

PROCESSO - A. I. Nº 269203.0018/08-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - FARMÁCIA E DROGARIA GUIMARÃES LTDA. (FARMAVIDA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0303-04/10
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 09/09/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0251-12/11

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-se de Recurso de Ofício interposto pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em face da Decisão que julgou Nulo o Auto de Infração em referência, no valor de R\$ 47.930,94, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de que o recorrido 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 exercícios de 2004, 2005 e 2006 (medicamentos, demonstrativos e documentos às fls. 09 a 542). Assim sendo, a referida JJF recorreu de ofício 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.

O contribuinte apresenta defesa às fls. 543 a 555, através de advogado regularmente constituído, conforme instrumento de mandato de fl. 556.

Ao final, conclui sua defesa inicial, reiterando o pedido da impugnação.

Os autos foram encaminhados para a 4ª JJF, que, após análise dos mesmos, exarou a Decisão, transcrita, em parte, a seguir:

“(..). Conforme relatório supra, o pedido de diligência efetuado pelo sujeito passivo foi atendido, com base no princípio da busca da verdade material, plasmado no art. 2º do RPAF/BA.

A multa cominada está prevista no artigo 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96. Fico tolhido de manifestar-me a respeito de eventual efeito confiscatório, em face do disposto no artigo 167, inciso I do RPAF-BA/99, que não atribui ao órgão julgador administrativo a competência para a declaração de inconstitucionalidade ou negativa de aplicação de lei, decreto ou ato normativo.

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.

Compulsando os autos, vejo que as notas fiscais 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 da 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. 576 a 582, 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”.

VOTO

Após cuidadosa análise dos autos, pude constatar que reparo algum merece a Decisão de 1ª Instância. Pelo que se depreende dos documentos contidos no presente processo administrativo fiscal, a autuação de prende a falta de recolhimento do ICMS antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de medicamentos advindos de outras unidades da Federação, relacionadas nos Anexos 88/89 do RICMS/97.

Com base nos documentos acostados aos autos, pode-se constatar que a empresa PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS foi a emitente das notas fiscais que indiciam a ocorrência das operações de circulação dos produtos farmacêuticos. Todavia, não se constata, de forma clara e precisa, se, efetivamente, os medicamentos constantes nas referidas notas efetivamente circularam até o destino indicado nas referidas notas, ou seja, se adentraram no território baiano até a entrega ao contribuinte autuado. A declaração da emitente das notas fiscais a título de comprovação das operações, apenas traz uma relação de notas fiscais com indicação de números dos documentos fiscais, duplicatas com vencimentos, valores e datas de pagamento, mas não se juntou qualquer documento, nem mesmo em cópias reprográficas, que comprovassem com segurança a circulação das mercadorias e a entrega no estabelecimento do autuado.

Pelo que se depreende dos autos, à luz da legislação aplicável e com eco em várias decisões do Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), a simples apresentação de notas fiscais em suas vias fixas não se constitui prova incontestada de que houve circulação e entrada dos produtos no estabelecimento da empresa destinatária, a exemplo da Decisão contida no Acórdão da Câmara Superior nº 1023/99, trazida à baila pela 1ª Instância, já que se faz necessário outros elementos fiscais que caracterizem a circulação e entrada dos referidos produtos, advindos de outros estados, no estabelecimento da adquirente autuada. Nesta esteira jurídica, a 1ª CJF, através do Acórdão nº 0303-11/08, exarou a mesma Decisão ao tratar de matéria similar.

Como bem assinalou a 4ª JJF, os documentos fiscais acostados pela empresa emitente PROFARMA “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 da Fazenda da Bahia e desses Estados.

Ora, não se conseguiu identificar qualquer prova material que assegurasse a ocorrência da circulação das mercadorias entre a empresa emitente das notas e a empresa autuada.

Com base no que preceitua o art. 18 do RPAF/99, todo e qualquer lançamento de ofício que não permita determinar com segurança a infração cometida, deve ser considerado nulo de pleno direito.

Por conseguinte, estou cômico de que para a garantia da verdade material e da justiça fiscal, deve-se manter a NULIDADE do Auto de Infração em epígrafe, recomendando novo procedimento fiscal a salvo das falhas que ensejaram a sua nulidade. Portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter a Decisão recorrida.

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 269203.0018/08-1, lavrado contra **FARMÁCIA E DROGARIA GUIMARÃES LTDA. (FARMAVIDA)**. Recomenda-se novo procedimento fiscal a salvo das falhas.

Sala de Sessões do CONSEF, 18 de agosto de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS