

**PROCESSO** - A. I. Nº 269353.0006/08-0  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - CARDIOMÉDICA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE MATERIAIS MÉDICOS LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0063-05/10  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 26/07/2010

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0213-11/10

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO PROBATÓRIO. Comprovado, documentalmente, o direito à utilização dos créditos fiscais, com exceção do lançamento relativo ao mês de dezembro/2005. Mantida a Decisão recorrida. 2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS LANÇADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Constatado tratar-se de operações tributáveis, relativas a produtos não albergados pela isenção prevista no Convênio ICMS 01/99. Infração subsistente. Modificada a Decisão recorrida. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Tal constatação constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão de documento fiscal exigível e, consequentemente, sem o recolhimento do imposto devido. Trata-se de operações com mercadorias tributáveis. Excluído o item “elevador náutico”, por se tratar de bem estranho à atividade comercial do sujeito passivo. Restabelecida parcialmente a infração. Modificada a Decisão recorrida. Rejeitada a preliminar de suspeição. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a”, item 1, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 5ª JJF, através do Acórdão nº 0063-05/10, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, o qual exige o débito de R\$ 99.612,39, decorrente da constatação de nove irregularidades, sendo objeto desse Recurso de Ofício as infrações 2, 5 e 9, a saber:

INFRAÇÃO 2 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 2.461,37, decorrente da falta de apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de janeiro, fevereiro, março, maio, junho e dezembro de 2004, como também março de 2005;

INFRAÇÃO 5 – Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 50.122,15, em razão de ter praticado operações de saídas de mercadorias tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos exercícios de 2004 e 2005;

INFRAÇÃO 9 - Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 29.894,72, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios

A Decisão recorrida, após indeferir o pedido de diligência considerações:

Quanto à infração 2, salientou a JJF que, quando da impugnação, o sujeito passivo colacionou às fls. 370 a 378 dos autos, as Notas Fiscais de nºs: 171.509, 3.029, 3.063, 3.139, 174.057, 3.237, 3.326, 3.423 e 3.446, as quais foram acatadas pelo autuante. Assim, concluiu a JJF que a infração foi parcialmente elidida, ficando restrita ao lançamento cuja data de ocorrência é 31/03/2005, no valor de R\$ 192,23.

Inerente à infração 5, ressaltou a JJF que, o Convênio ICMS 01/99 concedeu isenção do ICMS às operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde, inclusive com manutenção do crédito relativo às aquisições de mercadorias. Sustenta o órgão julgador que, ao Compulsar os autos, em especial o demonstrativo de fls. 40 a 42 e as cópias de notas fiscais do Anexo VII (fls. 44 e seguintes), ao contrário do que indicou o autuante na informação fiscal, não constatou a presença de operações com “IMPLANTES EXPANDÍVEIS, DE AÇO INOXIDÁVEL, PARA DILATAR ARTÉRIAS STENTS”, anteriores ou posteriores ao início da vigência do Convênio ICMS 113/2005, e, ainda que tivesse encontrado, em função dos mesmos fundamentos concernentes à Decisão da infração 1, não seria esse o motivo para afastar a exclusão do crédito tributário (isenção). Assim, concluiu a JJF que todas as aquisições consignadas no levantamento de fls. 40 a 42 e no Anexo VII estão albergadas pela isenção do Convênio ICMS 01/99, julgando a infração 5 “descaracterizada”.

Por fim, no tocante à infração 9, inicialmente a JJF observou que, conforme demonstrativos às fls. 160 e 167, a exigência, de fato, recaiu sobre produtos isentos, consoante norma do Convênio ICMS 01/99, com exceção do elevador náutico.

Contudo, através de “Voto Vencedor”, foi firmado que:

*“Na presente autuação foi incluído no levantamento o equipamento “elevador náutico”, bem do ativo fixo, não destinado à comercialização, e que inclusive teria sido adquirido para uso particular de um dos sócios da empresa. Sobre este equipamento, o nobre relator concluiu que a infração deveria remanescer, mas como não se trata de mercadoria, para o estabelecimento autuado que comercializa materiais ou produtos para serem aplicados na área médica, entendo que o roteiro de auditoria de estoques, aplicado para este produto não é adequado, e deve ser desconsiderado do levantamento fiscal. Deste modo, a infração é improcedente na sua totalidade.”*

A JJF recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, conforme previsto pelo art. 169 do RPAF/BA.

À fl. 436 dos autos, o sujeito passivo, através do seu advogado legalmente estabelecido, manifesta sua renúncia no possível Recurso Voluntário, solicitando seguimento da ação, com o julgamento do Recurso de Ofício.

Às fls. 443 a 445 dos autos, constam o recolhimento no valor de R\$ 10.470,77, através de benefício da Lei nº. 11.908/2010 (Lei da Anistia).

Na assentada de julgamento, o patrono do recorrido arguiu a suspeição da Conselheira Alessandra Brandão Barbosa, nos termos previstos no art. 41, parágrafo único, inciso II, do Regimento Interno, aprovado pelo Decreto nº. 7.592/99, cuja arguição foi contestada pela aludida Conselheira, não a reconhecendo, devendo a referida suspeição ser submetida à votação, como preliminar, nos termos previstos no art. 42, do mesmo dispositivo legal.

## VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida desonerado parcialmente o sujeito passivo do débito exigido na infração 2 e integralmente nas infrações 5 e 9 do Auto de Infração, conforme previsto no art. 169, inciso I, alínea “a”, item “1”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Preliminarmente, rejeito a arguição de suspeição da Conselheira Alessandra Brandão Barbosa, pois não vislumbro qualquer interesse recursal da Conselheira na sempre primou pelo zelo e boa conduta em suas votações, sempre materiais existentes nos autos.

No mérito, da análise das peças processuais, verifico que a Decisão recorrida merece reforma, diante das seguintes considerações:

Em relação à infração 2, a qual exige o ICMS de R\$ 2.461,37, sob a acusação de que o contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal sem a apresentação do documento comprobatório do direito ao referido crédito, tendo a JJF concluído que a infração ficou restrita ao lançamento cuja data de ocorrência é 31/03/2005, no valor de R\$ 192,23, observo que a Decisão recorrida incorreu em equívoco, pois o sujeito passivo deixou de comprovar o direito à utilização do crédito fiscal apenas quanto ao valor de R\$ 255,29, exigido para o mês de dezembro de 2005, por ter sido lançado no livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 281) sem a devida comprovação, conforme a seguir demonstrado:

INFRAÇÃO 2				
Data da Ocorrência	A. Infração ICMS	Defesa ICMS	ICMS Devido	Docum. Fiscais (fls. dos autos)
31/1/2004	468,85	468,85	-	30; 369 a 372
28/2/2004	31,76	31,76	-	30; 373
31/3/2004	1.249,64	1.249,64	-	30; 374 a 376
31/5/2004	173,12	173,12	-	30; 377 e 378
31/3/2005	192,23	192,23	-	31; 380 a 383
30/6/2005	90,48	90,48	-	31; 384 e 385
31/12/2005	255,29		255,29	31 e 281
Totais:	2.461,37	2.206,08	255,29	

Há de se ressaltar que, apesar dos documentos fiscais de fls. 381, 383 e 385 dos autos se apresentarem na 3ª via, nos termos do artigo 97, IX, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, a admissão do crédito fiscal foi confirmada através da comprovação da ocorrência da operação, conforme duplicatas das notas fiscais anexadas às fls. 380, 382 e 384 dos autos.

Sendo assim, quanto à infração 02, deve-se restabelecer a exigência fiscal de R\$ 192,23 para R\$ 255,29.

No tocante à infração 05, cuja exigência é de R\$ 50.122,15, sob a acusação de o contribuinte ter praticado operações de saídas tributáveis como não tributáveis, tendo a JJF concluído que todas as aquisições, consignadas no levantamento de fls. 40 a 43 e no Anexo VII, estão albergadas pela isenção do Convênio ICMS 01/99, julgando, assim, a infração 5 improcedente, também constato o equívoco cometido pelo órgão julgador de 1ª instância, pois, da análise dos citados documentos, às fls. 40 a 96 dos autos, se verifica que as mercadorias comercializadas pelo contribuinte, ora recorrido, e não oferecidas à tributação, são produtos tributados e que não são albergadas pelo Convênio ICMS 01/99, o qual concede isenção do ICMS às operações com equipamentos e insumos destinados à prestação de serviços de saúde.

E não são as operações, ora em análise, abrangidas com a isenção do imposto prevista no citado Convênio, pois, em sua cláusula primeira, estabelece para a fruição do benefício que os equipamentos e insumos, envolvidos na operação, estejam indicados no anexo único, conforme classificados pela NBM/SH, como também os condiciona à isenção ou alíquota zero do Imposto sobre Produtos Industrializados ou do Imposto de Importação, conforme cláusula terceira, sendo que tais condições não são satisfeitas quanto aos produtos comercializados, objeto desta infração, os quais são: KIT ESTABILIZADOR, KIT PARA CIRURGIA S/CEC, ESTABILIZADOR CARDÍACO POR PRESSÃO MILLENIUM; SOLUÇÃO PARA CARDIOPLEGIA SANGUÍNEA GLUTAMATO+ASPARATO e ESTABILIZADOR CORONÁRIO CHASE, uma vez que todos esses produtos não estão compreendidos entre os arrolados no anexo único do referido Convenio ICMS 01/99, como também se constata que o Estabilizador Cardíaco por Pressão Millenium é tributado pelo IPI, conforme podemos observar às fls. 131, 134, 370 e 374 dos autos.

Ademais, em suas razões de defesa, o próprio defendente sequer aponta em quais itens do aludido anexo as mercadorias se encontram enquadradas, contrariando o d qual assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e dem alegações.

Quanto à pretensão do sujeito passivo de compensação de créditos fiscais, conforme texto extraído de sua peça defensiva às fls. 352 dos autos, quando aduz que “*Como dito anteriormente, ainda que as operações sejam consideradas como “tributadas”, o Estado da Bahia teria que abater da exigência os valores correspondentes aos créditos pelas aquisições...*”, tais apropriações só poderão ser efetivadas através de um rito processual próprio de uso extemporâneo de crédito fiscal, conforme previsto no art. 101, §§ 1º, II, e 3º do RICMS/BA, por se tratar de exercício já encerrado, o que implica na necessidade de comunicação escrita à repartição fiscal, da observância do prazo de cinco anos, etc.

Sendo assim, comprovado tratar-se de operações com produtos tributados, conforme peça acusatória, deve-se restabelecer integralmente a exigência relativa à quinta infração.

Por fim, quanto à infração 09, na qual se exige o ICMS de R\$ 29.894,72, sob a acusação de falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, conforme apurado mediante levantamento quantitativo de estoques nos exercícios de 2004 e 2005, tendo a JJF concluído que, conforme demonstrativos às fls. 160 e 167, a exigência, de fato, recaiu sobre produtos isentos, consoante norma do Convênio ICMS 01/99, com exceção do elevador náutico, cujo item também foi desonerado da cobrança do imposto por não ter sido destinado à comercialização, julgando esta infração improcedente, também vislumbro que a Decisão recorrida está equivocada, quanto aos produtos considerados como *isentos*, pois, com exceção do sensor de temperatura retal/esofágico (que também é tributado), se tratam das mesmas mercadorias constantes da infração 05, as quais, como vimos, são tributadas já que não se compreendem entre os insumos e equipamentos arrolados no Convênio ICMS 01/99.

Sendo assim, corroboro com o entendimento exarado na Decisão recorrida apenas quanto ao item elevador náutico, por entender que não condiz com a atividade da empresa e como tal não pode ser comparado com mercadoria, logo, deve-se restabelecer parcialmente a exigência relativa ao exercício de 2004 para R\$ 10.163,89, após exclusão do item elevador náutico (fl. 155), e integralmente a exigência relativa ao exercício de 2005.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, impetrado pela 5ª JJF, para restabelecer parcialmente as infrações 2 e 9, respectivamente nos valores de R\$ 255,29 e R\$ 27.684,72, e integralmente a infração 5 do Auto de Infração, cujo montante deverá ser acrescido dos valores relativos às demais infrações, não objeto desse Recurso de Ofício, as quais foram recolhidas através do benefício fiscal da Lei de nº 11.908/2010 (Lei da Anistia).

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269353.0006/08-0**, lavrado contra **CARDIOMÉDICA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES DE MATERIAIS MÉDICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$87.127,28**, acrescido das multas de 50% sobre R\$1.700,16; 60% sobre R\$57.742,40 e 70% sobre R\$27.684,72, previstas no art. 42, incisos I; “a”, VII, “a”, II, alíneas “a”, “b” e “f”, e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$8.069,03**, previstas no art. 42, incisos IX, XI e XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 9.159/04, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos através do benefício da Lei de nº 11.908/2010.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de julho de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO

JOÃO SAMPAIO REGO