

**A. I. N°** - 232895.0024/08-2  
**AUTUADO** - MARIA OLINDA COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSÉ VITURINO DA SILVA CUNHA  
**ORIGEM** - INFAZ BRUMADO  
**INTERNET** - 02.03.09

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACORDÃO JJF N° 0022-04/09**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Nesta situação específica, foram coletadas segundas vias das notas fiscais no estabelecimento emitente localizado em outro Estado. Não ficou comprovado que as mercadorias consignadas nas notas fiscais objeto da autuação, tenham entrado no Estado da Bahia e que tenham sido adquiridas pelo estabelecimento indicado como destinatário. Infração não comprovada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 07/08/08, exige ICMS no valor de R\$721,06, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte adquiriu produtos farmacêuticos da PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A, oriundos do Estado de São Paulo, sem efetuar a antecipação tributária, conforme relação de notas fiscais, geradas a partir das informações contidas nos arquivos magnéticos - Convênio ICMS 57/95 e cópias de notas fiscais anexadas ao processo.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 18/21), inicialmente discorre sobre a infração apontada e afirma que não adquiriu nenhum produto farmacêutico em outro Estado, no período em que compreende as notas fiscais, objeto da autuação, emitidas pela PROFARMA.

Reconhece que adquiriu no período de setembro/05 a dezembro/06, diversas mercadorias na PROFARMA, conforme demonstrativo acostado às fls. 28 a 32, mas que foram feitas unicamente na filial localizada no Estado da Bahia e desconhece as notas fiscais ora juntadas ao processo pela fiscalização, que supõe terem sido emitidas contra seu estabelecimento sem o seu conhecimento.

Argumenta que só o emitente da nota fiscal pode informar qual o destino que deu às mercadorias faturadas em seu nome e que junta ao processo cópia de Boletim de Ocorrência Policial (fl. 22), no qual acusa a PROFARMA do cometimento de crime contra o patrimônio (estelionato).

Afirma que é vítima da existência de notas fiscais emitidas em seu nome, sem o seu conhecimento, o que lhe causou prejuízos material/patrimonial e não tendo adquirido as mercadorias objeto da autuação, não há do que se falar de falta de recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição. Requer a improcedência do Auto de Infração.

O autuante na sua informação fiscal (fl. 35), discorre sobre as alegações defensivas, ressalta que a atividade administrativa do lançamento é vinculada a Lei, visando defender os interesses do Estado e dos cidadãos, pautando-se nos princípios básicos da legalidade, moralidade e finalidade.

Alega que em momento algum, o autuado apresentou algo concreto que pudesse fundamentar sua defesa. Diz que o argumento é razoável, havendo sempre a possibilidade de um contribuinte

adquirir mercadorias em nome de outro com anuência do fornecedor. Entretanto, pode se observar que as operações foram frequentes no exercício de 2006 e não seriam feitas sem o conhecimento do adquirente.

Ressalta que as notas fiscais juntadas ao processo são idôneas, “foram obtidas junto a Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda do Estado de São Paulo, conforme ofício credencial” que dão suporte a exigência fiscal. Salienta ainda, que conforme disposto no art. 34, IV e V da Lei 7.014/96, impõem-se aos contribuintes a obrigatoriedade de reconhecerem uma operação mercantil mutuamente por meio do cartão de inscrição, sob pena de se tornarem responsáveis pelo imposto não recolhido. Mantém na integralidade a exigência fiscal.

## VOTO

O Auto de Infração acusa falta de recolhimento do ICMS por antecipação, relativo a compras de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (medicamentos) de distribuidor de produtos farmacêuticos localizada no Estado de São Paulo.

O autuado, na defesa apresentada alegou não ter adquirido as mercadorias objeto da autuação, foi utilizado indevidamente a sua razão social e não há prova da sua entrega, tendo inclusive registrado queixa policial contra o emitente da nota fiscal. Conseqüentemente, alegou inexistir a obrigatoriedade de pagamento do ICMS por antecipação, o que foi contestado pelo autuante na sua informação fiscal.

Da análise dos documentos acostados ao processo verifíco que foram juntados ao processo:

- a) Segundas vias (cópias) das notas fiscais emitidas pela PROFARMA contra o autuado (fls. 11/14);
- b) Credenciamento de autoridades para fiscalização de ICMS substituto (fls. 5/7), nos Estados de Minas Gerais e São Paulo.

O CONSEF em reiteradas decisões acatou a tese de que constitui prova suficiente de aquisição de mercadorias por contribuinte estabelecido neste Estado, quando constatado que mercadorias oriundas de estabelecimentos localizados em outros Estados tenham adentrado ao território do Estado da Bahia, fazendo-se acompanhar de notas fiscais emitidas por contribuinte regular.

Entretanto, neste caso específico, se apresenta diversas peculiaridades que passo a relatar.

A primeira é que conforme reconhecido pelo autuante, as notas fiscais juntadas ao processo “foram obtidas junto a Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda do Estado de São Paulo”. Logo, diferente de outras decisões proferidas em Acórdãos exarados pelo CONSEF, neste caso, as notas fiscais juntadas ao processo foram coletadas no estabelecimento emitente (PROFARMA) localizado no Estado de São Paulo, já que se trata da segunda via da nota fiscal e não das vias que acobertam a condução das mercadorias pelo transportador.

Em segundo lugar, não há prova de que as mercadorias consignadas nas notas fiscais juntadas ao processo tenham efetivamente circulado no território deste Estado, visto que não foram coletadas pela fiscalização de trânsito de mercadorias no Estado da Bahia, como em outras situações são coletadas pelo sistema CFAMT. Da mesma forma, não tendo sido apresentado a primeira ou terceira via das notas fiscais, não foram coletadas em postos fiscais e nem foram visadas pela fiscalização em postos fiscais do percurso (São Paulo/Bahia, via Rio de Janeiro, Espírito Santo ou Minas Gerais).

Em terceiro lugar, observo que em todas as vias (segunda) das notas fiscais juntadas ao processo, foi indicado como transportador o próprio estabelecimento emitente (PROFARMA), sem identificar motorista ou veículo utilizado para transportar as mercadorias, o que dificulta averiguar por meio do transportador se efetivamente conduziu as mercadorias objeto da autuação.

Em quarto lugar, na maioria das notas fiscais, há indicação de que as mercadorias seriam entregues por “despacho por transbordo da filial Salvador – BA, Inscr. Est.: 64.250.907”. Isso denota que as mercadorias deveriam ser transportadas até a filial da PROFARMA localizada em Salvador e depois reenviada ao destinatário. Porém, não há comprovação de que as vias tenham sido coletadas pelo sistema CFAMT, o que comprovaria a entrada da mercadoria no território deste Estado. Neste caso, seria recomendável exigir o ICMS do estabelecimento da PROFARMA localizada neste Estado na condição de contribuinte substituto, tendo em vista que na condição de distribuidor ao vender mercadorias oriundas do mesmo titular localizado no Estado de São Paulo, deveria assumir a responsabilidade pela retenção do ICMS já que se trata de operação com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (medicamentos).

Pelo senso comum, causa estranheza, pela localização geográfica, que um estabelecimento localizado no município de Brumado, tenha adquirido mercadorias que transitou pelo estabelecimento da PROFARMA situado no município de Salvador.

Além de tudo isso, não foi comprovado que efetivamente o destinatário das mercadorias indicado nas segundas vias das notas fiscais juntadas ao processo, tenha feito o pagamento das faturas indicadas nas notas fiscais no prazo estabelecido ou em outro prazo, o que poderia ter sido obtido na contabilidade do estabelecimento emitente das notas fiscais localizado no Estado de São Paulo ou do seu distribuidor localizado neste Estado.

Conforme ressaltado inicialmente, nas decisões prevalentes exaradas por este Conselho de Fazenda, tem sido considerado como prova suficiente de operações de compras, a coleta de notas fiscais acobertando mercadorias em circulação, com endereçamento a contribuintes localizados neste Estado. Entretanto, nesta situação específica, a coleta das notas fiscais juntadas a este processo, foi feita em outro Estado (São Paulo) e não foi acostado ao processo, qualquer prova de que as mercadorias nelas consignadas tenham circulado no território baiano. Levo em consideração, também, que o produto objeto da autuação (medicamentos), mesmo fazendo parte das mercadorias comercializadas pelo destinatário, trata-se de um produto de alta rotatividade, valor relevante e de fácil comercialização o que possibilita ser internalizado em outros Estados ou no próprio Estado onde está localizado o emitente das notas fiscais.

Por tudo que foi exposto, concluo, que nesta situação específica não ficou comprovado que as mercadorias consignadas nas notas fiscais objeto da autuação, tenham entrado no Estado da Bahia e da mesma forma, que tenham sido adquiridas pelo estabelecimento indicado no documento fiscal. Por isso, considero insubsistente a exigência do crédito tributário do presente lançamento.

Assim sendo, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232895.0024/08-2**, lavrado contra **MARIA OLINDA COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR