

**A. I. Nº** - 299133.0118/02-3  
**AUTUADO** - PHARMAX COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.  
**AUTUANTE** - CARLOS RIZÉRIO FILHO e GERVANI DA SILVA SANTOS  
**ORIGEM** - IFMT SUL  
**INTERNET** - 13/07/2011

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0149-03/11

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. O demonstrativo de débito elaborado pelos autuantes não traz segurança em relação à base de cálculo e ao imposto exigido, haja vista que não foi comprovada a pesquisa de preços na forma estabelecida na legislação, implicando cerceamento do direito de defesa. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/01/2002, refere-se à exigência de R\$793,70 de ICMS, acrescido da multa de 100%, tendo em vista que foi constatado transporte de mercadoria sem documento fiscal exigível para a operação.

O autuado apresentou impugnação (fls. 28 a 31), alegando que não consta no Auto de Infração o meio utilizado pelo autuante para encontrar a Base de Cálculo, haja vista que só consta o rol das mercadorias sem especificação de qualquer cálculo para encontrar o imposto devido. O defendente contestou a legitimidade de preços fixados através de revistas farmacêuticas. Citou o art. 21 da Lei Federal 8.884/94, art. 61 do RICMS-BA, afirmando que o RICMS não determina que a base de cálculo por substituição deve ser a sugerida pelo fabricante, como sendo o preço a consumidor final. Comentou sobre o art. 8º da Lei Complementar 87/96 e art. 23 da Lei 7.014/96, justificando que em seu entendimento, havendo fixação de preço a consumidor final por autoridade pública, não se deve falar em preço fixado pelo fabricante. Disse que o RICMS deve ser interpretado de acordo com a Lei 7.014/96, haja vista que a referida Lei é hierarquicamente superior, e por isso, norteia a interpretação do RICMS. Por fim, o defendente requereu a decretação de nulidade do Auto de Infração por falta de demonstração da apuração da base de cálculo, e se assim não for entendido, que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

A informação fiscal foi prestada às fls. 36/37, pela Auditora Fiscal Rossana Araripe Lindote, com base no art. 127, § 2º do RPAF/99, que opinou pela procedência da autuação, dizendo que a defesa está lastreada em duas premissas falsas. A primeira é irrelevante para o caso em questão, relativamente à Portaria 37/92 que fixa preços para venda de medicamentos a consumidor. Quanto à segunda premissa, que se refere ao preço utilizado para fixar a base de cálculo, foi informado que o autuante utilizou o preço de revenda das mercadorias no varejo, conforme dispõe o art. 61, do RICMS/97. Destacou a falta da nota fiscal que informaria o preço da operação para se acrescentar os encargos e aplicar a Margem de Valor Agregado. Assim, informou que foi encontrada a base de cálculo pelos preços de varejo no mercado, no local da ocorrência, obtendo-se, dessa forma, o preço final referente à operação subsequente, sobre o qual foi apurado o imposto exigido.

À fl. 40 o presente PAF foi convertido em diligência à Infaz de origem para o autuante juntar aos autos a pesquisa de preços de varejo no mercado.

O PAF retornou a este CONSEF com a informação de que o autuante não cumpriu a diligência solicitada, e que a empresa autuada encontra-se inapta no cadastro desta SEFAZ, desde 22/01/2003.

O CONSEF retornou o PAF à Infaz de origem para o cumprimento do quanto solicitado à fl. 40, inclusive, com intimação aos sócios da empresa, diante da informação de que o autuado encontra-se inapto no cadastro da SEFAZ.

O autuante Carlos Rizério Filho prestou informação fiscal à fl. 48, dizendo que a ação fiscal foi iniciada e concluída pelo Auditor Fiscal Gervani da Silva Santos, que naquela data cumpria plantão no Posto Fiscal Benito Gama, tendo sido lavrado o Termo de Apreensão e Ocorrências e o Auto de Infração. Diz que o mencionado Auditor elaborou o levantamento dos preços por meio de pesquisa em revista da ABCFARMA, periódico oficial das empresas ligadas ao setor farmacêutico, e no comércio local. O Auditor responsável pela informação fiscal frisa que a sua parte neste PAF foi somente assinar o Auto de Infração, salientando que trabalhava em dupla, ficando impossibilitado de questionar ou mudar o trabalho feito com profissionalismo pelo seu colega Gernani da Silva Santos.

#### **VOTO**

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir R\$793,70 de ICMS, acrescido de multa, tendo em vista que foi constatado transporte de mercadoria (medicamentos) sem documento fiscal exigível para a operação, tendo sido lavrado o Termo de Apreensão e Ocorrências às fls. 04/05 do PAF.

De acordo com o art. 220, inciso I, do RICMS/97, a nota fiscal correspondente deveria ser emitida antes de iniciada a saída das mercadorias, sendo também prevista pela legislação a obrigação do sujeito passivo de exigir do estabelecimento vendedor ou remetente, os documentos fiscais próprios, sempre que adquirir, receber ou transportar mercadorias sujeitas ao ICMS (art. 142, inciso VIII, RICMS/97). No caso em exame, o Termo de Apreensão constitui prova material da inexistência do documento fiscal.

Observo que apesar de estar comprovada a irregularidade quanto ao transporte das mercadorias sem documentação fiscal, o que ensejou a cobrança do ICMS em relação às mercadorias que estavam sendo transportadas, há uma questão a ser apreciada, relativamente aos preços utilizados na apuração da base de cálculo do imposto exigido, que foi objeto de pedido de nulidade apresentado pelo defendente nas razões de defesa.

Os autuantes anexaram ao presente PAF (fls. 08 a 10) um documento denominado “LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DOS MEDICAMENTOS DESCRITOS NO TERMO DE APREENSÃO Nº 299133.0118/02-3”, sem qualquer indicação de onde foram obtidos os preços constantes no mencionado levantamento.

Considerando a inexistência de um documento comprobatório da pesquisa realizada e a informação fiscal prestada por Auditor Fiscal estranho ao feito, assegurando que a base de cálculo foi encontrada de acordo com os preços a varejo no mercado do local da ocorrência, o PAF foi convertido em diligência à Infaz de Origem para ser providenciada a necessária juntada aos autos da comprovação relativa aos preços de mercado, citados na informação fiscal.

Entretanto, não houve a juntada aos autos da mencionada comprovação, tendo sido informado pelo autuante Carlos Rizério Filho que levantamento dos preços foi efetuado por meio de pesquisa em revista da ABCFARMA, periódico oficial das empresas ligadas ao setor farmacêutico, e no comércio local.

Vale salientar, que em relação à base de cálculo do imposto exigido, a legislação estabelece que na ausência de documento fiscal, para fixar a base de cálculo poderá ser adotado o preço de pauta fiscal no atacado, se houver, ou o preço corrente das mercadorias ou sua similar no mercado atacadista do local de ocorrência dos fatos, conforme art. 938, inciso V, alínea “b” do RICMS/97.

O Auto de Infração está acompanhado do Termo de Apreensão e Ocorrência lavrado em decorrência do fato apurado, o que constitui prova material da inexistência de documento fiscal

no momento da ação fiscal. Entretanto, não obstante ter ficado caracterizado o cometimento da infração apontada, não foi comprovada nos autos a base de cálculo do imposto exigido, como já mencionado anteriormente, existindo no PAF, apenas um levantamento de preços sem qualquer indicação da origem desses preços.

Entendo que o referido levantamento não constitui documento hábil para comprovar a origem dos preços utilizados pelos autuantes na apuração da base de cálculo do imposto exigido neste Auto de Infração, o que implica cerceamento do direito de defesa.

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”. Portanto, no caso em exame, o valor indicado no demonstrativo de débito à fl. 03, elaborado pelos autuantes não traz segurança em relação à base de cálculo e ao imposto exigido.

Saliento que a Súmula nº 1 do CONSEF trata da matéria em questão:

*SÚMULA Nº 1 “ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. 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.*

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 **299133.0118/02-3**, lavrado contra **PHARMAX COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA