

**PROCESSO** - A. I. Nº 299166.0527/07-5  
**RECORRENTE** - COSEBOL COMERCIAL LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0022-03/08  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/METRO  
**INTERNET** - 05/12/2008

## **1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJF Nº 0399-11/08**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Diligência efetuada pela ASTEC comprova que a empresa realizava operações exclusivamente para Hospitais, Clínicas e Órgãos Públicos. Neste caso, a base de cálculo do imposto deve ser apurada de acordo com o art. 61, XV, do RICMS/97 e com a cláusula segunda do Convênio ICMS 76/94. Infração improcedente. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Decisão recorrida modificada. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 3ª JJF – Acórdão JJF nº. 0022-03/08, que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual fora lavrado para exigir o recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$3.669,86, acrescido da multa de 60%, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88 do RICMS/97 (medicamentos), adquiridas para comercialização em outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

O autuado apresenta defesa tempestiva às folhas 33/34, argumentando se tratar de empresa que tem como objeto social o comércio de medicamentos, sendo o alvo da comercialização os Órgãos do Governo Federal, Estadual (Bahia) e Municipal, através de Licitação, conforme notas fiscais por ele emitidas.

Assevera que ao receber o Auto de Infração constatou que o Inspetor se equivocou ao exigir tributo na qualidade de consumidor final, aplicando PMC.

Entende não lhe ser aplicável tal posicionamento, eis que não é consumidor final, tendo em vista só trabalhar, única e exclusivamente, com Órgãos Públicos, sempre através de Licitações, cuja margem de lucro é de, no máximo, 30% do preço de fábrica constante na Nota Fiscal.

Afirma que consumidor final é o Estado e acosta aos autos DAEs, Notas Fiscais, Tabela de Preços e Ofício do Fornecedor.

Finaliza, requerendo a nulidade e/ou cancelamento do Auto de Infração, face não ser consumidor final como equivocadamente o qualificou o Inspetor Fazendário.

Na Decisão recorrida, a JJF, de plano, afastou a preliminar de nulidade suscitada, por entender que se encontram presentes todos os pressupostos de validação do processo, não tendo o autuado citado vícios formais ou materiais capazes de macular o lançamento.

Meritoriamente, sustenta a JJF que as notas fiscais viabilizadoras da autuação reportam-se a mercadorias (medicamentos) enquadradas no regime de substituição tributária, previsto no artigo 353, II, item 13, do RICMS-BA, originadas no Estado de São Paulo, o qual não é signatário do Convênio 76/94, nesse passo, sendo responsabilidade do adquirente das mercadorias o pagamento do imposto, por antecipação, na entrada no território deste Estado, nos termos do artigo 125, II, alínea “b”, do RICMS-BA.

Aduz a 1ª Instância que o débito encontra-se devidamente evidenciado no demonstrativo constante das fls. 12 e 13, onde o autuante considerou a base de cálculo prevista no artigo 357 e 61, §2º, I, do mencionado diploma legal, ou seja, aplicação do preço sugerido pelo fabricante para consumidor final (PMC), exigindo o imposto no primeiro Posto Fiscal do percurso da mercadoria, por não ser o sujeito passivo detentor de credenciamento para postergação do recolhimento do imposto, de acordo com a Portaria nº 114/04.

Desse modo, considerou a JJF que o autuante não classificou o defendente como consumidor final, como por ele entendido, inexistindo qualquer ilegalidade na base de cálculo utilizada para apuração do ICMS por substituição, eis que considerado o preço sugerido pelo fabricante, o qual só não seria adotado se o sujeito passivo comprovasse a comercialização exclusivamente com Hospitais, Clínicas e Órgãos Públicos, quando se aplicaria a MVA sobre o valor da operação nos termos do artigo 61, XV, do RICMS-BA.

Sucedendo que o autuado não apresentou as provas necessárias para elidir a acusação fiscal (notas fiscais acompanhadas dos livros próprios), capazes de comprovar a natureza de suas operações de vendas.

Concluiu a JJF julgando pela Procedência do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0022-03/08, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário (fl. 78), objetivando sua reforma.

Na peça recursal, insiste na sustentação de que não é consumidor final, como diz está sendo cobrado.

Aduz que só comercializa, exclusivamente, com órgãos do Estado da Bahia.

Alega que a Nota Fiscal emitida pelo fabricante, conforme artigo 117, § 25º, do RICMS, deveria conter a indicação do valor sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor ou o valor do Preço Máximo de venda a consumidor sugerido pelo estabelecimento industrial. Afirma que tal obrigação legal não o atinge, já que compra como distribuidor Hospitalar para participar de Licitação Pública e que quando sai vencedor fornece os produtos.

Anexa cópias de notas fiscais e requer a anulação ou cancelamento do Auto de Infração, uma vez que não é consumidor final.

A PGE/PROFIS, através de sua i. representante, Drª. Maria Helena Cruz Bulcão, opina pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário, por considerar as razões nele expendidas ausentes de provas capazes de provocar a revisão do Acórdão recorrido.

Assegura que o contribuinte insurge-se, na sua súplica recursal, basicamente nas seguintes ilações: a) de que comercializa exclusivamente com órgãos do Estado da Bahia; b) de que não é consumidor final.

Observa que o cerne da questão é o equívoco do recorrente quanto à base de cálculo do imposto, transcrevendo o art. 61, do RICMS/97-BA., o art. 8º, §§ 2º e 3º, da LC 87/96 e o art. 23 §§ 2º e 3º, da Lei nº 7014/96, como normas que sedimentam a autuação.

Na assentada do julgamento, a CJF, considerando os documentos apresentados na peça recursal pelo autuado (cópias de notas fiscais anexadas, fls. 79 a 154) e a declaração do fabricante constante dos autos à fl. 43, deliberou, então, converter o processo em diligência à ASTEC (fl. 170), para que auditor, estranho ao feito, procedesse à seguinte providência: verificar e informar se os documentos fiscais e respectivos livros, pertencentes ao autuado, confirmam que ele opera exclusivamente com comercialização para Hospitais, Clínicas e Órgão Públicos dentro do Estado da Bahia, nos termos do artigo 61, XV, do RICMS/97-BA.

Ficou ressalvado que, após concluída a diligência, deveriam ser intimados os autuado e autuante para que se manifestassem, se assim o desejassem, retornando, depois, o PAF à PGE/PROFIS, visando elaboração de novo Parecer.

O auditor designado para diligência apresentou Parecer explicitando os procedimentos adotados para atender à solicitação emanada da 1ª CJF, confirmando que intimado (fl. 173), o recorrente apresentou os documentos fiscais e os livros solicitados.

Assevera que examinou as notas fiscais de numeração 2770 a 3051 emitidas no período de 04/01 a 27/12/2007 e constatou que todas as vendas foram efetuadas para Hospitais, Clínicas e Órgãos Públicos dentro do Estado da Bahia, inclusive para o Instituto de Radiodifusão da Bahia - IRDEB; Companhia Baiana de Pesquisa Mineral - CBPM e Ely Souza Serviços Radiológico e Cardiológico Ltda., CNPJ 02.964.487/0001-58, todos no Estado da Bahia. Aduz que os documentos fiscais examinados foram registrados no Livro Registro de Saídas nº 6 (cópia anexada), assinado pelo Técnico de Contabilidade e conclui confirmando serem as notas fiscais de venda apresentadas, numeração 2770 a 3051, referentes ao período de janeiro a dezembro de 2007.

Devidamente cientificados, autuante e autuado, da diligência, apenas o autuante se manifestou, argüindo que, para confirmação de que a empresa autuado vende exclusivamente para hospitais, clínicas e órgãos públicos, seria necessária a verificação de todas as vendas da empresa, desde a sua constituição (24/07/1998), frisando que a empresa Ely Souza Serviços Radiológicos e Cardiológicos Ltda. (IE 50287062-EP) *“que presta serviços de diagnóstico por imagem, pode ser classificada ou não como uma Clínica”*.

Encaminhados os autos para a PGE/PROFIS, a procuradora Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, em Parecer de fls. 205/206, manifesta a sua concordância com o Parecer ASTEC 155/2008, o qual concluiu ter, no período da fiscalização, o autuado comercializado, exclusivamente, com Hospitais, Clínicas e Órgãos Públicos, devendo, nesse passo, ser observada a base de cálculo prevista no artigo 61, XV do RICMS/97.

Assim, opinou pelo Provimento do Recurso Voluntário e, conseqüentemente, pela improcedência da infração.

O Dr. José Augusto Martins Júnior, procurador assistente da PGE/PROFIS, à fl. 208, ratifica o Parecer exarado às fls. 205/206, e aduz que, por se tratar de Peça que propõe a improcedência da infração, confirma a necessária anuência do Procurador Assistente da PGE/PROFIS.

## VOTO

Do estudo minucioso do presente PAF, constato que o Recurso Voluntário versa sobre o inconformismo da Decisão do Auto de Infração supra identificado, onde é imputada ao sujeito passivo a exigência de ICMS, no valor de R\$3.669,86, acrescido da multa de 60%, prevista na legislação, tendo a peça recursal insurgido-se contra a infração descrita como falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias elencadas no Anexo 88 do RICMS/BA, adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte descredenciado.

Conforme detalhadamente relatado, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal julgou procedente a autuação, tendo o recorrente, nas suas razões recursais, ratificado as teses argüidas na peça impugnatória, enfatizando serem suas operações comerciais realizadas tão-somente com órgãos do Estado da Bahia, além do que as aquisições de mercadorias se dão considerando-o distribuidor hospitalar e não consumidor final, como está sendo reputado.

De plano, não pode prosperar a questão prévia de nulidade suscitada, face os elementos informativos residentes na proceduralidade, ressaltado o aspecto essencial de que inexistem vícios, quer formais, quer materiais, na lavratura do Auto de Infração, nem tampouco qualquer irregularidade nos atos administrativos produzidos pelo Fisco.

*De meritis*, observo que o recorrente aduz, de forma objetiva e firme, a inaplicabilidade da imputação, por admitir que, equivocadamente, a base de cálculo do imposto apurada considerou-o na condição de consumidor final, e não de distribuidor hospitalar, que reafirma ser o seu enquadramento.

Na oportunidade da assentada do julgamento, esta Câmara, considerando as teses e elementos informativos apresentados pelo sujeito passivo, na sua peça recursal (cópias de notas fiscais - fls. 79 a 154) e a declaração do fabricante (fl. 43), deliberou converter o PAF em diligência, conforme despacho de fl. 170, para que fosse analisada e atestada a situação dos documentos fiscais e respectivos livros, pertencentes ao autuado, se seriam exclusivamente alusivos a operações comerciais com Hospitais, Clínicas e Órgãos Públicos dentro do Estado da Bahia, nos termos do artigo 61, XV, do RICMS/97-BA.

Tal diligência foi cumprida, consoante atesta o Parecer de fl. 172, sendo a sua conclusão na linha de que: *“As notas fiscais de venda apresentadas de numeração 2770 a 3051, referente ao período de janeiro a dezembro de 2007, foram todas emitidas para Hospitais, Clínicas e Órgãos Públicos dentro do Estado da Bahia, inclusive para o Instituto de Radiodifusão da Bahia – IRDEB; Companhia Baiana de Pesquisa Mineral– CBPM -, no Centro Administrativo da Bahia; e Ely Souza Serviços Radiológico e Cardiológico Ltda., todos na Bahia”*, sendo dito trabalho analisado, acolhido e referendado pelos Pareceres dos Procuradores, com os quais concordo e filio-me.

Assim é que, na espécie concreta, para se imputar ao sujeito passivo qualquer infração referente ao recolhimento do ICMS, nas notas fiscais objeto da autuação, deve ser, efetivamente, observada a base de cálculo prevista no artigo 61, XV do RICMS/97 e Convênio ICM 76/94, Cláusula Segunda, § 1º, cujo débito remanescente se espelha no demonstrativo abaixo:

	Nota Fiscal nº 2415		Nota Fiscal nº 3231
	Lista positiva	Lista Negativa	Lista positiva
Vlr. Produto	1.175,50	131,14	1.147,00
MVA	54,89%	49,08	54,89%
Base de Cálculo	1.820,73	195,50	1.776,59
Redução 10%	182,07	19,55	177,66
B. Cálculo red.	1.638,66	175,95	1.598,93
Aliq. Interna	17%	17%	17%
Débito	278,57	29,91	271,82
Crédito	82,29	9,18	80,29
I. Devido	196,29	20,73	191,53

Resumo do Débito			
N. Fiscal	I. Devido	Vlr. Recolhido	Diferença
2415	217,02	91,99	125,03
3231	191,53	80,75	110,78
<b>Total</b>	<b>408,55</b>	<b>172,74</b>	<b>235,81</b>

Concludentemente, o meu voto é no sentido de PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário.

## 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 299166.0527/07-5, lavrado contra **COSEBOL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$235,81**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o quantum pago.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de novembro de 2008.

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

SILVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS