

PROCESSO - A. I. N° 281071.0015/17-7
RECORRENTE - DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS SANTA CRUZ LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5^a JJF n° 0142-05/18
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09/06/2021

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0117-11/21-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS FARMACÊUTICOS DE USO HUMANO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. NÃO ADOÇÃO DOS PREÇOS. 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. Verificadas incongruências dos valores do PMC adotado pelo autuante com os fornecidos pela ABCFARMA. Revisão realizada pelo autuante. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra Decisão proferida pela 5^a JJF, em 08/08/2018, que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado com o objetivo de exigir crédito tributário no valor histórico de R\$167.946,67, em decorrência do cometimento de uma infração:

Infração 01. – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior. (RV).

Data da Ocorrência: Entre 29/02/2016 e 31/05/2017. **Valor:** R\$ 167.946,67.

Após a conclusão da instrução processual, os autos foram remetidos para apreciação pela 5ª JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, determinando que o Autuado fosse intimado 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, o que fez nos seguintes termos:

“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 defendant 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 imponível 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 suspostamente 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 I 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 transcrita, 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 ANVISA – 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 linfocítica aguda; linfoma de Burkitt; linfoma não Hodgkin; linfossacroma; 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.

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 parcele 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.”

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 427/453), com juntada de documentos em mídia digital, com base nas seguintes alegações:

Afirma que o Auto de Infração é nulo pela precariedade da sua motivação. Destacou que; i) a Autuante não justificou por que o montante do imposto por ela apurado seria superior àquele apurado e pago pela Autuada, não havendo menção ao critério PMC ou à composição da base de cálculo tida como correta; ii) que a Autuante limitou-se a afirmar que o “demonstrativo fiscal” acostado ao Auto de Infração seria suficiente à “evidenciação da infração”, sem apontar concretamente qual a metodologia adotada em sua apuração.

Pontou que os artigos invocados no campo “infringência” do relato infracional não conferem à motivação os elementos suficientes para se determinar com segurança a natureza da infração.

Observou que a ausência de motivação revela-se juntamente do fato de que a Autuada veio a ter conhecimento sobre uma das supostas causa da apuração divergente, relativamente ao PMC adotado, pós a apresentação de Informação Fiscal por parte do Autuante.

Neste contexto, mencionou o art. 39 e incisos do Decreto nº 7.629/99, no sentido de apontar para a flagrante nulidade do Auto de Infração. No mesmo sentido mencionou a Súmula nº 1 do CONSEF.

Afirmou que as referências de PMC indevidamente utilizadas pela Fiscalização referiram-se àquelas veiculadas pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (“CMED”) da ANVISA, quando o correto seriam aquelas divulgadas pelos próprios fabricantes por meio da Revista da Associação Brasileira de Comércio de Produtos Farmacêuticos “ABCFARMA”.

Observou que a apuração baseada no PMC divulgado pela Revista ABCFARMA está em conformidade com o preceito do art. 289, §10, inciso III do RICMS, não podendo prevalecer a acusação fiscal.

Pontuou que a lista de preços de medicamentos CMED-ANVISA (utilizada pela Autuante) tem natureza meramente regulatória, não sendo referência de preços sugeridos e/ou praticados no país. Neste sentido mencionou a Orientação Interpretativa nº 2, de 21 de junho de 2017, externada pela Secretaria Executiva a CMED.

Destacou que, ao contrário do quanto disposto no Acórdão recorrido, não fora utilizado pelo Autuado o “preço de fábrica” ao invés do PMC, na composição do ICMS-ST.

Afirmou que a Autuante apurou o ICMS-ST utilizando dados do PMC como se as operações estivessem submetidas à alíquota de 20%, quando o correto é 18%. Para demonstrar sua alegação mencionou as Notas Fiscais nºs 11.229, 11.930, 5.372, 5.481, 6.175 e 10.996.

Observou que em outros casos a Autuante apurou o ICMS-ST utilizando dados do PMC do mês subsequente ao da efetiva operação, acarretando eleição de PMC superior. Neste sentido mencionou as Notas Fiscais nºs 635.439 e 635.485.

Pontuou que em outras situações a Autuante apurou o ICMS-ST utilizando dados a título de PMC de fonte não identificável, pois, além de majoradas, não se reportam à Revista ABCFARMA nem à CMED-ANVISA, a título de exemplo, mencionou a Nota Fiscal nºs 1.160.044 e 843.792.

Destacou ainda que, em alguns casos, a Autuada apurou o imposto utilizando PMC maior do que a

própria Autuante, conforme Notas Fiscais nºs 457.451, 376.016 e 376.329.

Afirmou ainda que a Autuante apurou equivocadamente a base de cálculo por ter desconsiderado os descontos e o “repasse” obrigatório da diferença de alíquotas de ICMS entre o estado de origem e o de destino.

Observou que não há em nenhum trecho da Impugnação qualquer referência à suposta utilização, pela Autuada, da redução da base de cálculo prevista na Cláusula Segunda, § 5º, do Convênio ICMS 76/94. Contudo, o Acórdão recorrido supõe equivocadamente que a Autuada teria cumulado tanto o benefício fiscal do Regime Especial que reduz a base de cálculo do ICMS-ST em 28,53% (art. 1º, § 1º, do Decreto nº 11.872/09) quanto o benefício fiscal que reduz a base de cálculo do ICMS-ST em 10% (Cláusula Segunda, § 5º, do Convênio ICMS 76/94) –, mantendo a autuação fiscal sob o falso pressuposto fático que não consta sequer do relato infracional.

A este respeito, destacou que a Autuada observou estritamente os preceitos do Decreto nº 11.872/09 e que não é possível imprimir interpretação extensiva ou analógica em relação ao conteúdo semântico da expressão “redução de base de cálculo”, uma vez que tal espécie de benefício fiscal é inconfundível com as hipóteses de dedutibilidade de elementos para apuração da base de cálculo do ICMS.

Destacou ainda a insubsistência da autuação fiscal sobre operações albergadas pela isenção prevista no Convênio ICMS 162/94 e art. 264, CIII, do RICMS, na medida em que se trataram de medicamentos destinados a tratamento ao câncer.

Pontuou que com base nas Notas Fiscais nºs 132.556, 130.880, 136.829, 134.152 e 135.668, a Autuada comprovou que o medicamento “tecnomet” contém o princípio ativo “metotrexate”, descrito no Anexo Único do Convênio ICMS 162/94. Afirmou que Acórdão recorrido afastou a norma isentiva sob o pretexto de que o medicamento, por si só, não teria a aplicação terapêutica referenciada pelo diploma isentivo.

Neste contexto, esclareceu que o entendimento defendido pelo acórdão recorrido viola claramente o Convênio ICMS 162/94, pois exige condição inexistente no diploma normativo a pretexto de subtrair a incidência do preceito isentivo para exigir o imposto indevido.

Afirmou que ainda que um mesmo princípio ativo, tal qual o “metotrexate”, possa ter eficácia para o tratamento de diversas doenças, essa qualidade polivalente não o desfigura da hipótese legal do Convênio ICMS 162/94, pois se trata de um critério objetivo. Acresceu ainda que confirma a improcedência da Autuação o fato de o próprio fabricante “Zodiac” ter dado tratamento de isenção ao medicamento por ele fabricado, nesse sentido mencionou a Nota Fiscal nº 130.880 (chave de acesso 3516 0655 9806 8400 0127 5500 1000 1308 8018 1413 9620).

Destacou que ao contrário do que enunciou a Colenda 5ª Junta de Julgamento Fiscal, o argumento de defesa deduzido não pretende a declaração de constitucionalidade dos dispositivos que prescrevem multas, mas apenas e tão somente a interpretação da aludida legislação de regência em conformidade com a jurisprudência da Corte Suprema. Neste sentido mencionou o AI 727872 AgR, RE 523471 AgR., destacando o caráter confiscatório das multas aplicadas.

Finalmente pugnou pela reforma integral do Acórdão recorrido juntamente com a declaração de improcedência do Auto de Infração em epígrafe. Requeru juntamente o reconhecimento da insubsistência e improcedência da acusação fiscal e, subsidiariamente, a redução da penalidade aplicada.

Em sessão de julgamento realizada em 24/01/2020, levando em consideração as inconsistências dos dados apontados pela recorrente, esta 1ª CJF decidiu converter o feito em diligência ao autuante para que analisasse as divergências apresentadas pela recorrente.

Em resposta, o autuante reconhece as razões da recorrente, procedendo com as retificações dos itens apontados, revisando os valores dos autos para R\$140.839,85.

Em manifestação, o contribuinte observa que a fiscalização ignorou diversos produtos com valores de PMC's divergentes da Tabela ABCFARMA, requerendo a improcedência total do Auto

de Infração.

Em resposta, o autuante informa que revisou os 6.211 itens de produto cujos preços foram questionados pela recorrente, sendo que para 5.896 produtos, representando 95% do total de registros questionados, alegando que não foram encontradas diferenças em relação ao PMC empregados pela fiscalização, os quais por sua vez correspondem aos PMC's da Tabela ABCFARMA, mantendo o valor da primeira revisão.

VOTO

O presente Auto de Infração, imputa ao sujeito passivo o cometimento da seguinte infração:

Infração 01. – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior.

Em fase recursal, a recorrente basicamente repisou as razões de defesa, incluindo a alegação de nulidade do Auto de Infração, por ausência de motivação e falta de informação no momento da ação fiscal.

Denota-se que a motivação do Auto de Infração encontra-se devidamente fundamentada, tanto na descrição da infração, quanto nos dispositivos infringidos e a multa aplicada apresentados no enquadramento legal, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Ademais, 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, todos devidamente entregues ao contribuinte.

Saliento, que inexiste a obrigatoriedade de intimação do contribuinte no momento da ação fiscal, sendo descabida a alegação de nulidade posta.

Nulidades rejeitadas.

No mérito, várias questões trazidas, já foram inclusive esclarecidas pelo auditor fiscal, na informação prestada às fls. 372/375, como é o caso da utilização da Tabela ABCFARMA e não a Tabela da CMED, descabendo a alegação de que a fiscalização utilizou-se de outros preços.

Quanto à afirmação de que foram desconsideradas as bases de cálculo do ICMS sobre o preço do produto discriminado na nota fiscal, observa-se que foram consideradas as devidas reduções, em acordo com a norma para cada caso. É o que se depreende da análise dos Anexos I e II.

No pertinente aos pontos trazidos quanto à cobrança das mercadorias isentas, quanto aos medicamentos TECNOMET 2,5 Mg, CPR/20, cujo princípio ativo é o METOTREXATE, tendo como fabricante o laboratório Zodiac Produtos Farmacêuticos S/A, reproduzo trecho da decisão de piso sobre o porquê da não aplicação da isenção em questão, a qual coaduno meu posicionamento:

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.

Todavia, em sessão de julgamento realizada em 24/01/2020, da análise dos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, verificou-se, de fato, a existência de discrepâncias entre o PMC indicado pelo autuante e os valores praticados no mercado, a exemplo do medicamento SARIDON 20 Comp. (Bayer) – NF 670122, cujo PMC utilizado pela fiscalização é de R\$323,69, valor muito superior ao praticado pelo mercado, que gira em torno de R\$20,00.

O autuante, considerando a questão posta, realizou a revisão de todos os PMC's indicados nos demonstrativos de débito originalmente integrantes do Auto de Infração, confrontando-os com aqueles apresentados pela recorrente. À fl. 502, lista os itens onde foram encontradas inconsistências do PMC, resultando na revisão dos valores autuados de R\$167.947,13, para R\$140.839,85.

A recorrente, em manifestação prestada, alegou que ainda remanesçiam itens sem a devida correção, o que foi rechaçado pelo autuante, ao afirmar que considerou todos os PMC's apresentados pela recorrente.

Verificando os trabalhos revisionais, no CD de fl. 496, com a tabela da recorrente (fl. 514), observam-se o equívoco na análise da recorrente. A título de exemplo, o produto citado ALIVIUM GTS20ML 100MGML, referente à NF nº 301340, já se encontra com o PMC 29,59, tendo a recorrente se confundido com o PMC adotado na NF312892, relativo a outro período.

O mesmo ocorre com o item ALIVIUM GTS 50MG/ML OR30M, NF 301340, onde o PMC consta como 26,17. Já na NF312892, o PCM é o de 26,51, por se tratar de outro período.

Assim, restou demonstrado, de fato, que houve a devida revisão pelo autuante, inexistindo as discrepâncias pontuadas pela recorrente.

Importante informar que o valor apresentado ao final da planilha encontra-se equivocado, já que o autuante acabou somando erroneamente os valores retificados. Assim, ao invés do valor de R\$140.839,85 entenda-se como correto o valor de R\$140.539,85.

Ressalte-se que tal equívoco trata-se de um mero erro material, não comprometendo, no mérito, os trabalhos revisionais ora realizados.

Quanto ao pedido de redução da penalidade aplicada, informo que falece a este órgão administrativo a redução/cancelamento das multas principais, razão pela qual, descabe o pedido formulado pela recorrente. Quanto à alegação de confiscatoriedade da multa aplicada, este Conselho Fiscal não tem competência para analisar matérias de constitucionalidade, conforme determina o art. 167, I e III do RPAF/99.

Assim, por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, acatando o resultado da diligência à fl. 506, no valor de R\$140.539,85.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281071.0015/17-7, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS SANTA CRUZ LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$140.539,85**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de abril de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

