



PROCESSO Nº 0666932023-0 - e-processo nº 2023.000109351-4

ACÓRDÃO Nº 515/2024

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
- GEJUP

Recorrida: MEDERI DISTRIBUIÇÃO E IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS PARA
SAÚDE S/A

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: JÚLIO DE OLIVEIRA COELHO

Relator: CONS.º VINÍCIUS DE CARVALHO LEÃO SIMÕES.

**FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS -
RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO -
NULIDADE - VÍCIO FORMAL - MANTIDA A DECISÃO
RECORRIDA - RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO -
AUTO DE INFRAÇÃO NULO.**

- É nulo o auto de infração que não especifica com clareza os dispositivos legais que deram suporte ao procedimento fiscal, quando comprovado efetivo prejuízo à defesa do administrado.
- Possibilidade de refazimento do feito, em observância ao que preceitua o artigo 18 da Lei nº 10.094/13 e art. 173, II, do CTN.

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu desprovisionamento, para manter a decisão recorrida que julgou nulo, por vício formal, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000677/2023-80, lavrado em 24 de março de 2023 em desfavor da empresa MEDERI DISTRIBUIÇÃO E IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS PARA SAÚDE S/A, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

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

P.R.E.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 25 de setembro de 2024.



VINÍCIUS DE CARVALHO LEÃO SIMÕES
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, HEITOR COLLETT, LARISSA MENESES DE ALMEIDA E PETRÔNIO RODRIGUES LIMA.

SANCHA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE ALENCAR
Assessora



PROCESSO Nº 0666932023-0 - e-processo nº 2023.000109351-4

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: MEDERI DISTRIBUIÇÃO E IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS PARA SAÚDE S/A

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: JÚLIO DE OLIVEIRA COELHO

Relator: CONS.º VINÍCIUS DE CARVALHO LEÃO SIMÕES.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO - NULIDADE - VÍCIO FORMAL - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO - AUTO DE INFRAÇÃO NULO.

- É nulo o auto de infração que não especifica com clareza os dispositivos legais que deram suporte ao procedimento fiscal, quando comprovado efetivo prejuízo à defesa do administrado.
- Possibilidade de refazimento do feito, em observância ao que preceitua o artigo 18 da Lei nº 10.094/13 e art. 173, II, do CTN.

RELATÓRIO

Trata-se do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.0000 0677/2023-80, lavrado em 24 de março de 2023, com denúncia em face da empresa MEDERI DISTRIBUICAO E IMPORTACAO DE PRODUTOS PARA SAUDE S/A, inscrição estadual nº 16.311.115-4, de haver cometido a seguinte irregularidade:

0285 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

NOTA EXPLICATIVA:

INFRAÇÃO COMETIDA/DIPLOMA LEGAL - DISPOSITIVOS INFRINGIDOS: ART. 106, COMBINADO COM O ART. 13- INCISO IV E ART. 13, PARÁGRAFO 1º-INCISO I DO RICMS-PB, APROVADO PELO DECRETO 18.930/97-PB. AO REALIZAR OPERAÇÕES DE SAÍDAS PARA OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO, CUJAS MERCADORIAS FORAM ENTREGUES A DESTINATÁRIOS EM TERRITÓRIO PARAIBANO, A EMPRESA CONTRIBUINTE DEIXOU DE RECOLHER A TOTALIDADE DO ICMS, TENDO EM VISTA HAVER UTILIZADO ALÍQUOTAS INCORRETAS. A AUTUADA FEZ USO DA ALÍQUOTA INTERESTADUAL, QUANDO O CORRETO SERIA A ALÍQUOTA



INTERNA DE 18%. RESSALTE-SE, ASSIM, QUE OS PRODUTOS FORAM COMERCIALIZADOS NO ESTADO DA PARAÍBA - PERÍODO JANEIRO/2019 A DEZEMBRO/2022.

Em decorrência deste fato, o representante fazendário constituiu o crédito tributário na quantia total de R\$ 169.362,98 (cento e sessenta e nove mil, trezentos e sessenta e dois reais e noventa e oito centavos), sendo R\$ 112.908,62 (cento e doze mil, novecentos e oito reais e sessenta e dois centavos) de ICMS, por infringência ao art. 106, do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 56.454,36 (cinquenta e seis mil, quatrocentos e cinquenta e quatro reais e trinta e seis centavos), a título de multa por infração, arrimada no artigo 82, II, "e", da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios juntados às fls. 4 a 733 dos autos.

Notificado deste auto de infração por meio de seu Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e), em 10/04/2023, conforme Notificação nº 001496242023 (fls. 734), a Autuada interpôs peça impugnatória tempestiva (fls. 737/751), trazendo, em suma, os seguintes argumentos de defesa:

- (i) Narra os fatos que ensejaram a autuação, bem como transcreve o disciplinamento legal infringido na legislação tributária do ICMS e o normativo que contém a penalidade cominada pela autoridade fiscal;
- (ii) Em seguida, afirma que não há que se falar em diferença de ICMS a ser adimplida, visto que procedeu ao recolhimento adequado do ICMS, porquanto a operação de remessa de mercadorias aconteceu entre a empresa autuada e operadoras de planos de saúde situadas em outros estados da Federação, de forma que o consumo ocorrido no estado da Paraíba não desnatura o condão interestadual da operação;
- (iii) Notícia que o fato de a mercadoria permanecer no estado da Paraíba, não desnatura a natureza interestadual das operações realizadas pela autuada, uma vez que a titularidade identificada pela emissão das notas fiscais anexas pela autoridade fiscal, permanecerá sendo de empresas operadoras de planos de saúde localizadas em estados distintos da Paraíba;
- (iv) Complementa, informando que os tribunais já consolidaram posicionamento acerca da matriz de incidência da exação, no sentido de que a ocorrência do fato gerador depende da mudança de titularidade do tributo e não do local onde estaria localizado a mercadoria;
- (v) Reforça que não foi observado pela fiscalização o fato de que é imperioso para a caracterização do fato gerador do ICMS, a circulação jurídica realizada pela autuada e outras empresas situadas em outros estados da Federação e não a circulação física dos produtos autuados;
- (vi) Entende que percepção diversa, resultaria em bitributação, constituindo tributação reiterada de um mesmo fato gerador por entes federativos distintos (Estado de origem da autuada e o pagamento do



ICMS-DIFAL, em razão do ato de distribuição de mercadorias para estados diversos da Federação);

(vii) Reproduz jurisprudência e texto doutrinário com o fito de sustentar as teses apresentadas.

Ao final requer:

- A improcedência da peça vestibular em questão;
- Na hipótese de a autuação persistir, requer que o percentual da multa de 50% aplicada seja revisada de modo a não ostentar caráter confiscatório;
- Requer também que as notificações e intimações que decorram do presente processo administrativo, sejam realizadas impreterivelmente para a sede da empresa sediada na RUA DAS MANGUEIRAS, 182 - GALPÃO C KM 09 BR 230- AMAZONIA PARK – CABEDELO/PB, sob pena de nulidade dos atos posteriores ao presente pleito, conforme legislação pertinente;
- Por consequência, protesta pela realização de todas as provas admitidas em direito, sob pena de vedação ao contraditório e ampla defesa.

Declarados conclusos, foram os autos remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, ocasião em que foram distribuídos ao julgador fiscal Christian Vilar de Queiroz que decidiu pela nulidade, por vício formal, da exigência fiscal, nos termos sintetizados na ementa abaixo reproduzida:

RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS. VENDA INTERESTADUAL DE BENS. VÍCIO DE FORMA. NULIDADE CONFIGURADA.

Vício de natureza formal acarretou a nulidade da peça basilar, cabendo a lavratura de novo auto de infração, nos termos do art. 18 da Lei nº 10.094/2013.

AUTO DE INFRAÇÃO NULO

Cientificado da decisão proferida pela instância prima, em 26 de fevereiro de 2024, o sujeito passivo não interpôs recurso.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos a mim distribuídos, com recurso de ofício, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

Trata-se de denúncia de recolhimento/pagamento a menor do valor relacionado às operações de saída de mercadorias supostamente vendidas em outros Estados, destinadas ao uso ou consumo, referentes a períodos compreendidos entre



os exercícios de 2019 a 2022, formalizada contra a empresa MEDERI DISTRIBUICAO E IMPORTACAO DE PRODUTOS PARA SAUDE S/A, já previamente qualificada nos autos.

Considerando a não apresentação de recurso voluntário, o efeito devolutivo está restrito à parcela do crédito tributário objeto do recurso de ofício, ou seja, a parte declarada contrária à fazenda pública¹.

Feito o devido registro, passemos ao exame do recurso de ofício.

0285 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS

A falta de recolhimento do ICMS, por recolhimento/pagamento a menor do valor encontrado, de acordo com a fiscalização, está relacionada às operações de saída de mercadorias supostamente vendidas em outros Estados, destinadas ao uso ou consumo, com os devidos cálculos dos créditos tributários, conforme constatado em cópias dos documentos fiscais de saídas e demonstrativos fiscais, apenso aos autos, às fls. 04/733.

No caso dos autos, não obstante restar configurado o ilícito tributário, a decisão recorrida reconheceu a nulidade do auto de infração, por vício formal, tendo em vista que a denúncia, na forma como fora elaborada, não se coaduna com os fatos apurados pela auditoria. Senão vejamos.

De início, cumpre-me pontuar que, na nota explicativa associada à acusação, foi destacado, expressamente, que:

“ao realizar operações de saídas para outras unidades da federação, cujas mercadorias foram entregues a destinatários em território paraibano, a empresa contribuinte deixou de recolher a totalidade do ICMS, tendo em vista haver utilizado alíquotas incorretas. A autuada fez uso da alíquota interestadual, quando o correto seria a alíquota interna de 18%. ”(...)

Da leitura do fragmento acima reproduzido, dentre outras informações, o que se está a exigir não é o recolhimento do ICMS – DIFAL do contribuinte autuado, mas sim a carga tributária total, em razão de vendas de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal válida, ou melhor, acompanhadas de notas fiscais inidôneas, uma vez que, apesar desses documentos indicarem empresas destinatárias localizadas em outras Unidades da Federação, as respectivas mercadorias sequer saíram do território paraibano, conforme atestou a fiscalização e, inclusive, foi revelado, mais de uma vez, pela própria empresa autuada.

Para melhor compreensão dos fundamentos utilizados, peço vênias para reproduzir as seguintes passagens da decisão *a quo*:

¹ Art. 92. São definitivas as decisões: I - de primeira instância, esgotado o prazo para recurso voluntário sem que este tenha sido interposto, desde que não esteja sujeita a recurso de ofício;

(...)

Parágrafo único. Serão também definitivas as decisões de primeira instância na parte que não for objeto de recurso voluntário ou não estiver sujeita a recurso de ofício.



“Em sua peça de defesa (fls. 739 e 740), o estabelecimento comercial se pronuncia da seguinte forma: “(...), a Mederi procedeu ao recolhimento adequado de ICMS porquanto a operação de remessa de mercadorias aconteceu entre a Mederi e operadoras de plano de saúde situadas em outros estados da federação, de forma que o consumo ocorrido no estado da Paraíba não desnatura o condão interestadual da operação.”

Mais adiante, a Impugnante expõe, o seguinte: “Com esteio na premissa de mudança de titularidade para fins de caracterizar a ocorrência do fato gerador, se sob o aspecto prática, a mercadoria adquirida pelo Estado de destino sequer deixou as dependências do estado da paraíba, a fim de logo, ser encaminhada para algum hospital ou clínica, a operação entre a autuada e a empresa situada em estado distinto da federação (conforme notas fiscais de operação anexa) continuará/deve continuar sendo entendida como interestadual, pelo simples fato de que a operação ainda está sendo realizada entre dois contribuintes remetente e destinatário é comprovada pela emissão das notas fiscais anexas aos autos, onde é rastreada a remessa para outro estado.” (Grifo nosso).

Complementa, afirmando que: “Dito de maneira diversa, o fato de a mercadoria permanecer o estado da paraíba, não desnatura a natureza interestadual das operações realizadas pela autuada, uma vez que a titularidade identificada pela emissão da nota fiscais anexas pela autoridade fiscal, permanecerá sendo de empresas operadoras de plano de saúde localizada em estado distinto da paraíba. ” (Grifo acrescido ao original).

Demais disso, a meu ver, não é possível que o Fisco Estadual da Paraíba pretenda exigir o ICMS-DIFAL numa operação de saída de mercadoria, em que o suposto destinatário esteja localizado em outro Estado, já que cabe à Unidade Federada do destinatário, esse mister.

Com efeito, a nota fiscal reputa-se inidônea, por não guardar as exigências ou requisitos previstos na legislação de regência, conforme a dicção do art. 43, do RICMS/PB, apenas as hipóteses taxativamente previstas permitem ao Fisco desconsiderar o documento fiscal, caracterizando a sua inidoneidade, vejamos:

(...)

Conclui-se, assim, que o procedimento adotado pela Autuada, em omitir, no documento fiscal, a real direção e destino das mercadorias vendidas, inclusive, não mencionando, nem mesmo, no campo das “informações complementares” da NF-e, além de não coadunar com a legislação tributária paraibana, representa restrições ao controle fiscal sobre suas operações.

Ao seu turno, a irregularidade verificada pela fiscalização foi assentada em documentos fiscais, que, eu entendo serem ilegítimos, além do que, os papéis de trabalho da auditoria cobraram a complementação da carga tributária interna, que se refere a exigência de um valor equivalente ao ICMS-DIFAL, uma vez que correspondeu à



diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual.

Como já explicitado acima, tal imposição fiscal seria inaplicável por se tratar, na realidade, de uma falta de recolhimento do ICMS, decorrente de operações internas desacompanhadas de documentação fiscal válida. O art. 13, inciso IV e § 1º, inciso I, do RICMS/PB – indicados como infringidos – trata de situação diversa da realidade factual havida nos autos”.

Diante deste cenário, o procedimento fiscal não mensurou e nem especificou a necessária e devida materialidade das operações fiscais vinculadas à apuração das irregularidades fiscais para efeito de exação, caracterizando, assim, vício de natureza formal da acusação.

Com efeito, constitui exigência insculpida no art. 142 do CTN, a correta identificação da matéria da relação tributária por ocasião da constituição do crédito tributário:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, **determinar a matéria tributável**, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, segundo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.” (Grifou-se)

Consequentemente, conforme fundamentou o diligente julgador monocrático, o lançamento em análise carece de certeza e liquidez, tendo em vista que a denúncia, na forma como fora elaborada, não se coaduna com os fatos apurados pela auditoria.

Neste sentido, ratifico o entendimento de que existiu erro na descrição dos fatos, o que explicita a necessidade de nulidade do procedimento fiscal, por vício formal, com fundamento no art. 17, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013.

As disposições contidas nos artigos 16 e 17 de Lei nº 10.094/13 impõem, de forma clara, que os Autos de Infração lavrados com vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores. Veja-se:

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;



VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento. (Grifos nossos).

Assim sendo, em razão de erro substancial na descrição dos fatos geradores, que macula o Auto de Infração, cabe declarar a nulidade, de ofício, deste lançamento, por vício de natureza formal, com fulcro no caput do art. 17 da Lei nº 10.094/2013, cabendo a lavratura de novo auto de infração nos termos do art. 18 desta mesma norma legal.

Neste sentido, já se posicionou recentemente este e. Conselho de Recursos Fiscais:

CRÉDITO INDEVIDO (OPÇÃO PELO CRÉDITO PRESUMIDO) - FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS - VÍCIOS FORMAIS CONFIGURADOS - NULIDADE - NÃO REGISTRAR NOS LIVROS PRÓPRIOS AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E/OU AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS REALIZADAS - INFRAÇÃO NÃO EVIDENCIADA - IMPROCEDÊNCIA - AUTO DE INFRAÇÃO NULO - REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO E RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

- Padece de nulidade por vício formal o lançamento que apresenta dissonância entre a descrição da infração e o conteúdo da nota explicativa a ela associada.

- A imprecisão quanto à indicação dos dispositivos legais infringidos relativos à acusação de falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios comprometeu o lançamento em sua integralidade, vez que acarretou sua nulidade por vício formal, nos termos do que estabelece o artigo 17, III, da Lei nº 10.094/13. Possibilidade de refazimento do feito fiscal, em observância ao que preceitua o artigo 18 do mesmo diploma legal.

Segunda Câmara de Julgamento

Acórdão nº0342/2022

Relator: Cons.º SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter a decisão recorrida que julgou nulo, por vício formal, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000677/2023-80, lavrado em 24 de março de 2023 em desfavor da empresa MEDERI DISTRIBUIÇÃO E IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS PARA SAÚDE S/A, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência em 25 de setembro de 2024.

Vinícius de Carvalho Leão Simões
Conselheiro Relator

SECRETARIA DE ESTADO
DA FAZENDA



**GOVERNO
DA PARAÍBA**

ACÓRDÃO 515/2024

5 de Agosto

Conselho de Recursos Fiscais - CRF

R. Gama e Melo, 21, Varadouro - CEP 58010-450 - João Pessoa/PB