

PROCESSO - A. I. Nº 09354662/05
RECORRENTE - SM ASSESSORIA EMPRESARIAL E GESTÃO HOSPITALAR LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0320-04/05
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 18/05/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0178-12/06

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. As aquisições foram feitas por estabelecimento prestador de serviço de competência tributária dos Municípios, sendo a mercadoria destinada a emprego na prestação de tal serviço, não havendo indicação expressa de lei complementar acerca da incidência do ICMS nos fornecimentos a serem efetuados pelo prestador. Nessa situação, prevê o art. 355, IV, do RICMS-BA, que não se fará a antecipação tributária. Infração não caracterizada. Modificada a Decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 4ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para exigir ICMS, no valor de R\$649,98, em razão da aquisição de mercadorias (medicamentos), constantes do Anexo Único da Portaria nº 114/04 e provenientes de outras unidades da Federação, sem ter sido efetuado o pagamento antecipado do ICMS na primeira repartição fiscal do percurso.

Na Decisão recorrida, a Primeira Instância manteve a autuação, sob o argumento de que o autuado executa serviços de assessoria empresarial, de gestão hospitalar e de promoção, administração e desenvolvimento, atividades que não incluem o fornecimento de medicamentos.

Inconformado com a Decisão proferida, o recorrente apresenta Recurso Voluntário, onde alega que o Acórdão JJF Nº 0320-04/05 deve ser reformado, pois, quando executa serviço de gestão hospitalar, assume a responsabilidade por todos os encargos necessários à prestação do serviço, inclusive o fornecimento de medicamentos aos pacientes. Após transcrever duas cláusulas do Contrato de Prestação de Serviços nº 040/2001, ressalta que os medicamentos fazem parte dos custos dos serviços prestados, conforme o Edital nº 09/2001, cuja cópia diz ter anexado ao processo. Assegura que não é verdadeira a afirmação, consignada na Decisão recorrida, de que as atividades constantes no seu contrato social “*não incluem o fornecimento de medicamentos*”.

Salienta que é uma empresa idônea e que adquire medicamentos exclusivamente para o consumo na execução de contratos de gestão celebrados com o Estado da Bahia. Diz que não pratica ato de comércio com esses medicamentos e, portanto, está desobrigado de efetuar a antecipação tributária, nos termos do art. 353, I e II, do RICMS-BA, cujo teor transcreveu. Ao finalizar, solicita que a Decisão recorrida seja reformada, para que seja julgado improcedente o Auto de Infração.

Ao exarar o Parecer de fls. 128 e 129, o ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que o fornecimento de mercadorias com prestação de serviços, desde que não abarcados nas exceções previstas na legislação, sofre a incidência do ICMS. Salienta que, no caso em lide, o contrato social acostado às fls. 43 a 47 comprova que o objeto social da empresa do recorrente é a

prestação de serviços de assessoria empresarial e gestão hospitalar, não incluindo, assim, o fornecimento habitual de mercadorias.

Assegura que há incidência do ICMS devido por antecipação tributária, quando o recorrente adquire medicamentos, em seu próprio nome, com destino posterior às entidades hospitalares públicas ou privadas. Aduz que, caso a operação subsequente não se realize, poderá o recorrente solicitar o pedido de restituição, conforme determina o art. 150 da Constituição Federal. Ressalta que o contrato de gestão celebrado pelo recorrente não desnatura a hipótese de incidência do imposto, pois as avenças particulares não podem ser opostas ao fisco, ao teor do disposto no art. 123 do Código Tributário Nacional. Ao finalizar, opina pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário.

Na sessão de julgamento, decidiu a 2ª CJF converter o processo em diligência à ASTEC, para que auditor fiscal estranho ao feito verificasse, junto à Secretaria da Saúde do Estado da Bahia (SESAB), se nos contratos de fls. 54/64 e 66/82 está incluso o fornecimento de medicamentos. Também foi solicitado que fosse o recorrente intimado a apresentar cópia do Edital nº 09/2001, citado no Recurso Voluntário e cuja cópia não foi anexada ao processo.

A diligência foi cumprida, conforme o Parecer ASTEC nº 0007/2006 (fls. 135 a 137).

Afirma o Parecerista que, segundo informações prestadas pelo órgão responsável pela realização de licitações e contratos da SESAB, a empresa autuada foi contratada para gerir o Hospital Eládio Lasserre e, nos Contratos nºs 040/2001 e 012/2001 (fls. 54/64 e 66/82), existe previsão de fornecimento de insumos (materiais) necessários ao funcionamento do referido hospital. Também esclareceu o Parecerista que, de acordo com o gestor do órgão da SESAB responsável pelas licitações, *“existe a necessidade do abastecimento com medicamentos e outros materiais indispensáveis ao bom funcionamento da rede hospitalar pelos contratados.”*

À fl. 138 dos autos, o Parecerista acostou uma fotocópia da Nota Fiscal de Prestação de Serviços nº 00932, emitida pelo recorrente em 01/02/2006, referente aos serviços prestados no mês de janeiro de 2006 ao Hospital Eládio Lasserre (Contrato nº 040/2001). Nesse documento fiscal, consta o pagamento pelo total dos serviços prestados, sem a discriminação dos materiais fornecidos. O emitente do documento lançou ISS à alíquota de 5%, bem como deduziu a parcela de R\$ 72.576,28, referente a materiais diversos, inclusive medicamentos, admitidos pela legislação federal para o cálculo da retenção do INSS.

Prosseguindo, o Parecerista tece considerações sobre as duas posições que, no seu entendimento, podem ser adotadas no presente caso. Em seguida, discorre sobre ICMS e sobre o conceito de mercadoria, bem como transcreve o § 2º, I, II, “a” e “b”, do art. 2º, do RICMS-BA, e o item 17.12 da Lista de Serviços prevista na Lei Complementar nº 116/03. Ao concluir, afirma que *“é temerosa a exclusão da incidência do ICMS, limitando-a a moldura do ISS, considerando que os medicamentos podem ser destinados ao varejo com a carga tributária reduzida, distorcendo o mercado e colocando concorrentes em patamar tributário desigual”*.

Às fls. 141 a 236, o recorrente acostou ao processo cópia do Edital 09/2001, que serviu de base à celebração do Contrato nº 040/2001.

Instado a se pronunciar acerca do resultado da diligência, o autuante discorda em parte da diligência, pois entende que *“o objeto contratual firmado entre o autuado e o Hospital Eládio Lasserre, especificado às fls. 54/64 e 66/82, refere-se exclusivamente à Implantação, Administração, Gerenciamento e Organização; não inclui compra de insumos!”* Explica que, apesar de inscrito no Cadastro Especial, o recorrente passa a condição de contribuinte do ICMS quando adquire mercadorias para posterior fornecimento ao hospital. Aduz que se inexistir comercialização posterior, deverá ser solicitada restituição nos termos do disposto no artigo 352, § 4º, do RICMS-BA. Ao finalizar, solicita que seja mantida a autuação.

Ao se pronunciar nos autos, o recorrente diz que a primeira parte da diligência realizada prova que consta no contrato de prestação de serviço o fornecimento de medicamentos, o que impõe a reforma da Decisão recorrida. Aduz que os serviços contratados pelo Estado da Bahia englobam todos os insumos necessários à operacionalização do hospital, inclusive os medicamentos, os quais vão diretamente para o almoxarifado da unidade de saúde e, posteriormente, são utilizados nos pacientes de acordo com as prescrições realizadas pelos médicos. Ressalta que entre os custos que fazem parte da planilha integrante do Edital 09/2001 está o custo dos medicamentos a serem ministrados aos pacientes internados.

Salienta que o Parecerista da ASTEC extrapolou o solicitado na diligência, quando teceu considerações a título de subsídio para o julgamento. Diz que a conclusão do Parecerista sugere a prática de fraude. Salienta que fraude não pode ser presumida, mas provada, tendo o fisco todos os elementos necessários para verificar a prática da fraude. Reitera que não está obrigado ao pagamento do ICMS devido por antecipação tributária, pois não realiza operações subseqüentes, como prevê o art. 352, I e II, do RICMS-BA, cujo teor transcreveu. Para embasar suas alegações, o recorrente acostou, às fls. 253 a 323, fotocópia de diversos contratos firmados com a SESAB, onde constam planilhas com o detalhamento dos custos incorridos.

Encaminhado à PGE/PROFIS para emissão de Parecer conclusivo, a ilustre procuradora afirma que o contrato de gestão firmado entre o recorrente e o Estado da Bahia prevê o fornecimento de insumos para o funcionamento do hospital, o que certamente inclui medicamentos (cláusula segunda da minuta do contrato à fl. 165). Diz que, contudo, não se pode afirmar que tais medicamentos tinham como destino a utilização no hospital, uma vez que a autuação foi feita no trânsito de mercadorias. Diz que é exatamente por esse motivo que existe a previsão de pedido de restituição do imposto pago por força da substituição tributária, se o fato gerador do imposto não ocorrer (art. 352, § 4º, do RICMS-BA). Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

No Auto de Infração, o recorrente foi acusado de ter deixado de efetuar o pagamento do imposto devido por antecipação tributária, na primeira repartição fazendária do percurso, referente a medicamentos provenientes de outras unidades da Federação.

Segundo o disposto no art. 355, IV, do RICMS-BA, não se fará a antecipação do imposto nas aquisições interestaduais de mercadoria destinada “*a estabelecimento prestador de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como de competência tributária dos Municípios, sendo a mercadoria destinada a emprego na prestação de tal serviço, a menos que haja indicação expressa de lei complementar acerca da incidência do ICMS nos fornecimentos a serem efetuados pelo prestador*”.

Feitas essas considerações acima, passo a verificar se o fato descrito no lançamento se subsume no disposto no inciso IV do art. 355 do RICMS-BA.

Em primeiro lugar, observo que de acordo com o Contrato Social acostado às fls. 43 a 47, o recorrente tem como objeto social a prestação de serviços de assessoria empresarial e gestão hospitalar. Essa atividade se enquadra no item 17.12 da Lista de Serviços, prevista na Lei Complementar nº 116/03, como sendo da competência tributária dos Municípios, fato corroborado pela Nota Fiscal de Prestação de Serviços nº 00932 acostada à fl. 138 dos autos. Desse modo, entendo que o recorrente é um *estabelecimento prestador de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como de competência tributária dos Municípios*.

Em segundo lugar, verifico que os Contratos para Organização, Administração e Gerenciamento Hospitalar nºs 040/2001 (fls. 54 a 64) e 012/2000 (fls. 66 a 82) comprovam que o recorrente estava compromissado a assegurar o provimento dos insumos (materiais) necessários a garantia do pleno funcionamento do Hospital Eládio Lasserre e do Hospital de Itaparica (Cláusula Segunda,

I, “a” – fls. 58 e 67). Os elementos trazidos aos autos na diligência efetuada, especialmente as planilhas de fls. 261 e 278, atestam que o serviço prestado envolvia o fornecimento de medicamentos. O art. 27 do Edital nº 006/2001 (fl. 150) prevê que, na formulação das propostas de preços, conforme o Modelo VIII Anexo deste Edital, o licitante deverá computar todas as despesas e custos operacionais incorridos, inclusive com remédios. Desse modo, entendo que é razoável admitir que a mercadoria em questão (medicamento) era *destinada a emprego na prestação de tal serviço*, já que medicamento é, sem dúvida, o principal insumo hospitalar.

Em terceiro lugar, constato que no item 17.12 da Lista de Serviços da Lei Complementar nº 116/03 não há indicação expressa da incidência de ICMS nos fornecimento de mercadorias efetuadas pelo prestador de serviços. Fortalecendo esse fato, observo que o serviço prestado pelo recorrente (assessoria empresarial e gestão hospitalar) não se enquadra em nenhuma das hipóteses elencadas nas alíneas do inciso IX do art. 2º do RICMS-BA. Portanto, no caso em lide não há *indicação expressa de lei complementar acerca da incidência do ICMS nos fornecimentos a serem efetuados pelo prestador*.

Pelos três motivos citados acima, entendo que o fato descrito no Auto de Infração se subsume perfeitamente no disposto no art. 355, IV, do RICMS-BA, e, portanto, o recorrente não estava obrigado a efetuar o pagamento do imposto que está sendo exigido no presente lançamento.

Por entender que no caso em lide o fato gerador do ICMS não ocorreu, não compartilho da tese de que o imposto em questão deveria ser cobrado, cabendo ao recorrente solicitar a restituição caso não haja operação posterior, nos termos do § 4º do art. 352 do RICMS-BA.

Por fim, saliento que nos autos não restou comprovado que os medicamentos em questão eram vendidos posteriormente aos hospitais, como alega o autuante. O que se vislumbra no processo é o emprego desses medicamentos na prestação de serviços, sendo o serviço faturado pelo valor total, onde estão incluídos os custos com medicamentos.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração IMPROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **09354662/05**, lavrado contra **SM ASSESSORIA EMPRESARIAL E GESTÃO HOSPITALAR LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS