

A. I. Nº - 269203.0017/08-5  
AUTUADO - RBD REDE BAHIANA DE DRUGSTORE LTDA.  
AUTUANTE - SUELY CRISTINA TENÓRIO MUNIZ RIBEIRO  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
INTERNET - 19.11.2010

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0367-04/10**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Considerando que a NF 88.871 foi coletada no estabelecimento do emitente, situado em outra unidade 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 na data de ocorrência de 31/03/2005, nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/B. Item NULO. Quanto à data de ocorrência de 30/04/2006, através dos documentos colacionados às fls. 94 a 96, o defendant logrou demonstrar que pagou mais do que o exigido. Item IMPROCEDENTE. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 11/08/2008, refere-se à cobrança de R\$ 8.802,32 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 março de 2005 e abril de 2006 (medicamentos, demonstrativos e documentos às fls. 09 a 57).

O contribuinte apresenta defesa às fls. 59 a 84, através de advogado regularmente constituído, nos termos do instrumento de mandato de fl. 90.

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 (fl. 62); e (ii) que desconhece a nota fiscal 88.871, sendo que esta não foi visada em posto fiscal e não há comprovantes de que adquiriu as mercadorias ali consignadas.

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 teriam sido utilizados critérios distintos, não existe, a seu ver, pre-

fundamente. Pontua que a servidora fiscal olvidou-se de discriminar a classificação NCM/SH dos produtos objeto do lançamento de ofício.

A auditora 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.

No mérito, assevera que adquiriu apenas as mercadorias discriminadas nas notas fiscais de números 701.311 e 701.312, de 18/04/2006, devidamente lançadas no livro Registro de Entradas, pelo que pleiteia a procedência parcial do Auto de Infração. Anexa cópia do mencionado Livro e de documento de arrecadação estadual, elementos que entende afastarem a exigência relativa às citadas notas fiscais (fls. 94 a 96).

Em relação à nota fiscal 701.311, teria pago o montante de R\$ 2.133,84, enquanto o demonstrativo do débito consigna R\$ 1.992,48. Quanto à nota fiscal 701.312, teria pago o valor de R\$ 1.324,35, enquanto se exige R\$ 1.161,18. Assim, restar-lhe-ia um crédito de R\$ 304,53.

Apesar do acima exposto, requer a improcedência da autuação, já que o art. 371 do RICMS/BA contém ressalva explícita, referente à hipótese do art. 355, VII (não se fará a retenção quando a mercadoria se destinar ao consumidor final), no qual diz estar enquadrado.

Quanto à nota fiscal 88.871, afirma categoricamente que não adquiriu qualquer das mercadorias evidenciadas na mesma. O mencionado documento não possui sinal identificador de haver transitado em posto fiscal, assinatura em canhoto, conhecimento de transporte anexo ou identificação do transportador.

Conclui requerendo a nulidade, improcedência ou procedência parcial do Auto de Infração, bem como o reconhecimento do precitado crédito, de R\$ 304,53.

Na informação fiscal, de fls. 102 a 113, a 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<sup>a</sup> 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 cópia de tabela da ABCFARMA, foi computado o PMC com o valor de R\$ 23,88, e não o montante da operação, de R\$ 16,02, isso para o produto ZYRTEC SOLUÇÃO ORAL 120 ml, pois havia preço publicado pelo fabricante. No que tange aos outros itens, foi utilizada a MVA de 20%, para 11 deles, classificados como “OUTRAS MERCADORIAS” no Anexo 89 do RICMS/BA. No tocante aos demais, foi usado o PMC ou a MVA de 49,08%, nos termos da fundamentação acima exposta.

O Convênio ICMS 81/93, na sua cláusula 2<sup>a</sup>, 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. 09 a 57), 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.

Apesar de o contribuinte ter discriminado erroneamente no livro Registro de Entradas a Bahia como Estado de origem das notas fiscais 701.311 e 701.312, quando na verdade são originárias de São Paulo, reconhece o pagamento efetuado, pelo que revisa o lançamento à fl. 112, restando no mesmo apenas a NF 88.871.

Destaca que nos autos já existem provas materiais da aquisição das mercadorias designadas na NF 88.871 e pede a procedência em parte do Auto de Infração.

Às fls. 126/127 o autuado fornece endereço para intimações e notificações. À fl. 131 pede que seja intimado de qualquer incidente processual após o retorno de viagem do seu patrono, no dia 28/02/2009. Às fls. 137 a 141 ingressa com manifestação, colacionando inteiro teor de decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal deste Conselho e reiterando a argumentação relativa à NF 88.871.

Na pauta de 16/05/2009, a 4ª 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. 152).

À fl. 155 o deficiente volta a juntar pedido em função de viagem do seu patrono, requerendo intimações somente após a data de 05/03/2010.

À fl. 161, através de e-mail, o servidor da INFIP Rubens B. Soares solicita da PROFARMA os documentos comprovantes da transação mercantil (NF 88.871). Como resultado, o distribuidor cingiu-se a enviar uma declaração, contendo números de notas fiscais, duplicatas, vencimentos, valores e datas de pagamento.

À fl. 163 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 científica, a autuante não se manifesta sobre o resultado da diligência.

O contribuinte apresenta manifestação às fls. 169 a 180, 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 designadas na NF 88.871.

## 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 a NF 88.871 foi coletada junto a estabelecimento de sociedade empresária localizada em outra unidade federada. Refere-se à segunda via obtida junto ao estabelecimento emitente, Profarma Distribuidora Farmacêutica S. A., CNPJ nº 45.453.214/0020-14 e inscrição estadual nº 186.786.893.01-20, localizado no Município de Contagem, no Estado de Minas Gerais, em trabalho conjunto com prepostos fiscais da Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais, consoante esclareceu a autuante em sua informação fiscal.

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

Nessa senda, este mesmo Conselho de Fazenda já se posicionou, 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 o 1º GIE no Acórdão nº 0303-11/08, ao tratar da mesma matéria.

A declaração do emitente, de fl. 162, não tem força para provar, de modo inequívoco, a operação mercantil da NF 88.871, 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 pela fiscal, já que essa situação não encontra previsão na legislação de regência.

Assim, considerando que a indigitada nota fiscal foi coletada no estabelecimento do emitente, situado em outra unidade 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 na data de ocorrência de 31/03/2005, nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

No mérito, quanto à data de ocorrência de 30/04/2006, são inverídicas as alegações defensivas concernentes à segurança da acusação, ao enquadramento legal e à base de cálculo, o que conclui com esquele na legislação transcrita às fls. 106 a 111. Através dos documentos colacionados às fls. 94 a 96, o defendant logrou demonstrar que pagou mais do que o exigido. Afinal, no levantamento de fl. 09 e no próprio Auto de Infração, em relação a este período, lançou-se a quantia de R\$ 3.153,66, relativa às notas fiscais 701.311 e 701.312, enquanto os mencionados documentos (fls. 94 a 96), comprovam o pagamento de R\$ 3.458,19.

Este não é o instrumento processual adequado para “reconhecimento de crédito”, conforme denominou o impugnante, de modo que o pedido referente ao eventual indébito originado do pagamento a maior, acima especificado, não pode ser apreciado no presente julgamento.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com representação à autoridade competente para que renove a ação fiscal, relativa à parte anulada, a salvo de falhas.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO em relação à ocorrência registrada em 31/03/05 e IMPROCEDENTE quanto a ocorrência consignada em 30/04/06, relativamente ao Auto de Infração nº 269203.0017/08-5, lavrado contra **RBO REDE BAHIANA DE DRUGSTORE LTDA.**, com representação à autoridade competente para que renove a ação fiscal, relativa à parte anulada, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de novembro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR