

A. I. Nº - 279467.0030/08-6  
AUTUADO - G.BARROS & CIA. LTDA.  
AUTUANTE - ARNALDO OLIVEIRA NOVAIS  
ORIGEM - INFAC JEQUIÉ  
INTERNET - 20.05.2011

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0119-05/11**

**EMENTA:** ICMS: ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Exigência fiscal baseada em documentos fiscais obtidos junto aos emitentes, sem prova de circulação neste Estado, o que macula de vício insanável a exigência fiscal, nos termos do art. 18, IV, “A” do RPAF/BA. Decretada, de Ofício, a nulidade da infração. **b)** RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração comprovada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 21/08/2008, exige ICMS no valor histórico de R\$ 62.104,90, em razão das seguintes irregularidades:

1. 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 nos anexos 88 e 89. (Valor do imposto: R\$ 61.985,98; percentual da multa aplicada: 60%). 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, conforme relação de notas fiscais, geradas a partir das informações contidas nos arquivos magnéticos – Convênio ICMS 57/95, e cópias das notas fiscais em anexo.
2. Efetuou o recolhimento a menor 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 nos anexos 88 e 89. (Valor do imposto: R\$ 118,92; percentual da multa aplicada: 60%). Referente à nota fiscal nº 643772.

O autuado, através de seu representante legal, ingressa com defesa às fls. 978 a 996, nos seguintes termos:

Alega nulidade do auto de infração, em virtude da fiscalização ter realizado um levantamento superficial e sem a cautela necessária, uma vez que toda a autuação trata de matéria estritamente fática, sendo que um levantamento fiscal mais cuidadoso pode verificar que a mesma pode não ter adquirido todas as mercadorias constantes no referido auto de infração.

Afirma que não lhe foi dado tempo suficiente para apresentar documentos comprobatórios, os chamados “canhotos” das notas fiscais, que poderiam ser solicitadas ao fornecedor.

Alega que, embora exista previsão para se presumir ocorrida a infração de “deixar de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação”, não se deve, em homenagem à boa técnica para realizar o lançamento fiscal pela administração Pública, afirmar existir essa falta de recolhimento de mercadorias supostamente adquiridas, baseando-se unicamente em Notas Fiscais colhidas em fornecedores, quanto mais, se há constatação pública de fraudadores de plantão que se utilizam

de dados cadastrais de contribuintes regulares, a fim de praticar a sonegação de impostos, o que traz prejuízo não só a defendant como também à própria administração e a toda coletividade.

Afirma que o presente auto não pode prosperar, sob pena de gerar insegurança pública aos administrados, por imposição de quaisquer cobranças sob mera presunção, sem as devidas provas dos fatos alegados.

Requer a realização de diligência, solicitando que a Sefaz/Ba solicite os canhotos das notas fiscais ao fornecedor, a fim de que seja respondida a seguinte quesitação:

1. É possível um terceiro contribuinte adquirir atualmente em outro Estado da Federação, utilizando-se de dados cadastrais do autuado?
2. Todas as mercadorias adquiridas pelo autuado possuem o carimbo de canhotos das notas fiscais com a assinatura do representante ou prepostos da empresa defendant, recebendo efetivamente as mercadorias nelas constantes?
3. É possível que o autuado não tenha realizado a compra das mercadorias levantadas no auto de infração em tela?

Afirma que não pode ser prejudicado com o cerceamento ao uso dos benefícios previstos legalmente, que se trata de falha na escrituração e, deste modo, só existe uma multa a ser aplicada, e é a prevista no inciso III do art. 42 da Lei 7.014.

Dessa forma, entende ter havido um equívoco por parte da auditora fiscal quanto da tipificação da multa aplicada. Devendo, assim, ser reformado o auto para que seja aplicada a multa de 70%, e não de 60% como foi feito. Também afirma que a multa ora aplicada constitui claro confisco e fere os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, entre outros.

Discorre sobre os seguintes princípios violados no auto de infração: princípio da razoabilidade e proporcionalidade, princípio da vedação ao confisco, princípio da capacidade contributiva.

Dessa forma, requer que seja realizada a solicitação ao fornecedor dos canhotos das notas fiscais, e, se for o caso, que sejam excluídos os valores cobrados a partir das notas que não possuem as devidas comprovações de ingresso na empresa impugnante.

O autuante presta informação fiscal, fls. 1004 e 1005, aduz que os canhotos das notas fiscais embora sejaM um instrumento de controle operacional da empresa não possuem valor probante para contestação do auto de infração. Por outro lado, se as operações de aquisição de mercadorias não tivessem sido realizadas, como quer fazer crer o autuado, em sua defesa, caberia ao mesmo promover ação reparatória contra o fornecedor. Afirma que a multa de 60% está correta, considerada a tipificação da infração.

Sustenta o procedimento adotado em todo auto e mantém o valor de R\$62.104,90.

O presente PAF foi diligenciado pela 5<sup>a</sup> JJF, para a inspetoria de origem, com vistas a que o autuante obtivesse junto à INFIP, outros elementos que comprovem as aquisições das mercadorias pelo autuado, tais como: (fl. 1008)

1. cópias dos pedidos das mercadorias;
2. cópias dos canhotos das notas fiscais com assinatura e identificação do recebedor das mercadorias;
3. comprovantes de recebimentos por parte do fornecedor dos valores referentes às vendas realizadas (boletos bancários, duplicatas, transferencias, etc).
4. cópias de conhecimentos de transporte
5. outros elementos que comprovem as aquisições das mercadorias.

Após o cumprimento da diligência foi solicitada a entrega ao autuado, mediante recibo, com a reabertura do prazo de defesa. Também que o autuante prestasse nova informação fiscal.

O autuante respondeu que as informações solicitadas não se encontram disponíveis no âmbito da Infaz/Jequié, e que, por essa razão foi protocolado em 10/06/009, solicitação à INFIP, que até aquele momento não tinha de pronunciado.

Consta na fl. 1015, comunicado da INFIP, no qual está destacado que o CONSEF, necessita da materialização da prova do pagamento, e para tanto necessário que a PROFARMA encaminhe documento oficial ,em papel timbrado e assinado por pessoa autorizada a representar a empresa, com a relação das notas fiscais e os respectivos pagamentos.

Em atendimento ao pedido, da INFIP a Profarma, prestou a Declaração de fls. 1016 a 1021, informando que a G Barros efetuou compras junto a ela, conforme relação de notas fiscais com as respectivas datas de emissão e do pagamento das mesmas, e autuado e autuante receberam cópias.

A 5<sup>a</sup> JJF deliberou o envio do PAF à inspetoria de origem, para que fosse realizado o cotejo com a listagem que originou o presente Auto de Infração, fls. 12 a 15, e elaborados novos demonstrativos, com os totais mensais, desta feita permanecendo apenas a cobrança referente às notas fiscais que constam na listagem fornecida pela PROFARMA. Também foi solicitada a elaboração de demonstrativo de débito, e o fornecimento de cópias ao autuado, com a reabertura do prazo de defesa, e a ciência ao autuante.

O auditor fiscal em resposta, procedeu ao cotejamento solicitado e verificou que todas as notas fiscais integrantes do demonstrativo de débito, fls. 12 a 15 deste processo, constam na lista fornecida pela Profarma. Salienta que da relação enviada pela PROFARMA, não se encontram arroladas no demonstrativo de débito anteriormente mencionado os seguintes Documentos Fiscais n<sup>os</sup>: 265107, 192912, 266980, 119805 e 131550. Considerando que todos os documentos constantes no demonstrativo de débito fazem parte da lista enviada pela Profarma, não há elementos que justifiquem a elaboração de novos demonstrativos de cálculo do imposto reclamado.

O sujeito passivo vem aos autos e requer que sejam mantidos todos os argumentos e alegações expressas em sua primeira defesa administrativa, protocolada em 01/10/2008, que compõem este procedimento fiscal. Destaca que no documento da INFIP, consta que “deve ser anexado, também a relação do banco recebedor, com a identificação do sacado do título(...)”. Questiona se uma simples declaração emitida por parte da empresa emitente das notas fiscais (Profarma) trazendo em seu conteúdo notas que não fazem parte do Auto de Infração não caracterizaria que várias outras podem não fazer parte. Ocorre que o lançamento tributário foi constituído com base em provas obtidas pela Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa – INFIP, conforme ofício de credenciamento, fl. 10, junto ao emitente das notas fiscais Profarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S/A, localizada nos Estados de Minas Gerais e São Paulo. Aduz que se que se forem analisadas as cópias das notas fiscais, pode-se observar que na sua maioria não consta o nome do transportador, quando aparece surge o nome da filial de Salvador, o que causa estranheza pelo fato de serem notas fiscais emitidas pela empresa Profarma, que via de regra na hora de fazer a entrega das mercadorias passariam por dentro do município de Jequié, qual a razão de ter que ir por transbordo para a filial da empresa e depois ir para Jequié. Assinala que a diligencia deveria ser cumprida na totalidade, visando instruir o processo com todos os elementos de prova e permitir à autuada o exercício, em plenitude, da ampla defesa e o contraditório, bem como dotar o Estado de certeza quanto ao crédito tributário ora exigido. Menciona o Acordão JJF 0010-04/09, e espera que ajude a esclarecer e apresente razões suficientes para a reforma ou improcedência deste auto de infração.

## VOTO

Inicialmente, cabe a apreciação das preliminares de nulidade suscitada pelo sujeito passivo.

Verifica-se da análise dos elementos constantes nos autos que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF, com a entrega de todos os papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade arguida por não se enquadrar em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99.

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, e em face desta irregularidade, suscitou a nulidade da 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.

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 foram efetuadas 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, não foi acostado ao processo qualquer prova de que as mercadorias nelas consignadas tenham circulado no território baiano ou outras provas complementares.

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 esta infração.

Represento à autoridade competente para que renove a ação fiscal, desta feita sem os vícios ora apontados.

Quanto à infração 2, esta não foi contestada, e fica mantida.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279467.0030/08-6, lavrado contra **G. BARROS & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$118,92**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR