

PROCESSO - A. I. Nº 279467.0030/08-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - G. BARROS & CIA. LTDA. (FARMÁCIA IMPERIAL)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0119-05/11
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 14/03/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0022-12/12

EMENTA: ICMS: ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 5ª 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 parcialmente procedente o Auto de Infração.

O lançamento de ofício foi lavrado em 21/08/2008, para exigir R\$62.104,90 em decorrência de duas infrações, contudo, apenas a infração 1 é motivo do Recurso de Ofício que se aprecia, como segue:

***Infração 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 – Convenio 57/95. E cópias das notas fiscais em anexo.*

A 5ª JJF, a partir do voto proferido pelo i. relator de primeira instância e após análise das peças processuais, decidiu, à unanimidade, julgar parcialmente procedente o Auto de Infração, decretando a nulidade da infração 1 e mantendo integralmente a infração 2, conforme transcrição abaixo, *in verbis*:

“VOTO

(...)

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.

(...)

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.”

Em atendimento aos preceitos contidos art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da Decisão que proferiu para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Cientificados, autuante e autuado não se manifestaram.

VOTO

O presente Recurso de Ofício interposto pelos julgadores da 5ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF tem por objeto reapreciar o Acórdão de nº 0119-05/11 na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA, tudo em razão da sucumbência imposta à fazenda pública estadual em face da parcial procedência da autuação.

O Recurso de Ofício cinge-se à apreciação da questão tratada na infração 1 que acusa o Contribuinte de haver deixado de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89.

A Doutra 5ª 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, dado que não existem provas ou certeza nos autos quanto ao ingresso das mercadorias no território baiano, bem como não há como se determinar, com a necessária segurança, a infração imputada ao Contribuinte.

No caso em discussão, a 5ª JJF, com muita propriedade trouxe à baila alguns elementos de fundamental importância à fundamentação da Decisão sob apreciação.

Ante a 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, fls. 1008, 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.

Noto 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 condutor, 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 o 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 a os artigos 18 e 39 do RPAF/Ba, não estão presentes nos fólios deste PAF. Mesmo a diligência realizada por determinação da mesma 5ª JJF foi incapaz de trazer à lume os elementos necessários à manutenção do lançamento de ofício, haja vista que trouxe aos autos o que a PROFARMA denominou como “declaração”, e que não passa de mera relação onde são elencados números de documentos fiscais, duplicatas, vencimentos, valores e datas de pagamento, informações absolutamente imprestáveis na medida em que, sozinhas, não são capazes 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, alinhado à Decisão prolatada em primeiro grau, que julgou nula a infração 1, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso interposto de Ofício.

Em razão dos fortes indícios de existência de ilícito fiscal, e a rigor do art. 21 do RPAF/Ba, verificadas as possibilidades, recomendo que seja renovada a ação fiscal a salvo de falhas aqui apontadas.

VOTO DIVERGENTE

Com a devida vênia discordo do voto do digno Conselheiro Relator, pois entendo que deve ser dado provimento ao Recurso de Ofício interposto, para modificar a decisão recorrida no que tange à imputação 1, devendo haver o retorno dos autos à primeira instância para julgamento do mérito desta acusação.

Assim, o Recurso de Ofício interposto tem por objeto a imputação 1 do Auto de Infração, que trata de falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA.

Tal como já exposto pelo ilustre Conselheiro Relator, consta na descrição dos fatos do Auto de Infração que o contribuinte adquiriu produtos farmacêuticos da PROFARMA Distribuidora de Produtos farmacêuticos S.A, mercadorias estas oriundas dos Estados de São Paulo e 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 das notas fiscais anexadas ao Auto de Infração.

Observo que conforme dados do Relatório do Acórdão de primeiro grau, e documentos anexados

ao processo, o Fisco, tendo obtido no sistema SINTEGRA os dados referentes a aquisições realizadas pelo contribuinte em outras Unidades da Federação, procedeu a operação fiscalizadora realizada com base em Convênio de cooperação entre os Estados, tendo havido o devido credenciamento do Fisco da Bahia para fiscalização junto ao fornecedor PROFARMA nos Estados de Minas Gerais e de São Paulo, conforme documentos de fls. 09 e 10.

Do exame dos autos, constato que a Junta de Julgamento Fiscal tem como apreciar o mérito da imputação a partir do exame das muitas provas constantes deste processo, obtidas tanto no curso da ação fiscalizadora (demonstrativos fiscais às fls. 16 a 374 - volumes I a III - e cópias das notas fiscais emitidas pelo fornecedor e que têm como destinatário o autuado, cópias de notas fiscais estas com reconhecimento individual de autenticidade dado pelo representante do Fisco, e obtidas junto ao fornecedor PROFARMA, às fls. 375 a 970 – volumes III a V); quanto as provas obtidas quando do atendimento à Diligência solicitada pela Junta à Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa - INFIP (fl. 1008), da qual resultaram a correspondência eletrônica enviada pela INFIP ao fornecedor PROFARMA (fl. 1015), e a Declaração formal e escrita em papel timbrado deste fornecedor PROFARMA à fl. 1016 a 1021, documento do fornecedor este devidamente assinado pelo seu Contador identificado nos autos como Sr. Evilásio Lino Freire, CRC-RJ 57.709-0, CPF 296.551.027-34 (fl. 1021), Declaração que responde exatamente ao quanto foi solicitado pela INFIP desta SEFAZ.

Em tal Declaração o fornecedor assume o ônus legal de informar ao Estado da Bahia os dados relativos a números das notas fiscais emitidas por operação e correspondentes números de duplicatas, datas de vencimento destas duplicatas, valores pagos, e datas de pagamentos efetivos das compras (fls. 1016 a 1021). Caso tais informações fossem, ou sejam, inverídicas, o ora autuado estaria com documentação suficiente para acionar judicialmente a Profarma, empresa que o próprio contribuinte admite como um seu fornecedor.

Embora não impossível, considero pouco plausível, na situação em análise, a exposição empresarial junto a órgãos públicos, referente a situações que poderiam vir a caracterizar ilícitos de alguma gravidade, envolvendo Declaração com tal quantidade de detalhamento de operações comerciais.

Quanto à ponderação, em sessão de julgamento, no sentido de não ter sido provado o ingresso das mercadorias no território baiano, pela ausência de cópias dos documentos fiscais colhidos pelo sistema Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito - CFAMT deste Estado, assinalo que embora eficaz tal sistema, não é o mesmo infalível no sentido de coletar cópias de todas as notas fiscais que transitam na Bahia. E, assim, embora válido no sentido de que as vias de notas fiscais retidas comprovam que a mercadoria circulou na Bahia, a ausência de tais vias de notas fiscais de modo algum caracteriza que a mercadoria pela Bahia não circulou.

Quanto ao fato de que o fornecedor não identifica de forma clara o transporte de mercadorias por empresas transportadoras outras, contratadas, isto não é prova de falta de circulação das mercadorias.

Ressalto ainda que em tendo recebido a resposta à diligência solicitada à fl. 1008, a JF chegou, já à fl. 1032, a enviar o processo ao autuante, em nova solicitação de diligência, para que o preposto fiscal elaborasse novo demonstrativo excluindo, do levantamento efetuado, as operações relativas às notas físicas que não estivessem constando na listagem enviada pelo fornecedor PROFARMA, devendo o fiscal em seguida elaborar novo demonstrativo de débito para o Auto de Infração, tendo ainda a Junta determinado a reabertura do prazo de defesa.

O autuante então declarou, à fl. 1033, que todas as operações objeto do levantamento fiscal constavam da Declaração do fornecedor PROFARMA, pelo que desnecessário elaborar novo demonstrativo de débito. O Fisco acusou, ainda, que na Declaração do fornecedor PROFARMA havia cinco notas fiscais cujas operações não haviam sido incluídas no levantamento. Por este raciocínio, a meu ver, se procedente a autuação, caberia ainda ao erário receber o valor de ICMS relativo a tais cinco operações, mas isto de modo viciaria o levantamento realizado, posto que o Fisco teria cobrado imposto a menos, na verdade, devendo possivelmente então vir a ser cobrado, em nova ação fiscal, o que ainda seria, ou é, caso venha a ser provado em outra ação fiscal, devido ao erário.

Porém a JJF, dentro de sua lúdima atividade deliberou por, sem dar continuidade ao processo na linha que investigara na fase de instrução, decidir pela nulidade da imputação.

Observe que, contudo, caso persistisse dúvida quanto ao acerto da ação fiscal, ao invés de julgar no sentido da nulidade da imputação, poderia ainda a Junta de Julgamento Fiscal, na busca da verdade material, proceder a uma nova diligência, desta vez ao Banco Central, para que esta instituição, nos termos do artigo 6º da Lei Complementar nº 105, de 10/01/2001 (que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, dentre outras providências) informasse a esta SEFAZ se houvera transações bancárias, e em que valores, entre o autuado e a empresa PROFARMA, relativas a pagamentos realizados pelo autuado em favor do fornecedor PROFARMA nas datas de pagamento citadas na Declaração da PROFARMA.

Esta diligência poder-se-ia realizar a partir de solicitação da Junta ao Sr. Presidente deste CONSEF para que fosse enviado ofício neste sentido ao Banco Central, a exemplo de outras iniciativas com este mesmo teor, que já foram realizadas neste Conselho, a partir de sugestão da PGE/PROFIS.

Por oportuno, transcrevo o mencionado artigo 6º da LC 105/2001:

LC 105/2001:

Art. 6º - As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. (1)

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

(1) - Decreto 3724/2001 DOU 11/01/2001 Pág. 3 (E) - Regulamentação.

Por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto, para modificar a Decisão recorrida no que tange à imputação 1, devendo haver o retorno dos autos à Primeira Instância para julgamento do mérito desta imputação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279467.0030/08-6**, lavrado contra **G. BARROS & CIA. LTDA. (FARMÁCIA IMPERIAL)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$118,92**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): José Antonio Marques Ribeiro, Mônica Maria Roters, Carlos Henrique Jorge Gantois, Rodrigo Lauande Pimentel e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO DIVERGENTE – Conselheira: Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de fevereiro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

OSMIRA FREIRE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – VOTO DIVERGENTE

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS