

PROCESSO - A. I. Nº 129423.0042/08-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - FARMÁCIA PLANTÃO DE JEQUIÉ LTDA. (DROGARIA PLANTÃO)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 16/05/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0107-11/14

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Representação proposta, com base no art. 119, II, c/c o art. 136, § 2º, da Lei nº. 3.956/81 (COTEB), para que seja decretada a improcedência do Auto de Infração, em face da existência de vício insanável ou de ilegalidade flagrante. Contudo, o procedimento fiscal tem como suporte documentos fiscais relativos às operações interestaduais de aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cuja exigência fiscal é prevista na legislação do imposto. O sujeito passivo não apresentou defesa tempestiva para comprovar a existência de vício insanável ou ilegalidade flagrante, nem foi juntado ao pedido de controle de legalidade qualquer prova nesse sentido. Representação **NÃO ACOLHIDA**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS a este Conselho de Fazenda, opinando que pelas razões expostas, o CONSEF julgue o Auto de Infração, ao teor do art. 136, §2º do COTEB (fls. 373/376).

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que ocorreram os seguintes fatos:

1. O Auto de Infração foi lavrado em 13/08/08, exige ICMS no valor de R\$12.633,53 acrescido de multa de 60%, relativo à falta de recolhimento do imposto por antecipação, referente às aquisições de mercadorias (produtos farmacêuticos) provenientes de outras unidades da Federação (São Paulo e Minas Gerais) relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA, sem efetuar a antecipação tributária do imposto, conforme cópias de notas fiscais juntadas ao processo.
2. O contribuinte foi cientificado da autuação em 13/09/08 (fls. 338/339);
3. Não apresentou defesa, tendo sido lavrado Termo de Revelia em 15/10/08 (fl. 341);
4. No exercício do controle da legalidade a PGE/PROFIS exarou Parecer em 30/10/08 (fl. 347), afirmando que “o lançamento foi efetuado em conformidade com as normas integrantes da legislação tributária” e autorizou a inscrição em Dívida Ativa (art. 113 do RPAF/BA);
5. Em 25/01/13, o sujeito passivo protocolou representação a pedido de controle de legalidade na PGE/PROFIS (fls. 352/363), alegando que o lançamento tem como suporte notas fiscais obtidas junto à PROFARMA DISTRIBUIDORA localizada em outra unidade da Federação e questiona se isso constitui prova suficiente da ocorrência das operações. Requereu à PGE/PROFIS opinar pelo cancelamento do crédito tributário inscrito em Dívida Ativa, sob alegação de “*existência de vício insanável ou de ilegalidade flagrante*” (art. 119, §1º do COTEB).
6. A PGE/PROFIS (fls. 367/368) converteu o processo em diligência, tendo a autuante informado

que o lançamento foi efetuado com base nas notas fiscais coletadas em estabelecimento dos fornecedores situados nos Estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro, devidamente anexadas ao AI e não registradas no livro de Registro de Entrada do autuado.

7. A PGE/PROFIS em novo Parecer às fls. 373/376, inicialmente faz uma síntese dos procedimentos administrativos (coleta de notas, autuação, revelia, representação, diligência) e opina que com fundamento no art. 136, §2º do COTEB, representa ao CONSEF, pelo julgamento da improcedência da autuação, o que foi cancelado pela Procuradora Assistente (fl. 376).
8. Foi providenciado o cancelamento da inscrição em Dívida Ativa (fls. 379/387).

O processo foi submetido à Pauta Suplementar do dia 26/02/14, e por Decisão unânime foi indeferido a proposta de realização de diligência, por entender que em se tratando de representação pelo controle de legalidade, deve ser apreciado os pressupostos de sua validade.

VOTO

Conforme consta no relatório acima, o sujeito passivo, protocolou representação a PGE/PROFIS, alegando “*existência de vício insanável ou de ilegalidade flagrante*” (art. 119, §1º do COTEB). Por sua vez, a PGE/PROFIS representa opinativo de julgamento do processo pelo CONSEF, com fundamento no art. 136, §2º do COTEB.

Verifico que o Auto de Infração foi lavrado em 13/08/08 e exige ICMS, relativo à falta de recolhimento do imposto por antecipação, referente às aquisições de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária (medicamentos) adquiridos em empresas localizadas nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, sem efetuar a antecipação tributária do imposto.

O lançamento tem como suporte:

- A) Demonstrativo da Apuração do ICMS – ST (fls. 6 a 111);
- B) Cópias de notas fiscais coletadas junto aos fornecedores (fls. 112 a 268);
- C) Cópia do Livro REM do estabelecimento autuado (fls. 269 a 336).

Verifico que a nulidade suscitada do Auto de Infração, constante do Pedido do Controle de Legalidade (fl. 354), o sujeito passivo argumentou que o art. 129, §2º do COTEB prevê que o Auto de Infração deve conter todos os elementos necessários à comprovação dos fatos alegados:

§2º Serão juntados ao Auto de Infração os demonstrativos e levantamentos realizados pelos fiscais autuantes que sejam indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto.

Pelo exposto, constato que ao contrário do que foi alegado, o lançamento faz se acompanhar de demonstrativos e cópias de notas fiscais coletadas nos estabelecimentos dos fornecedores.

Sem adentrar ao mérito, observo que na maioria das decisões contidas nos Acórdãos citados no pedido formulado a PGE/PROFIS, de representação do controle de legalidade (fls. 357/359), as empresas se defenderam negando terem feitos aquisições das mercadorias. Logo, não é a situação constante deste lançamento, visto que foram juntados ao processo cópias das notas fiscais (fls. 112 a 268), regularmente escrituradas no livro Registro de Entrada do estabelecimento autuado, a exemplo das Notas Fiscais nºs 62.789 e 62.790, emitidas em 24/02/05 (fl. 112 e 115), escrituradas na fl. 4 do livro RE (fl. 272); Nota Fiscal nº 74.289 de 11/03/05 (fl. 121), fl. 7 do livro RE (fl. 275); Nota Fiscal nº 91.128 de 01/04/05 (fl. 125), fl. 10 do livro RE (fl. 278).

Portanto, tais elementos possibilitaram o exercício do contraditório, não exercido pelo sujeito passivo, visto que foi cientificado da autuação e não formulou defesa, para que fosse apreciado possíveis irregularidades de modo que viesse a constituir um processo, no qual seria perquirido a busca da verdade material, em atendimento ao princípio da oficialidade que rege o Processo Administrativo Fiscal.

Quanto à fundamentação contida no Parecer da PGE/PROFIS, de encaminhamento do processo para julgamento neste Conselho de Fazenda, ao teor do art. 136, § 2º do COTEB, verifico que o mesmo dispõe:

Art. 136. Decorrido o prazo de 30 (trinta) dias previsto no artigo 132 desta Lei e não sendo efetuado o pagamento ou apresentada a defesa, a autoridade preparadora certificará estas circunstâncias, lavrando o termo de revelia e encaminhando o processo para ser inscrito na dívida ativa.

§ 2º Quando a constituição do crédito for manifestamente contra a lei ou o regulamento, a Procuradoria Fiscal representará ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), que julgará o lançamento de ofício, independentemente da ouvida do réu revel.

Conforme exposto acima, o lançamento tem como base a exigência do ICMS relativo às aquisições interestaduais de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, devidamente previsto na legislação tributária (Convênio ICMS 57/95; artigos 8º, 9º, 10, 11 e 23 da Lei nº 7.014/96; artigos 371, 125 e 61 do RICMS/97). Logo, entendo inexistir constituição de crédito manifestamente contrário à lei ou regulamento, ao teor do dispositivo legal citado.

Da mesma forma, quanto à fundamentação do pedido de cancelamento do crédito tributário da inscrição da Dívida Ativa e pedido de representação ao CONSEF para apreciação do fato, requerido pelo sujeito passivo, com a indicação do art. 119, II, §1º do COTEB, observo que conforme anteriormente apreciado, o lançamento tem como base documentos fiscais emitidos por fornecedores contra o estabelecimento autuado, cujas notas fiscais foram devidamente escrituradas nos livros próprios e o ICMS devido por antecipação, foi exigido de acordo com o previsto na legislação tributária.

Assim sendo, entendo que tendo sido lavrado o Auto de Infração em 13/08/08, as decisões prolatadas pelo CONSEF, que foram citadas no pedido formulado não fazem prova da existência de “*vício insanável ou de ilegalidade flagrante*” ao teor do disposto no dispositivo legal citado (art. 119, II, §1º do COTEB), tendo em vista que nos processos constituídos e julgados, os contribuintes exerceram o seu direito de defesa para nortear aquelas decisões.

Na situação presente, o sujeito passivo deixou de exercer o seu direito de defesa tempestivamente e só em 06/02/13, ou seja, quase cinco anos depois, protocolou o pedido de controle de legalidade, sem apresentar qualquer fato para comprovar a “*existência de vício insanável ou de ilegalidade flagrante*”.

Convém ressaltar, que em processos que se configuram operações similares de aquisição de medicamentos em empresas localizadas em outros Estados [PROFARMA], este Conselho de Fazenda determinou a realização de diligências, prolatou decisões pela Procedência em Primeira Instância, cujos recursos não foram providos, a exemplo dos Acórdãos CJF Nºs 224-11/07; 244-11/07; 0017-11/10; 0169-11/10; 0173-11/10 e 284-11/12.

Por todo o exposto, entendo que a ilegalidade flagrante pontuada pela PGE/PROFIS através da Representação sob análise, não enseja a Improcedência da infração do presente Auto de Infração, tendo em vista que não ficou provado a ocorrência de vício insanável, nem ilegalidade flagrante, na configuração da imputação, cujo crédito tributário foi constituído de forma regular.

Em conclusão, voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da Representação proposta pela PGE/PROFIS, devendo o processo retornar à Procuradoria, para que promova a intimação do sujeito passivo para tomar conhecimento da Decisão e efetuar o pagamento do débito correspondente.

VOTO DIVERGENTE

Em que pese o brilhantismo do voto do Ilustre Relator, peço *venia* para discordar do seu entendimento.

Observe-se que o cerne da questão está na análise das provas que acompanharam o Auto de Infração e se elas servem ou não de fundamento à infração que foi imputada ao contribuinte, uma vez que a presente Representação da PGE/PROFIS opina pela improcedência da autuação porque esta não está acompanhada dos documentos comprobatórios do fato gerador.

Determina o art. 130, II, do COTEB:

Art. 130. O Auto de Infração far-se-á acompanhar:

II - dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido. (grifamos)

No mesmo sentido, o art. 28, §4º, II, do RPAF:

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

§ 4º O Auto de Infração far-se-á acompanhar:

II - dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido. (grifamos)

Conforme reconhecido pelo I. Relator, “o lançamento tem como base documentos fiscais emitidos por fornecedores contra o estabelecimento autuado, cuja exigência do ICMS por antecipação foi exigido de acordo com o previsto na legislação tributária.”, ou seja, o fundamento da autuação foram documentos emitidos por estabelecimentos que não são o do autuado, e que estão localizados em outro Estado da Federação.

Note-se que a autuação imputa ao contribuinte a infração referente “à falta de recolhimento do imposto por antecipação, referente às aquisições de mercadorias (produtos farmacêuticos) provenientes de outras unidades da Federação (São Paulo e Minas Gerais) relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA, sem efetuar a antecipação tributária do imposto, conforme cópias de notas fiscais juntadas ao processo.”, para tanto, é imprescindível que tal acusação seja acompanhada de documentos que comprovem o ingresso das mercadorias no Estado da Bahia, e as notas fiscais emitidas por outros estabelecimentos, que não o do autuado, e que sequer foram registradas nos livros de Entrada do autuado, não são suficientes para embasar o crédito tributário constituído no Auto de Infração ora analisado.

Tanto é assim que em todos os demais casos semelhantes que foram analisados por este Egrégio CONSEF, tais como os Acórdãos CJP N^{os} 224-11/07; 244-11/07; 0017-11/10; 0169-11/10; 0173-11/10 e 284-11/12, citados pelo I. Relator, houve a conversão do feito em diligência, para que fossem juntados aos autos outros documentos capazes de comprovar a entrada de tais mercadorias no território baiano, o que não aconteceu no presente caso.

Os precedentes citados pelo I. Relator, em verdade, concluíram pela procedência da autuação fiscal, no entanto, neles fora realizado uma diligência fiscal para sanar a ausência de prova de entrada das mercadorias no Estado da Bahia.

Julgar procedente a presente autuação fiscal sem que esta tenha sido acompanhada das mesmas provas que foram colhidas nas diligências fiscais realizadas nos precedentes citados, e em outros tantos processos semelhantes, significa contradizer toda a jurisprudência já pacificada neste Egrégio CONSEF.

Por sua vez, também não há que se falar em prova emprestada, haja vista que as provas produzidas nos referidos precedentes sequer foram juntadas aos presentes autos. Neste sentido, prescreve a doutrina mais abalizada:

Na doutrina processual, a prova produzida em autos diversos é denominada prova emprestada e sua eficácia probante varia de acordo com o modo de sua formação. Prova emprestada, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, é “aquela que é produzida num processo para nele gerar efeitos, sendo depois transportada documentalmentemente para outro, visando a gerar efeitos em processo distinto”. Em geral, tais efeitos são admitidos se a prova que se translada foi produzida em outro processo envolvendo as mesmas partes, pois na hipótese contrária, tendo apenas um dos sujeitos participado da produção da prova no primeiro processo, não poderá ela ser empregada em detrimento da outra, que não teve oportunidade de interferir na sua constituição. (TOMÉ, Fabiana Del Padre. In Processo Administrativo Tributário. MP Editora, 2005, p. 162) (grifamos)

O que se tem no presente caso é uma autuação que não está acompanhada de documentos suficientes para a comprovação da ocorrência do fato gerador, portanto, a autuação contém uma nulidade material em razão da inobservância dos arts. 130, II, do COTEB e 28, §4º, II, do RPAF.

Face ao exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação para declarar a NULIDADE MATERIAL da autuação fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO ACOLHER** a Representação proposta, encaminhando-se os autos à PGE/PROFIS para a adoção dos procedimentos que o caso requer.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Eduardo Ramos de Santana, Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros: Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo, Alessandra Brandão Barbosa e Raísa Catarina Oliveira Alves Fernandes.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO - VOTO DIVERGENTE

ROSANA JEZLER GALVÃO – REPR. DA PGE/PROFIS