

PROCESSO - A. I. Nº 269278.0007/15-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA. (STAR MÉDIA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0223-01/16
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/09/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0287-12/17

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS DE USO HUMANO. FALTA DE RECOLHIMENTO. AMOSTRAS GRÁTIS. VOLUMES EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. Não restou comprovada a ocorrência de operações de amostras grátis com volumes incompatíveis com a isenção prevista no Convênio ICMS 29/90 e suas alterações, e a legislação interna baiana. Infração insubsistente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. NOTA FISCAL nº 055.623. O autuado comprovou o pagamento prévio do imposto exigido. Infração descaracterizada. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. MEDICAMENTOS RECEBIDOS A TÍTULO DE BONIFICAÇÃO. Comprovado o pagamento de parte do valor exigido. Infração parcialmente elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência em Parte do presente Auto de Infração, lavrado em 25/03/15 para imputar ao contribuinte o cometimento de três infrações, todas objeto do Recurso, como a seguir descrito:

Infração 1 - 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/ou do exterior, no período de janeiro de 2010 a setembro de 2011.

Consta, ainda, o seguinte: “Recebimento de mercadorias cujo volume de apresentação se confunde com o produto comercializável, infringindo o disposto no artigo 16, § 2º, do Decreto nº 6.284/97”. Valor do ICMS: R\$295.007,42. Multa: 60%;

Infração 2 - deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (medicamentos) provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior e acobertados pela Nota Fiscal nº 55.623, no mês de janeiro de 2010. Valor do ICMS: R\$12.716,18. Multa: 60%;

Infração 3 - efetuou o recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (medicamentos recebidos em bonificação) provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de outubro de 2010 e março de 2011. Valor do ICMS: R\$20.833,57. Multa: 60%.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide com os seguintes fundamentos:

VOTO

Cumpra o Processo Administrativo Fiscal - PAF da constituição do crédito tributário concernente às infrações descritas e relatadas, na inicial dos autos, que serão objeto da apreciação a seguir:

As três exigências recaem na falta de recolhimento ou o recolhimento a menos de ICMS devido por substituição tributária (ICM - ST) sobre as aquisições de medicamentos para uso humano.

Examinando as peças processuais da acusação, da defesa, da informação e diligência fiscal, bem como da análise dos demonstrativos de fls. 08 a 77, observo que o item 1 do Auto de Infração diz respeito ao ICMS-ST incidente sobre as operações com amostras grátis de medicamentos de uso humano. O levantamento fiscal relativo à infração 1, de fls. 10 a 15, denomina-se “AMOSTRAS GRÁTIS COM VOLUMES INCOMPATÍVEIS COM A ISENÇÃO PREVISTA NO CONVÊNIO 171/2010 E LEGISLAÇÃO INTERNA”.

Observe-se, às fls. 23/24, que o auditor – entre outros, tomou como fundamento de fato, as médias de entradas para comercialização e para amostras grátis nos exercícios de 2011 e 2012.

À fl. 07, intimou o sujeito passivo a apresentar, no prazo de 10 dias, “comprovação de entrega das amostras grátis ao prescriptor dos produtos abaixo discriminados, cuja prescrição e por inferência a apresentação são equivalentes em peso, volume líquido ou unidades farmacotécnicas daqueles por ela comercializados e que não correspondem a antibióticos e anticoncepcionais, conformando-se ao benefício da isenção do Convênio ICMS 171/2010 e ao artigo 16, § 1º do Decreto nº 6.284/97 e a partir de 01/02/2011, art. 16, § 2º, inciso II, alínea “b”, parágrafo acrescentado pelo Decreto nº 12.551”. Nos termos que expôs no primeiro parágrafo (terceira linha) da informação de fl. 277, o autuante argumenta que o volume máximo de apresentação das amostras de medicamentos para uso humano deve ser de 50%.

O período fiscalizado foi de janeiro de 2010 a setembro de 2011.

Até 01/05/2010, não existia dispositivo específico no RICMS-BA/1997 a respeito do que se devia considerar amostra grátis relativamente a tais produtos (medicamentos de uso humano), ou de que características ou propriedades quantitativas deveriam se revestir para serem considerados como tal.

O § 1º do art. 16 do RICMS-BA/1997 é concernente às amostras grátis como um todo, referindo-se aos itens da indústria farmacêutica apenas no inciso V, tão somente com a exigência de que sejam entregues a médicos, dentistas e hospitais, referentemente aos de uso humano.

Desde 01/05/2010 até 28/02/2011, a regra do art. 16, § 2º – introduzido naquela data, dispunha que amostra grátis era a que contivesse 50% do conteúdo da apresentação original registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, com exceção dos antibióticos, que deveriam ter a quantidade suficiente para o tratamento de um paciente, e dos anticoncepcionais e medicamentos de uso contínuo, para os quais se exigia a quantidade de 100% do conteúdo da apresentação original registrada na ANVISA.

A redação posterior do § 2º do art. 16 foi dada pela Alteração nº 143 (Decreto nº 12.551, de 20/01/2011, publicado no Diário Oficial do Estado de 21/01/2011), com efeitos de 01/03/2011 até 30/09/2011, estatuiendo-se a expressão, ainda sem menção a mínimos ou máximos, de “50% (cinquenta por cento) da quantidade total de peso, volume líquido ou unidades farmacotécnicas”.

Observe-se que até então não se fez referência a percentual mínimo ou máximo. Contrariamente ao entendimento do agente fiscalizador, quando isso ocorreu, as quantidades, volumes ou unidades exigidas foram mínimas. Por isso, o auditor usa a expressão “período de trevas” à fl. 276, pois nele “não é [foi] reclamado o crédito sobre as operações indevidas com amostras grátis”.

Com a Alteração nº 147, a partir de 01/10/2011 até a entrada em vigor do Regulamento de 2012, foi introduzida a seguinte redação: “no mínimo, 50% da quantidade total de peso, volume líquido ou unidades farmacotécnicas” (período não alcançado pela fiscalização).

O autuante, à fl. 276, qualifica de equivocados os textos regulamentares vigentes quando das ocorrências, visto que, na sua concepção, contrariam as normas do Convênio ICMS 171/2010. Vejo que não lhe assiste razão, de acordo com a transcrição que segue.

Convênio ICMS 171/2010. Cláusula primeira. O parágrafo único da cláusula primeira do Convênio ICMS 29/90, de 13 de setembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação: Parágrafo único. Na hipótese de saída de medicamento, somente será considerada amostra gratuita a que contiver: I - quantidade suficiente para o tratamento de um paciente, tratando-se de antibióticos; II - 100% (cem por cento) da quantidade de peso, volume líquido ou unidades farmacotécnicas da apresentação registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e comercializada pela empresa, tratando-se de anticoncepcionais; III - 50% (cinquenta por cento) da quantidade total de peso, volume líquido ou unidades farmacotécnicas da apresentação registrada na ANVISA e comercializada pela empresa, nos demais casos; IV - na embalagem, as expressões “AMOSTRA GRÁTIS” e “VENDA PROIBIDA” de forma clara e não removível; V - o número de registro com treze dígitos correspondentes à embalagem original, registrada e comercializada, da qual se fez a amostra; VI - no rótulo e no envoltório, as demais indicações de caráter geral ou especial exigidas ou estabelecidas pelo órgão competente do Ministério da Saúde.

Já o art. 265, XXI, “e”, item 2.2 do RICMS-BA/2012 – mencionado à fl. 277 pela autoridade fiscalizadora, não tem eficácia no período auditado. Muito embora tal dispositivo efetivamente se refira ao percentual máximo de 50%, não pode retroagir para alcançar fatos geradores ocorridos antes de sua vigência.

Verifico a complexidade do tema em discussão. Considerando, contudo, o interesse público na constituição do

crédito tributário, em face a verdade material, princípio caro ao direito tributário, em nome do qual os autos foram convertidos em diligência, na expectativa de esclarecer os pontos controversos, não se pode considerar materializada tal exigência. Ademais, a própria Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA nº 60 - RDC60, de 26.11.09, que trata da produção e distribuição de amostras grátis de medicamentos, regulamenta que a existência de outras regulamentações em vigor, inclusive de ordem tributária, sobre o assunto, tanto o mencionado diploma quanto as demais normas devem ser seguidas pelas empresas produtoras de amostras grátis de medicamentos.

Diante do exposto, portanto, entendo que não restou caracterizada a exigência do ICMS-ST, sustentada no levantamento “AMOSTRAS GRÁTIS COM VOLUMES INCOMPATÍVEIS COM A ISENÇÃO PREVISTA NO CONVÊNIO 171/2010 E LEGISLAÇÃO INTERNA”, e que julgo improcedente a infração 1.

Quanto à infração 2 (demonstrativo às fls. 17/18), o autuado apresentou planilha às fls. 230/231. O ICMS a recolher em tal situação, como determina o § 2º do art. 1º do Decreto nº 11.872/2009 é de 16% sobre o valor de aquisição, incluídos IPI, frete e demais despesas.

A Fiscalização deveria ter tomado a penúltima coluna do levantamento de fl. 18 para calcular o montante devido (16% sobre o valor de aquisição, incluídos IPI, frete e demais despesas). Ao tomar a última (carga tributária reduzida para 12,5%), por não saber que o recolhimento já havia sido efetuado (com a opção do § 2º do art. 1º do Decreto nº 11.872/2009), majorou a quantia. Observe-se que os valores da penúltima coluna de fl. 18 equivalem aos da última de fls. 230/231.

Apresentado comprovante de recolhimento à fl. 272 (com a opção do § 2º do art. 1º do Decreto 11.872/2009), o auditor reconheceu, na informação fiscal, que a acusação não procede.

Infração 2 também descaracterizada.

Decreto 11.872/2009.

Art. 1º - Fica instituído regime especial de tributação ao distribuidor de medicamentos localizado neste Estado, mediante celebração de termo de acordo, nas importações e nas aquisições interestaduais dos produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário, relacionados no item 13 do inciso II do art. 353 do RICMS, para atribuição da responsabilidade pela antecipação tributária do ICMS relativa às operações subsequentes nos termos deste Decreto. Ver tópico (2 documentos)

§ 1º - O detentor do regime especial de tributação previsto no caput reduzirá a base de cálculo da antecipação do lançamento do imposto relativo às operações subsequentes em 28,53% (vinte e oito inteiros e cinquenta e três centésimos por cento), de tal forma que a carga de ICMS resultante da aplicação dos referidos benefícios corresponda a 12,15% (doze inteiros e quinze centésimos por cento), vedada a redução prevista no Ver tópico (1 documento)

§ 2º, do art. 61, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997. Ver tópico

§ 2º - Em substituição à aplicação da redução de base de cálculo prevista no caput, o contribuinte poderá optar em calcular o imposto devido por antecipação tributária de forma simplificada, mediante aplicação do percentual de 16% (dezesesseis por cento) sobre o valor de aquisição, neste incluídos o IPI, frete e demais despesas debitadas ao adquirente, desde que o valor apurado não seja inferior a 3% (três por cento) do preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial.

No tocante à infração 3, verifico, no demonstrativo de fls. 21/22, que o autuante deduziu do ICMS-ST lançado – concernente à Nota Fiscal nº 061.810, a cifra de R\$ 1.457,91, que o sujeito passivo, à fl. 230, informou ter recolhido. O impugnante reconheceu inclusive que tal quantia é menor do que a que tem obrigação de pagar (R\$ 1.941,93), indicando assim um débito frente ao Estado de R\$ 484,02. O imposto reconhecido é menor do que o exigido porque o fiscalizado entende que o ICMS-ST deve ser lançado sob a fração de 3% do valor do PMC, uma vez que o percentual de 16% do § 2º do art. 1º do Decreto nº 11.872/2009 corresponde a um valor menor, enquanto o auditor exige o gravame com fundamento no § 1º.

Tem razão o autuado. Por exemplo, o valor total da Nota nº 069.450, em relação à qual não houve dedução de imposto pago no levantamento da auditoria, é R\$ 4.192,60 (fl. 266) e 16% disso corresponde a R\$ 670,81, quantia inferior à que comprovou ter recolhido na planilha de fl. 230 (R\$ 1.778,19; 3% do PMC) e na GNRE de fl. 268, que menciona tal documento fiscal no campo destinado às informações complementares.

Idêntica é a situação da Nota Fiscal nº 061.810, no montante de R\$ 4.769,70, 16% de R\$ 4.769,70 equivale a uma cifra menor do que R\$ 1.941,93, reconhecida como devida à fl. 230.

Por conseguinte, remanesce na imputação o ICMS-ST de R\$ 484,02, relativo à Nota Fiscal nº 061.810 e à data de ocorrência de 31/10/2010. Infração 3 parcialmente elidida.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 484,02.

Em atendimento ao artigo 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício pelo fato de a Junta de Julgamento Fiscal ter desonerado o contribuinte de parte do valor constante no Auto de Infração.

Na infração 1 o contribuinte foi acusado de não efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de medicamentos de uso humano, provenientes de outras unidades da Federação, “*cujo volume de apresentação [amostra grátis] se confunde com o produto comercializável*”, no período de janeiro de 2010 a setembro de 2011.

Para que se possa apreciar a questão que ora se apresenta faz-se necessária uma análise da legislação vigente à época dos fatos geradores desta autuação, o que se faz em seguida:

1. até 01/05/10, não existia dispositivo específico no RICMS/97 indicando o que deveria ser considerado amostra grátis na distribuição de medicamentos de uso humano (características ou quantidades);
2. a partir de 01/05/10 até 28/02/11, entretanto, com a publicação do Decreto nº 12.080/10, foram introduzidos os §§ 1º e 2º ao artigo 16 do referido RICMS/97, dispondo que as amostras grátis de medicamentos deveriam ser entregues exclusivamente a médicos, dentistas e hospitais e, ainda, conter:
 - a) 50% do conteúdo da apresentação original registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, com exceção dos antibióticos, que deveriam ter a quantidade suficiente para o tratamento de um paciente, e dos anticoncepcionais e medicamentos de uso contínuo, que deveriam ter a quantidade de 100% do conteúdo da apresentação original registrada na ANVISA;
 - b) na embalagem, a expressão “AMOSTRA GRÁTIS” não removível;
 - c) o número de registro com treze dígitos, correspondente à embalagem original, registrada e comercializada, da qual se fez a amostra;
 - d) no rótulo e no envoltório, as demais indicações de caráter geral ou especial exigidas ou estabelecidas pelo órgão competente do Ministério da Saúde.
3. de 01/03/11 a 30/09/11 a redação do § 2º do artigo 16 do RICMS/97 foi alterada pelo Decreto nº 12.551/11 estabelecendo que seria considerada amostra grátis a saída de medicamento que contivesse:
 - a) tratando-se de antibióticos, a quantidade suficiente para o tratamento de um paciente;
 - b) da apresentação registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e comercializada pela empresa:
 - tratando-se de anticoncepcionais, 100% da quantidade de peso, volume líquido ou unidades farmacotécnicas;
 - nos demais casos, 50% da quantidade total de peso, volume líquido ou unidades farmacotécnicas;
 - c) na embalagem, as expressões “AMOSTRA GRÁTIS” e “VENDA PROIBIDA”, de forma clara e não removível;
 - d) o número de registro com treze dígitos, correspondente à embalagem original, registrada e comercializada, da qual se fez a amostra;
 - e) no rótulo e no envoltório, as demais indicações de caráter geral ou especial, exigidas ou

estabelecidas pelo órgão competente do Ministério da Saúde;

4. a partir de 01/10/11 (período não compreendido nesta autuação) a alínea “b” do inciso II do § 2º do artigo 16 do RICMS/97 foi alterada pelo Decreto nº 13.165/11 dispondo que, para ser considerada amostra grátis (além dos outros requisitos já previstos), a apresentação do medicamento deveria conter “**no mínimo, 50% (cinquenta por cento) da quantidade total de peso, volume líquido ou unidades farmacotécnicas...**”, exceto anticoncepcionais.

Vejamos a evolução legislativa dos dispositivos do RICMS/97 anteriormente mencionados:

Art. 16. São isentas do ICMS as remessas e os recebimentos de amostras grátis:

I - nas saídas e nos recebimentos de amostras grátis de produto de diminuto ou nenhum valor comercial, assim considerados os fragmentos ou partes de qualquer mercadoria, desde que em quantidade estritamente necessária para dar a conhecer a sua natureza, espécie e qualidade (Conv. de Fortaleza e Conv. ICMS 29/90);

(...)

§ 1º Para os efeitos do inciso I, somente serão consideradas amostras grátis as que satisfizerem às seguintes exigências:

Nota: O parágrafo único do art. 16 foi renumerado para § 1º pela Alteração nº 134 (Decreto nº 12080, de 01 e 02/05/10. DOE de 01 e 02/05/10), efeitos a partir de 01/05/10.

(...)

V - na hipótese de amostras grátis de produtos da indústria farmacêutica, a distribuição deverá ser feita exclusivamente a médicos, veterinários e dentistas, bem como a estabelecimentos hospitalares.

§ 2º Na hipótese de saída de medicamento, somente será considerada amostra gratuita a que contiver:

Nota: A redação atual do § 2º do art. 16 foi dada pela Alteração nº 143 (Decreto nº 12551, de 20/01/11, DOE de 21/01/11), efeitos a partir de 01/03/11:

Redação anterior dada ao § 2º tendo sido acrescentado ao art. 16 pela Alteração nº 134 (Decreto nº 12080, de 01 e 02/05/10. DOE de 01 e 02/05/10), efeitos de 01/05/10 a 28/02/11:

“§ 2º Na hipótese de saída de medicamento, será considerada amostra gratuita a que contiver:

I - 50 % do conteúdo da apresentação original registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, com exceção dos antibióticos, que deverão ter a quantidade suficiente para o tratamento de um paciente, e dos anticoncepcionais e medicamentos de uso contínuo, que deverão ter a quantidade de 100 % do conteúdo da apresentação original registrada na ANVISA;

II - na embalagem a expressão “AMOSTRA GRÁTIS” não removível;

III - o número de registro com treze dígitos correspondentes à embalagem original, registrada e comercializada, da qual se fez a amostra;

IV - no rótulo e no envoltório, as demais indicações de caráter geral ou especial exigidas ou estabelecidas pelo órgão competente do Ministério da Saúde.”

I - quantidade suficiente para o tratamento de um paciente, tratando-se de antibióticos;

II - da apresentação registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e comercializada pela empresa;

a) 100% (cem por cento) da quantidade de peso, volume líquido ou unidades farmacotécnicas, tratando-se de anticoncepcionais;

b) no mínimo, 50% (cinquenta por cento) da quantidade total de peso, volume líquido ou unidades farmacotécnicas, nos demais casos;

Nota: A redação atual da alínea “b”, do inciso II, do § 2º do art. 16 foi dada pela Alteração nº 147 (Decreto nº 13165, de 11/08/11, DOE de 12/08/11), efeitos a partir de 01/10/11.

Redação anterior dada à alínea “b”, do inciso II, do § 2º do art. 16 pela Alteração nº 143 (Decreto nº 12551, de 20/01/11, DOE de 21/01/11), efeitos de 01/03/11 a 30/09/11:

“b) 50% (cinquenta por cento) da quantidade total de peso, volume líquido ou unidades farmacotécnicas, nos demais casos.”

III - na embalagem, as expressões “AMOSTRA GRÁTIS” e “VENDA PROIBIDA”, de forma clara e não removível;

IV - o número de registro com treze dígitos correspondentes à embalagem original, registrada e comercializada, da qual se fez a amostra;

V - no rótulo e no envoltório, as demais indicações de caráter geral ou especial, exigidas ou estabelecidas pelo órgão competente do Ministério da Saúde.

Por sua vez o Convênio ICMS 29/90, que isentou do ICMS as saídas de amostra grátis, alterado pelos Convênios ICMS 50/10, 171/10 e 61/11, determinava o seguinte (redação da época dos fatos geradores):

Cláusula primeira *Fica isenta do ICMS a saída, a título de distribuição gratuita, de amostra de produto de diminuto ou nenhum valor comercial, desde que em quantidade estritamente necessária para dar a conhecer a sua natureza, espécie e qualidade, atendidos os requisitos estabelecidos pelo Estado e pelo Distrito Federal.*

O Convênio ICMS 50/10 introduziu o parágrafo único à Cláusula primeira do Convênio ICMS 29/90, com efeitos de 23/04/10 a 28/02/11, estabelecendo o seguinte:

Parágrafo único. *Na hipótese de saída de medicamento, será considerada amostra gratuita a que contiver:*

I - 50% do conteúdo da apresentação original registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa, com exceção dos antibióticos, que deverão ter a quantidade suficiente para o tratamento de um paciente, e dos anticoncepcionais e medicamentos de uso contínuo, que deverão ter a quantidade de 100% do conteúdo da apresentação original registrada na ANVISA;

II - na embalagem a expressão "AMOSTRA GRÁTIS" não removível;

III - o número de registro com treze dígitos correspondentes à embalagem original, registrada e comercializada, da qual se fez a amostra;

IV - no rótulo e no envoltório, as demais indicações de caráter geral ou especial exigidas ou estabelecidas pelo órgão competente do Ministério da Saúde.

Foi dada nova redação ao parágrafo único da Cláusula primeira do Convênio ICMS 29/90, pelo Convênio ICMS 171/10, com efeitos a partir de 01/03/11 a 30/09/11, como a seguir transcrito:

Parágrafo único. *Na hipótese de saída de medicamento, somente será considerada amostra gratuita a que contiver:*

I - quantidade suficiente para o tratamento de um paciente, tratando-se de antibióticos;

II - 100% (cem por cento) da quantidade de peso, volume líquido ou unidades farmacotécnicas da apresentação registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e comercializada pela empresa, tratando-se de anticoncepcionais;

III - 50% (cinquenta por cento) da quantidade total de peso, volume líquido ou unidades farmacotécnicas da apresentação registrada na ANVISA e comercializada pela empresa, nos demais casos;

IV - na embalagem, as expressões "AMOSTRA GRÁTIS" e "VENDA PROIBIDA" de forma clara e não removível;

V - o número de registro com treze dígitos correspondentes à embalagem original, registrada e comercializada, da qual se fez a amostra;

VI - no rótulo e no envoltório, as demais indicações de caráter geral ou especial exigidas ou estabelecidas pelo órgão competente do Ministério da Saúde.

O inciso III do parágrafo único da Cláusula primeira do citado Convênio ICMS 29/90 foi alterado pelo Convênio ICMS 61/11, com efeitos a partir de 01/10/11 (período posterior aos fatos geradores desta autuação), como a seguir reproduzido:

III - no mínimo, 50% (cinquenta por cento) da quantidade total de peso, volume líquido ou unidades farmacotécnicas da apresentação registrada na ANVISA e comercializada pela empresa, nos demais casos;

Portanto, concluo que a legislação interna do Estado da Bahia encontrava-se em perfeita consonância com os Convênios firmados entre os Estados e vigentes à época, estabelecendo, em resumo, o que deveria ser considerado "amostra grátis":

A) no período de 01/01/10 a 30/04/10 – não havia norma legal prevendo as características e quantidades.

B) no período de 01/05/10 a 28/02/11 -

1. no caso dos antibióticos - a quantidade suficiente para o tratamento de um paciente;
2. no caso de anticoncepcionais e medicamentos de uso contínuo - 100% do conteúdo da apresentação original registrada na ANVISA;

3. quanto aos demais medicamentos - 50% do conteúdo da apresentação original registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

C) no período de 01/03/11 a 30/09/11 –

1. tratando-se de antibióticos - quantidade suficiente para o tratamento de um paciente;
2. tratando-se de anticoncepcionais - 100% da quantidade de peso, volume líquido ou unidades farmacotécnicas;
3. nos demais casos - 50% da quantidade total de peso, volume líquido ou unidades farmacotécnicas.

Vale destacar que, nos demonstrativos de fls. 10 a 15, foram relacionados diversos medicamentos, porém não há a informação sobre as suas características, em relação à respectiva apresentação original, nem tampouco se se trata de antibióticos, anticoncepcionais, medicamentos de uso contínuo ou de outros tipos de produtos, para que se pudesse avaliar se as saídas de medicamentos realizadas pelo contribuinte, a título de amostra grátis, superavam, em volume ou quantidade, aquelas previstas pela legislação.

Sendo assim, considero correta a Decisão recorrida, pela improcedência da infração 1, uma vez que não restou comprovado que o autuado cometeu alguma infração à legislação vigente à época dos fatos geradores.

Na segunda imputação o autuado foi acusado de não ter efetuado o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à aquisição de medicamentos provenientes de outras unidades da Federação, por meio da Nota Fiscal nº 55.623, no mês de janeiro de 2010.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela improcedência da autuação, com a anuência do autuante, por ter restado comprovado o pagamento do tributo por meio do comprovante de recolhimento acostado à fl. 272, em consonância com a opção do § 2º do artigo 1º do Decreto nº 11.872/09. Mantida a Decisão recorrida.

A infração 3 trata de recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às entradas de medicamentos recebidos em bonificação provenientes de outras unidades da Federação.

O órgão julgador de primeira instância reduziu a exação por ter constatado equívoco nos cálculos realizados pelo autuante, que apurou o ICMS com base no percentual de 12,15% sobre o Preço Máximo ao Consumidor (PMC) como indicado no § 1º do artigo 1º do Decreto nº 11.872/09.

Já o contribuinte calculou o imposto, segundo consta na Decisão recorrida, “*sob a fração de 3% do valor do PMC, uma vez que o percentual de 16% do § 2º do art. 1º do Decreto nº 11.872/2009 corresponde a um valor menor*”.

O referido Decreto nº 11.872/09 instituiu “*regime especial de tributação ao distribuidor de medicamentos localizado neste Estado, mediante celebração de termo de acordo, nas importações e nas aquisições interestaduais dos produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário, relacionados no item 13 do inciso II do art. 353 do RICMS, para atribuição da responsabilidade pela antecipação tributária do ICMS relativa às operações subsequentes*”.

O § 1º do artigo 1º do citado Decreto previa que “*O detentor do regime especial de tributação previsto no caput reduzirá a base de cálculo da antecipação do lançamento do imposto relativo às operações subsequentes em 28,53% (vinte e oito inteiros e cinquenta e três centésimos por cento), de tal forma que a carga de ICMS resultante da aplicação dos referidos benefícios corresponda a 12,15% (doze inteiros e quinze centésimos por cento), vedada a redução prevista no § 2º, do art. 61, do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997*”.

O § 2º do artigo 1º do referido Decreto, por sua vez, estabelecia que “*Em substituição à aplicação*

da redução de base de cálculo prevista no caput, o contribuinte poderá optar em calcular o imposto devido por antecipação tributária de forma simplificada, mediante aplicação do percentual de 16% (dezesseis por cento) sobre o valor de aquisição, neste incluídos o IPI, frete e demais despesas debitadas ao adquirente, desde que o valor apurado não seja inferior a 3% (três por cento) do preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial”.

Pelos cálculos feitos pelo julgador *a quo*, ficou comprovado que o recorrido havia recolhido o imposto estadual em montante superior àquele a que estava obrigado em face da aplicação do percentual de 3% sobre o Preço Máximo a Consumidor (PMC), de acordo com a planilha apensada à fl. 230 dos autos, razão pela qual mantenho a Decisão recorrida.

Por tudo quanto foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269278.0007/15-9**, lavrado contra **MA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA. (STAR MÉDIA)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$484,02**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de agosto de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS