

**PROCESSO** - A. I. Nº 232943.0015/08-7  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - LEMOS BRITO COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.  
(FARMÁCIA DO TRABALHADOR DA BAHIA)  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0399-04/10  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 22/09/2011

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0274-12/11

**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 0399-04/10, 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 29/08/08, exige ICMS no valor de R\$ 39.427,94, acrescido de multa de 60%, relativo à falta de “recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas e/ou exterior relacionadas nos anexo 88 e 89” do RICMS/BA. Consta, na descrição dos fatos que o autuado *“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 relação de notas fiscais geradas a partir das informações contidas nos arquivos magnéticos - Convênio ICMS 57/95 e amostragem de cópias de notas fiscais em anexo”*.

Em defesa elaborada pelo administrador José Carlos Lemos Santana (fls. 183/185), o contribuinte afirma que não pode ser responsabilizado por mercadorias ou documentos não recebidos e não conhecidos e que *“não reconhece as notas fiscais relacionadas que jamais adquiriu as mercadorias constantes das mencionadas notas fiscais listada no Auto de Infração, tomando conhecimento da existência delas através do Auto de Infração”*(sic).

Advogando que o Auto de Infração seja declarado nulo, cita em sua defesa os julgamentos dos Autos de Infração nºs 2606604/94 e 232943.0015/08-7, e o Acórdão da 1ª CJF nº 008599, pois, segundo ele, tratam de situação similar em que o contribuinte foi beneficiado pela nulidade do procedimento fiscal.

Ao final, o contribuinte pede que seja considerado Nulo de pleno direito o Auto de Infração ora em julgamento.

Após, o autuante presta a informação fiscal (fls. 188/190), reafirmando que o contribuinte adquiriu mercadorias da PROFARMA em outros Estados da Federação e não fez nenhum registro em seus livros próprios e, por conseguinte não procedeu ao recolhimento do ICMS – Antecipação Tributária ao qual estava obrigado.

Ressalta que os documentos fiscais que subsidiaram a autuação foram coletados nos estabelecimentos remetentes com autorização da Secretaria da Fazenda dos Estados de São Paulo e Minas Gerais (fls. 08 e 09). Expõe que as notas fiscais que indicam as vendas de produtos farmacêuticos à impugnante são autênticas e foram emitidas “*por empresa idônea, legalmente constituída, em pleno exercício de suas atividade e que, aliás, através de sua filia da Bahia, mantém estreito relacionamento comercial com o autuado*”.

Menciona que as mercadorias foram vendidas a prazo e que foram despachadas por trasbordo da filial (da PROFARMA) de Salvador (BA), conforme consta no rodapé das Notas Fiscais anexadas aos autos. Ao final, mantém o lançamento fiscal.

Após remessa ao CONSEF, a 4ª JF determinou (fl. 194) a realizada 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, a PROFARMA – DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S.A. emitiu declaração (fl. 196) assinada pelo Sr. Evilásio Lino Freire, CPF 296.551.027-34, Contador registrado com o nº 57709-0 no Conselho Regional de Contabilidade do Rio de Janeiro (fls. 1035/1039), 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 autuado e autuante foram intimados pela secretaria do CONSEF do resultado da diligência levada a efeito, porém somente aquele se manifestou (fls. 210/211) tomando conhecimento dos termos da diligência, mas nada dizendo, pois entendeu que não ocorreu nenhum fato novo.

Ao apreciar o caso, a 4ª JF prolatou a seguinte Decisão.

*“O autuado suscitou 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 tenham sido 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/BA.*

*Na defesa apresentada, o impugnante alegou não ter adquirido as mercadorias consignadas nas notas fiscais emitidas contra ele e afirmou que as segundas vias das notas fiscais juntadas aos autos, não foram visadas em postos fiscais do percurso das mercadorias e não se faziam acompanhar dos canhotos comprovando o recebimento das mercadorias pelo estabelecimento autuado para servir de prova de entrega das mercadorias. Argumentou que caberia ao Fisco trazer aos autos provas concretas da realização das operações mercantis com base no princípio da busca da verdade material.*

*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 notas fiscais destinadas ao estabelecimento autuado, havendo indício de ocorrência das operações. Porém, em atendimento à 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 redespachada 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. 196/201), não constitui prova suficiente de que tenham ocorrido 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 para comprovar a ocorrência das operações.*

*Assim, considerando que as notas fiscais objeto da autuação 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 subsequentes, 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 junto aos próprios emitentes situados em outros Estados (São Paulo e Minas Gerais).

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.

E, ao analisar as notas fiscais, em muitas delas consta indicado de que o transportador foi o seu emitente e não consta a identificação do veículo utilizado para transportar as mercadorias. Em diversas outras, consta indicado de que as mercadorias seriam entregues por “*despacho por transbordo da filial Salvador – BA, Inscr. Est.: 64.250.907*” (fls 22, 31 39, 47, dentre outras), 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, como bem posicionou a JJF.

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 a 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 **232943.0015/08-7**, lavrado contra **LEMO BRITO COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA. (FARMÁCIA DO TRABALHADOR DA BAHIA)**. Recomenda-se que seja renovado o procedimento fiscal a salvo das incorreções apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de agosto de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS