

A. I. N° - 206922.0002/10-8
AUTUADO - RBD REDE BAHIANA DE DRUGSTORE LTDA.
AUTUANTE - MARCOS LOPEZ COSTA SANTOS
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 08.08.2012

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0175-02/12

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Considerando que as cópias das notas fiscais utilizados na autuação foram coletadas junto aos estabelecimentos emitentes em Minas Gerais e São Paulo, e não tendo sido comprovadas tais aquisições, não existe prova ou certeza nos autos quanto ao ingresso das mercadorias no território deste Estado, não havendo como determinar, com segurança, a infração imputada ao sujeito passivo, o que macula de nulidade a autuação. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 22/03/2010, refere-se à exigência de R\$10.586,97 de ICMS, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de que o contribuinte supra 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 relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, sobre as notas fiscais constantes às fls. 23 a 39.

O autuado em sua defesa às fls. 72 a 95, indica o endereço profissional para fins das futuras intimações, sob pena de nulidade, com o espeque no inciso VI do artigo 5º da CF/88 e no artigo 2º do RPAF/99. Em seguida, regrisou a infração descrevendo os fatos, destacou a tempestividade de sua defesa, e argüiu a nulidade da autuação por insegurança da infração e da determinação da base de cálculo, com fulcro no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, e a improcedência, com base nas seguintes razões de fato e de direito.

1 – Utilização de enquadramento legal aplicável tão-somente ao ICMS decorrente de operações internas no Estado da Bahia, citando o enquadramento legal utilizado no Auto de Infração: Artigo 371; artigo 125, inciso II, alínea “b”, combinado com o artigo 61, do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto no 6.248/97.

2 – Erro na determinação da Base de Cálculo, em razão da utilização do PMC na sua maioria, restando uma pequena parcela onde foram utilizados percentuais estipulados nos Anexos 88 (49,08%) e 89 (20%) do Regulamento do ICMS/BA, quando deveria, em relação ao Anexo 88, ter utilizado o Convênio ICMS n° 76/94 utilizando-se o percentual de (49,08%) 20% de MVA.

3 – Que o art. 61 do Regulamento do ICMS/BA (caput e incisos) aplica-se unicamente às operações internas, não sendo aplicável às aquisições interestaduais, cuja autuação supõe aquisições efetuadas em outras Unidades da Federação, aplicando, no entanto, normativo destinado à apuração de base de cálculo de operações feitas internamente no Estado da Bahia, vez que, no demonstrativo de débito, a apuração da base de cálculo da antecipação tributária é feita com base nos preços informados pelo Atacadista-Distribuidor. Sustenta que tal procedimento fiscal não possui previsão normativa, pois o próprio Regulamento do ICMS/BA e o Convênio ICMS n° 76/94 não contempla a figura do preço sugerido pelo distribuidor. Diz que o inciso I do art. 61 do RICMS não faz referência a qualquer forma de obtenção do preço com base em valores praticados

pela figura do distribuidor ou atacadista. Por isso, considerou ser inaplicável o PMC, vez que somente ao fabricante ou ao importador poderia ser atribuído tal critério sendo que o fornecedor dos produtos não se enquadra em nenhuma destas categorias.

4 – Duplicidade na metodologia dos cálculos, tendo em vista que para certos produtos, foi utilizado o Convênio ICMS nº 76/94 para extrair o percentual de MVA a ser aplicado em determinados medicamentos e parte da autuação refere-se a uma suposta metodologia tendo em vista operações internas de circulação de mercadorias.

5 – Incoerência na conclusão fiscal, por entender que o Convênio ICMS nº 76/94 foi denunciado por São Paulo e Minas Gerais e que, portanto não seria aplicável tal convênio para a identificação da Base de Cálculo da antecipação tributária, ressaltando que se o referido Convênio estivesse em vigor, deveria a substituição tributária, ser aplicada ao fornecedor das mercadorias.

6 – Que o Convênio ICMS nº 76/94 não prevê a aplicação de suas normas para o caso de distribuidores, sendo a substituição tributária exclusivo de fabricantes e importadores, repetindo que a metodologia da base de cálculo utilizada pautou-se em dispositivos relacionados a operações internas dentro da Bahia.

7 – Inexistência de previsão normativa legal para a apuração da Base de Cálculo, indicando, no entanto, a existência do art. 371 do RICMS/BA com a previsão legal do pagamento do ICMS Antecipação pelo adquirente de mercadorias em operações interestaduais. Ressalta a inexistência da forma como foi quantificado o crédito tributário, ao mesclar critérios de apuração ora voltados para operações internas de mercadorias, ora para aquisições interestaduais, com base em convênio já denunciado, e não aplicável ao fornecedor dos medicamentos.

8 – Falta de discriminação no levantamento fiscal do NBM/SH das mercadorias autuadas, questionando se haveria algum item autuado enquadrado nas exceções de mercadorias elencadas no Convênio 76/94.

9 – Que todas as aquisições de suas mercadorias são destinadas a consumidor final, e passa a criar e conceituar as figuras de contribuinte e responsável, sendo, a seu ver, o contribuinte aquele que adquire a mercadoria, ou seja, o próprio autuado e o responsável, aquele que fornece a mercadoria, ou seja, o distribuidor. Através dessa conceituação exime-se tanto do pagamento da antecipação tributária quanto da retenção do ICMS-ST pelo fornecedor da mercadoria. Baseado em tal teoria, finaliza dizendo que deve o contribuinte adquirente, verificar se as mercadorias objeto daquela aquisição serão destinadas a consumidor (venda ao varejo) e, se for o caso, não fazer a antecipação tributária, devendo apurar o imposto de forma normal.

Ao final, requer:

- (I) *IMPROCEDÊNCIA da Autuação seja com base na alforria do inciso VII do art. 355 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia - Decreto n.º 6.284/97 que a exime de tal recolhimento, seja pela ausência do recebimento das mercadorias indicadas nas Notas Fiscais elencadas no demonstrativo fiscal apresentado; ou*
- (II) *Ad argumentandum tantum, pela exceção, pela NULIDADE do feito, diante da fragilidade da base de cálculo e/ou da determinação com segurança da hipotética infração cometida pela AUTUADA.*

O autuante apresenta informação fiscal, fls. 104 a 117 dos autos, e diz que o contribuinte foi autuado por falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária referente às aquisições de mercadorias, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, provenientes do estado de Minas Gerais da PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S/A, oriundos dos estados de São Paulo e Minas Gerais 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 no montante de [R\$ 3.986,96] de valor histórico.

Rebateu os argumentos defensivos para cada item citado na impugnação, na respectiva ordem, informando se tratar de argumentos já contestados em outro auto de infração com o mesmo teor pelo colega auditor fiscal Carlos Roberto Soares Souza.

Sustenta que o enquadramento legal está correto, tendo transcritos os artigos 371, 61, § 2º, do RICMS/97, argüindo que o artigo 371 trata, entre outras coisas, das aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no Regime de Substituição Tributária, onde não existe Convênio ou Protocolo entre a Bahia e o Estado de origem, enquanto que o artigo 61 trata da Base de Cálculo para fins de Antecipação na entrada de mercadorias.

Friza que na determinação da Base de Cálculo, tanto o Artigo 61 quanto o Anexo 88 do RICMS/BA, remetem ao Convênio 76/94, transcrevendo a Cláusula Segunda e o § 1º. Explica que para a determinação da Base de Cálculo foi utilizada a ordem ditada pelo Convênio 76/94: primeiro, utilizando o PMC para os medicamentos publicados pelo ABCFARMA e depois o valor da operação para aqueles que não tiverem o respectivo PMC. Com relação à MVA, diz que foi utilizada a Lista Negativa (49,08%) por ser a mais conservadora, pois não havia como identificar se a mercadoria possuía, ou não, outorga de crédito do PIS/COFINS. Quanto aos exemplos de notas mencionadas na defesa, aduz que não registrou nenhum problema, sendo que todos os itens que as compõem se enquadram nos ditames legais aqui esclarecidos. Repete que para todos os itens que compõem as notas fiscais referenciadas foram utilizados o PMC quando existente ou inexistindo este o MVA de 49,08 conforme anexo 88 do RICMS-BA.

Quanto a alegação de que o artigo 61 do RICMS/BA (caput e incisos) aplica-se unicamente às operações internas, não sendo aplicável às aquisições interestaduais, observa que já foi citado anteriormente que o referido artigo trata da determinação da Base de Cálculo para fins de antecipação tributária e, combinado com o Art. 371, irá completar o enquadramento legal.

Com relação à alegação de que o inciso I do art. 61 do RICMS não faz referência a qualquer forma de obtenção do preço com base em valores praticados pela figura do distribuidor ou atacadista, transcreveu a alínea “a” do inciso II do Art. 61.

Observou ainda que o Convênio ICMS 81/93 que trata das Normas Gerais, em sua cláusula Segunda, estabelece que em qualquer operação interestadual cuja mercadoria possua Convênio ou Protocolo fica atribuída ao remetente a responsabilidade do tributo, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente. Assim, sustenta que fica perfeitamente caracterizada a figura do Atacadista e do Distribuidor como responsáveis pela substituição tributária. No caso em tela, frisa que os Estados de Minas Gerais e São Paulo denunciaram o Convênio 76/94 e, portanto não são obrigados à retenção do ICMS-ST, porém o contribuinte do Estado da Bahia ao adquirir mercadorias provenientes de empresas desta natureza fica obrigado a efetuar a Antecipação Tributária.

Contestou o argumento defensivo da existência de dupla metodologia aplicada para determinação da base de cálculo, esclarecendo que o enquadramento da infração, no auto em pauta, tem como base legal de sustentação do ilícito tributário, a combinação dos artigos 61 com os 371 e 125 do RICMS/BA. No Artigo 61, § 5º, inciso I, fica evidenciado a recepção do Convênio ICMS 76/94 no que for aplicável.

Além disso, diz que o Convênio ICMS 76/94, recepcionado no RICMS-BA, no artigo 61, na sua cláusula segunda determina que a base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária será o valor correspondente ao preço máximo de venda ao consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial – PMC (ABCFARMA). E, na falta deste, toma-se por base o montante formado pelo preço praticado pelo remetente incluído o valor IPI, frete e demais despesas e sobre este montante o percentual da margem de valor agregado – MVA, conforme já citado anteriormente. Assim fica patenteado que tão somente o RICMS-BA foi utilizado para consolidação da base de cálculo da antecipação tributária não existindo conforme infere erroneamente a defesa a dupla metodologia aplicada para determinação da base de cálculo.

Sustenta que não há nenhuma incoerência na formação da Base de Cálculo para fins de antecipação tributária, tendo em vista o disposto no Anexo 88 do RICMS, que versa sobre medicamentos, especifica que os percentuais a serem aplicados são o do Convênio ICMS 76/94 além do art. 61 § 2º inciso I.

Assim, argumenta que a aplicabilidade dos ditames do Convênio ICMS nº 76/94 para identificação da base de cálculo tem respaldo legal no RICMS, não procedendo as alegações da defesa.

Também contestou a impugnação do autuado no tocante a alegação de que o Auto de Infração não contem elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, por entender que o Demonstrativo de Débito e o “Demonstrativo de apuração do ICMS Antecipação Tributária Devido por Item”, anexados ao PAF são elementos necessários e suficientes para a clara identificação dos medicamentos, objeto desta autuação. Quanto a não discriminação da classificação da NBM/SH, item a item, diz que em nada dificulta o entendimento do processo de identificação da base de cálculo, pois a descrição das mercadorias, item a item, torna-se bastante clara e óbvia a autuação, inclusive foram anexadas as cópias das notas fiscais, onde constam todos os detalhes legalmente exigidos.

Ressalta que as metodologias utilizadas para determinação das bases de cálculos estão corretas, sendo utilizado o preço máximo de venda ao consumidor sugerido ao público pelo estabelecimento industrial – PMC (ABCFARMA), quando existe, e na falta deste, tomou-se por base o montante formado pelo preço praticado pelo remetente incluído o valor IPI, frete e demais despesas e sobre este montante o percentual da margem de valor agregado – MVA. Observa que como o deficiente não indicou nenhum item em particular para justificar o erro mencionado na peça impugnatória, absteve de comentá-lo, pois não existe nenhum item em desacordo com a metodologia legal de determinação da base de cálculo.

Desta forma, esclarece que as comprovações legais que sustentam o cálculo do débito, além das cópias das notas fiscais, são os dados contidos nos arquivos magnéticos, suportados legalmente pelo convênio ICMS 57/95, que “Dispõe sobre a emissão de documentos fiscais e a escrituração de livros fiscais por contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados”, entregues pela PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S.A.

Aponta que há erro na citação da defesa, pois o estado de Minas Gerais denunciou o Convênio 76/94 em 1º de março de 2001, conforme Despacho COTEPE nº 05/01, com efeito a partir de 01.04.01, dispondo sobre a não-aplicação ao Estado de Minas Gerais das normas contidas neste convênio. Buscando esclarecer transcreveu todos os atos e despachos que envolvem o Estado de Minas Gerais, com relação ao convênio em questão, para mostrar que fica evidenciada a sua afirmativa.

Informa que o autuado é uma empresa comercial varejista, comprovada através do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica da Receita Federal, conforme “Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral” anexado ao PAF, bem como através do cadastro da SEFAZ.

Registra que as cópias das Notas Fiscais (folhas 23 a 39), autenticadas por funcionário público e inerente a este, a fé pública dispensada por lei, foram requeridas e entregues diretamente pela PROFARMA DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS S.A., situada no Estado de Minas Gerais, que autorizou a ação diligencial do fisco Baiano, conforme credenciais anexados ao autos (folhas 21). Ressalva, o que reforça definitivamente a prova material da aquisição das mercadorias, que as notas foram entregues pelo fornecedor juntamente com os arquivos magnéticos, conforme regulamenta o Convênio ICMS 57/95 que “Dispõe sobre a emissão de documentos fiscais e a escrituração de livros fiscais por contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados”.

Considerou desnecessárias comprovações adicionais sobre as aquisições, por entender que as citadas comprovações legais suportam de forma contundente o auto, não deixando dúvidas quanto à origem da mercadoria e o destino das mesmas.

Assim a alegação defensiva de que não adquiriu as mercadorias constantes das citadas nas notas fiscais apensadas ao processo e emitidas pela Profarma, segundo o preposto fiscal, não tem condão, de elidir a exigência fiscal, relativa a esses documentos.

Diz que o autuado não apresentou nenhum elemento que evidenciasse a falta de legalidade dos documentos fiscais em questão, e pelo que dispõe o art. 143, do RPAF/99, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Visando mostrar as decisões mais recentes do CONSEF com relação às questões discutidas, transcreveu as ementas de dois julgamentos datados de 03/11/2004 e de 1º/04/2005 (CJF N° 0075-12/05 e 0256).

Concluindo, aduz que estando a defesa desprovida de fatos concretos que impliquem na incorreção do respectivo auto e estando convencido da irregularidade cometida por parte do autuado, pugna pela procedência da autuação.

O processo foi submetido a pauta suplementar do dia 14/09/2010, sendo convertido em diligência à Infaz de origem para fossem cumpridas as seguintes providências descritas no despacho de diligência constante às fls. 122 e 123, qual seja:

INFIP

1. Em relação às notas fiscais mencionadas (fls.23 a 39), juntar ao processo ou obter diretamente no emitente das mesmas, outros elementos que comprovem as aquisições das mercadorias pelo autuado, tais como:

1.1 – cópias dos pedidos das mercadorias caso existentes;

1.2 – cópias dos canhotos das notas fiscais com assinatura e identificação do recebedor das mercadorias;

1.3 – comprovantes de pagamento pelo autuado (boletos bancários, duplicatas, transferências bancárias etc), dos valores referentes às vendas realizadas através das notas fiscais em questão;

1.4 – cópias de conhecimentos de transporte, se houver;

1.5 – quaisquer outros elementos que demonstrem a compra das mercadorias pelo autuado.

1.6 – após o cumprimento das providências anteriores, se forem apresentados elementos de prova nas operações encaminhar o processo ao autuante para adoção das providências seguintes. Caso contrário, devolver o PAF ao CONSEF para a devida instrução.

AUTUANTE

1. Excluir do levantamento fiscal, a (s) nota (s) fiscal (is) acima, que não tiverem as comprovações constantes do item 1, e refazer os demonstrativos de apuração às fls. 40 a 53.

2. Elaborar demonstrativo das notas fiscais excluídas na infração citada, se for o caso.

3. No que concerne à base de cálculo apurada com lastro no PMC, anexar a Tabela da ABCFarma contendo os preços utilizados na apuração da base de cálculo do imposto apontado no auto de Infração.

3. Após o cumprimento dos itens anteriores, encaminhar o processo à Infaz de origem para identificação do sujeito passivo.

INSPETORIA:

a) fazer a entrega ao autuado, mediante recibo, de todos os novos elementos acostados ao processo, a serem juntados por força da presente diligência, e de cópia deste pedido, reabrindo o prazo de defesa por 30 (trinta) dias, para que o autuado possa se manifestar, caso entenda necessário;

b) caso o autuado se manifeste, encaminhar o processo para o autuante produzir nova informação fiscal. Concluída a informação, retornar o PAF a este CONSEF para conclusão da instrução para julgamento.

O PAF foi encaminhado à Infaz Varejo para o cumprimento da diligência determinada pelo órgão julgador, sendo anexada somente a declaração subscrita pela Profarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S/A, constante à fl. 124.

À fl.126 consta informação de preposto fiscal da INFIP, esclarecendo que foi expedida intimação à Profarma para apresentar cópias dos pedidos das mercadorias; canhotos das notas fiscais assinados; comprovantes de pagamentos das compras das mercadorias, e conhecimentos de transportes, dentre outros, porém, somente foram apresentadas as declarações acima citadas.

O então Coordenador da INFIP Ciro Roberto Seifert presta a informação fiscal INFIP nº 369/2001 (fls.127 a 133), onde diz que é impossível atender ao pedido do órgão julgador para obtenção de pedidos, canhotos de notas fiscais, Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas (CTRCS) ou comprovantes de pagamento, visto que, o levantamento se refere ao mês de março de 2005 e já ocorreu a decadência do mesmo, e, assim, o fornecedor do autuado está desobrigado da guarda dos documentos.

Lembra como se davam os julgamentos do Conselho de Fazenda Estadual (Consef), à época em que foram coletados os documentos pela Infip, em matéria desta natureza, transcrevendo várias decisões pela procedência em casos análogos, através dos ACÓRDÃOS JJF nº 0430-03/03; JJF nº 0514-03/03; e JJF nº 0440/01, os quais, diz que não houve recurso para nenhuma das decisões acima, o que as torna definitivas.

Informa que seguindo os julgamentos preponderantes sobre o assunto no Consef, os prepostos da Infip arrecadaram, somente, cópias das notas fiscais, entretanto, outros elementos indiciários podem ser extraídos dos documentos fiscais e demais controles da Sefaz, a saber:

- a) *as mercadorias (produtos farmacêuticos) são condizentes com o ramo de atividade do autuado - 4771701 - Comércio varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmulas (fonte Sistema de Informações do Contribuinte INC);*
- b) *a Profarma é empresa tradicional, estabelecida desde 05.02.1981, com sede no Rio de Janeiro/RJ, e filiais em quase todas as unidades da Federação, com a natureza jurídica de sociedade anônima de capital aberto (fonte Receita Federal do Brasil - RFB);*
- c) *o seu estabelecimento que promoveu as vendas está localizado em Minas Gerais, Estado não signatário do Convênio ICMS 76/94;*
- d) *as vendas foram feitas a prazo, de 60 dias, como se vê nas notas fiscais às fls. 32 a 39, e a Profarma firmou declaração de que vendeu e recebeu os valores correspondentes (fl.124);*

Apresenta quadros contendo as compras realizadas pelos estabelecimentos do autuado, no período de 2004 a 2008, com CNPJ 03.297.742/0001-16, 03.297.742/0002-08, 03.297.742/0003-80, 03.297.742/0004-61 e 03.297.742/0005-42, para mostrar que o autuado é fornecedor da Profarma.

O informante diz que a conclusão é a mesma do Acórdão JJF N° 0440/01, acima transrito, ou seja, as notas fiscais são prova bastante de que as aquisições foram, realmente, efetuadas pelo autuado e a contraprova, para desconstituir o lançamento, caberia ao contribuinte, o que não foi realizado, no presente caso, e este sequer se preocupou em prestar queixa-crime ou tomar qualquer providência junto aos fornecedores para estancar o procedimento alegado (emissão de nota fiscal sem a entrega correspondente).

Conclui que, considerando que não foram juntados novos elementos, o que torna impossível o cumprimento do que fora pedido ao autuante pela 2ª JJF, encaminhou o PAF à Diretoria de Administração Tributária da Região Metropolitana (DAT Metro) para conhecimento do seu Diretor, e ciência aos autuante e autuado.

O autuante foi cientificado da informação acima, tendo se manifestado à fl. 135, argüindo que Conforme fl.(122) na solicitação à INFIP, item 1.6 - após o cumprimento das providências anteriores, se forem apresentados elementos de prova nas operações encaminhar o processo ao autuante para adoção das providências seguintes. Caso contrário, devolver o PAF ao CONSEF para a devida instrução.

Destaca que na fl.133, acrescenta "Considerando que não foram juntados novos elementos, o que torna impossível o que fora pedido ao autuante pela 2ª JJF, encaminho o PAF à Diretoria de Administração Tributária da Região Metropolitana (DAT Metro) para conhecimento do seu Diretor, e ciência ao autuante e autuado, que, em seguida deve retomar ao Conseg para julgamento".

Após os esclarecimentos acima, ciente do pedido e da informação da INFIP, devolveu o processo para que se atenda o recomendado pela INFIP na (fl.133).

Consta à fl.138 informação subscrita pelo Diretor da DAT Metro, argüindo que de acordo com o entendimento do inciso I, art. 150, do RPAF/BA, foi cumprida parcialmente, pela INFIP, a diligência solicitada pelo CONSEF, conforme fls. 127 a 133 do presente processo.

Retornou o processo à Infaz Varejo para que o autuante faça juntada da tabela ABCFARMA, item 3, fl. 123, daquela solicitação ao autuante.

Consta à fl.139 um CD contendo a Tabela ABC Farma do período de 2005 e 2006.

Através da intimação à fl.141, o sujeito passivo foi intimado em seu endereço cadastro na SEFAZ, com a reabertura do prazo de defesa, a tomar conhecimento, mediante entrega de cópias, dos documentos acostados ao processo às fls.122 a 123, 124 a 125, 126, 127 a 133, 135, 137 e 138 e CD e CD à fl.139, porém o mesmo não foi localizado. Por conta disso, foram expedidas intimações de igual teor, para os sócios: Geraldo Alves de Oliveira na Rua Coronel Tupi Caldas, 23-A, Liberdade, CEP 40.370-270, Salvador – Bahia, conforme documento e AR dos Correios, fls.145 a 146; e para Sandro dos Santos Andrade na Rua São Rafael, 2561, 1º andar, São Marcos, CEP 41.253-190, Salvador – Bahia, conforme documento e AR dos Correios, fls.150 a 151, ambos não localizados nos citados endereços.

Por conta disso, foi expedida intimação de igual teor, para o sócio Geraldo de Oliveira Baptista na Rua dos Pintassilgos, 202, aptº 403, Imbui, CEP 41.720-030, Salvador – Bahia, sendo a mesma recebida, conforme documento e AR dos Correios, fls.154 a 155.

No prazo legal, o autuado representado por seu advogado, qualificado nos autos, apresenta manifestação às fls.157 a 174, arguindo o que segue.

Faz um histórico do processo, destacando que apresentou defesa, e posteriormente o processo foi baixado em diligência pelo órgão julgador para o cumprimento das providências constantes no despacho de diligência que foi transcrita na íntegra, e que a diligência não foi atendido, tendo a Infip, através de seu Coordenador, informado que: "De antemão, informo que é impossível a obtenção de pedidos, canhotos de notas fiscais, Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas (CTRCs) ou comprovantes de pagamento. Como o levantamento se refere a maio de 2005 a janeiro de 2006, já ocorreu a decadência dos mesmos, e, assim, o fornecedor do autuado está desobrigado da guarda dos documentos".

Assevera que a impossibilidade de anexar ao processo qualquer dos documentos solicitados, como afirmado, de forma categórica pela INFIP, deixa o processo como estava, ou seja, sem qualquer novo elemento que possa modificar o Auto de Infração, que é NULO ou IMPROCEDENTE, sob os fundamentos já colocados na sua defesa.

Quanto aos acórdãos citados pela INFIP, e o entendimento de que o Conseg, à época em que foram coletados os documentos, em matéria dessa natureza, julgava procedentes as autuações, citando, para dar lastro à afirmação, julgados emanados de Juntas daquele órgão, em contraponto, a tais decisões, menciona o Acórdão CS 1023/99, emanado da Câmara Superior do

Consef, JJF nº 0010-04/09; 0299-04/10; 0368-04/10; CJF nº 0303-11/08; 0227-12/11; 0228-12/11; 0229-12/11; 0248-12/11; 0254-12/11, que tratando sobre a mesma matéria, foram julgados improcedentes os respectivos autos de infração.

Ao final, requereu a improcedência da autuação por falta de provas do cometimento da infração imputada.

O autuante presta informação fiscal à fl.181e 182, na qual, repetiu que conforme fl. (122) na solicitação à INFIP, item 1.6 - após o cumprimento das providências anteriores, se forem apresentados elementos de prova nas operações encaminhar o processo ao autuante para adoção das providências seguintes. Caso contrário, devolver o PAF ao CONSEF para a devida instrução.

E na fl. (133), acrescenta "Considerando que não foram juntados novos elementos, o que torna impossível o que fora pedido ao autuante pela junta 2ª JJF, encaminho o PAF à Diretoria de Administração Tributária da Região Metropolitana (DAT Metro) para conhecimento do seu Diretor, e ciência aos autuante e autuado, que, em seguida deve retomar ao Consef para julgamento".

Finaliza, dizendo que estando tanto a defesa, quanto a manifestação do autuado desprovidas de fatos concretos que impliquem na Nulidade ou Improcedência do respectivo auto, e convencido da irregularidade cometida por parte do autuado, ratifica mais uma vez a autuação.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS, em razão da falta do seu recolhimento por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (medicamentos) provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, conforme levantamento, por item de mercadorias, às fls.40 a 53.

Para a elaboração do referido levantamento fiscal o autuante se louvou de cópias das notas fiscais levantadas a partir do SINTEGRA (fls.23 a 39) e obtidas cópias junto a PROFARMA Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S/A, no Estado de Minas Gerais, por prepostos da SAT/INFIP - INSPETORIA FAZENDÁRIA DE INVESTIGAÇÃO E PESQUISA, conforme documento à fl. 21, mais precisamente Credenciamento de Autoridades Fiscais DGP/SUFIS nº 661 da SEFAZ/MG.

Compulsando os autos, verifiquei que as cópias as notas fiscais nº 88868 e 88869, que embasaram a autuação, foram coletadas junto à Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S.A. (PROFARMA), CNPJ 45.453.214/0020-14 (Contagem/MG) e não pelo sistema Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito – CFAMT implantado pela SEFAZ/BA. Portanto, referem-se à segundas vias fixas obtidas junto ao citado contribuinte, em trabalho conjunto com prepostos fiscais da Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais.

Na peça defensiva, o patrono do autuado, entre outras alegações, nega que tenha ocorrido a aquisição das mercadorias, evidenciadas pelas notas fiscais apensadas.

Pelas informações, pelos dados das notas fiscais, e documentos acostados ao PAF, ficou comprovado que a Profarma Distribuidora Farmacêutica S. A. emitiu as referidas notas fiscais, fls.33 a 39, porém não há prova de que as mercadorias nelas relacionadas adentraram em circulação no Estado da Bahia, e muito menos, se foram adquiridas pelo contribuinte, não constando às mesmas do sistema de Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito – CFAMT, onde se registram os documentos fiscais que acobertam operações de circulação de mercadorias em trânsito no Estado da Bahia.

Cumpre registrar que este mesmo Conselho de Fazenda já se posicionou através do Acórdão da Câmara Superior nº 1.023/99, que os documentos fiscais em suas vias fixas não se prestam como prova de aquisição de mercadorias, requerendo prova complementar da entrada das mercadorias 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*”. Esse entendimento, em matéria semelhante, tem reiteradamente sido acompanhado nas diversas decisões desse Colegiado.

Os autos de infração que tratam dessa matéria, ou seja, feitos os lançamentos com base em cópia de segundas fixas de notas fiscais, os órgãos julgadores têm baixado o processo em diligência no sentido que sejam obtidas junto aos emitentes.

No presente caso, visando dar o mesmo tratamento de outros processos que tratam de exigência fiscal apurada com base em cópias de notas fiscais obtidas a partir do SINTEGRA, junto aos emitentes das notas fiscais, bem como dotar o Estado da certeza quanto ao crédito tributário, na pauta suplementar do dia 14/09/2010, o processo foi encaminhado à INFIP para a adoção das seguintes providências, conforme despacho às fls. 122 a 123, a saber:

1. Em relação às notas fiscais mencionadas (fls.21 a 49), juntar ao processo ou obter diretamente no emitente das mesmas, outros elementos que comprovem as aquisições das mercadorias pelo autuado, tais como:

1.1 – cópias dos pedidos das mercadorias caso existentes;

1.2 – cópias dos canhotos das notas fiscais com assinatura e identificação do recebedor das mercadorias;

1.3 – comprovantes de pagamento pelo autuado (boletos bancários, duplicatas, transferências bancárias etc), dos valores referentes às vendas realizadas através das notas fiscais em questão;

1.4 – cópias de conhecimentos de transporte, se houver;

1.5 – quaisquer outros elementos que demonstrem a compra das mercadorias pelo autuado.

1.6 – após o cumprimento das providências anteriores, se forem apresentados elementos de prova nas operações encaminhar o processo ao autuante para adoção das providências seguintes. Caso contrário, devolver o PAF ao CONSEF para a devida instrução.

Conforme consta no relatório deste processo, foi informado pela Infaz Varejo, fl. 126, que após intimada a Profarma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S/A, somente apresentou a declaração constante à fl.124, sendo encaminhado os autos para a INFIP, cujo Coordenador em sua Informação Fiscal nº 369/2011, expressou seu entendimento no sentido de que:

- a) *as mercadorias (produtos farmacêuticos) são condizentes com o ramo de atividade do autuado - 4771701 - Comércio varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmulas (fonte Sistema de Informações do Contribuinte INC);*
- b) *a Profarma é empresa tradicional, estabelecida desde 05.02.1981, com sede no Rio de Janeiro/RJ, e filiais em quase todas as unidades da Federação, com a natureza jurídica de sociedade anônima de capital aberto (fonte Receita Federal do Brasil - RFB);*
- c) *os seus estabelecimentos que promoveram as vendas estão localizados em Minas Gerais e São Paulo, Estados não signatários do Convênio ICMS 76/94;*
- d) *as vendas foram feitas a prazo, de 60 dias, como se vê nas notas fiscais às fls. 32 e 39, e a Profarma firmou declaração de que vendeu e recebeu os valores correspondentes (fl. 124);*

E concluindo que as cópias das notas fiscais são provas suficientes de que as aquisições foram efetuadas pelo autuado e a contraprova, para desconstituir o lançamento, caberia ao autuado, diz que, por não terem sido juntados novos elementos aos autos, além do que foi analisado, tornou impossível atender ao pedido desta 2^a JJF.

Assim, considerando que as notas fiscais utilizadas no levantamento realizado pelo autuante foram coletadas nos estabelecimentos dos emitentes, situado em outras unidades da Federação, e não tendo sido apresentadas, além das cópias das notas fiscais, provas da entrada das mercadorias no estabelecimento neste Estado, concluo que não existe prova ou certeza nos autos quanto ao ingresso das mercadorias no território deste Estado, não havendo como determinar, com segurança, a infração imputada ao sujeito passivo, o que macula de nulidade a autuação, nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

Ressalto que esse é o entendimento do CONSEF, merecendo citar como exemplo, o julgamento do AI nº 281331.0208/08-8, sobre a mesma matéria, e que resultou na nulidade do lançamento através do Acórdão JJF nº 0308-04/10, sendo não provido o recurso de ofício, conforme Acórdão CJF nº 0254-12/11.

Representa-se à autoridade fazendária competente no sentido da instauração de novo procedimento fiscal, a salvo de incorreções, nos termos do artigo 156 do RPAF/99.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº **206922.0002/10-8**, lavrado contra **RDB REDE BAHIANA DE DRUGSTORE LTDA**.

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

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR