

A. I. Nº - 281071.0014/17-0
AUTUADO - DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS SANTA CRUZ LTDA.
AUTUANTE - CARLOS RAMOS DE MIRANDA FILHO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 04.01.2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0217-04/18

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. MEDICAMENTOS. FALTA DE PAGAMENTO. Excluído do lançamento às operações relacionadas a devoluções e recusa do recebimento, as quais restaram comprovadas. Excluída, também, a exigência recaída sobre o medicamento Tecnomet 2,5mg por restar caracterizado que é indicado para o tratamento de câncer, estando consequentemente incluído na isenção prevista pelo Art. 264, inciso CIII do RICMS/BA. Mantida a multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Auto de Infração expedido em 27/12/2017 objetivando reclamar crédito tributário na ordem de R\$28.805,11 em decorrência da seguinte acusação: *“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”*. Foi aplicada multa no percentual de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Cientificado do lançamento o autuado ingressou com Impugnação ao mesmo, conforme fls. 34 a 45, onde após tecer algumas considerações iniciais afirma que o lançamento não merece prosperar tendo em vista que parte das notas fiscais autuadas foi objeto de devoluções e recusas, com o consequente retorno das mercadorias aos fornecedores, sendo anuladas tais operações, e que outra parte da autuação alcançou mercadorias isentas, não sujeitas a incidência do ICMS conforme previsto pelos Convênios nº 21/2014 e 162/94.

Em relação às notas fiscais relacionadas às recusas e devoluções apresentou um quadro sinótico onde aponta cada documento fiscal, data de emissão, valor e fornecedor, acrescentando que noutras situações comprova por amostragem as recusas mediante “protocolo de recusa” emitidos para os retornos que indica.

Desta maneira afirma que tanto os protocolos de recusa quanto as notas fiscais de entradas emitidas pelos fornecedores demonstram que as operações questionadas foram anuladas restando inexistentes os fatos geradores concernentes a exigência tributária constante do Anexo 2 no valor total de R\$7.153,34.

No que diz respeito às operações que afirma serem isentas do imposto, refere-se a medicamento destinado ao tratamento de câncer, apontando o Tecnomet 2,5mg CPF/20 (Metotrexate), citando que o princípio ativo desse medicamento 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, indicando o site <https://www.bulario.com/metrotexato/> para efeito de pesquisa.

Após apresentar uma relação completa das notas fiscais desse medicamento adquirido junto ao fornecedor Zodiac Pindamonhangaba objeto da autuação, citou que desde a Lei Complementar nº 24/75 e os Convênios ICMS nº 162/94 (Anexo único – item 60) e 32/2014, os Estados estão autorizados à concederem isenção de ICMS nas operações com medicamentos destinados ao tratamento de câncer, dentre eles o “metotrexate”, mencionando, ainda, o Art. 264, inciso CIII do RICMS/BA a este respeito, concluindo que, por esta razão a exigência fiscal não deve prosperar.

Passou a se insurgir contra a multa aplicada no percentual de 60%, a qual considera abusiva e confiscatória, situação esta vedada pelo Art. 150, V da Constituição Federal, citando a este respeito decisão do Supremo Tribunal Federal.

Em conclusão pugna pelo cancelamento do Auto de Infração quer pela demonstração das recusas e devoluções, bem como sobre as exigências recaídas sobre operações isentas, pedindo ainda o reconhecimento da abusividade da multa aplicada no percentual de 60%.

Pede, ao final que todas as comunicações processuais sejam endereçadas via Domicílio Tributário Eletrônico ou para o endereço cadastrado que indica.

O autuante apresentou Informação Fiscal conforme fls. 139 a 142, onde após efetuar uma síntese dos argumentos defensivos, passou a se posicionar em relação aos argumentos relacionados às notas fiscais de devoluções e aquelas recusadas, cita que, após as análises que efetuou constatou que, em parte, assiste razão ao autuado uma vez que diversas notas fiscais efetivamente foram objeto de devolução ou foram recusadas, estando tais eventos comprovados nestes autos.

Cita que, no entanto restaram diversas notas fiscais para as quais o autuado não apresentou documentos comprobatórios de que as respectivas operações tenham sido posteriormente anuladas, razão pela qual ficam mantidas as exigências recaídas sobre tais operações.

Desta forma elaborou novo demonstrativo de débito intitulado Anexo 4, fl. 125, onde relaciona as notas fiscais excluídas porém manteve aquelas que não foram apresentadas justificativas válidas, ficando, deste modo, o débito indicado no Anexo 2 no valor de R\$10.318,12 para R\$3.164,79. Consequentemente, de acordo com o Anexo 5, fl. 126, o novo demonstrativo do débito do Auto de Infração deverá ser reduzido de R\$28.805,11 para R\$21.651,78.

Em seguida passou a divergir do entendimento do autuado de que restou demonstrada a isenção tributária para o medicamento Tecnomet 2,5mg CPR/20 o qual, segundo o autuado, tem como princípio ativo o Metotrexate e que se encontra relacionado pelo Convênio ICMS 162/94 como sendo indicado para o tratamento de câncer.

Neste sentido diz que procedeu análise ao medicamento Tecnomet 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.

Pontua que obteve a bula do medicamento Tecnomet 2,5mg CPR/20 diretamente do website do fabricante, o laboratório Zodiac Produtos Farmacêuticos S.A., fls. 127 a 129, onde o laboratório informa que o princípio ativo do medicamento em questão é o metotrexato, portanto nomenclatura distinta da que consta no Convênio (metotrexate), ao tempo em que, de acordo com a bula o medicamento Tecnomet é indicado para “*tratamento de artrite reumatoide e da psoríase grave que não responde a outros tratamentos*”.

Após tecer outras considerações acerca desta questão e contestar a validade da fonte de referência citada pelo autuado (www.bulario.com), a qual considera não oficial, e conclui sustentando que os argumentos trazidos pelo autuado quanto a isenção pretendida para o medicamento Tecnomet 2,5mg CPR/20 não prosperam pois não há comprovação que o mesmo se destine ao tratamento de câncer, não sendo, portanto, possível enquadrá-lo no isenção prevista pelo Convênio 162/94, uma vez que este convênio, em seu item 60, se refere a um princípio ativo com um nome semelhante não sendo possível afirmar que se trata da mesma substância.

Quanto à multa pontua que procedeu a aplicação em obediência às normas legais vigentes e conclui pugnando pela Procedência Parcial do Auto de Infração no valor de R\$21.651,78.

O autuado se pronunciou conforme fls. 148 a 152, citando que considerando as informações prestadas pelo autuante de fls. 139/142, é forçoso reconhecer que o mesmo:

- (i) realizou rasa apreciação dos documentos fiscais quando da lavratura do Auto de Infração (anexo 2), reconhecendo à fl. 140 que as notas analisadas por amostragem realmente foram equivocadamente consideradas por terem sido objeto de devolução recusa, esquivando-se do dever/obrigação da administração pública em perseguir o princípio da verdade material;
- (ii) as notas trazidas por amostragem, por si só, são suficientes para motivar o cancelamento integral da exigência fiscal, na medida em que ilidiram por completo a presunção fiscal que sustenta a acusação;
- (iii) deveria o autuante valer-se da prerrogativa do art. 199 do CTN (que permite a mútua assistência entre os Entes Tributantes com permuta de informações) para notificar os contribuintes emitentes das Notas Fiscais, a fim de questioná-los e confirmar não ocorrência das operações mercantis;
- (iv) apega-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;

Acrescentou que no tocante ao Anexo 02 do Auto de Infração, não pode o reconhecimento da insubsistência da acusação fiscal depender da apresentação de todas as respectivas Notas Fiscais de Entradas emitidas pelos fornecedores, pois não tem o dever de fiscalizar e cobrar o cumprimento de obrigações tributárias por parte de terceiros (cuja competência é privativa dos órgãos fazendários), não lhe cabendo o dever de produzir prova de fatos negativos, asseverando que sob todos os prismas, é evidente que suas alegações não foram combatidas pelo autuante, não se podendo manter a autuação que, além de manifestamente precária no quesito da motivação, é insubsistente.

Conclui mencionando que serve a presente petição para se manifestar em relação às informações prestadas pelo autuante às fls. 139 a 142, reiterando-se todas as razões apresentadas na impugnação, a fim de que sejam acolhidas para decretar o cancelamento da indevida autuação fiscal.

O autuante se pronunciou às fls. 165 a 167, destacando que em relação às notas fiscais de devoluções ou recusas que foram mantidas na autuação, com base no Art. 82 do RICMS/BA vigente, que as mesmas constituem prova documental da ocorrência dos fatos geradores das obrigações tributárias objeto da autuação, enquanto que, no que diz respeito à responsabilidade pela comprovação de eventuais recusas de mercadorias, ensejando o retorno das mesmas ao estabelecimento do remetente, o Art. 253 do RICMS/BA determina em seu § 2º que o emitente de NF-e deverá guardar pelo prazo estabelecido na legislação tributária o DANFE que acompanhou o retorno de mercadoria não recebida pelo destinatário e que contenha o motivo da recusa em seu verso.

Com isso assevera que a autuação deve ser mantida quanto às notas fiscais emitidas pelo contribuinte e que teriam sido objeto de devoluções ou recusa, porém sem a devida comprovação.

No que diz respeito ao medicamento Tecnomet reiterou seus argumentos já apresentados anteriormente e voltou a pugnar pela Procedência Parcial do Auto de Infração no valor de R\$21.651,78.

O autuado foi cientificado da nova informação fiscal prestada pelo autuante, fls. 169 e 170, porém não voltou a se pronunciar, sendo os autos, desta maneira, encaminhados para julgamento.

VOTO

Não foram apresentadas arguições relacionadas aos aspectos formais do lançamento e, considerando que o mesmo atende aos requisitos estabelecidos pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, passo à análise do seu mérito.

A questão envolvida nestes autos diz respeito à falta de pagamento do imposto, por antecipação tributária, nas aquisições interestaduais de medicamentos pelo autuado, na condição de sujeito passivo por substituição, razão pela qual foi exigida a importância de R\$28.805,18.

Dois foram os argumentos de fundo trazidos pelo autuado, visando à improcedência do Auto de Infração: o primeiro relaciona-se a exigência tributária incidente sobre operações aquisições de mercadorias que foram objeto de devoluções ou de recusa do recebimento, sendo questionadas as exigências pertinentes ao Anexo 2 no total de R\$7.153,34 do total lançado de R\$10.318,12.

O segundo argumento defensivo prende-se a comercialização do medicamento Tecnomet 2,5 mg CPR/20 (Metotrexato) que o autuado afirma ser isento do ICMS por se tratar de medicamento destinado ao tratamento de câncer, argumento este não aceito pelo autuante que não o considerado integrante no Anexo Único do Convênio 162/94, que consta em seu item 60 o medicamento Metotrexate, não se podendo afirmar que se trata da mesma substância.

Em relação ao primeiro argumento defensivo vejo que todas as notas fiscais listadas pelo autuado em sua defesa e que se encontram acompanhadas de documento comprobatório das devoluções ou da recusa do recebimento, no total de imposto exigido de R\$7.153,34, foram todas analisadas, acolhidas e excluídas pelo autuante, com o que concordo, pois realmente existe a comprovação do desfazimento das operações e/ou do seu não recebimento.

Quanto às demais notas fiscais indicadas no demonstrativo de fl. 125, que totalizam a quantia de R\$3.164,79 assiste razão ao autuante em manter a exigência na medida em que o autuado não comprovou a existência das devoluções e nem do protocolo de recusa, situação esta que é dever do autuado, tal como o fez em relação àquelas que comprovaram as ocorrências que possibilitaram as respectivas exclusões do lançamento.

Ao contrário do que argui a defesa, não se trata de produzir prova de fatos negativos e nem de fiscalizar cumprimento de obrigações tributárias por parte de terceiros, e sim de comprovar um fato alegado e perfeitamente possível de apresentação da prova respectiva, o que infelizmente não ocorreu.

Desta maneira, em relação a exigência constante do Anexo 2, fls. 18 a 25, acolho as exclusões levadas a efeito pelo autuante e mantenho a exigência do valor remanescente de R\$3.164,79 consoante demonstrado à fl. 125.

Naquilo que se relaciona ao segundo argumento defensivo trazido pela defesa, isto é, da isenção do ICMS incidente sobre o medicamento Tecnomet 2,5mg CPR/20 (Metotrexato), com todo o respeito ao cuidado e o zelo do autuante na fundamentação que apresentou, apesar de possuir, em princípio, alguma lógica, vejo que assiste razão ao autuado.

O primeiro aspecto que analiso se relaciona ao princípio ativo do metotrexato indicado na bula do medicamento Tecnomet enquanto que no item 60 do Convênio 162/94 consta como sendo metotrexate. Vê-se aí, que a única diferença se encontra no final da última sílaba onde um termina contendo a vogal “o” enquanto o outro contém a vogal “e”.

Um dado que considero importante registrar reside nas pesquisas que realizei através dos sites disponíveis onde não localizei o **metotrexate** e sim, sempre, o **metotrexato**.

Por outro lado, analisando o DANFE nº 141.548, fl. 20, referente a aquisição pelo autuado do medicamento Tecnomet do fornecedor Zodiac Pindamonhangaba, tenho que o documento fiscal foi emitido sem incidência de ICMS em operação interestadual, com a observação de que o mesmo está desonerado pelo ICMS com base nos Convênios 32/14 e 162/94, o que me leva a crer que realmente tal medicamento se encontra amparado pelo benefício da isenção, dado a continuidade dessas operações, sempre com isenção.

Objetivando entender qual a indicação da substância metotrexato, efetuei diversas buscas na internet, de onde extrai alguns excertos que transcrevo a seguir, para fins meramente ilustrativos:

O que é Tecnomet?

TECNOMET é contraindicado para pacientes com alergia ao metotrexato ou a qualquer componente da formulação, para pacientes com psoríase ou artrite reumatoide em que for diagnosticada gravidez e em pacientes que tenham evidência clara de comprometimento do sistema imunológico, disfunção grave no fígado ou nos rins e ...

Tecnomet Comprimido - Anvisa

www.anvisa.gov.br/datavisa/fila_bula/frmVisualizarBula.asp?pNuTransacao...

Pesquisar: O que é Tecnomet?

O que é metotrexato e para que serve?

O metotrexato 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, mas sempre sob orientação médica.

TECNOMET® (Zodiac) Metotrexato 2,5 mg Composição Cada comprimido contém: Metotrexato 2,5 mg. Excipientes (fosfato dicálcico, amido de milho, celulose microcristalina, povidona, estearato de magnésio, corante amarelo tartrazina) q.s.p. 1 comprimido. Indicações Artrite reumatóide: O metotrexato é indicado no manejo de adultos selecionados com artrite reumatóide grave, ativa, clássica ou definida (critério ARA) com resposta terapêutica insuficiente, ou não tolerem um teste adequado de terapia de primeira linha, incluindo dose completa de antiinflamatórios não-esteróides (AINEs) e, normalmente, um teste de pelo menos uma ou mais drogas anti-reumáticas que modifiquem a doença. Aspirina, agentes antiinflamatórios não-esteróides e/ou esteróides de baixa dose podem ser mantidos, embora a possibilidade de aumento da toxicidade com o uso concomitante de AINEs, incluindo salicilatos, não tenha sido completamente explorado. Os esteróides podem ser reduzidos gradualmente em pacientes que respondem ao metotrexato. O uso combinado de metotrexato com ouro, penicilamina, hidroxicloroquina, sulfassalazina ou agentes citotóxicos não foi estudado e pode aumentar a incidência de efeitos adversos. Repouso e fisioterapia quando indicados devem ser continuados. Quimioterapia para psoríase (exceto em pacientes grávidas): Por causa do alto risco que envolve seu uso, o metotrexato é indicado somente no controle sintomático da psoríase severa, recalcitrante e incapacitante, que não responde adequadamente a outras formas de terapia, não responde a outras drogas e unicamente quando o diagnóstico tiver sido estabelecido por biópsia e/ou após consulta dermatológica. É importante assegurar que a vermelhidão da psoríase não se deve a uma doença concomitante não diagnosticada que afeta a resposta imune.

Para que serve o Metotrexato

O metotrexato 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, 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 Mianrex, Biometrox ou Reutrexato, por exemplo.

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, osteosarcoma, como forma de tratamento coadjuvante de tumores sólidos inoperáveis.

Para quem sofre de doenças neoplásicas, psoríase e artrite reumatóide, o uso de medicação é muito comum no dia a dia. Isso porque elas são doenças que não possuem cura, fazendo com que o paciente esteja sempre à procura de métodos de tratamento para poder aliviar as dores e o mal estar frequentes. Normalmente, o remédio mais utilizado nesses casos é o Metotrexato, um medicamento forte indicado para quem sofre das

doenças em questão. Neste texto, vamos mostrar o que é o Metotrexato, como ele funciona, indicações e contraindicações, como deve ser usado e mais algumas informações essenciais.

Para quem o Metotrexato é indicado e como ele funciona?

O medicamento Metotrexato é utilizado no tratamento de células malignas, além do processo de medicação da artrite reumatoide e da psoríase.

O remédio funciona de forma a inibir a enzima que reduz o ácido diidrofólico, sendo transformado em ácido tetraidrofólico e antes podendo ser usado como carreador de grupos carbônicos na síntese dos nucleotídeos de purina e timidilatos. Dessa forma, o medicamento ajuda a modificar a síntese de DNA, a replicação e restauração celular e a proliferação dos tecidos, prejudicando o crescimento das células malignas sem provocar nenhum dano no organismo.

Desta maneira, à luz do quanto acima exposto, e considerando a própria observação constante no documento fiscal de origem, estou convencido de que o medicamento Tecnomet 2,5mg é também indicado para o tratamento de câncer, estando consequentemente incluído na isenção prevista pelo Art. 264, inciso CIII do RICMS/BA, razão pela qual devem ser excluídas da autuação as exigências contidas no Anexo 01 no valor de R\$7.919,12 e do Anexo 03 no valor de R\$10.567,85.

Quanto ao argumento do autuado relacionado à multa aplicada no percentual de 60%, a qual considera abusiva e confiscatória, não pode o mesmo ser acolhido na medida em que a mesma possui previsão legal devendo, portanto ser a aplicada. Ressalto, ainda, que o Art. 167, I do RPAF/BA exclui da competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta.

Em conclusão voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração no valor de R\$3.164,79 consoante demonstrativo constante à fl. 125 dos autos.

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 nº **281071.0014/17-0** lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS SANTA CRUZ LTDA.**, devendo o autuado ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.164,79** acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, em 04 de dezembro de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR