

A. I. Nº - 210377.0090/19-4
AUTUADO - ONCO PROD DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS HOSPITALARES E ONCOLOGIC
- LTDA.
AUTUANTE - FERNANDO CESAR MONTEIRO TORRES
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 21/09/2020

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0090-01/20-VD

EMENTA: ICMS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DIFAL. REMESSAS DE BENS A PESSOA NÃO INSCRITA NO CADASTRO DO ICMS. EMENDA CONSTITUCIONAL 87/2015. Não comprovado que os produtos vendidos ao Fundo Estadual de Saúde do Estado da Bahia obedeceram às prescrições regulamentares de abatimento do imposto que seria devido no preço com indicação no documento fiscal para usufruir do benefício da isenção. Dessa forma, resta devido o recolhimento do ICMS, relativo ao diferencial de alíquota, previsto na EC nº 87/15. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 22 de agosto de 2019 e refere-se à cobrança de ICMS no valor histórico de R\$95.145,00, além da multa de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 - 62.01.02: “O remetente e ou prestador localizados em outra unidade da federação, inclusive o optante pelo simples nacional, que não efetuou o recolhimento do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na EC nº 87/15, nas saídas de mercadorias, bens e serviços destinados a consumidor final – contribuinte ou não – localizado neste Estado”, ocorrido em 22/08/2019.

Descrição dos fatos:

“Mercadoria acobertada pelos DANFEs nº 77858, 77859 e 77856, destinadas a consumidor final, sem o devido pagamento do diferencial de alíquota (100%) para o Estado da Bahia, previsto na EC nº 87/2015, na Lei 13.373/2015 e no Convênio ICMS nº 93/2015. A isenção mencionada nos DANFEs citados, referente ao Convênio nº 96/2018, não tem procedência legal, pois não foi cumprida a exigência de dedução expressa no preço do ICMS conforme §3º da Cláusula Primeira, assim como, o medicamento isento é exclusivamente de 12mg/5ml e não o constante nos DANFEs que são de 2,4mg/5ml. Exigências previstas no citado Convênio”.

Enquadramento Legal:

Inciso IV do art. 2º; inciso II do § 4º do art. 2º; §7º do art. 15 e art. 49-B da Lei 7.014/96 c/c 99 do ADCT da CF/88, acrescido pela EC nº 87/2015; e Convênio ICMS 93/15. Multa tipificada na alínea ‘a’ Inciso II do art. 42 da Lei 7.014/96.

Foi lavrado o Termo de Apreensão nº 210377.1089/19-0 (fl. 3 – frente e verso), apreendendo as mercadorias constantes dos DANFEs acima mencionados.

O contribuinte tomou ciência do Auto de Infração em 28/08/19 e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 25/09/19, peça processual que se encontra anexada às fls. 42 a 56. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seus advogados, os quais possuem

os devidos poderes, conforme instrumentos de procuração e de substabelecimento constantes nos Autos às fls. 74/75.

A Impugnante inicialmente descreve a atividade que exerce, aborda a tempestividade da peça defensiva, e transcreve a infração constante da autuação, além do enquadramento legal da mesma.

Em seguida relata que a impugnante é pessoa jurídica voltada ao ramo de distribuição de medicamentos e drogas de uso humano, dentre eles os que possuem alto custo para tratamento de cânceres, doenças degenerativas e autoimunes.

Assinala que comercializa o “Spinraza®” (nusinersen), fármaco de alto custo indicado para tratamento de uma doença rara denominada “atrofia muscular espinhal” (AME), e que no exercício regular dessa atividade, vendeu o aludido medicamento para o “Fundo Estadual de Saúde do Estado da Bahia”.

Alega que o agente fiscal adotou interpretação equivocada, quando entendeu que a isenção do Convênio ICMS 96/2018 não contemplaria o medicamento comercializado pela Impugnante em razão da suposta divergência de nomenclatura.

Transcreve o enunciado do mencionado convênio reclamando que o autuante afastou a isenção sob o argumento de que o medicamento isento seria exclusivamente de 12mg/5ml e não o constante nos DANFEs que são de 2,4mg/5ml.

Assevera que a interpretação adotada pela Fiscalização é absolutamente equivocada, afirmindo que só existe um único medicamento no mercado brasileiro denominado “Spinraza®”, com uma única concentração, conforme consulta ao sítio da ANVISA que anexa (Doc. 05).

Ressalta que a apresentação do medicamento constante da ANVISA é “2.4 MG/ML SOL INJ CT FA VD TRANS X 5 ML”, correspondendo exatamente à referência mencionada pela Impugnante.

Explica que essa referência significa que a cada 1 mililitro de solução, encontram-se 2,4 miligramas do princípio ativo do medicamento, e que por meio de uma simples operação aritmética, verifica-se que em 5 mililitros de solução encontra-se 12 miligramas de soluto.

Diz que para o leigo, basta consultar a bula do medicamento (Doc. 06) e encontrar tal informação.

Acrescenta que na própria “Autorização de Fornecimento de Material” (Doc. 07) emitida pelo Fundo Estadual de Saúde – SAFTEC (destinatário da mercadoria), o adquirente expressamente denominou o medicamento “spinraza” pela apresentação “2,4mg/ml (...) frasco-ampola com 5ml”, a mesma indicada nas notas fiscais.

Dessa forma, considera infundada a acusação fiscal repousada na alegada divergência de concentração do medicamento, afirmando o seguinte:

- (i) só existe um medicamento para tratamento de “AME” no mercado brasileiro, e esse medicamento se chama “spinraza®”, conforme consulta pública ao sítio da ANVISA (Doc. 05);
- (ii) a nomenclatura do produto/medicamento realizado pela Impugnante segue a mesma apresentação determinada pela ANVISA (Doc. 05);
- (iii) as variantes da apresentação do medicamento representam a mesma concentração (em 12mg/5ml encontraremos 2,4mg/ml) conforme a própria bula do medicamento (Doc. 06);
- (iv) a descrição da apresentação do medicamento é a mesma descrita pelo Estado da Bahia (Doc. 07);
- (v) os medicamentos comercializados pela Impugnante inequivocavelmente estão albergados pela isenção prevista no Convênio ICMS 96/2018 (art. 264, LXVI, do RICMS, introduzido pelo Decreto 19.142/2019).

Aduz que sob outro prisma, também cabe afastar a premissa da Fiscalização de que a Impugnante não teria cumprido a exigência de descontar o valor correspondente à isenção do imposto no preço, nos termos da § 3º da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 96/2018.

Argumenta que concedeu o desconto, dizendo que o valor do medicamento descrito nos documentos fiscais no montante de R\$288.318,18 corresponde ao preço líquido já desonerado do imposto. Explica que o “Preço de Fábrica” do “spinraza®” corresponde a R\$388.301,04, conforme “Lista de Preços” publicada pela ANVISA, razão pela qual afirma que o preço praticado pela

Impugnante ostenta a desoneração do imposto.

Ressalta, ainda, que o preço líquido do medicamento foi previamente pactuado pela Impugnante por meio de proposta, em resposta à solicitação formulada pela Superintendência da Assistência Farmacêutica do Estado da Bahia a diversos agentes de mercado.

Pontua que se a proposta de preço líquido (que já expressava a concessão do desconto) fosse excessiva em relação ao preço de referência, certamente que o agente público iria rejeitá-la.

Considera que o caráter indutor da obrigação acessória estabelecida no § 3º da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 96/2018 revela que o objetivo do legislador foi desonerar o preço do medicamento ao consumidor final, razão pela qual a efetiva concessão de desconto, por si só, satisfaz a exigência normativa.

Entende que a Fiscalização não poderia em hipótese alguma afastar a norma incentivada prevista no Convênio ICMS 96/2018, dizendo que a fruição desse benefício fiscal não se condiciona à demonstração expressa da dedução do imposto no documento fiscal.

Visando demonstrar que a obrigação acessória é insuficiente, por si só, para afastar a norma isentiva, transcreve orientação do Tribunal de Impostos e Taxas da SEFAZ-SP, dizendo se tratar de caso análogo.

Por outro lado, argui também a ilegalidade perpetrada com a apreensão e retenção de mercadoria albergada por norma isentiva.

Assinala que a bula do “spinraza®” traz as condições de temperatura e de exposição à luz, sendo forçoso convir que a apreensão e a retenção promovida pelo Agente Fiscal sujeita tanto o medicamento à deterioração como o paciente com AME à morte.

Crítica o procedimento da Fiscalização Tributária, pontuando que as mercadorias apreendidas e retidas foram adquiridas pelo próprio Estado da Bahia, no desiderato de cumprir ordem judicial para salvar uma vida, e que se o valor fosse excessivo em relação ao preço de referência, certamente o agente público iria rejeitá-la.

Relata que, além disso, a conduta da Autoridade Fiscal embaraçou o cumprimento de ordem judicial proferida no Mandado de Segurança n.º 0576128.93.2017.8.05.0001, que concede liminar para que a autoridade coatora libere as mercadorias apreendidas, e cujo teor transcreve em parte na peça defensiva.

Refuta antecipadamente eventual entendimento de que a ordem judicial em tela seria inaplicável ao caso. Expõe que ignorar a norma mandamental consubstancial ato atentatório à dignidade da Justiça, pois as razões de decidir da decisão judicial se estendem a casos supervenientes, dado que a ação mandamental contemplou pedido de caráter preventivo.

Ao final, requer o acolhimento das razões acima para decretar a insubsistência do Auto de Infração, e que todos os atos processuais sejam objeto de notificação e/ou intimação no estabelecimento da Impugnante.

O autuante presta Informação fiscal, à fl. 208/210, dizendo que a alegada isenção em nenhum momento foi comprovada pelo autuado.

Aduz que se encontra claro no Convênio 96/2018, que um dos requisitos para a fruição do benefício da isenção é que o contribuinte demonstre a dedução do tributo expressamente no documento fiscal. Acrescenta que isto não foi feito, ou seja, a exigência prevista no seu parágrafo 3º da Cláusula primeira.

Registra que em nenhum momento foi feito o desconto no valor da mercadoria pelo contribuinte (vide Autorização de Fornecimento de Material AFM pág. 111 e Diário Oficial pág. 112).

Acrescenta que a única isenção prevista no convênio é para o medicamento Spinraza 12mg/5ml, entendendo que o constante nos Danfes, por ser 2,4mg/5ml, não é contemplado na norma em questão.

Ao final, dizendo que todos requisitos exigidos foram cumpridos pelo autuante, pede a procedência do Auto de Infração.

O autuado apresentou previamente à sessão de julgamento um memorial onde ratifica todos os termos de sua defesa inicial.

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, não se vislumbrando qualquer ofensa à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal administrativo.

O Auto de Infração objeto deste PAF foi lavrado objetivando a cobrança de imposto em vista da acusação de que o Impugnante, localizado em outra unidade da federação, não efetuou o recolhimento do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na EC nº 87/15, nas saídas de mercadorias, bens e serviços destinados a consumidor final – contribuinte ou não – localizado neste Estado

O relatório mais acima apresentado demonstra que o fulcro do lançamento em pauta é na verdade uma breve interpretação sobre aquilo que a doutrina e a jurisprudência tributária denominam de “isenção condicionada”. A exegese da norma que contém esta “condição” nos leva a considerar inicialmente qual o significado deste termo. O Prof. José Souto Maior Borges – Teoria Geral da Isenção tributária –3ª. Edição Ed. Malheiros, p. 192 – citando Carnelutti, entende que “*a condição pode ser definida como um fato ignorado do qual depende a eficácia do ato jurídico*”. E especificamente em relação às isenções o Código Tributário Nacional, arts. 176 e 178 indicam a possibilidade da concessão dessas exonerações serem concedidas através “*de lei que especifique as condições*” ou ainda “*em função de determinadas condições*”. Independente do aprofundamento crítico que possa ser feito em relação ao tema, acredito que neste processo administrativo fiscal o que deve ser comprovado ou não, é o cumprimento por parte do contribuinte das condições exigidas para que usufrua de tal exoneração.

Nesta lide verificamos que o autuante demonstrou que o contribuinte não observou as regras atinentes a matéria pois, para ter direito à isenção e logicamente não ser obrigado a recolher o imposto referente ao diferencial de alíquota, quando da saída da mercadoria destinada a consumidor final neste Estado, deveria ter demonstrado expressamente nos documentos fiscais a dedução do valor correspondente à isenção do ICMS no preço do respectivo produto, conforme determina o §3º, da Cláusula Primeira do Convênio 96/18.

Portanto, esta ação deveria ter sido indicada ou demonstrada, claramente no documento fiscal, descabendo a alegação defensiva de que o referido desconto já tinha sido considerado quando aposto no DANFE o valor do medicamento em questão.

O próprio autuado reconheceu em sua impugnação que não fez a demonstração expressamente no documento fiscal, mas entende que a obrigação acessória é insuficiente, por si só, para afastar a norma isentiva.

Visando amparar seu entendimento transcreveu orientação do Tribunal de Impostos e Taxas da SEFAZ-SP, dizendo se tratar de caso análogo, todavia decisões de outros tribunais não vinculam o entendimento deste órgão julgador.

Ademais, o sujeito passivo também não trouxe aos autos elementos, que ao meu ver, pudessem comprovar que ocorreu o efetivo abatimento.

A argumentação defensiva de que é o próprio Estado da Bahia o adquirente do medicamento “spinraza®”, e que se o valor fosse excessivo em relação ao preço de referência, iria haver rejeição da compra, também não é justificativa que possa elidir a infração.

Deve ser ressaltado que há a possibilidade do Estado estar pagando valor maior do que o que deveria, pois ao não ser aplicado o desconto do ICMS sobre o valor dos produtos constantes dos documentos fiscais, consoante determina a legislação, não há como se comprovar que tal exigência foi cumprida. Essa regra, tem a finalidade de evitar que o preço possa ser elevado artificialmente, ao tempo da emissão das notas fiscais, para neutralizar o desconto.

Concluo no sentido de que o contribuinte não tendo cumprido as condições previstas na norma isentiva por não ter efetuado corretamente o cálculo da parcela relativa a exoneração bem como a demonstração do mesmo no documento fiscal não poderia valer-se da isenção do ICMS. Em decorrência tais mercadorias deveriam ter sido submetidas ao pagamento do diferencial de alíquota, previsto na EC nº 87/15.

Vale ainda ressaltar, que na assentada do julgamento foi concedido vistos para os demais membros dessa Junta de Julgamento, visando oportunizar ao autuado que apresentasse notas fiscais relativas a outras vendas do mesmo produto no período em questão, visando demonstrar o preço praticado. Todavia, o patrono do autuado informou que não conseguiu os referidos documentos.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 210377.0090/19-4 lavrado contra **ONCO PROD DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS HOSPITALARES E ONCOLOGIC LTDA** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$95.145,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de agosto de 2020.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÉA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR