

A. I. Nº - 232943.0015/08-7
AUTUADO - LEMOS BRITO COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.
AUTUANTE - REGINALDO CAVALCANTE COELHO
ORIGEM - INFAS ITABUNA
INTERNET - 27.12.2010

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0399-04/10

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 29/08/08, exige ICMS no valor de R\$39.427,94, 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. 183 a 185), inicialmente discorre sobre a infração, transcreve os artigos do RICMS/BA e Lei nº 7.014/96 indicados no enquadramento e tipificação da multa indicada no Auto de Infração.

Preliminarmente, afirma que se reserva ao direito, se for o caso, de apresentar outros meios de provas legais, solicitando perícia ou juntada de documentos em conformidade com o que determina o RPAF/BA.

Salienta que no demonstrativo elaborado pela fiscalização foram indicadas dezoito ocorrências no período de 2004 a 2006, sem que tenham sido indicados na sequência, registros relativos aos meses de janeiro e fevereiro/05.

Afirma que não aceita o enquadramento indicado no Auto de Infração: art. 371 do RICMS/BA - por entender que os Estados de Minas Gerais e São Paulo “fazem parte do Convênio para retenção do ICMS por antecipação ou substituição tributária nas operações interestaduais”; artigos 125, II, “b” e 61, “tendo em vista que não recebeu e não adquiriu as mercadorias constantes das notas fiscais elencadas no Auto de Infração”; bem como descartada a aplicação da multa prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Aduz que as notas fiscais mencionadas pelo autuante “é acostada no presente auto de infração por si só não confirma que o contribuinte cometeu a infração ali tipificada”.

Alega que “não reconhece as notas fiscais relacionadas que jamais adquiriu as mercadorias constantes das mencionadas notas fiscais listadas no auto de infração existência delas através do auto de infração”.

Alega que a irregularidade apontada é de responsabilidade das empresas emitentes das notas fiscais “que utilizaram a sua inscrição para emitir-las destinadas possivelmente a empresas ou pessoas não inscritas no cadastro do ICMS da Bahia”.

Cita decisões contidas nos Acórdãos CJF 4884/98 e JJF 0849/99 e CJF 085/99 que tratam de julgamento de matéria do mesmo gênero, cujas decisões foram favoráveis ao contribuinte com a decretação de nulidade daquelas autuações.

Pondera que além dos fatos mencionados lhe serem favoráveis, entende que fica a mercê de órgãos fiscalizadores para localizar o destino de notas fiscais emitidas sem idoneidade, considerando local de entrega diferente dos mencionados nas notas fiscais, sem previsão legal.

Apresenta à fl. 185 um demonstrativo de compras e vendas que efetuou e registrou nos exercícios de 2004, 2005 e 2006, afirmando que repudia os valores reclamados pela fiscalização. Requer a nulidade do Auto de Infração.

O autuante na sua informação fiscal (fls. 188 a 190) inicialmente discorre sobre a infração, alegações defensivas e passa a contestá-las na mesma ordem.

Preliminarmente diz que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção nos termos do art. 143 do RPAF/BA.

Afirma que o que motivou a lavratura do Auto de Infração foi a constatação de que o autuado adquiriu mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária da PROFARMA localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, sem que tivesse escriturado as notas fiscais nos livros próprios e procedido à antecipação do imposto como estava obrigado.

Ressalta que as notas fiscais que embasaram o Auto de Infração, foram requeridas pelos auditores fiscais Josias Joaquim de Oliveira Neto, Gláucio Dória e José Ronaldo de Souza e Silva, devidamente credenciados nas Secretarias da Fazenda dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, tendo sido entregues de forma legal pela PROFARMA Distribuidora de Produtos Farmacêuticos, situada naqueles Estados.

Afirma que as notas fiscais juntadas ao processo indicam vendas de produtos farmacêuticos ao estabelecimento autuado, são autênticas e foram emitidas por empresa legalmente constituída, em pleno exercício de atividade, inclusive com filial na Bahia, que mantém relacionamento comercial com o impugnante.

Observa que as vendas foram realizadas a prazo, cujas mercadorias foram despachadas por transbordo da filial de Salvador com Inscrição Estadual 64.250.907, conforme consta no rodapé de algumas notas fiscais juntadas ao processo.

Observa que os estabelecimentos da PROFARMA localizados nos Estados de São Paulo e Minas Gerais estão desobrigados de procederem à retenção do ICMS, em razão daqueles Estados terem denunciado o Convênio ICMS 76/94 e afirma que talvez por esse motivo, o autuado desconhecia a obrigatoriedade de fazer a antecipação do imposto relativo aos medicamentos adquiridos.

Com relação ao argumento de que não adquiriu as mercadorias do fornecedor, afirma que a declaração de venda a prazo e da entrega das mercadorias pela filial instalada neste Estado, como indicado nas notas fiscais constitui prova da ocorrência da operação mercantil, e que caberia ao recorrente apresentar provas de que as operações não se realizaram. Diz que neste caso, o ônus da prova se inverte, diante dos fatos narrados e comprovados.

Salienta que o julgador deve se convencer da veracidade dos fatos ocorridos evitando iliquidez, levando em consideração os documentos fiscais apresentados e o comportamento do recorrente junto ao seu fornecedor.

Aduz que é facultado ao acusado interpelar judicialmente quem lhe retratação, ação regressiva, indenização por danos morais, o que de

impugnante e seu fornecedor, entretanto estranha que ao invés dessa atitude os mesmos continuam mantendo relações cordiais, inclusive comerciais, agindo como se nada tivesse acontecido.

Entende que tal comportamento denota uma confissão, no mínimo cumplicidade entre as partes, mas o que lhe interessa é a existência de fatos geradores do ICMS por antecipação tributária devida ao Estado da Bahia. Mantém a exigência fiscal.

A 4^a JJF determinou a realização de diligência (fl. 194) ao estabelecimento fornecedor dos medicamentos para que fosse coletado outros elementos de provas além dos já existentes do processo.

Em atendimento à solicitação feita pela INFIP (fl. 195), 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. 196/201).

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 IE 64.250.907 localizada no Estado do Rio de Janeiro e IE 186786893.01-20 da PROFARMA localizada no Estado de Minas Gerais.

A Secretaria do CONSEF intimou o autuado para tomar conhecimento do resultado da diligência e concedeu prazo de dez dias para se manifestar, caso quisesse, o que não ocorreu no prazo legal.

Da mesma forma, juntou às fls. 207/208 demonstrativo de débito constante no SIGAT.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que a autuação não demonstra segurança, por entender que os documentos que instruem a autuação tenham sido coletados no estabelecimento dos remetentes e que não havia comprovação no processo de que tenha adquirido as mercadorias objeto da autuação.

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/BA.

Na defesa apresentada, o impugnante alegou não ter adquirido as mercadorias consignadas nas notas fiscais emitidas contra ele e afirmou que as segundas vias das notas fiscais juntadas aos autos, não foram visadas em postos fiscais do percurso das mercadorias e não se faziam acompanhar dos canhotos comprovando o recebimento das mercadorias pelo estabelecimento autuado para servir de prova de entrega das mercadorias. Argumentou que caberia ao Fisco trazer aos autos provas concretas da realização das operações mercantis com base no princípio da busca da verdade material.

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 notas fiscais destinadas ao estabelecimento autuado, havendo indício de ocorrência das operações. Porém, em atendimento à diligência determinada pelo CONSEF, o fornecedor emitiu uma declaração de que foi efetuado 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.

Saliento que, este mesmo Conselho Estadual de Fazenda já exarou

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 1^a 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 emitente (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 redespachada 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. 196/201), não constitui prova suficiente de que tenham ocorrido as operações mercantis que ensejaram 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 para comprovar a ocorrência das operações.

Assim, considerando que as notas fiscais objeto da autuação 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 232943.0015/08-7, lavrado contra **LEMOS BRITO COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS 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, 10 de dezembro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/RELATOR

FERNANDO ANTÔNI