

A. I. N° - 269203.0008/08-6
AUTUADO - FARMÁCIA REOBOTE LTDA.
AUTUANTE - SUELY CRISTINA TENÓRIO MUNIZ RIBEIRO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 15.10.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0299-04/10

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. Inexistência de documentos probatórios complementares impossibilita a análise do mérito da exigência, visto que o lançamento de ofício não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a autoria da infração pelo autuado. Acolhida a preliminar suscitada. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 24/07/08, exige ICMS no valor de R\$ 61.182,23, 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 nos Anexos 88 e 89, inerentes ao período de agosto de 2004 a maio de 2006. Consta que o contribuinte adquiriu produtos farmacêuticos da PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A, oriundos dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, sem efetuar a antecipação tributária, conforme Auditoria da Antecipação Tributária nas Aquisições de Mercadorias de Outras Unidades da Federação e cópias de notas fiscais anexadas ao processo, às fls. 18 a 702 dos autos.

O autuado, através de seu advogado devidamente habilitado, apresenta tempestivamente sua defesa, às fls. 704 a 731 dos autos, onde inicialmente discorre sobre a infração apontada e afirma que o autuante, na mesma autuação, diz que as supostas aquisições foram efetuadas em outras unidades federativas, mas aplica normas destinadas a apuração de base de cálculo de operações feitas internamente no Estado da Bahia, já que seu demonstrativo de apuração da base de cálculo da antecipação tributária quantifica o valor dos produtos com base nos preços informado pelo Atacadista-Distribuidor dos medicamentos. Assevera o defendente que tal procedimento fiscal não possui previsão normativa, pois o próprio RICMS/BA e o Convênio ICMS 76/94 são uníssonos ao não contemplar a figura do preço sugerido pelo distribuidor, caso em que se subsume o suposto fornecedor dos produtos autuados. Sustenta que tal contradição inquina de vício terminal o Auto de Infração lavrado.

Salienta ainda que parte da autuação refere-se a uma suposta metodologia a ser aplicada tendo em vista operações interna de circulação de mercadorias, enquanto que outra parte o autuante extraiu suas convicções em Convênio interestadual que versa sobre substitui

Ressalta ser incoerente utilizar o Convênio ICMS 76/94, o qual foi denunciado pelos dois Estados indicados, para consolidação da base de cálculo da antecipação tributária, do que defende que seria melhor então dizer que o Convênio ICMS 76/94 estaria em vigor e o Auto de Infração seria improcedente, pois a responsabilidade pela substituição tributária seria do fornecedor.

Sendo assim, entende o defendente ser nula a autuação com espeque na alínea “a” do inciso IV do art. 18 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, já que não há como sustentar a autuação, pois não há segurança na hipotética infração dos elementos contraditórios focados, já que embora a descrição fática tenha afirmado a incomprovada aquisição de mercadorias de outras unidades federativas, a metodologia da base de cálculo empreendida pautou-se em dispositivos relacionados a operações internas dentro da Bahia, sem olvidar-se de destacar a imperfeição de sua aplicação ao fornecedor fiscalizado, já que não se reveste nem da condição de fabricante, nem muito menos de importador de medicamentos, por ser mero atacadista de produtos farmacêuticos.

Em seguida, aduz o defendente a existência de erros no levantamento realizado, acarretando imprecisão da base de cálculo apresentada, os quais seriam facilmente identificados se a autuante houvesse disponibilizado, em meio magnético, tais levantamentos, o que, segundo o defendente, o impediu de checar, em detalhes, as diversas inconsistências existentes, concluindo pelo cerceamento do seu direito de defesa, do que requer a decretação da nulidade da autuação.

Salienta ainda, como mais uma imprecisão da autuação, a não fundamentada e ilegal exigência da antecipação tributária do ICMS de medicamentos à defendente, mesmo diante da vigência do Convênio ICMS 76/94, uma vez que há notas fiscais emitidas em 2004 pela PROFARMA, oriundas de Minas Gerais, tornando indevida a exigência da antecipação ao autuado, visto que este Estado federativo somente denunciou o Convênio ICMS 76/94 através do Despacho nº 03/05, de 07/01/2005.

Assevera que, mesmo que, hipoteticamente, o autuado houvesse adquirido mercadorias em qualquer outra unidade da Federação, não haveria a possibilidade de materialização da incidência da antecipação tributária do ICMS pelo adquirente, pois todas as aquisições de suas mercadorias são destinadas ao consumidor final, não havendo que se falar em exigência da antecipação tributária, conforme preceitua o art. 355, VII, do RICMS/BA.

Sustenta que, por mais improvável que a alforria do contribuinte estabelecida pelas nulidades evocadas seja rechaçada, a autuação não se sustenta, devendo ser aclamada a sua procedência parcial, já que o autuado adquiriu somente as mercadorias discriminadas nas Notas Fiscais nºs 946201; 67092; 85979; 120719; 196709 e 214278, datadas, respectivamente, de 30/08/04; 02/03/05; 28/03/05; 09/05/05; 03/08/05 e 24/08/05, tendo inclusive promovido o recolhimento tempestivo do ICMS por antecipação, conforme DAE de fls. 744 a 749 dos autos, o que o exime de qualquer pagamento adicional do imposto. Solicita crédito tributário em relação à nota fiscal de nº. 946201, de 30/08/04, já que nos idos de 2004, Minas Gerais não havia denunciado o Convênio ICMS 76/94, sendo a responsabilidade pela substituição tributária do remetente.

Por fim, aduz o sujeito passivo que não adquiriu qualquer das mercadorias evidenciadas pelas demais notas fiscais apresentadas pela autuante, do que salienta que nenhuma delas possui qualquer sinal identificador de haver passado em qualquer posto fiscal das unidades federativas entre Minas Gerais ou São Paulo e Bahia, como também muito menos existe o recebimento de tais mercadorias por parte do autuado no canhoto do formulário da nota fiscal, além de inexistir identificação dos transportadores, nem de qualquer conhecimento de frete, até mesmo para a identificação dos veículos que transitaram interestadualmente na suposição do fisco.

Aduz que a mera existência de documentos fiscais como os apresentados não detêm o condão sequer de produzir presunção *juris tantum* do hipotético ilícito atribuído ao autuado, pois se trata de indício ténue, fragilizado, uma vez que não comprova a aquisição de mercadoria. muito menos a sua entrada no estabelecimento do defendente, até porq autuação, não foram capturadas no CFAMT, o que poderia redu

roteiro presuntivo, mas sim de simples e unilateral obtenção dos arquivos magnéticos junto à “pseudo” remetente, sem qualquer prévia e indispensável fiscalização no estabelecimento autuado.

Salienta que a comprovação de tal imputação, somente seria abalizada com a produção de outros roteiros de fiscalização, como a contagem de estoques *in loco* por exercício fechado e/ou aberto, que apurassem as divergências físicas no quantitativo dos medicamentos indicados.

A autuante, na sua informação fiscal às fls. 754 a 768 dos autos, inicialmente discorre sobre as alegações defensivas e, posteriormente, ressalta os dispositivos legais que fundamentou a sua ação fiscal, inclusive quanto à alegação acerca da insegurança da infração, metodologias utilizadas para determinação da base de cálculo. Aduz o preposto fiscal que, no caso em questão, as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária são oriundas dos Estados de São Paulo e de Minas Gerais, os quais não têm convênio ou protocolo com o Estado da Bahia e, por essa razão, deve-se proceder de acordo com o art. 371 do RICMS, o qual prevê que “o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação”, tendo a base de cálculo sido apurada conforme previsto no art. 61 do RICMS.

Também esclarece a existência de erros na citação da defesa, quanto a não aplicação ao Estado de Minas Gerais das normas contidas no Convênio ICMS 76/94, uma vez que o citado ente federativo denunciou o referido convênio em 1º de março de 2001, conforme Despacho COTEPE nº. 05/01, com efeitos a partir de 01/04/01. Em consequência, o crédito solicitado pelo autuado, em relação à nota fiscal de nº. 946201 de 30/08/04, não é devido.

Aduz que, apesar de o contribuinte não ter apresentado, à época da ação fiscal, os DAES referentes ao pagamento das notas fiscais de nºs 946201, 67092, 85979, 120719 e 214278, citadas pelo autuado, o preposto fiscal reconhece o tempestivo pagamento parcial das mesmas no montante de R\$ 782,84, remanescendo a recolher o valor de R\$ 75,10. Entretanto, em relação à nota fiscal de nº. 196709, também citada pelo autuado, salienta que não foi considerada, tendo em vista não ter sido possível apurar o valor pago, pois o requerente não apresentou cópia de seu registro no Livro de Entradas.

Por fim, quanto à alegação de que não adquiriu as mercadorias, a autuante informa que as cópias das notas fiscais foram requeridas e entregues diretamente pelos estabelecimentos da PROFARMA, situados nos Estados de São Paulo e de Minas Gerais. Ressalva, ainda, que o que reforça definitivamente a prova material da aquisição das mercadorias é que as notas foram entregues pelo fornecedor juntamente com os arquivos magnéticos, conforme regulamenta o Convênio ICMS 57/95. Assim, sustenta que são estas duas indubitáveis comprovações legais que suportam de forma contundente o Auto de Infração, não deixando dúvidas, sequer necessidades de comprovações adicionais, quanto à origem das mercadorias e o seu destino.

Concluiu sua informação fiscal solicitando ao CONSEF que seja julgado procedente em parte o Auto de Infração no valor de R\$ 60.399,39, consoante demonstrativo à fl. 768 dos autos.

O autuado, em nova manifestação às fls. 787 a 791 dos autos, invocando o princípio da verdade material, bem como da existência de fato novo superveniente, anexa o Acórdão JF nº. 0010-04/09, proferido pela 4ª JF, no qual acolheu a tese da improcedência da exação fiscal acoimada ao contribuinte daquela instrução processual, em situação fática exatamente igual à narrada neste Processo Administrativo Fiscal.

À fl. 802 dos autos, o PAF foi submetido à pauta suplementar da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, realizada em 29 de junho de 2009, tendo sido consignadas as seguintes considerações:

- a) as notas fiscais foram coletadas no estabelecimento fornecedor;
- b) na maioria delas foi indicado como transportador “**o próprio**” com indicação de que o frete era por conta do “**emitente**”;

- c) em algumas notas fiscais foi indicado “DESPACHO POR TRANSBORDO DA **FILIAL** SALVADOR-BA INSC. EST: 64.250.907” o que denota ter transitado pela PROFARMA.

Pelo exposto, a 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência à INFIP para que fossem adotadas as seguintes providências:

- 1- **INFIP** – intimar o estabelecimento **fornecedor** (São Paulo e Minas Gerais) para apresentar documentos que **comprovem a realização da transação mercantil com o estabelecimento autuado** relativo às notas fiscais objeto da autuação, a exemplo de cópia de pedido; comprovante de pagamentos; comprovante de entrega das mercadorias e outros que dispuser, com respaldo na sua escrituração fiscal e contábil.
- 2- Atendida a solicitação, deve ser intimado o autuado para tomar conhecimento do resultado da diligência fiscal, inclusive fornecer cópias dos documentos juntados ao processo e conceder prazo de **dez** dias para se manifestar, caso queira.

À fl. 811 dos autos, consta mensagem eletrônica entre preposto fiscal da SEFAZ e da PROFARMA advertindo que as planilhas encaminhadas pela Profarma são insuficientes para fazer prova junto ao Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF, de que as mercadorias constantes das notas fiscais foram efetivamente pagas pelas farmácias autuadas. Aduz que o CONSEF requer, para convencimento dos Conselheiros, a materialização da prova do pagamento e, para tal, será necessário que a Profarma encaminhe documento oficial com a relação das notas fiscais e os respectivos pagamentos, devendo ser anexada, também, a relação do banco recebedor, com a identificação do sacado do título. Pede brevidade no envio das informações, sob pena de o CONSEF julgar os Autos de Infração improcedentes e encaminhá-los aos fiscos dos Estados de origem das vendas das mercadorias, para as providências cabíveis.

Às fls. 812 a 819 do PAF, foi apensado aos autos documento intitulado de “DECLARAÇÃO”, com papel timbrado e subscrito por preposto da PROFARMA, informando que o autuado efetuou compras junto a seus estabelecimentos situados nos Estados de São Paulo, Bahia e Minas Gerais, consignando os números das notas fiscais e duplicatas, valores e datas de vencimentos e pagamentos, no período em que se desenvolveu a ação fiscal.

Instado a se manifestar sobre a Declaração do Fornecedor, o sujeito passivo apresenta nova manifestação, às fls. 826 a 838 dos autos, na qual aduz que o resultado da diligência somente resultou na corroboração das teses matrimoniadas pelo contribuinte, uma vez que em absolutamente nada comprova as infundadas alegações patrocinadas pela autoridade fazendária, reforçando a tese esposada pelo autuado no sentido de se decretar a nulidade/improcedência da autuação guerreada.

Destaca que o instrumento solicitou na diligência, de forma precisa, a juntada de documentos que atestassem as teses promovidas pela fiscalização, a exemplo de “cópia de pedido, comprovante de pagamentos, comprovante de entrega das mercadorias e outros que dispuser”. Contudo, o resultado da diligência efetuada, qual seja, a DECLARAÇÃO proferida pela PROFARMA não traz qualquer elemento novo adicional aos elementos existentes no Auto de Infração, uma vez que nenhuns dos documentos solicitados foram apresentados. Aduz que a simples juntada da planilha da PROFARMA não detém o condão de provar absolutamente nada, haja vista que no Auto de Infração exarado já existe a relação das notas fiscais emitidas contra o contribuinte, com o seu valor e data de vencimento, ou seja, exatamente o que consta da precitada DECLARAÇÃO do fornecedor.

Em seguida, salienta que:

- I) a “DECLARAÇÃO” indica a suposta aquisição de mercadorias pelo autuado nos estabelecimentos de São Paulo, Minas Gerais e Bahia da fornecedora, quando a descrição da infração é tão - unicamente hipotéticas compras em São I

- II) as datas de vencimento das notas fiscais indicadas na relação da “DECLARAÇÃO” não são as mesmas das notas fiscais apresentadas no Auto de Infração, o que fragiliza por inteiro as informações contidas no próprio lançamento tributário;

Assim, sustenta o defendente que a diligência nada trouxe ao processo capaz de comprovar o crédito fiscal indevidamente constituído, pois não carrou aos autos processuais qualquer comprovação fisco-contábil do adimplemento de tais hipotéticas aquisições, nem tampouco trouxe elementos *ex vi* conhecimentos de frete, relatórios de entrega de produtos, pedidos de compra efetuados à suposta fornecedora, levantamento quantitativo de estoques, nota fiscal arrecadada nos Postos Fiscais fronteiriços através do CFAMT, dentre inúmeros roteiros que poderiam ter sido executados pela Fiscalização, para comprovar o alegado na infração erroneamente atribuída ao sujeito passivo.

Por fim, salienta o patrono do autuado que, por incrível que pareça, esta própria SEFAZ/BA roboras as considerações tracejadas, pois, dentre os elementos disponibilizados ao contribuinte após a diligência efetuada, destaca-se o e-mail (constante à fl. 222 dos autos), o qual transcreve parcialmente, concluindo sua manifestação pela decretação de falência ao Auto de Infração, pois o próprio Fisco o considera improcedente, do que reitera como paradigma, ao retratar exatamente o caso em testilha, o Acórdão JF nº. 0010-04/09, que julgou improcedente o Auto de Infração nº 279467.0031/08-2.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir do sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, relativo às compras de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (medicamentos) junto ao distribuidor de produtos farmacêuticos, PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A, oriundos de estabelecimentos situados nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, não consignatários do Convênio ICMS 76/94.

Preliminarmente, acolho o pedido de nulidade do Auto de Infração, argüido pelo patrono do autuado, sustentado na tese da insegurança da infração, visto que o Processo Administrativo Fiscal é consubstanciado através de provas materiais e documentais, cabendo o ônus da prova, de modo geral, a quem produz a acusação, no caso concreto ao Fisco.

Conforme bem salientou o patrono do autuado em suas razões de defesa, a 2ª via das notas fiscais apensadas aos autos, coletadas junto ao emitente dos documentos fiscais, sem sequer com a comprovação da circulação das mercadorias no território baiano e sem o reconhecimento, mesmo que tácito, pelo adquirente das respectivas aquisições, é mera prova indiciária do ilícito fiscal imputado ao autuado, cabendo o ônus de provas complementares ao agente acusador, no caso concreto o Fisco, para a certeza do cometimento da infração.

A tentativa de saneamento do PAF, por parte deste colegiado, determinando diligência em busca de provas complementares da realização das transações mercantis consignadas nos documentos fiscais, de forma a certificar-se da ocorrência do ilícito fiscal apontado no lançamento de ofício, não teve êxito, pois a simples “DECLARAÇÃO” da PROFARMA, emitente dos documentos fiscais, consignando número de notas fiscais e de duplicatas, valores e data de vencimentos e de pagamentos, não substitui as provas complementares solicitadas, a exemplo de: cópia de pedido; comprovante de pagamentos; comprovante de entrega das mercadorias, etc. Tais dados inseridos na “DECLARAÇÃO”, conforme bem frisou o defendente, não trouxe qualquer elemento novo adicional aos já existentes no Auto de Infração.

Assim, considerando que, com exceção de apenas seis de aproximadamente duzentos e cinquenta documentos fiscais, o sujeito passivo é incisivo em afirmar que não adquiriu as mercadorias objeto da autuação e que a 2ª via da nota fiscal, no caso concreto, é pois não restou comprovado que o autuado, efetivamente, é o

indicado nos documentos fiscais, visto que as provas complementares perquiridas não foram trazidas aos autos, é inevitável se concluir que a inexistência destes documentos probatórios impossibilita ao julgador pronunciar-se sobre o mérito da exigência, visto que o lançamento de ofício não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a autoria da infração pelo autuado.

Logo, no caso concreto, nestas condições, não se vislumbra como este órgão julgador possa apreciar o mérito da imputação, visto que na autuação 97,5% das provas trazidas aos autos são insuficientes para o deslinde da lide, o que contamina o lançamento de ofício por se revelar uma imputação insegura quanto à autoria da infração, devendo ser decretada a nulidade do Auto de Infração epígrafado, com espeque no art. 18, IV, a, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, abaixo transcrito:

“Art. 18. São nulos:

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;”.

Deve-se ressaltar que há de se diferenciar tal situação específica com as decisões prevalentes exaradas por este Conselho de Fazenda, nas quais tem sido considerado, como prova suficiente de operações de compras, a coleta de notas fiscais, através do CFAMT, acobertando mercadorias em circulação no território baiano, com endereçamento a contribuintes localizados neste Estado, visto que, no caso concreto, a coleta das notas fiscais juntadas a este processo foi feita junto aos próprios emitentes situados em outros Estados (São Paulo e Minas Gerais) e não foi acostado ao processo qualquer prova de que as mercadorias nelas consignadas tenham circulado no território baiano ou outras provas complementares.

Nesse contexto de insegurança, voto pelo ACOLHIMENTO da preliminar suscitada, com esteio no art. 18, IV, “a”, do RPAF, para decretar NULO o Auto de Infração, por entender que, nesta situação específica, com exceção do ínfimo percentual de 2,5%, os elementos probatórios trazidos aos autos não conferem segurança quanto à efetiva ocorrência da infração pelo autuado, recomendando à autoridade fazendária, nos termos previstos no art. 156 do RPAF/BA, a renovação do procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **269203.0008/08-6**, lavrado contra **FARMÁCIA REOBOTE LTDA**.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de outubro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

FERNANDO A BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR