

**A. I. N°** - 278868.0053/08-4  
**AUTUADO** - M. M. MATOS & CIA. LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSÉ MARCELO PONTES  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 09.11.10

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF N° 0348-04/10

**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 dos emitentes, 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 25/08/2008, refere-se à cobrança de R\$ 19.041,59 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 exercícios de 2005 e 2006 (medicamentos, demonstrativos e documentos às fls. 08 a 239).

O contribuinte apresenta defesa às fls. 243 a 257.

Transcrevendo doutrina, dispositivos da legislação e decisões deste Conselho, assevera que a exigência tributária é indevida, porque não adquiriu as mercadorias discriminadas nos demonstrativos do autuante. Por outro lado, nenhuma prova foi trazida aos autos para consubstanciar a acusação, o que demonstra a procedência de suas alegações, uma vez que o ônus da prova é do fisco.

O lançamento é nulo de pleno direito, uma vez que não existe norma legal que autorize lançamento tributário fundamentado em operações cujas efetivas ocorrências não foram provadas, e não se pode exigir imposto com base em analogia.

Conclui pleiteando a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal, de fls. 262 a 264, o autuante afirma que o sujeito passivo adquiriu, em outras unidades da Federação, mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, sem que tenha registrado nos livros fiscais próprios as referidas operações, fato constatado no cotejo entre as informações contidas na escrituração e nas notas fiscais capturadas nos estabelecimentos do fornecedor. O emitente dos documentos, que inclusive está desobrigado de efetuar a retenção, mantém estreita relação comercial com o defendente.

Com o fim de robustecer as suas argumentações, informa ter juntado aos autos declaração do distribuidor / fornecedor (PROFARMA), de que vendeu a prazo ao autuado, sendo que a entrega foi feita por intermédio do seu estabelecimento localizado na Bahia.

Requer a manutenção da autuação.

Na pauta de 30/04/2009 a 4ª JF – 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. 269).

À fl. 271, 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. 272 a 274).

À fl. 275 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 cientificados (fls. 276 a 281), autuante e autuado não mais se manifestaram no processo.

### 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, 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. 272 a 274, 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 as 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 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **278868.0053/08-4**, lavrado contra **M. M. MATOS & CIA. LTDA.** Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal a salvo as falhas apontadas.

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

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR