

PROCESSO	- A. I. Nº 129423.0044/08-1
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- LLP COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA. (HIPER DROGARIA BAHIA PARA TODOS)
RECURSO	- REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS – Acórdão 5ª JJF nº 0250-05/10
ORIGEM	- INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET	- 22/09/2011

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0271-11/11

**EMENTA:** ICMS. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA COM BASE EM NOTAS FISCAIS (2ª VIA FIXA) OBTIDAS JUNTO A ESTABELECIMENTO SITUADO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. Os documentos fiscais assim obtidos por si só não se constituem em prova efetiva da aquisição das mercadorias pelo sujeito passivo, no entanto, no caso presente, diligência realizada pela JJF trouxe aos autos declaração do fornecedor com a relação das duplicatas relacionadas às notas fiscais objeto da autuação, com a respectiva data de vencimento, o valor e a data de pagamento dos referidos títulos de crédito, diligência da qual teve ciência o sujeito passivo e não se manifestou, reconhecendo tacitamente a acusação. Infração caracterizada. Representação NÃO ACOLHIDA. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS ao CONSEF, com base no § 1º, art. 119 da Lei nº 3.956/81 – COTEB - para que seja julgado Improcedente o presente Auto de Infração, lavrado para imputar ao contribuinte a falta de recolhimento do ICMS, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias – produtos farmacêuticos – junto a Profarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S/A, no Estado de São Paulo, conforme relação de notas fiscais obtidas a partir de informações contidas nos arquivo SINTEGRA, cujas cópias, através das segundas vias fixas, foram acostadas aos autos, às fls. 10 a 16, no valor total de R\$1.283,74, nos meses de dezembro de 2005 e fevereiro a maio de 2006.

O Auto de Infração foi julgado Procedente na Primeira Instância, através de Acórdão da lavra da 5ª JJF de nº 0250-05/10, fls. 361 e 363 dos autos, com os seguintes fundamentos, “in verbis”:

*“Examinando os elementos acostados aos autos, verifica-se que o Auto de Infração foi lavrado com base nas segundas vias fixas de notas fiscais, às fls. 10 a 16, obtidas junto ao estabelecimento emitente, empresa PROFARMA Distribuidora Farmacêutica S. A., CNPJ nº 45.453.214/0013-95, situada no Estado de São Paulo, em trabalho conjunto com prepostos fiscais das Secretarias de Fazenda dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, consoante demonstrado no documento de fl. 342 do PAF, relativo a fatos geradores da substituição tributária em que o contribuinte não efetuou a retenção e recolhimento do tributo, consoante demonstram as planilhas às fls. 06 à 09 e notas fiscais às fls. 10 a 16 dos autos.*

*O contribuinte negou que tenha adquirido tais mercadorias, contestou a autuação alegando ausência de provas para comprovar a acusação de “deixar de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação”, porque foi constatado a partir de notas fiscais colhidas no fornecedor, tendo como destinatário a sua empresa ora autuado, citando que tais documentos não são meio de prova de que na condição de contribuinte tenha adquirido tais mercadorias e não recolheu o imposto por substituição. Argumentou que a empresa vendedora das mercadorias é quem tem a obrigação de informar a quem tais mercadorias foram entregues e de quem recebeu o pagamento pelas mesmas, ou provar que as mesmas foram pedidas, entregues e pagas pelo autuado.*

*Verifico que em decorrência das alegações do sujeito passivo e considerando que as notas fiscais coletadas junto ao fornecedor por si só são insuficientes para embasar a autuação, o processo foi convertido em diligência à INFAZ de origem para obter e juntar aos autos outros elementos que demonstrem as aquisições das mercadorias.*

*Consta às fls. 349 dos autos declaração expressa da empresa fornecedora dos medicamentos objeto da autuação informando que o autuado efetuou as compras das mencionadas mercadorias junto aos estabelecimentos da PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A, localizado no estado de São Paulo*

CNPJ: 45.453.214/0013-95, constando a relação de todas as notas fiscais que fundamentaram a autuação, especificando o número da duplicata correspondente, a data de vencimento, o valor e a data de pagamento dos referidos títulos de crédito. O contribuinte foi intimado para tomar conhecimento do encaminhamento da declaração da PROFARMA Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S.A. informando o recebimento das duplicatas atinentes às notas fiscais juntadas aos autos e da concessão do prazo de 10 dias para se pronunciar e não se manifestou. Ressalto que, conforme disposto na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 76/94, nas operações com os produtos relacionados no Anexo Único (medicamentos) fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário.

Logo, cabe aos estabelecimentos localizados em outros Estados, signatários do mencionado Convênio fazer a retenção e o recolhimento do ICMS quando efetuar venda de medicamentos para estabelecimentos localizados no Estado da Bahia. Entretanto, o Ato COTEPE-ICMS 15/97, com efeitos a partir de 01.11.97, dispõe sobre a não-aplicação ao Estado de São Paulo das normas contidas no Convênio ICMS 76/94. Assim, tendo o Estado de São Paulo denunciado o Convênio ICMS 76/94, não se aplicam as regras relativas à retenção e recolhimento do imposto às empresas localizadas naquele Estado, ficando as aquisições interestaduais de medicamentos que é enquadrados no regime de substituição tributária, sujeitas à antecipação do ICMS pelo destinatário na condição de contribuinte substituto, conforme disposto no art. 371, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125 tudo do RICMS/BA (Cl. 1<sup>a</sup>, §3º do Convênio ICMS 76/94). Portanto, à vista das notas fiscais colacionadas aos autos às fls. 10 a 16, e com o fulcro na declaração expressa (à fls. 349) conforme especificado anteriormente, da qual o sujeito passivo recebeu cópias e não se manifestou, restou provado que o contribuinte não efetuou a retenção e recolhimento do tributo por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária referente às aquisições das mercadorias (medicamentos) provenientes do Estado de São Paulo adquiridos junto à PROFARMA-Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S.A., consoante demonstram as mencionadas planilhas às fls. 10 à 16 dos autos. Infração subsistente. Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”.

Cientificado do julgamento de Primeira Instância, o sujeito passivo não interpôs Recurso Voluntário e nem efetuou o pagamento do débito, tendo o processo sido encaminhado para inscrição em Dívida Ativa, quando, em sede de controle da legalidade, a PGE/PROFIS emitiu opinativo de fls. 385 a 389, que redundou na Representação em tela, nos termos abaixo expostos, resumidamente, após expor a tramitação dos autos:

- I. que o exame do processo não deixa margem a dúvida acerca da presença de vício insanável no procedimento fiscal, já que revela a inexistência de documentos comprobatórios ou elementos seguros de convicção de que o autuado adquiriu as mercadorias indicadas;
- II. que as notas fiscais obtidas junto ao SINTEGRA são documentos emitidos unilateralmente pela empresa supostamente fornecedora, e com isso outros elementos deveriam se agregar para que fosse suficiente comprovar a efetiva aquisição das mercadorias;
- III. que considerando que tais provas não foram carreadas aos autos, em que pese a diligência determinada pela Primeira Instância, entende insubstancial a acusação, já que desprovida de provas, cabendo ao autuante produzir as provas necessárias à comprovação da infração, diante da regra processual da divisão do ônus da prova, o que não foi feito no presente caso;
- IV. que caberia ao autuante, por exemplo, notificar o sistema CFAMT para que fosse comprovada a circulação das mercadorias pelo território baiano, trazer cópias dos pagamentos das mercadorias, prova do seu recebimento, etc., e que o CONSEF já se pronunciou em caso semelhante, conforme Acórdão CJF nº 0056-11/09, cuja ementa transcreve e,
- V. que, assim, em não tendo sido produzida a prova necessária à comprovação da infração, o caso é de improcedência, já que não se pode afirmar se houve o cometimento da irregularidade apontada, sendo, pois, questão de mérito, na linha da jurisprudência dos tribunais superiores, conforme decisões que transcreve, e não nulidade, pois não se trata de falta de elementos para determinação da infração, mas sim, repete, falta de comprovação da infração apontada.

Conclui representando ao CONSEF, a fim de ser declarada a Improcedência do Auto de Infração epigrafado.

Em despacho de fl. 392, consta ratificação da Representação sugerida pela Procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, da lavra da procuradora assistente Aline Solano Souza Casali Bahia, com o posicionamento pelo acompanhamento integral dos seus termos e encaminhamento do processo a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, para julgamento.

## VOTO

Em que pese os argumentos tracejados pela PGE/PROFIS, no caso em epígrafe entendemos que nos autos se encontram presentes elementos que comprovam a efetiva aquisição das mercadorias constantes das notas fiscais objeto da autuação pelo sujeito passivo.

E de fato, embora seja pacífico neste Conselho de Fazenda o entendimento no sentido de que as notas fiscais obtidas junto aos arquivos do SINTEGRA por si só não se constituem em prova contundente da aquisição de mercadorias, mas tão somente mero indício a exigir mais elementos de prova, no presente Auto de Infração, através de diligência solicitada pela JJF obedecendo esta mesma linha de raciocínio, conforme documentos de fl. 345, o emitente dos documentos fiscais objeto da autuação – Profarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S/A – apresentou declaração expressa - fl. 349 - de que o sujeito passivo adquiriu as mercadorias constantes das notas fiscais, onde consta a relação de todas as notas fiscais que fundamentaram a autuação, especificando o número da duplicata correspondente, a data de vencimento, o valor e a data de pagamento dos referidos títulos de crédito.

Neste sentido, tal declaração reveste-se de força probante, visto que emitida pelo contador da empresa fornecedora, com dados que comprovam a efetiva aquisição das mercadorias, através do seu pagamento, o que é reforçado pelo fato de que cientificado do resultado da diligência – conforme fls. 351 e 356, o sujeito passivo se manteve silente, anuindo, portanto, tacitamente com o seu resultado; ressaltando, ainda, que sequer interpôs Recurso Voluntário demonstrando irresignação com a manutenção da autuação, e nem sequer apresentando pedido de controle da legalidade junto ao órgão jurídico – PGE/PROFIS - refutando a referida declaração.

Assim, ao contrário do quanto asseverado pela Representação em tela, o Fisco desincumbiu-se do ônus da prova da acusação, ao trazer aos autos a declaração do emitente das notas fiscais objeto da autuação de que efetivamente efetuou as vendas das mercadorias nelas constantes ao autuado, inclusive apontando as duplicatas emitidas para o pagamento de tais aquisições, com datas e valores, fato não contestado pelo sujeito passivo e, como restou claro, olvidado pela PGE/PROFIS, e que embasou o julgamento proferido pela Primeira Instância pela manutenção da exigência fiscal.

Neste sentido, por estar devidamente caracterizada a infração imputada, votamos pelo NÃO ACOLHIMENTO da Representação, mantendo o julgamento pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração epigrafado.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO ACOLHER a Representação proposta para manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 129423.0044/08-1, lavrado contra **LLP COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA. (HIPER DROGARIA BAHIA PARA TODOS)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.283,74**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de setembro de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

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