

PROCESSO - A. I. Nº 298945.0401/16-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PRIME DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO– Acórdão 4ª JFJ nº 0054-04/18
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 08/11/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0264-11/19

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO A MENOR DO IMPOSTO. Excluída da exação os valores relativos aos medicamentos não sujeitos a antecipação tributária. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MULTA SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. Excluídas as operações objeto de devolução. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a”, item 1, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 4ª JFJ, através do Acórdão nº 0054-04/18, por ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito originalmente imputado, no valor de R\$167.695,80, inerente às infrações 1 e 2, sob as seguintes acusações:

Infração 1 – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, no valor de R\$125.609,92, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior, nos meses de: fevereiro a outubro de 2015 e março a junho de 2016.

Infração 2 - Multa no valor de R\$42.085,88, correspondente a 60% sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de: janeiro de 2015 a junho de 2016.

A Decisão de primeiro grau considerou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$86.788,78, julgando subsistentes em parte as infrações 1 e 2, nos valores de R\$44.916,34 e R\$41.872,44, em razão de:

VOTO

A infração 01 do presente lançamento fiscal diz respeito ao recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação.

O autuado a impugna parcialmente. A sua impugnação prende-se a três argumentos.

No primeiro, a discussão travada diz respeito aos produtos Fauldleuco 300mg/30ml Inj 1 Faor, Fauldleuco 50mg/5ml Inj 1 Faor, Folinato Cálcio 10mg Inj 10Fa e Folinato Cálcio 50mg LiofInj 50FaInj todos com NCM 30045010.

O contribuinte entende que eles fazem parte do Convênio 162/94 na lista de principio ativo 56 = Leucovorina. Em assim sendo, são isentos do imposto.

Os autuantes rebatem esta alegação de defesa, entendendo que as determinações da Cláusula primeira do Convênio 162/94 somente isenta do ICMS os medicamentos usados no tratamento oncológico que constam do seu Anexo Único. Em assim sendo, estes medicamentos lá não se encontram. Além do mais, no nominado Convênio não existe qualquer “lista de principio ativo”. E caso o legislador quisesse estender o benefício da isenção também para os fármacos teria redigido este Convênio como o fez ao redigir o Convênio ICMS 87/02 que, em sua Cláusula primeira, estabelece: “Ficam isentas do ICMS as operações realizadas com os fármacos e medicamentos relacionados no Anexo Único...”. E nesta sua argumentação apresentam as determinações dos

arts. 107 e 111, do CTN.

[...]

O Conselho de Farmácias do Estado da Bahia afirma que a leucovorina é sinônimo de folinato de cálcio (fl. 50). De igual forma, as bulas apresentadas pelo impugnante (fls. 54/62), sendo que o Folinato de Cálcio (Leucovorin) é um medicamento anti-anêmico, do laboratório Whyeth que tem como indicação: a anemia megaloblástica por deficiência de ácido fólico, em caso de dose excessiva de ácido fólico e câncer de colo-retal (fl. 150).

[...]

Diante de tudo ora exposto, somente posso concordar com os argumentos apresentados pelo impugnante devendo os medicamentos (Fauldleuco 300mg/30ml Inj 1 Faor, Fauldleuco 50mg/5ml Inj 1 Faor, Folinato Cálcio 10mg Inj 10Fa e Folinato Cálcio 50mg LiofInj 50FaInj) serem excluídos da autuação, pois além de serem medicamentos são utilizados no tratamento do câncer.

No segundo argumento, diz o impugnante de que os medicamentos ENDOBULIN KIOVIG e RIVASTIGMINA constam do Convênio ICMS 87/02, sendo que suas vendas foram realizadas para órgãos da Administração Pública Direta e Indireta Federal, Estadual e Municipal e a suas fundações públicas.

Os autuantes, após análise, informam que o medicamento RIVASTIGMINA encontra-se albergado no referido Convênio e, igualmente, o fármaco do ENDOBULIN KIOVIG. Todos foram vendidos aos órgãos públicos. Como o Convênio ICMS 87/02 concede isenção do ICMS às operações realizadas com os fármacos e medicamentos relacionados no seu Anexo Único e na forma que determina (vendas aos órgãos públicos) entende que os mesmos devem ser excluídos da autuação. Apresentam novo levantamento fiscal às fls. 106/119 dos autos.

Concordando com ambas as partes, somente posso acolher as razões de defesa, sendo excluídos da infração os medicamentos ENDOBULIN KIOVIG e RIVASTIGMINA.

E, como terceiro argumento, afirma o defendente que embora nos meses março, abril, maio e junho de 2016 os fiscais autuantes tenham detectado ausência de pagamento do ICMS, havia realizado suas compensações com pagamentos feitos a maior referente aos medicamentos contemplados no Convênio ICMS 162/1994 (indicados), dos meses de novembro e dezembro/2015 e fevereiro/2016.

No específico caso, tratando-se do imposto devido por substituição/antecipação tributária, não cabe processo de compensação já que o imposto é devido por cada operação comercial realizada, momento em que a fase de tributação encontra-se encerrada. E observa-se, aqui não se estar a falar em créditos fiscais acumulados e sim de indébito, quando cabe a restituição do mesmo.

Neste caso, deve o contribuinte, consoante a forma estabelecida em regulamento (art. 74 a 78 do RPAF/BA), dirigir-se à Repartição Fiscal de sua circunscrição fiscal para pleitear o imposto que disse recolhido a maior nos meses de novembro, dezembro, ambos de 2015 e fevereiro de 2016.

Por tudo ora exposto, mantenho parcialmente a presente infração no valor de R\$44.916,34, conforme Demonstrativo de Débito a seguir, partindo do demonstrativo elaborado pelo autuante quando do saneamento que realizou (CD de fl. 120 dos autos) observando a seguinte situação: embora o autuante tenha concordado com as exclusões dos medicamentos ENDOBULIN KIOVIG e RIVASTIGMINA, no levantamento fiscal saneado, de fato, se constata que não mais existe nele o medicamento RIVASTIGMINA. No entanto, o ENDOBULIN KIOVIG permaneceu, em alguns meses na autuação. Como não se tem conhecimento do motivo que levou ele a assim agir e como nas suas considerações afirma, corretamente, que o mesmo deve ser excluído da autuação, neste momento os excluo deste levantamento.

[...]

Na infração 02 se exige multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e devidamente registradas na escrita fiscal.

O autuado somente contesta, nesta infração, a inclusão das notas fiscais de nºs 173.727 e 192.603, emitidas pelo Laboratório Abbott Laboratórios do Brasil Ltda. Diz que os produtos foram devolvidos conforme notas fiscais nºs 13929 e 17732 de 25/04/16. Ao analisar o argumento e prova trazidos, os próprios fiscais autuantes acatam a defesa, excluindo da autuação os referidos documentos fiscais e apresentam levantamento às fls. 115/119.

Em assim sendo, nada mais há a ser discutido, sendo acolhido o argumento de defesa.

Mantenho parcialmente esta infração no valor de R\$41.872,43, conforme indicado pelos fiscais autuantes e apresento demonstrativo de débito já que eles não indicaram o valor da multa percentual aplicada no saneamento que realizaram. Ressalto de que a pequena diferença (para menos) do demonstrativo dos autuantes e do defendente prende-se aos meses de dezembro de 2015 e março de 2016. No caso, como os autuantes demonstraram documento fiscal por documento fiscal os cálculos, absorvo os demonstrativos dos fiscais autuantes.

[...]

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$23.822,80, sendo que o valor de R\$44.916,34, corresponde ao ICMS ora exigido (infração 01) e R\$41.872,44 pela multa de caráter acessória aplicada, correspondente a infração 02. Que o órgão competente desta Secretaria de Fazenda homologue os valores efetivamente recolhidos conforme fl. 131 dos autos.

Por fim, a JJF concluiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, no valor de R\$86.788,78, do que recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Às fls. 197 dos autos, consta ciência ao sujeito passivo de que o Recurso Voluntário apresentado, em 11.06.2018, foi considerado intempestivo, tendo como referência a data de entrega de 17.05.2018 da intimação para ciência do Acórdão JJF nº 0054-01/18 e interpor Recurso Voluntário, no prazo de 20 dias.

Às fls. 204 a 210 dos autos, consta manifestação do contribuinte, informando que, ao apresentar a impugnação ao Auto de Infração, realizou o pagamento do valor nominal de R\$61.097,14, majorados dos devidos acréscimos tributários, conforme DAE nº 1606495838 (fls. 221/222), sendo R\$19.138,96 relativo à infração 1 e R\$41.958,18 relativo à infração 2.

Posteriormente, ao proferir o Acórdão, a JJF julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, declarando serem devidos: R\$44.916,34 e R\$41.872,44, respectivamente, para as infrações 1 e 2.

Salienta que, em cumprimento ao que fora determinado pela 4ª JJF, recolheu o valor complementar para quitação do débito fiscal, com os devidos acréscimos, conforme comprovantes às fls. 223 a 236 dos autos.

VOTO

Examinando as peças que integram os autos, há de ressaltar que a exoneração parcial da infração 1 decorreu das conclusões na Decisão recorrida de que:

1. os produtos *Fauldleuco 300mg/30ml Inj 1 Faor, Fauldleuco 50mg/5ml Inj 1 Faor, Folinato Cálcio 10mg Inj 10Fa e Folinato Cálcio 50mg LiofInj 50FaInj*, todos com NCM 30045010, devem ser excluídos da autuação, pois, além de serem medicamentos também são utilizados no tratamento do câncer.

Para tal mister foram realizadas pesquisas na legislação específica (Convênio ICMS 162/94, que isenta do ICMS medicamentos usados no tratamento oncológico), Parecer do Conselho de Farmácias do Estado da Bahia (fls. 48/50), bulas dos laboratórios dos medicamentos e no site da Wikipédia, pelas quais se concluiu que:

- a “A leucovorina é definida pelo referido Convênio como um medicamento”;
 - o Conselho de Farmácia do Estado da Bahia afirma que a leucovorina é sinônimo de folinato de cálcio (fl. 50);
 - nas bulas apresentadas pelo autuado (fls. 54/62) consta que o Folinato de Cálcio (Leucovorin) é um medicamento anti-anêmico que tem indicação: a anemia megaloblástica por deficiência de ácido fólico, em caso de dose excessiva de cálcio fólico e câncer de colo-retal (fl. 150);
2. os medicamentos ENDOBULIN KIOVIG e RIVASTIGMINA devem ser excluídos da exação, pois procede a alegação de defesa, acolhida pelos autuantes, de que tais medicamentos foram vendidos para órgãos da Administração Pública Direta e Indireta Federal, Estadual e Municipal e a suas fundações públicas, como também que constam do anexo único do Convênio ICMS 87/02, o qual concede isenção do ICMS nestas operações.

Em consequência, a desoneração da antecipação do ICMS de R\$125.609,92 para R\$44.916,34, relativa à infração 1, decorreu das exclusões de operações isentas do imposto, por se tratarem de medicamentos usados no tratamento do câncer ou destinados para órgãos da Administração

Pública.

No tocante à infração 2, a desoneração da multa de R\$42.085,88 para R\$41.872,44, correspondente a 60% sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, decorreu da exclusão das Notas Fiscais de nºs 173.727 e 192.603, por restar comprovado pelos próprios autuantes que os produtos foram devolvidos através das Notas Fiscais nºs 13929 e 17732, conforme procedido através do levantamento às fls. 115/119.

Do exposto, me alinho à Decisão recorrida e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298945.0401/16-2**, lavrado contra **PRIME DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$44.916,34**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual de **R\$41.872,44**, prevista no inciso II, “d” c/c §1º da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de setembro de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

ANGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS