

A. I. Nº - 079269.0108/06-7
AUTUADO - GENÉRICA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ DA ROCHA FALCÃO
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 18/12/2007

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0416-03/07

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Os demonstrativos elaborados pelo autuante não trazem segurança em relação à base de cálculo e ao imposto exigido. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 25/10/2006, refere-se à exigência de R\$122.743,09 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88, nos meses de junho, julho e agosto de 2006. Valor do débito: R\$122.205,96.

Infração 02: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização. Valor do débito: R\$537,13.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 21 a 28), discorrendo inicialmente sobre as infrações imputadas. Suscita preliminares de nulidade, alegando como primeira irregularidade o que estabelece o art. 18 do RPAF/BA. Como segunda irregularidade processual, cita o art. 28 e seu § 4º do RPAF/BA. Diz que a terceira irregularidade processual é em relação à base de cálculo, que deve ser determinada a salvo de imperfeições, sendo indispensável que se demonstre nitidamente, tendo em vista que a base de cálculo do imposto oferece critérios para mensurar o fato tributário impositivo. Salienta que o autuante deve se pautar no art. 142, parágrafo único do Código Tributário Nacional, e a descrição dos fatos deve ser clara e segura, incluindo-se a demonstração da base de cálculo, e informação do método utilizado para determiná-la. Como quarta irregularidade processual, o defendente alega que o Fisco deveria fornecer ao autuado as cópias dos demonstrativos e levantamentos realizados. Portanto, o impugnante entende que se deve declarar nulo o presente Auto de Infração por inobservância aos requisitos essenciais que a Lei determina; houve ofensa ao Princípio Constitucional da Ampla Defesa e do Contraditório. No mérito, o defendente transcreve o art. 155, II da Constituição Federal e diz que é impossível nascer o dever jurídico de pagar um tributo sem que os elementos, pessoal, material, espacial e temporal tenham se verificado. Cita ensinamentos de Alberto Xavier e reproduz o conceito de fato gerador estabelecido no CTN. Alega que o autuante não indicou a metodologia, o critério e o meio para chegar ao valor reclamado no presente Auto de Infração. O defendente conclui pedindo que lhe sejam deferidos todos os meios de prova em direito admitidos; juntada posterior de documentos, perícia com arbitramento, formulação de quesitos, revisão do procedimento fiscal por preposto diverso. Pede a nulidade, e no exame do mérito, que o presente lançamento seja julgado improcedente.

O autuante, em sua informação fiscal à fl. 35 dos autos, esclarece que os fatos descritos no presente Auto de Infração estão embasados nos demonstrativos e documentos acostados ao PAF (fls. 07 a 17); não houve preterição do direito de defesa; a empresa não declarou nas DMAs os valores apurados nos demonstrativos e documentos de fls. 08, 10, 11, 13, 14, 15, 16 e 17, que são de pleno conhecimento do autuado, conforme comprovante de recebimento datado de 06/11/2006,

terceira via do Auto de Infração. Salienta que a exigência fiscal está respaldada no que dispõem os arts. 371, 125, II, alínea “b”, combinado com o art. 61 do RICMS-BA. Pede a procedência do Auto de Infração.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 40) para que fossem adotadas as seguintes providências:

- 1 – Anexar aos autos cópias de todas as notas fiscais utilizadas no levantamento fiscal;
- 2 – Entregar ao autuado cópias dos demonstrativos, notas fiscais utilizados no levantamento, com a indicação do prazo de dez dias para o mesmo se manifestar.

À fl. 131, o autuante informa que em cumprimento à diligência solicitada, foram anexadas ao presente processo as cópias de todas as notas fiscais utilizadas e respectivos levantamentos efetuados, sendo encaminhado ao contribuinte, conforme intimação e respectivo Aviso de Recebimento às fls. 132/133.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o PAF em nova diligência à Infaz de Origem (fl. 136) para providenciar a entrega ao defendente de cópia do Auto de Infração juntamente com os demonstrativos elaborados pelo autuante, reabrindo o prazo de defesa (trinta dias) para o autuado se manifestar, querendo.

De acordo com a intimação e respectivo Aviso de Recebimento às fls. 137/138, consta a informação quanto ao prazo de trinta dias para nova defesa, sendo anexadas as cópias das fls. 01 a 17, 35 e 44 a 130 dos autos. Decorrido o prazo concedido, o autuado não apresentou qualquer manifestação.

Considerando que se trata de exigência fiscal relativa a produtos farmacêuticos, mercadorias inseridas no regime de Substituição Tributária (Convênio 76/94), e que deve ficar comprovado nos autos, de forma clara e compreensível, a base de cálculo do imposto e o método aplicado na apuração do valor exigido, esta Junta de Julgamento Fiscal, deliberou converter o presente processo em diligência para o autuante esclarecer e juntar aos autos a comprovação dos preços máximos por ele utilizados na determinação da base de cálculo de cada produto, conforme previsto no mencionado Convênio 76/94, evitando futura alegação de cerceamento do direito de defesa. Foi solicitado, também, para fornecer ao autuado as cópias dos novos demonstrativos e demais elementos que fossem acostados aos autos, e que fosse reaberto o prazo de defesa.

O autuante prestou nova informação fiscal às fls. 143/144, aduzindo que está comprovada nos autos a base de cálculo do imposto: valor destacado nas notas fiscais, preço máximo a consumidor, também destacado em quase 99% das notas fiscais, estabelecido pela ABCFARMA; percentual incidente sobre o valor da nota fiscal; percentual incidente sobre o preço máximo ao consumidor, ICMS a pagar; valor do preço máximo a consumidor. Diz que os demonstrativos foram elaborados, por duas vezes, nota a nota e os produtos constam nas notas fiscais, sendo anexados quando do atendimento à diligência da 4ª Junta de Julgamento fiscal. Salienta que embora o contribuinte não tenha se manifestado, o PAF já havia retornado para entregar ao autuado cópia do Auto de Infração juntamente com os demonstrativos e levantamentos, o que foi cumprido. Assim, o autuante entende que as diligências solicitadas foram cumpridas à luz dos seus conhecimentos e da complexa legislação que norteia as operações com medicamentos. Diz que não houve qualquer preterição do direito de defesa, o contribuinte teve oportunidade de efetuar o pagamento do imposto declarado, conforme DMAs enviadas pelo autuado (fls. 7, 9 e 12) cujos valores são os mesmos apurados pela fiscalização, e certamente, o autuado utilizou os mesmos métodos de apuração, as mesmas notas fiscais, os mesmos percentuais. Assegura que os demonstrativos de fls. 7 a 17 fundamentam as decisões da fiscalização; os elementos acostados aos autos dizem respeito ao infrator e às infrações que foram apuradas pela fiscalização, e os demonstrativos são suficientes para quem quer apurar a verdade dos fatos. Afirma que, na posição de autuante, foi indicada a metodologia nas planilhas elaboradas e o autuado que apresente um documento por ele elaborado, que comprove qualquer fato contrário às provas

constantes dos autos. O autuante informa que acata o pedido de revisão por preposto fiscal estranho ao feito, salientando que os Autos de Infração de número 792690220061, lavrado contra a Gigafarma Distribuidora Ltda e outro contra a Globofarma Distribuidora Farmacêutica Ltda, pelas mesmas razões, com os mesmos critérios aplicados ao presente Auto de Infração, todos os estabelecimentos pertencentes ao mesmo Grupo, foram julgados nulo e procedente.

À fl. 151/152 o autuado foi intimado da informação fiscal, sendo concedido o prazo de trinta dias, reabrindo o prazo de defesa.

VOTO

A primeira infração é decorrente da falta de recolhimento da antecipação tributária pelas aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA, conforme demonstrativos e fotocópias das notas fiscais acostadas aos autos.

Observo que se trata de aquisição interestadual de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, e o defendente não nega o cometimento da infração, tendo alegado que o autuante não indicou a metodologia, o critério e o meio, para chegar ao valor reclamado no presente Auto de Infração.

Na informação prestada às fls. 143/144, o autuante diz que a base de cálculo do imposto foi apurada de acordo com o valor destacado nas notas fiscais; o preço máximo a consumidor, também destacado em quase 99% das notas fiscais, estabelecido pela ABCFARMA; percentual incidente sobre o valor da nota fiscal; percentual incidente sobre o preço máximo ao consumidor, ICMS a pagar; valor do preço máximo a consumidor.

Foi também alegado pelo autuante, que o contribuinte teve oportunidade de efetuar o pagamento do imposto declarado, nas DMAs enviadas à SEFAZ (fls. 7, 9 e 12) cujos valores são os mesmos apurados pela fiscalização, e certamente, o autuado utilizou os mesmos métodos de apuração, as mesmas notas fiscais e os mesmos percentuais.

Constato que o problema neste Auto de Infração se resume na comprovação de como foi apurada a base de cálculo do imposto exigido, uma vez que o autuado alegou que não entendeu a metodologia adotada pelo autuante, e apesar de os valores constantes nas DMAs serem os mesmos exigidos nesta autuação, não ficou suficientemente comprovada a apuração da base de cálculo.

Verifica-se que o autuante utilizou o Preço Máximo ao Consumidor (PMC) correspondente a cada mercadoria, constante em diversas notas fiscais objeto da autuação. Entretanto, em alguns documentos fiscais não consta o mencionado preço, a exemplo das fls. 65, 66, 80 e 93, tendo sido indicado pelo autuante nos demonstrativos (fls. 85, 100 e 114) a informação: PMC – ABCFARMA, inexistindo no PAF qualquer comprovação quanto aos preços utilizados na mencionada revista.

Não obstante os valores exigidos serem os mesmos declarados pelo autuado nas DMAs, não há nos autos elementos suficientes para comprovar a exatidão desses valores, tendo em vista que a base de cálculo não restou suficientemente comprovada, que deve ser apurada de forma compreensível. O critério adotado pela fiscalização nos papéis de trabalho, deve ser claro, sob pena de cerceamento de defesa, e incerteza quanto ao valor exigido, acarretando nulidade da autuação.

De acordo com a Súmula nº 1 do CONSEF, “É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo”.

Concluo pela nulidade desta infração, com base no art. 18, Inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, e represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal a salvo das falhas apontadas, conforme art. 156 do mencionado Regulamento.

Infração 02: trata da falta de recolhimento do imposto relativo à antecipação parcial das mercadorias adquiridas através das Notas Fiscais de aquisição, conforme demonstrativo às fl. 17 e 118, (Notas Fiscais de fls. 119 a 131)

Observo que as hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 352-A do RICMS/97:

“Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição”.

Embora o defendente tenha requerido a improcedência do Auto de Infração, não apresentou qualquer contestação específica a este item da autuação, constituindo a alegação de insubsistência mera negativa do cometimento da irregularidade apontada, ao teor do art. 143 do RPAF/99.

Saliento que o levantamento fiscal foi efetuado com notas fiscais relativas a diversos produtos, dentre os quais se encontram produtos farmacêuticos, mercadorias enquadradas na substituição tributária, a exemplo da Nota Fiscal 50450 à fl. 124, referente à aquisição de fio dental, e a antecipação parcial não se aplica às mercadorias cujas operações sejam alcançadas pela antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação, conforme estabelece o art. 12-A, § 1º, inciso III da Lei 7.014/96. Portanto, os demonstrativos elaborados pelo autuante não comprovam a infração apontada.

Saliento, ainda, que embora o autuado não tenha acostado aos autos um demonstrativo dos valores que considera corretos, as planilhas elaboradas pelo autuante são insuficientes para confirmar se o imposto exigido foi corretamente apurado no levantamento fiscal.

De acordo com o art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, é nulo o lançamento de ofício “que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator”.

No caso em exame, os demonstrativos elaborados pelo autuante não trazem segurança em relação à base de cálculo e ao imposto exigido, e por isso, consoante o art. 21, do RPAF/99, recomendo a repetição do procedimento fiscal, a salvo de equívocos, para que seja apurado se, efetivamente, existe imposto a ser recolhido pelo autuado.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **079269.0108/06-7**, lavrado contra **GENÉRICA COMERCIAL LTDA**. Recomenda-se a repetição do procedimento fiscal, a salvo de equívocos apontados.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2007

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR