

**PROCESSO** - A.I. Nº 279547.0502/02-0  
**RECORRENTE** - MARCOS NEVES R. DO AMARAL  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0138-04/04  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/SUL  
**INTERNET** - 29.07.04

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0171-12/04

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO. AMOSTRA GRÁTIS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. Decretação da nulidade de ofício *ex vi* do art. 20 do RPAF-BA. Trata-se de “amostra grátis” para demonstração de propaganda junto a especialistas da área médica. Comprovado que os produtos estavam sendo enviados para funcionário propagandista contratado pelo remetente das mercadorias. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 4ª JJF, através do Acórdão nº 0138-04/04, que julgou o Auto de Infração epigrafado Procedente.

O Auto de Infração, lavrado em 13/05/2002, exige imposto no valor de R\$2.940,87. O fundamento da autuação foi em razão do autuado não haver recolhido o imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, neste Estado, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, pelo fato do mesmo não possuir inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS.

*“Para instruir a ação fiscal, foram anexados aos autos pelos autuantes às fls. 5 a 12, além de outros documentos, as cópias das Notas Fiscais nºs 83087, 83097 e 83108 e do Demonstrativo do Cálculo do imposto.*

*Adentrando no mérito da autuação e após analisar as peças que compõem o PAF, constata-se razão não assistir ao autuado, pelos seguintes motivos:*

*I - Ao se defender da acusação, o autuado alegou ser empregado da empresa e que sua atividade é a venda de medicamentos por ela comercializados e não de equipamentos como entendeu o autuante, no entanto, não fez a juntada em sua defesa de nenhuma prova em apoio ao alegado;*

*II - Quanto aos medicamentos, observei, com base na xerocópia de suas embalagens à fl. 13 dos autos, que os mesmos não preenchem os requisitos previstos no art. 16, I, parágrafo único, II, do RICMS/97, já que as quantidades nelas contidas são em volume considerável (45 cápsulas para o item Entocort e 200 doses para o item Pulmicort, respectivamente);*

*III - O fato de o Estado de S. Paulo, onde está localizado o remetente dos produtos, bem como da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, em relação à “amostra grátis”*

*estabelecerem normas diferentes para que os medicamentos sejam assim considerados, não têm o condão de elidir a autuação, haja vista que a operação envolve adquirente estabelecido nesta Capital, a qual deve subordinar-se a legislação do ICMS vigente no Estado da Bahia;*

*IV - No tocante ao produto Inalador Pulmonar, num total de 100 unidades apreendidas, verifica-se que, pelas suas características, não se enquadram na condição de “amostra grátis”, já que se trata de aparelho destinado a uso em clínicas, hospitais, etc. Portanto, levando-se em conta as quantidades, entendo não deixar nenhuma dúvida de que os aparelhos adquiridos se destinava à comercialização no território deste Estado.*

*Com base na explanação acima, considero correta a exigência fiscal, já que o fato do autuado, contribuinte não inscrito neste Estado, ao adquirir mercadorias para comercialização em outra unidade da Federação, deveria ter recolhido o imposto devido por antecipação tributária no momento do seu ingresso no território baiano.”*

No Recurso Voluntário interposto, o recorrente alega que foi empregado da empresa remetente dos medicamentos que se destinavam à demonstração; que jamais recebeu tais mercadorias, pois essas ficaram sob guarda da transportadora, conforme Termo de Depósito anexado; que não comercializava mercadorias como essas, pois eram amostras grátis para médicos e equipamentos para contratos de comodatos com hospitais.

Conclui requerendo o acolhimento e Provimento do Recurso Voluntário.

A PGE/PROFIS, em Parecer – fls. 99 a 102 – diz verificar preliminarmente que há nesse PAF ilegitimidade passiva do autuado, pois o seu vínculo com as mercadorias objeto do Auto de Infração não foi demonstrado inequivocamente.

Aduz que em reiteradas decisões ficou pacificado o entendimento de que não tendo recebido as mercadorias não se pode exigir do destinatário o pagamento do imposto, salvo se demonstrado inequivocamente o seu interesse.

Transcreve na íntegra Decisão de caso idêntico ao discutido nestes autos. – Acórdão 1ª JF nº 0043/01 (NULIDADE. FALTA DE RECOLHIMENTO DE MERCADORIA POR ANTECIPAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MERCADORIAS PARA DEMONSTRAÇÃO).

Ademais, diz, que o recorrente demonstra às fls. 94 e 95 que era empregado da empresa destinatária e tinha como função ser propagandista dos medicamentos e equipamentos.

É certo que as mercadorias podem não preencher os requisitos da legislação estadual para serem enquadradas como “amostras grátis”, mas toda a instrução probatória leva a essa conclusão.

Nessa linha, opina, pela Nulidade do Auto de Infração por ilegitimidade passiva, ou caso, ultrapassada a preliminar, entende que assiste razão ao recorrente.

## **VOTO**

Da análise do presente processo, constatamos efetivamente – como bem colocado pela PGE/PROFIS - a ocorrência de um vício formal que inquina de nulidade o lançamento de ofício, e, em que pese não ter sido tal questão ventilada pelo recorrente, tratando-se de nulidade absoluta, o julgador, de ofício, pode suscitá-la, o que ora se faz, em atendimento aos princípios da legalidade objetiva e da verdade material que norteiam o processo administrativo fiscal, que, por

sua vez, encontram ressonância no art. 20 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal baiano, aprovado pelo Decreto nº 7629/99.

Restou comprovado nos autos, que o recorrente é empregado da empresa remetente dos medicamentos que se destinavam à demonstração; que jamais recebeu tais mercadorias, pois essas ficaram sob guarda da transportadora, conforme Termo de Depósito anexado; que não comercializava mercadorias como essas, pois eram amostras grátis para médicos e equipamentos para contratos de comodatos com hospitais.

Da análise dos elementos que compõem o processo, a PGE/PROFIS, em Parecer – fls. 99 a 102 – verifica-se preliminarmente que há nesse PAF ilegitimidade passiva do Autuado, pois o seu vínculo com as mercadorias objeto do Auto de Infração não foi demonstrado inequivocamente.

Esse, inclusive é o entendimento dessa Eg. Câmara, que em reiteradas decisões ficou pacificado o entendimento de que não tendo recebido as mercadorias não se pode exigir do destinatário o pagamento do imposto, salvo se demonstrado inequivocamente o seu interesse, como é paradigma o Acórdão 1ª JF nº 0043/01 (NULIDADE. FALTA DE RECOLHIMENTO DE MERCADORIA POR ANTECIPAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MERCADORIAS PARA DEMONSTRAÇÃO), carreado aos autos.

De fato, as mercadorias podem não preencher os requisitos da legislação estadual para serem enquadradas como “amostras grátis”, mas toda a instrução probatória leva a essa conclusão.

Neste sentido, todas estas incorreções e procedimentos sem amparo legal maculam de morte o lançamento de ofício, o que nos leva a invocar o art. 20, do RPAF/BA para arguir a Nulidade do presente lançamento de ofício, por se configurar nos autos a ocorrência da hipótese de nulidade prevista pelo art. 18, inciso IV, “a”, do RPAF/BA em vigor.

Quanto ao Recurso Voluntário, em consonância com o opinativo da PGE/PROFIS, entendemos que o mesmo se encontra prejudicado pela NULIDADE ora decretada, não podendo ser objeto, assim, de apreciação por parte deste Colegiado.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e decretar de ofício, a **NULIDADE** do Auto de Infração nº 279547.0502/02-0, lavrado contra **MARCOS NEVES R. DO AMARAL**.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA- PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO FERREIRA DOS SANTOS - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS