

**A. I. Nº** - 210587.0818/15-3  
**AUTUADO** - JOHNSON & JOHNSON DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PARA SAÚDE LTDA.  
**AUTUANTE** - IVAN RODRIGUES DE SOUZA  
**ORIGEM** - IFMT NORTE  
**PUBLICAÇÃO**- INTERNET 04.05.2017

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0053-02/17

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. CONTRIBUINTE LOCALIZADO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. Restou comprovado nos autos a retenção do ICMS devido por substituição tributária sem que tenha ocorrido o devido recolhimento do imposto em favor do Estado da Bahia. Infração subsistente. Afastadas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 30/08/15 para exigir ICMS no valor de R\$24.187,77, acrescido da multa de 150%, imputando ao autuado a seguinte irregularidade: *“Infração - 55.02.01 Deixou de proceder o 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.”*.

No campo do Auto de Infração denominado “Descrição dos Fatos”, o autuante consignou:

*“Aos 30 dias do mês de Agosto do ano corrente, no exercício regular das funções fiscalizadoras, foi constatado irregularidade no veículo conduzido por Welhilton Xavier Gomes, CNH03993740107, caminhão c/trator Scania/P340 Placas NYM2169 e JQR2301 de propriedade da Rodoborges Express e Logística Integrada LTDA JPS, IE-53.375.863, que transportava 2020 volumes de mercadorias de higiene para uso humano constantes nos Danfes emitidos por a autuada especificados nos DACTEs: 21649, 21650, provenientes 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 de GNRE. Estando a autuada 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.”*

O autuado apresenta defesa, fls. 19 a 38, na qual inicialmente reproduz o teor da acusação fiscal e o enquadramento legal da infração que lhe foi imputada. Diz 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. Ressalta que, no entanto, seu estabelecimento em Salvador, CNPJ Nº 54.516.661/0076-10, tem certidão positiva com efeito de negativa expedida em 08/09/15, com validade por 60 (sessenta) dias, e por conta disso, as mercadorias transportadas foram liberadas mediante a nomeação de depositário fiel conforme os “docs. 04A e 04B” (fls. 64 a 70).

Pontua que o Decreto Estadual nº 14.213/2012 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. Diz que, assim, segundo a Fiscalização, teria o defendente efetuado o recolhimento do ICMS calculado à alíquota de 3%, valendo-se dos 9% de crédito presumido concedido pelo Decreto

Paraibano nº 23.201/02, 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%). Transcreve o disposto nos artigos 1º a 3º do Dec. Estadual nº 14.213/12.

Assevera que apesar do ICMS nas operações interestaduais estar sujeito à alíquota de 12%, o autuante, 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.

Sustenta que no presente processo estão ausentes os requisitos para o regular lançamento fiscal, nos termos do art. 142 do CTN. Afirma que está 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. Diz que é abusiva a exigência de multa de 150%. Conclui que, portanto, deve ser anulado o presente lançamento ou, ao menos, suspenso o seu trâmite.

Suscita a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que não há qualquer menção de como foi apurada a suposta falta de recolhimento do imposto e, além disso, o autuante não trouxe aos autos qualquer elemento que comprovasse o referido recolhimento a menos.

Pontua 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 (ICMS devido por substituição tributária), pois se encontrava dentro do prazo previsto para efetuar o pagamento. Aduz que, por força da cláusula quinta do Protocolo ICMS 105/09, esse pagamento deve ser efetuado no mês subsequente ao da remessa da mercadoria.

Diz que a retenção a menos do ICMS em documento fiscal não implica necessariamente no recolhimento a menor do imposto, uma vez que o contribuinte substituto tributário mensalmente elabora planilha com memorial de cálculo. Menciona que o preenchimento errado de um documento fiscal, cujo imposto ainda se encontra por recolher, não é prova de infração. Frisa ser imperioso, para a defesa, que fossem trazidos aos autos elementos probatórios da efetiva “falta de recolhimento” ou “recolhimento a menor”, o que diz não ter sido realizado pelo autuante. Menciona que 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.

Assinala 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 os artigos 149, V, 195 e 197, do CTN.

Enfatiza 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 assegurados no artigo 37 da Constituição Federal. Pontua que sobre a necessidade de motivação do lançamento já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, conforme jurisprudência que transcreve.

Assevera que, em face da insubsistência da ação fiscal, por não se revestir dos 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, consistindo em verdadeira cobrança coercitiva de tributo, o que frisa ser vedada pelo ordenamento jurídico. Observa que o Supremo Tribunal Federal já decidiu e até mesmo sumulou o entendimento de que não podem subsistir métodos

coercitivos de cobrança de tributos, a exemplo da apreensão de mercadorias. Diz ser evidente que, tal apreensão visa apenas a compelir os contribuintes 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. Para embasar sua tese, cita as Súmulas nºs 70, 323 e 547, bem como transcreve ementa de decisão proferida pelo STF.

Assinala que medida liminar concedida em sede de Mandado de Segurança afasta a aplicação do Decreto Estadual nº 14.213/2012. Aduz que em 25/01/13 impetrou perante o Tribunal de Justiça da Bahia o Mandado de Segurança nº 0001184-25.2013.8.05.0000, para afastar as exigências do Decreto Estadual nº 14.213/12, conforme “doc. 05” (fls. 71 a 117).

Diz que a medida liminar foi inicialmente indeferida - “doc. 05A”, fls. 118 a 127 -, porém a Exma. Desembargadora Relatora Gardênia Pereira Duarte reconsiderou sua decisão em sede de Agravo Regimental, nos termos da decisão publicada em 31/07/13, cujo teor transcreve às fls. 27 a 29.

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, IV, do CTN, é uma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Frisa que o presente Auto de Infração foi lavrado em 30/08/15, após a concessão da medida liminar, em 31/07/13, 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 Auto de Infração em comento.

Salienta 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 Superior Tribunal de Justiça, 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. Transcreve jurisprudência.

Reitera que a suposta 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 ser 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. Aduz que esse entendimento já havia sido ratificado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, no julgamento do REsp nº 1.148.444/MG, consoante trecho do voto que transcreve.

Menciona que, em razão da suspensão da exigibilidade do débito, a única hipótese em que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia 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. Transcreve jurisprudência do STJ, para embasar seu argumento.

Sustenta que não resta dúvida quanto à necessidade de anulação do presente Auto de Infração, seja em decorrência 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.

Afirma que é 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, IV, da Constituição Federal. Frisa que tal preceito está lastreado nos princípios da

razoabilidade, proporcionalidade e moderação, para resguardar os mais relevantes princípios informadores da ordem constitucional brasileira: direito de propriedade e da livre-iniciativa.

Diz que, mesmo não existindo uma definição constitucional - ou mesmo infraconstitucional – do montante ou percentual que determina, com precisão, a ocorrência do confisco vedado pela Constituição Federal, 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. Reproduz trecho da decisão proferida no STF.

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 Acórdão nº 0167-05/14, que reconheceu em caso idêntico ao Auto de Infração ora impugnado, por se encontrar eivado de vício em sua constituição, pois não ficou 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, uma vez que 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. Pede que seja suspenso qualquer ato de cobrança até a decisão final no 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.

Ao prestar a informação fiscal, fls. 218 a 222, o autuante afirma 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.

Faz alusão aos artigos 38, da Lei nº 7.014/96, e 19, do RPAF-BA/99, e, em seguida, diz que a alegação de que o autuado 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. Pontua 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, portando, que o autuado não anexou a CPEN e o mesmo declara que ela foi expedida em data posterior a ação fiscal.

Ressalta que o Convênio do ICMS 81/93, que estabelece normas gerais a serem aplicadas aos regimes de substituição tributária instituídos por Convênios ou Protocolos, em sua cláusula décima institui que *“Constatado 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.”.*

Menciona que o parágrafo único dessa citada cláusula décima determina que “*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)*”.

Informa que a cláusula oitava desse referido Convênio prevê que “*O sujeito passivo por substituição observará as normas da legislação da unidade da Federação de destino da mercadoria.*”

Menciona que o autuado é detentor de inscrição estadual na Bahia na condição de contribuinte substituto, estando inadimplente conforme Certidão Positiva de Débito Tributário, expedido pela SEFAZ/BA, fl. 224, 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 aos estados exijam dos inadimplentes o pagamento por meio de GNRE para cada remessa destinada a seu Estado tem como principal objetivo promover a justiça fiscal, impedindo que empresas de estados signatários utilizem os convênios e protocolos sem os requisitos legais exigidos para fruição do benefício, incorrendo em não recolhimento do 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 tributária da Bahia. Diz ser um equívoco 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.

Diz que a Liminar/MS nº 001184252013805000, para afastar a exigência do Dec. Estadual 14.213/2012, não se aplica ao presente lançamento, pois o motivo da autuação foi a inadimplência do autuado 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. Aduz que o embasamento legal do presente lançamento é o previsto no Convênio ICMS 81/93 e na Lei 7014/96.

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

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

Afirma que a decisão contida no Acórdão nº 0167-0514 não se aplica ao presente caso, pois aquele Acórdão se refere à glosa de crédito, situação diversa da presente autuação que exige o recolhimento via GNRE do ICMS antecipado nas remessas de mercadorias para a Bahia, estando o autuado inadimplente conforme Certidão Positiva de Débito Tributário - CP.

Quanto à alegação defensiva de que a multa de 150% do valor imposto é abusiva e que a apreensão foi coercitiva, diz que a multa e a apreensão possuem respaldo legal.

Reitera que o autuado está inadimplente conforme CP e, portanto, não pode usufruir o benefício previsto no Convênio do ICMS 76/94 para efetuar o recolhimento no mês subsequente, ficando obrigado a recolher o ICMS-ST através de GNRE para cada remessa para Bahia.

Assevera que a autuação obedeceu aos princípios constitucionais tributário, possibilitando ao autuado o exercício do seu direito de defesa. Aduz 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, assegurando-lhe o direito a defesa administrativa. Ao finalizar, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

## VOTO

Preliminarmente foi arguida a nulidade do Auto de Infração por ausência dos requisitos para o regular lançamento. Todavia, essa preliminar não merece prosperar, uma vez que, ao contrário do alegado na defesa, o Auto de Infração preenche todos os requisitos de validade previstos nos incisos do artigo 39 do RPAF-BA/99. A descrição do ilícito fiscal é clara e precisa - falta de recolhimento de ICMS retido -, o valor exigido no lançamento de ofício corresponde ao ICMS devido por substituição tributária (ICMS-ST) que foi apurado e retido pelo próprio autuado, conforme os destaques do imposto nas notas fiscais cujos DANFES estão acostados ao processo (fls. 8 a 12). Portanto, há nos autos elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração que foi apurada pela fiscalização e o montante devido pelo sujeito passivo.

A lavratura do Auto de Infração encontra-se devidamente motivada na legislação vigente à época dos fatos, a qual exigida que a circulação das mercadorias relacionadas na autuação fosse efetuada acompanhada da GNRE, uma vez que o autuado não estava habilitado a efetuar o recolhimento do imposto no mês subsequente, como restará demonstrado neste voto.

Conforme já relatado, no Auto de Infração em epígrafe o autuado foi acusado de ter deixado de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

Em sua defesa, o autuado alega que não houve falta de recolhimento do ICMS-ST, pois esse recolhimento em tela poderia ser efetuado até o mês subsequente ao da operação interestadual, nos termos da cláusula quinta do Protocolo ICMS 105/09.

Efetivamente, o disposto no art. 332, §2º, do RICMS-BA/12, prevê que os contribuintes inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS), que preencham cumulativamente os requisitos indicados nos incisos daquele parágrafo, podem efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária até o dia 25 do mês subsequente ao da data de emissão do documento fiscal. Por seu turno, a cláusula quinta do Protocolo ICMS 105/09 também prevê o recolhimento no mês subsequente.

Contudo, o argumento defensivo não se sustenta, pois, conforme o documento de fl. 6, o autuado, apesar de inscrito no CAD-ICMS, estava no momento da ação fiscal descredenciado para efetuar o recolhimento do ICMS-ST no mês subsequente, uma vez que se encontrava “com restrição de crédito-Dívida Ativa”, não atendendo, portanto, à condição prevista no inciso II do §2º do art. 332 do RICMS-BA/12, qual seja: *não possua débito inscrito em Dívida Ativa, a menos que a sua exigibilidade esteja suspensa*.

As disposições contidas no Protocolo ICMS 105/09 também não socorrem o autuado, pois, conforme foi explicado na informação fiscal, o Convênio ICMS 81/93, ao estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, prevê na sua cláusula décima que “*Constatado 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*”.

O defendente argumenta que tem certidão negativa expedida em 08/09/15. Contudo, essa certidão negativa, apesar de não ter sido trazida aos autos na defesa, não seria capaz de elidir a autuação, uma vez que era posterior à ação fiscal. Além disso, há que se ressaltar que na data da ação fiscal, 29/08/15, o autuado possuía restrição de crédito - Dívida Ativa (fl. 6).

A apreensão de mercadorias, nos termos do art. 28, inc. IV, do RPAF-BA/99, tem como objetivo a comprovação material da infração, não servindo, portanto, para obrigar o sujeito passivo a efetuar o pagamento do imposto. Ademais, há que observar que no caso em comento, após a lavratura do Auto de Infração, as mercadorias foram prontamente liberadas, consoante o Termo de Liberação à fl. 13 dos autos. Assim, a jurisprudência citada pelo autuado relativamente a apreensão de mercadorias não se aplica ao presente caso.

No que tange ao direito do autuado ao crédito fiscal decorrente da operação interestadual, o argumento defensivo não merece acolhimento, uma vez que tal crédito foi considerado na apuração do imposto, como se depreende do demonstrativo de fl. 3. Além disso, há que se ressaltar que o imposto que está sendo exigido no Auto de Infração em comento é o que foi apurado e destacado nos documentos fiscais pelo próprio autuado.

As alegações defensivas atinentes ao Decreto Estadual nº 14.213/12, não possuem qualquer pertinência com a presente lide, uma vez que o Auto de Infração em comento não está relacionado a esse Decreto Estadual, mas sim à Lei nº 7.014/96, ao Protocolo ICMS 105/09 e, subsidiariamente, ao Convênio ICMS 81/93.

Considerando que o presente Auto de Infração não se refere ao Decreto Estadual nº 14.213/12, depreende-se que a matéria tratada no Mandado de Segurança nº 0001184-25.2013.8.05.000 não guarda identidade com a matéria em análise no presente processo administrativo fiscal. Desse modo, cai por terra a argumentação defensiva atinente à Liminar obtida no citado Mandado de Segurança.

O defendente faz alusão a recolhimento a menos de imposto, porém, mais uma vez, essa alegação não guarda qualquer correlação com o presente Auto de Infração, o qual trata de falta de recolhimento de ICMS-ST retido.

Considerando que o autuado não estava credenciado a efetuar o recolhimento do ICMS-ST no mês subsequente ao da emissão da nota fiscal, foi correto o posicionamento do autuante ao exigir, no trânsito das mercadorias, o crédito tributário que foi objeto do Auto de Infração em comento.

Não há com se aplicar ao presente caso a decisão tomada por este Conselho de Fazenda no Acórdão JF nº 0167-05/14, pois esse citado acórdão tratou de um processo referente a um Auto de Infração que foi lavrado para exigir ICMS em razão de falta de retenção de ICMS-ST, situação que não guarda semelhança com a tratada no presente Auto de Infração.

Em face ao acima exposto, a infração imputada ao autuado restou devidamente caracterizada.

Por fim, ressalto que a multa de 150% indicada na autuação é a prevista no artigo 42, inciso V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, para a irregularidade descrita no Auto de Infração, não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade desse dispositivo legal, conforme prevê o art. 125, I, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB). Dessa forma, ultrapasso as alegações defensivas atinentes ao suposto caráter de confisco da multa indicada na autuação, bem como afasto a tese de que a referida penalidade afrontaria os princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade e da moderação.

No tocante à solicitação do defendente 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, OAB/SP 162.707 e Marcos Ferraz Souza, OAB/BA 15.797, observo que inexistente qualquer impedimento para que tal providência seja tomada pela Secretária deste CONSEF. Porém, ressalto que não haverá razão para nulidade desde que as intimações sejam efetuadas nos termos dos artigos 108 e 109 do RPAF-BA/99.

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

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 210587.0818/15-3, lavrado contra

**JOHNSON & JOHNSON DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PARA SAÚDE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.187,77**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR