

A. I. Nº. - 148593.0001/11-7
AUTUADO - DSL DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS E PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.
AUTUANTES - JOAQUIM TEIXEIRA LIMA NETO e WALTER LÚCIO CARDOSO DE FREITAS
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 11. 07. 2011

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0197-01/11

EMENTA: ICMS. SAÍDAS DE MERCADORIAS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE LANÇAMENTO E PAGAMENTO DO IMPOSTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovada a irregularidade do procedimento adotado pelo sujeito passivo, no que se refere às operações de saídas interestaduais de medicamentos quimioterápicos, normalmente tributáveis. A exclusão dos valores relativos a devoluções reduz o montante do débito. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 23/03/2011, foi atribuída ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de maio a dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009 e janeiro a dezembro de 2010, exigindo o imposto no valor de R\$643.521,16, acrescido da multa de 60%.

No campo “Descrição dos Fatos” consta que o contribuinte deixou de recolher o ICMS incidente sobre as vendas de mercadorias tributadas, por tê-las tratado como isentas do imposto, conforme Anexo XV, notas fiscais de compra e de venda, apresentadas pelo contribuinte (Anexos XVIII e XIX) e livros fiscais (Anexo XX).

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou impugnação às fls. 1.175 a 1.185 (Vol. V), destacando que se trata de um atacadista, que vende exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos, como se pode perceber pela consulta ao Cadastro junto à SEFAZ, não comercializando para consumidor final.

Realça que o ponto controverso que ensejou a autuação, contra a qual se insurge, está na incidência ou não do ICMS sobre as operações interestaduais com medicamentos utilizados no combate ao câncer, tendo em vista o disposto no transcrito art. 17, inciso IV do RICMS/BA. Aduz que à primeira vista, há a impressão de que realmente seria devido o imposto, pois se trata de operações interestaduais e esse dispositivo se refere apenas a operações internas.

Frisa que, no entanto, não apenas a Bahia, mas também os Estados destinatários das mercadorias (Sergipe, Rio Grande do Norte, Maranhão, Pernambuco, Ceará, Alagoas, Distrito Federal, Goiás, Tocantins, Mato Grosso, Minas Gerais, São Paulo, Espírito Santo, Rio de Janeiro, Pará e Paraná), são todos signatários do Convênio 34/96. Assim, as operações internas com estas mercadorias são isentas tanto aqui, Estado de origem, quanto nos Estados de destino.

Utiliza-se do art. 196 da Constituição Federal, que estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, que deve garantir a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso de todos às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Diz que, neste sentido, a mencionada isenção objetiva reduzir o custo do tratamento do câncer, tornando-o acessível a todos, assegurando direitos fundamentais como a vida, a saúde e a dignidade da pessoa humana, e que negativa a este benefício implicaria no repasse deste custo ao consumidor final, tornando-o mais distante dos menos favorecidos.

Ressalta que a manutenção do Auto de Infração implicaria em um grande impasse, qual seja, como cobrar algo que é objeto de renúncia de ambos os Estados e a quem deveria ser pago o tributo. Destaca o Parecer nº 00465/2010, de 11/01/2010, da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, que, respondendo a questionamento de um consulente em idêntica situação, posicionou-se pela isenção também nas operações interestaduais.

Salienta que esse entendimento é acompanhado pelos seus fornecedores, que, pertencendo a Estados igualmente signatários do Convênio 76/94, aplicam a isenção, não destacando o ICMS em suas operações, como se pode observar por algumas das notas fiscais de entrada em anexo (fls. 1.199 a 1.208).

Frisa que a despeito de o art. 111 do CTN [Código Tributário Nacional] determinar a interpretação literal da legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção, o STF (Supremo Tribunal Federal) já relativizou esta regra, para atingir a função social que se busca com a hipótese de isenção, como se observa na Súmula 657, que transcreve.

Utiliza-se da ementa relativa ao processo REsp 192.494/PR, oriundo do STJ (Superior Tribunal de Justiça), salientando que foi atribuída interpretação extensiva à regra da imunidade tributária para alcançar novas mercadorias ligadas à atividade que se pretendia prestigiar, a jornalística. Indaga: “*O que há de dizer então no caso em tela?*”.

Alega que, no mesmo sentido, o julgado atinente ao processo REsp 193.770/SP, também do STF, interpreta a regra de isenção de ICMS do bacalhau, tentando aplicá-lo ao salmão, por analogia, o que só não foi possível pela existência de produto similar nacional que é tributado, o que oneraria excessivamente o produto pátrio. Diz que apesar da negativa da isenção tributária neste caso, mesmo assim sobressai a possibilidade jurídica de, em determinadas situações, se ampliar o alcance das normas de isenção tributária. Pergunta: “*Se isso se deu para fomentar o comércio, por que não aplicá-lo também para tornar o combate ao câncer uma realidade em termos econômicos?*”

Entende restar evidenciado que, ao não recolher o ICMS nas operações em questão, agiu não apenas com boa-fé, mas, sobretudo, nos limites estabelecidos no entendimento dos tribunais superiores, como destacado em Súmula do STF, em diversos julgados do STJ, e também em pareceres da própria SEFAZ/BA, razão pela qual a manutenção da autuação representaria uma afronta ao Direito, à razoabilidade e aos interesses sociais pátrios, mesmo porque a prática do contribuinte se legitima na finalidade social da isenção, que é minimizar os custos para o combate ao câncer.

A título de argumentação, na remota hipótese de a autuação ser mantida, alega que devem ser excluídas as notas fiscais que relaciona em seguida, que representam o imposto no valor de R\$34.839,32, uma vez que se referem à venda de medicamentos para hospital público, operações isentas de ICMS, por conta da Portaria 2.577/2006, juntamente com o Convênio ICMS 87/02, alterado pelo Convênio 118/02, que concede isenção do ICMS nas operações com fármacos e medicamentos destinados a órgãos da Administração Pública Direta Federal, Estadual e Municipal.

Afirma que, de igual forma, devem ser excluídas as operações registradas nas notas fiscais referentes à remessa em consignação, as quais relaciona, e cujas operações efetivas foram registradas em outras notas fiscais, pois a sua manutenção resultará na exigência do imposto duas vezes sobre o mesmo fato gerador. Neste caso o ICMS a ser excluído totaliza R\$63.227,30.

Argumenta que devem ser retiradas as notas fiscais relativas a bonificação, que representam o imposto na importância de R\$827,61.

Observa que deverão ser excluídas, também, as operações registradas nas notas fiscais que especificou, que se referem à devolução de produtos, que perfazem o ICMS no valor de R\$5.062,49.

Por fim, salienta que ainda devem ser excluídas as notas fiscais relacionadas, atinentes a simples remessa, que representam o ICMS no montante de R\$14.708,62.

Apresenta, em seguida, um quadro contendo o resumo dos valores que entende devam ser deduzidos do Auto de Infração:

| ITEM | HISTÓRICO | VALOR NOMINAL | ICMS (17%) |
|---------------------------|----------------------------------|-------------------|-------------------|
| 1 | OPERAÇÕES COM HOSPITAIS PÚBLICOS | 204.937,18 | 34.839,32 |
| 2 | REMESSAS EM CONSIGNAÇÃO | 371.925,32 | 63.227,30 |
| 3 | BONIFICAÇÃO | 4.868,27 | 827,61 |
| 4 | DEVOLUÇÕES | 29.779,36 | 5.062,49 |
| 5 | SIMPLES REMESSA | 86.521,28 | 14.708,62 |
| TOTAL DAS DEDUÇÕES | | 693.163,14 | 118.665,34 |

Conclui, afirmando que caso o Auto de Infração prevaleça, após com as reduções indicadas, seu valor seria de R\$524.855,82. Frisa que, no entanto, quando do cálculo do ICMS devido, os autuantes se equivocaram ao aplicar a alíquota de 17%, tendo em vista que, embora no Estado da Bahia a tributação seja nesse percentual, a alíquota a ser aplicada nas operações do autuado deve ser de 12%, como previsto na Resolução 22/89 do Senado Federal, que transcreve.

Assim, se o Auto de Infração for mantido, o que não espera, seu valor real deve ser de R\$370.486,46, que corresponde a 12% do valor nominal do total restante das operações, que, após os ajustes ficou em R\$3.087.387,18.

Assevera restar demonstrado que para os itens impugnados em nenhum momento houve sonegação de imposto, mas o não recolhimento, em conformidade com as normas tributárias vigentes, o que torna o Auto de Infração indevido. Requer e espera que a defesa seja conhecida e julgada procedente, para se declarar improcedente o Auto de Infração, por se referir a operações interestaduais com medicamentos usados no combate ao câncer, operações sem imposto a recolher. Porém, se acaso houver entendimento diverso, que se aplique as reduções e a alíquota devida de 12%, de acordo com os cálculos indicados.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 1.353 a 1.357, salientando que a fiscalização ocorreu de forma regular, baseada nos princípios legais, tendo decorrido do cumprimento da Ordem de Serviço nº 502466/11. Frisam que foram feitas diversas intimações ao contribuinte para apresentação de documentos e dos respectivos comprovantes de arrecadação (fls. 06 a 13), com a documentação sendo devolvida de forma regular. Observam que o Auto de Infração, o Termo de Encerramento, o Demonstrativo de Débito e as planilhas foram entregues ao autuado, enquanto que o cálculo do imposto está demonstrado com precisão e clareza, sem suscitar dúvidas e livre de incorreções. Complementam que foi seguido todo o rito processual, sem haver excesso ou desproporções.

Realçam que o autuado se equivocou ao dizer que a acusação se referiu “à falta de recolhimento do ICMS por antecipação nas operações interestaduais com medicamentos destinados ao combate ao câncer”, pois a descrição da infração está clara, referindo-se à falta do recolhimento do ICMS, por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, nada tendo a ver com antecipação ou substituição tributária. Aduzem que nas notas fiscais em questão não consta o destaque do ICMS normal, ou quando consta não é considerado na escrituração correspondente no livro Registro de Saídas, e geralmente tem a observação que os produtos são isentos por conta do Convênio ICMS 34/96. Como nas operações interestaduais não se aplica a isenção prevista nesse acordo, foi este o motivo da autuação. Ademais, como Auditores Fiscais do Estado da Bahia, não poderiam exigir o recolhimento do ICMS por substituição tributária devido ao estado de destino dos produtos.

Contestam a citação pelo autuado ao Parecer nº. 00465/2010, afirmando que é dito de forma clara que apenas as operações internas com aqueles medicamentos são isentas, mantendo a tributação para as operações interestaduais, fato que ensejou a autuação. Asseveram que o Parecer afirma que não haverá a cobrança apenas da substituição tributária, que não é o presente caso, quando os medicamentos se destinarem a Estado signatário do Convênio 34/96. Assim, permanece a tributação do ICMS normal.

Destacam que um Parecer da DITRI que aborda precisamente a situação em tela é o de nº 09961/2010, que transcrevem e no qual é ressaltado que “*o benefício da isenção do ICMS aplica-se unicamente às operações internas com medicamentos quimioterápicos usados no tratamento do câncer, ou seja, o Conv. ICMS 34/96 não se refere às operações interestaduais com os citados produtos, mas apenas autoriza os diversos estados da Federação a conceder, em suas respectivas legislações, a isenção do ICMS nas operações efetuadas dentro do seu território. Diante do exposto, temos que as operações interestaduais com os medicamentos supracitados serão tributadas normalmente, aplicando-se a isenção do imposto apenas para as operações internas.*”.

Discordam da afirmação do autuado, de que também os seus fornecedores dos mesmos medicamentos aplicaram a isenção, afiançando que todas as notas fiscais apresentadas na defesa (fls. 1.199 a 1.208) contêm o destaque do ICMS normal, apenas não tendo o ICMS relativo à substituição tributária, devido ao fato dos dois Estados, do remetente e do destinatário, serem signatários do Convênio ICMS 34/96.

Observam que a defesa citou julgamentos relativos a situações diversas daquela que motivou a autuação, tentando estabelecer que haveria analogia entre os casos, o que não pode ser aceito, pois são referentes a processos completamente diferentes do fato verificado no presente lançamento.

Contestam os pedidos de exclusão de algumas notas fiscais, conforme detalham em seguida:

1) vendas para órgãos da administração pública direta federal, estadual ou municipal – salientam que somente seriam isentas se o autuado abatesse do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, o que deveria ser indicado expressamente na nota fiscal, condição estabelecida no inciso III do § 2º do art. 17 do RICMS/BA, para fruição do benefício previsto no Convênio 87/02. Ressaltam que em nenhuma das notas fiscais citadas pelo autuado ocorre tal condição, não fazendo jus à isenção. Dizem que as Notas Fiscais de nºs 3.611 e 5.340 não foram objeto da autuação. Frisam que os fármacos “paclitaxel”, “topotecano”, “ácido zoledrônico”, “imunoglobulina antiRHD” e “clopidogrel”, que constam na maioria das notas fiscais citadas pelo autuado, não estão relacionados no Anexo Único do Convênio 87/02, não sendo isentos. Concluem que não cabe o expurgo do valor requerido no item 1 da última tabela da defesa.

2) remessas em consignação – alegam que devem ser tributadas normalmente pelo ICMS, pois não há qualquer previsão na legislação tributária da Bahia, em especial no art. 409 do RICMS-BA, concedendo isenção ou suspensão da tributação para tais operações. Observam que nesse artigo, inclusive, o consignatário terá direito a creditar-se do ICMS destacado na nota fiscal. Assim, não há razão para a exclusão dos valores relacionados no item 2 da tabela consolidada da defesa.

3) bonificação – lembram que o art. 54, inciso I, alínea “a” do RICMS/BA prevê a inclusão dos valores das mercadorias fornecidas a título de bonificação, inclusive nas operações interestaduais, na base de cálculo do ICMS, tratando-se, desse modo, de operação de saída de mercadorias tributadas normalmente. Com isso, o item 3 da tabela da defesa também não tem sustentação.

4) devoluções de compras e empréstimos (CFOPs 6202 e 6949) – frisam que se referem a operações de saídas interestaduais tributadas normalmente, com aplicação da mesma alíquota concernente à compra dos produtos devolvidos. Como haviam aplicado a alíquota de 17%, por considerarem erroneamente que se referiam a operações de vendas interestaduais a consumidores finais, recalcularam os valores devidos. Salientam que as operações de devolução de vendas para outros estados, CFOP 2202, correspondentes às Notas Fiscais de nºs 238, 3.004, 3.005 e 4.366, apesar de nas três últimas constar erradamente o CFOP 1202, e as devoluções de mercadorias remetidas em consignação, CFOP 2919, não serem operações de saídas, devem ser excluídas. A Nota Fiscal nº 2.385 não se trata de devolução e sim de venda, CFOP 6102.

| Nota Fiscal | CFOP | Folha no PAF | Valor do ICMS no PAF (R\$) | Estado Destino | Alíquota correta (%) | Valor do ICMS corrigido (R\$) | Diferença a expurgar (R\$) |
|-------------|------|--------------|----------------------------|----------------|----------------------|-------------------------------|----------------------------|
|-------------|------|--------------|----------------------------|----------------|----------------------|-------------------------------|----------------------------|

| | | | | | | | |
|------|------|------|---------|----|---------|----------|----------|
| 238 | 2202 | 249 | 113,90 | SE | Entrada | 0,00 | 113,90 |
| 1619 | 6202 | 405 | 3445,49 | SP | 7 | 1.418,73 | 2.026,76 |
| 1620 | 6202 | 406 | 480,42 | GO | 12 | 339,12 | 141,30 |
| 1652 | 6202 | 408 | 1305,60 | SP | 7 | 537,60 | 768,00 |
| 1663 | 6202 | 411 | 16,15 | PR | 7 | 6,65 | 9,50 |
| 2385 | 6102 | 514 | 578,00 | MG | - | 578,00 | 0,00 |
| 2390 | 6202 | 515 | 39,96 | SP | 7 | 16,45 | 23,51 |
| 2391 | 6202 | 516 | 1075,74 | SP | 7 | 442,95 | 632,79 |
| 2392 | 6202 | 517 | 18,86 | SP | 7 | 7,76 | 11,10 |
| 2642 | 6202 | 549 | 339,66 | GO | 12 | 239,76 | 99,90 |
| 2970 | 6202 | 584 | 53,42 | SP | 7 | 22,00 | 31,42 |
| 2971 | 6202 | 585 | 487,34 | SP | 7 | 200,67 | 286,67 |
| 3004 | 2202 | 590 | 138,19 | SE | Entrada | 0,00 | 138,19 |
| 3005 | 2202 | 591 | 66,30 | SE | Entrada | 0,00 | 66,30 |
| 3161 | 6949 | 610 | 1200,00 | SP | 7 | 700,00 | 500,00 |
| 4366 | 2202 | 742 | 1853,68 | MG | Entrada | 0,00 | 1.853,68 |
| 4820 | 2919 | 819 | 1038,28 | SE | Entrada | 0,00 | 1.038,28 |
| 6193 | 2919 | 1058 | 206,55 | SE | Entrada | 0,00 | 206,55 |
| 6800 | 6202 | 1153 | 59,50 | SP | 7 | 24,50 | 35,00 |

Assim, o item 4 da tabela da defesa totaliza R\$7.982,85 e não R\$5.062,49 proposto pelo contribuinte e que não corresponde à soma dos valores da tabela referente ao item 4 da tabela consolidada.

5) operações de simples remessa com CFOP 6910 – dizem que não são passíveis de qualquer isenção ou suspensão do ICMS em operações interestaduais e devem ser tributadas como qualquer outra operação de saída de mercadorias tributáveis, não cabendo a exclusão dos valores sugeridos pelo autuado nesse item.

Por fim, afirmam que os únicos valores que devem ser excluídos dos débitos constantes do Auto de Infração são aqueles que apontam em seguida, nos respectivos períodos de ocorrência.

| OCORRÊNCIA | ICMS INDICADO NA AUTUAÇÃO (R\$) | ICMS A EXCLUIR DA AUTUAÇÃO (R\$) | NOVOS VALORES A SEREM EXIGIDOS (R\$) |
|------------|---------------------------------|----------------------------------|--------------------------------------|
| 07/2008 | 14.827,18 | 113,90 | 14.713,28 |
| 03/2009 | 31.673,03 | 2.945,56 | 28.727,47 |
| 07/2009 | 17.763,13 | 667,40 | 17.095,73 |
| 08/2009 | 20.269,03 | 99,90 | 20.169,13 |
| 09/2009 | 11.429,19 | 522,58 | 10.906,61 |
| 10/2009 | 15.406,07 | 500,00 | 14.906,07 |
| 03/2010 | 30.201,87 | 1.853,68 | 28.348,19 |
| 04/2010 | 22.654,80 | 1.038,28 | 21.616,52 |
| 10/2010 | 31.204,12 | 206,55 | 30.997,57 |
| 12/2010 | 25.678,36 | 35,00 | 25.643,36 |

Ressaltam que nas planilhas fiscais que relacionam as notas fiscais objeto do lançamento foi utilizada a alíquota de 17%, quando tratavam-se de operações de saídas interestaduais para empresas não-contribuintes do ICMS, equiparando-se a consumidores finais conforme prevê o art. 50, inciso I, alínea “b” do RICMS/BA, e de 12% quando a operação destinava-se a contribuintes do imposto, situação prevista no art. 50, inciso II do RICMS/BA.

Frisam que nada mais trouxe o autuado que pudesse embasar seu pleito, uma vez que o procedimento fiscal encontra-se explicitado no Auto de Infração, com planilhas e demais documentos anexos. Mantêm a ação fiscal e sugerem que o Auto de Infração seja julgado procedente, fazendo-se a correção dos valores proposta na forma acima.

VOTO

O presente lançamento decorreu do fato de o contribuinte ter praticado operações tributáveis pelo ICMS, regularmente escrituradas, considerando-as como isentas do imposto, referindo-se à comercialização interestadual de produtos quimioterápicos utilizados no tratamento de câncer.

O contribuinte amparou a sua impugnação, apresentando as seguintes alegações: que comercializava apenas para hospitais, clínicas e órgãos públicos, não destinando as mercadorias a consumidor final; que de acordo com o Convênio ICMS 34/96, as operações internas, tanto efetuadas na Bahia, como nos Estados destinatários, gozavam de isenção; que através do Parecer nº 00465/2010, a Secretaria Estadual da Fazenda, em idêntica situação, se posicionou pela isenção também nas operações interestaduais; que os seus fornecedores praticavam a isenção nas operações a ele destinadas; e que a Súmula 657 do STF e decisões dos tribunais superiores indicam a possibilidade jurídica de se ampliar o alcance das normas de isenção tributária.

Ressalto que de acordo com a bem fundamentada informação fiscal prestada pelos autuantes, esses argumentos não têm o condão de afastar a imputação. Assim é que, a documentação acostada aos autos mostra que o impugnante tanto comercializa mercadorias para não contribuintes do ICMS, a exemplo de hospitais e clínicas, como também para contribuintes regulares desse tributo.

A leitura do Parecer da DITRI/SEFAZ de nº 00465/2010, de forma contrária à interpretação dada pelo autuado, mostra que, na verdade, a orientação no sentido de não se tributar as saídas interestaduais diz respeito apenas às vendas para estados signatários de acordos interestaduais, nos quais haja previsão na legislação tributária quanto à isenção, quando não se fará a retenção do imposto. Ocorre que, em relação à parcela do ICMS decorrente da saída interestadual (ICMS próprio), foi dito, de forma clara, que o tratamento é no sentido de tributar a operação, haja vista que tanto com base no art. 17, inciso IV do RICMS/BA, como no Convênio ICMS 34/96, apenas há previsão de isenção em relação às operações internas, e nos estados que contenham disposição legal nesse sentido.

E, para corroborar esse entendimento, os autuantes trouxeram à colação o texto do Parecer da DITRI/SEFAZ nº 09961/2010, que esclarece definitivamente esta questão, mostrando que não tem nenhuma sustentação a tese da defesa de que as operações interestaduais gozariam do citado benefício.

Quanto à afirmação do contribuinte que os seus fornecedores, que se localizam em outros estados, não tributavam as operações a ele destinadas, uma análise das notas fiscais acostadas ao processo mostra que, na verdade, todas as aquisições desse tipo são normalmente tributadas.

No que concerne à Súmula 657 do STF e a algumas decisões do STF e do STJ, ressalto que não guardam correlação com a presente discussão, referindo-se a mercadorias e situações totalmente distintas.

Observo que ao tratar sobre os valores apurados pela Fiscalização, o sujeito passivo apresentou cinco linhas de argumentação, pleiteando uma redução dos montantes do imposto apurado, as quais foram devidamente contestadas pelos autuantes, de modo que concordo inteiramente com a correspondente análise, conforme resumo que apresento em seguida.

Quanto às vendas para órgãos da administração pública, saliento que os fármacos “paclitaxel”, “topotecano”, “ácido zoledrônico”, “imunoglobulina antiRHD” e “clopidogrel”, que constam em muitas das notas fiscais citadas pelo autuado, não restou comprovado não se encontram indicados no Anexo Único do Convênio 87/02. Além disso, mesmo que essa situação fosse demonstrada pelo autuado, ainda assim, de acordo com os dispositivos do RICMS/BA que transcrevo abaixo, para que as operações fossem isentas, o fornecedor deveria descontar do preço da mercadoria, até 30/04/2010, ou do preço da licitação, a partir de 01/05/2010, o valor equivalente ao imposto que seria devido, constando tal observação no documento fiscal. Como nas notas fiscais citadas pelo autuado não foi apontada tal condição, realmente não faz jus à isenção. Já em relação às Notas Fiscais de nºs 3.611 e 5.340, os autuantes demonstraram que não foram incluídas na autuação.

“Art. 17. São isentas do ICMS as operações com medicamentos e outros produtos farmacêuticos de uso humano:

...

VIII - até 31/12/12, as operações realizadas com os fármacos e medicamentos, relacionados no anexo único do Conv. ICMS 87/02, destinados a órgãos da Administração Pública Direta e Indireta Federal, Estadual e Municipal e às suas fundações públicas, observado o disposto no § 2º (Conv. ICMS 87/02);

...

§ 2º A isenção prevista no inciso VIII deste artigo fica condicionada a que:

...

Redação originária, efeitos até 30/04/10:

"III - o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal;"

...

V - nos processos de licitação, o valor correspondente à isenção do ICMS deverá ser deduzido do preço dos respectivos produtos, contido nas propostas vencedoras do referido processo licitatório, devendo o contribuinte demonstrar a dedução, expressamente, no documento fiscal.

Nota: O inciso V foi acrescentado ao § 2º do art. 17 pela Alteração nº 134 (Decreto nº 12080, de 01 e 02/05/10. DOE de 01 e 02/05/10), efeitos a partir de 01/05/10."

No caso das remessas em consignação, como se tratam de operações normalmente tributáveis, conforme dispõe o art. 409 do RICMS/BA, cabendo, inclusive, a utilização do crédito fiscal pelo destinatário, não assiste razão ao autuado. Ademais, quanto à alegação da possibilidade de cobrança do imposto em duplicidade, ressalto que o impugnante não trouxe na sua defesa e nem mesmo na assentada do julgamento, nenhum elemento de prova a dar amparo à sua argumentação nesse sentido.

No que concerne a bonificações, tendo em vista a previsão contida no art. 54, inciso I, alínea "a" do RICMS/BA, da inclusão dos valores correspondentes na base de cálculo do ICMS, inclusive nas operações interestaduais, tais operações de saída são tributadas.

Quanto às operações de simples remessa, observo que como se referem a saídas interestaduais, são normalmente tributáveis, não tendo porque se efetuar a exclusão dos valores, conforme pleiteado.

Ressalto que a única situação em que assistiu razão ao defendente se referiu às devoluções de compras e empréstimos, tendo em vista que correspondem a operações de saídas interestaduais tributadas normalmente, porém nos cálculos realizados os autuantes haviam utilizado a alíquota interna, quando a correta seria a interestadual. De forma acertada, os autuantes revisaram os cálculos, haja vista que deve ser aplicada a mesma alíquota incidente na entrada das mercadorias devolvidas. Além disso, foram corrigidos outros equívocos, em relação às Notas Fiscais 238, 3.004, 3.005 e 4.366, também de devolução e devoluções de mercadorias remetidas em consignação, por não serem operações de saídas. Já a Nota Fiscal 2.385 não se trata de devolução e sim de venda, CFOP 6102.

Considerando que após os ajustes realizados, ocorreram alterações apenas em uma parcela dos períodos contemplados na autuação, apresento na tabela abaixo os novos valores a serem exigidos em relação aos meses que sofreram modificações, enquanto que nos demais períodos ficam mantidos os valores originalmente consignados no Auto de Infração.

| OCORRÊNCIA | NOVOS VALORES A SEREM EXIGIDOS (R\$) |
|------------|--------------------------------------|
| 07/2008 | 14.713,28 |
| 03/2009 | 28.727,47 |
| 07/2009 | 17.095,73 |
| 08/2009 | 20.169,13 |
| 09/2009 | 10.906,61 |
| 10/2009 | 14.906,07 |
| 03/2010 | 28.348,19 |
| 04/2010 | 21.616,52 |
| 10/2010 | 30.997,57 |
| 12/2010 | 25.643,36 |

Deste modo, a infração resta mantida de forma parcial, no montante de R\$635.538,31.

Por fim, saliento que está correto o procedimento adotado pela Fiscalização, ao utilizar a alíquota de 17%, nos casos das operações de saídas interestaduais para empresas não-contribuintes do ICMS, como é o caso dos hospitais e clínicas, uma vez que se tratam de consumidores finais, conforme estabelece o art. 50, inciso I, alínea “b” do RICMS/BA. Por outro lado, quando a operação tinha como destinatários contribuintes do imposto, foi aplicada a alíquota de 12%, nos moldes previstos no art. 50, inciso II do RICMS/BA.

Diante de todo o exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **148593.0001/11-7**, lavrado contra **DSL DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS E PRODUTOS HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$635.538,31**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “a” do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de julho de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR