

A. I. N° - 206935.0004/08-9
AUTUADO - SOUZA CARDOSO COMÉRCIO DE FARMÁCIA LTDA.
AUTUANTE - UBALDO REIS RIBEIRO
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 02.12.2010

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0376-04/10

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 25/08/08, exige ICMS no valor de R\$38.033,04, 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. 462 a 472), inicialmente discorre sobre a infração, e passa a contestá-la argumentando que está pautada em pressupostos jurídicos equivocados, e em postergação da própria lei tributária editada pelo Estado da Bahia.

Discorre sobre a hipótese de incidência, momento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, tributos devidos por antecipação do ICMS previsto nos artigos 1º, 4º e 8º da Lei nº 7.014/96, que transcreveu às fls. 463/464.

Transcreveu o art. 371 do RICMS/BA, que trata de pagamento do ICMS por antecipação nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e afirma que por não haver Convênio vigente entre o Estado da Bahia e os de Minas Gerais e São Paulo, hipótese em que o ICMS seria retido pelo remetente das mercadorias, o imposto deve ser recolhido por antecipação, o que a primeira vista, a autuação se revestiria de legalidade, e a exigência tributária seria devida.

Entretanto, diz que a autuação não está revestida de legalidade e a exigência tributária é indevida pelo fato de que “não adquiriu as mercadorias discriminadas nos demonstrativos do autuante”, tendo em vista a inexistência de prova nos autos da efetiva aquisição das mercadorias e o preposto fiscal não pode exigir tributo sem a devida comprovação da sua aquisição e do efetivo ingresso da mercadoria no Estado da Bahia.

Contesta o enquadramento da infração indicando o art. 125 do RICMS/BA, visto que tal dispositivo legal trata do momento que o imposto deve ser recolhido o que não pode ser aplicado sem a ocorrência do fato imponível, por não haver prova do ingresso da mercadoria no Estado da Bahia e no estabelecimento autuado, havendo apenas como fulcro

gerador ocorrerá no futuro.

Reafirma que inexistem no processo quaisquer documentos comprobatórios de que o autuado tenha adquirido os produtos à PROFARMA e que as listagens apresentadas pelo autuante indicam que “foram geradas a partir das informações contidas nos arquivos magnéticos – Convênio ICMS 57/95 – e cópias de notas fiscais em anexo”, mas nada disto prova a existência de ato negocial entre as partes, nem aquisição, nem ingresso das mercadorias no Estado da Bahia e no estabelecimento do autuado.

Transcreve parte de texto contido no Acórdão 17.314/05/2ª do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais que manifestou pela impossibilidade de se utilizar informações do SINTEGRA para sustentar a exigência tributária.

Diz que a simples apresentação de relatório baseado em dados do SINTEGRA, ou mesmo apresentação de notas colhidas em estabelecimento de outra unidade da Federação, não tem o condão de, ao menos, comprovar o ingresso das mercadorias em território baiano, não são suficientes para comprovação de que houve, efetivamente, a aquisição dos produtos.

Alega que não existem nos autos provas de que houve aquisição, pagamento, ingresso no Estado da Bahia e recebimento das mercadorias e que somente a conjugação destes fatores autorizaria a exigência tributária contida na Lei do ICMS do Estado da Bahia.

Ressalta que o ônus da prova cabe ao acusador, devendo o lançamento de tributo ser suportado por provas e a autuação não se sustenta por ausência de prova efetiva da entrada das mercadorias no território deste Estado (art. 125, II do RICMS/BA).

Discorre sobre o ônus da prova, citando textos de autoria dos professores Paulo de Barros Carvalho, Caio Mário da Silva Pereira e Silvio Sálvio Venosa e questiona se a relação de notas fiscais carreadas ao processo, gerada a partir de arquivos magnéticos fazem prova de compras de mercadorias, ingresso no território baiano e no estabelecimento autuado. Responde afirmando que não existe nenhuma prova de que existiu o fato gerador da obrigação tributária e consequentemente inexistente a infração apontada nos termos do disposto no art. 112 do Código Tributário Nacional (CTN).

Afirma que da inteligência do artigo supra depreende-se o princípio da estrita legalidade tributária e na existência de dúvida sobre o perfeito enquadramento do conceito do fato ao conceito da norma, deve ser decidido a favor do réu. Transcreve parte de texto de autoria do professor Roque Antonio Carrazza, para reforçar o seu posicionamento no sentido de avocar-se tal princípio, na medida em que a exigência tributária não tem previsão legal.

Afirma que entendendo que existe cópia de um documento fiscal, presumindo que houve o ingresso das mercadorias neste Estado e no estabelecimento do autuado, o imposto não poderia ser exigido por analogia. Transcreve diversas decisões de julgados a exemplo do Acórdão JF 0189-01/02 deste Conselho; REsp 192635/RJ e RE 80744/SP do STJ.

Conclui esta linha de raciocínio dizendo que a exigência tributária é nula de pleno direito, por inexistir norma legal prevendo a possibilidade de exigência de tributo incidente sobre mercadoria que não se provou: ter sido adquirida pelo autuado, ingressado em território deste Estado, e, muito menos, de que o contribuinte a tenha recebido. Afirma que a exigência fiscal é equivocada, injusta e requer a improcedência da autuação.

O autuante na informação fiscal (fls. 476 a 479) inicialmente discorre sobre a infração, afirmando que as cópias das 291 notas fiscais juntadas ao processo, foram requeridas e entregues, de forma legal pela PROFARMA Distribuidora de Produtos Farmacêuticos, situada nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, mediante diligência autorizada ao fisco baiano, as quais foram confrontadas com as fornecidas pelo próprio autuado e relacionadas nas DMA e DME apresentadas à Secretaria da Fazenda.

Contesta a alegação defensiva de que não adquiriu as mercadorias, afirmando que o fornecedor não iria emitir notas fiscais contra o estabelecimento autuado se de fato não houvesse um negócio jurídico entre as partes. Questiona qual proveito seria auferido pelo fornecedor se os documentos emitidos não dessem respaldo a uma operação comercial verdadeira.

Argumenta que o autuado procedeu de forma irregular, ao não escriturar as notas fiscais contra ele emitidas nos livros próprios e da mesma forma, não procedeu à antecipação do ICMS que estava obrigado. Ressalta que os emitentes das notas fiscais são empresas regulares, em pleno exercício de atividade, inclusive possui uma filial neste Estado que mantém estreito relacionamento comercial com o estabelecimento autuado.

Salienta que as vendas foram feitas a prazo, o que dá mais credibilidade quanto às relações comerciais existentes entre o fornecedor e autuado, tendo as operações praticadas pelas filiais sido desobrigadas da retenção do ICMS, visto que estão localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais que denunciaram o Convênio ICMS 76/94.

Contesta o argumento defensivo de similaridade da decisão contida no Acórdão JJF 0189-01/02, por entender que aquela decisão trata de diferimento de bens do ativo, crédito fiscal, isenção e outros, enquanto este processo trata de notas fiscais emitidas por contribuintes idôneos, devidamente autenticadas, acompanhado dos respectivos demonstrativos.

Afirma que existe prova material da realização de negócio entre o fornecedor e o autuado, no momento que o primeiro declarou por meio das notas fiscais emitidas que vendeu mercadorias a prazo e entregou por meio de sua filial instalada neste Estado, não podendo o destinatário alegar que não recebeu e nem adquiriu as mercadorias constantes das notas fiscais elencadas no Auto de Infração, inclusive não sabendo onde foram entregues.

Transcreve parte de texto publicado pelo professor Alexandre Henrique Salema Ferreira, que trata de ônus da prova, para reforçar o seu posicionamento de que diante da inexistência de elementos de prova apresentados pelo autuado, devem ser considerados verdadeiros os documentos fiscais apresentados pela PROFARMA. Atenta ainda, para o fato de que o autuado não adotou qualquer providência jurídica contra o emitente de notas fiscais em seu nome, o que no seu entendimento fortalece a indicação do cometimento da infração apurada que culminou na lavratura do Auto de Infração.

Afirma que diante de uma situação de prática de ato ilícito injusto realizado pelo fornecedor, seria cabível a exigência de retratação, “ação regressiva por danos morais” por parte do autuado, mas ao invés desta atitude, “a vítima continua mantendo boas relações, inclusive comerciais, com seu acusador, agindo como se nada tivesse acontecido”, situação em que entende configurar uma confissão de reconhecimento de fatos contra o autuado.

Conclui dizendo que há no mínimo cumplicidade entre o fornecedor e o autuado, e o que interessa ao Erário Público é que ocorreram os fatos geradores do ICMS por antecipação que é devido ao Estado da Bahia, motivo pelo qual, requer a procedência da autuação.

A 4ª JJF determinou a realização de diligência (fl. 482) 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. 491), 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. 492/496).

Na mencionada declaração, indicou os números das notas fiscais de aquisição de mercadorias, o número da duplicata correspondente, a data de vencimento, o valor e data de pagamento das mercadorias adquiridas pelo estabelecimento autuado, da PROFARMA, localizada no Estado do Rio de Janeiro e IE 186786893.01-20 da PROFARMA localizada

A Secretaria do CONSEF cientificou o autuante e intimou o autuado para tomar conhecimento do resultado da diligência (fls. 500/03) e concedeu prazo de dez dias para se manifestar, caso quisesse.

O autuado manifestou-se (fls. 506/507) ressaltando que a diligência determinada pelo CONSEF requisitou documentos que comprovassem a ocorrência da transação mercantil, mas o fornecedor juntou ao processo apenas uma relação de notas fiscais. Entende que a prova requerida não foi produzida e a declaração e relação feita unilateralmente pela empresa constitui uma informação que não tem o condão de provar que efetivamente ocorreu a realização da operação mercantil. Requer a improcedência da autuação.

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.

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 pelos 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 à 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 acostado ao processo qualquer prova de que as mercadorias nelas consignadas tenham circulado no território baiano ou outras provas complementares.

Observe ainda que na maioria das vias (segunda) das notas fiscais juntadas ao processo foi indicado como transportador o “próprio” estabelecimento emitente

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 emitente, (fls. 492/496), 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 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **206935.0004/08-9**, lavrado contra **SOUZA CARDOSO COMÉRCIO DE FARMÁCIA LTDA**. Recomenda-se à autoridade competente a repetição da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas.

Esta Junta recorre de ofício desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR