

PROCESSO - A. I. Nº 079269.0108/06-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - GENÉRICA COMERCIAL LTDA. (GLOBO DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JF nº 0416-03/07
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 28/04/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0094-12/08

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. Mantida a Decisão de primeira instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 3.ª Junta de Julgamento Fiscal contra a referida Decisão pela mesma proferida, que decidiu pela Nulidade do Auto de Infração em epígrafe, 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 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

O lançamento de ofício exige ICMS acrescido da multa de 60%, em função da ocorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1: 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 2: 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.

Em sua peça defensiva, argüiu o autuado as seguintes preliminares de nulidade:

- a) violação do quanto disposto no art. 18, do RPAF/BA, invocando, ainda, o art. 28, § 4º, do RPAF/BA;
- b) imperfeição da base de cálculo, não tendo o i. autuante se baseado no quanto disposto no art. 142, parágrafo único, do CTN, para elaborar os seus trabalhos;
- c) falta de entrega das cópias dos demonstrativos e levantamentos realizados na ação fiscal.

Ao final, propugnou pela decretação de nulidade do Auto de Infração, em função da ofensa à legislação vigente, bem como aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Na informação fiscal, asseverou o autuante que os demonstrativos e documentos acostados ao Auto de Infração atestam os fatos nele descritos e justificam a exigência do imposto. Aduziu que inexistiu qualquer impossibilidade do exercício do direito de defesa, bem como que a empresa não informou ao Fisco, através das DMA's os montantes apurados nos demonstrativos e documentos de fls. 08, 10, 11, 13, 14, 15, 16 e 17, estes últimos entregues ao autuado em 06/11/2006. Manteve a autuação com espeque nos arts. 371, 125, II, alínea “b”, c/c o art. 61 do RICMS-BA.

Inicialmente, foi o processo convertido em diligência à INFAZ de origem, a fim de que fossem cumpridas as seguintes determinações:

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.

Em cumprimento à diligência, esclareceu o autuante que *“foram anexadas ao presente processo as cópias de todas as notas fiscais utilizadas e respectivos levantamentos efetuados”*, posteriormente encaminhados ao contribuinte, à luz do Aviso de Recebimento inserto às fls. 132/133.

Nova diligência determinada pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal à INFAZ de Origem (fl. 136) no sentido de que fosse entregue ao autuado a cópia do Auto de Infração, devidamente acompanhada dos demonstrativos elaborados pelo autuante, com reabertura do prazo de defesa em favor do autuado.

Devidamente intimado, ficou-se em silêncio o autuado em se manifestar.

O processo foi mais uma vez convertido em diligência, desta feita por parte da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, a fim de que o ilustre autuante esclarecesse e juntasse aos autos a comprovação dos preços máximos por ele utilizados na determinação da base de cálculo de cada produto, conforme previsto no mencionado Convênio ICMS 76/94, obstando eventual alegação de cerceamento do direito de defesa. Naquela oportunidade, foi também solicitado que fossem fornecidas ao autuado as cópias dos novos demonstrativos e demais elementos que viessem a ser acostados aos autos, bem como que fosse reaberto o prazo de defesa.

Através de nova informação fiscal (fls. 143/144), asseverou o autuante que:

- a) a base de cálculo do imposto está comprovada nos autos, mediante o valor destacado nas notas fiscais, preço máximo a consumidor, também destacado em quase 99% das notas fiscais, estabelecido pela ABCFARMA, sem prejuízo do percentual incidente sobre o valor da nota fiscal, percentual incidente sobre o preço máximo ao consumidor, ICMS a pagar e valor do preço máximo a consumidor;
- b) os demonstrativos foram elaborados por duas vezes, nota a nota, constando das referidas notas fiscais os produtos, anexados quando do atendimento da diligência solicitada pela 3ª Junta de Julgamento fiscal;
- c) as diligências solicitadas foram cumpridas;
- d) inexistiu qualquer violação ao direito de defesa do autuado, visto que *“o contribuinte teve oportunidade de efetuar o pagamento do imposto declarado, conforme DMA's 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”*.
- e) os demonstrativos de fls. 7 a 17 fundamentam as decisões da fiscalização;
- f) foi indicada a metodologia nas planilhas elaboradas, cabendo ao autuado o ônus de apresentar qualquer documento para elidir as provas constantes dos autos;
- g) o processo deveria ser revisado por fiscal estranho ao feito, referindo-se a Autos de Infração anteriores, lavrados contra a Gigafarma Distribuidora Ltda e Globofarma Distribuidora Farmacêutica Ltda, respectivamente, valendo-se das mesmas razões e critérios aplicados ao presente Auto de Infração, os quais foram julgados nulo e procedente.

Intimado para se manifestar acerca do resultado da diligência, mais uma vez silenciou o autuado.

Através do Acórdão JJF nº 0416-03/07, decidiu a 3ª Junta de Julgamento Fiscal pela nulidade do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) quanto à primeira infração, decidiu 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”; verificou, ainda, que “o autuante utilizou o Preço Máximo ao Consumidor (PMC) correspondente a cada mercadoria, constante em diversas notas fiscais objeto da autuação”; todavia, prosseguiu, “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”; além disso, ressaltou que “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”, bem como que “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”; salientou, por fim, que “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’”, representando “à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal a salvo das falhas apontadas, conforme art. 156 do mencionado Regulamento”;

- b) no que pertine à infração 2, asseverou que *“as hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 352-A do RICMS/97”, cujo teor transcreveu, aduzindo 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 nº 7.014/96”, razão pela qual “os demonstrativos elaborados pelo autuante não comprovam a infração apontada”; outrossim, prosseguiu, “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”, pelo que, “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’”; conclui ressaltando que “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”.*

VOTO

Reforma alguma merece a Decisão recorrida.

Isso porque, restou comprovado o vício insanável que inquina de nulidade o presente Auto de Infração.

No que tange à infração 1, não houve comprovação, por parte do autuante, acerca da forma como foi apurada a base de cálculo do imposto exigido.

O fiscal autuante utilizou o Preço Máximo ao Consumidor (PMC) correspondente a cada mercadoria, constante em diversas notas fiscais objeto da autuação, sendo que, em parte dos documentos fiscais, não consta o aludido 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.

Ademais, impende observar que ainda que os valores exigidos tenham sido os mesmos declarados nas DMA's pelo autuado, inexistem nos autos elementos suficientes para se demonstrar a correção de tais valores, ante a incompreensibilidade da base de cálculo indicada.

Daí porque, não tendo sido claro o critério utilizado pela fiscalização, o que redundou em prejuízo ao exercício do amplo direito de defesa, com espeque na Súmula nº 1 deste CONSEF, mantenho a nulidade do Auto de Infração decretada em primeira instância.

Com relação à infração 2, cura ressaltar que a mesma, de igual forma, também se encontra eivada de nulidade.

No caso vertente, como bem assinalou o julgador de primeira instância, “*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 nº 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 nº 7.014/96*”.

Logo, os demonstrativos elaborados pelo autuante não comprovam a infração apontada, razão pela qual, a despeito de o autuado não ter acostado aos autos qualquer 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.

Destarte, em face de tudo quanto acima exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, mantendo-se a Decisão recorrida em todos os seus termos.

Recomendo à autoridade fazendária, o refazimento da ação fiscal, a salvo de falhas, a fim de se apurar eventual imposto devido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **079269.0108/06-7**, lavrado contra **GENÉRICA COMERCIAL LTDA. (GLOBO DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA)**. Recomenda-se à repetição do procedimento fiscal, a salvo de equívocos apontados.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTÔNIO DAIHA FILHO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS