

A. I. Nº - 273307.0015/08-4  
AUTUADO - FARMÁCIA E DROGARIA VENTIN LTDA.  
AUTUANTE - LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
INTERNET - 03.11.2010

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACORDÃO JJF Nº 0313-04/10

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Considerando que as notas fiscais foram coletadas nos estabelecimentos do emitente, situados em outras unidades da Federação, não existindo prova ou certeza nos autos quanto ao ingresso das mercadorias no território deste Estado, não há como determinar, com segurança, a infração imputada ao sujeito passivo, mostrando-se eivada do vício de nulidade a autuação, nos termos do art. 18, IV, "a" do RPAF/BA. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 21/08/08, exige ICMS no valor de R\$35.584,35, acrescido de multa de 60%, relativo à falta de recolhimento do ICMS por antecipação, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA. Consta, na descrição dos fatos que adquiriu produtos farmacêuticos de empresas localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, sem efetuar a antecipação tributária do imposto, conforme notas fiscais relacionadas nos arquivos magnéticos (Convênio ICMS 57/95) e cópia de notas fiscais juntadas ao processo.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 566/574), discorre sobre a infração e diz que, o FISCO apresenta como prova "relação de notas fiscais, gerada a partir das informações contidas nos arquivos magnéticos - Convênio ICMS 57/95 - e cópias de notas fiscais".

Afirma que a acusação é frágil, lastreada em notas fiscais obtidas junto ao fornecedor sem qualquer outro elemento que indique ter as mercadorias ingressadas no Estado da Bahia.

Discorre sobre a prova na autuação, nos termos do art. 129, §2º do COTEB estabelecendo que o Auto de Infração deva conter todos os elementos necessários à comprovação dos fatos alegados, ou seja, que o ônus da prova, cabe ao autor do fato constitutivo do seu direito.

Argumenta que as provas apresentadas pelo autuante, são as informações coletadas pelo SINTEGRA junto à empresa supostamente fornecedora, localizada em outra Unidade da Federação, mas no seu entendimento não comprova que ocorreu a aquisição de mercadorias sem recolhimento do ICMS devido por antecipação.

Exemplifica que poderia ser apresentado como prova de aquisição: notas fiscais coletadas junto ao CFAMT – Controle e Fiscalização de Mercadoria em Trânsito, canhotos de recebimento das mercadorias, provas dos pagamentos, etc.

Questiona se a relação de notas fiscais fornecida pela PROFARMA é prova suficiente de que as mercadorias ali indicadas foram adquiridas pelo autuado, afirmando que não, visto que se trata de um documento produzido unilateralmente, sem qualquer vinculação com o autuado.

Aduz que a PROFARMA poderia ter emitido os documentos fiscais ~~contra seu estabelecimento~~ por vários motivos: erro de sistema, utilização indevida do cadas comercial, etc. Atenta que aquela empresa está localizada em Estac

ICMS 76/94 que rege as operações interestaduais com medicamentos, não tendo a empresa qualquer relação jurídica com a Bahia, não podendo, nem mesmo, ser fiscalizada, não correndo o risco de qualquer responsabilidade tributária pelas informações equivocadas que foram prestadas.

Afirma que o Direito Empresarial lhe socorre na construção lógico-jurídica de falta de sustentação da autuação, posto que as notas fiscais também possam ter o caráter de fatura, gerando, assim, um direito creditício ao fornecedor (duplicata - título de crédito), mediante comprovação da efetiva entrega da mercadoria e concretização da venda. Ressalta que o contrato de compra e venda mercantil pode ser provado através do pedido, de fatura acompanhada de comprovante de entrega da mercadoria ou ainda o conhecimento de transporte, o que não se afigura no caso em tela.

Transcreve ementa do Acórdão CS 2209/00 do CONSEF, Parecer PGE/PROFIS 207510002/05-2 e ementa e parte do relatório contido no Recurso 504.858 de 01/04/08 da 4ª Câmara do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro, para reforçar o seu posicionamento de que deve ser afastada qualquer autuação baseada unicamente em notas fiscais/faturas sem a comprovação da entrega das mercadorias.

Alega que no presente caso lhe é imputado responsabilidade pelo pagamento do ICMS, com base unicamente em documentos produzidos por empresa situada em outro Estado, concluindo que a prova que cabia ao Fisco não foi produzida de forma satisfatória, pelo que a acusação carece de segurança, conduzindo a sua nulidade.

Admite que tais documentos podem ser entendidos como indícios, ou seja, indicativos, sinais de que tais operações mercantis efetivamente existiram, sem desmerecer o sistema SINTEGRA, como instrumento auxiliar das funções do Fisco a ser complementado por outros roteiros, como auditoria de caixa, levantamento quantitativo, cruzamento bancário, informações dos transportadores. Entende que não se pode gerar insegurança jurídica caso a autuação seja confirmada, podendo ser ameaçados por fornecedores inescrupulosos, mormente os localizados em outros Estados, fornecendo informações equivocadas a seu respeito.

Requer a nulidade da autuação por insegurança na base de cálculo, por entender que os documentos que instruem a autuação não revelam a fonte utilizada pelo autuante para indicação da base de cálculo constante das planilhas e que tal motivo é suficiente para a anulação da autuação, já que a indicação precisa da base de cálculo é imprescindível para a regularidade do lançamento de ofício, assim como para o exercício da ampla defesa.

Por fim requer a nulidade da autuação e caso não acolhida, que seja julgada improcedente.

O autuante na informação fiscal prestada (fls. 595/600) inicialmente discorre sobre a infração, alegação defensiva e nulidade requerida, afirmado que com relação às nulidades suscitadas, as cópias das notas fiscais juntadas ao processo foram legalmente requeridas e entregues diretamente pela PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S.A. localizada nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, que é fornecedor habitual do estabelecimento autuado, fornecedor juntamente com os arquivos magnéticos, nos termos do Convênio ICMS 57/95.

Ressalta que o CONSEF em reiteradas decisões tem acatado que as notas fiscais destinadas a determinado contribuinte são provas bastante da realização de operações a elas referentes, não havendo necessidade de juntada de outras provas pela fiscalização, a não ser as próprias notas fiscais, a exemplo dos Acórdãos CJF 0256-12/04; 0075-12/05; 0109-11/07 e 0128-12/07.

Argumenta que cabe ao destinatário das mercadorias demonstrar cabalmente que não realizou tais aquisições pelos meios de que dispunha, a exemplo do voto exarado no Acórdão CJF 0109-11/07 que transcreveu à fl. 597.

Acrescenta que em relação ao método utilizado para apuração da ~~base da cálculo das autuações~~ objeto da autuação, foram entregues cópias das planilhas juntadas ao recibo passado na última folha, onde constam as informações referentes

cálculo e apuração do ICMS devido por antecipação tributária, o que no seu entendimento atende ao disposto no art. 39 do RPAF/BA. Descreve o significado de todos os itens apostos em cada coluna dos demonstrativos juntados ao processo (fl. 598).

Ressalta que além do relatório analítico apurando o ICMS devido por nota fiscal, consta no Auto de Infração também um relatório sintético totalizando os valores, possibilitando ao autuado entender como foi apurada a base de cálculo do lançamento.

Quanto ao mérito, atenta que o autuado não se manifestou e acrescenta que na determinação da base de cálculo tanto o art. 61 quanto o Anexo 88 do RICMS/BA remetem para o Convênio ICMS 76/94, cuja Cláusula Segunda transcreveu à fl. 599.

Conclui que a base de cálculo foi apurada de forma correta, utilizando o Preço Máximo de Venda a Consumidor (PMC) sugerido ao público pela ABCFARMA, e na sua falta, tomando como base o preço de venda, mais IPI, frete e demais despesas, acrescentando sobre este montante a Margem de Valor Agregado (MVA) prevista no citado Convênio. Contesta que o autuado não apontou qualquer erro na sua peça impugnatória para provar qualquer erro na metodologia aplicada.

Finaliza afirmando que a defesa é desprovida de fatos concretos que possam desconstituir a ação fiscal e convencido da irregularidade cometida pelo autuado, ratifica a ação fiscal e requer a procedência do Auto de Infração.

A 4ª JJJ determinou (fl. 603) que fosse realizada diligência ao estabelecimento fornecedor dos medicamentos para que fossem coletados outros elementos de provas além dos já existentes do processo.

Em atendimento a solicitação feita pela INFIP (fl. 605), a PROFARMA – DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S.A. emitiu declaração assinada pelo Sr. Evilásio Lino Freire, Contador registrado com o nº 57709-0 no Conselho Regional de Contabilidade do Rio de Janeiro (fls. 606/609).

Na mencionada declaração, indicou os números das notas fiscais de aquisição de mercadorias, o número da duplicata correspondente, a data de vencimento, o valor e data de pagamento das mercadorias adquiridas pelo estabelecimento autuado, da PROFARMA IE 64.250.907 localizada no Estado do Rio de Janeiro e IE 186786893.01-20 da PROFARMA localizada no Estado de Minas Gerais.

Em petição de 20/07/10 (fls. 616/617) o autuado inicialmente discorre sobre a autuação e defesa. Em seguida manifesta pedido que a PGE/PROFIS intervenha no processo por desconhecer as providências adotadas sem que tivesse tomado conhecimento, tendo o CONSEF determinado a realização de diligência sem motivação, com o intuito de constituir “provas do cometimento da infração”.

Argumenta que uma vez lavrado o Auto de Infração deve ocorrer um julgamento definitivo, com base no princípio da celeridade e segurança (art. 2º do RPAF/BA) e não pode ser prorrogado em prazo inesgotável.

A Secretaria do CONSEF intimou o autuado em 29/07/10 para tomar conhecimento do resultado da diligência (fls. 613/614) e concedeu prazo de dez dias para se manifestar, caso quisesse.

O autuado manifestou-se (fls. 621/629) e inicialmente requer a reabertura do prazo de defesa, sob pena de nulidade, por entender que a diligência providenciou a juntada de prova aos autos quanto ao cometimento da infração.

Discorre sobre os objetivos e procedimentos adotados na consecução da diligência realizada, ressalta que decorrido dois anos da autuação foram trazidas provas aos autos que é fiel repetição das que constavam no processo, por se tratar de documentos produzidos unilateralmente pelo suposto fornecedor.

Insiste que o Fisco deveria constituir provas do cometimento da infração antes da autuação, e que tendo alegado não ter adquirido as mercadorias objeto da autuação, as planilhas encaminhadas pela PROFARMA em atendimento à diligência “são insuficientes para fazer prova junto ao CONSEF” de que as mercadorias foram efetivamente pagas

Ressalta que foi vítima de uma autuação vultosa sem provas, e num “flagrante abuso de direito” as supostas provas foram trazidas aos autos depois de dois anos, sem que os documentos juntados ao processo tenham uma correlação com a escrita fiscal e contábil, sem identificação do sacado e muito menos a comprovação do recebimento das mercadorias.

Transcreve ementa do Acórdão JJF 0303-11/08 para reforçar o seu posicionamento de que os documentos produzidos pelos fornecedores não constitui prova suficiente da realização de negócio jurídico, diante da ausência de prova do recebimento da mercadoria e circularização no Estado da Bahia.

Por fim, requer a reabertura do prazo de defesa e a nulidade ou improcedência da autuação por falta de provas.

A Secretaria do CONSEF juntou à fl. 628, demonstrativo de débito constante no SIGAT.

## VOTO

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que a autuação não demonstra segurança, por entender que os documentos que instruem a autuação foram coletados no estabelecimento dos remetentes e que não havia comprovação no processo de que tenha adquirido as mercadorias objeto da autuação.

O Auto de Infração exige ICMS em razão da falta do seu recolhimento por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (medicamentos) provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas nos Anexos 88/89 do RICMS/97. Na defesa apresentada, o impugnante alegou não ter adquirido as mercadorias consignadas nas notas fiscais emitidas contra ele e afirmou que caberia ao Fisco trazer aos autos provas concretas da realização das operações mercantis. Requisitou a realização de diligência, com base no princípio da busca da verdade material, plasmado no art. 2º do RPAF/BA.

Considerando que as notas fiscais destinadas ao estabelecimento autuado foram coletadas junto a estabelecimentos fornecedores localizados em outras unidades da Federação, esta Junta de Julgamento determinou a realização de diligência no sentido de que fossem juntadas ao processo outras provas da realização das operações de compra por parte do impugnante.

Pelas informações, pelos dados e documentos acostados ao PAF, ficou demonstrado que a Profarma Distribuidora Farmacêutica S. A. emitiu as referidas notas fiscais contra o estabelecimento autuado havendo indício de ocorrência das operações. Porém, em atendimento a diligência determinada pelo CONSEF, o fornecedor emitiu uma declaração de que foram efetuadas compras conforme uma relação de notas fiscais com indicação das datas de pagamentos. A declaração juntada ao processo não faz prova de que as mercadorias nelas consignadas adentraram em circulação no território do Estado da Bahia, e muito menos de que foram adquiridas pelo autuado.

Saliento que, este mesmo Conselho Estadual de Fazenda já exarou decisão, através do Acórdão da Câmara Superior nº 1023/99, no sentido de que os documentos fiscais em suas vias fixas não se prestam como provas de aquisição de mercadorias, uma vez que é necessário elemento de convencimento suplementar da entrada dos produtos 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, no Acórdão nº 0303-11/08, ao tratar da mesma matéria.

Deve-se ressaltar que há que se diferenciar tal situação específica com as decisões prevalentes exaradas por este Conselho de Fazenda, nas quais tem sido considerada, 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 es próprios emitentes situados em outros Estados (São Paulo e Minas

processo qualquer prova de que as mercadorias nelas consignadas tenham circulado no território baiano ou outras provas complementares.

Observo ainda que na maioria das 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.

Também, 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.

A declaração do emitente, (fls. 606/609), não tem força para provar, de modo inequívoco, as operações mercantis que ensejariam a legítima cobrança do imposto por antecipação tributária, uma vez que designou números de documentos fiscais, duplicatas, vencimentos, valores e datas de pagamento, mas não trouxe qualquer documento, nem mesmo em cópias reprodutivas.

Assim, considerando que a multicitadas notas fiscais foram coletadas nos estabelecimentos dos emitentes, situados em outras unidades da Federação, não existindo provas ou certeza nos autos quanto ao ingresso das mercadorias no território deste Estado e não havendo como determinar, com segurança, a infração imputada ao sujeito passivo, mostra-se eivada do vício de nulidade a autuação.

Represento à autoridade competente para que renove a ação fiscal, desta feita sem os vícios ora apontados.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração 273307.0015/08-4, lavrado contra **FARMÁCIA E DROGARIA VENTIN LTDA**.

Esta Junta recorre de ofício desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01 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, 15 de outubro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – JULGADOR

PAULO DANILLO REIS LOPES – JULGADOR