

PROCESSO - A. I. Nº 210587.0817/15-7
RECORRENTE - JOHNSON & JOHNSON DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PARA SAÚDE LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF nº 0045-06/16
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 30/06/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0129-11/17

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. A lavratura deste Auto de Infração vai de encontro com Liminar que determinou a inexistência de quaisquer cobranças a título de ICMS com fundamento do Decreto nº 14.213/12. Infração descaracterizada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 6ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 28/08/2015, o qual exige imposto de R\$26.033,48, acrescido da multa de 150%, por ter o autuado deixado de proceder ao recolhimento do ICMS Retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para Contribuintes localizados no Estado da Bahia, com inscrição Estadual Substituto Tributário Descredenciado.

A “Descrição dos Fatos” informa que o Recorrente “... transportava 3635 volumes de mercadorias de higiene para uso humano constante nos Danfes emitidas por autuada especificados nos DACTEs: 21659, 21660, 21663, 21665, 21667, 21668, 21670, 21671, 21672, 21673, 21675, 21676, 21677, 21678, 21680, proveniente do estado da Paraíba. Autuada deixou de proceder o recolhimento do ICMS retido na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de mercadorias elencadas no anexo 88, realizadas para Contribuintes localizados no estado da Bahia, sem o respectivo recolhimento feito através da GNRE. Estando o autuado declarada INADIMPLENTE com restrição de crédito-Dívida Ativa. Em desacordo com o Convênio ICMS 81/93. E, como prova do ilícito fiscal foi feita a apreensão das mercadorias e dos documentos fiscais.”

A 6ª JJF apreciou a lide em 04/07/2016 e decidiu pela Procedência do auto nos seguintes termos abaixo reproduzidos:

“VOTO

Trata-se de Auto de Infração, modelo 4, lavrado para exigir do autuado, Contribuinte localizado no Estado da Paraíba, na qualidade de sujeito passivo por substituição, o ICMS retido e não recolhido através de GNRE, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para Contribuintes localizados no Estado da Bahia, visto que o remetente se encontrava, à época, inadimplente com restrição de crédito-Dívida Ativa e com inscrição estadual substituto tributário descredenciado.

Inicialmente, há de registrar que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do Contribuinte, cuja acusação fiscal se lastreia em documentos fiscais e Termo de Ocorrência Fiscal, às fls. 5 a 28 dos autos, cujo débito fiscal foi demonstrado à fl. 3 dos autos, no qual relaciona os documentos de origem, quantidade dos produtos, base de cálculo da operação, Margem de Valor Agregado (MVA), base de cálculo sujeita a substituição tributária, imposto apurado, crédito fiscal e, finalmente, o valor do imposto retido a ser recolhido, cuja cópia foi dada ao autuado.

Registre-se que o autuante, à fl. 3 dos autos, elaborou seu demonstrativo relacionando os DACTE (Documento

Auxiliar de Conhecimento de Transporte Eletrônico), nos quais discriminam os DANFE (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica), em que pese nos autos terem sido anexados apenas os efetivos DANFE (fls. 10/28). Contudo, por se tratarem de documentos em poder do próprio autuado, não vislumbro qualquer prejuízo ao direito de defesa no sentido de vincular os correspondentes DANFE consignados em cada DACTE. Ademais, os valores da “Base de Cálculo” firmados no citado Demonstrativo de Débito (fl. 3) correspondem à “Base de Cálculo do ICMS Substituição” insitas nos DANFE, o que leva a identifica-los, conforme a seguir:

DACTE nº	B. C. Demonst / fl 3 (R\$)	DANFE nº	B. C. ICMS-ST NF-e (R\$)
21660	2.219,10	128294	2.219,10
21659	6.546,86	128295	6.546,86
21663	35.030,91	128285 E 128286	4.517,13 e 30.513,78
21665	15.455,46	128263	15.455,46
21667	10.059,48	128243	10.059,48
21668	19.683,75	128251	19.683,75
21670	34.911,43	128252	34.911,43
21671	4.289,43	128245	4.289,43
21672	42.749,93	128241 E 128242	14.128,41 e 28.621,52
21673	1.900,11	128239	1.900,11
21675	14.075,91	128233, 128234 E 128235	4.644,71; 4.644,71 e 4.786,50
21676	20.929,28	128214	20.929,28
21677	36.830,80	128211	36.830,80
21678	6.705,53	128210	6.705,53
21680	60.330,95	128207	60.330,95

Também há de registrar que os dados do Demonstrativo (fl. 3) coincidem com os constantes nas respectivas notas fiscais, sendo apenas questionado pelo autuado os valores dos créditos fiscais, o que vem a reforçar que inexistiu qualquer prejuízo ao pleno exercício do direito de defesa.

Alega, ainda, o defendente que tem Certidão Positiva com Efeito de Negativa, expedida em 08/09/15. Entretanto, tal documento não se presta para o eximir da acusação de falta de recolhimento do ICMS retido, motivador deste lançamento de ofício, pois as operações, objeto desta lide, foram realizadas em 27/08/2015, data da lavratura do Termo de Ocorrência Fiscal, momento anterior à emissão da aludida Certidão Positiva com Efeito de Negativa, a qual foi expedida em 08/09/2015.

Logo, por dedução lógica, à época da ação fiscal, ocorrida em 27/08/2015, o autuado se encontrava inadimplente, conforme processos administrativos fiscais listados na própria Certidão, às fls. 82 e 83 dos autos, a qual engloba os débitos referentes a todos os estabelecimentos do Contribuinte, como consta no próprio documento, cuja pendência específica ao estabelecimento autuado, relativa ao PAF 232163.0073/13-1 (fl. 83) ainda perdura, conforme Certidão Positiva de Débitos Tributários nº 20160390276, à fl. 209 dos autos, datada de 28/03/2016.

Portanto, o autuado não poderia usufruir da dilação do prazo de recolhimento, na condição de sujeito passivo por substituição, até que fosse sanada a pendência, obrigando-se ao recolhimento da antecipação do ICMS através de GNRE, cujo documento deveria acompanhar as mercadorias.

Em relação à alegação de defesa de que lhe foi concedida Liminar em Mandado de Segurança no sentido de que não lhe fosse vedada a utilização de créditos fiscais nos termos previstos no Decreto nº 14.213/2012, há de registrar que não se aplica ao caso concreto, pois a exigência é de ICMS Substituição Tributária relativo às operações subsequentes às vendas realizadas pelo autuado aos seus clientes localizados na Bahia, logo, não se confunde com as operações de aquisição do próprio autuado e seus correspondentes créditos fiscais.

Ademais, para efeito de apuração do ICMS-ST a ser retido e recolhido pelo substituto tributário, foram considerados todos os créditos fiscais destacados nos documentos fiscais, proporcionais aos itens das mercadorias sujeitas ao citado regime de substituição tributária. Assim, para cálculo do ICMS-ST, o crédito fiscal intrínseco a cada mercadoria, destacado no documento fiscal, foi deduzido do imposto sujeito a substituição tributária desta mesma mercadoria, como se pode comprovar da consulta virtual às notas fiscais eletrônicas e do cotejo com o total do valor do crédito fiscal deduzido no demonstrativo de fl. 3 dos autos, inexistindo qualquer glosa de crédito fiscal.

Em conclusão, os efeitos do Mandado de Segurança não atingem este Auto de Infração, relativo às operações subsequentes dos clientes do autuado, cujo imposto é pago pelos seus adquirentes, encerrando a fase de tributação, cabendo-lhe apenas a responsabilidade da retenção e recolhimento, inexistindo, no caso concreto, a suspensão da exigibilidade do débito do ICMS, o qual, repita-se é relativo às operações subsequentes com seus clientes e não às operações do autuado.

Inerente à alegação de que a fiscalização lavrou Termo de Apreensão de Mercadoria, o que consiste em verdadeira cobrança coercitiva de tributo, vedada pelo ordenamento jurídico, há de se esclarecer que o preposto fiscal lavrou Termo de Ocorrência Fiscal, conforme previsto no art. 28, IV-A, do RPAF, destinado à documentar situação irregular de mercadorias, bens e equipamentos, livros ou documentos fiscais, quando for

desnecessária a apreensão dos mesmos.

Quanto à alegação de defesa de ser abusiva a exigência de multa de 150%, com efeito de confisco, do que entende claro e inequívoco o direito a redução do percentual da multa aplicada, há de se esclarecer que, nos termos do art. 167, I, do RPAF, falece competência a este colegiado o exame de declaração de inconstitucionalidade da legislação, visto que tal penalidade é a legalmente prevista ao caso concreto, consoante art. 42, V, da Lei nº 7.014/96, restando, em consequência, prejudicada a análise da proposta de redução da multa, a qual, por se tratar de penalidade por descumprimento de obrigação tributária principal, também faleceria competência a este colegiado (art. 158/RPAF).

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado com o “*decisium*” proferido, o Contribuinte, com fulcro no art. 169, I, “b” do RPAF/99 interpôs Recurso Voluntário contra argumentando as razões que ensejaram à Procedência do Auto de Infração nos seguintes termos:

Alega que a filial JOHNSON em Salvador (CNPJ 54.516.661/0076-10) tinha CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA expedida em 08/09/2015, válida por 60 dias, e por conta disso, as mercadorias transportadas foram liberadas mediante a nomeação de depositário fiel.

Atesta que a Decisão de piso manteve o Auto de Infração sob a alegação de que a ausência de certidão de regularidade fiscal em 27/08/2015 impediria o recorrente de usufruir da dilação de prazo de recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição e que, portanto, haveria a obrigação de recolhimento da antecipação do ICMS por meio de GNRE.

Afirma, no entanto, que apesar de ter juntado a CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL emitida em 08/09/2015, o recorrente estava regular na data do lançamento fiscal, conforme certidões emitidas em 17/06/2015 e 37/07/2015. Ainda, o recorrente possuía certidão de regularidade fiscal em 28/03/2016, conforme comprova a Certidão de nº 201602910444 emitida em 04/03/2016, as quais estão anexadas no bojo da defesa recursal.

Aduz que o acórdão de primeira instância justifica a inadimplência do recorrente com base no débito objeto do PAF 232163.0073/13-1, muito embora o referido débito esteja discriminado nas certidões de regularidade fiscal emitidas em 17/06/15, 27/07/2015, 08/09/2015 e 04/03/2015.

Afirma que todos os débitos em nome do recorrente estão com sua exigibilidade suspensa em razão da medida Liminar concedida em sede de Mandado de Segurança, o qual afasta a aplicação do Decreto Estadual Nº 14.213/2012. Reitera os termos do Writ concedido, mencionando o Agravo Regimental interposto pela Fazenda do Estado da Bahia que teve negado seu provimento.

Repete que o recorrente sempre esteve amparada pela Liminar concedida com fundamento no referido Mandado de Segurança, e que, portanto, jamais poderia ser considerada inadimplente pela Fazenda, restando comprovada a insubsistência do lançamento fiscal objeto deste Auto de Infração em lide.

Ademais, cita que no Auto de Infração não há menção de como foi apurada a suposta falta de recolhimento do imposto, e que a autoridade fiscal não trouxe aos autos qualquer elemento probatório que comprovasse o referido recolhimento a menor. Questiona, ainda, que o referido Auto de Infração está fundamentado somente no art. 10 da Lei nº 7.014/96 e nas Cláusulas primeira e quarta do Protocolo ICMS 105/09, e que o art. 38 da Lei nº 7.014/96 não havia sido mencionado no lançamento (e sim no acórdão), revelando a ausência de fundamentação do Auto de Infração.

Segue afirmando que não houve falta de recolhimento do ICMS ST na remessa interestadual promovida por Contribuinte com inscrição na Bahia, na condição de substituto tributário, já que o Recorrente encontrava-se dentro do prazo legal para efetuar o pagamento do imposto, por força da Cláusula Quinta do Protocolo ICMS 105/09.

Salienta que a falta de recolhimento ou o recolhimento a menor não foram comprovados pela autoridade administrativa, e segue reiterando os termos expostos na defesa no que pertine ao ônus da prova por parte da fiscalização, assim como a explanação da motivação do lançamento

fiscal, colacionando o posicionamento do E. STJ sobre o tema.

Assim, entende que em face da insubsistência da ação fiscal, 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 PAF, devendo ser anulado o lançamento fiscal.

Nesta senda, reafirma em sede recursal a cobrança coercitiva por conta da Lavratura do Termo de Apreensão de Mercadoria, a qual objetiva o pronto recolhimento do tributo entendido como devido, citando as Súmulas 70, 323 e 547 do STF e Ementa sobre o tema.

Ademais, destaca e anexa Decisão proferida pela 5ª JFJ deste CONSEF em matéria análoga, que entendeu pela anulação do lançamento fiscal em razão de vícios materiais e formais insanáveis, e aduz que o presente Auto de Infração deve ser anulado por estar eivado de vício em sua constituição, já que a fiscalização não comprovou a falta de recolhimento do ICMS ou ainda a suposta ausência de Certidão de Regularidade Fiscal, especialmente quanto ao PAF 232163.0073/13-1.

Frisa que, com as mercadorias em trânsito, não houve falta de recolhimento do ICMS ST, e que o recorrente encontrava-se dentro do prazo legal (mês subsequente) para efetuar o pagamento do imposto. Deste modo, o lançamento fiscal não poderia ser efetuado no trânsito de mercadorias, apenas pelas autoridades competentes da fiscalização do comércio, onde deveria constar o TERMO DE INÍCIO DA FISCALIZAÇÃO ou INTIMAÇÃO para apresentação dos documentos, de forma que fossem apresentadas nos autos as provas do suposto aproveitamento indevido do benefício fiscal pelo recorrente.

Questiona a multa aplicada de 150%, alegando o seu caráter inconstitucional por ofensa que proíbe a utilização de TRIBUTO COM EFEITO DE CONFISCO, conforme art. 150, IV da CF/88.

Por fim, requer o provimento do Recurso Voluntário para: a) reconhecer a insubsistência do lançamento fiscal, amparada pelas citadas certidões de regularidade fiscal, bem como pela medida Liminar concedida e portanto, inexistente a inadimplência para com a Fazenda do Estado da Bahia; b) a anulação do Auto de Infração em razão dos vícios materiais e formais insanáveis do lançamento fiscal, nos termos em que reconhecido pelo CONSEF no Acórdão nº 0167-05/14; c) afastamento da multa de 150% e d) cancelamento do Termo de Depositário Fiel, devolvendo os bens apreendidos ao Recorrente, por ofensa à Súmula 323 do STF.

Em Sessão de Julgamento realizada em 08/11/2016, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência à DARC/GEIEF com o intuito de aferir-se na data de lavratura do Auto de Infração (28/08/2015) a empresa recorrente encontrava-se descredenciada, ou seja, se haviam débitos inscritos na Dívida Ativa, cuja exigibilidade não estivesse suspensa.

Em resposta à diligência formulada, o órgão responsável informou que: *“o contribuinte substituto/responsável pelo ICMS destino está com restrição de crédito – Dívida Ativa, situação esta que ainda perdura (documentos em apenso, folhas 267, 268 e 269), o que automaticamente o estabelecimento na situação de Descredenciada, conforme previsto no art. 332, §2º do RICMS”*.

Tendo em vista que a diligência realizada não elucidou com precisão o questionamento abordado, foi observado em análise realizada pela Secretaria deste CONSEF que todos os processos ativos da empresa recorrente estão com a exigibilidade suspensa, sendo o PAF 232163.0073/13-1 o único inserido em Dívida Ativa sem a exigibilidade suspensa.

Assim, esta 1ª CJF converteu o feito novamente em diligência, dessa vez à PGE/PROFIS, para a elucidação do seguinte questionamento: considerando que o PAF 232163.0073/13-1 encontra-se arquivado na PGE Feira de Santana/BA, sendo que o mesmo está abarcado pelo Mandado de Segurança que suspendeu a exigibilidade das cobranças relacionadas ao Decreto nº 14.213/12, tal processo está Ativo em Dívida Ativa?

Deste modo, o i. Procurador Dr. José Augusto Martins Júnior requereu o apensamento físico de fotocópia do PAF indigitado.

O referido PAF foi anexado às fls. 279 a 307. Em análise às fls. 293 a 295, vê-se que o PAF 232163.0073/13-1 foi encerrado, tendo em vista a escolha da via judicial pela empresa recorrente, sendo que os autos foram encaminhados à DARC para inscrição na Dívida Ativa, conforme §1º do art. 117 do RPAF.

Tal processo também está abarcado pela Concessão da Liminar, em acordo com a Decisão do MS 0001184-25.2013.8.05.0000 colacionado ao Auto de Infração.

Nesta senda, o i. Procurador já mencionado informou em seu Parecer (fl. 308) que: *“o PAF 232163.0073/13-1, acostado ao presente lançamento, observa-se que, de fato, a matéria discutida no Mandamus interposto pelo recorrente possui o mesmo objeto dos demais processos com a exigibilidade suspensa, tendo sido, inclusive, encerrado pelo CONSEF (fls. 336/338), na esteira do art. 117, §1º do RPAF, em face da eleição pelo contribuinte da via judicial para discussão do objeto em lançamento.”*.

VOTO

Visa o presente Recurso Voluntário modificar a Decisão proferida pela 6ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração.

Primeiramente, alega, o recorrente, insubsistência no referido Auto de Infração, já que a empresa autuado sempre esteve amparada pelas Certidões de Regularidade Fiscal apresentadas e pela concessão da Medida Liminar, a qual vigora até hoje, que suspendeu a exigibilidade dos créditos tributários cujo objeto seja o Decreto Estadual nº 14.213/2012.

Imperioso observar que, conforme análise da certidão apresentada pelo Recorrente (fls. 82 e 83; 252 e 253), percebe-se que estão discriminados os processos cuja exigibilidade encontra-se suspensa em atendimento à Liminar relativa ao MS 0001184-25.2013.8.05.0000 desde 30/07/2013, incluindo o PAF 232163.0077/13-1, o qual, segundo a Autoridade Fiscalizadora em informação fiscal apresentada, teria ensejado a infração.

Com o intuito de preservar a verdade material, foi solicitada diligência junto à DARC/GEIEF para apurar se, em 27/08/2015, data da lavratura do Auto de Infração, havia processo não suspenso pela Liminar, que pudesse ensejar no descredenciamento da empresa no momento da lavratura deste PAF.

Tal solicitação não foi efetivamente atendida, sendo, deste modo, inseguro precisar se de fato a empresa estava devidamente descredenciada no momento da configuração da infração.

Assim, após análise pela Secretaria deste CONSEF, verificou-se que o PAF 232163.0073/13-1 encontrava-se arquivado na PGE de Feira de Santana/BA, o que motivou a conversão do feito novamente em diligência, desta vez junto à PGE/PROFIS, para elucidação das questões ventiladas.

Fotocópias do processo supracitado foram requeridas pelo i. Procurador José Augusto Martins Júnior, as quais se encontram apensadas a este PAF às fls. 279 a 307.

Verificou-se que o processo foi encerrado por estar sendo discutido na via judicial, sendo que os autos foram encaminhados à DARC para inscrição na Dívida Ativa, conforme §1º do art. 117 do RPAF pelo Auditor Fiscal em novembro/2014.

Deste modo, o PAF 232163.0077/13-1, o qual foi apontado pelo agente de trânsito como fato gerador deste Auto de Infração encontra-se desde 21/11/2014 saneado, já que os créditos constam como inexigíveis por força da Liminar concedida pelo TJ/BA.

Insta ressaltar que a lavratura deste Auto de Infração vai de encontro com a Liminar Concedida, vez que, além de determinar a inexigibilidade de quaisquer cobranças a título de ICMS com fundamento do Decreto nº 14.213/12, foi solicitado e atendido também o pleito de que as autoridades responsáveis pela aplicação desta norma se abstenham de promover a retenção das mercadorias ou a realização de quaisquer outras medidas coercitivas e/ou sanções fiscais dela

decorrente.

Por tudo o quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração. Por fim, recomenda-se à Autoridade Fiscal verificar se o imposto retido e destacado nas NFs objetos da autuação tiveram recolhimento no prazo regulamentar.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210587.0817/15-7**, lavrado contra **JOHNSON & JOHNSON DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PARA SAÚDE LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de maio de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS