

A. I. Nº - 281071.0015/17-7
AUTUADO - DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS SANTA CRUZ LTDA.
AUTUANTE - CARLOS RAMOS DE MIRANDA FILHO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08.10.2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0142-05/18

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS FARMACÊUTICOS DE USO HUMANO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. NÃO ADOÇÃO DOS PREÇOS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. A autuação tomou por base o PMC, ou seja, o preço sugerido para a revenda dos produtos no varejo, alcançando as margens de agregação de valor das farmácias e drogarias. O contribuinte, por sua vez, adotou tão somente o preço de fábrica, ou seja, aquele preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento que produz, sem, todavia, adicionar a margem da revenda no varejo, contida no PMC. Correto o procedimento de apuração da base de cálculo adotado pelo autuante a partir das informações extraídas da revista ABCFarma e do “site” da ANVISA. Aplicadas as reduções de base de cálculo previstas no Decreto Estadual nº 11.872/09 e no Termo de Acordo firmado com o Estado da Bahia. Improcedem os reclamos do contribuinte no tocante à isenção do medicamento TECNOMET 2,5 Mg CPR/20, visto que não tem qualquer indicação na sua bula para tratamento de câncer. Inexiste nos autos a prova técnica ou documental que demonstre que o produto em questão se enquadra na norma isencional prevista no art. 264, inc. CIII, do RICMS/12. Não acolhido o pedido de adequação ou redução da multa de 60%, sob o argumento de que a mesma é excessiva ou confiscatória. Trata-se de questão que foge à competência das instâncias administrativas de julgamento (art. 167, incs. I e III do RPAF/99). Afastada a arguição de nulidade do lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 27/12/2017, para exigir ICMS no valor principal de R\$167.946,67, acrescido da multa de 60%, contendo a seguinte imputação:

Infração 01 – 07.01.02 – *Efetuiu recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior. Ocorrência verificada entre os meses de fevereiro de 2016 e maio de 2017.*

Constou no campo “descrição dos fatos do A.I que o imposto lançado *partiu das informações contidas nas Notas Fiscais de Entrada, em confronto com os registros na Escrituração Fiscal Digital – EFD – do período auditado, além do batimento com demais informações constantes nas bases de dados da SEFAZ e outras prestadas pelo contribuinte, solicitadas pela fiscalização. O*

detalhamento das Notas Fiscais objeto de cobrança encontra-se nos Anexos 01 e 02 do presente Auto de Infração”.

O contribuinte foi notificado do lançamento através dos correios, via AR (aviso de recebimento), em 18/01/2018 e ingressou com defesa administrativa através da petição protocolada em 14/03/2018, peça processual apensada às fls. 233 a 249 e respectivos anexos.

Após ressaltar a tempestividade da medida impugnatória e fazer uma síntese dos fatos que compõem a acusação fiscal o contribuinte suscitou a nulidade do lançamento de ofício por ausência de fundamentação legal do ato praticado pela autoridade fiscal.

Afirmou que, do que se consegue extrair da autuação fiscal, a autoridade fiscal considerou que houve recolhimento do ICMS ST a menor em relação às notas fiscais autuadas e que aparentemente, a autoridade fiscal considerou que o PMC adotado pela Impugnante como base de cálculo do ICMS ST, seria inferior ao PMC supostamente estabelecido pela ANVISA. Porém, o PMC utilizado pela Impugnante é o sugerido pelos fabricantes dos medicamentos, por meio de revistas especializadas, nos exatos termos da lei. Contudo, a autoridade fiscal não teria mencionado no auto de infração qual o fundamento jurídico que a levou a desconsiderar essas bases de cálculo. Ou seja, não há no auto de infração qualquer dispositivo que aponte: (i) a obrigação da Impugnante de utilizar o PMC da ANVISA; ou (ii) o impedimento de se utilizar o PMC estabelecido em outras revistas especializadas, tais como ABCFarma.

Ressaltou que o Auto de Infração, como ato administrativo e peça de acusação no processo administrativo fiscal deve sempre ser fundamentado, em atendimento aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Declarou ainda ser desnecessário tecer longos comentários acerca da importância da fundamentação do lançamento, pois a própria legislação tributária baiana impõe a necessidade de descrição dos fatos como condição de validade do ato administrativo, na forma do art. 39 e incisos do Decreto 7.629/99, norma transcrita na peça de defesa.

Entende, portanto, a defendente que não há fundamento fático e tampouco jurídico que ampare a exigência do presente lançamento fiscal, razão pela qual, pede o cancelamento deste auto de infração, por motivo de nulidade.

Ao ingressar no mérito reafirmou que a Autoridade fiscal lavrou o auto de infração com imposição de multa por considerar inadequada a base de cálculo adotada pela Impugnante, para a apuração do ICMS ST incidente pelas entradas de mercadorias (produtos farmacêuticos), originários de operações interestaduais.

Que a partir dos anexos da autuação fiscal, foi apurado que a Impugnante supostamente utilizou-se de PMC diverso do divulgado pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (“CMED” – órgão especializado da ANVISA) e que tais diferenças, no entendimento da autoridade fiscal, acarretaram recolhimento do imposto a menor.

A defesa, entretanto, argumenta que utilizou do PMC sugerido pelos fabricantes dos produtos adquiridos para a composição da base de cálculo do ICMS ST nas operações interestaduais, sobretudo os publicados pela Associação Brasileira de Comércio de Produtos Farmacêuticos “ABCFARMA”, sendo estes os mais próximos do preço real de mercado, possibilitando a tributação mais coerente e justa, que além de padronizar a lista para fins de tributação, permite ainda competição mais isonômica para todas as empresas do ramo farmacêutico.

Discorreu, a propósito, que o § 10º, do art. 289 do Decreto 13.780/12 (RICMS) prevê que a base de cálculo da substituição tributária nas operações com medicamentos, será o Preço Máximo de venda sugerido pelo fabricante ou importador.

A Impugnante realizou uma amostragem para demonstrar a incorreta aplicação do PMC CMED/ANVISA utilizado pela autoridade fiscal, desconsiderando o PMC adotado pela Impugnante, de acordo com a revista ABCFARMA, conforme planilha reproduzida à fl. 241 dos autos.

Pede em relação a esse ponto específico que o auto de infração seja cancelado porque, além de a Impugnante não ter obrigação de utilizar o PMC previsto na lista da CMED/ANVISA, existe expressa previsão legal que determina a utilização do PMC sugerido pelos fabricantes (o qual é divulgado mensalmente pela revista ABCFARMA), conforme art. 289, §10, inciso III do Decreto 13.780/2012.

Ainda no tocante à formação da base de cálculo sustenta que na autuação ora combatida desconsiderou os descontos e repasses obrigatórios do ICMS. Enfatizou que conforme previsto no art. 266, inciso VII do RICMS/BA combinado com o Convênio ICMS 76/94, parte das operações realizadas pela Impugnante, encontram-se amparadas por redutores de bases de cálculo do ICMS na substituição tributária. Sendo assim, há medicamentos e produtos farmacêuticos que estão abarcados pela redução da base de cálculo para fins de antecipação ou substituição tributária, relacionados no Anexo 1, item 9 e seus 27 subitens do RICMS/BA, com a aplicação de MVA respectiva. Que a redução da base de cálculo constitui um benefício fiscal, concedido pelos Estados de acordo com o Convênio ICMS 76/94, portanto, deve ser respeitado na apuração do ICMS ST. A título de amostragem, apresentou na peça de defesa planilha reproduzida à fl. 243, onde lista os produtos cujos NCMs estão abrangidos pelas reduções de bases de cálculo, mas que, porém, deixou a autoridade fiscal de considerá-las nas suas apurações fiscais. Pede, em relação às operações beneficiadas com redução da base de cálculo o cancelamento do Auto de Infração, tendo em vista ter sido desrespeitada a regra tributária de incidência aplicável aos produtos comercializados pela ora Impugnante (art. 268, VIII do RICMS/BA).

Mais à frente a defesa argumenta que entre as operações objeto da autuação foram inseridas saídas de medicamentos destinados ao tratamento de câncer beneficiados com isenção do imposto. Fez referência ao medicamento TECNOMET 2,5MG CPR/20 (METOTREXATE). Esclareceu que o princípio ativo do Metotrexate é utilizado nos tratamentos de Leucemia linfoblástica aguda, tumores trofoblásticos, linfossarcomas, outros tumores de cabeça e pescoço, bexiga, mama, ovário, próstata, pulmão, rim e testículo. Sendo assim, desde a Lei Complementar nº 24/75 e os Convênios ICMS nº 162/94 e nº 32/2014, os Estados da Federação estavam autorizados a concederem isenção de ICMS nas operações com medicamentos destinados ao tratamento de câncer, e, dentre eles, o medicamento do item 60, denominado “Metotrexate”. Reproduziu na peça defensiva o texto do CONVÊNIO ICMS 162/94, que autoriza os Estados e o Distrito Federal conceder isenção do ICMS nas operações com medicamentos destinados ao tratamento de câncer e afirmou que o Metotrexate integra o Anexo único da citada norma originária do CONFAZ.

Nesse sentido, a Fazenda do Estado da Bahia inseriu em seu RICMS a isenção do ICMS para todos os medicamentos usados no tratamento de câncer, relacionados no anexo único do Convênio ICMS 162/94, conforme norma contida no art. 264, inc. CIII, a seguir reproduzida:

*CAPÍTULO VI
DA ISENÇÃO*

Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações:

CIII - as operações com medicamentos usados no tratamento de câncer, relacionados no Anexo único do Conv. ICMS 162/94;

Sustenta, portanto, que a exigência fiscal que incidiu sobre as operações com esse produto, não está sujeito ao recolhimento exigido pela autuação fiscal, tendo em vista a isenção tributária demonstrada.

PASSOU A DEFESA, EM SEGUIDA, A DISCORRER ACERCA DA TEMÁTICA RELACIONADA À ABUSIVIDADE DA PENALIDADE APLICADA NO AUTO DE INFRAÇÃO.

Disse a impugnante, ser assente na doutrina e jurisprudência dos melhores Tribunais Administrativos e Judiciais, que as multas tributárias incidentes nos casos de descumprimento de obrigação principal e acessórias, estão sujeitas a vedação do confisco, baseado no art. 150, inciso IV da Constituição Federal. Que a vedação do confisco significa a proibição do Estado em

tributar de forma abusiva, compreendendo tanto a previsão dos tributos como a fixação de multas. Para a exigência tributária não possuir caráter confiscatório, deve observar a capacidade contributiva e os critérios da razoabilidade e proporcionalidade, conforme recente julgamento do Supremo Tribunal Federal, em sede de Agravo Regimental do A.I. nº 727.872, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, reproduzido na peça de defesa.

Entende a defendente que o lançamento que imputa a falta de recolhimento do imposto no valor de R\$167.946,67 (cento e sessenta e sete mil, novecentos e quarenta e seis reais e sessenta e sete centavos), e aplica multa de R\$100.768,01 (cem mil, setecentos e sessenta e oito reais e um centavo), correspondente a 60% do valor do tributo, configura penalidade imbuída de cunho arrecadatário.

Ao concluir as razões em que se fundamentou a impugnação administrativa o contribuinte apresentou uma síntese dos pedidos que formulou no decorrer da peça inicial com o seguinte teor:

- (a) a nulidade insanável do auto de infração, pois não se demonstra qual a infringência praticada pela contribuinte, pois baseado em fundamentos genéricos, sem subsumir os fatos à capitulação legal correspondente, acarretando, por consequência, cerceamento do direito de defesa; e
- (b) a fiscalização utilizou-se de base de cálculo incorreta ao efetuar o lançamento do tributo devido nas operações, tendo a Impugnante se utilizado dos Preços Máximo Consumidor “PMC” divulgados nas revistas especializadas pelos próprios fabricantes, enquanto a fiscalização utiliza-se de PMC diverso, o qual não é possível sequer compreender; e
- (c) parte da autuação fiscal desconsidera a redução da base de cálculo do ICMS sobre o preço do produto discriminado na nota fiscal, conforme art. 268, VIII do RICMS/BA, combinado com Convênio ICMS 76/94; e
- (d) parte do auto de infração refere-se a operações com medicamento isento do ICMS, na forma do Convênios ICMS nº 162/94 e 32/14 bem como inciso CIII do art. 264 do RICMS/BA; e subsidiariamente,
- (e) seja reconhecida a abusividade da multa correspondente à 60% do valor do imposto, ante a incongruência lógica e jurídica que a justifique, apresentando verdadeiro caráter confiscatório.

Pede ainda que todas as comunicações processuais sejam endereçadas via Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), ou na sua impossibilidade, no endereço da Impugnante, localizado no endereço V de Ligação S/N, CEP 42.810-260, Polo Petroquímico, Camaçari - BA.

Foi prestada informação fiscal em 18/04/2018, peça processual anexada às fls. 372 a 375 dos autos.

O autuante rebate a totalidade dos argumentos defensivos. No tocante ao pedido de nulidade do Auto de Infração declarou que o presente lançamento tributário foi constituído em estrita observância às disposições legais pertinentes, não se enquadrando em nenhuma das hipóteses que poderiam ensejar sua nulidade, correspondente àquelas descritas no artigo 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF - Decreto nº 7.629/1999.

Disse ainda que foram acostados ao PAF todos os demonstrativos necessários à evidenciação das infrações, destacando-se as Notas Fiscais Eletrônicas nas quais se identificaram as operações objeto de autuação, apontando-as em detalhes, que chegam ao nível de cada um dos itens de mercadoria, indicando-se o enquadramento legal correspondente às infrações cometidas. Sustenta, portanto, que a fiscalização descreveu detalhadamente os fatos que foram objeto de autuação, tendo, inclusive, promovido a anexação dos demonstrativos de débito, conforme folhas 15 a 227 e CD com a relação completa das respectivas notas fiscais que dão respaldo ao lançamento (fl. 228). Pugna pela validade do ato de lançamento pois o mesmo, no seu entender, encontra revestido de todas as formalidades legais, tendo sido dado o devido conhecimento ao contribuinte, assegurando-lhe pleno direito de defesa.

No tocante ao mérito declarou que em todos os cálculos realizados durante a auditoria sobre as operações efetuadas pelo contribuinte foram empregados os Preços Máximos ao Consumidor – PMC, conforme consta nas tabelas divulgadas pela ABCFarma e que não procede o argumento de que a fiscalização teria empregado outros preços, como por exemplo aqueles sugeridos pela ANVISA. Acostou ao presente processo algumas listagens de preços dos medicamentos questionados, também por amostragem, confirmando que são os Preços Máximos ao Consumidor – PMC divulgados por aquele órgão (fls. 347 a 359).

No que se refere às reduções de base de cálculo reclamadas pela defesa afirmou que os demonstrativos “Anexo 01” e “Anexo 02” relacionados no Auto de Infração evidenciam claramente, para cada mercadoria, os cálculos efetuados, considerando a redução de base de cálculo conforme as normas aplicáveis em cada caso.

Quanto à cobrança do imposto sobre mercadorias isentas, relacionada ao medicamento TECNOMET 2,5 Mg CPR/20 que apresenta como princípio ativo o METOTREXATE e que este se encontra relacionado no Convênio ICMS 162/94 como medicamento destinado ao tratamento de câncer, o autuante declarou que durante os trabalhos de auditoria, a fiscalização procedeu à análise do medicamento TECNOMET 2,5 Mg CPR/20 e constatou que o mesmo tem como princípio ativo a substância METOTREXATO, não sendo possível afirmar que a mesma corresponde exatamente ao METOTREXATE, que é a expressão citada no item 60 do Anexo Único do referido Convênio. Afirmou que obteve a bula do medicamento TECNOMET 2,5 Mg CPR/20 diretamente do *website* de seu fabricante, o laboratório Zodiac Produtos Farmacêuticos S/A, no endereço: http://www.zodiac.com.br/Arquivos/bulas/Tecnomet_PA_349019.08.pdf.

Disse que esse laboratório informa que o princípio ativo do medicamento em questão é o METOTREXATO, portanto uma nomenclatura distinta da que consta no Convênio ICMS 162/94. Além disso, a bula do TECNOMET (aprovada pela ANVISA) informa que o medicamento é indicado para “*tratamento da artrite reumatoide e da psoríase grave que não responde a outros tratamentos*” (fls. 360 a 362). Acrescentou que não consta na bula do referido medicamento, cuja cópia anexou a esta informação, nenhuma referência à sua indicação nos tratamentos de câncer, razão pela qual disse não ser possível aplicar ao mesmo a isenção prevista pelo Convênio ICMS 162/94. Declarou também que no *website* do fabricante ZODIAC o medicamento TECNOMET figura como um dos produtos da linha terapêutica “Músculo-Esquelética”. Além disso, não consta referência a este medicamento na linha de produtos do fabricante voltada para a área de “Oncologia”. Anexou a este PAF os extratos das telas consultadas na internet (fls. 363 a 366).

Contestou ainda a validade da fonte de referência citada pela empresa, ou seja, o *website* www.bulario.com, pois trata-se de fonte de natureza não-oficial, cujos responsáveis pelo conteúdo situam-se fora do Brasil e que os próprios responsáveis pelo “site” reconhecem que as informações não podem servir como referência oficial, segundo consta na seção “Aviso Legal”, cujo texto reproduziu na peça informativa às fls. 374/375 deste PAF.

Entende, portanto, salvo melhor juízo, que os argumentos trazidos pela autuada quanto à isenção pretendida para o medicamento TECNOMET 2,5 MG CPR/20 não prosperam, pois não há comprovação de que o mesmo se destine ao tratamento do câncer, não sendo possível enquadrá-lo na isenção prevista pelo Convênio ICMS 162/94. Além disso, o citado convênio no seu item 60 se refere a um princípio ativo como um nome semelhante, mas não é possível afirmar que se trata da mesma substância.

Quanto ao percentual da multa aplicada no Auto de Infração o autuante declarou que procedeu, tão somente, à aplicação estrita das normas legais vigentes, estando o enquadramento legal devidamente informado na peça de lançamento.

O autuante, ao concluir a peça informativa, pede pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, submetendo este entendimento à análise deste Egrégio Conselho.

O contribuinte foi notificado do inteiro teor da informação fiscal e ingressou com nova manifestação nos autos, protocolada em 07/05/2018. Fez uma síntese das razões expostas nas

peças de defesa e de informação fiscal e considerando as declarações firmadas pelo auditor fiscal autuante disse que a fiscalização:

- (i) não esclareceu/justificou por que o montante do imposto por ela apurado é superior àquele apurado e pago pela Impugnante;
- (ii) limitou-se a afirmar que o “demonstrativo fiscal” acostado ao Auto de Infração seria suficiente à “evidenciação da infração”, sem apontar nenhum cálculo a título de amostragem ou exemplificação;
- (iii) afirmou que teria adotado o PMC das tabelas divulgado pela ABCFARMA e os redutores aplicáveis; contudo, não combateu as amostragens elaboradas pela Impugnante que identificaram a divergência dos critérios;
- (iv) apegou-se à parte final da nomenclatura (“metotrexato” / “metotrexate”) para afastar a isenção, desconsiderando que ambas as expressões possuem o mesmo campo lexical e o mesmo significado semântico;
- (v) ignora que o princípio ativo “metotrexato” é parte utilizada em combinações na quimioterapia para tratamento de câncer (antineoplásico - Doc. 01) bem como de outras doenças (antipsoriático e antirreumático - Doc. 02) conforme notória e pública literatura médica;

Disse que sob todos os prismas mostra-se evidente que as alegações da Impugnante não foram combatidas pela Representação Fiscal, não se podendo manter a autuação fiscal que, além de manifestamente precária no quesito da motivação, é insubsistente. Enfatizou que a tentativa de sustentar a autuação fiscal é tão frágil que o Autuante, ao se manifestar quanto ao mérito atinente ao PMC e aos redutores, se limitou a fazer referência aos demonstrativos fiscais. Diante desse contexto, a Impugnante reputa que sua defesa vestibular e a presente manifestação veiculam argumentos suficientes a fundamentar o cancelamento da autuação fiscal. Reiterou todas as razões apresentadas na impugnação e pede, novamente, o cancelamento da autuação fiscal.

Foi prestada nova informação fiscal, em 21/05/2018, cuja peça se encontra anexada às fls. 399 a 401 dos autos.

Preliminarmente o autuante destacou que a autuada não apresentou fatos ou argumentos novos, em relação à peça impugnatória inicial. Esclareceu, em seguida, que a base de cálculo utilizada para se chegar ao valor do ICMS ST devido foi definida atendendo ao disposto no *caput* da Cláusula Segunda do Convênio nº 76/94: *valor correspondente ao preço constante da tabela, sugerido pelo órgão competente para a venda a consumidor e, na falta deste preço, o valor correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial*. No caso foram aplicados os valores de PMC publicados na Revista ABCFARMA - Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico, para os períodos referentes às datas das Notas Fiscais.

Explicou que para a identificação dos preços máximos ao consumidor correspondentes a cada item das notas fiscais, foi gerado um banco de dados com as informações registradas em tais documentos, e posteriormente realizaram um cruzamento de dados, em que os produtos foram vinculados ao seu respectivo PMC tendo como base as informações contidas no código de barras expresso na nota fiscal eletrônica e nos arquivos enviados pela ABCFARMA à Secretaria da Fazenda da Bahia com os preços publicados. Que o preço identificado para cada item se encontra na coluna “PMC” dos demonstrativos de cálculo acostados ao PAF, às fls. 15 a 227, tendo sido todos eles entregues à autuada por meio de arquivos gravados em CD (fl. 228). Acrescentou que os referidos demonstrativos apresentam todos os cálculos necessários à apuração das divergências encontradas e que o valor da base de cálculo com a redução de 28,53% determinada no art. 1º, §1º do Decreto 11.872/09, se encontra detalhada na coluna “BC ST Reduzida” dos demonstrativos. Na coluna anterior (“Perc Red”) está especificado o percentual de 28,53% e na coluna “BC ST Calculada” consta o valor da base de cálculo antes da redução.

Informou que na penúltima coluna do demonstrativo encontra-se o valor do “ICMS ST Calculado” e na última, intitulada “Tipo Calc.”, a indicação da forma como foi calculado o “ICMS ST devido”. Esta última coluna apresenta a forma de cálculo adotada para cada um dos itens de mercadoria, que pode ser mediante a aplicação do PMC, ou da utilização do percentual de 16% sobre o valor de aquisição, atendendo ao disposto no §2º do art. 1º do Decreto 11.872/2009.

Com relação aos valores de PMC questionados pela autuada, disse que na informação fiscal anterior, procedeu-se à juntada a este PAF (fls. 347 a 359) de algumas listagens de preços dos medicamentos, a título de amostra, confirmando que foram efetivamente utilizados, como suporte à autuação, os Preços Máximos ao Consumidor – PMC divulgados pela revista ABCFARMA.

Reafirmou o autuante que o presente lançamento tributário foi constituído em estrita observância às disposições legais pertinentes, não se enquadrando em nenhuma das hipóteses que poderiam ensejar sua nulidade, quais sejam, aquelas descritas no artigo 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF - Decreto nº 7.629/1999. Que a fiscalização descreveu detalhadamente os fatos que foram objeto de autuação, providenciou a anexação dos demonstrativos de débito pertinentes e indicou a relação completa das respectivas notas fiscais que deram respaldo ao lançamento. Sendo assim, entende que o lançamento é válido, pois se encontra revestido de todas as formalidades legais e caracterizado com exatidão o montante do valor do imposto devido pelo contribuinte.

Finalmente, com relação ao medicamento TECNOMET, disse já ter apresentado as suas considerações na informação fiscal anterior, ressaltando que o próprio fabricante descreve o mesmo como sendo destinado ao tratamento de artrite reumatoide e psoríase grave, não fazendo nenhuma referência ao seu uso em pacientes portadores de câncer. Argumentou que, salvo melhor juízo, as fontes indicadas pela autuada como exemplos de “*notória e pública literatura médica*”, ou seja, os websites <http://br.privadecum.com/principio-activo/?droga=321> e <http://pt.wikipedia.org/wiki/Metotrexato> não representam fontes oficiais e, portanto, válidas, a ponto de fundamentar a justificativa da isenção pretendida para o medicamento em questão.

Quanto à multa aplicada, o percentual de 60% corresponde àquele previsto no artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Ao concluir a nova peça informativa o autuante declarou que a defesa não apresentou novos argumentos após a primeira Informação Fiscal prestada neste PAF, razão pela qual ratificou o entendimento manifestado anteriormente, pela total PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO

O lançamento em discussão nestes autos, diz respeito à antecipação de ICMS efetuada a menos nas operações de aquisição de medicamentos provenientes de outras unidades da Federação. Trata-se de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária nas operações internas originárias de Estados, que não possuem com a Bahia, acordo interestadual para a retenção do imposto pelo fornecedor dos produtos, na condição de fabricante ou importador.

Na peça de defesa, o autuado inicialmente alegou a ausência de meios para identificar com clareza, a infração que lhe está sendo imputada. Disse que o enquadramento legal erigido pela fiscalização para impor a infração ao contribuinte, não se mostrou perfeitamente claro de forma a permitir o completo conhecimento das supostas condutas violadoras da legislação. Afirmou que o enquadramento legal apontado é genérico, não guarda coerência com a descrição dos fatos e não permite a devida constatação dos dispositivos efetivamente infringidos, na medida em que não especifica qual item com efeito imputaria ao defendente a complementação de recolhimento do ICMS. Pede a nulidade do Auto de Infração.

Rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos

autos. Os demonstrativos que embasaram o lançamento foram detalhados nos Anexos I e II do Auto de Infração, apensados às fls. 16 a 227 dos autos, e na mídia digital inserida à fl. 228, documentos que foram entregues ao contribuinte por ocasião da ciência do ato de lançamento.

Nestes, restou evidenciado que o contribuinte foi autuado em razão da diferença entre a base de cálculo aplicada pelo mesmo na apuração do ICMS antecipado e aquela base impositiva quantificada na ação fiscal a partir da lista de preços publicada pelos fabricantes, referente ao PMC (preço máximo ao consumidor). A divergência, que é questão de mérito, centrou-se nos preços tomados como referência pela empresa e aqueles utilizados pelo autuante na formatação do lançamento de ofício.

A questão relativa ao enquadramento legal efetuado pelo autuante na peça de lançamento, não é determinante para se anular o Auto de Infração, desde que pela descrição dos fatos fique evidente o ato infracional cometido pelo sujeito passivo. Ademais, eventuais omissões ou incorreções e a não observância de exigências formais da legislação, não acarretam nulidade desde que seja possível se determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário. Assim dispõe o § 1º, do art. 18 e o “*caput*” do art. 19 do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), aprovado pelo Dec. nº 7.629/99.

No mérito, a defesa argumenta que a fiscalização utilizou base de cálculo incorreta para recompor o ICMS-ST (ICMS da substituição tributária), visto que a impugnante se valeu dos PMCs (Preço Máximo de Venda a Consumidor), divulgados nas revistas especializadas dos próprios fabricantes, sobretudo os publicados pela Associação Brasileira de Comércio de Produtos Farmacêuticos, através da revista ABCFARMA, e o fisco fez uso do PMC supostamente sugerido pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, órgão ligado à ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). Trouxe aos autos, por amostragem, uma planilha comparativa desses PMCs, argumentando que sua obrigação de proceder à retenção antecipada do ICMS estava relacionada aos preços sugeridos pelos fabricantes, na forma estabelecida no art. 289, § 10, inc. III do RICMS/12.

Para melhor compreensão dos fatos, transcrevo abaixo a norma regulamentar citada pela defesa:

***Art. 289.** Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo 1 deste regulamento.*

(...)

***§ 10.** A base de cálculo da substituição tributária nas operações com as mercadorias a seguir indicadas será, quando houver, o preço único ou máximo de venda fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador:*

(...)

III - medicamentos;

Observo que de fato, no mercado nacional de medicamentos o governo não vem estabelecendo preços máximos ou únicos para a comercialização dos produtos farmacêuticos (medicamentos da linha humana), nos setores de venda por atacado ou varejo. O criticado tabelamento de preços já não mais vigora em nosso país. Os fabricantes é que fazem a sugestão de preço máximo de revenda, dando publicidade dos mesmos através dos órgãos representativos do setor, a exemplo da ABCFARMA.

No caso concreto, a defesa argumenta que o PMC utilizado pela fiscalização foi o supostamente sugerido pelo órgão da ANVISA, em contrariedade ao que foi sugerido pelos fabricantes, também denominado preço fábrica (PF). Todavia, ao consultar o “*site*” da ANVISA, verifiquei nas notas explicativas das tabelas de preços publicadas, que o PF - Preço Fabricante é o teto de preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento que produz. Já o PMC - Preço Máximo ao Consumidor, é o preço a ser praticado pelo comércio varejista, ou seja, farmácias e drogarias (Orientação Interpretativa nº 02, 13/11/2006 – CMED).

A substituição tributária de medicamentos pela regra estampada no art. 289, § 10, inc. III do RICMS/12, acima transcrito, alcança, na ordem sucessiva fixada na norma, primeiro o preço único

fixado pela autoridade competente. Esse preço único fixado, não tem sido mais utilizado no Brasil, que evita adotar a prática de congelamento de preços de produtos pelo governo diante dos sérios problemas que essa medida acarreta, entre elas o desabastecimento do mercado e o desestímulo à atividade produtiva pela perda de competitividade entre os concorrentes. Inexistindo o preço fixado, a norma remete para preço máximo sugerido pelo fabricante ou importador, que neste caso alcança o preço praticado na indústria ou na importação até a comercialização do produto no varejo, através das farmácias e drogarias. Nessa segunda hipótese temos o PMC (preço máximo de venda a consumidor), que alcança todas as etapas da cadeia de circulação dos produtos, inclusive preço sugerido para a venda no comércio varejista. Por fim, não existindo o PMC, adota-se o preço praticado pelo fabricante ou importador, adicionado da margem de valor agregado (MVA) prevista na norma tributária.

Valeu-se o autuante no caso concreto do PMC, ou seja, do preço sugerido para a revenda dos produtos até o varejo, alcançando as margens de agregação de valor das farmácias e drogarias. O contribuinte, por sua vez, adotou tão somente o preço fábrica, ou seja, aquele que preço pelo qual um laboratório ou distribuidor de medicamentos pode comercializar no mercado brasileiro um medicamento que produz, sem, todavia, adicionar a margem da revenda no varejo, contida no PMC.

A título de exemplo, cito o produto farmacêutico BAMIFIX 300 mg, blister 20 drágeas, destinado ao tratamento da asma, relativamente à operação acobertada pela NF 190.533, de 17/05/2016, que compõe a planilha da autuação, inserida à fl. 26 dos autos. O PMC, ou seja, o preço sugerido para revenda no varejo, publicado para esse produto, era, em maio/16 de R\$30,65, operação à alíquota de 18%, então vigente nas saídas internas no Estado da Bahia. Já o PF (preço fábrica) sugerido para o mesmo produto, que contemplava só a margem do fabricante, apresentava o valor de R\$22,17.

Em um dos exemplos apresentados pela defesa na inicial, cito o produto CARBOCISTEÍNA 250 MG, frx100, acobertado pela NF nº 635485, de 03/03/2017, cujo PMC, em abril era de R\$21,70 e o preço sugerido de venda na fábrica era de R\$14,47, à alíquota de 18%. Esse exemplo se encontra reproduzido à fl. 241 dos autos, revelando os critérios distintos de quantificação da base de cálculo utilizados pela defesa e pela autoridade administrativa autuante.

Destaco ainda, que o autuante ao realizar a apuração do imposto partiu das informações existentes no banco de dados da SEFAZ-BA, em relação ao PMC sugerido e publicado pelos fabricantes para a revenda dos produtos no varejo, tendo exatamente por fonte os dados da revista ABCFARMA. Observo que os PMCs foram também publicados no site da ANVISA.

Logo, improcedem as alegações defensivas atinentes à indevida composição da base de cálculo do ICMS-ST (antecipação tributária), visto que o autuante aplicou no lançamento de ofício os preços máximos de venda a consumidor sugeridos para a revenda dos produtos farmacêuticos nas drogarias, farmácias e casas do ramo, exatamente conforme determina a norma legal e regulamentar. A empresa, por sua vez, se valeu do preço fábrica (PF), sem considerar o PMC que leva em conta o preço sugerido para venda no varejo a consumidor final.

No que se refere à alegação de que no lançamento em exame não foi considerada a redução de base de cálculo prevista no art. 266, inc. VII do RICMS/12, que remete às normas do Convênio ICMS 76/94, observo que o contribuinte é detentor do regime especial de tributação instituído pelo Decreto nº 11.872/09, de 04 de dezembro de 2009, que foi formalizado através do Termo de Acordo, aprovado pelo Parecer nº 24179/2009, de 23/12/2009, conforme consta no banco de dados da SEFAZ-BA, no sistema corporativo INC (Informações do Contribuinte). O regime especial a que aderiu o contribuinte estabelece regras próprias de redução de base de cálculo que afasta a incidência das regras do Convênio ICMS 76/94, conforme será melhor detalhado abaixo.

Dispõe o referido Decreto nº 11.872/09, sobre o regime especial de tributação nas aquisições de produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário, efetuadas por distribuidor de medicamentos localizado neste Estado, mediante celebração de termo de acordo, aplicável às operações de 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. Utiliza-se o PMC, com a redução de 28,53%, determinada no art. 1º, § 1º ou o percentual de 16% sobre o valor da aquisição, atendendo ao disposto no § 2º, do art. 1º do Dec. 11.872/2009. A norma em questão determina, portanto, que o detentor do regime especial de tributação previsto no caput do art. 1º do Decreto 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), ou o percentual de redução de 16% sobre o valor da aquisição, vedada a redução prevista no § 2º, do art. 61 do Regulamento do ICMS de 1997, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, norma que corresponde, no RICMS/2012, exatamente àquela que foi citada pela defesa na inicial (art. 268, inc. VIII), acima citada. Em ambas as normas dos Regulamentos do Estado da Bahia é fixada a redução de base de cálculo no percentual de 10% (dez por cento), em consonância com a regra contida na Cláusula Segunda, § 5º, do Conv. ICMS 76/94, com o seguinte teor: “*A base de cálculo prevista nesta cláusula será reduzida em 10% (dez por cento), não podendo resultar em carga de ICMS inferior a 7% (sete por cento)*”;

Estabelece também o Decreto nº 11.872/09, em referência, no seu art. 2º, que havendo previsão em acordo interestadual para deslocamento da responsabilidade pela antecipação tributária ao destinatário da mercadoria detentor de regime especial de tributação, o remetente ficará dispensado da retenção do imposto nas remessas para os signatários do termo de acordo previsto no citado Decreto.

Conforme as normas do Decreto Estadual nº 11.872/09, e correspondente Termo de Acordo firmado pelo contribuinte com o Estado da Bahia, não se aplica ao estabelecimento autuado a redução de base de cálculo prevista no Convênio ICMS 76/94, em relação às operações objeto do presente lançamento, prevalecendo a regra de redução fixada na norma especial (Decreto + Termo de Acordo), no percentual de 28,53%. Observo que nos Demonstrativos que embasam a autuação, reproduzidos às fls. 16 a 226 do PAF, foram aplicadas as regras do citado Decreto, não podendo ser acolhidos os reclamos da defesa no tocante à aplicação da redução de base de cálculo firmada no Convênio ICMS 76/94 e reproduzida nos dispositivos do Regulamento do imposto na Bahia. No presente caso, a regra especial afasta a incidência da norma geral, ou seja, o Decreto nº 11.872/09, conjugado com o Termo de Acordo assinado pelo contribuinte e o Estado da Bahia, afastam a incidência das normas do RICMS no que se refere à redução de base de cálculo do ICMS-ST, nas operações com medicamentos da linha humana. Não cabe no caso em exame, a aplicação cumulativa dos dois benefícios que são excludentes.

No que tange às operações com o medicamento TECNOMET 2,5 MG CR/20, cujo princípio ativo é a substância METOTREXATE, a defesa reclama a incidência da regra de isenção prevista no art. 264, inc. CIII do RICMS/12, por se tratar de produto listado no Convênio ICMS 162/94 que estabelece a isenção do imposto para os medicamentos usados no tratamento de câncer.

De fato, consultado o site da AVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, verifiquei que o metotrexato, ou seja, o princípio ativo, é um remédio indicado no tratamento contra o câncer, psoríase e artrite reumatoide, no entanto ele também é amplamente usado em caso de gravidez ectópica (fora do útero), mas sempre sob orientação médica. Este remédio destrói as células, impedindo seu crescimento, a multiplicação das células e consequentemente, o crescimento do tumor. Este remédio pode ser encontrado em forma de comprimido ou injeção e pode ser encontrado nas farmácias com os nomes de Miantrex, Biometrox ou Reutrexato, por exemplo.

Para que serve: O metotrexato pode ser usado em caso de artrite reumatoide grave; leucemia linfócita aguda; linfoma de Burkitt; linfoma não Hodgkin; linfossarcoma; micose por fungos em estágio avançado; psoríase grave; tumor trofoblástico; alguns tipos de câncer, como no coriocarcinoma uterino, corioadenoma destruens e mola hidatiforme, câncer de pulmão de pequenas células, câncer de cabeça e pescoço, de mama, osteossarcoma, como forma de tratamento coadjuvante de tumores sólidos inoperáveis.

Na forma como o produto foi adquirido pela empresa autuada, através do medicamento TECNOMET 2,5 Mg CPR/20, que apresenta como princípio ativo o METOTREXATE, - substância também utilizado no tratamento do câncer, ficou constatado, na ação fiscal, a partir da bula do TECNOMET, aprovada pela ANVISA, e fabricado pelo Laboratório Zodiac Produtos Farmacêuticos S/A, em <http://www.zodiac.com.br> (site da empresa na internet), que o referido remédio é indicado para “*tratamento da artrite reumatoide e da psoríase grave que não responde a outros tratamentos*” Não consta na bula do referido medicamento, cuja cópia se encontra anexada às fls. 360 a 362 dos autos, nenhuma referência à sua indicação nos tratamentos de câncer, razão pela qual não é possível aplicar ao mesmo a isenção prevista pelo Convênio ICMS 162/94.

Consta ainda no *website* do fabricante ZODIAC, que o medicamento TECNOMET figura como um dos produtos da linha terapêutica “Músculo - Esquelética”, e não há qualquer referência a este medicamento na linha de produtos do laboratório voltada para a área de “Oncologia”, ou seja, no tratamento de tumores cancerígenos, conforme se pode extrair da leitura dos extratos das telas consultadas na internet (fls. 363 a 366 deste PAF). Ter o mesmo princípio ativo não nos parece significar que o medicamento tenha uma única aplicação terapêutica. No caso concreto o medicamento objeto da discussão, o TECNOMET 2,5 Mg CPR/20 não tem qualquer indicação na sua bula para tratamento de câncer. Inexiste, portanto, a prova técnica ou documental que demonstre que o produto em questão se enquadra na norma isencional prevista no art. 264, inc. CIII do RICMS/12.

No que se refere à alegação de que a multa aplicada no Auto de Infração é excessiva ou desproporcional, não acolho a postulação defensiva. Não estão inclusos no campo de competência dos órgãos administrativos de julgamento a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. É o que prescreve o art. 167, incisos I e III do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Ressalto, todavia, que essa matéria poderá ser submetida ao Poder Judiciário, através do manejo de ações próprias.

Destaco ainda, que a multa por descumprimento de obrigação principal prevista no art. 42, inc. II, letra “d” da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60% do valor do imposto não recolhido, está sujeita às reduções de valor estabelecidas nos art. 45 da mesma Lei, desde que o contribuinte efetue o recolhimento ou parelelele débito apurado, nos prazos previstos na referida norma legal.

Ressalto, por último, que as decisões judiciais reproduzidas na peça defensiva não alteram os entendimentos acima expostos, visto que as mesmas não são vinculantes para o Estado da Bahia, além do fato do Erário Estadual não ter figurado como parte nas ações que resultaram nos Acórdãos mencionados pela impugnante.

Pelas razões acima expostas, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281071.0015/17-7**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS SANTA CRUZ LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$167.946,67**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de agosto de 2018.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA - JULGADOR