

PROCESSO - A. I. Nº 281331.0208/08-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - DROGARIA E PERFUMARIA PHARMA VITAE LTDA
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0308-04/10
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 09/09/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0254-12/11

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-se de Recurso de Ofício, interposto pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF que julgou Nulo o Auto de Infração referente a uma infração.

O lançamento de ofício foi lavrado em 06/08/2008, para exigir imposto no valor de R\$65.624,79, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte infração:

Infração 01: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas no Anexo 88e 89 do RICMS/BA.

Consta que o contribuinte adquiriu produtos farmacêuticos da Profarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S.A., oriundos dos 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 cópia de notas fiscais juntadas ao processo.

A 4ª JJF entendeu, por unanimidade, julgar o Auto de Infração Nulo em virtude da ausência ou incerteza de provas nos autos quanto à tipificação da infração com base nas considerações proferidas pelo ilustre relator de primeira instância, *in verbis*.

(...)

Suscitou ainda 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 foram 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/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 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 a 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 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. 951/958), 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 as 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”.

Cientificados, autuado e autuante não retornaram aos autos.

VOTO

O presente Recurso interposto de ofício pelos julgadores da 4ª JJF deste CONSEF tem por objeto reapreciar do Acórdão de nº 0308-04/10 que impõe sucumbência à fazenda pública estadual, tudo na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA.

A Decisão submetida à revisão desta Câmara de Julgamento Fiscal não merece reforma, senão vejamos.

O Auto de Infração acusa o contribuinte de haver deixado de proceder ao recolhimento do ICMS por antecipação, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da

Federação relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA.

A Douta 4ª JJF decidiu julgar nulo o lançamento de ofício com o fundamento de que não há como se determinar, com a necessária segurança, a infração imputada ao sujeito passivo. Note-se que qualquer Auto de Infração, necessariamente, deve atender ao que preceitua o art. 39 do RPAF/Ba, atentando para os comandos ao art. 18 do mesmo diploma legal.

No caso em discussão, a 4ª JJF, com muita propriedade trouxe à baila alguns elementos de fundamental importância à fundamentação da Decisão combatida.

Ante à aparente nulidade do Auto de Infração, por falta de segurança no lançamento, dada a falta de comprovação nos autos de que havia o contribuinte adquirido as mercadorias objeto da autuação, a JJF determinou diligência no sentido de que fossem juntadas aos fólios deste PAF as necessárias provas das efetivas operações de compra por parte do impugnante, entretanto, do elemento trazido aos autos, qual seja, a mera relação de notas fiscais, em timbrado da Profarma, com indicação das datas de pagamentos, não se pode estabelecer que esteja provado que as mercadorias ali indicadas, efetivamente, adentraram ao território do Estado da Bahia, e muito menos de que houve circulação das mesmas mercadorias no território do nosso Estado, ou seja, não se pode afirmar que o autuado as adquiriu. Ainda quanto aos documentos que fundamentam a acusação fiscal, lembrou o i. Relator “*a quo*” que este CONSEF vem decidindo que são imprestáveis, como prova de aquisição de mercadorias, aqueles documentos fiscais em suas vias fixas, quando não restar provado que houve a correspondente entrada das mesmas mercadorias no estabelecimento do adquirente.

O relator de primeiro grau, atento, observou que em boa parte das notas fiscais jungidas aos autos, no campo de identificação do transportador, há a indicação de “próprio”, sugerindo que a Empresa Profarma havia executado o transporte, sem qualquer indicação que possa identificar o veículo ou o motorista, o que impede que se possa alcançar a verdade dos fatos por este caminho.

Outro meio que se mostrou ineficiente à apuração dos fatos, foram os sistemas internos da própria SEFAZ, a exemplo do CFAMT, que mesmo havendo, em boa parte das notas fiscais, indicação de que as mercadorias seriam entregues na filial da Profarma em Salvador, não foi possível tal confirmação.

Entendo que no presente PAF, a despeito dos fortes indícios que levaram ao autuante à lavratura do Auto de Infração em questão, não há elementos suficientes que sirvam para que seja estabelecido, de maneira segura, o cometimento da infração ali indicada. Em verdade, a d. JJF, pelo relatório e voto do relator *a quo*, demonstrou que a necessária segurança para a indicação da infração, como determina os artigos 18 e 39 do RPAF/Ba, não estão presentes nos fólios deste PAF. Mesmo a diligência realizada por determinação da mesma 4ª JJF foi incapaz de trazer à lume os elementos necessários à manutenção do lançamento de ofício, haja vista, que trouxe aos autos mera relação de documentos fiscais, duplicatas, vencimentos, valores e datas de pagamento, informações absolutamente imprestáveis na medida em que, sozinha, não é capaz de elidir ou manter a acusação fiscal.

Quanto às notas fiscais motivo do lançamento, obtidas no estabelecimento da Profarma, empresa com endereço de origem em outras unidades da Federação, apenas mudariam o status de indício para prova do cometimento de infração fiscal, se, e somente se, fossem carreadas aos autos as necessárias e imprescindíveis provas de que as mercadorias objeto da autuação adentraram o Estado da Bahia e tiveram como destinatário o estabelecimento do autuado.

Assim, diante de tudo o quanto exposto, me alinho à Decisão prolatada em primeiro grau, que julgou nulo o Auto de Infração. Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso interposto de Ofício. A rigor do art. 21 do RPAF/Ba, verificadas as possibilidades, recomendo que seja renovada a ação fiscal a salvo de falhas aqui apontadas.

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 **281331.0208/08-8**, lavrado contra **DROGARIA E PERFUMARIA PHARMA VITAE LTDA**. Recomenda-se à autoridade competente instaurar novo procedimento fiscal, a salvo de incorreções apontadas, nos termos do art. 21 do RPAF/99.

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

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

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