

**A. I. Nº** - 232856.0060/08-4  
**AUTUADO** - FARMÁCIA SANTA MARIA LTDA.  
**AUTUANTE** - FLÁVIO DO PRADO FRANCO JÚNIOR  
**ORIGEM** - INFAP JEQUIÉ  
**INTERNET** - 23.04.2009

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0067-02/09**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Não existe prova ou certeza nos autos quanto ao ingresso das mercadorias no território deste Estado, não havendo como determinar, com segurança, a infração imputada ao sujeito passivo, o que macula de nulidade a autuação. Auto de Infração NULO. Decisão não unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 07/08/2008, refere-se à exigência de R\$20.098,89 de ICMS, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de que deixou de efetuar o 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 do RICMS/97, no período de maio a agosto de 2005 e fevereiro a maio, e julho de 2006.

O autuado apresenta defesa, às fls. 594 a 613, alega que o Auto de Infração padece de nulidade porque não tem a identificação do fato gerador. Afirma que nunca comprou qualquer mercadoria constante do presente Auto de Infração. Pede que seja solicitado do fornecedor os canchotos das notas fiscais para que se prove se as mercadorias entraram em seu estabelecimento. Transcreve trecho de citação de José Artur Lima Gonçalves, que descreve sobre a atividade fiscalizadora.

Argui que a fiscalização realizou um levantamento superficial e sem cautela, uma vez que a autuação trata só de matéria fática. Disse que num levantamento fiscal pode verificar que ele não adquiriu as mercadorias constantes do Auto de Infração.

Cita que há necessidade de investigação profunda e exaustiva de todos os fatos, pelo fisco, para a validação do ato de lançamento, e reproduz ementas do IRPJ, Primeiro Conselho de Contribuintes, que no seu entender, trata do assunto.

Argumenta que a autuação feita a partir de notas fiscais colhidas no fornecedor ou por meio de arquivos magnéticos, não lhe garante segurança jurídica. Acrescenta que o autuante não trouxe aos autos os canchotos das notas fiscais com a assinatura do seu representante legal ou preposto recebendo efetivamente as mercadorias nelas constantes. Aduz que a falta de prova do suposto fato delituoso caracteriza a nulidade do Auto de Infração.

Para falar do ônus da prova, cita o art. 333, I, do CPC e julgamento do STJ/PR.

Transcreve dispositivos da Lei 7.014/96, do CTN, para dizer que deveria ser aplicada a multa de 70% e não de 60%, no seu entender, porque o recolhimento não realizado em virtude da não escrituração fiscal, fator determinante para a omissão. Profere que, se os livros tivessem sido escriturados, estaria diante da omissão no recolhimento, porque a Lei trata da falta de antecipação e somente ocorre como razão direta em relação às operações que forem escrituradas.

Salienta que, o reflexo desta tipificação equivocada é o cerceamento do direito de gozar dos benefícios dispostos no art.45 da Lei 7.014/96.

Sustenta que a multa aplicada constitui confisco e fere os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, do ato vinculado, da vedação ao confisco, da capacidade contributiva, do lançamento tributário e reproduz ensinamentos de doutrinadores e decisões judiciais sobre os mencionados princípios.

Requer a realização de diligência, solicitando os canhotos das notas fiscais ao fornecedor, para que seja respondida a seguinte quesitação:

1. “ É possível um terceiro contribuinte adquirir atualmente mercadoria em outro Estado da Federação, utilizando-se de dados cadastrais do autuado”?
2. “Todas as mercadorias adquiridas pela autuada possuem o carimbo de canhotos das notas fiscais com assinatura do representante ou prepostos da empresa defendente, recebendo efetivamente mercadorias nelas constantes”?
3. “É possível que a autuada não tenha realizado a compra das mercadorias levantadas no Auto de Infração em tela”?

Conclui sua defesa solicitando que sejam excluídos os valores cobrados a partir das notas que não possuem comprovações de ingresso em seu estabelecimento e que seja reformado o Auto de Infração quanto a tipificação da multa aplicada, devendo ser aplicada a multa de 70% e não 60%, e que sua impugnação seja julgada procedente.

O autuante apresenta informação fiscal, fls. 621 a 622 dos autos, aduz que o contribuinte não contesta a falta de recolhimento do imposto devido por substituição tributária, protestando apenas sobre a penalidade aplicada, descreve alegações apresentadas na defesa, já constantes do relatório. Salienta que se for verdadeiro o argumento do contribuinte de que não recolheu o imposto porque não sabia da existência das notas fiscais, caberia ao autuado acionar judicialmente ao fornecedor para saber onde foram entregues as mercadorias e quem fez o pagamento das respectivas duplicatas. Diz que não cabe ao autuante anexar canhotos das notas fiscais.

Informa que a autuação decorreu de aquisição de produtos farmacêuticos oriundos dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, sem o pagamento do ICMS devido por antecipação por substituição tributária. Disse que estranha o argumento do autuado que afirma ser a penalidade correta a multa de 70% e não de 60%. Finaliza, pedindo que o Auto de Infração seja julgado procedente.

## VOTO

Inicialmente, indefiro o pedido de diligência para solicitação dos canhotos das notas fiscais ao fornecedor, vez que, os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, para a decisão da lide.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS, em razão da falta do seu recolhimento por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (medicamentos) provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS/97.

Compulsando os autos, verifiquei que as notas fiscais juntadas ao PAF, fls. 251 a 591, que embasaram a autuação, foram coletadas junto ao estabelecimento dos contribuintes, não pelo sistema Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito – CFAMT, implantado pela SEFAZ/BA. Referem-se às segundas vias fixas obtidas junto aos estabelecimentos emitentes da empresa Profarma Distribuidora Farmacêutica S. A., CNPJ nº 45.453.214/0013-95, situado no Estado de São Paulo e 45.453.214/0020-14, localizado no Estado de Minas Gerais, em trabalho conjunto com

prepostos fiscais das Secretarias de Fazenda dos dois Estados mencionados, consoante esclareceu o autuante em sua informação fiscal, fl. 622 e demonstrou com os documentos de fl. 13 e 14.

Pelas informações, pelos dados e documentos acostados ao PAF, ficou comprovado que os dois estabelecimentos da Profarma Distribuidora Farmacêutica S. A. emitiram as referidas notas fiscais, porém não há provas de que as mercadorias nelas relacionadas adentraram em circulação no Estado da Bahia, e muito menos, se foram adquiridas pelo contribuinte, não constando às mesmas do sistema de Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito – CFAMT, onde se registram os documentos fiscais que acobertam operações de circulação de mercadorias em trânsito no Estado da Bahia.

Por outro lado este mesmo Conselho de Fazenda já se posicionou através do Acórdão da Câmara Superior nº 1023/99, que os documentos fiscais em suas vias fixas não se prestam como prova de aquisição de mercadorias, requerendo prova complementar da entrada das mercadorias no estabelecimento do adquirente, nos seguintes termos: *“as vias fixas das notas fiscais colhidas junto ao estabelecimento remetente não são suficientes para se caracterizar, com segurança, a infração”*. O mesmo entendimento teve a 1ª. CJF – Acórdão nº 0303-11/08, ao tratar da mesma matéria. Não existem nos autos nenhuma prova complementar das entradas das mercadorias no estabelecimento do autuado.

Assim, considerando que as notas fiscais utilizadas no levantamento realizado pelo autuante foram coletadas nos estabelecimentos dos emitentes, situados em outras unidades da Federação, não existe prova ou certeza nos autos quanto ao ingresso das mercadorias no território deste Estado, não havendo como determinar, com segurança, a infração imputada ao sujeito passivo, o que macula de nulidade a autuação, nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

#### **VOTO DISCORDANTE**

Com a devida vênia, discordo do voto do nobre Relator pelas seguintes razões.

A decretação, por parte do Relator, da nulidade deste processo está fundamentada no artigo 18, IV, “a”, do RPAF, por entender que não há como se determinar, com segurança, a infração imputada ao sujeito passivo, pois não existe prova ou certeza nos autos quanto ao ingresso das mercadorias no território deste Estado.

Alicerça esse entendimento dizendo que não constam as notas fiscais no Controle Automatizado de Mercadorias em Trânsito – CFAMT, onde se registram os documentos fiscais que acobertam operações de circulação de mercadorias em trânsito no Estado da Bahia.

Observe que, como elemento de prova do cometimento da infração, encontram-se nos autos cópias de todas as notas fiscais que foram utilizadas para a apuração do débito, emitidas pelos contribuintes PROFARMA Distribuidora Farmacêutica S/A localizados no Estado São Paulo e de Minas Gerais, todas contendo os dados cadastrais do autuado.

Tais documentos fiscais foram obtidos através de ação fiscal desenvolvida pelos Auditores Fiscais Josias Joaquim de Oliveira, Gláucio Dória e José Ronaldo de Souza e Silva, diretamente nos citados fornecedores localizados em outros Estados, conforme ofícios de credenciamento DGP/SUFS nº 661 da Diretoria de Gestão de Projetos da Superintendência de Fiscalização do Estado de Minas Gerais e Ofício PFC-11-Sé nº 064/2006 da Diretoria Executiva da Administração Tributária – DEAT do Estado de São Paulo (docs.fls. 13 e 14)

Como se trata de uma ação fiscal específica por outros prepostos fiscais, entendo que deveriam ter sido carreados aos autos o Relatório de Conclusão Fiscal, de modo a se verificar se foram feitas outras verificações na escrita contábil dos fornecedores visando se identificar quem efetuou o pagamento das faturas correspondentes às notas fiscais, e outras conclusões acerca das operações realizadas em nome do autuado.

Na sessão de julgamento não propus a conversão do processo em diligência junto à SAT/INFIP para apresentação do Relatório de Conclusão Fiscal, uma vez que os demais julgadores assim não entenderam.

A existência de uma lide tem como característica partes em posições opostas, onde alegações de cada uma pode ou não corresponder à verdade dos fatos. Assim, as provas servem como meio de convicção, cabendo às partes a promoção de alegações da ocorrência ou não dos fatos, sempre acompanhadas de componentes materiais probatórios. Portanto, a administração fazendária e contribuintes, cabe não só alegar, mas principalmente produzir provas que criem condições de convicção favoráveis à sua pretensão.

No caso, o Fisco fundamenta a autuação em cópias das notas fiscais, enquanto que o autuado nada trouxe em sentido contrário, afirmando que não comprou as mercadorias e que caberia à fiscalização provar, mediante os canhotos das notas fiscais, quem recebeu as mercadorias.

Portanto, a questão se resume exclusivamente se as cópias das notas fiscais obtidas a partir do SINTEGRA mediante circularização juntos aos fornecedores, apensado aos autos, servem como elemento de prova da imputação fiscal em comento.

O Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços - SINTEGRA foi criado visando o controle informatizado das operações de entrada e saída interestaduais realizadas pelos contribuintes do ICMS.

Entendo que quando a fiscalização apura débito com base em dados do SINTEGRA sem a apresentação das respectivas notas fiscais, esse levantamento fica bastante fragilizado, uma vez que não existe o documento de prova da operação realizada, haja vista que, a nota fiscal representa um documento empregado para a comprovação de uma operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Trata-se, portanto, de um instrumento hábil capaz de estabelecer a regularização da mercadoria ou serviço, definindo-lhe origem e destinação, e legalmente é um documento fiscal e que tem por fim o registro de uma transferência de propriedade sobre um bem ou uma atividade comercial. Portanto, é o documento que comprova a existência de um ato comercial (compra e venda de mercadorias ou prestação de serviços).

Observo que, visando afastar quaisquer dúvidas relativas à fidedignidade das notas fiscais identificadas a partir do SINTEGRA, foram anexadas aos autos cópias das mesmas, obtidas por prepostos da Secretaria da Fazenda mediante circularização junto aos fornecedores, conforme ofícios de credenciamento de fiscalização expedidos pelas Secretarias de Fazenda dos Estados de origem das mercadorias.

É comum a fiscalização expedir cartas de circularização para fornecedores deste ou de outros Estados, objetivando levantar as vendas realizadas para contribuintes do Estado da Bahia. Trata-se de procedimento padrão de auditoria fiscal para certificar, junto aos fornecedores, a realização de operação mercantil por determinada empresa, cuja certificação é feita mediante a nota fiscal emitida.

No presente caso, se depreende que os prepostos fiscais citados da INFIP obtiveram as cópias das notas fiscais diretamente dos fornecedores nos Estados de origem, as quais, foram utilizadas pelo preposto fiscal autuante para o lançamento da exigência fiscal.

Em outros processos desta natureza fiscal no âmbito do CONSEF, várias são as decisões pela subsistência das autuações com base na cópia da nota fiscal em nome do contribuinte autuado.

Acompanho esse entendimento, pois, as cópias das notas fiscais obtidas junto aos fornecedores constam todos os dados cadastrais do estabelecimento autuado e foram fornecidas pelos respectivos fornecedores a pedido da Secretaria da Fazenda, e servem como elemento de prova das aquisições de mercadorias realizadas pela empresa, merecendo observar, que consta nas

notas fiscais no campo “observação”, que houve despacho por transbordo das mercadorias para a filial da Profarma inscrição estadual nº 64.250.907, o que, também descarta a hipótese aventada pelo Relator de que os documentos fiscais poderiam ser obtidos no CFAMT, uma vez que, se ocorreu o transbordo para a filial a cópia da nota fiscal que foi retida está em nome estabelecimento filial citado.

Pelas considerações acima, concluo que o PAF contém os elementos suficientes para determinar a infração e o infrator, pois está constituído com todos os demonstrativos necessários à determinação e compreensão da base de cálculo, eis que, a falta de recolhimento da substituição tributária foi determinada com base em documentos fiscais em nome do autuado.

Diante do exposto, não comungo com o entendimento dos demais membros desta Junta de Julgamento que votaram pela nulidade do presente Auto de Infração, por entender que não houve afronta a norma estabelecida pelo Art. 18, inciso IV “a” do RPAF/BA.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, EM decisão não unânime, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232856.0060/08-4**, lavrado contra **FARMÁCIA SANTA MARIA LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de abril de 2009

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/VOTO DISCORDANTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR