

**A. I. Nº** - 272041.0003/03-4  
**AUTUADO** - AMES ASSISTÊNCIA MÉDICA DO EXTREMO SUL LTDA.  
**AUTUANTE** - PAULO NOGUEIRA DA GAMA  
**ORIGEM** - INFAZ EUNÁPOLIS  
**INTERNET** - 25.06.03

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0216/01-03**

**EMENTA:** ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A natureza jurídica de uma entidade não é necessariamente aquela declarada no seu contrato social, e sim, o que ela realmente exerce na prática. Os documentos fiscais emitidos demonstram que o autuado atua como empresa comercial, e não, como clínica. O imposto que incide sobre operações mercantis é o ICMS, e não, o ISS. Excluídos os valores indicados nas notas fiscais canceladas, que foram lançadas, indevidamente, no levantamento fiscal. Infração parcialmente caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EXTRAVIO DE DOCUMENTOS. MULTA. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/03, exige imposto no valor de R\$181.460,64, além da multa no valor de R\$790,00, pelas seguintes irregularidades:

- 1) deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no período de março/01 a novembro/02, no total de R\$181.460,64;
- 2) extravio de documentos fiscais. Extravio de notas fiscais nº 0050 e 094 a 250, num total de 158 notas, multa no total de R\$790,00.

O autuado, às fls. 165 a 174, apresentou defesa alegando que entre 1999 e 2001, assumiu o comando do poder executivo de Eunápolis, adversário político do então proprietário da empresa AMES, passando a instituição a sofrer perseguição política. O hospital AMES sempre atendeu a população mais carente do município de Eunápolis e cidades circunvizinhas, especialmente pelo SUS – Sistema Único de Saúde.

Alegou que seu inimigo político, na tentativa de fechar o hospital passou a minar financeiramente excluindo o hospital do acesso às autorizações de internamento hospitalar – AIHs. Passou, o grupo político no “Poder”, a notificar repetidas vezes o autuado, exigindo cumprimento de condições difíceis em curtos prazos com ameaça de fechamento; no entanto, em ação supervisora, o Governo do Estado, através da Secretaria de Saúde, realizou auditoria e concluiu pela improcedência das denúncias dos seguidores do “prefeito”.

Com novas ondas de notificações e medidas restritivas, a empresa disse que tentando resguardar seus direitos foi necessário interpor Mandado de Segurança contra ato do Diretor do Departamento de Vigilância à Saúde e do Secretário Municipal de Saúde de Eunápolis, pela

forma ilegal e abusiva que interditaram os setores do hospital e suspenderam, por tempo indeterminado, os atendimentos e internações do SUS, a partir de 04/08/99. Depois de tanta pressão, e sem o financiamento do SUS, a diretoria do hospital resolveu fechar o estabelecimento para reforma, por um período.

Argumentou que os fatos acima narrados foram postos para que se entendesse ser de grande importância para este Conselho e se faça prevalecer a justiça e aplicação das normas que protejam ao autuado.

Alegou que o Executivo Municipal, na tentativa de neutralizar e impedir o recebimento dos pagamentos dos convênios particulares, negou autorização para confecção de notas fiscais de prestação de serviços. Fez vários pedidos para autorização para emissão de notas fiscais de prestação de serviços, sem ser atendido, inclusive, o ex-prefeito e diretor da empresa autuada foi pessoalmente ao setor de tributação da prefeitura, sendo mal recebido pelos funcionários.

Quando as notas fiscais acabaram, estando impedido de receber os valores dos serviços prestados às diversas empresas conveniadas, foi orientado pelo contador da época para procurar a INFAZ de Eunápolis e solicitar autorização para emissão de notas fiscais de prestação de serviços com fornecimento de mercadorias (típicas para utilização por contribuinte de ICMS). Mediante a apresentação de tais notas fiscais, o autuado pôde receber pelos respectivos serviços prestados, ainda que serviços sujeitos, exclusivamente, ao ISS de competência municipal.

Não passou a ser contribuinte do ICMS pelo fato de se utilizar destas notas fiscais como forma de receber os valores dos créditos junto às empresas conveniadas para as quais presta serviços e que não houve alteração na natureza dos serviços prestados. Que mesmo tendo saído o antecessor político do poder, o erro foi mantido, por ignorância e economia.

A imputação ao autuado não tem respaldo no ordenamento jurídico, já que não é contribuinte do ICMS, não vende medicamentos, mercadorias, etc. O fornecimento de materiais e medicamentos integram, necessariamente, o serviço especializado prestado ao usuário do hospital, como: feitura de exames, consultas, serviços de fisioterapia, cirurgia, etc.

Alegou, ainda, que presta serviços no campo da incidência do ISS o qual incide sobre remédios e refeições ali fornecidos. Anexou contratos mantidos com diversas empresas, onde são pactuadas as vendas de serviços, ainda com fornecimento de remédios e alimentos sujeitos ao ISS.

Argumentou ser nula a autuação, por ter, o autuante, utilizado como fato gerador e base de cálculo a mesma do ISS, citando Acórdão do STR (2ª T, publ. Em 06.04.79, RE 86.343 – PB – Rel. Min. Leitão de Abreu).

Também, alegou não ter havido o extravio de notas fiscais. Que as notas fiscais de nºs 094 a 250 não foram utilizadas, conforme Termo de Documentos não Utilizados, fornecidos pelo Município de Eunápolis. Por entender não prosperar a imputação principal de não recolhimento do ICMS, requereu a nulidade da multa formal indicada na infração 02.

Asseverou ter agido de boa fé, sendo justificável a dúvida de interpretação da legislação tributária vigente e requereu a dispensa, por equidade, da multa por infração da obrigação principal capitulada na infração 02, conforme art. 59 do RPAF.

O autuante, às fls. 486 e 487, informou que a SEFAZ/BA “persegue ao ICMS” e não faria sentido outro intento. Esclareceu que se não houvesse repartições, estabelecimentos e limitações de competências, estaria germinando o campo para a “ANARQUIA”. Disse existirem varias notas fiscais canceladas, com as 1ªs vias já destacadas e sem motivo do seu cancelamento; quantias vultosas são transacionadas através de vendas de medicamentos e materiais da AMES para a Prefeitura de Eunápolis, onde o prefeito é o proprietário da empresa autuada.

Afirmou não ser função do hospital vender medicamentos, no entanto, nas notas fiscais a natureza da operação é de venda. Também, disse não ser razoável admitir que a Prefeitura de Eunápolis tenha mais doentes do que todos os demais hospitais da mesma cidade. E, assim, restou comprovada a revenda com habitualidade para a Prefeitura de Eunápolis e para outras pessoas físicas ou empresas particulares, tendo como natureza da operação nas notas fiscais de venda. Disse, ainda, que o autuado não identificou nas notas fiscais quais eram as mercadorias e materiais. Assim, a generalização nos nomes de medicamentos e materiais, ao seu ver, é mais uma brecha para a sonegação. A base de cálculo foi o valor final da operação de vendas.

Acrescentou, dizendo que o autuado tentando contornar o problema, em nenhum momento de sua defesa comentou sobre a natureza das operações e suas notas fiscais caracterizadas pela mesma como vendas.

Esclareceu, o autuante, que o termo de documentos não utilizados, emitido pela Prefeitura de Eunápolis, listando as notas fiscais nº 94 a 250 (fl. 24), não restou comprovada nenhuma devolução a Secretaria da Fazenda, e sim, uma “tentativa de devolução”.

Discordou das razões do impugnante, dizendo que nas páginas 18 a 23 dos autos, têm-se notas fiscais com “Declaração de que os serviços foram prestados” (NF nºs 330, 333, 341, 342, 361 e 364). O autuado não questiona a respeito de uma nota fiscal específica, e seu valor de vendas, e sim, o seu direito inalienável de revender mercadorias, em virtude de contratos que não estabelecem a venda de mercadorias, e sim, a prestação de serviços com aplicação de mercadorias. Disse ser inconcebível o particionamento da operação, dada a natureza da operação de venda de medicamentos e materiais.

Acrescentou, ainda, a existência de denuncia anônima recebida pelo Fisco, propiciou a descoberta deste fato gerador do ICMS. A prefeitura Municipal de Eunápolis, principal envolvida, não apresenta contra-provas, não estabelecendo o contraditório. E, ao final, concluiu que o prefeito não sabe, ao longo do PAF, se defende a empresa autuada ou a Prefeitura Municipal de Eunápolis, uma vez que “atropelou o Princípio Contábil da Entidade.”

Manteve a autuação.

## **VOTO**

Foi exigido, na presente autuação, ICMS em razão de o autuado ter deixado de recolher o imposto nos prazos regulamentares decorrentes de operações escrituradas, nos meses de março/01 a novembro/02, conforme cópias reprográficas de notas fiscais anexadas ao processo, bem como de demonstrativo elaborado pelo autuante, às fls. 13 a 17 do PAF, além de multa de caráter formal pelo extravio das notas fiscais nºs 50, 94 a 250.

A argumentação da defesa foi embasada em suposta existência de perseguição política do poder executivo municipal contra a empresa autuada, circunstâncias que não importam no deslinde desta autuação. Diz, ainda, que se dedica a prestar serviços de assistência médica às pessoas que deles necessitam, tendo juntado, ao seu ver, como prova de suas argumentações, contrato mantido com empresas a quem venda seus serviços com fornecimento de remédios e alimentos.

Verifico que o lançamento foi efetuado com base nos documentos fiscais emitidos pelo sujeito passivo, na forma da legislação tributária. A sua alegação de que os documentos fiscais se destinavam a faturamento de receita de prestação de serviços com fornecimento de mercadorias, cuja tributação seria exclusiva dos Municípios não prevalece, vez que tais documentos se destinam à realização de operações de vendas de mercadorias.

As provas materiais trazidas ao processo são incontestáveis, vez que se encontram comprovadamente demonstradas nos autos a realização de operações de vendas de medicamentos e materiais, através de notas fiscais emitidas pelo próprio impugnante, tendo como natureza da operação “VENDA”, nos referidos documentos fiscais, estar consignado o número da inscrição cadastral indicando se tratar de contribuinte regime normal de apuração.

Além do que, o art. 223 do RICMS/97 estabelece: “fora dos casos previstos neste Regulamento e na legislação do IPI, é vedada a emissão de Nota Fiscal que não corresponda a uma efetiva saída de mercadorias”.

O que vislumbro nos autos é a realização de operações vendas sujeitas a tributação do ICMS.

Por outro lado, a natureza jurídica de uma entidade não é necessariamente aquela declarada no seu contrato social, nem aquela pela qual o impugnante trouxe como prova de seus argumentos, no caso, os contratos de prestação de serviços firmados com terceiros, e sim, o que ela realmente exerce na prática.

Assim, restou comprovado, mediante a juntada de notas fiscais emitidas pelo sujeito passivo que o impugnante atua, neste caso, como empresa comercial, ao comercializar com habitualidade, mercadorias (medicamentos e materiais), tendo como adquirente, na sua predominância, a Prefeitura Municipal de Eunápolis, e não, como clínica ou hospital. Desta maneira, não prosperando os argumentos defensivos de que não houve operação de circulação de mercadorias tributadas pelo ICMS.

No entanto, verifico que o autuante incluiu no levantamento fiscal, notas fiscais canceladas, por entender que não havia sido consignado nas mesmas o motivo de tal cancelamento. Não vislumbro motivo para que tais documentos não sejam considerados cancelados, apenas por considerar que as 1<sup>as</sup> vias foram destacadas e não constar motivo de seu cancelamento. Além do que, no demonstrativo e documentos juntados pelo autuante, se constata a emissão de nota fiscal com a mesma data e de numeração seguida, em substituição àquela que foi cancelada. Assim, entendendo devam ser excluídas do levantamento todas as notas fiscais de vendas de medicamentos e materiais que foram canceladas e fizeram parte, indevidamente, do levantamento fiscal.

Tomando por base o levantamento apresentado pela fiscalização, devem ser excluídas do levantamento, as seguintes notas fiscais:

Data emissão/cancelamento	Número da nota fiscal	Valor da operação	ICMS a ser excluído
12/03/01	000002	4.410,62	749,81
03/07/01	000008	18.694,00	3.177,98
12/11/01	000051	70.696,72	12.018,44
08/05/02	000254	18.310,30	3.112,75
20/05/02	000262	441,66	75,08
20/05/02	000263	1.789,90	304,28
06/06/02	000269	22.818,24	3.879,10
06/06/02	000272	20.014,01	3.402,38
17/07/02	000295	130,87	22,25
06/09/02	000331	21.455,30	3.647,40

06/11/02	000363	15.072,27	2.562,29
valor	total	a excluir	32.951,76

Desta maneira, a infração 01 passa a ser mantida parcialmente, devendo ser exigido o valor de R\$148.508,88.

Em relação ao segundo item da autuação, o impugnante, questiona a inexistência de extravio dos documentos fiscais, sob o fundamento de que o Departamento de Tributos da Prefeitura Municipal de Eunápolis teria emitido Termo de Documentos não Utilizados (fl. 191 dos autos) e juntado também, à fl. 181, cópia reprográfica de documento intitulado “Documentos Fiscais não Utilizados, em formulário da Secretaria da Fazenda deste Estado, constando apenas assinatura do contribuinte e data de 22/11/02.

No tocante a tais argumentos e elementos trazidos ao processo, verifico que o documento, dito emitido pela Prefeitura Municipal de Eunápolis fala de Nota Fiscal de Prestação de Serviços, com data de 02/05/2002, além de não constar nenhuma informação de que tais documentos tivessem sido retidos por órgãos do município. Já no formulário próprio desta SEFAZ (fl 181), não consta que o mesmo tivesse sido recebido por funcionário da INFAZ de Eunápolis ou por outro órgão da Fazenda deste Estado, o que o torna sem nenhuma validade ao fim a que se destinou. Também em relação a nota fiscal nº 00050 nada foi argumentado pelo defendente. Desta forma, concluo pela manutenção da exigência de multa de caráter formal, pelo extravio de tais documentos.

O debito remanescente a ser exigido é o abaixo demonstrado:

Data ocorrência/vencimento	Valor ICMS devido	Valor multa obrigação acessória
09/04/01	749.80	
09/05/01	1.587.69	
09/06/01	2.515.33	
09/08/01	6.696.64	
09/09/01	3.766.04	
09/10/01	11.322,63	
09/11/01	9.388.99	
09/12/01	12.036.83	
09/01/02	5.038,76	
09/02/02	12.404.49	
09/03/02	9.948.16	
09/04/02	9.846,16	
09/05/02	6.933.78	
09/06/02	8.468,24	
09/07/02	8.088.18	
09/08/02	7.128,56	

09/09/02	5.606,56	
09/10/02	12.957,17	
09/11/02	6.725,18	
09/12/02	7.299,18	
		790,00
<b>TOTAL</b>	<b>148.508,88</b>	<b>790.00</b>

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE 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 272041.0003/03-4, lavrado contra AMES ASSISTENCIA MÉDICA DO EXTREMO SUL LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$148.508,88**, acrescido da multa de 50% prevista do art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$790,00**, prevista no inciso XIX, “a”, do artigo e lei acima citado.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2003.

CLARICE ANÍZIA MAXIMO MOREIRA – PRESIDENTE-RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA