

PROCESSO - A. I. Nº 232856.0058/08-0
RECORRENTE - ADILSON ALVES M DE JEQUIÉ (FARMÁCIA PLANTÃO II)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0164-04/09
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 04/09/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0254-12/13

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS EFETUADAS POR FARMÁCIA, DROGARIA OU CASA DE PRODUTO NATURAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não se aplicando as regras relativas à retenção e recolhimento do imposto previstas no Convênio ICMS 76/94 pelas empresas localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, nas aquisições interestaduais de medicamentos sob o regime de substituição tributária o pagamento do ICMS é devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes. Acolhida a preliminar de nulidade suscitada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Nulo**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou pela Procedência o Auto de Infração, exigindo do autuado o valor total de R\$ 28.982,53, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o recorrente em 06/08/2008 decorre de uma única infração que exige ICMS em razão da falta de recolhimento do imposto 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 no Anexo 88 e 89 do RICMS-BA, nos meses de dezembro de 2004, de janeiro a dezembro de 2005, e de janeiro a maio e julho de 2006.

Consta que 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 cópia de notas.

Da apreciação dos argumentos defensivos, além das contra razões do fiscal autuante, a 4ª JJF, à unanimidade, decidiu pela procedência da autuação com os argumentos que transcrevo abaixo:

(...)

“No mérito, consoante o disposto na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 76/94, nas operações com os produtos relacionados no Anexo Único (medicamentos), fica atribuída ao estabelecimento importador ou industrial fabricante, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subseqüentes ou à entrada para uso ou consumo do destinatário.

O contribuinte, na sua defesa, admitiu ter escriturado as notas fiscais, mas não ter feito o recolhimento devido a dificuldades financeiras.

Conforme Despacho COTEPE nº 05 de 01/03/2001, o mencionado Convênio passou a não se aplicar ao Estado de Minas Gerais. Por sua vez, o Convênio 100/03 firmou a adesão de Minas Gerais ao Convênio 76/94, a partir de 01/01/04. Todavia, o Convênio 143, de 12/01/2003, adiou a inclusão para 01/08/04 e em seguida o Convênio 68, de 13/08/04, para 30/09/04. Finalmente, o Convênio 83/04 adiou a inclusão de MG para 01/01/2005. Através do Despacho COTEPE 03/05, com efeitos a partir de 01/01/2005, o Estado de Minas Gerais denunciou

o Convênio ICMS 76/94, ficando, portanto as empresas localizadas naquele Estado eximidas do cumprimento das regras contidas naquele Convênio.

Idêntico raciocínio é aplicável nas aquisições de medicamentos originários do Estado de São Paulo, pois o Ato COTEPE-ICMS 15/97, com efeitos a partir de 01/11/1997, dispôs sobre a não aplicação a esta unidade federada das normas contidas no Convênio ICMS 76/94.

Desta forma, não se aplicando as regras relativas à retenção e recolhimento do imposto previstas no Convênio ICMS 76/94 às empresas localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, nas aquisições interestaduais de medicamentos sob o regime de substituição tributária, o pagamento do ICMS é devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes, conforme disposto no art. 371, ressalvadas as hipóteses do art. 355 e nos prazos previstos no art. 125 do RICMS/BA.

Assim, tem fundamento jurídico a exigência tributária em tela, pois trata de aquisições de medicamentos originários dos Estados de São Paulo e Minas Gerais, conforme cópias de notas fiscais às fls. 232 a 608, nas quais o destinatário tinha por obrigação efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação tributária, nos moldes dos supracitados artigos do RICMS/BA.

Em face dos elementos de fato e de direito que fazem parte deste PAF, concluo que foi correta a autuação. Infração caracterizada.

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

Protocolizado Recurso voluntário tempestivo, colacionados às fls. 642 a 648, o contribuinte retorna aos autos e, de início se insurge quanto à capitulação da multa aplicada. Nesse contexto, entende que em verdade a infração cometida é de falta de recolhimento do imposto em virtude da não escrituração fiscal, o que determinaria uma “*omissão escritural*”. Isto posto, entende que a correta capitulação da multa estaria no art. 42, III (70%), ao invés da multa capitulada no art. 42, II, “d” (60%) da Lei nº 7.014/96. Discorre a respeito das obrigações fiscais principais e acessórias, e cita o art. 113, § 3º do CTN.

Aduz que a equivocada capitulação da multa aplicada à infração tem como reflexo o cerceamento ao direito de gozar dos benefícios dispostos no art. 45 da mesma Lei nº 7.014/96. Transcreve a legislação.

Pugna pela reforma da Decisão para que seja feito o reenquadramento da multa de 60% para 70%, conforme previsão contida no inciso III do art. 42 da Lei nº 7.014/96, de maneira a que possa fruir do benefício disposto no art. 45 da mesma Lei.

Discorre derredor da incompetência dos julgadores da 4ª Junta de Julgamento Fiscal no que concerne a matéria constitucional. Cita trecho da obra de Agustin Godillo, também citando Kelsen.

Requer que sejam solicitados ao fornecedor (Profarma) os canhotos das notas fiscais correspondentes às operações em apreço, 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.

Reitera seu pedido de alteração na tipificação da multa aplicada para o inciso III do art. 42 da Lei nº 7.014/96, de modo a que possa realizar o pagamento do quanto se exige, com a redução prevista no art. 45 da mesma Lei.

Pugna pela procedência do seu Recurso voluntário, para reformar a Decisão de piso, em razão da “*alegação de falta de competência e no que tange a tipificação da multa aplicada*”.

A PGE/PROFIS, em Parecer da lavra da Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, fls. 656/658, aduz, inicialmente que a multa aplicada tem previsão no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e se enquadra perfeitamente ao caso em tela. Refere-se ao inciso III do art. 42 para dizer que o referido dispositivo se aplica a fato gerador distinto do apurado no lançamento em questão, além de culminar multa de maior expressão. Refere-se também ao equívoco de entendimento do recorrente quando assevera que a multa, tal como aplicada, não lhe possibilita ter os benefícios das reduções previstas no artigo 45 da Lei do ICMS, em que pese restar clara tal possibilidade conforme se pode verificar à fl. 06 dos autos.

No tocante ao questionamento do recorrente quanto ao fato de os julgadores de Primeira Instância serem impedidos de discutir matéria de cunho constitucional, assevera a d. procuradora que, de fato, a análise sobre a inconstitucionalidade foge à competência dos órgãos julgadores administrativos, ante a vedação expressa contida no artigo 167 do RPAF/96.

No mérito, e quanto ao pedido de que este órgão julgador requeira do fornecedor do recorrente os canhotos das notas fiscais, para posterior exclusão das notas que não ingressaram na empresa autuado, informa a preclara procuradora que *“não cabe ao órgão julgador ou à SEFAZ a coleta de provas para o autuado”*. Diz que, em verdade, com a apuração da infração, amparada por demonstrativos de débito e documentos fiscais, cabe à recorrente fazer chegar ao processo as provas capazes de elidir a acusação fiscal.

Afirma que no julgamento de piso foram apreciadas todas as provas trazidas aos autos e que a Decisão proferida não merece qualquer reforma.

Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

A 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, frente aos elementos integrantes do PAF, resolveu por converter o feito em diligência à INFIP, nos seguintes termos: *“... após constatarem que as notas fiscais apreendidas se referem a ‘2ª via fixa/Arquivo’, e não havendo outros elementos de prova que atestem de fato a circulação das mercadorias no Estado da Bahia, resolvem converter o PAF em diligência, a INFIP, haja vista que foi esse órgão que recolheu os documentos que lastrearam a ação fiscal, para que acoste aos autos documentos, tais como, por exemplo: canhotos de recebimentos das mercadorias com identificação do recebedor, comprovantes de pagamentos, conhecimento de transportes, cópia de pedidos, etc., que atestem que as operações constantes das notas fiscais juntadas aos autos foram efetivamente efetuadas pelo contribuinte autuado”*.

Em cumprimento à diligência determinada pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, fl. 666, a INFIP faz juntar *“declaração da PROFARMA com os dados que comprovam a venda das mercadorias à autuada”*.

Em nova manifestação, a ilustre procuradora Dra Maria Helena Cruz Bulcão, em despacho à fl. 675v, exara opinativo no sentido de que deveriam retornar os autos ao relator de segundo grau para as providências cabíveis, haja vista que a INFIP, fls. 664/665, não fez o necessário cotejo com as notas fiscais objeto da autuação, entendendo, também que a diligência requerida não havia sido cumprida integralmente.

De volta à esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, por seus membros, o PAF foi novamente convertido em diligência cujos termos foram: *“Do resultado da diligência, verifico que foi acostada aos autos uma declaração da Profarma dando conta de que foram efetuadas compras pelo autuado em seu estabelecimento em Minas Gerais, listando notas fiscais com as correspondentes duplicatas, vencimento, valor e pagamento. Entretanto, não foram juntados os documentos conforme solicitado na diligência anterior, fl. 661.*

Em que pese a ilustre Procuradora da PGE/PROFIS, Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, entender que a INFIP não fez o necessário cotejamento com as notas fiscais objeto da autuação, os julgadores desta 2ª CJF, após constatarem o não cumprimento da diligência anteriormente solicitada, entendendo que a relação trazida aos autos não atende ao quanto solicitado na diligência anterior, fl. 661, e resolvem, mais uma vez, converter o PAF em diligência à INFIP para, reiterando os termos daquela diligência, que fossem acostados aos autos documentos, a exemplo de canhotos de recebimentos das mercadorias com identificação do recebedor, comprovantes de pagamentos, conhecimento de transportes, cópia de pedidos, etc. – documentos que possam atestar que as operações constantes das notas fiscais juntadas aos autos foram efetivamente efetuadas pelo contribuinte autuado.

Em resposta à diligência determinada pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, a INFIP, por via do Parecer denominado Informação Fiscal INFIP nº 321/2011, faz um breve relato do processo e afirma que foi juntada pela Inspetoria uma declaração da PROFARMA com os dados que

comprovam a venda das mercadorias ao autuado, conforme fls. 664/666. Afirma também que a PROFARMA afirmou que o seu cliente Adilson Alves M. de Jequié, CNPJ 96.830.088/0001-48, efetuou compras no seu estabelecimento de Minas Gerais, relacionando as notas fiscais com as respectivas datas de emissão e do pagamento das mesmas, no ano de 2005.

Quanto à segunda diligência, que reitera os termos da primeira, informa o Coordenador da mesma INFIP *“que é impossível a obtenção de pedidos, canhotos de notas fiscais, Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas (CTRCs) ou comprovantes de pagamento”*. Informa também que como o levantamento se refere ao período de dezembro de 2004 a julho de 2006, já se operou a decadência, implicando na desobrigação da guarda dos documentos pelo fornecedor, e que os únicos meses cujos documentos ainda deveriam existir, maio e julho de 2006, tem exigência fiscal que monta em R\$1.071,00, valor *“inferior ao custo do deslocamento até os Estados de São Paulo e Minas Gerais”*.

Diz que quanto ao cotejamento proposto pela Representante da PGE/PROFIS, verificou, por amostragem, que se tratam dos mesmos documentos emitidos pela filial do fornecedor localizada em Minas Gerais, no ano de 2005, estando em ordem cronológica invertida.

Assevera que à época em que os documentos eram coletados pela INFIP – apenas as notas fiscais, o CONSEF julgava os processos que tratavam da matéria entendendo procedentes as autuações. Cita diversos julgados das Juntas de Julgamento Fiscal, afirmando também que *“se tem notícia que, em reunião dos gestores das áreas fiscal e tributária da Sefaz, os auditores fiscais foram orientados a lavrarem os correspondentes autos de infração na forma em que este foi feito”*.

Indica elementos que servem de indícios a socorrer a imputação, quais sejam:

- 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 são localizados em Minas Gerais e São Paulo, Estados não signatários do Convênio ICMS 76/94;*
- d) *as vendas foram feitas a prazo, média de 50 a 60 dias, como se vê nas notas fiscais às fls. 232, 235 e outras;*
- e) *as notas fiscais foram emitidas para o autuado durante os exercícios de 2004 a 2006, não constituindo um fato isolado.*

Conclui a INFIP que *“... 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)”*.

De volta a PGE/PROFIS para Parecer conclusivo, a ilustre Parecerista, Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, reitera todos os termos da manifestação de fls. 693, opinando pelo conhecimento e não provimento do Recurso voluntário interposto, haja vista que, em seu entender, a diligência efetuada nos autos não promoveu qualquer modificação material relativa à infração apurada no lançamento.

Dado como instruído e pautado, na assentada de julgamentos do dia 11/04/2012, entendendo que a diligência requerida, fls. 678, não foi devidamente atendida, decidiram os membros desta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, fazer retornar os autos em nova diligência à INFIP, fl. 696, com o fim de que a diligência requerida anteriormente fosse atendida nos seus exatos termos.

Em resposta à diligência requerida a SAT/INFIP se manifesta às fls. 699/700. Elencando diversas razões, afirma o Auditor Fiscal que assina o referido documento que *“como foi dito na*

Informação Fiscal Infip 321/2011 (fls. 681 a 688), mais precisamente no 4º parágrafo da fl. 683, é impossível a obtenção dos documentos solicitados”.

Após ciência dos termos do resultado da diligência, o recorrente se manifesta, fls. 706/711. De início, requer a nulidade da Decisão recorrida, com a reabertura do prazo de defesa, aduzindo que a diligência determinada pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal teve como escopo a colação aos autos das provas do cometimento da infração.

Discorre derredor do processamento da diligência, da produção unilateral das provas, do ônus da prova para o caso em apreço, concluindo que o fisco procedeu à autuação sem qualquer base legal e sem quaisquer provas que pudessem dar higidez ao lançamento.

Diz do não cumprimento da diligência como solicitada pelos julgadores de segundo grau.

Cita e transcreve o Acórdão nº 0303-11/08, concluindo que o Auto de Infração deve ser declarado nulo ou improcedente.

A PGE/PROFIS, em novo Parecer, desta feita firmado pelo n. Procurador Dr. José augusto Martins Junior, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

Fala rapidamente das provas diretas e indiretas, citando o art. 322 do CPC e a doutrina, para concluir que é cabível a aplicação da prova indireta no processo fiscal, aduzindo que para o caso vertente, *“os documentos acostados, denominados insuficientes pelo autuado, são, de forma surpreendente, em vários momentos, simétricos às provas diretas colacionadas aos autos”*.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 4ª JFJ deste CONSEF, Acórdão nº 0164-04/09, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O Recurso que ora se aprecia cinge-se a uma única infração, que exige do recorrente ICMS em razão da falta de recolhimento do imposto 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 no Anexo 88 e 89 do RICMS-BA, tudo no valor total de R\$ 28.982,53.

O representante do fisco, com fito de esclarecer a imputação fiscal, aduz que 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, tudo com lastro na relação de notas fiscais geradas a partir das informações contidas nos arquivos magnéticos.

A Junta de Julgamento Fiscal entendeu procedente o Auto de Infração com o fundamento de que as notas fiscais que deram azo à imputação fiscal, fls. 232 a 608, são elementos suficientes à manutenção do Auto em comento, pois, nas referidas notas fiscais constam como destinatário das mercadorias o recorrente, o que a obrigaria ao recolhimento do imposto nos moldes do RICMS/BA.

Das razões expendidas na peça recursal, sobretudo aquela onde o recorrente requer que sejam solicitados ao fornecedor (Profarma) os canhotos das notas fiscais correspondentes às operações em apreço, para que sejam, eventualmente, excluídos os valores cobrados a partir das notas que não possuem as devidas comprovações de ingresso na empresa impugnante, esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal converteu, por três vezes o feito em diligência com o único objetivo de que fossem trazidos aos autos documentos que pudessem atestar que as operações constantes das notas fiscais juntadas aos autos foram efetivamente efetuadas pelo contribuinte autuado, a exemplo de canhotos de recebimentos das mercadorias com identificação do recebedor, comprovantes de pagamentos, conhecimento de transportes, cópia de pedidos, etc.

Note-se que o motivo da diligência reside no fato de que ficou constatado por esta Câmara de Julgamento Fiscal que as notas fiscais apreendidas se referem a 2ª via fixa/arquivo, incapazes, portanto, de sozinhas, atestarem a circulação das mercadorias no Estado da Bahia, ou melhor, atestarem o efetivo recebimento das referidas mercadorias pelo recorrente.

Em que pese às considerações constantes da Informação Fiscal INFIP nº 321/2011, reiteradas às fls. 699/700, esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal tem decidido a matéria no sentido da nulidade do Auto de Infração, sobretudo porque é entendimento desta CJF que as notas fiscais trazidas aos autos, tal como as encontrados neste PAF, não constituem elementos suficientes a demonstrar a efetiva circularização da mercadoria, muito menos que tais mercadorias tenham sido recebidas pelo destinatário, ou seja, não há como se determinar, com a necessária segurança, a infração imputada ao sujeito passivo, sobretudo se observado o art. 39 e o art. 18 do RPAF/BA.

Lembro mais uma vez que para o caso em tela, esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal determinou três diligências. A primeira, como dito pela representante de PGE/PROFIS, cumprida parcialmente, a segunda, não cumprida, reiterando apenas as razões contidas na Decisão recorrida, e a terceira, o Auditor diligente disse textualmente que *“como foi dito na Informação Fiscal Infip 321/2011 (fls. 681 a 688), mais precisamente no 4º parágrafo da fl. 683, é impossível a obtenção dos documentos solicitados”*.

Importante notar que mesmo que o recorrente não tenha suscitado a nulidade do Auto de Infração por falta de segurança no lançamento, requereu que fossem juntados ao PAF elementos adicionais que pudessem manter ou afastar a acusação fiscal. Nesse mesmo sentido, na busca da verdade material e da justiça fiscal é que a 2ª Câmara determinou as supracitadas diligências com o objetivo de que fossem trazidas aos fólios deste PAF as necessárias provas da concretude das operações de compra por parte do recorrente e que ensejaram a autuação em apreço. Contudo, tudo o que foi trazido aos autos foi uma a declaração da PROFARMA contendo uma relação de notas fiscais com indicação das datas de pagamentos, fls. 664/665.

Ora, ao que vejo, e mesmo à luz do Opinativo da PGE/PROFIS firmado pelo respeitável Dr. José Augusto Martins Junior, *data venia*, não houve qualquer avanço quanto à afetiva e perseguida demonstração de que as operações realmente aconteceram como pretende o fisco, ou seja, não se pode estabelecer que reste provado que as mercadorias indicadas nos documentos fiscais que deram azo à autuação, efetivamente, adentraram ao território do Estado da Bahia, e muito menos de que houve circulação das mesmas mercadorias no território do nosso Estado - não se pode afirmar que o autuado as adquiriu ou recebeu.

Ainda quanto aos documentos que fundamentam a acusação fiscal – notas fiscais em 2ª via -, devo lembrar que este CONSEF vem decidindo que como prova de aquisição de mercadorias, sobretudo quando desacompanhada de outras, as ditas notas fiscais em 2ª via, são absolutamente imprestáveis, pois, em suas vias fixas, há que se ter a prova da correspondente entrada das mesmas mercadorias no estabelecimento do adquirente.

Também pude observar que na quase totalidade das notas fiscais jungidas aos autos, no campo de identificação do transportador, há a indicação de *“próprio”*, sugerindo que a própria Empresa Profarma havia executado o transporte, sem qualquer indicação que possa identificar o veículo ou o motorista, o que impede que se possa alcançar a verdade dos fatos por este caminho.

Em verdade, entendo que no presente PAF os indícios de irregularidade fiscal são tão fortes que levaram o representante do fisco à lavratura do Auto de Infração em questão, bem como às contundentes manifestações do Auditor da INFIP, entretanto, entendo que não há elementos suficientes que sirvam a garantir, de maneira incontestável, que houve o cometimento da infração indicada na peça acusatória. Nessa esteira, entendo que não restou demonstrada a necessária segurança para a indicação da infração, como determina a os artigos 18 e 39 do RPAF/Ba.

Friso que mesmo as várias diligências realizadas por determinação desta Câmara, não foram capazes de trazer à lume os elementos necessários à manutenção do lançamento de ofício, haja vista que trouxe aos autos simples relação de documentos fiscais, duplicatas, vencimentos, valores e datas de pagamento, informações absolutamente imprestáveis na medida em que não são capazes de elidir ou manter a acusação fiscal.

Quanto às notas fiscais motivadoras do lançamento, obtidas no estabelecimento da Profarma, empresa com endereço de origem em outras unidades da Federação, apenas mudariam do status de indício para prova do cometimento de infração fiscal, se, e somente se, fossem carreadas aos autos as necessárias comprovações de que as mercadorias objeto da autuação adentraram o Estado da Bahia e tiveram como destinatário o estabelecimento do autuado, conforme solicitado nas duas diligências requeridas por esta 2ª CJF.

Quanto ao pedido do Recorrente para tornar nula a Decisão de piso em razão de que a diligência determinada pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal teve como escopo a colação aos autos das provas do cometimento da infração, há que se esclarecer, por primeiro, que é prerrogativa do julgador determinar as diligências que entender necessárias à formação do seu convencimento. Por segundo, em atenção aos constitucionais direitos ao contraditório e à ampla defesa, foi dado conhecimento ao Sujeito Passivo dos novos elementos colacionados aos autos, de maneira que pudesse, querendo, manifestar-se, no pleno exercício dos seus direitos. Por tudo isso, considerando que não há na Decisão de piso qualquer mácula - denego o pedido do recorrente.

Assim, diante de tudo, peço vênias para discordar dos Pareceres exarados nos autos pela d. PGE/PROFIS e das Informações Fiscais da INFIP, para julgar PROCEDENTE o Recurso Voluntário decretar a nulidade do Auto de Infração em comento.

Recomendo, contudo, observada a conveniência e a possibilidade, a rigor do art. 21 do RPAF/99, que seja instaurado novo procedimento fiscal, a salvo das imperfeições aqui apontadas.

Quanto à questão da mudança de capitulação da multa aplicada à infração, conforme requerida pelo recorrente, ainda que considere absolutamente desprovida de qualquer razoabilidade, deixo de apreciar a matéria em razão do julgamento proferido acima, pela nulidade do Auto de Infração.

Quanto a análise e apreciação de matéria constitucional, o RPAF/96 em seu art. 167, I, diz, taxativamente, que não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, logo, a matéria não será apreciada.

VOTO DIVERGENTE

Com a devida vênias, divirjo do entendimento do ilustre relator e dos demais componentes desta colenda 2ª Câmara de Julgamento, por entender, que na situação espelhada nos presentes autos, a decisão de 1ª Instância deve ser mantida, ante a existência de fatos que, sem dúvida, conduzem a Procedência do Auto de Infração sob análise.

É certo que esta 2ª CJF, em outros julgamentos semelhantes ao presente, inclusive com o apoio da PGE/PROFIS, se posicionou pela insubsistência da autuação. Porém, neste caso, os elementos que constam dos autos, levam à outro entendimento.

Assim é que, deste o momento inicial das Razões de Defesa, o recorrente, através do seu patrono devidamente qualificado nos autos, questionou apenas a multa aplicada em razão do descumprimento da obrigação principal, demonstrando um claro reconhecimento da infração ao assim se expressar: *"Ora, se o contribuinte escriturou devidamente as notas fiscais e não procedeu ao recolhimento do imposto isso se deu em razão de dificuldades financeiras enfrentada ao longo de anos; no entanto, ao aplicar a multa de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto a recolher o fisco está impossibilitando, ainda mais, o pagamento do tributo, pois se não foi possível o pagamento do valor tempestivamente, que dirá do valor corrigido e*

com pesada multa".

E, adiante, conclui sua peça de defesa nos seguintes termos: *"Assim entende a impugnante que deva ser afastada a parcela concernente a multa aplicada; ou reduzida, nos moldes do art. 45 da Lei 7.014, por ser inconstitucional a exclusão prevista no caput deste artigo".*

Como visto, há um reconhecimento claro do recorrente em relação ao cometimento da infração que lhe foi imputada.

Já em sede de Recurso Voluntário, mais uma vez, o recorrente por intermédio do seu i.patrono, centra as razões recursais basicamente em relação a multa aplicada, sendo objeto do pedido final apenas a exclusão da multa. Consta, apenas, no bojo do recurso, quase no final, um curto parágrafo isolado e sem qualquer citação anterior que lhe desse sustentação, assim posto: *"Deste modo, e por tudo o que fora apresentado, 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".*

Analisando os pronunciamentos acima do recorrente, entendo que, com base neles, seria o suficiente para se proclamar à procedência deste Auto de Infração, situação esta em que se tornaria desnecessária as diligências encaminhadas e que, ao final, motivaram a manifestação desta feita pelo titular do estabelecimento recorrente, pugnando pela nulidade ou a improcedência da autuação.

Em conclusão e por entender que na situação presente, resta evidenciado o claro reconhecimento do recorrente, tanto nas Razões de Defesa quanto na peça relativa ao Recurso Voluntário, de que foi o adquirente das mercadorias indicadas nos documentos fiscais que deram margem à autuação, divirjo do i.relator e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para que seja mantida inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232856.0055/08-0**, lavrado contra **ADILSON ALVES M. DE JEQUIÉ (FARMÁCIA PLANTÃO II)**. Recomenda-se à autoridade competente instaurar novo procedimento fiscal, a salvo de incorreções apontadas, nos termos do art. 21 do RPAF/99.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): José Antonio Marques Ribeiro, Denise Mara Andrade Barbosa, Valnei Sousa Freire, Rodrigo Lauande Pimentel e Mônica Maria Roters.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiro: Carlos Fábio Cabral Ferreira.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de agosto de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/VOTO DIVERGENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

LEILA VON SÖHSTEN RAMALHO - REPR. DA PGE/PROFIS