

**PROCESSO** - A. I. Nº 206935.0009/08-0  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - COMPMED COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA. (DROGARIA LETÍCIAS)  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS - Acórdão 1ª CJF nº 0046-12/06  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 18/03/2016

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJF Nº 0032-12/16**

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Representação proposta com base no art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), tendo em vista que não se pode exigir do adquirente o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, considerando que não existe certeza quanto às aquisições interestaduais de medicamentos pelo estabelecimento indicado nas notas fiscais, colhidas junto ao remetente, carecendo de provas complementares para fundamentar a exigência fiscal, conforme proposta na diligência fiscal, porém não alcançada. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e no artigo 113, § 5º, I, do RPAF/99, exercido por este órgão, às fls. 559 a 561 dos autos, subscrito pela Procuradora Dr.<sup>a</sup> Paula Gonçalves Morris Matos e acolhida pela Procuradora Assistente Dr.<sup>a</sup> Rosana Maciel Bittencourt Passos, propondo que o CONSEF, através de uma de suas Câmaras, aprecie a referida Representação e julgue improcedente o Auto de Infração, o qual fora lavrado para exigir o valor de R\$47.362,00, inerente à falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às aquisições em outros estados de medicamentos, nos meses de dezembro de 2004 e de março de 2005 a julho de 2006, tendo sido julgado procedente, através do Acórdão JJF nº 0294-01/10, e mantida a decisão através do Acórdão CJF nº 0284-11/12.

Esclarece a nobre Procuradora que, após a conclusão do contencioso administrativo, a empresa autuada veio requerer que a PGE/PROFIS, no exercício do controle de legalidade, represente ao CONSEF pela nulidade da autuação, sob a alegação de que a única prova do cometimento da infração apresentada pelo Fisco seriam notas fiscais obtidas junto à empresa fornecedora, tratando-se, assim, de documento produzido unilateralmente por terceiro, sem sua participação, não tendo o Fisco obtido êxito em comprovar tanto o ingresso das mercadorias em território baiano, bem assim a efetiva aquisição das mercadorias, o que ensejou a nulidade da ação fiscal.

Aduz a ilustre signatária que o exame dos autos revela que a autuação foi embasada em notas fiscais coletadas junto ao estabelecimento fornecedor das mercadorias, das quais não consta, portanto, carimbos ou chancelas indicativos da passagem em postos fiscais, do que não se pode extrair qualquer indício de efetiva circulação das mercadorias a que se referem. Assim, à míngua da existência de qualquer outra prova, a exemplo da demonstração de pagamentos efetuados ao fornecedor, não se pode ter como comprovadas as aquisições de mercadorias apontadas na autuação, pois não é suficiente, para este propósito, a simples declaração do fornecedor e o mero fato de tais mercadorias corresponderem ao ramo de atividade do autuado ou de este ser cliente regular da empresa remetente.

Ressalta que tal situação foi objeto de exaustivas discussões, tanto no âmbito da PGE/PROFIS quanto

do CONSEF, consolidando-se o convencimento de que documentos fiscais colhidos junto aos fornecedores constituem indício de irregularidade, que, no entanto, deve ser confirmado por outros elementos de prova de que as mercadorias foram efetivamente adquiridas pelo destinatário, tais como: canhotos de recebimento das mercadorias, comprovantes de pagamentos realizados pelo adquirente, análise da contabilidade das empresas envolvidas, duplicatas, conhecimentos de transporte, etc., conforme se constata de diversos Acórdãos CJF que relaciona.

Salienta a PGE/PROFIS que, neste sentido, o processo seguiu em diligência ao autuante para se manifestar sobre os argumentos alinhados na petição (fl. 556/610), bem assim para acostar aos autos elementos de prova da efetiva aquisição, pela autuada, das mercadorias de que trata o Auto de Infração, tendo obtido em resposta que *“reitera e ratifica o inteiro teor, as informações fiscais, pareceres e decisões emitidas neste PAF”*, sem ter apresentado qualquer elemento de prova da efetiva aquisição das mercadorias pelo sujeito passivo, consoante solicitado.

Assim, pelo exame dos autos, por constatar que não existe certeza quanto à aquisição das mercadorias pelo estabelecimento indicado no documento fiscal, nem mesmo quanto a seu efetivo ingresso no território baiano, uma vez que nenhum documento foi coletado pela fiscalização de trânsito de mercadorias, a PGE/PROFIS concluiu que a fiscalização não se desincumbiu de seu ônus de demonstrar a materialidade da infração, do que, considerando que do contribuinte não poderia ser exigida a produção de prova negativa, pugna pela insubsistência da exigência tributária.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir do autuado, suposto adquirente de medicamentos em Estados que denunciaram o Convênio ICMS 76/94, o ICMS por antecipação tributária no valor histórico de R\$47.362,00, na qualidade de sujeito passivo por substituição, tendo os julgamentos do CONSEF mantido o crédito tributário, conforme Acórdãos JFJ nº 0294-01/10 e CJF nº 0284-11/12.

Contudo, o sujeito passivo protocolizou junto a PGE/PROFIS o Pedido de Controle da Legalidade do lançamento de ofício, conforme documento às fls. 556 a 610 dos autos, por entender que a decisão do CONSEF destoava da jurisprudência consolidada, do que entende ser imperiosa a intervenção da PGE no feito, apresentando Representação para fins de anular a autuação.

Em consequência, a PGE/PROFIS ofereceu a Representação ao CONSEF no sentido de que *“Constato, destarte, pelo exame dos autos, que não existe certeza quanto à aquisição das mercadorias pelo estabelecimento indicado no documento fiscal, nem mesmo quanto a seu efetivo ingresso no território deste Estado, uma vez que nenhum documento foi coletado pela fiscalização de trânsito de mercadorias.”*, por concluir que *“E, por assim ser, não tendo a fiscalização se desincumbido de seu ônus de demonstrar a materialidade da infração, e ainda considerando, de outra parte, que do contribuinte não poderia ser exigida a produção de prova negativa, tem-se por inequivocamente insubsistente a exigência tributária consubstanciada no lançamento em epígrafe.”*

Com efeito, a análise das peças processuais conduz à conclusão da IMPROCEDÊNCIA da autuação, visto que a declaração do fornecedor, às fls. 450 a 455 dos autos, não tem força para provar, de modo inequívoco, as operações mercantis que ensejariam a legítima cobrança do imposto por antecipação tributária, uma vez que reproduziu números de documentos fiscais, duplicatas, vencimentos, valores e datas de pagamento, em detrimento às provas solicitadas na diligência fiscal, à fl. 447 dos autos, *“...a exemplo de cópia de pedido; comprovante de pagamentos; comprovante de entrega das mercadorias e outros que dispuser, com respaldo na sua escrituração fiscal e contábil”*.

Assim, considerando que as notas fiscais foram coletadas nos estabelecimentos emitentes, situados em outras unidades da Federação, tais provas serviriam apenas como indiciárias, necessitando de provas complementares para fundamentar a exigência fiscal, como foi proposto na diligência fiscal.

Logo, pode-se inferir o acerto da Representação, sob apreciação, pois se conclui da análise das

peças processuais ser insubsistente a exigência tributária, pois a fiscalização não se desincumbiu do seu ônus de demonstrar a materialidade da infração.

Pelo exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação ora proposta, para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração, devendo o respectivo PAF ser encaminhado para a PGE/PROFIS adotar as providências cabíveis.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206935.0009/08-0**, lavrado contra **COMP MED COMÉRCIO DE MEDICAMENTOS LTDA. (DROGARIA LETÍCIAS)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de fevereiro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS