscal (fls. 129/135), inicialmente discorre sobre as infrações, ressalta que o autuado reconheceu a primeira, tece comentários sobre as alegações defensivas e passa a rebatê-las conforme passou a expor.

Afirma que a divergência entre a sua interpretação e a do contribuinte no tocante à legislação tributária deve-se ao fato de que o Código Tributário Nacional (CTN) no seu art. 111 define que se deve interpretar a legislação quanto ao benefício da isenção de forma literal. Diz que quando a legislação estabelece que são isentas as saídas internas de medicamentos quimioterápicos usados no tratamento do câncer, não se pode extrapolar o conceito do que é quimioterápico.

Apresenta alguns conceitos constantes do Manual de Bases Técnicas de Oncologia do Ministério da Saúde, sobre “O que é câncer; O que é quimioterapia; O que é tratamento de suporte” e diz que diante destas definições buscou no site [sitio] da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) a classificação dos itens comercializados pela empresa, tendo considerado todos os itens enquadrados como antineoplásicos, conforme impõe a legislação.

Esclarece que não considerou como isenta a medicação para tratamento de suporte de câncer a exemplo de: ANSEENTRON, DIFENIDRIN, NAUSERDRON, NEOSENTRON, GRANISETRONA, MESNA, ONDASETRONA, FOLINATO DE CÁLCIO, PREVAX, RIBAV, LEVOID classificados pela ANVISA como analgésicos, antieméticos, antiinflamatórios, que o autuado classificou como quimioterápicos.

Quanto ao DECADRON, transcreve parte da Consulta à DITRI no processo 19415420080, cuja resposta dada conclui que “Ante ao exposto, deve o processo retornar à Inspetoria de origem para que informe-se à Consulente que o medicamento DECADRON, por ser um corticóide, não está beneficiado pela isenção aplicável aos quimioterápicos utilizados no combate ao câncer”.

Com relação ao produto LEVOID, o qual o autuado alega ter vendido para um hospital público e entende ser isenta esta operação, reconhece que o autuado comercializa produtos destinados aos órgãos da administração pública direta e indireta, e que neste caso, caberia fazer o estorno de débito visto que no momento da aquisição não sabe se iria vender o produto para hospital público. Também que este benefício depende de algumas condições: fazer jus ao benefício, cuja operação de entrada não pode atestar.

Ressalta que outra condição prevista no art. 17, §2º, III do RICMS/BA é de que o contribuinte abata no preço da mercadoria o valor equivalente do imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal.

Transcreve ainda o art. 359, §6º do RICMS/BA, que estabelece regra para recuperar o imposto pago antecipado, mediante requerimento a Gerência de Substituição Tributária nas operações com produtos farmacêuticos realizadas por estabelecimento atacadista ou distribuidor com destino a hospitais, clínicas, ambulatórios, prontos-socorros, casas de saúde e congêneres.

Com relação aos produtos VELBAN e VANCEL, reconhece que se trata de produtos quimioterápicos que foram incluídos indevidamente na planilha de substituição tributária, motivo pelo qual procedeu a retificação no demonstrativo original excluindo os valores correspondentes.

Requer a procedência parcial do Auto de Infração.

Intimado para tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 160) o autuado ao manifestar-se (fls. 163/164), comenta sobre o acatamento dos produtos VELBAN e VANCEL e contesta a alegação do autuante de que a isenção deve ser interpretada de forma literal invocando a expressão “quimioterápicos” com fundamento de que traduz a vontade da lei. Entende que tal termo deve ser entendido como “medicamento empregado no combate ao câncer de forma a viabilizar o texto constitucional que determina a proteção à saúde como uma prioridade para o Estado”.

Manifesta entendimento de que o Estado deve deferir isenção a todos os medicamentos necessários ao combate do câncer reduzindo os custos de seu tratamento. Ressalta que mesmo não sendo quimioterápicos, os produtos foram reconhecidos na Port. 164/94 cuja relação anexa, indica itens listando as drogas que seriam objeto de isenção fiscal, restando claro não ter agido de má-fé e sim a busca de um direito que o ordenamento lhe assegura. Reitera os pedidos formulados na defesa e requer a improcedência da autuação.

Instado a se pronunciar sobre a nova manifestação interposta pelo autuado, o autuante produziu nova informação fiscal (fls. 189/190) voltando a afirmar que o RICMS/BA no seu artigo 17 dispõe que são isentas do ICMS as operações com medicamentos quimioterápicos usados no tratamento do câncer (Conv. ICMS 34/96) e que no seu entendimento deve ser interpretada literalmente a legislação quanto ao benefício da isenção (art. 111 do CTN).

Mantém a autuação com relação a este item conforme esclarecimentos na informação fiscal.

Com relação à Instrução Normativa SEF 01 DE 05.01.2006 apresentada pelo contribuinte, refere-se ao Estado do Ceará, e na Bahia estes produtos são tributados, conforme explicitado, também, na informação fiscal. Mantém a autuação de acordo com o posicionamento anterior.

A Secretaria do CONSEF juntou à fl. 193 detalhe do pagamento parcelado de parte do débito.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS relativo à falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição.

Na defesa apresentada o autuado reconheceu o cometimento da infração 1, motivo pelo qual não será apreciada, devendo ser mantida na sua totalidade. Infração procedente.

Com relação à segunda infração o autuado alegou que resulta de operações com medicamentos:

- a) Quimioterápico utilizados no tratamento do câncer, e b) Vendas para o Estado.

Argumentou que ambas as operações estão amparadas pela isenção do ICMS.

Na informação fiscal, o autuante acatou em parte as alegações com relação aos quimioterápicos (VELBAN e VANCEL) e contestou que os outros medicamentos são utilizados como suporte no tratamento de câncer, não se enquadrando como quimioterápico. Foram obedecidas as prescrições do RICMS/BA, no tocante às vendas.

Pela análise dos elementos constantes do processo, verifico que com relação à questão dos medicamentos comercializados se são ou não amparados pela isenção, verifico que o art. 17, IV do RICMS/BA estabelece:

São isentas do ICMS as operações com medicamentos e outros produtos farmacêuticos de uso humano [...]

IV - nas saídas internas de medicamentos quimioterápicos usados no tratamento do câncer (Conv. ICMS 34/96);

Quanto aos produtos VANCEL e VELBAN, verifico que são medicamentos com efeitos antitumoral e antineoplásico usado em pacientes com câncer (fls. 56 e 83). Portanto, em se tratando de medicamentos quimioterápicos, foram corretamente excluídos do levantamento fiscal pelo autuante.

Conforme ressaltado pelo autuante na informação fiscal, “as neoplasias correspondem às formas de crescimento [celular] não controladas” que na prática identifica os tumores (câncer) que são combatidos com a utilização de medicamentos quimioterápicos e diante dos efeitos colaterais são utilizados também, no tratamento de suporte.

Pelo senso comum, sabe-se que os medicamentos quimioterápicos são utilizados de modo específico no tratamento do câncer, na maioria dos casos têm valores elevados, enquanto os produtos utilizados como suporte (antieméticos, corticóides, analgésicos, antiinflamatórios, diuréticos, antagonistas de receptores e antibióticos e antifúngicos de finalidade profilática) podem ser usados no tratamento do câncer e também de outras doenças.

Analizando as características dos outros medicamentos, conforme bulas juntadas com a defesa verifico que são: DIFENIDRIN (anti-histamínico, fl. 59); PAMIDRONATO DISSODICO (inibidor da reabsorção óssea – fl. 63); NAUSEDRON, ONDANSETRONA, GRANISETRONA CLORIDATO DE GRANISETRONA (antiemético e antinauseante utilizados no controle de náuseas e vômitos provocados por quimioterápicos citotóxicos e pela radiação – fls. 64, 68, 75 e 89); RIBAV (nucleosideo sintético utilizado no tratamento da hepatite C – fl. 73); DECADRON (Corticosteróide de uso diverso – fl. 77);

Logo, concluo que tais produtos são utilizados como suporte no tratamento do câncer, como declarado pelos adquirentes dos medicamentos (fls. 51/54) podendo ou não ser utilizado neste tratamento ou utilizado no tratamento de outras doenças que não o câncer. Portanto, não se enquadram como medicamentos quimioterápicos usados no tratamento do câncer, conforme disposto no art. 17, IV do RICMS/BA e está sujeito a incidência do ICMS na sua comercialização.

Com relação ao PREVAX (Folinato de cálcio), conforme bula às fls. 69, 93 e 96 é indicado:

1. Como antídoto aos efeitos provocados pelos antagonistas do ácido fólico - metrotrexato, pririmetamina ou trimetoprima, usados no tratamento do câncer;
2. No tratamento de anemias ...
3. Também pode ser utilizado como pré-tratamento seguido de fluorouracila para prolongar a sobrevida do paciente em tratamento paliativo para câncer colorretal avançado.

ANDELUX (Acetato de Ciproterona) conforme bula às fls. 85/86 é indicado para:

1. Atua na redução do impulso sexual em casos de problemas sexuais, e
2. Tratamento de certo tipo de câncer na próstata (carcionoma de próstata inoperável).

Constato que estes produtos (Folinato de cálcio e Ciproterona) podem ser utilizados no tratamento de suporte do câncer (antídoto de metrotexato) e outras doenças (anemias, alcoolismo, gravidez, desvios sexuais, etc.), o que conforme apreciado anteriormente não justificaria suas isenções, mas também, em alguns casos, utilizados no tratamento do câncer (carcionoma colorretal, carcinoma da próstata). Assim sendo, considerando a atividade comercial da empresa, no momento que adquire e vende os medicamentos não utilizado, se no tratamento do câncer ou com outra finalidade.

Constato ainda que dois adquirentes do Folinato de Cálcio e Andelux (Instituto de Oncologia da Bahia e Clínica de Oncologia – fls. 51/52) declararam ter adquiridos estes produtos para serem utilizados em pacientes portadores de câncer. Além disso, embora não se trate de norma aplicável ao Estado da Bahia, o autuado juntou cópia da IN 01/06 do Estado do Ceará elaborada em conformidade com o Convênio ICMS 162/94, em que no seu Anexo Único foram relacionados nos itens 14 e 34, a Ciproterona e Folinato de Cálcio como produto utilizados no tratamento do câncer.

Pelo exposto, concluo que é razoável acatar a alegação defensiva de que a Ciproterona e o Folinato de Cálcio são utilizados no tratamento do câncer, tomo como base o demonstrativo refeito juntado pelo autuante (fls. 138/139) e faço a exclusão dos valores correspondentes exigidos, além dos produtos Velban (Sulfato de Vimblastina) e Vancel (Carboplatina) já acatados na informação fiscal, relativo às notas fiscais e valores por mês: MAIO, 132219, 232921 (R\$216,29 e R\$232912); JUNHO, 206609 e 206610 (R\$864,31 e R\$432,16), JULHO, 207060, 24624, 23624 e 23674 (R\$864,32, R\$178,98 e R\$201,28), AGOSTO, 132219, 232921 e 23016 (R\$216,29, R\$232,91 e R\$648,26), SETEMBRO, 241874, 22531, 26706, 243126, 244406 e 246466 (R\$201,26, R\$746,52, R\$432,12, R\$201,23, R\$189,73 e R\$1.006,26), NOVEMBRO, 251430 e 884 (R\$3.229,83 e R\$387,40), DEZEMBRO, 9582, 61362, 921, 632 e 64120 (R\$465,89, R\$432,13, R\$896,83, R\$240,47 e R\$216,02).

Quanto à alegação defensiva de que a 3ª JJF decidiu no AC 025-03/09 que o medicamento DECADRON se enquadra como isento nos termos do citado dispositivo e diploma legal, discordo daquele posicionamento e me coaduno com o entendimento exarado no Parecer 21422/08 da DITRI de que “A isenção concedida aos medicamentos quimioterápicos utilizados no combate ao câncer não se estende a outros medicamentos não quimioterápicos, ainda que utilizados no combate à mesma doença”. Ressalto que a decisão na primeira instância não é de caráter definitivo e sim quando apreciada pelas Câmaras do CONSEF (segunda instância).

Com relação ao produto LEVOID cópias dos DAEs juntados às fls. 124/125 comprovam que as vendas foram feitas para hospitais do Estado, bem como o fármaco (Levotiroxina Sódica) encontra-se relacionado no Anexo único (Item 58) do Convênio ICMS 87/02.

Verifico que o art. 17 do RICMS/BA estabelece:

Art. 17. São isentas do ICMS as operações com medicamentos e outros produtos farmacêuticos de uso humano:

VIII – até 31/07/09, as operações realizadas com os fármacos e medicamentos relacionados no Anexo Único do Convênio ICMS 87/02, destinados a órgãos da Administração Pública Direta e Indireta Federal, Estadual e Municipal e às fundações públicas, observando o disposto no § 2º (Conv. ICMS 87/02)...

§2º - A Isenção prevista no inciso VIII desta artigo fica condicionada a que:

III – o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal.

Constato que nos DANFEs 1803 e 1186 (fls. 124/125) não constam no corpo do documento fiscal que houve abatimento no preço da mercadoria. Entendo que a intenção do legislador foi desonrar o imposto nas operações de aquisição de medicamentos pelo poder público, condicionando que o valor da desoneração fosse reduzido do preço da mercadoria. Portanto, os documentos juntados ao processo não comprovam que tenha sido satisfeita aquela condição, motivo pelo qual a operação é tributada, devendo ser mantida a exigência fiscal.

Com relação à Instrução Normativa SEF 01 DE 05.01.2006 juntada com a defesa (fls. 163/169) se trata de orientação normativa do Estado do Ceará, não se aplica ao ordenamento jurídico do Estado da Bahia, respeitando o princípio de autonomia tributária dos Estados.

Pelo exposto, com os ajustes no demonstrativo de débito juntado nula autuante à fls. 126 considero devido o valor de R\$22.268,06 na infração 2, conforme resi

MÊS	AUTUADO	DEVIDO
04/08	1.209,49	1.209,49
05/08	3.007,44	2.632,23
06/08	4.146,87	2.850,40
07/08	3.485,27	2.240,69
08/08	3.614,87	1.195,82
09/08	6.172,08	5.165,82
11/08	5.759,35	2.142,12
12/08	7.082,92	4.831,58
Total		22.268,15

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º 279804.0004/09-7, lavrado contra **DSL DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS E PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$50.532,32**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de maio de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – JULGADOR

PAULO DANILÓ REIS LOPES – JULGADOR