

A. I. Nº - 088989.0408/03-6
AUTUADO - ITAMED COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - HUGO CESAR OLIVEIRA MELO
ORIGEM - IFMT-DAT/SUL
INTERNET - 17/11/03

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0439-03/03

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VÍCIO FORMAL DO PROCEDIMENTO. É Nulo o Auto de Infração lavrado no trânsito de mercadorias sem que esteja fundamentado em Termo de Apreensão anteriormente lavrado. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 23/04/03, para exigir o ICMS, no valor de R\$2.796,29, acrescido da multa de 60%, pela fiscalização de trânsito de mercadorias, em decorrência do recolhimento a menos do imposto, por antecipação tributária, referente às mercadorias (medicamentos) constantes na Nota Fiscal nº 264.774, as quais são procedentes de São Paulo e relacionadas na Portaria nº 270/93 para pagamento do tributo na primeira repartição fazendária do percurso dentro do Estado, uma vez que o contribuinte não possuía Regime Especial para pagamento em data posterior.

O autuado impugnou o lançamento (fls. 22 a 34) inicialmente esclarecendo que opera única e exclusivamente na venda de medicamentos de uso hospitalar, como comprovam as fotocópias de todas as notas fiscais de saídas do período de janeiro de 2002 a março de 2003 (fls. 38 a 160), e recolhe regularmente os tributos, incluindo o ICMS por substituição tributária, o qual é pago antes da saída das mercadorias. Diz que, apesar de todas as explicações feitas ao auditor fiscal, este insistiu em lavrar o presente Auto de Infração e se recusou a liberar as mercadorias, o que é vedado pela Súmula nº 323, do Supremo Tribunal Federal. Ressalta que tal atitude certamente lhe trará prejuízos que serão objeto da adoção de medidas legais para ressarcimento.

No mérito, discorre sobre o Direito aplicável à matéria, transcrevendo o § 7º do artigo 150 da Constituição Federal, o artigo 8º da Lei Complementar nº 87/96, os artigos 8º e 23 da Lei nº 7.014/96, para concluir que a substituição tributária tem fundamento legal e constitucional e que a base de cálculo do ICMS está claramente definida em lei, a qual não foi observada pelo autuante.

Prossegue dizendo que, por vender os produtos farmacêuticos a órgãos públicos e hospitais, os mesmos não são embalados em caixas individuais, o que impossibilita a sua venda por unidades, como se pode observar pela nota fiscal objeto da autuação, em que todos os medicamentos ali contidos são acondicionados em caixas de cem unidades, como por exemplo, CEFAXON – CEFALEXINA 500 mg Caps. Dessa forma, argumenta que os produtos constantes do referido documento fiscal não são os mesmos cujos preços são sugeridos pelo fabricante para venda a consumidor final em farmácias e drogarias.

Aduz que, acorde o § 3º do artigo 23 da Lei nº 7.014/96, somente poderá ser aplicado o preço final de venda a consumidor ou sugerido pelo fabricante ou importador, se houver, para efeito de base de cálculo, desde que, comprovadamente, seja o preço de venda utilizado pelo contribuinte substituído, o que não ocorre no presente caso, pois os preços que pratica são infinitamente inferiores àqueles sugeridos para venda ao público, como provam as notas fiscais de saída acostadas ao PAF (fls. 38 a

160), mesmo porque geralmente participa de processos licitatórios que reduzem mais ainda seus preços de venda.

Pelas razões expostas, alega que a base de cálculo deve ser apurada adotando-se o somatório do valor da operação, acrescido de frete e outras despesas, e a adição da margem de valor agregado, conforme realizado por ele (DAE à fl. 35) e previsto no inciso II do artigo 23 da Lei nº 7.014/96.

Finaliza aduzindo que o autuante, além de proceder ao cálculo incorreto, deixou de considerar o recolhimento feito através do DAE juntado à fl. 35, somente concedendo, como crédito, o imposto destacado na Nota Fiscal nº 264.774.

Por fim, pede a realização de diligência por fiscal estranho ao feito, caso o Julgador considere conveniente, e a improcedência deste Auto de Infração.

A auditora que prestou a informação fiscal (fls. 163 a 165) afirma que, da leitura dos autos, verifica que assiste razão, em parte, ao autuado, tendo em vista que, da Nota Fiscal nº 264.774, somente os produtos “Beplexaron”, “Água para Injeção” e “Glicose Hipertônica” têm preços máximos fixados de venda a consumidor, de R\$43,57, R\$39,06 e R\$67,37, totalizando R\$4.845,29 de base de cálculo.

Quanto aos itens “Cefalexina” e “Benzatron” não possuem preços máximos de venda a consumidor sugeridos pelo fabricante, na apresentação constante no documento fiscal, e, sendo assim, devem ser utilizados os preços da operação, acrescidos da margem de valor agregado de 56,78% (conforme o Convênio ICMS nº 25/01), totalizando a base de cálculo R\$2.445,77.

Conclui dizendo que a soma dos dois valores (R\$4.845,29 e R\$2.445,77) perfaz o montante de R\$7.291,06 e o ICMS, à alíquota de 17%, perfaz R\$1.239,48 que, deduzido do valor do imposto destacado na nota fiscal (R\$199,85) e do ICMS recolhido através de DAE (R\$499,36), importa no débito de R\$540,27, o qual deve ser exigido neste lançamento.

Por fim opina pela procedência parcial do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, do compulsar dos autos, verifico que o presente Auto de Infração foi lavrado, no dia 23/04/03, às 17h25m, contra o autuado para exigir o ICMS, no valor de R\$2.796,29, pela fiscalização de trânsito de mercadorias, em decorrência do recolhimento a menos do imposto, por antecipação tributária, referente às mercadorias (medicamentos) constantes na Nota Fiscal nº 264.774, as quais são procedentes de São Paulo e relacionadas na Portaria nº 270/93 para pagamento do tributo na primeira repartição fazendária do percurso dentro do Estado, uma vez que o contribuinte não possuía Regime Especial para pagamento em data posterior.

Ocorre que o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 101715 (fl. 11) foi lavrado no dia 29/04/03, às 8 horas, o qual foi assinado pelo detentor das mercadorias (Badiel C. Gomes), no mesmo dia, com a seguinte descrição: “Apreensão para efeito de verificação de valor pago de ICMS antecipação tributária do ICMS Bahia”.

No dia 29/04/03, às 14h56m, foi lavrado outro Termo de Apreensão e Ocorrências, de nº 217362.0421/03-0 contra o mesmo contribuinte, com a seguinte descrição dos fatos: “Mercadoria constante da Nota Fiscal de nº 0264774, de 16/04/03, enquadrada na Portaria nº 270/93, com valor do ICMS antecipação tributária pago com valor inferior ao devido”.

A esse respeito, o RPAF/99 prevê que:

Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

.....
III - Termo de Arrecadação de livros de escrituração, documentos, papéis e outros elementos necessários ao desenvolvimento da ação fiscal;

Art. 31. Observar-se-ão as disposições do Regulamento do ICMS no tocante aos seguintes atos ou procedimentos:

I - apreensão de mercadorias, bens, livros e documentos, e lavratura dos termos de apreensão, liberação e depósito das mercadorias, bens, livros e documentos apreendidos;

O RICMS/97 dispõe o seguinte:

Art. 940. O fisco estadual poderá apreender, mediante lavratura de Termo de Apreensão:

.....
§ 7º A lavratura do Termo de Apreensão será seguida, quando for cabível, após a fase de averiguação que porventura o caso requeira, da lavratura do Auto de Infração. (grifo não original)

Pela leitura dos dispositivos transcritos, constata-se que o Termo de Apreensão de Mercadorias deve preceder a lavratura do Auto de Infração, por ser um instrumento preparatório do lançamento, com a finalidade de comprovar a irregularidade detectada no trânsito de mercadorias, o que não ocorreu no presente caso, uma vez que este Auto de Infração foi lavrado em data anterior aos Termos de Apreensão de Mercadorias acostados aos autos.

Sendo assim, entendo que houve uma falha processual impossível de ser saneada, ensejando a nulidade do lançamento. Entretanto, represento à autoridade competente, nos termos do artigo 156, do RPAF/99, para que autorize a renovação do procedimento fiscal, visando à exigência do crédito tributário.

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 **088989.0408/03-6**, lavrado contra **ITAMED COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de novembro de 2003.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA