

PROCESSO - A. I. Nº 232943.0016/08-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CODISFARMA COMÉRCIO E DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS
FARMACÊUTICOS E PERFUMARIA LTDA (DROGARIAS LETÍCIA)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS - Acórdão 1ª CJF nº 0018-11/14
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 30/03/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0041-12/16

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 Assistente, Dr.^a 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\$75.887,08, referente à falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às aquisições interestaduais 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 0290-01/10, e mantida a decisão através do Acórdão CJF nº 0018-11/14.

Esclarece a nobre Procuradora que, após a conclusão do contencioso administrativo, a empresa autuada veio aos autos para requerer que a PGE/PROFIS, no exercício do controle de legalidade, represente ao CONSEF pela insubsistência da autuação, sob o argumento de que as provas do cometimento da autuação, apresentadas pelo Fisco, seriam documentos produzidos unilateralmente pela empresa apontada como remetente das mercadorias, pois as notas fiscais obtidas junto à PROFARMA, após a coleta de informações no SINTEGRA, e declaração da própria PROFARMA acerca das vendas efetuadas à autuada (fls. 313/319), não desincumbiu o Fisco de seu ônus de provar a efetiva aquisição das mercadorias.

Aduz a ilustre signatária que, do exame dos autos, revela que a autuação foi embasada em cópias das vias fixas de 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, muito menos de seu ingresso em território baiano. 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, 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, nos quais se julgou improcedente os respectivos Autos de Infração.

Salienta que o Acórdão da CJF nº 0018-11/14 se pautou precipuamente na existência de declaração prestada pela PROFARMA, contendo número da nota fiscal, número da duplicata correspondente, data de vencimento, valor e data de pagamento, entendendo o órgão julgador que *“diferente das situações em que são carreados aos autos simples cópias de notas fiscais colhidas através do SINTEGRA, alvo de decisões de outras unidades fracionárias desse CONSEF, no presente caso, foi oferecido um conjunto probatório que assegura a aquisição das mercadorias pelo autuado”*.

Contudo, entende a ilustre Procuradora Fiscal que não parece ser esta a decisão mais acertada, pelo fato de inexistir qualquer distinção ontologicamente relevante entre notas fiscais colhidas junto ao fornecedor e declarações por este prestadas, pois, com efeito, quaisquer que sejam as informações contidas em tais declarações, a circunstância essencialmente relevante, para o desate da controvérsia, é que a autuação se encontra pautada em documentos produzidos unilateralmente pelo fornecedor, sem qualquer reforço em outros elementos de prova, notadamente documentos colhidos junto à empresa autuada.

Também a PGE/PROFIS defende inadmissível a afirmação de que, de posse da declaração prestada pela empresa fornecedora, poderia a autuada *“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”*, pois, assim sendo, não fez a Administração Fazendária senão subverter o ônus da prova sem qualquer suporte legal.

Registra que, se, conforme asseverado, era simples para a autuada fazer prova negativa quanto aos pagamentos declarados pela PROFARMA, então mais simples ainda seria para o Fisco fazer prova positiva desses mesmos pagamentos, mediante verificação da escrituração contábil da empresa, pois estava jungido a fazê-lo, já que, inexistindo presunção legalmente estabelecida para a hipótese, a exigência fiscal não poderia prosseguir sem que o Fisco apresentasse prova satisfatória do cometimento da infração.

Assim, por se constatar, 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 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\$75.887,08, na qualidade de sujeito passivo por substituição, tendo os julgamentos do CONSEF mantido o crédito tributário, conforme Acórdãos JJF nº 0290-01/10 e CJF nº 0018-11/14.

Contudo, o sujeito passivo protocolizou junto a PGE/PROFIS o Pedido de Controle da Legalidade do lançamento de ofício, conforme documento às fls. 499 a 514 dos autos, por entender que a decisão do CONSEF destoa 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. 313 a 319 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. 310 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 proposta 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 232943.0016/08-3, lavrado contra **CODISFARMA COMÉRCIO E DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS E PERFUMARIA LTDA (DROGARIAS LETÍCIA)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de março de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS