

A. I. N° - 232813.0801/15-1  
AUTUADO - JOHNSON & JOHNSON DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS  
- PARA SAÚDE LTDA.  
AUTUANTE - GILMAR CARDOSO DOS SANTOS  
ORIGEM - IFMT NORTE  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 30/08/2016

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0158-03/16

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o valor correto da base de cálculo. A ação fiscal não comprova a origem dos valores lançados. De acordo com a Súmula nº 1 deste Conselho de Fazenda Estadual 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. Representada a autoridade fiscal para a renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/08/2015, refere-se à exigência de R\$27.666,07 de ICMS, acrescido da multa de 150%, pela falta de retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia. Infração - **55.02.01**.

Consta, na descrição dos fatos, que foram lavrados o Auto de Infração e Termo de Apreensão nº 232812.0801/15-1, devido à falta de recolhimento através de GNRE do imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de mercadorias elencadas no Anexo 88 do RICMS-BA, e constantes nos Danfes especificados nos DACTEs de números 21692, 21685, 21688, 21686, 21689, 21690 e 21691 para contribuintes localizados no Estado da Bahia, uma vez que a autuada foi declarada inadimplente, com restrição de crédito-Dívida Ativa, em desacordo com o Convênio ICMS 81/98.

O autuado, por meio de advogado com procuraçāo às fls. 65 a 68, apresenta impugnação às fls. 44 a 63, nos termos em essência resumidos a seguir.

Depois de reproduzir o a acusação fiscal e o enquadramento legal, destaca que segundo entendimento da Fiscalização, teria deixado de recolher o ICMS devido na operação, na condição de substituto tributário e, com base em sua suposta condição de inadimplente, foi procedida à apreensão das mercadorias transportadas. Pondera que, no entanto, seu estabelecimento em Salvador de CNPJ Nº 54.516.661/0076-10, tem certidão positiva com efeito de negativa expedida em 08/09/2015, com validade por 60 (sessenta) dias, e por conta disso, as mercadorias transportadas foram liberadas mediante a nomeação de depositário fiel, fls. 90 a 95, docs. 04-A e 04-B.

Observa que o Dec. Estadual nº 14.213/2012, cujo teor dos artigos 1º a 3º transcreve, dispõe sobre a vedação da utilização de créditos fiscais decorrentes das entradas interestaduais de mercadorias, cujas operações sejam praticadas com aproveitamento de benefício fiscal do ICMS concedido indevidamente por outras Unidades. Por esse motivo revela que a fiscalização entendeu que teria realizado o recolhimento do ICMS calculado à alíquota de 3%, valendo-se dos 9% de crédito presumido concedido pelo Decreto Paraibano nº 23.201/2002, o que justificaria a constituição dos

créditos tributários referentes à suposta diferença entre o valor do ICMS destacado nas Notas Fiscais de entrada (12%) e o valor tido como recolhido no Estado de origem (3%).

Explica que apesar do ICMS nas operações interestaduais estar sujeito à alíquota de 12%, a Autoridade Fiscal, ao lavrar o presente Auto de Infração, não reconheceu o direito integral do crédito (12%) na remessa interestadual de mercadorias provenientes do Estado da Paraíba para o Estado da Bahia e lançou o suposto recolhimento a menos do imposto.

Pondera que nos presentes autos afiguram-se: *i*) - ausentes os requisitos para o regular lançamento fiscal, nos termos do art. 142 do CTN; *ii*) - suspensa a exigibilidade do débito de ICMS, em razão de medida liminar concedida em sede de Mandado de Segurança que afasta a aplicação do Dec. Estadual nº 14.213/2012; *iii*) - exigência abusiva de multa de 150%. Por isso, afirma que deve ser anulado o presente Lançamento Fiscal ou, ao menos, suspenso o seu trâmite.

Observa que pela descrição contida no Auto de Infração e imposição de multa, não há qualquer menção de como foi apurada a suposta falta de recolhimento do imposto e, ainda, a Autoridade Administrativa não trouxe aos autos qualquer elemento probatório que comprovasse referido recolhimento a menos.

Frisa que com as mercadorias em trânsito, nas remessas interestaduais promovidas por contribuinte com inscrição na Bahia, na condição de substituto tributário, não houve falta de recolhimento do ICMS-ST, pois se encontrava dentro do prazo legal para efetuar o pagamento, por força da cláusula quinta do Protocolo nº ICMS 105/09, mês subsequente ao da remessa da mercadoria.

Explica que a retenção a menos do ICMS em documento fiscal não implica necessariamente no recolhimento a menor do imposto, pois o contribuinte substituto tributário mensalmente elabora planilha com memorial de cálculo. Acrescenta destacando que o preenchimento errado de um documento fiscal, cujo imposto ainda se encontra por recolher, não é prova incontestável de infração. Diz ser imperioso para a defesa que fossem trazidos aos autos elementos probatórios da efetiva “falta de recolhimento” ou “recolhimento a menor”, o que, de igual modo, não foi realizado pela autoridade administrativa. Arremata lembrando que o Auto de Infração nada mais é do que um ato administrativo plenamente vinculado, exercido pela Fiscalização Tributária por disposição legal que lhe confere uma atribuição e, ao mesmo tempo, sua respectiva medida, nos termos do art. 142 do CTN.

Afirma que o ônus da Fiscalização é ainda mais significativo no âmbito do chamado “lançamento por homologação”, exigindo-se para a fiscalização comprovar que o contribuinte, ao executar a atividade que lhe é atribuída, violou disposição legal, a teor do que prescreve o art. 149, inciso V, art. 195 e artigo 197, todos do CTN.

Observa que o ônus da prova da infração cabe à própria Fiscalização, ou seja, não é seu dever de provar que não agiu de forma errada, cabendo ao Fisco comprovar e identificar precisamente a infração e sua exata medida.

Destaca que o lançamento deve ser sempre motivado, sob pena de nulidade, por desrespeito aos Princípios Constitucionais assegurados no art. 37 da CF/88. Revela que sobre a necessidade de motivação do lançamento já se posicionou o E. Superior Tribunal de Justiça. Resp 48.516/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, julgado em 23/09/1997, DJ 13/10/1997 p. 51553, cujo trecho reproduz.

Sustenta que, em face da insubstância da ação fiscal, por não se revestir dos mínimos e indispensáveis requisitos de validade, conclui-se que a exigência do crédito tributário não observa o disposto no art. 142 do CTN, e, por consequência, ofende os princípios norteadores do Processo Administrativo Fiscal, devendo ser anulado o lançamento fiscal.

Afirma que Fiscalização, ao lavrar o Termo de Apreensão de mercadoria, objetiva o pronto recolhimento do tributo entendido como devido, o que consiste em verdadeira cobrança coercitiva de tributo, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Observa que o STF decidiu em reiteradas oportunidades e até mesmo sumulou o entendimento de que não podem subsistir métodos coercitivos de cobrança de tributos, a exemplo da apreensão de mercadorias na decisão proferida no AI 639040 AgR, Relator (a): Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 12/06/2007, DJe-047. Cita as Súmula nº 70, Súmula nº 323 e Súmula nº 547.

Diz ser evidente que, tal apreensão visa, tão-somente, compelir ao pagamento antecipado do tributo entendido como devido pelo fisco, sendo inaceitável a manutenção da coação em questão, por representar nítida medida coercitiva destinada à cobrança tributária.

Sustenta que medida liminar concedida em sede de Mandado de Segurança afasta a aplicação do Decreto Estadual nº 14.213/2012, pois, em 25/01/2013 impetrou o Mandado de Segurança nº 0001184-25.2013.8.05.0000 perante o Tribunal de Justiça da Bahia, para afastar as exigências do Decreto Estadual nº 14.213/2012, objetivando a concessão de medida liminar para - doc. 05, fls. 97 142.

Observa que processado o *writ*, a medida liminar foi inicialmente indeferida - doc. 05A, fls. 144 a 176, no entanto, a Exma. Desembargadora Relatora Gardênia Pereira Duarte reconsiderou sua decisão em sede de Agravo Regimental, nos termos da decisão publicada em 31/07/2013, cujo teor transcreve, fl. 52 a 54.

Reitera que o pedido liminar, pleiteado e deferido pela Exma. Desembargadora, objetiva “*a suspensão da exigibilidade de quaisquer cobranças a título de ICMS levadas a efeito em face da Impetrante com fundamento neste ato normativo.*”

Ressalta que a medida liminar concedida em sede de mandado de segurança, a teor do disposto no art. 151, inciso IV, do CTN, é uma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário:

Destaca que o presente Auto de Infração foi lavrou em 28/08/2015, após a concessão da medida liminar, em 31/07/2013, que determinou a suspensão da exigibilidade do ICMS cobrado com base na não aplicação das disposições do Dec. Estadual nº 14.213/2012, exatamente o objeto do presente Auto de Infração.

Frisa que estão suspensos todos os atos tendentes à cobrança, inclusive a entrega das mercadorias sob a guarda de depositário fiel, uma vez que, a teor do art. 586 do Código de Processo Civil, a exigibilidade da dívida é condição para sua execução: “*Art. 586. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível, quais sejam: liquidez, certeza e exigibilidade.*”

Destaca a posição do STF, segundo a qual, verificada uma das hipóteses de suspensão de exigibilidade do crédito tributário, a teor do disposto no art. 151 do CTN, resta obstado o direito da Fiscalização promover qualquer ato de cobrança decorrente da aplicação do Dec. Estadual nº 14.213/2012.

Reitera que a falta de recolhimento decorre do procedimento que adotou no sentido de, com base em decisão judicial, não aplicar as disposições do Dec. Estadual nº 14.213/2012.

Diz restar evidente a necessidade de anulação do presente Auto de Infração, uma vez que o débito está com sua exigibilidade suspensa, a teor do disposto no art. 151 do CTN, desde 31/07/2013, data da publicação da concessão da liminar. Lembra que esse entendimento já havia sido ratificado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC), no julgamento do REsp nº 1.148.444/MG, Relator Ministro Luiz Fux, consoante trecho do voto que colaciona.

Menciona que, em razão da suspensão da exigibilidade do débito, a única hipótese em que a SEFAZ poderia proceder à lavratura do Auto de Infração seria para prevenir a decadência, mas

sem promover quaisquer atos tendentes a sua cobrança, incluindo-se a requisição de entrega de mercadorias já equivocadamente apreendidas.

Revela que nesse sentido, também já se manifestou o STJ citando com exemplo o Resp 1129450/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17/02/2011, DJe 28/02/2011.

Assinala não restarem dúvidas quanto à necessidade de anulação do Auto de Infração, seja em razão da concessão da medida liminar em sede do Mandado de Segurança nº 0001184-25.2013.8.05.0000 (em 31/07/2013), portanto, antes do lançamento fiscal ou, ainda, em razão dos vícios materiais e formais insanáveis do lançamento fiscal.

Declara ser evidente que uma multa aplicada à razão de 150% do imposto entendido como devido ofende o princípio constitucional que proíbe a utilização de tributo com efeito de confisco - art. 150, inciso IV, da Carta Magna. Prossegue frisando que tal preceito consiste na regra criada pelo legislador da CF/88, com lastro nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e moderação, para resguardar os mais relevantes princípios informadores da ordem constitucional brasileira: direito de propriedade, art. 5º, inciso XXII, e livre-iniciativa, art. 170, *caput*, ambos da CF/88.

Pondera que, mesmo não existindo uma definição constitucional - ou mesmo infraconstitucional - do montante ou percentual que determina, com precisão, a ocorrência do confisco vedado pela CF/88, ainda assim é inafastável sua aplicação por parte do Poder Judiciário, através da aferição da invasão indevida da esfera patrimonial dos contribuintes pelo Poder Público. Arremata destacando trecho da decisão exarada pelo Ministro Celso de Mello, por ocasião do julgamento da ADI nº 1.075-MC pelo Plenário do STF, conforme transcrição de trecho da decisão que colaciona.

Aduz que, em decorrência da disposição constitucional que veda a instituição e cobrança de tributo/multa com efeito de confisco, bem como os preceitos que pregam a razoabilidade e a proporcionalidade na cominação da multa, resta claro e inequívoco que é de direito a redução do percentual da multa de 150% aplicada no presente caso.

Cita como precedente do CONSEF o Acordão nº 0167-05/14, que reconheceu em caso idêntico ao Auto de Infração ora impugnado, por encontrar-se eivado de víncio em sua constituição, haja vista não ter sido comprovado pela Fiscalização o recolhimento a menos do ICMS por seu estabelecimento.

Frisa que com as mercadorias em trânsito, não houve falta de recolhimento do ICMS-ST. Eis que, de fato, como contribuinte com inscrição na Bahia se encontrava dentro do prazo legal (mês subsequente) para efetuar o pagamento do imposto nas remessas interestaduais, na condição de substituto tributário.

Afirma que o lançamento fiscal não poderia ser efetuado no trânsito de mercadorias; apenas pelas autoridades competentes da fiscalização de comércio, onde deveria constar o termo de início de fiscalização ou intimação para apresentação dos documentos, de forma que fossem apresentadas nos autos as provas do suposto aproveitamento indevido do benefício fiscal. Remata assinalando que, com base no citado precedente desse CONSEF, dúvidas não restam quanto à necessidade de anulação deste Auto de Infração.

Conclui pugnando pela nulidade do Auto de Infração, consoante precedente do Conselho de Fazenda Estadual no Acórdão nº 0167-05/14. Ou ainda, em razão da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 0001184-25.2013.8.05.0000 de 31/07/2013, antes do lançamento Fiscal, requer a suspensão de qualquer ato de cobrança até decisão final a ser proferida nos autos referido Mandado de Segurança.

Requer o cancelamento do Termo de Depositário Fiel, devolvendo-se os bens apreendidos, por ofensa a Súmula 323 do STF.

Solicita que as intimações sejam realizadas em nome dos advogados Roberto Greco de Souza Ferreira, inscrito na OAB/SP sob o nº 162.707 Marcos Ferraz Souza, inscrito na OAB/BA sob o nº 15.797.

O autuante presta informação fiscal, fls. 221 a 226, articulando os argumentos na forma que se segue.

Assevera que a alegação de nulidade da ação fiscal não procede, tendo em vista que a presente ação fiscal contém os elementos suficientes para determinar a infração e o infrator. Assinala que a Lei nº 7.014/96 trata do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação ICMS, e dá outras providências e que, em seu art. 38 preceitua que “*Quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação.*”

Revela que o RPAF-BA/99 em seu art. 19, disciplina que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro de indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Quanto a alegação da defesa de que possui a Certidão Positiva com Efeito de Negativa - CPEN, expedida em 08/09/2015, a qual não foi anexa alguma cópia ao PAF demonstrando a sua existência e mesmo assim é posterior à apreensão revela que em consulta o Sistema SEFAZ, constatou que o autuado continua inadimplente com Certidão Positiva de Débito Tributário. Afirma que a adimplência é um requisito essencial para qualquer benefício fiscal e fruição do mesmo, estando inadimplente cessa a condição de usufruir do benefício. Assinala que se verifica, portanto, que o autuado não anexou a CPEN e o mesmo declara que ela foi expedida posterior a ação fiscal.

Declara que, conforme disciplina o Convênio do ICMS 81/93 que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal, em sua Cláusula Décima estatui: “Constatada o não recolhimento do ICMS por parte do sujeito passivo por substituição, a unidade da Federação de destino da mercadoria poderá suspender a aplicação do respectivo Convênio ou Protocolo, em relação ao inadimplente, enquanto perdurar a situação, sujeitando-se a exigência do imposto às regras da legislação da unidade da Federação credora. Parágrafo único. A unidade da Federação destinatária poderá, em substituição à suspensão do acordo previsto no caput, exigir o pagamento do imposto na saída da mercadoria do estabelecimento remetente, que deverá ser acompanhada da 3ª via da GNRE. (Acrescido o parágrafo único pelo Conv. ICMS 27/95, efeitos a partir de 27/04/95). Cláusula oitava - O sujeito passivo por substituição observará as normas da legislação da unidade da Federação de destino da mercadoria.”

Observa que o autuado detentor de Inscrição Estadual da Bahia como Contribuinte Substituto, estando inadimplente conforme Certidão Positiva de Débito Tributário, expedido pela SEFAZ/BA, fl. 225, fica sujeito à antecipação do ICMS através de GNRE na condição de sujeito passivo por substituição, até que seja sanada a situação para poder usufruir do prazo de recolhimento previsto no Convênio do ICMS ou Protocolo.

Assinala que a previsão do Convênio ICMS 81/93, que possibilita que os estados exigem dos inadimplentes o pagamento por meio de GNRE para cada remessa destinada a seu Estado sem contrariar qualquer dispositivo dos Convênios ou Protocolos tem como principal objetivo promover a justiça fiscal impedindo que empresas dos estados signatários utilizem os convênios e protocolos sem os requisitos legais exigido para fruição do benefício incorrendo no não recolhimento o ICMS antecipado e efetuando a prática de sonegação fiscal com o destaque do ICMS antecipado e a falta do pagamento em anexo.

Informa que as mercadorias foram liberadas para o fiel depositário conforme o previsto na Legislação tributaria da Bahia. Diz ser um grande equívoco do representante legal do autuado a alegação de que a liberação foi feita devido a CPEN. Afirma que a mercadoria foi para o Fiel depositário de acordo com a previsão para as empresas inscritas na Bahia.

Quanto à alegação do autuado da existência de Liminar/MS nº 001184252013805000 para afastar a exigência do Dec. Estadual 14.213/2012 (Glosa de Crédito), assinala que não se estende a presente autuação pelos seguintes motivos: conforme descrição dos fatos o motivo da apreensão e tipificação da ação fiscal é a inadimplência da autuada confirmada através da CP - Certidão Positiva de Débito Tributário, perdendo assim o prazo de recolhimento previsto no Convênio do ICMS e devendo recolher a antecipação através de GNRE acompanhada a documentação da mercadoria.

Esclarece que o embasamento legal do presente lançamento é o previsto no Convênio do ICMS 81/93 e a Lei 7014/96.

Assevera que a presente ação fiscal não trata de glosa de crédito e sim da perda de fruição do benefício previsto em convênio por inadimplência, sendo o autuado inscrito como contribuinte substituto. Afirma que a Liminar argüida pelo autuado é específica para o Dec. 14.213/12, não alcançando o Convênio ICMS 81/93 e a Lei 7014/96.

Explica que esse procedimento é o adotado pela SEFAZ/BA contra as indústrias de cimento NASSAU, POTY e VOTARRANTIN do Estado de Sergipe, que toda vez que ficam inadimplentes, sendo sujeito passivos por substituição tributária através de Convênio ou Protocolo, é exigido que a operação seja acompanhada da GNRE do ICMS antecipado.

Afirma que a alegação do julgamento do CONSEF/BA no Acórdão nº 0167-0514, conforme expedito acima não se aplica a presente ação fiscal o referido Acórdão refere-se à Glosa de Crédito, diverso da presente autuação que exige o recolhimento via GNRE do ICMS antecipado nas remessas de mercadorias para a Bahia estando o autuado inadimplente com o Estado da Bahia declarada através da expedição da Certidão Positiva de Débito Tributário - CP e suas consequências.

No que diz respeito à alegação da autuada de que a multa de 150% do valor imposto é abusiva e que a apreensão foi coercitiva, não se faz verdadeira, assinala que a multa é legal conforme prevista na Lei 7.14/09.

Afirma que o autuado está inadimplente declarada através da CP não podendo usufruir o benefício previsto no Convênio do ICMS76/94 para efetuar o recolhimento no 9º dia do mês subsequente, ficando obrigação a recolher através de GNRE o ICMS antecipada para cada remessa para Bahia. Não o fez e foi tipificada como retido e não recolhido tempestivamente.

Assinala que a autuação obedeceu aos Princípios Constitucionais Tributário, possibilitando à autuada a ampla defesa e o devido processo legal. Destaca que as mercadorias ficaram retidas apenas o tempo necessário para preenchimentos da ocorrência fiscal, sendo nomeado o Fiel Depositário e lavrado o Termo de Liberação de Mercadorias para o Fiel depositário, assegurando-lhe o direito a defesa administrativa.

Conclui requerendo a procedência do Auto de Infração.

## VOTO

O presente Auto de Infração exige de ICMS, sob a acusação de que o autuado deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

Em complemento, consta, na descrição dos fatos, que contribuinte deixou proceder ao recolhimento através da GNRE, do ICMS retido foram lavrados o Auto de Infração e o Termo de Apreensão, devido relativo às mercadorias constantes dos Danfes emitidos pelo autuado e especificados nos DACTEs nºs 21692, 21685, 21688, 21686, 21689, 21690 e 21691, uma vez que o autuado foi declarado inadimplente, com restrição de crédito-Dívida Ativa, em desacordo com o Convênio ICMS 81/93.

Convém inicialmente esclarecer o fato de o contribuinte encontrar-se inadimplente com Certidão Positiva de Débito Tributário, no momento da ocorrência do fato descrito na autuação, como demonstra o autuante ao prestar informação fiscal, fl. 225, o obriga ao pagamento do imposto na saída do estabelecimento remetente, cuja GNRE deve acompanhar as mercadorias, consoante previsão estatuída pelo Convênio ICMS 81/93.

Do exame do teor do Auto de Infração, fl. 01, conjuntamente com o demonstrativo de débito, fl. 02, e das notas fiscais acostadas aos autos, fls. 07 a 36, constato que, apesar da acusação fiscal se reportar a falta de recolhimento do ICMS retido, a apuração se configura como retenção do ICMS efetuada a menos e a consequente falta de recolhimento.

Em sede de preliminar, o defendente pugnou pela nulidade da autuação sob o fundamento de não constar nos autos qualquer menção de como foi apurada a falta de recolhimento do imposto exigido, sustentou ser imperioso para sua defesa que constassem dos autos os elementos probatórios da efetiva falta de recolhimento.

O autuante, ao prestar informação fiscal, em relação a argüição de nulidade em razão da ausência de demonstração da apuração da base de cálculo, nada esclareceu sobre o argumento defensivo.

Ao compulsar os elementos que compõem a acusação fiscal, precipuamente cotejando os valores atribuídos no Demonstrativo de Débito, fl. 02, com as cópias dos DANFEs e dos DACTEs, acostados às fls. 07 a 36, constata-se a ausência de uma vinculação unívoca entre eles capaz refletir a indispensável segurança no dimensionamento inequívoco do valor do imposto exigido.

Na apuração da falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, a planilha que demonstra o débito exigido, fl. 02, discrimina para cada DANFE em suas colunas as “Mercadorias” as “Quantidades”, o “Valor Total”, as MVAs, a Base de Cálculo”, a “Alíquota”, o valor do “Imposto Apurado”, além da totalização que resultou na exigência lançada dos valores da “Base de Cálculo” - R\$344.471,42, do “Valor do Imposto” - R\$58.560,10, do “Crédito Fiscal” - R\$30.894,03, e do “o Imposto a pagar” - R\$27.666,07.

Verifico que na coluna “Mercadorias” constam elencados quatro itens grafado com a denominação genérica, “Outros”, sem qualquer explicitação e com a indicação de MVAs distintas para cada um deles. Não constam também qualquer indicação nos autos a origem e a discriminação dos valores que compuseram as rubricas “Valor Total” e “Crédito Fiscal” utilizados na apuração do valor exigido.

Logo, resta evidenciado que o autuante, apesar de ter indicado no “Demonstrativo de Débito” do Auto de Infração o valor exigido, a base de cálculo e o crédito fiscal, deixou, contudo, de demonstrar a composição, em relação a cada um dos Danfes que acompanharam as mercadorias apreendidas, dos valores correspondentes atribuídos à base de cálculo do imposto e ao crédito fiscal deduzido, ou seja, não constam de forma explícita a origem dos valores consignados nas totalizações do aludido demonstrativo.

Em suma, a apuração fiscal foi apresentada e maneira incompleta, não conferindo certeza ao valor da exigência objeto da autuação, eis que, totalizou o imposto devido no montante de R\$55.560,10, e em seguida, abateu o crédito fiscal no valor de totalizado em R\$30.894,03 e lançou no Auto de Infração um débito de R\$27.666,07, sem qualquer explicação de como teria chegado ao montante dos créditos fiscais abatidos, inexistindo nos autos qualquer referência da forma como chegou a este valor.

Assim, não estando acostado aos autos a prova da origem da base de cálculo, em meu entendimento, restou evidente que a base de cálculo constante do Auto de Infração não foi devidamente comprovada.

Nestes termos, resta configurada a existência dos vícios supra expostos que inquinam de nulidade o ato administrativo do lançamento, no caso, a falta de comprovação dos valores

trazidos para apuração da base de cálculo, trazendo a incerteza quanto ao elemento quantitativo do fato gerador, além de não constar nos autos prova de tal procedimento.

Como expressamente preceitua o parágrafo único do art. 42, do CTN, o lançamento de crédito tributário é ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação de regência.

Ao Fisco cabe o dever de determinar com segurança, a liquidez do lançamento, comprovando a exatidão de seus cálculos, sem o que é nulo o lançamento de ofício.

Enquadra-se a presente autuação, na situação descrita na Súmula CONSEF 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.*

A adoção de procedimento com incompletude na demonstração da obtenção da base cálculo, feriu direitos do contribuinte. Esse vício torna patente o cometimento de ofensa ao devido processo legal, ocasionando prejuízo jurídico para o sujeito passivo, afetando o exercício pleno de seu direito de defesa.

Logo, o procedimento é nulo, nos termos do art. 18, incisos II, e IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99.

Recomendo à autoridade competente a renovação da ação fiscal, a salvo de falhas.

No tocante à solicitação do defendant para que as intimações referentes ao cumprimento de qualquer exigência do presente Auto de Infração sejam realizadas em nome dos advogados Roberto Greco de Souza Ferreira, inscrito na OAB/SP sob o nº 162.707 e Marcos Ferraz Souza, inscrito na OAB/BA sob o nº 15.797, observo que inexiste qualquer impedimento para que tal providência seja tomada pela Secretaria deste CONSEF. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF-BA/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 e 109 do RPAF-BA/99, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **217676.0110/14-7**, lavrado contra **JOHNSON & JOHNSON DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PARA SAÚDE LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de agosto de 2016

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA