

A. I. Nº - 298942.0702/08-3
AUTUADO - DROGARIA VITALIS LTDA.
AUTUANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 06.05.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0095-02/11

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (MEDICAMENTOS). FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO DESTINATÁRIO. Infração caracterizada. Não foi acolhido o pedido para realização de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 31/07/2008, e reclama a falta de recolhimento do ICMS por antecipação no valor de R\$6.114,00, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, nos meses de outubro a dezembro de 2004, março e abril de 2005, conforme demonstrativo de apuração às fls.07 a 15, e cópias de notas fiscais do SINTEGRA às fls.16 a 32.

Em complemento consta: *“O contribuinte adquiriu produtos farmacêuticos da PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A, oriundos do Estado de Minas Gerais, sem efetuar a antecipação tributária, conforme relação de notas fiscais, geradas a partir das informações contidas nos arquivos magnéticos – Convênio ICMS 57/95 – e cópias de notas fiscais em anexo.”*

O sujeito passivo através de advogado legalmente constituído, em sua defesa às fls.41 a 43, impugnou o lançamento consubstanciado no auto de infração com base na alegação de que nunca efetuou compras na filial do fornecedor localizado em Minas Gerais e que a quantidade faturada na maioria dos itens constantes das notas fiscais é superior àquela normalmente adquirida pela empresa. Diz que está tomando os meios legais para se resguardar, e que já acionou a polícia civil para que investigue o motivo do uso de sua razão social, e acionará judicialmente a empresa PROFARMA para que preste esclarecimentos sobre o porque do uso irregular de sua razão social.

Ao final, requer:

- a) a suspensão da cobrança da multa aplicada até que os fatos sejam esclarecidos tanto na via administrativa quanto na judicial;
- b) que a Secretaria da Fazenda intime a filial da PROFARMA localizada na Rua Onze, 188, Distrito Industrial Riacho das Pedras, Contagem, MG, CEP 32220-000, para que comprove a assinatura de quem recebeu as mercadorias constantes nas notas fiscais, para que possa exercer o seu direito de defesa, comparando as referidas grafias lançadas nos canhotos das notas fiscais com as assinaturas dos funcionários registrados em seu livro de empregados.
- c) que após a verificação da falsidade das notas fiscais emitidas, seja transferida a penalidade imposta à empresa PROFARMA, e o consequente cancelamento do Auto de Infração.

Na informação fiscal prestada à fl.75, o autuante esclarece que conforme documentos às fls.33 e 34 foi solicitado um credenciamento junto ao Fisco mineiro para que fosse feita diligência junto a PROFARMA, onde constatou, através das documentações fiscais acostadas, a existência de

diversas vendas de medicamentos e outros produtos para diversos contribuintes localizados neste Estado.

Esclarece ainda que os documentos fiscais acostados ao processo são legítimos e foram emitidos pelo remetente, ressaltando que o fisco baiano não tem competência legal para cobrar ou fiscalizar imposto de um contribuinte cadastrado em outra unidade da Federação.

Sustenta que os documentos fiscais que instruem o processo são idôneos e fazem prova para o Fisco de que ocorreu uma operação de compra e venda de mercadorias, e caberia ao autuado apresentar prova inequívoca da não aquisição das mercadorias.

Quanto ao pedido do contribuinte no sentido de comparar as grafias e funcionários, entende que os meios criminais judiciais que o autuado afirma está tomando, sejam os mais indicados e competentes para o caso.

Manteve integralmente seu procedimento fiscal pela procedência da autuação.

O processo foi pautado para julgamento, sendo que na sessão do dia 16/04/2009, verificando-se que o lançamento tributário foi constituído com base em provas obtidas pela Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa - INFIP, conforme Ofício de Credenciamento às fl. 33, junto ao emitente das notas fiscais (PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A) localizado no Estado Minas Gerais.

E visando instruir o processo com todos os elementos de provas e permitir ao sujeito passivo exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório, bem como oferecer ao Estado a segurança do crédito tributário, ora exigido, foi decidido pelo encaminhamento do processo em diligência à Infaz de origem, no sentido de que fossem adotadas as devidas providências, constantes no despacho de fl.78, junto à INFIP, haja vista que o presente lançamento está baseado em diligência fiscal, desenvolvida pelo citado órgão, no sentido da obtenção diretamente no emitente das notas fiscais, de outros elementos, além das cópias das notas fiscais, que comprovem as aquisições das mercadorias pelo autuado, tais como:

- 1 – cópias dos pedidos das mercadorias caso existentes;
- 2 – cópias dos canhotos das notas fiscais com assinatura e identificação do recebedor das mercadorias;
- 3 – comprovantes de recebimento por parte do fornecedor dos valores referentes às vendas realizadas através das notas fiscais objeto do Auto de Infração em lide (boletos bancários, duplicatas, transferências bancárias etc);
- 4 – cópias de conhecimentos de transporte;
- 5 – quaisquer outros elementos que demonstrem a compra das mercadorias.

Conforme Termo de Encaminhamento à fl.82, subscrito pelo autuante, o processo foi encaminhado à INFIP, para o cumprimento da diligência solicitada pelo órgão julgador, sendo solicitado à PROFARMA, documento oficial comprovando a aquisição das mercadorias.

À fl.85 foi acostada uma Declaração da PROFARMA informando que as mercadorias constantes nas notas fiscais objeto da autuação foram adquiridas pelo autuado.

A Secretaria do CONSEF expediu intimação cientificando o sujeito passivo do novo documento anexado ao processo, sendo concedido o prazo de 10 (dez) dias para a sua manifestação, conforme documentos às fls.89 e 90. Igualmente, o autuante foi cientificado à fl.92, porém não se manifestou.

O autuado se manifestou à fl.94, argüindo que a declaração prestada pela PROFARMA, firmada pelo Contador da empresa, é totalmente falsa, e que por isso, está tomando todas as medidas para

se resguardar do ato ilícito cometido pelo emitente das notas fiscais, e que inclusive já acionou judicialmente para apuração e responsabilização do ilícito penal.

Diz, ainda, que por considerar que a declaração da PROFARMA é falsa, encaminhará cópia da mesma ao Ministério Público para apuração e responsabilização do ilícito penal.

Além disso, aduz que não foram juntadas as cópias dos canhotos das notas fiscais solicitadas pelo órgão julgador, e que não tem como comprovar a realização da operação.

Finaliza reiterando as razões de defesa.

Conforme despacho à fl. 78, foi determinado que após o cumprimento das providências determinadas na diligência, fosse feita a entrega ao autuado, mediante recibo, dos documentos juntados aos autos por força da aludida diligência, reabrindo o prazo de defesa por 30 (trinta) **dias** para que o autuado possa se manifestar, caso entendesse necessário.

A diligência foi cumprida, sendo acostado ao processo a declaração da PROFARMA constante à fl.85, a qual, foi entregue ao autuado pela Secretaria do CONSEF, conforme comprovam os documentos às fls. 89 e 90.

Ocorre que na intimação expedida ao sujeito passivo, foi concedido o prazo de 10 (dez) dias ao invés de 30 (trinta dias).

Diante disso, o processo submetido a Pauta Suplementar do dia 14/09/2010, sendo deliberado pelo encaminhamento do mesmo à SECRETARIA DO CONSEF, para que fosse expedida nova intimação, reabrindo o prazo de defesa por 30 (trinta) dias, de modo que seja obedecido o devido processo legal.

A Secretaria do CONSEF expediu uma intimação aos cuidados do advogado Sidney Nunes Costa, no endereço sito na Praça Manoel Vieira de Andrade, nº 1.404 A, Bairro Centro na cidade de Nova Viçosa/Ba, sendo a correspondência devolvida pelos Correios com a observação “mudou-se”.

Foi expedida outra intimação para o autuado em seu endereço à Rua Pedro Carolino Costa, 1.404, na cidade de Novas Viçosa, reabrindo o prazo de defesa por 30 (trinta) dias, sendo a mesma recebida, conforme AR dos Correios à fl.108, porém no prazo estipulado, o sujeito passivo não se manifestou.

VOTO

A infração imputada ao autuado diz respeito a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para comercialização e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, e está precedida de Termo de Intimação para Apresentação de Documentos Fiscais (fl.05) e de Termo de Início (fl.06).

Observo que no enquadramento foi indicado o art. 371 do RICMS/BA que trata de exigência de ICMS por antecipação nas operações interestaduais com produtos submetidos ao regime de substituição tributária, originários de Estados que denunciaram ao Convênio ICMS 76/94 (medicamentos).

Assim sendo, tendo o Estado de Minas Gerais denunciado ao Convênio ICMS 76/94, não se aplicam as regras relativas à retenção e recolhimento do imposto à empresa localizada naquele Estado, ficando as aquisições interestaduais de medicamentos 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. 1ª, §3º do Convênio ICMS 76/94).

Desta forma, correta a exigência da antecipação tributária do contribuinte autuado, na condição de contribuinte substituto.

Quanto a comprovação das operações de aquisição dos medicamentos, verifico que o débito foi apurado com base em provas obtidas pelo fisco junto a terceiros, mais precisamente as notas fiscais abaixo, geradas a partir das informações contidas nos arquivos magnéticos (SINTEGRA), cujas cópias foram apresentadas pelo fornecedor PROFARMA a pedido da SEFAZ, e foram carreadas aos autos pelo autuante, conforme documentos às fls.16 a 32.

N.FISCAL	FORNECEDOR	EMIÇÃO	B.DE CÁLCULO	VL.DÉBITO
978803	PROFARMA	21/10/2004	7.166,29	1.218,27
997246	PROFARMA	18/11/2004	6.475,88	1.100,90
13969	PROFARMA	15/12/2004	747,06	127,00
79915	PROFARMA	15/3/2005	21.126,76	3.591,55
103210	PROFARMA	15/4/2005	448,71	76,28
			TOTAL	6.114,00

Na defesa o autuado demonstrou ter recebido cópia dos citados documentos fiscais, haja sua alegação de que não adquiriu as mercadorias constantes nas notas fiscais, deixando a entender que seus dados cadastrais foram utilizados indevidamente por terceiros. Desta forma, o sujeito passivo teve a oportunidade de exercer com plenitude o seu direito de defesa, e trazer aos autos os elementos de provas de que não adquiriu as mercadorias constantes nas notas fiscais relacionadas nos citados demonstrativos.

Com relação às provas, primeiramente, convém lembrar que a existência de uma lide tem como característica partes em posições opostas, onde alegações de cada uma pode ou não corresponder à verdade dos fatos. Assim, as provas servem como meio de convicção, cabendo às partes a promoção de alegações da ocorrência ou não dos fatos, sempre acompanhadas de componentes materiais probatórios. Portanto, a administração fazendária e contribuintes, cabe não só alegar, mas principalmente produzir provas que criem condições de convicção favoráveis à sua pretensão.

Quanto a prova representada pelas notas fiscais obtidas a partir do SINTEGRA, mediante circularização junto ao fornecedor, observo o seguinte.

O Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços- SINTEGRA foi criado visando o controle informatizado das operações de entrada e saída interestaduais realizadas pelos contribuintes do ICMS.

Entendo que quando a fiscalização apura débito com base em dados do SINTEGRA sem a apresentação das respectivas notas fiscais, esse levantamento fica bastante fragilizado, uma vez que não existe o documento de prova da operação realizada, haja vista que, a nota fiscal representa um documento empregado para a comprovação de uma operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Trata-se, portanto, de um instrumento hábil capaz de estabelecer a regularização da mercadoria ou serviço, definindo-lhe origem e destinação.

Observo que, visando afastar quaisquer dúvidas relativas à fidedignidade das notas fiscais identificadas a partir do SINTEGRA, foram anexadas aos autos cópias das mesmas, obtidas pela Secretaria da Fazenda mediante circularização junto aos fornecedores e que fundamentam a acusação fiscal.

Neste processo não existe carta de circularização, pois conforme Ofício Credencial PFC-11-Sé nº 064/2006 (fl.34) da Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda do Estado de São Paulo atendendo ao Ofício da SEFAZ/Ba foram credenciados os Auditores Fiscais Gláucio Dórea e José Ronaldo de Souza e Silva a fiscalizar a empresa PROFARMA e outro Ofício de nº 661 de 04/10/2006

(fl.33) da Diretoria de Gestão de Projetos da Superintendência de Fiscalização da SEFAZ-SP nos mesmos termos do anterior.

No presente caso, os auditores fiscais citados obtiveram as cópias das notas fiscais diretamente junto à PROFARMA, as quais, servem como elemento de prova das aquisições de mercadorias realizadas pela empresa, uma vez que constam todos os dados cadastrais do estabelecimento autuado e foram fornecidas pelo respectivo fornecedor a pedido da Secretaria da Fazenda, inclusive consta que o transporte foi efetuado por veículo da própria empresa, constando as placas do veículos.

Além disso, visando dar o mesmo tratamento a autuações com base em cópias de notas fiscais, a pedido desta 2ª Junta de Julgamento Fiscal, foi obtido junto ao fornecedor PROFARMA, a declaração de que o autuado comprou as mercadorias constantes nas notas fiscais objeto da autuação, conforme documento à fl.85.

Portanto, quanto ao argumento defensivo de que não adquiriu as mercadorias consignadas nas notas fiscais que lhe foram destinadas e juntadas ao processo, repito que esta Junta de Julgamento determinou a realização de diligência, tendo o fornecedor (PROFARMA) apresentado a declaração acima citada, na qual confirmou as vendas das mercadorias ao estabelecimento autuado e indicou os números das notas fiscais, duplicata correspondente, data de vencimento, valor e data do pagamento efetivado pelo mesmo.

Cientificado do resultado da diligência o autuado contestou o documento emitido pelo fornecedor, porém não apresentou qualquer prova em contrário, constituindo simples negativa de cometimento da infração, o que não o desonera de elidir a presunção de legitimidade da autuação nos termos do art. 143 do RPAF/BA.

Ressalto ainda que o autuado não juntou ao processo qualquer prova quanto a alegação de que não foi adquirida as mercadorias consignadas nas notas fiscais que lhe foram destinadas e confirmado o recebimento por parte do fornecedor.

Desta forma, se realmente foram utilizados os dados cadastrais da empresa, conforme alegado na defesa, a medida judicial que o autuado informou que adotará é a medida mais adequada para o caso, não cabendo ao Fisco a obrigação de obter provas a respeito de quem assinou o canhoto de recebimento das mercadorias constantes nas notas fiscais, ou seja, quem recebeu as mercadorias. Nesse sentido, fica indeferido o pedido o autuado para realização de diligência, com fulcro no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298942.0702/08-3**, lavrado contra **DROGARIA VITALIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.114,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR