

PROCESSO - A. I. Nº 232943.0019/08-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - BRITO SANTOS DISTRIB. E COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA. (DROGARIA LETÍCIA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0311-04/10
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 16/08/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0228-12/11

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 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. 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 0311-04/10, 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 29/08/2008, refere-se à cobrança de R\$ 58.640,77 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em razão de falta de 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 2004, 2005 e 2006 (medicamentos, demonstrativos e documentos às fls. 107/419).

Em defesa (fls. 425/427), o contribuinte afirma que em momento algum reconhece como suas as aquisições das mercadorias constantes nas notas fiscais autuadas. Requer a produção de provas legalmente previstas, inclusive perícia e juntada ulterior de documentos. Cita decisões deste Conselho e afirma que a responsabilidade tributária é do estabelecimento que emitiu as notas fiscais, uma vez que o mesmo utilizou, dolosamente, sua inscrição estadual com o único fim de acobertar vendas para sociedades empresárias ou pessoas físicas não inscritas no Cadastro do ICMS. Apresenta os totais de compras e vendas nos exercícios fiscalizados (fl. 422) e requer a nulidade da autuação.

O autuante (fls. 430/432) ratifica o procedimento fiscal. Objetivando consubstanciar sua posição, informa ter juntado aos autos declaração do distribuidor/fornecedor (PROFARMA), de que vendeu a prazo ao sujeito passivo, sendo que a entrega foi feita por intermédio do seu estabelecimento localizado na Bahia.

A 4ª JJF determinou (fl. 436) a realização de diligência ao estabelecimento fornecedor dos medicamentos no sentido de que fossem coletados outros elementos de provas além dos já existentes do processo.

Em atendimento a solicitação feita pela INFIP (fl. 436/443), 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 114.878.412.117 localizada 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. 446/448), sendo que apenas este último se manifestou, aduzindo que “*continua aguardando um fato novo para que possa se manifestar de acordo com o Código de Defesa Fiscal*”.

A 4ª JF prolatou a seguinte Decisão.

O Auto de Infração exige ICMS em razão da falta do seu recolhimento e do recolhimento a menos 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 as notas fiscais (que serviram de base para o trabalho fiscal) 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 de 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. 439 a 443, 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 referente às duas infrações.

Infração nula.

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, de que foram adquiridas pelo autuado.

Ao analisar as notas fiscais, verifiquei que, em muitas delas, consta que o transportador foi o seu 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 (Dec. 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 **232943.0019/08-2**, lavrado contra **BRITO SANTOS DISTRIB. E COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA. (DROGARIAS LETÍCIAS)**. Recomenda-se que seja renovado o procedimento fiscal a salvo das incorreções 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