



PROCESSO Nº 1694602020-0

ACÓRDÃO Nº 615/2024

TRIBUNAL PLENO

Recorrente PANPHARMA DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA.

Advogados: Sr.º PEDRO VICTOR PINHO BOTTINO, inscrito na OAB/SP sob o nº 402.665 E OUTROS.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuante: ALEXANDRE M. GAMBARRA DE BARROS MOREIRA

Relatora: CONS.ª LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

**FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS
SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ICMS -
SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RETIDO A MENOR.
DILIGÊNCIA FISCAL REALIZADA - FALTA DE
CIÊNCIA AO CONTRIBUINTE - CERCEAMENTO AO
DIREITO DE DEFESA - NULIDADE DA DECISÃO
RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO
PREJUDICADO.**

- Realização de diligência Fiscal sem a posterior cientificação do contribuinte para se manifestar sobre o seu teor.
- A anulação de decisão de primeira instância é medida que se impõe em observância ao princípio da autotutela dos atos administrativos, como forma de restabelecer o devido processo legal, princípio basilar do estado democrático de direito.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, restando prejudicada a análise do mérito. Contudo, em observância ao princípio do devido processo legal, julgo nula a decisão monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001600/2020-84, lavrado em 6/11/2020, contra a empresa, PANPHARMA DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA., inscrição estadual nº 16.900.193-8.

Por oportuno, reitero que os autos devem retornar à repartição preparadora para que proceda à notificação do contribuinte para, caso entenda



necessário, se manifestar quanto ao resultado da diligência fiscal realizada e a Informação Fiscal anexada pela fiscalização às fls. 220 a 232 dos autos.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.E.

Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 22 de novembro de 2024.

LARISSA MENESES DE ALMEIDA
Conselheira

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, LEONARDO DO EGITO PESSOA (SUPLENTE), PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, HEITOR COLLETT, VINÍCIUS DE CARVALHO LEÃO SIMÕES, EDUARDO SILVEIRA FRADE, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA E RÔMULO TEOTÔNIO DE MELO ARAÚJO.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO Nº 1694602020-0

TRIBUNAL PLENO

Recorrente PANPHARMA DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA.

Advogados: Sr.º PEDRO VICTOR PINHO BOTTINO, inscrito na OAB/SP sob o nº 402.665 E OUTROS.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuante: ALEXANDRE M. GAMBARRA DE BARROS MOREIRA

Relatora: CONS.^a LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RETIDO A MENOR. DILIGÊNCIA FISCAL REALIZADA - FALTA DE CIÊNCIA AO CONTRIBUINTE - CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA - NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO PREJUDICADO.

- Realização de diligência Fiscal sem a posterior cientificação do contribuinte para se manifestar sobre o seu teor.

- A anulação de decisão de primeira instância é medida que se impõe em observância ao princípio da autotutela dos atos administrativos, como forma de restabelecer o devido processo legal, princípio basilar do estado democrático de direito.

RELATÓRIO

Em exame o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001600/2020-84, lavrado em 6/11/2020, contra a empresa PANPHARMA DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA., inscrição estadual nº 16.900.193-8, sendo apontados como responsáveis/interessados, ADMENTA FRANCE, CNPJ 10.890.386/0001-08 ALEXANDRE FABIANO PANARELLO, CPF 788.045.901-49; DROGASERV – DROGARIA E FARMÁCIA LTDA, CNPJ 76.092.907/0001-90, ESTER RODRIGUES PANARELLO, CPF 315.542.881-34 e SC PARTICIPAÇÕES EMPRESARIAIS LTDA, CNPJ 05.213.712/0001-02, onde, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2020 a 31/1/2020, constam as seguintes denúncias:



0392 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do ICMS Substituição Tributária.

Nota Explicativa:

OS VALORES INFORMADOS PELO CONTRIBUINTE NA GUIA NACIONAL DE INFORMAÇÃO E APURAÇÃO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – GIA – ST DIVERGEM DOS VALORES APURADOS PELA AUDITORIA FISCAL QUANDO DO LEVANTAMENTO DOS VALORES DECLARADOS PELO PRÓPRIO CONTRIBUINTE NAS NOTAS FISCAIS. EM SÍNTESE, O CONTRIBUINTE INFORMOU NA GIA – ST VALORES DIVERGENTES DOS QUE FORAM INFORMADOS NAS NOTAS FISCAIS.

0280 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do ICMS Substituição Tributária.

Nota Explicativa:

1) QUANTO AOS PRODUTOS PRESERVATIVOS, O CONTRIBUINTE DESCUMPRIU AS CONDIÇÕES DAS EXIGÊNCIAS PREVISTAS NO PARÁGRAFO ÚNICO DA CLÁUSULA PRIMEIRA DO CONVÊNIO ICMS 89/97, ASSIM COMO DA CONDIÇÃO ESTABELECIDADA NO §1º DA CLÁUSULA PRIMEIRA DO CONVÊNIO ICMS 116/98. 01.1) CONVÊNIO ICMS 89/97 CLÁUSULA PRIMEIRA – FICAM ISENTAS DO ICMS AS OPERAÇÕES COM PRESERVATIVOS, CLASSIFICADOS NO CÓDIGO 4014.10.00 DA NOMENCLATURA BRASILEIRA DE MERCADORIAS - SISTEMA HARMONIZADO - NBM/SH. PARÁGRAFO ÚNICO. O BENEFÍCIO FISCAL PREVISTO NESTA CLÁUSULA FICA CONDICIONADO A QUE O CONTRIBUINTE ABATA DO PREÇO DA MERCADORIA O VALOR EQUIVALENTE AO IMPOSTO QUE SERIA DEVIDO SE NÃO HOUVESSE A ISENÇÃO, INDICANDO EXPRESSAMENTE NO DOCUMENTO FISCAL; 01.2) CONVÊNIO 116/98 CLÁUSULA PRIMEIRA FICAM ISENTAS DO ICMS AS OPERAÇÕES COM PRESERVATIVOS, CLASSIFICADOS NO CÓDIGO 4014.10.00 DA NOMENCLATURA BRASILEIRA DE MERCADORIAS - SISTEMA HARMONIZADO - NBM/SH - § 1º O BENEFÍCIO FISCAL PREVISTO NESTA CLÁUSULA FICA CONDICIONADO A QUE O CONTRIBUINTE ABATA DO PREÇO DA MERCADORIA O VALOR EQUIVALENTE AO IMPOSTO QUE SERIA DEVIDO SE NÃO HOUVESSE A ISENÇÃO, INDICANDO EXPRESSAMENTE NO DOCUMENTO



FISCAL; 02) O CONTRIBUINTE DESCUMPRIU AS CONDIÇÕES DAS EXIGÊNCIAS PREVISTAS NO § 3º DA CLÁUSULA PRIMEIRA DO CONVÊNIO ICMS 162/94, QUANTO AOS PRODUTOS DE MEDICAMENTOS DESTINADOS AO TRATAMENTO DE CÂNCER. § 3º O VALOR CORRESPONDENTE À ISENÇÃO DO ICMS DEVERÁ SER DEDUZIDO DO PREÇO DO RESPECTIVO PRODUTO, DEVENDO O CONTRIBUINTE DEMONSTRAR A DEDUÇÃO, EXPRESSAMENTE, NO DOCUMENTO FISCAL. VERIFICAMOS QUE EM ALGUNS CASOS O CONTRIBUINTE CONCEDEU DESCONTOS SOBRE O VALOR DOS PRODUTOS, CONTUDO TRATAM ESPECIFICAMENTE DE DESCONTOS COMERCIAIS, TAL ASSERTIVA SE BASEIA NO FATO DE QUE O PERCENTUAL DE DESCONTOS CONCEDIDOS TEM VARIAÇÃO NO PERCENTUAL.

0208 - ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RETIDO A MENOR. (OPERAÇÕES INTERESTADUAIS)(PERÍODO A PARTIR DE 28.12.00) >> O sujeito passivo por substituição suprimiu o recolhimento do ICMS Substituição por ter vendido mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária com o imposto retido a menor.

Nota Explicativa:

A EMPRESA JUSTIFICA A INEXISTÊNCIA DE CÁLCULOS E RECOLHIMENTOS DO ICMS/ST MENORES QUE OS DEVIDO, FUNDAMENTANDO-SE NO ART. 3º DO DECRETO Nº 38.023/2017. O POSICIONAMENTO DA EMPRESA ESTÁ EQUIVOCADO, POIS A APLICAÇÃO DO DESCONTO (COMERCIAL) ADMITIDO CORRESPONDE A 10% PARA OS MEDICAMENTOS DE REFERÊNCIA, E DE 20% PARA OS DEMAIS MEDICAMENTOS (OUTROS, GENÉRICOS E SIMILARES). PORTANTO, TEMOS 02 (DUAS) SITUAÇÕES QUE A EMPRESA DEIXOU DE OBSERVAR E CUMPRIR, SEJAM: 01) SE A EMPRESA APLICAR UM DESCONTO (COMERCIAL) ACIMA DE 10% - MEDICAMENTOS DE REFERÊNCIA- E ACIMA DE 20% - PARA OS DEMAIS MEDICAMENTOS (OUTROS, GENÉRICOS E SIMILARES) – PARA EFEITO DE COMPOSIÇÃO DE BASE DE CÁLCULO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, O QUE PREVALECERÁ SERÁ O LIMITADOR DE DESCONTO DE 10% E DE 20% 02) SE A EMPRESA APLICAR UM DESCONTO (COMERCIAL) ABAIXO DE 10% - MEDICAMENTOS DE REFERÊNCIA- E ABAIXO DE 20% - PARA OS DEMAIS MEDICAMENTOS (OUTROS, GENÉRICOS E SIMILARES) – PARA EFEITO DE COMPOSIÇÃO DE BASE DE CÁLCULO DA SUBSTITUIÇÃO



TRIBUTÁRIA, O QUE PREVALECERÁ SERÁ O VALOR DO DESCONTO COMERCIAL QUE A EMPRESA CONCEDEU. NO ENTANTO, A EMPRESA NESTA CONDIÇÃO DESCRITA NO ITEM-02, TAMBÉM INTERPRETA INCORRETAMENTE E, AO COMPOR SUA BC-ST, APLICOU INDEVIDAMENTE O DESCONTO DE 10% E DE 20%, DEPENDENDO DA LINHA DO PRODUTO.

ENQUADRAMENTO LEGAL	
Dispositivos Infringidos	Penalidade Proposta
Art. 391 e 399, do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. 18.930/97.	Art. 82, V, “c”, da Lei nº 6.379/96.
Art. 399, do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. 18.930/97.	Art. 82, V, “g”, da Lei nº 6.379/96.
Art. 395, c/c Art. 397, II, e Art. 399, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. 18.930/97.	Art. 82, V, “g”, da Lei nº 6.379/96.

Foi apurado um crédito tributário de R\$ 58.872,96 sendo R\$ 29.436,48, de ICMS, e R\$ 29.436,48, de multa por infração.

Cientificada, da ação fiscal, através de seu Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, em 09/11/2020, a autuada apresentou reclamação, em 8/12/2020.

Sem informações de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos, e remetidos para a GEJUP, onde foram distribuídos para o julgador fiscal, LIMDEMBERG ROBERTO DE LIMA, que, em atenção ao pedido do contribuinte e verificada a necessidade, solicitou diligência para que a fiscalização se pronunciasse sobre pontos apresentados pela defesa (*fls. 217-218*).

Cumprindo a medida saneadora, foi elaborado relatório de Informação Fiscal (*fls. 220-232*), tendo o processo retornado à GEJUP, onde o julgador singular decidiu pela *parcial procedência* do feito fiscal, com fixação do crédito tributário, em R\$ 18.598,66, sendo R\$ 9.299,33, de ICMS, e R\$ 9.299,33, de multa por infração. Dispensado o recurso hierárquico, nos termos do art. 80, §1º, I, da Lei nº 10.094/2013.

Cientificada da decisão de primeira instância, através de seu Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, em 7/4/2022, a autuada apresentou recurso voluntário, em 8/7/2022, onde expôs o seguinte:

- De início, aborda sobre a tempestividade da peça recursal, e apresenta um resumo dos fatos que ensejaram a autuação;
- Em preliminar, argui a nulidade da decisão recorrida em razão da falta de apreciação e de julgamento sobre relevantes argumentos da defesa, notadamente, à análise do extenso e complexo arcabouço probatório colacionado aos autos pela defesa, e que foi objeto de pedido de conversão do feito em diligência fiscal, nos termos do art.



59 e ss. da Lei nº 10.094/13, no escopo de dirimir pontos que certamente impactam substancialmente no lançamento fiscal.

- Diz que a decisão monocrática deixou de analisar a conduta da fiscalização que entendeu como indevida a codificação de receita, lavrando auto de infração carente de lastro motivacional e probatório;

- Solicita o afastamento da responsabilidade tributária imposta aos sócios da empresa, por não restar caracterizadas as hipóteses descritas no art. 135, II, do CTN;

- Taxa como indevida a acusação 0392 – Falta de Recolhimento do ICMS Substituição Tributária, alegando que diversas notas fiscais se referem a operações de devoluções de vendas ou não concretizadas;

- No tocante à acusação “0280 – Falta de Recolhimento do ICMS Substituição Tributária”, declara que cumpriu as determinações legais, inclusive destacando o valor do ICMS que foi desonerado, e que demonstrou através de planilhas, ignoradas pela decisão recorrida, que as operações abrangiam produtos beneficiados pela isenção, sendo os casos dos preservativos, classificados no código NCM 40141000 (Convênios ICMS 89/97 e 116/98), e dos medicamentos usados no tratamento do câncer (Convênios ICMS 162/94 e 118/11);

- Cita os exemplos da NF 279527, que trata da aquisição do produto, PRESERV OLLA LUB SENS PROMO C3, e da NF 262655, que se refere à compra do medicamento IMURAN 50MG C/ 50 CP (IMP);

- Quanto à acusação 0208 – ICMS Substituição Tributária Retido a Menor, relata que a exigência fiscal foi reduzida ao montante de R\$ 3.555,83, por ter sido reconhecido o uso indevido da MVA, em detrimento do PMC da revista especializada ABCFARMA; no entanto, reputa como incorreta a interpretação dada pela fiscalização ao art. 3º do Decreto nº 38.023/2017, no que se refere à aplicação de descontos, no PMC, de 10% (dez por cento, nos medicamentos éticos, e de 20% (vinte por cento), nos medicamentos genéricos e similares;

- Ainda, na mesma acusação, advoga pelo cancelamento integral da infração, ou a conversão do feito em diligência, alegando que, apesar de ter sido reconhecido o erro na determinação da base de cálculo da Nota Fiscal nº 236377, em face da utilização equivocada do MVA, não foi efetuada a correção nas demais Notas Fiscais;



- Alega que a fiscalização reclassificou indevidamente os produtos calculados pela autuada/recorrente
- Insurge-se contra a multa aplicada taxando-a de excessiva, desproporcional e de caráter confiscatório;
- Ao final, requer;
 - I) a exclusão dos sócios do polo passivo do presente lançamento fiscal;
 - II) que esta E. Turma Julgadora determine a conversão do presente feito em diligência fiscal, nos termos do art. 59 e ss. da Lei nº 10.094/13.
 - III) o acolhimento da preliminar, para que seja determinado novo julgamento com enfrentamento das relevantes questões da defesa que deixaram de ser apreciadas e enfrentadas, ou, subsidiariamente, o acolhimento das razões de mérito para que seja decretada a insubsistência integral do auto de infração;
 - IV) que seja reconhecido o descabimento da multa no percentual de 100%, em atenção aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e não confisco;

Protesta pela **sustentação oral** de suas razões, por ocasião da sessão de julgamento, requerendo que as comunicações processuais sejam efetuadas no seu Domicílio Tributário Eletrônico.

Remetidos para este Colegiado, os autos foram distribuídos a esta Relatoria para apreciação e julgamento.

Considerando o pedido de sustentação oral formulado em sua peça recursal, remeti os autos à Assessoria Jurídica do CRF-PB para emissão de parecer acerca da legalidade dos lançamentos, em atenção ao disposto no artigo 20, X, do Regimento Interno desta corte.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame o recurso, *voluntário*, interposto contra a decisão de primeira instância, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001600/2020-84, lavrado em 6/11/2020, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Da Nulidade - Cerceamento de Defesa



Pois bem, da análise dos autos, especialmente com foco na questão do devido processo legal, denota-se que após a apresentação da impugnação, os autos foram conclusos e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais-GEJUP, ocasião em que o julgador fiscal, após análise dos autos, e atendendo ao pedido apresentado em sede de defesa, optou pelo retorno dos autos à Fiscalização para diligência (fl. 217-218), com o escopo de obter alguns esclarecimentos, assim como, para que o autuante pudesse se pronunciar nos autos acerca dos pontos abordados pelo contribuinte, bem como do extenso conjunto de provas por ele apresentadas.

Realizada a diligência fiscal, conforme já relatado, os autos retornaram à GEJUP, com a Informação Fiscal prestada pelo autuante (fl. 220-232), contudo, sem a realização de qualquer procedimento da Repartição Preparadora quanto à notificação do Contribuinte do resultado da Diligência Fiscal realizada, oportunidade na qual foi prolatada, às fls. 233 a 249, a decisão que reconheceu a parcial procedência dos lançamentos constantes no auto de infração.

Considerando que a recorrente nem sequer fora notificado acerca deste procedimento de diligência fiscal e da anexação aos autos da Informação Fiscal, antes da decisão da primeira instância, exsurge de modo indubitável o cerceamento de defesa, o que notadamente se conclui por meio da reapresentação da conversão do feito em diligência e as ponderações acerca da nulidade da decisão singular e do próprio feito fiscal em si, em razão do fato de não terem sido enfrentadas as provas e argumentos deduzidos pela defesa e que, no seu entender, impactam substancialmente no lançamento fiscal.

Tem-se, portanto, a convicção de que o contribuinte não tomando ciência do resultado da diligência por meio da Informação Fiscal prestada pelo autor do feito às fls. 220 a 232, não pôde se manifestar a cerca dos fatos ali apresentados, fato este que, no entender desta relatoria, é capaz de impactar negativamente no direito de defesa do contribuinte.

Em situações dessa natureza, a aplicação do princípio da autotutela dos atos administrativos é medida que se impõe, de forma a suprir a omissão identificada na sentença recorrida e restabelecer, nos termos do que disciplina a Lei nº 10.094/13, o devido processo legal, princípio basilar do estado democrático de direito.

Assim, ante aos fatos constatados, cabe-nos declarar a nulidade da decisão singular e determinar a remessa dos autos à repartição preparadora para que proceda à notificação do contribuinte para que tenha acesso aos autos e, caso entenda necessário, se manifestar quanto aos resultados da Diligência Fiscal realizada e quanto a Informação Fiscal anexada pela fiscalização às fls. 202 a 232 dos autos.

Após realizados os procedimentos, devem os autos retornar à instância prima para que novo julgamento seja realizado.

Por todo o exposto,



VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, restando prejudicada a análise do mérito. Contudo, em observância ao princípio do devido processo legal, julgo nula a decisão monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001600/2020-84, lavrado em 6/11/2020, contra a empresa, PANPHARMA DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS LTDA., inscrição estadual nº 16.900.193-8.

Por oportuno, reitero que os autos devem retornar à repartição preparadora para que proceda à notificação do contribuinte para, caso entenda necessário, se manifestar quanto ao resultado da diligência fiscal realizada e a Informação Fiscal anexada pela fiscalização às fls. 220 a 232 dos autos.

Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar

Tribunal Pleno, Sessão realizada por videoconferência, em 22 de novembro de 2024.

LARISSA MENESES DE ALMEIDA
Conselheira Relatora