

PROCESSO - A. I. Nº 206935.0004/08-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SOUZA CARDOSO COMÉRCIO DE FARMÁCIA LTDA. (FARMÁCIA SÃO COSME E DAMIÃO)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4º JJF nº 0376-04/10
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 16/08/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0227-12/11

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0376-04/10, ter desonerado o sujeito passivo do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, § 2º, do RPAF/99.

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 e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA. Consta, na descrição dos fatos que o recorrido 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 (Convênio ICMS 57/95) e cópias de notas fiscais juntadas ao processo.

Em defesa (fls. 462/472) o contribuinte afirma que o lançamento fiscal foi lavrado sobre pressupostos jurídicos equivocados.

Discorrendo sobre a hipótese de incidência, momento da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, tributos devidos por antecipação, previsto nos art. 1º, 4º e 8º da Lei nº 7.014/96 e art.371 do RICMS/BA, diz que, por não haver Convênio vigente entre o Estado da Bahia e os de Minas Gerais e São Paulo, 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, 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. Neste sentido contesta o enquadramento da infração indicando o art. 125 do RICMS/BA já que inexistente o fato imponible, por não haver prova do ingresso das mercadorias no Estado da Bahia e no estabelecimento autuado, havendo apenas como fulcro para presunção de que o fato gerador ocorrerá no futuro.

Reafirmando inexistir no processo quaisquer documentos comprobatórios de que o autuado tenha adquirido os produtos junto a 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*”, transcreve parte de texto contido no Acórdão 17.314/05 do 2ª do Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais que se manifestou pela impossibilidade de se utilizar informações do SINTEGRA para sustentar a exigência tributária.

Discorrendo sobre o ônus da prova, e nesta esteira citando textos de autoria dos professores Paulo de Barros Carvalho, Caio Mário da Silva Pereira e Silvio Sálvio Venosa, ressalta que o ônus da prova cabe ao acusador, devendo o lançamento de tributo ser suportado por provas. E conforme disposto no art. 112 do Código Tributário Nacional (CTN) é necessária a obediência ao princípio da estrita legalidade tributária e, na existência de dúvida sobre o perfeito enquadramento do fato, deve a lide ser decidida a favor do réu.

Transcrevendo julgados (Acórdão JFJ 0189-01/02 deste Conselho; REsp 192635/RJ e RE 80744/SP do STJ), conclui sua impugnação requerendo a nulidade da ação fiscal.

O autuante (fls. 476/479) ratificando o procedimento fiscal e discorrendo sobre a forma como procedeu a empresa, salienta que as vendas foram feitas a prazo. Contesta o argumento defensivo de similaridade da Decisão contida no Acórdão JFJ 0189-01/02. Discorre sobre o ônus da prova e afirma que diante de uma situação de prática de ato ilícito realizado pelo fornecedor, seria cabível a exigência de retratação, “ação regressiva por danos morais” por parte do autuado, que não o fez, inclusive mantendo boas relações comerciais com o seu fornecedor.

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 JFJ 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 a solicitação feita pela INFIP (fl. 491), a PROFARMA – DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S.A. emitiu declaração informando que o autuado efetuou as compras relativas às notas fiscais objeto da autuação, conforme relação onde foram indicados 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 na Bahia, EI 114.878.412.117 no Estado de São Paulo e IE 186786893.01-20 da PROFARMA localizada no Estado de Minas Gerais.

O autuante e o autuado foram devidamente cientificados (fls. 500/503), sendo que apenas este último se manifestou, aduzindo 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.

A 4ª JFJ prolatou a seguinte Decisão.

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 (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 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.

Recorreu de ofício desta Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal 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.

VOTO

O Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação (São Paulo e Minas Gerais) relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA (medicamentos).

A autuação teve por base dados de notas fiscais relacionadas nos arquivos magnéticos (Convênio ICMS 57/95) e cópias de notas fiscais juntadas ao processo, cópias estas de vias fixas pertencentes

ao estabelecimento fornecedor das mercadorias, ou seja, a PROFARMA – DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S.A.

Não havendo Convênio ou Protocolo entre os Estados Federados que indique como responsável tributário o remetente das mercadorias (caso presente) e estando elas enquadradas no regime da substituição tributária, cabe ao seu adquirente, no território do Estado da Bahia, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto (art. 371 do RICMS/97) pela operação comercial realizada. O prazo do seu recolhimento consta determinado em regulamento. No caso é aquele indicado no art. 125, II, “b” do citado Regulamento, com exceção se houver Regime Especial, ou seja, o imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário, na entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, quando se tratar de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação pela legislação estadual interna, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subseqüentes, ressalvadas as disposições contidas nos §§ 7º e 8º (postergação do recolhimento do imposto). Em assim sendo e neste sentido, a autuação encontra-se calcada em base legal.

Entretanto, as razões de defesa e a Decisão de 1º Grau têm total acolhimento por este Conselho de Fazenda Estadual que tem por posicionamento de que notas fiscais colhidas junto aos fornecedores de um contribuinte, a princípio, se constituem em indício de irregularidade. Para que sejam consideradas como prova material devem se fazer acompanhar de outras, por exemplo: comprovante de pagamentos realizado pelo adquirente, análise da contabilidade da empresa, duplicatas, entre outras. Ou seja, que a mercadoria foi, efetivamente, adquirida pelo contribuinte consignado no documento fiscal. Isto em decorrência do fato de que a prova material do ilícito constatado foi produzida por terceiros e não por quem cometeu a infração.

No caso presente e como anteriormente dito, as notas fiscais foram coletadas, primeiramente, através do SINTEGRA. Após, a Secretaria de Fazenda, junto ao fornecedor, recebeu cópias das mesmas. Solicitou que o contribuinte autuado apresentasse comprovante do recolhimento do imposto. Não sendo atendida, foi lavrado o Auto de Infração.

A JJF, na busca da verdade material, diligenciou os autos para que fossem apresentados documentos comprobatórios da transação comercial realizada. O único documento apresentado foi uma declaração produzida pelo fornecedor de que existiram as aquisições das mercadorias consignadas nas notas fiscais e que as mesmas foram quitadas. Esta declaração, por si só, não faz nem prova de que as mercadorias nelas consignadas adentraram em circulação no território do Estado da Bahia, nem, tampouco, que foram adquiridas pelo autuado.

Ao analisar as notas fiscais, verifiquei que, em muitas delas, consta que o transportador foi o próprio emitente e não consta a identificação do veículo utilizado para transportar as mercadorias. Em diversas outras, consta indicado que as mercadorias seriam entregues por “*despacho por transbordo da filial Salvador – BA, Inscr. Est.: 64.250.907*”, significando dizer que elas foram transportadas até a filial da PROFARMA localizada em Salvador e depois reenviadas ao destinatário. Com tal situação, existe uma impossibilidade de se realizar uma averiguação junto aos reais transportadores.

Por tudo exposto, de fato, não existe nos autos provas ou certeza quanto ao ingresso das mercadorias no território deste Estado, inclusive nenhum documento foi coletado no trânsito de mercadorias. Em assim sendo, não se pode determinar com segurança a infração imputada ao sujeito passivo.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto para manter inalterada a Decisão recorrida com base no art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99). Represento à autoridade competente para que, obedecendo ao prazo decadencial, seja analisada a possibilidade da realização de procedimento fiscal onde se possa provar a existência do ilícito fiscal, conforme indícios neste processo existente, objetivando resguardar os interesses do Erário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **206935.0004/08-9**, lavrado contra **SOUZA CARDOSO COMÉRCIO DE FARMÁCIA LTDA. (FARMÁCIA SÃO COSME E DAMIÃO)**. Recomenda-se à autoridade competente a repetição da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas, observando-se o prazo decadencial.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de julho de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS