

A. I. Nº - 273307.0007/08-1
AUTUADO - FARMÁCIA TRADIÇÃO LTDA.
AUTUANTE - LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 03.11.2010

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0334-04/10

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 e não havendo como determinar, com segurança, a infração imputada ao sujeito passivo, mostra-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 24/07/2008, refere-se à cobrança de R\$ 16.861,49 de ICMS, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d" da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de que o autuado deixou de efetuar o recolhimento do imposto por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos Anexos 88/89 do RICMS/97, nos períodos de janeiro de 2005 a maio de 2006 (medicamentos, demonstrativos e documentos às fls. 07 a 164).

O contribuinte apresenta defesa às fls. 106 a 189, através de advogado regularmente constituído, nos termos do instrumento de mandato de fl. 200.

Alega, em preliminar de nulidade, no que pertine às notas fiscais emitidas contra ele e juntadas ao processo: (i) que não adquiriu mercadorias junto aos fornecedores de São Paulo e Minas Gerais sem pagamento do tributo ora exigido; e (ii) que desconhece as notas fiscais registradas nos demonstrativos elaborados pelo autuante, sendo que essas não foram visadas em posto fiscal e não há comprovantes de que adquiriu as mercadorias nas mesmas consignadas (fl. 187).

Sustenta que não há segurança na acusação, que o enquadramento legal é equivocado, posto que aplicável apenas ao ICMS decorrente de operações internas, que a base de cálculo é incerta, pois há um mesmo produto com valores unitários distintos nos levantamentos, além de incorretamente fixada, uma vez que, para alcançá-la, em parte, foi utilizado o Convênio ICMS 76/94, denunciado pelos Estados de São Paulo e Minas Gerais.

Nos seus dizeres, "o próprio Convênio ICMS número 76/94 não prevê a aplicação de suas normas para o caso de distribuidores, sendo a substituição tributária preconizada, apanágio exclusivo de fabricantes e importadores". A PROFARMA, sociedade empresária que lhe forneceu as mercadorias, é uma distribuidora.

Ainda em relação à apuração da base de cálculo levada a efeito pela autoridade fiscal, onde teriam sido utilizados critérios distintos, não existe, a seu ver, previsão legal ou infralegal que a fundamente. Pontua que o servidor fiscal olvidou-se de discriminar a classificação NBR/M/SCU dos produtos objeto do lançamento de ofício.

O auditor fiscal não disponibilizou em meio magnético os demonstrativos elaborados quando da auditoria, fato que o teria impedido de exercer o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Afirma categoricamente, à fl. 187, que não adquiriu qualquer das mercadorias evidenciadas nas notas fiscais colacionadas aos autos. Os mencionados documentos não possuem sinais identificadores de haverem transitado em posto fiscal, assinaturas em canhotos, conhecimentos de transporte anexos ou identificação dos transportadores.

Conclui requerendo a improcedência ou a nulidade do Auto de Infração.

Na informação fiscal, de fls. 205 a 215, o autuante transcreve o fundamento legal do ato administrativo, afirmando não haver equívocos, inclusive no que se relaciona à base de cálculo, que, de acordo com a Cláusula 2^a do Convênio ICMS 76/94, deve ser o valor correspondente ao preço constante de tabela, sugerido pelo órgão competente para venda a consumidor, e, na sua falta, o correspondente ao preço máximo de venda a consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial. Inexistindo os valores acima, a base imponível será formada tomando o preço praticado pelo remetente (parágrafo 1º).

Quanto aos critérios para a composição da base de cálculo, conforme tabela da ABCFARMA, foi computado o PMC com o valor de R\$ 14,14, e não o montante da operação, de R\$ 9,13, isso para o produto TROMBAMICINA DEXA COMO 05 ml ALC. (NF 223.763), pois havia preço publicado pelo fabricante. No tocante aos demais, foi usada a MVA de 49,08%, da denominada Lista Negativa, mais conservadora, uma vez que não havia como identificar se as mercadorias possuiam ou não outorga de crédito de PIS/COFINS. Para os itens não constantes da Lista Negativa foi aplicado o percentual de 58,37%, da Lista Neutra do Convênio ICMS 76/94.

O Convênio ICMS 81/93, na sua Cláusula 2^a, assim como o art. 61, II, “a” c/c item 14 do Anexo 88 do RICMS/BA (aquele quando se refere a atacadistas), também fornecem suporte jurídico para o lançamento e para a base de cálculo, ambos impugnados pelo sujeito passivo.

O demonstrativo de débito e as cópias de notas fiscais anexadas ao PAF (fls. 07 a 164), conforme aduz, são elementos suficientes para determinar a base de tributação, a infração e o infrator, motivo pelo qual não deve prosperar o pedido de nulidade.

Destaca que nos autos já existem provas materiais das aquisições das mercadorias designadas nas notas fiscais e pede a procedência do Auto de Infração.

Às fls. 217/218 o autuado fornece endereço para intimações e notificações. À fl. 221 pede que seja intimado de qualquer incidente processual após o retorno de viagem do seu patrono, no dia 28/02/2009. Às fls. 230 a 234 ingressa com manifestação, colacionando inteiro teor de decisão da 4^a Junta de Julgamento Fiscal deste Conselho e reiterando a argumentação relativa ao desconhecimento dos documentos fiscais que serviram de base para a cobrança.

Na pauta de 30/04/2009, a 4^a JJF – Junta de Julgamento Fiscal -, deliberou no sentido de converter o PAF em diligência à INFIP, para que fossem intimados os estabelecimentos fornecedores de São Paulo e de Minas Gerais para apresentar documentos que comprovassem a realização da transação mercantil com o autuado, relativa às notas fiscais objeto da autuação, a exemplo de cópias de pedidos, comprovantes de pagamentos, comprovantes de entregas das mercadorias e outros que dispusessem, com respaldo na escrituração fiscal e contábil (fl. 227).

À fl. 250, através de e-mail, o servidor da INFIP Rubens B. Soares solicita da PROFARMA os documentos comprovantes das transações mercantis. Como resultado, o distribuidor cingiu-se a enviar uma declaração, contendo números de notas fiscais, duplicatas, vencimentos, valores e datas de pagamento (fls. 251 a 254).

À fl. 255 a inspetora da INFIP destaca a necessidade de que sejam adotadas medidas cabíveis uma vez que aquele órgão não possui estrutura para a tarefa solicitada.

Devidamente cientificado (fl. 257), o autuante não apresentou informação sobre a diligência.

O contribuinte apresenta manifestação às fls. 261 a 272, onde registra que os elementos resultantes da diligência reforçam a tese esposada pela defesa e são imprestáveis para dar suporte ao lançamento de ofício.

Repete os pedidos já apresentados, uma vez que não foram carreadas aos autos provas da aquisição das mercadorias.

VOTO

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 e relacionadas nos Anexos 88/89 do RICMS/97.

Compulsando os autos, vejo que as notas fiscais foram coletadas junto a estabelecimentos de sociedades empresárias localizadas em outras unidades federadas. Referem-se às segundas vias obtidas nas unidades empresárias emitentes, ambas denominadas Profarma Distribuidora Farmacêutica S. A., uma localizada no Município de Contagem, no Estado de Minas Gerais, e outra situada na Capital do Estado de São Paulo, em trabalho conjunto com prepostos fiscais das Secretarias da Fazenda da Bahia e desses Estados.

Pelas informações, pelos dados e documentos acostados ao PAF, ficou demonstrado que a Profarma Distribuidora Farmacêutica S. A. emitiu as referidas notas fiscais. Porém, não há prova de que as mercadorias nelas relacionadas adentraram em circulação no Estado da Bahia, e muito menos de que foram adquiridas pelo autuado.

Nessa senda, 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.

A declaração do emitente, de fls. 251 a 254, 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.

Por outro lado, não caracteriza cerceamento de direito de defesa o fato de não terem sido apresentados ao sujeito passivo arquivos magnéticos com os levantamentos elaborados pelo fiscal, já que essa situação não encontra previsão na legislação de regência.

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^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **273307.0007/08-1**, lavrado contra **FARMÁCIA TRADIÇÃO LTDA.**.

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

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILÓ REIS LOPES – RELATOR

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR