

A. I. Nº - 207457.0722/08-4  
AUTUADO - RDA MEDICAMENTOS LTDA.  
AUTUANTE - RISALVA FAGUNDES COTRIM TELLES  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
INTERNET - 03.11.2010

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACORDÃO JJF Nº 0332-04/10

**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\$20.534,00, 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. 434 a 437), inicialmente discorre sobre a infração, e passa a contestá-la conforme razões que passou a expor.

Argumenta que o procedimento administrativo para lançamento do crédito tributário consubstancia-se em sucessivos atos jurídicos objetivando verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Ressalta que se impõem duas condições inafastáveis: dever da autoridade administrativa conhecer concretamente as hipóteses de incidência objetivando determinar o valor devido e o dever de proceder ao lançamento com base em dados concretamente detectados, não se admitindo imprecisão.

Alega que a exigência fiscal é desprovida de suporte fático e fundamentação legal, afirmando que “nada adquiriu a PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A oriundos do Estado de São Paulo ou Minas Gerais”.

Diz que o Auto de Infração fundamenta-se em notas fiscais “coletadas junto ao emitente e não há provas de que tais documentos tenham circulado nem mesmo foram pegados nos postos de Fronteira”. Aduz que as mercadorias tiveram outro destino que não o do deficiente.

Afirma que o Auto de Infração não pode prosperar por duas razões lógicas de direito: a primeira porque, o auto de trânsito, se fundamenta no termo de apreensão e não foi o caso. Segundo porque, inexiste comprovado que as mercadorias que fazem parte do auto de trânsito sejam destinadas ao estabelecimento, e não está comprovado que tenha transitado por:

Face ao exposto, requer a nulidade do Auto de Infração, ao teor do art. 18, IV do RPAF/BA, por inexistência de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator.

Ressalta que “notas fiscais obtidas diretamente junto aos emitentes localizados em outros Estados por si só não são suficientes para concretizar a infração” como tem decidido o CONSEF por meio das decisões contidas nos Acórdãos 109/06-6 e 308/02-05 que transcreveu à fl. 437. Requer que o Auto de Infração seja declarado nulo por inexistência de prova da aquisição e ingresso das mercadorias no Estado da Bahia.

A autuante na informação fiscal prestada (fls. 445/446) inicialmente discorre sobre a infração, alegações defensivas e passa a contestá-las conforme passou a expor.

Afirma que o Auto de Infração foi lavrado com base nas notas fiscais requeridas pela SEFAZ/BA, diretamente da PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S.A. localizada nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, cujas Secretarias de Fazenda autorizaram a realização de diligências pelo Fisco deste Estado, conforme credenciais juntadas às fls. 8 e 9.

Diz que as cópias das notas fiscais juntadas ao processo foram autenticadas por funcionário público, bem como a prova material é reforçada pelo fornecimento de arquivos magnéticos fornecidos pelo estabelecimento emitente das notas fiscais objeto da ação fiscal, nos termos do Convênio ICMS 57/95.

Argumenta que o autuado não apresentou qualquer elemento que evidenciasse falta de legalidade dos documentos fiscais, nos termos do art. 143 do RPAF/BA, ressaltando que trata-se de Auto de Infração lavrado na fiscalização de comércio e não no trânsito de mercadorias.

Finaliza afirmando que a defesa é desprovida de fatos concretos que implique na anulação da ação fiscal e requer a procedência do Auto de Infração embasado no Regulamento do ICMS nas Normas Complementares.

A 4ª JJF determinou (fl. 449) 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 à solicitação feita pela INFIP (fl. 451), 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. 452/456), confirmando o recebimento do pagamento das mercadorias vendidas ao estabelecimento autuado, relacionando nota fiscal, duplicata correspondente, data de vencimento, valor e data do pagamento.

A Secretaria do CONSEF cientificou o autuante e intimou o autuado para tomar conhecimento do resultado da diligência (fls. 460/461), concedendo prazo de dez dias para que se manifestassem.

O autuado manifestou-se (fls. 465/468), inicialmente discorre sobre a autuação, os argumentos apresentados na defesa de que não efetuou compras relativas às notas fiscais objeto da autuação e não há comprovação de que houve circulação física no Estado da Bahia.

Reitera os argumentos defensivos já apresentados, requer a nulidade por entender que o lançamento não contém elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator.

Quanto ao resultado da diligência, contesta dizendo que “A prova de que as mercadorias foram faturadas e pagas não alteram a questão”, visto que as mercadorias tiveram outro destino que não o seu estabelecimento, conforme argumentado na defesa inicial. Requer a nulidade da autuação.

A Secretaria do CONSEF acostou à fl. 471, detalhe do débito constante no SIGAT.

## VOTO

Na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, não especificando o fundamento legal. Observo que o mesmo foi lavrado p

indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os artigos 38 a 41 do RPAF/BA (Dec. 7.629/99). O contribuinte entendeu e se defendeu do que foi acusado e não vislumbra inobservâncias formais que conduzam à sua nulidade nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal, motivo pelo qual rejeito o pedido de nulidade formulado.

No mérito 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 este processo foi feita junto aos próprios emitentes situados em outros Estados (São Paulo e Minas Gerais) e não foi acostada ao 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 do sistema CFAMT, o que comprovaria a entrada da mercadoria no território baiano.

A declaração do emitente, ( fls. 802/808), 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 reprográficas.

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 n.<sup>o</sup> **207457.0722/08-4**, lavrado contra **RDA MEDICAMENTOS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de outubro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – JULGADOR

PAULO DANILLO REIS LOPES - JULGADOR