

PROCESSO - A. I. Nº 206856.0852/08-8
RECORRENTE - MENDONÇA LEMOS DISTRIBUIDORA E COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÉUTICOS LTDA. (DROGÁRIAS LETÍCIA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0175-01/11
ORIGEM - INFRAZ ILHÉUS
INTERNET - 31/07/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0193-12/15

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS EFETUADAS POR FARMÁCIA, DROGARIA OU CASA DE PRODUTO NATURAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. NULIDADE. INSEGURANÇA DO LANÇAMENTO. Falta de segurança do lançamento, devido à falta de comprovação nos autos quanto às mercadorias objeto da autuação. Diligência fiscal proferida juntou listagem de notas fiscais com indicação das datas de pagamentos. Não se pode estabelecer se realmente as mercadorias indicadas na declaração juntada, efetivamente, adentraram ao território do Estado da Bahia, também, se houve circulação das mesmas mercadorias no território, ou seja, não se pode afirmar que o autuado as adquiriu. A documentação juntada não traz qualquer registro no campo de identificação do transportador, 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. Não há elementos suficientes que sirvam para que seja estabelecido, de maneira segura, o cometimento da infração, apenas foram trazidos aos autos mera ralação com indicação de documentos fiscais, duplicatas, vencimentos, valores e datas de pagamento, informações absolutamente imprestáveis na medida em que tal relação, sozinha, não se mostra capaz de elidir ou manter a acusação fiscal. Infração descaracterizada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração *Nulo*. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto em face da Decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração, exigindo do autuado o valor total de R\$56.179,65, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, incisos. II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o recorrente em 29/08/2008 decorre de uma única acusação fiscal, qual seja a de haver o autuado deixado de recolher o ICMS devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas nos Anexos 88 e 89 do RICMS-BA, nos meses de dezembro de 2004, março a dezembro de 2005 e janeiro a julho de 2006.

Da apreciação dos argumentos defensivos alegados pelo autuado, além das contra razões do fiscal autuante, a 1ª JJF, em Decisão unânime, decidiu pela procedência da autuação, com os argumentos que transcrevo abaixo:

“VOTO

(...)O autuado argumenta que os Estados de Minas Gerais e São Paulo são signatários de convênio firmado para fins de retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária e, portanto, não lhe cabia efetuar a antecipação tributária que está sendo cobrada. Entende que o imposto deveria ter sido exigido do remetente das mercadorias.

No período abrangido pela autuação, os Estados de São Paulo e de Minas Gerais já haviam denunciado o Convênio ICMS 76/94. Em relação ao Estado de São Paulo, com o advento do Ato COTEP-ICMS 15/97, as normas contidas nesse Convênio não se aplicavam desde 01/11/97. Já no que tange ao Estado de Minas Gerais, o Despacho COTEP Nº 05/01 excluiu a aplicação das disposições contidas no citado Convênio a partir de 01/04/01.

Apesar de o Convênio ICMS 76/94 não se aplicar em relação aos Estados de São Paulo e Minas Gerais, a legislação interna do Estado da Bahia, por meio do art. 353, II, do RICMS-BA, enquadra os medicamentos no regime de substituição tributária. Assim, nas aquisições interestaduais de medicamentos, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto, o adquirente das mercadorias é responsável pelo pagamento do ICMS devido por antecipação tributária, na condição de contribuinte substituto, conforme o disposto no art. 371, nos prazos previstos no art. 125, tudo do RICMS-BA.

Pelo exposto, não pode ser acolhido o argumento defensivo de que o ICMS em tela deveria ter sido exigido do fornecedor e não do destinatário das mercadorias discriminadas na autuação. Dessa forma, não está presente no Auto de Infração em tela o vício de ilegitimidade passiva.

Em sua defesa, o autuado também afirma que as notas fiscais foram emitidas por estabelecimento localizado na Bahia e, dessa forma, o ICMS devido por substituição tributária deveria ter sido exigido desse estabelecimento.

Respeitosamente, discordo dessa tese defensiva, pois o autuante na informação fiscal afirmou que as operações foram feitas a prazo e que foram “despachadas por transbordo da filial de Salvador (BA)”. Esse “transbordo” não quer dizer que as notas fiscais foram emitidas pela filial de Salvador ou que a operação tenha se originado nessa referida filial. Conforme se pode verificar pelas notas fiscais acostadas ao processo, todas as operações tiveram início nos Estados de São Paulo e de Minas Gerais. Dessa forma, afasto esse argumento defensivo.

O autuado sustenta que não adquiriu e nem recebeu as mercadorias listadas na autuação, que desconhece as notas fiscais acostadas ao processo e que a sua inscrição estadual pode ter sido utilizada indevidamente por terceiros. Também apresenta uma tabela com os valores das suas vendas registradas e dos débitos que estão sendo cobrados no Auto de Infração. Afirma que, assim, não podem prosperar a acusação e a multa constantes no Auto de Infração.

A irregularidade imputada ao autuado está baseada nas fotocópias das notas fiscais acostadas ao processo (fls. 15 a 600), as quais foram coletadas no estabelecimento da PROFARMA Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S/A, localizado nos Estados de São Paulo e de Minas Gerais, em ação fiscal desenvolvida pelos prepostos fiscais Josias Joaquim de Oliveira, Gláucio Dória e José Ronaldo de Souza e Silva, conforme os ofícios de credenciamento DPF/SUFIS nº 661, da Secretaria de Fazenda do Estado de Minas Gerais (fl. 8), e PFC-11-Sé nº 064/2006, da Diretoria Executiva da Administração Tributária – DEAT do Estado de São Paulo (fl. 9). Essas notas fiscais constam nos arquivos magnéticos apresentados pelo estabelecimento remetente das mercadorias.

Examinando essas notas fiscais, observo que nelas estão consignados dados cadastrais do autuado, foram emitidas por uma empresa idônea, não contêm vícios que as invalidem, são referentes a produtos do mesmo ramo de atividade do autuado e são atinentes a vendas a prazo.

Do conjunto probatório que integra o processo, verifico que as alegações defensivas não estão acompanhadas de qualquer prova que as respalde, por seu turno a acusação que foi imputada ao autuado está fundamentada em notas fiscais acostadas a processo. Tendo em vista que a simples negativa do cometimento de infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99), considero que as notas fiscais acostadas aos autos refletem as operações de circulação de mercadorias nelas consignadas e, portanto, comprovam a acusação imputada ao autuado. Corroborando esse posicionamento, ressalto que em atendimento a solicitação do autuado o processo foi convertido em diligência à INFIP, tendo o emitente das referidas notas fiscais declarado que efetuou as vendas arroladas na autuação e que recebeu os pagamentos correspondentes da empresa Mendonça Lemos Dist. E Com. (fls. 624 a 629). Além disso, não se pode olvidar que o autuado foi notificado acerca do resultado dessa diligência e, no entanto, não se pronunciou.

A multa indicada na autuação, no percentual de 60%, está correta, pois é a prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.14/96, para a irregularidade que foi apurada – falta de recolhimento do ICMS na aquisição de mercadorias sujeitas à substituição tributária (medicamentos) – conforme o dispositivo abaixo transscrito:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

[...]

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;

No que tange às decisões deste CONSEF citadas pelo autuado, ressalto que são decisões antigas que não refletem o entendimento deste colegiado sobre a matéria, bem como não vinculam a presente Decisão. Como exemplos de decisões recentes sobre a questão em apreço, cito os Acórdãos CJF N^os 0173-11/10, 0169-11/10 e 0017-11/10, cujas ementas transcrevo a seguir:

ACÓRDÃO CJF N^o 0173-11/10

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 subsequentes. Tipificação correta da multa aplicada à conduta infracional. Não se inclui na competência desse colegiado a declaração de inconstitucionalidade. Infração subsistente. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

ACÓRDÃO CJF N^o 0169-11/10

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 subsequentes. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

ACÓRDÃO CJF N^o 0017-11/10

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 subsequentes. Rejeitadas as preliminares suscitadas. Pedido de revisão fiscal não acolhido. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

Em face do acima exposto, considero que os argumentos trazidos na defesa não são capazes de elidir a infração imputada ao autuado, a qual está devidamente caracterizada.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Protocolizado Recurso voluntário tempestivo, colacionados às fls. 673 e 674, o contribuinte vem aos autos para dizer, de plano, que os acórdãos citados no voto do relator de primo grau (CJF 0173-11/10, CJF 0169-11/10 e CJF 0017-11/10) “não se adequam ao presente caso”.

Diz que na esteira dos acórdãos JJF 0311-04/10, JJF 0340-04/10 e JJF 0399-04/10, o Auto de Infração em apreço deveria ser declarado nulo. Transcreve a ementa dos referidos acórdãos, e reiterando os termos da sua defesa, diz que é do seu conhecimento “a existência da Antecipação Tributária quando da aquisição entre outros, na compra de produtos farmacêuticos”.

Aduz que no Auto de Infração sob exame, dois aspectos devem ser considerados. O primeiro diz respeito ao fato de que as notas fiscais foram emitidas no Estado da Bahia, entendendo que o tributo deveria ser pago pela Matriz das empresas citadas. O segundo, diz respeito ao fato de que “não existem provas de que as mercadorias relacionadas nas notas fiscais adentraram o estado da Bahia e muito menos de que foram adquiridas pelo autuado, inexistindo qualquer convencimento suplementar acostado nos autos, da entrada das mercadorias no estabelecimento do autuado”.

Referindo-se ao acórdão JJF 1023/99, cita o trecho que diz que “as vias fixas das notas fiscais colhidas junto ao estabelecimento remetente não são suficientes para se caracterizar com segurança a infração”, e assevera que a 1^a Câmara de Julgamento Fiscal, por via do acórdão 0303-11/08 externou o mesmo entendimento.

Pugna pela “*anulação e arquivamento do presente Processo*”.

A PGE/PROFIS, através de Parecer da lavra da Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, fls. 682/685, diz que da análise dos autos se verifica a inexistência de documentos comprobatórios ou elementos seguros de convicção de que o autuado adquiriu as mercadorias indicadas. Aduz que as notas fiscais obtidas junto ao SINTEGRA são documentos emitidos unilateralmente pela empresa supostamente fornecedora, o que impõe a necessidade de que outros elementos se agreguem aos fólios deste PAF para que restasse irrefutavelmente comprovada a aquisição das mercadorias objeto da autuação. Nesta senda entende que como não foram carreadas aos autos as provas necessárias, resta insubstancial a acusação fiscal.

Referindo-se à regra processual da divisão do ônus da prova, afirma que cabe ao autuante produzir as provas necessárias à comprovação da infração, a exemplo da notificação ao sistema CFAMT para que fosse comprovada a circulação das mercadorias pelo território baiano, da comprovação dos pagamentos pelas mercadorias, prova do recebimento das mercadorias, dentre outras.

Com referência à declaração juntada aos autos às fls. 642/647, diz que é imprestável como prova das vendas objeto da acusação, pois também é documento produzido unilateralmente pela empresa fornecedora, além de não trazer qualquer elemento que a sustente.

Citando e transcrevendo diversos acórdãos cujas decisões seguem na mesma linha, opina pelo Provimento do Recurso Voluntário interposto. Parecer ratificado pela procuradora do NCA da Procuradoria Geral do Estado.

Na assentada de julgamento do dia 13/08/2012, decidiram os membros desta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal por converter o feito em diligência à INFIP com a seguinte orientação: “*Intime o estabelecimento fornecedor para apresentar documentos que comprovem a realização das transações mercantis com o estabelecimento autuado, relativas às notas fiscais listadas na declaração de fls. 624/629, quais sejam: cópia de pedido, comprovantes de pagamentos, comprovantes de entrega das mercadorias e outros que dispuser*”.

Em peça de aditamento ao Recurso Voluntário, o Sujeito Passivo, aduzindo que os autos estão a meses na INFIP para diligências, sem conclusão, e requer que o mesmo seja remetidos ao Conselho sob pena de atentado ao princípio da segurança jurídica.

Cita reiteradas decisões e o posicionamento da PGE/PROFIS, tudo no sentido de afirmar que a manutenção da presente exigência fiscal apenas servirá para fragilizar a jurisprudência do CONSEF e a segurança jurídica.

Faz digressões a respeito das provas que devem vir aos autos para dar higidez à autuação, aduzindo que as notas fiscais ou mesmo a listagem de notas fiscais fornecida pela empresa PROFARMA DISTRIBUIDORA não podem ser acatadas como prova das aquisições das mercadorias ali indicadas.

Concluindo, requer sejam os autos remetidos ao CONSEF para julgamento, pugnando pelo reconhecimento da nulidade da autuação ou que seja julgado improcedente o Auto de Infração.

Em resposta à diligência requerida pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, a INFIP, às fls. 710/715, faz vir aos autos a Informação Fiscal nº 926/2014, o que seria a diligência determinada pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal.

De toda maneira, informa a Inspetora signatária da Informação Fiscal que:

“*De antemão, informo que é impossível a obtenção de pedidos, canhotos de notas fiscais, comprovantes de pagamentos e comprovantes de entrega de mercadorias. Como o levantamento se refere a dezembro de 2004 a julho de 2006, já ocorreu a decadência dos mesmos, e, assim, o fornecedor do autuado está desobrigado da guarda dos documentos*”.

Apesar do quanto acima asseverado, acrescenta que outros elementos indiciários podem ser extraídos dos documentos fiscais e demais controles da SEFAZ, 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 **Profarm** 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. 84, 85 e outras;
- e) as notas fiscais foram emitidas para o autuado durante os exercícios de 2004 a 2006, não constituindo um fato isolado.

Conclui que as notas fiscais são prova de que as aquisições foram efetuadas pelo autuado e a contraprova, para desconstituir o lançamento, caberia ao contribuinte, registrando que o Sujeito Passivo sequer preocupou-se em prestar queixa-crime ou tomar qualquer providência junto aos fornecedores para estancar o procedimento alegado.

Por derradeiro, diz a diligente que “*considerando que não foram juntados novos elementos, o que torna impossível o cumprimento do que fora pedido no item 1 da 4ª JJF, encaminho o PAF à Diretoria de Administração Tributária da Região Metropolitana para conhecimento do seu Diretor, e ciência aos autuante e autuado, que, em seguida deve retornar ao Conseg para julgamento*”.

Às fls. 747/748, o Sujeito Passivo, após breve relato do processo, diz que:

A intimada não pode aceitar a indicação do Acórdão JJF 0514-03/03 como parâmetro para julgamento do AI 286856.0852/08-8. O sujeito passivo não pode alegar ilegalidade ou legalidade das notas fiscais por não tê-las recebido.

Em relação ao Acórdão JJF 0440/01, AI 281212.0014-00-4, não pode haver comparação quanto as mercadorias serem condizentes com o ramo dos emitentes, que não é de gêneros alimentícios e congêneres.

A teoria da conspiração, se é que existe ou existiu não foi tratada em nossos argumentos.

Em nossas análises sobre as diversas intimações e pedidos de informação, o Auto de Infração N° 2868560852088, está numa fase tumultuada. Os senhores julgadores, em situação semelhante em outros autos de infração, são pela improcedência ou nulidade, e neste auto, com o mesmo tipo de infração ainda não comprovada, são pela "procedência".

Por fim, pugna pela declaração de improcedência do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS, através de Parecer da lavra da Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, fls. 752/754, após relatar a diligência realizada pela INFIP, diz que “*no lançamento NÃO HÁ prova da comercialização da mercadoria, não sendo admissível que se cobre ICMS com base em notas fiscais emitidas unilateralmente pela suposta Remetente, sem que haja qualquer outro inidicio, ao menos, de que essas mercadorias chegaram ao destinatário Autuado*”. Avançando, assevera que “*A questão a ser enfrentada nesse processo, a exemplo de tantos outros já julgados improcedentes no CONSEF, é de PROVA de constituição do direito do Fisco*”.

Ao cabo do seu Parecer, a n. Procuradora reitera o Parecer de fls. 682/685, no sentido de que não há provas suficientes da aquisição das mercadorias capaz de sustentar o lançamento tributário, opinando pelo provimento do Recurso Voluntário.

À fl. 755, a Dra. Paula Morris Matos, Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA, declara que acompanha integralmente o Parecer de fls. 752/754, exarado pela Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa.

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 1ª JJF deste

CONSEF, Acórdão JJF 0175-01/11, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O Recurso que ora se discute tem assento na acusação fiscal de haver o contribuinte deixado de recolher o ICMS devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas nos Anexos 88 e 89 do RICMS-BA.

A discussão proposta pelo recorrente tem fulcro na nulidade da autuação em razão da falta de provas da aquisição das mercadorias objeto da autuação, posicionamento corroborado por diversas decisões emanadas deste CONSEF.

Pelo que se depreende do estudo dos autos, o recorrente tem razão nas suas alegações. É que o lançamento é inseguro, dada a falta de comprovação nos autos de que havia o contribuinte adquirido as mercadorias objeto da autuação, mesmo tendo a Junta de Julgamento Fiscal determinado diligência no sentido de que fossem juntadas aos fólios deste PAF as necessária provas das efetivas operações de compra por parte do impugnante, o que resultou na juntada de mera listagem de notas fiscais, em timbrado da **Profarmá**, com indicação das datas de pagamentos.

Em verdade, não se pode estabelecer que reste definitivamente provado que as mercadorias indicadas na declaração jungida aos autos às fls. 642/647, 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.

Quanto aos documentos que fundamentam a acusação fiscal, convém lembrar 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. Vale ressaltar que a manutenção da exigência fiscal, *in casu*, depende dos elementos de prova listados na diligência requerida pela 1^a Junta de Julgamento Fiscal que, apesar de requisitados, não vieram aos autos.

Também há que se ressaltar que quase a totalidade das notas fiscais jungidas aos autos, não trazem qualquer registro no campo de identificação do transportador, ao passo em que em algumas poucas há a indicação de “*próprio*”, sugerindo que a Empresa **Profarmá** 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.

Ainda quanto às notas fiscais motivo do lançamento, obtidas no estabelecimento da **Profarmá**, 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 provas de que as mercadorias objeto da autuação adentraram o Estado da Bahia e tiveram como destinatário o estabelecimento do autuado.

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, sobretudo porque apenas foram trazidos aos autos mera ralação com indicação de documentos fiscais, duplicatas, vencimentos, valores e datas de pagamento, informações absolutamente imprestáveis na medida em que tal relação, sozinha, não se mostra capaz de elidir ou manter a acusação fiscal.

Merce registro que a diligência determinada por esta 2^a Câmara de Julgamento Fiscal não obteve as informações solicitadas, tendo como resposta a afirmativa de que “... é impossível a obtenção de pedidos, canhotos de notas fiscais, comprovantes de pagamentos e comprovantes de entrega de mercadorias...”, o que, resumindo, apenas determina a insegurança do lançamento.

Assim, diante de tudo o quanto exposto, entendo que merece acolhida o apelo recursal, pelo que voto pelo PROVIMENTO do Recurso interposto para julgar NULO o Auto de Infração.

A rigor do art. 21 do RPAF/BA, verificadas as possibilidades e a eventual decadência do lançamento, recomendo que seja renovada a ação fiscal a salvo de falhas aqui apontadas.

VOTO DIVERGENTE

Com a devida vénia para divergir do entendimento esposado pelo ilustre Conselheiro Relator deste PAF.

O Auto de Infração, em tela, imputa ao contribuinte a falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas nos Anexos 88 e 89 do RICMS-BA, nos meses de dezembro de 2004 e de março de 2005 a julho de 2006.

Inconformado com a decisão de primeira instância, interpõe o sujeito passivo Recurso Voluntário, alvo do presente exame, cabendo observar que as razões recursais repetem, essencialmente, as teses da peça impugnatória.

Verifico, preliminarmente, que a recorrente alega nulidade do Auto de Infração, tendo em vista as suas arguições sobre a não aquisição das mercadorias constantes nas notas fiscais alinhadas na presente autuação.

A recorrente assegura que as mercadorias consignadas nas notas fiscais, constantes do auto de infração, não foram adquiridas ou recebidas pela autuada.

Tendo em vista que Convênio ICMS 76/94 não se aplica em relação aos Estados de São Paulo e Minas Gerais, os quais no período autuado já haviam denunciado tal acordo, consta do art. 353, II, item 13, do RICMS-BA, o enquadramento dos produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário no regime de substituição tributária interna, constantes dos documentos fiscais apontados na presente Autuação.

Assim, conforme o disposto no art. 371, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária - no presente caso, art. 353, II, item 13-, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, através do aludido regime, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125.

Quanto à arguição do sujeito passivo de que não adquiriu ou recebeu as mercadorias, alvo da presente lide e que, em nenhum momento os prepostos fiscais apresentaram quaisquer provas produzidas pelo autuado, tornando ineficaz todas supostas provas utilizadas, bem como o ônus da prova compete aos autores do Auto de Infração, cabem as seguintes considerações demonstrando a improcedência de tais alegações:

1 - As aludidas notas fiscais, conforme mencionado, foram coletadas em estabelecimentos da PROFARMA Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S/A, localizados nos Estados de São Paulo e de Minas Gerais, em ação fiscal desenvolvida pelos prepostos fiscais Josias Joaquim de Oliveira, Gláucio Dória e José Ronaldo de Souza e Silva, conforme o credenciamento DPF/SUFIS nº 661, da Secretaria de Fazenda do Estado de Minas Gerais, e o ofício PFC-11-Sé nº 064/2006, da Diretoria Executiva da Administração Tributária – DEAT do Estado de São Paulo (fls. 08 e 09);

2 - Além dos mencionados documentos fiscais, alvo da presente exigência tributária, terem sido colhidas diretamente dos fornecedores e estarem acostadas, às fls. 11 a 600 dos autos, consta declaração, de fls. 624 a 629 dos autos, efetuada pelo emitente das notas fiscais, a PROFARMA, informando que o cliente, ora autuado, MENDONÇA LEMOS DISTRIBUIDORA , CNPJ 06.088.969/0001/42, efetuou as compras junta a PROFARMA, situadas nos estados de São Paulo, e Minas Gerais. A mencionada declaração, relaciona o número das notas fiscais, duplicatas, vencimento, valor e data de pagamentos das mesmas, relativas ao período de 2004 a 2006. Cabe observar que as vendas foram efetuadas com prazos em média de 50 a 60 dias, com indicação precisa das datas de pagamentos.

3 - O próprio autuado afirma que continua negociando normalmente com a empresa PROFARMA, tendo em vista que ela é única distribuidora de produtos que dificilmente serão fornecidos por outras empresas.

4 - Cabe destaque ao foto de que o fornecedor do autuado, a PROFARMA, além de apresentar os documentos fiscais já mencionados, conforme já alinhado, relaciona as respectivas duplicatas com as datas de pagamentos das mesmas (fls. 624/629), efetuados pelo autuado, o qual poderia ter trazido, por exemplo, sua movimentação bancária e procurado demonstrar a inexistência de tais pagamentos, na medida em que o fornecedor, como dito, indica precisamente os valores e as datas em que foram efetuados os pagamentos das duplicatas.

Tais afirmações e provas trazidas pelo fornecedor, se efetivamente não correspondessem a realidade dos fatos, caberia, é claro, por parte do autuado, medidas judiciais contundentes contra o mesmo, o que efetivamente não parece ou não foi demonstrado terem sido implementadas.

Cabe, por derradeiro, observar que a 1a Câmara de Julgamento Fiscal, através dos Acórdãos CJF N°s 0017-11/10, 0173-11/10 e 0284-11/12, em decisão mais restritiva, no que tange ao conjunto probatório, julgou procedentes os autos de n°s 281331.0307/08-6, 279467.0033/08-5 e 206935.0009/08-0, respectivamente.

No presente caso, como visto, a Fazenda Pública incumbiu-se de trazer aos autos um conjunto probatório, que não se restringiu apenas as cópias das notas fiscais, demonstrando a destinação das mercadorias e que as mesmas são originárias de outras unidades federativas, atribuindo ao autuado à condição de substituto tributário, para a antecipação integral do imposto, ou seja, a prova da ocorrência do fato imponível da obrigação e da consequente constituição correta do crédito tributário.

O recorrente, diante do conjunto probatório acima referido, a quem caberia apresentar provas quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco, apesar de alegar não lhe ter sido destinadas às notas fiscais, constantes da autuação, bem como ter elaborado questionamentos sobre os aludidos documentos, não trouxe aos autos nenhum elemento material que consubstanciasse suas alegações, assim como não carreou qualquer prova do recolhimento do imposto ora exigido. Em outro dizer, não demonstrou ser indevida a presente obrigação, bem como ter satisfeito a exigência tributária dela decorrente.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 206856.0852/08-8, lavrado contra **MENDONÇA LEMOS DISTRIBUIDORA E COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÉUTICOS LTDA. (DROGÁRIAS LETÍCIA)**. 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: José Antonio Marques Ribeiro, Paulo Danilo Reis Lopes, Daniel Ribeiro Silva, Alessandra Brandão Barbosa e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO DIVERGENTE - Conselheiro: Maurício Souza Passos.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - VOTO DIVERGENTE

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA - REPR. DA PGE/PROFIS