

**A. I. N°** - 269203.0019/08-8  
**AUTUADO** - DROGARIA E CONVENIÊNCIA JL LTDA.  
**AUTUANTE** - SUELY CRISTINA TENÓRIO MUNIZ RIBEIRO  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 09.11.10

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACORDÃO JJF N° 0347-04/10

**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 18/08/08, exige ICMS no valor de R\$50.434,37, 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 (Conv. ICMS 57/95) e cópia de notas fiscais juntadas ao processo.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 453 a 469), preliminarmente ressalta que a ação fiscal restringiu-se ao confronto das notas fiscais coletadas pela fiscalização com as apresentadas pelo estabelecimento autuado, sem que tivesse sido feito um levantamento fiscal para verificar a movimentação dos estoques e certificar-se de que as mercadorias efetivamente deram entrada na empresa.

Discorre sobre o princípio da capacidade contributiva, transcreve parte de textos de autoria do professor Aroldo Gomes e salienta que “o levantamento presumido é resultado de invenção fiscal” desprovido de consistência jurídica, tendo em vista que não foi realizada conferência dos estoques da empresa para averiguar se “toda mercadoria adquirida ou foi vendida ou se encontrava, à época, no estoque da empresa, o que impediria qualquer imposição da obrigação tributária, frente a inexistência de operação a ser tributada”.

Argumenta que o imposto exigido mediante presunção colide com o princípio da tipicidade legal, transcreve textos de autoria dos professores Vitorio Cassone e Luis Mélega, acerca de lançamentos fundamentados em presunção e indícios que não servem para gerar obrigação tributária e cobrança de tributos. Conclui esta linha de raciocínio tentando demonstrar a ilegalidade da autuação, por levar em consideração indícios que não podem fundamentar lançamento de crédito tributário.

Afirma ainda que, “caso se entenda pela procedência da autuação”, a multa aplicada é ilegal, quer seja pelo seu caráter indenizatório ou penal pelo descumprimento de obrigação tributária, por entender que são indenizatórios a correção monetária e os juros de mora. Transcreve textos de autoria do doutrinador Sacha Calmon Navarro Coelho e Ruy Barbosa Nogueira acerca do caráter penal da multa objetivando impedir atos implicadores do nê principal ou acessória.

Ressalta que embora o texto constitucional tenha concedido competência ao Estado para instituir multas relativas ao ICMS, instituir multas com percentuais de 50%, 100% e 200% oneram a obrigação tributária e fere o princípio do não confisco. Na situação presente, afirma que a multa aplicada [60%] “atinge valor absurdo, inclusive, ao próprio imposto reclamado” (fl. 462) e colide com o disposto no art. 150, IV da Constituição Federal.

Transcreve trechos publicados por diversos doutrinadores (José Eduardo Soares de Melo, Hugo de Brito Machado e Américo Lourenço Masset Lacombe) acerca do princípio do não confisco, salientando que segundo tal princípio, a multa aplicada prevista na Lei n.º 7.014/96 não pode representar carga crescente de apropriação do patrimônio particular ou da renda do contribuinte, impedindo-o de viver e se desenvolver.

Transcreve diversos Acórdãos de Tribunais Superiores (fls. 465/468) em que decidiram pela redução da aplicação de multa de natureza confiscatória, tomando como parâmetro margem de 50% como fundamentada nas decisões do STF e STJ.

Finaliza requerendo que sejam apreciadas suas alegações, e caso necessário, seja transformado em diligência, deferindo a realização de perícia contábil, sob pena de configurar cerceamento de defesa e pelo julgamento da improcedência da autuação.

A autuante na informação fiscal (fls. 480 a 485) inicialmente discorre sobre a infração, alegações defensivas e passa a contestá-las na mesma ordem.

Ressalta que a acusação é de que o contribuinte deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA, com base nas notas fiscais juntadas às fls. 73 a 451, devidamente autenticadas, relativas a aquisições dos produtos objeto da autuação da PROFARMA, mediante diligência autorizada ao Fisco baiano, conforme credenciais às fls. 7 e 8, bem como fornecido os arquivos magnéticos correspondentes nos termos do Convênio ICMS 57/95.

Salienta que o fornecimento de notas fiscais e arquivos magnéticos por parte do fornecedor inscrito e localizado em outro Estado, destinadas ao seu estabelecimento, constituem contratos de fornecimentos de mercadorias e são válidas como provas de sua circulação e do respectivo ingresso no estabelecimento destinatário, até que se prove o contrário.

Ressalta que o autuado não apresentou qualquer elemento que evidenciasse falta de legalidade dos documentos fiscais em questão e no seu entendimento implica em simples negativa de cometimento da infração o que não o desonera de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal ao teor do art. 143 do RPAF/BA.

Chama a atenção para as decisões do CONSEF contidas nos Acórdãos CJF 075-12/05 e JJF 0256-03/04, transcrevendo ementa e parte do relatório, para respaldar o seu posicionamento de que a penalidade imposta conduz à certeza da ilegalidade tributária cometida pelo recorrente, com a tipificação correta do ilícito mediante provas apresentadas.

Rebate a alegação defensiva de que não houve conferência de estoques, visto que não se trata de imposto exigido por omissão de saída e sim de exigência de ICMS por antecipação relativo à aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária de estabelecimentos localizados em outros Estados (São Paulo e Minas Gerais).

Contesta a alegação defensiva de que a multa aplicada é de caráter confiscatório, em razão de que a mesma é prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, cabendo a ela apenas sua aplicação como determina a Lei e não discutir se é confiscatória ou não.

Conclui afirmando que não tendo sido apresentados elementos que impliquem em reavaliação do processo, ratifica a ação fiscal e pede a procedência do Auto de Infração.

A 4ª JJF determinou a realização de diligência (fl. 488) ao estabelecimento fornecedor dos medicamentos para que fossem coletados outros elementos de pro processo.

Em atendimento à solicitação feita pela INFIP (fl. 490), 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. 491/497).

A Secretaria do CONSEF intimou o autuado e cientificou o autuante do resultado da diligência (fls. 501/502), concedendo prazo de dez dias para que se manifestassem.

O autuado manifestou-se (fls. 504/505), inicialmente discorre sobre a autuação, os argumentos apresentados na defesa de que o representante da PROFARMA efetuou compras em seu nome e fez entrega das mercadorias a outros contribuintes.

Afirma que o procedimento da fraude praticada atingiu o Fisco que deixou de arrecadar tributos e a ele, tendo em vista que lhe exige imposto sobre operações supostamente praticadas de compras de mercadorias.

Argumenta que baseando-se nas informações enviadas pelo fornecedor o crédito tributário exigido é procedente, mas não pode ser desconsiderado os delitos praticados por pessoa que tinha acesso a seu cadastro, fazia pedidos, retirava mercadorias e fazia pagamentos em seu nome, para obter vantagens financeiras.

Requer o acolhimento da impugnação e seja declarado nulo o Auto de Infração, se não acatada a sua improcedência. A Secretaria do CONSEF juntou à fl. 534, demonstrativo de débito constante no SIGAT.

## VOTO

Inicialmente, consoante o art. 147, inciso II, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo defendente para a realização de perícia fiscal, por considerá-la desnecessária, em vista das provas produzidas nos autos. Conforme disposto no art. 150, II do RPAF/BA, a perícia deve ser determinada para esclarecer fatos, por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada. Na situação presente foram juntadas ao processo cópias das notas fiscais que embasaram a autuação e não há necessidade de requisitar laudo "por pessoa com reconhecida experiência técnica na matéria questionada" para fornecer opinião.

Além do mais, por determinação do CONSEF foi realizada diligência ao estabelecimento fornecedor, que carrou novos documentos ao processo, os quais foram entregues ao impugnante e concedido novo prazo para se manifestar sobre eles o que ocorreu, exercendo o seu direito de defesa.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS por antecipação relativo às aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (medicamentos).

Ressalto que na defesa apresentada o impugnante não questionou os critérios de apuração do imposto e do débito apontado na autuação.

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 convencimento suplementar da entrada dos produtos no estabel

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 acostado 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 emissor (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 emissor, (fls. 491/497), não constitui prova suficiente de que tenham ocorrido 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 as multicitadas notas fiscais foram coletadas nos estabelecimentos dos emissores, 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 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração n.º **269203.0019/08-8**, lavrado contra **DROGARIA E CONVENIÊNCIA JL LTDA**.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/RELATOR

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – JULGADOR

PAULO DANILLO REIS LOPES – JULGADOR