

A. I. Nº - 232421.1020/18-2
AUTUADO - JOHNSON & JOHNSON DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS
- PARA A SAÚDE LTDA.
AUTUANTE - DEGINALDO DOS SANTOS DESIDÉRIO
ORIGEM - DAT/NORTE IFMT
PUBLICAÇÃO - 25.07.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0128-02/19

EMENTA: ICMS. FALTA DE RETENÇÃO DO ICMS A TÍTULO DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. NULIDADE DO LANÇAMENTO. Cerceamento de defesa, diante do fato de não constar no lançamento a demonstração da base de cálculo do imposto exigido, sem sequer os critérios utilizados para apuração do montante lançado. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 13 de outubro de 2018 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$31.853,37 além de multa de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **55.02.03**. Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no estado da Bahia. Consta a informação de se tratar de *“contribuinte inscrito na condição de substituto no estado da Bahia deixou de reter o ICMS referente à substituição tributária, conforme DANFE n.º 210914, visto que o destinatário não possui regime especial, conforme documentação anexa”*.

A empresa autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 82 a 98, onde inicialmente, firma a sua tempestividade, e esclarece ser sociedade empresária dedicada a fabricar para si ou para terceiros, vender, comprar, importar, exportar, negociar por conta própria ou de terceiros, manusear, fracionar, reembalar e distribuir produtos de toucador, perfumaria, cosméticos e higiene pessoal, sabões e sabonetes, inclusive medicinais, dentre outras atividades.

Após breve descrição dos fatos até então ocorridos no processo, firma ser o entendimento do Fisco de que ela seria responsável pela retenção do ICMS-ST incidente na operação de venda das mercadorias especificadas no DANFE 210.914 a terceiro localizado no Estado da Bahia, conforme previsto no artigo 10 da Lei 7.014/96 e cláusulas primeira e quarta do Protocolo ICMS nº 105/09.

Aduz ainda, constar na autuação que o adquirente das mercadorias não possuiria Regime Especial nos termos do Decreto nº 11.872/09, o qual dispõe sobre *“regime especial de tributação nas aquisições de produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário efetuadas por distribuidor de medicamentos localizado neste Estado”*, e não tendo sido destacado o ICMS-ST, procedeu a Fiscalização à lavratura do Auto de Infração em comento, para cobrança de valores a título do imposto por substituição tributária, bem como de multa.

Discordando do entendimento contido no lançamento, diz ser a autuação improcedente, pois as disposições do Protocolo ICMS nº 105/09 não se aplicam às mercadorias objeto do DANFE 210.914 objeto da autuação, e desse modo, não haveria que se falar em sua responsabilização pela retenção do ICMS-ST, independentemente de o contribuinte destinatário ser ou não beneficiário de Regime Especial, como faz crer a acusação fiscal.

Observa que apenas os contribuintes localizados no Estado da Bahia submetem-se às disposições do Decreto Estadual nº 11.873/09, e a pretensão de ser responsabilizada pela suposta ausência de regime especial estabelecido pelo destinatário localizado no Estado da Bahia é indevida e configura erro de sujeição passiva.

Ressalta que o Protocolo ICMS nº 105/09, indicado como fundamento legal para imposição das acusações, sequer poderia ser aplicado ao caso em tela, pois diz respeito a um acordo firmado apenas entre os Estados de São Paulo e Bahia, não sendo o estado da Paraíba (origem) signatário do Protocolo. E mais ele se baseia no Convênio ICMS nº 81/93, o qual foi revogado pelo Convênio ICMS nº 52/17.

Fala ser certo que não há previsão legal para aplicação do regime de substituição tributária entre os Estados da Paraíba e da Bahia em relação às mercadorias objeto desta autuação e, conseqüentemente, não há que se falar em sujeição passiva por sua responsabilidade, conforme disposto no artigo 9º da LC 87/1996.

Por essas razões, requer de plano que o Auto de Infração seja integralmente cancelado.

Aborda, a seguir, a inexistência de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, diante de sua percepção de ser a presente autuação inválida, pois as mercadorias objeto da DANFE nº 210.914 não estão abrangidas pelo Protocolo ICMS nº 105/09, o qual determina na cláusula primeira (copiada), que a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS ficará a cargo do estabelecimento que remeter as mercadorias listadas em seu Anexo Único aos Estados da Bahia ou ao Estado de São Paulo, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária.

Conclui que o mesmo Protocolo não se aplica a operações entre os Estados da Paraíba e da Bahia, de modo que há nítido erro de direito, tornando improcedente o Auto de Infração.

Cita que as mercadorias remetidas e objeto desta autuação não estão relacionadas no referido Anexo Único do Protocolo nº 105/09, de modo que não há que se falar em atribuição do regime de substituição tributária no presente caso, uma vez que, conforme indicado no DANFE sob análise, as mercadorias remetidas referem-se a shampoos, condicionares, dentre outras mercadorias de higiene pessoal, apenas para listar algumas.

Fala, ainda, que o Anexo Único do Protocolo 105/09 indica que devem se sujeitar ao regime substituição tributária entre os Estados da Bahia e de São Paulo apenas as seguintes mercadorias constantes em seu Anexo Único, devidamente reproduzido, sendo visível a inexistência de qualquer ligação entre as medidas adotadas naquele Protocolo e as mercadorias efetivamente por ela remetidas, sendo o rol do Anexo Único taxativo, ou seja, apenas às mercadorias expressamente indicadas deve-se aplicar o regime tributário estabelecido pelo acordo.

Pontua não guardar relação com o contexto fático do presente caso o Decreto 11.872/09, indicado pela Fiscalização, que diz respeito a regime especial nas aquisições de produtos farmacêuticos medicinais de uso não veterinário, vez tratar-se de Decreto Estadual Baiano, pelo qual institui-se regime especial de tributação ao distribuidor de medicamentos localizado no Estado da Bahia, mediante celebração de termo de acordo, nas importações e nas aquisições interestaduais dos produtos relacionados em seu artigo 1º, devidamente transcrito.

Aduz que a eventual inexistência de termo de acordo estabelecido pelo adquirente baiano não enseja a responsabilização do remetente pelo recolhimento do ICMS-ST antecipadamente, e acaso o adquirente deixou de cumprir alguma obrigação tributária determinada pelo Decreto 11.872/09, caberia ao Estado da Bahia fazer-se valer dos meios legais para que o adquirente (único sujeito sobre o qual tem competência) a cumpra, não podendo o Estado da Bahia imputar a contribuinte localizado no Estado da Paraíba (hipótese dos autos), a responsabilidade de recolher o imposto devido pelo adquirente por falta de Regime Especial previsto no Decreto nº 11.872/09, sob pena de incorrer em erro de sujeição passiva.

Resume não haver base legal para que o Estado da Bahia lhe atribua uma obrigação tributária à qual não está sujeita, e a sua responsabilização revela clara violação da competência legislativa e tributária e grave erro de sujeição passiva.

Aborda, a seguir, a inexistência de acordo entre os estados da Paraíba e da Bahia, quanto ao regime de substituição tributária para as mercadorias contidas na nota fiscal autuada, diante do fato de que, nos termos do artigo 9º da LC 87/1996 (transcrito), a adoção de regime de substituição

tributária em operações interestaduais depende de acordo específico celebrado entre os entes da Federação, assim também sendo estabelecido na própria legislação estadual da Bahia, conforme artigo 10 da Lei 7.014/96, transcrito.

Significa dizer que, se não houver confirmação expressa de adoção do regime de substituição tributária pelos Estados, em relação a mercadorias também específicas, não há que se falar em regime de substituição tributária interestadual de ICMS.

Registra, mais uma vez, que o Protocolo 105/09 apontado como fundamento legal para embasar a autuação não foi recepcionado pelo Estado da Paraíba, mas tão somente pelos Estados de São Paulo e da Bahia, estando evidente que, ainda que o mesmo abrangesse as mercadorias remetidas, o regime de substituição tributária e a atribuição da responsabilidade pelo recolhimento do imposto ao remetente não seriam aplicáveis àqueles localizados fora dos Estados de São Paulo e Bahia.

Ressalta que o Protocolo 105/09 baseia-se no Convênio ICMS nº 81/93, o qual foi revogado pelo Convênio ICMS 52/17, dispondo o novo Convênio ICMS 52/17, sobre as normas gerais a serem aplicadas aos regimes de substituição tributária e de antecipação do ICMS com encerramento de tributação, relativos às operações subsequentes, instituídos por convênios ou protocolos firmados entres os Estados e o Distrito Federal.

Entende que as normas gerais do Convênio ICMS nº 52/17 (vigente) devem ser aplicadas aos regimes de tributação do ICMS por substituição, que, por sua vez, devem ser instituídos pelos entes da Federação interessados por meio de novos Convênios ou Protocolos, nos termos de sua cláusula segunda, devidamente reproduzida, e uma vez celebrados tais instrumentos normativos entre os entes Federados, o contribuinte remetente que promover operações interestaduais com bens e mercadorias especificadas (em convênio ou protocolo) será o responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes devido à unidade federada de destino, mesmo que o imposto tenha sido retido anteriormente (cláusula sétima do Convênio ICMS nº 52/17), sendo passíveis de sujeição ao referido regime de substituição tributária os bens e mercadorias identificados nos Anexos II ao XXVI, os quais incluem desde autopeças, produtos objeto de venda pelo sistema porta a porta, dentre outros.

Observa que, no presente caso, não foi observado pelo autuante que os Estados da Paraíba (origem) e Bahia (destino) não são signatários de Convênio ou Protocolo que estabeleça o regime de substituição tributária para as mercadorias objeto da autuação, sendo ambos signatários do Convênio ICMS 234/17. Entretanto, tal convênio reconhece e institui o regime de substituição tributária previsto no Convênio ICMS nº 52/17 apenas no que concerne ao Anexo XIV deste último, que diz respeito a medicamentos de uso humano e outros produtos farmacêuticos para uso humano ou veterinários, dentre os quais não se incluem as mercadorias objeto da nota fiscal autuada, conforme exemplifica.

Aponta, igualmente, não ter o Estado da Bahia aderido às disposições do Protocolo ICMS nº 54/17, celebrado por outros entes da Federação para adoção do regime de substituição tributária previsto no Convênio ICMS nº 52/17, especificamente no que tange ao seu Anexo XIX, reproduzido.

Sustenta que dessa forma, o Estado da Bahia não instituiu o regime de substituição tributária previsto no Convênio ICMS nº 52/17 no que concerne às mercadorias identificadas no Anexo XIX (produtos de perfumaria e de higiene pessoal e cosméticos), por exemplo, trazendo a tabela constante em seu Anexo XIX.

Fala não haver previsão legal para lhe imputar, no caso concreto, as disposições do mencionado Convênio 52/17, pois que as mercadorias remetidas não são objeto de Convênio ou Protocolo estabelecidos entre os Estados da Paraíba e da Bahia para instituição do regime de substituição tributária.

Nesse cenário, reitera que não havendo acordo específico para instituição do regime de substituição tributária, conforme previsto no artigo 9º da LC 87/1996 e artigo 10 da Lei nº 7.014/96, e mostrando-se a autuação integralmente im procedente, deve ser cancelada.

Menciona que embora esteja convicta de que a presente autuação será integralmente cancelada, com base em todos os fundamentos expostos acima, destaca, em atenção ao princípio da eventualidade, que a multa aplicada no presente Auto de Infração não deve prevalecer, uma vez que, conforme se verifica do Auto de Infração, foi aplicada penalidade pecuniária equivalente a 60% (sessenta por cento) do valor imposto, montante abusivo e desproporcional, caracterizando verdadeiro ato de confisco (artigos 5º, LIV, e 150, IV, da CRFB).

Frisa inexistir correlação ou proporcionalidade entre o valor total da multa aplicada e a sua conduta, de modo que a penalidade aplicada é um instrumento de arrecadação disfarçado, e não uma forma de punição ao contribuinte, como deveria ser, havendo, portanto, evidente desvio de finalidade na aplicação da penalidade, o que a torna juridicamente inválida e desarrazoada.

Invoca o artigo 3º do CTN, segundo o qual o tributo é uma prestação pecuniária que não constitui sanção por ato ilícito. Assim, não se pode utilizar o tributo para punir e do mesmo modo não podem as sanções serem utilizadas para instrumento de arrecadação, sob pena de desvio de finalidade, o que é vedado.

Explicita que nesse contexto, o STF pacificou o entendimento no sentido de que o princípio do não confisco (artigo 150, IV, da CRFB) se aplica às penalidades tributárias. Além disso, informa que a Corte Suprema tem julgado razoáveis percentuais que variam entre 20% e 30% do tributo, a exemplo do RE 239.964, Relatora Ministra Ellen Gracie; AI 675.701, Relator Ministro Ricardo Lewandowski; AI 755.741, Relator Ministro Cezar Peluso; AI 685.380, Relator Ministro Eros Grau; RE 582.461, Relator Ministro Gilmar Mendes.

Aponta ser nítida, portanto, a invalidade da aplicação de multa equivalente a injustificáveis 60% do valor do imposto, por violação aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e do não confisco, previstos nos artigos 5º, LIV, e 150, IV, da CRFB, bem como por indevido desvio de finalidade, a exigir seu cancelamento integral, o que desde já requer.

Diante do exposto, pede o conhecimento e acolhimento da presente defesa, para que seja integralmente cancelado o Auto de Infração e arquivado definitivamente o Processo Administrativo para todos os efeitos, com a liberação total e definitiva de todo e qualquer outro gravame que recaia sobre as mercadorias vinculadas à autuação fiscal em questão, notadamente Termos de Apreensão e de Fiel Depositário e restrições previstas no artigo 31-G, inciso I, alínea “b”, item 4, inciso II, alínea “b”, e § 1º, incisos I e II, do Decreto Estadual nº 7.629/1999.

Subsidiariamente, requer o cancelamento da multa aplicada ou sua redução a um patamar proporcional e razoável, em conformidade aos preceitos constitucionais, bem como a juntada posterior de outros documentos, aptos a demonstrar a veracidade de suas alegações, com fundamento nos princípios da verdade material, da ampla defesa e do devido processo legal.

Por fim, requer que todas as intimações, publicações ou notificações relativas ao presente feito sejam realizadas em nome de seu advogado, cujo endereço indica, até o encerramento definitivo do processo, sob pena de nulidade, nos termos do artigo 272, §§ 2º e 5º, do CPC protestando desde já pela realização de sustentação oral de suas razões quando cabível tal providência.

Informação fiscal constante às fls. 152 e 152-v, prestada pelo autuante, se limita a esclarecer que *“a alegação de nulidade e im procedência da ação fiscal não procede, tendo em vista que a presente ação fiscal contém os elementos suficientes para determinar a infração e o infrator. O anexo I do RICMS/12, redação vigente no ano de 2018, Anexo I, que regulamenta sobre as mercadorias sujeitas a antecipação tributária (folhas 32) elenca essas mercadorias no Convênio 76/94 e inclui o Estado da Paraíba como signatário, divergindo da defesa que se refere ao Convênio 105/2009 (pág. 86)”*.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de defesa por parte da empresa autuada, fato constatado durante o trânsito das mercadorias entre o estado da Paraíba e o estado da Bahia, destino das mesmas.

A **empresa** autuada (inscrita neste estado na condição de substituo tributário) compareceu ao processo, abordando os aspectos da infração trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, com precisão e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Existem, entretanto, questões preliminares a serem analisadas, o que passo a fazer neste momento.

Quanto a sujeição passiva alegada pela autuada, por entender que não estava obrigada a realizar a substituição tributária dos produtos elencados na nota fiscal eletrônica de número 210.914, emitida em 11 de outubro de 2018, constante às fls. 07 a 12, argumento este não acolhido pelo autuante, da análise da mesma, observo que as mercadorias ali descritas se referem às NCM/SH 9619.0000, descritas como absorventes higiênicos e protetores diários, 3305.9000 (condicionador), 3303.0020 (colônia), 5601.2190 (hastes flexíveis tipo cotonete), 3307.2010 (desodorantes e antitranspirantes), 9603.2100 (escovas de dentes), 3306.2000 (fio dental), 3304.9990 (hidratantes), 3306.9000 (enxaguante bucal), 3401.3000 (sabonetes), 3401.1190 (sabonetes), 3305.1000 (shampoos).

Da análise do Anexo 1 ao RICMS/12 em vigor à época da autuação (outubro de 2018), constantes no site www.sefaz.ba.gov.br, mais especificamente no endereço eletrônico http://mbusca.sefaz.ba.gov.br/DITRI/normas_complementares/decretos/decreto_2012_13780_ricms_anexo_1_vigente_2018.pdf, verifico que as NCM/SH 3303.0020, 3305.9000, 3307.2010, 3304.9990, 3303.0020, 3401.3000, 3401.1190 e 3305.1000, efetivamente não se encontrariam listados no Anexo 1 do RICMS/12.

Todavia, para a NCM/SH 3306, o item 9.0 em seu subitem 9.172, onde se encontra listado tal NCM/SH (3306.1), prevê a substituição tributária apenas e tão somente para “dentríficos”, o que não é o caso das mercadorias inseridas na nota fiscal as quais possuem o NCM/SH 3306.2000.

No item 9.18 existe a previsão para a substituição tributária dos “fios utilizados para limpar os espaços interdentaes (fios dentais)”, com CFOP 3306.2, invocando a aplicação do Convênio ICMS 76/94, do qual o estado da Paraíba é signatário, mesma situação do item 9.19, que determina a substituição tributária para as mercadorias “outras preparações para higiene bucal ou dentária”, com CFOP 3306.9, situação dos enxaguantes bucais indicados na nota fiscal autuada, com o NCM/SH 3306.9000, com base no mesmo Convênio ICMS.

Por seu turno, os itens 9.23 e 9.24 preveem a substituição tributária para mercadorias de NCM/SH 9619 (tampões higiênicos e absorventes higiênicos externos), caso dos produtos listados na nota fiscal em apreço, com CFOP 9619.0000.

Também as mercadorias de NCM/SH 5601.21.9, constantes do Anexo 1, submetidas a substituição tributária, se caracterizando como as mesmas mercadorias inseridas na nota fiscal autuada, e com o mesmo NCM/SH (hastes flexíveis de uso não medicinal), no item 9.25, de acordo com a informação supra disponibilizada no site.

O mesmo se repete em relação aos produtos de NCM/SH 9603.2100 (escovas de dentes), devidamente listados no item 9.26 do Anexo 1 ao RICMS/12, ao se reportar a “escovas de dentes, incluídas as escovas para dentaduras”. Assim, ainda que parte das mercadorias integrantes da operação realizada eventualmente não se sujeite à substituição tributária, o que será devidamente analisado quando do exame do mérito da autuação, fato é que em relação aos acima elencados, seria cabível, sim, a substituição tributária, e consequentemente, a princípio, ficaria afastada a arguição de ilegitimidade passiva aventada na defesa.

Entretanto, tal texto normativo apresenta alguns equívocos que passaremos a mostrar.

De referência ao Convênio ICMS 76/94, base sobre a qual o Anexo 1 ao RICMS se estriba, conforme mencionado anteriormente, esclareço que o mesmo foi revogado pelo Convênio ICMS 228/2017, de

22 de dezembro de 2017, cuja ratificação nacional ocorreu através do Ato Declaratório 2/2018, do Secretário-Executivo do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), publicado em 12 de janeiro de 2018, a partir de quando passou aquele Convênio (228/2017) a produzir efeitos.

Entretanto, vigia na época, o disposto no Convênio ICMS 52/2017, de 07 de abril de 2017, o qual dispunha sobre as normas gerais a serem aplicadas aos regimes de substituição tributária e de antecipação do ICMS com encerramento de tributação, relativos às operações subsequentes, instituídos por convênios ou protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal, estabelecendo regras para a substituição tributária, sendo publicado em 28 de abril de 2017, através de Despacho do Secretário Executivo do CONFAZ, o qual traz em seu Anexo XIV a relação dos *“medicamentos de uso humano e outros produtos farmacêuticos para uso humano ou veterinário”*, onde não consta nenhuma das NCM/SH elencadas no documento fiscal que motivou a lavratura do Auto de Infração, o que, num primeiro momento vai de encontro à informação inserida quando da consulta ao site da SEFAZ/BA, em relação aos produtos submetidos à substituição tributária, dando razão aos argumentos da autuada, no tocante ao argumento de que não estando as mercadorias listadas no Convênio, não estaria obrigada a realizar qualquer retenção ou recolhimento a título de antecipação ou substituição tributária.

No mesmo Convênio, só que em seu Anexo XIX, estão listados os *“produtos de perfumaria e higiene pessoal e cosméticos”*, onde claramente se observa no item 49.0 o produto *“tampões higiênicos”* (NCM 6919.00.00), no item 50.0 *“absorventes higiênicos externos”*, com mesma NCM que o item precedente, no item 51.0 *“hastes flexíveis de uso não medicinal”* (5601.21.90), no item 58.0 o produto *“escovas de dente, incluindo as escovas para dentaduras”*.

No mesmo Anexo XIX, na redação vigente quando dos fatos geradores, vigia a redação seguinte para os produtos, de acordo com o Convênio ICMS 131/17, prevendo a substituição tributária para os seguintes produtos: no item 21.0, *“condicionadores”*, NCM 3305.90.00, no item 8.0, com NCM 3303.00.20 o produto *“água-de-colônia”*, NCM 3307.20.10, no item 27.0, o produto *“Desodorantes (desodorizantes) corporais líquidos, exceto os classificados no CEST 20.027.01”* de NCM 3307.20.10, NCM 3304.99.90 *“outros produtos de beleza ou de maquiagem preparados e preparações para conservação ou cuidados da pele, exceto as preparações solares e antissolares”* no item 15, no item 37.0 temos produto com a NCM 3401.3000 (produtos e preparações orgânicos tensoativos para lavagem da pele, na forma de líquido ou de creme, acondicionados para venda a retalho, mesmo contendo sabão), no item 34.0 o produto de NCM 3401.1190 (Sabões de toucador em barras, pedaços ou figuras moldados), e finalmente o artigo de NCM 3305.1000 (xampus para o cabelo) no item 17.

Todavia a cláusula segunda do referido Convênio, determina que: *“o regime de substituição tributária nas operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelas unidades federadas interessadas”*.

§ 1º A critério da unidade federada de destino, a instituição do regime de substituição tributária dependerá, ainda, de ato do Poder Executivo para internalizar o acordo específico celebrado pelas unidades federadas interessadas”.

Não se tem notícia de qualquer acordo específico celebrado entre o estado da Bahia e da Paraíba para as mercadorias em apreço, indicadas no documento fiscal autuado, o que invalidaria a cobrança, por falta de amparo legal.

Quanto ao Protocolo ICMS 105/2009, datado de 10 de agosto de 2009, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com produtos farmacêuticos, soros e vacinas de uso humano, este não possui o condão de produzir qualquer efeito sobre o presente lançamento, tendo em vista do fato de, como inclusive mencionado na peça defensiva, ter sido firmado entre os estados de Bahia e São Paulo, e no caso em análise, a operação autuada ocorreu entre os estados da Paraíba e da Bahia.

Com efeito, objetivando a implementação de políticas fiscais, a troca de informações e realização de trabalhos de fiscalização conjunta, além de abordar outros assuntos de interesse dos Estados e

do Distrito Federal, dois ou mais destes entes Federativos poderão celebrar entre si Protocolos, estabelecendo procedimentos comuns relativo a tributação e/ou fiscalização

Nesta hipótese, um dos celebrantes não poderá estabelecer diretrizes fiscais sobre outro Estado, salvo se este anuir ao Protocolo estabelecido. Assim, um Protocolo estabelecido entre São Paulo e a Bahia, como no caso concreto (Protocolo 105/09) não poderá ser aplicado para o estado da Paraíba, a menos que este último faça a sua adesão expressa ao mesmo.

Caso contrário, não produzirá qualquer efeito jurídico àqueles estados que não aderiram aos ditames do Protocolo celebrado, sendo importante se esclarecer, ainda, que os Protocolos são previamente submetidos à apreciação da COTEPE/ICMS, para fins de verificação de seu enquadramento às disposições exigidas para sua eficácia, vedado o estabelecimento de normas que aumentem, reduzam ou revoguem benefícios fiscais.

Após tal apreciação, com a consequente manifestação favorável da maioria dos representantes dos demais estados da Federação, a COTEPE/ICMS, e sendo assinado o Protocolo por todos os signatários, a Secretaria-Executiva realiza a sua publicação no Diário Oficial da União, para efeito de sua vigência, que somente ocorre após tal publicidade.

Assim, não sendo o estado da Paraíba signatário do mencionado Protocolo ICMS, seus efeitos e previsões não são cabíveis, diante dos fatos elencados acima.

Além disso, ainda que não aventada pela defesa, existe outra questão de suma importância para o deslinde da matéria, qual seja, o fato de não se encontrar nos autos qualquer remissão ao apensamento da memória de cálculo para apuração da base de cálculo, sequer a indicação de como o autuante chegou ao cálculo do valor lançado.

O artigo 39, inciso IV, alínea “b” do RPAF/99 prevê que o lançamento realizado através de Auto de Infração conterà *“a base de cálculo sobre a qual foi determinado o valor do tributo ou do acréscimo tributário, dispensada essa indicação nos casos de imposto lançado mas não recolhido, antecipação tributária e outras situações em que o valor a ser pago não resulte precisamente de uma base de cálculo específica, devendo, nesse caso, ser feita a demonstração do critério adotado na apuração do valor exigido”*.

Se por um lado estamos diante de hipótese de antecipação tributária total, com encerramento de fase de tributação, nos termos da regra normativa acima mencionada deveria o autuante explicitar de forma clara e objetiva como obteve o valor final do Auto de Infração, onde, como visto, existe uma gama variada de produtos, o que não fez.

Logo, tal omissão se constitui de forma cristalina em cerceamento do direito de defesa do contribuinte, que embora não tenha invocado tal fato em seu proveito, leva o julgador a suscitar de ofício.

Este entendimento se encontra pacificado no âmbito deste Conselho, sendo diversas as decisões no sentido da nulidade do feito ante tal fato, pois o lançamento foi feito sem qualquer demonstração do critério adotado para a apuração do imposto.

Ademais, a edição da Súmula 01 do CONSEF, com o seguinte enunciado: *“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”, reforça o entendimento ora explicitado.

Diante dos expostos motivos, julgo lançamento nulo, ao tempo em que recomento ao órgão competente avaliar a possibilidade de realizar no estabelecimento autuado a verificação junto ao estabelecimento da empresa autuada da regularidade do destaque e recolhimento do imposto devido em relação aos produtos especificados na legislação como sujeitos à substituição tributária, e constantes da operação que resultou na presente autuação;

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232421.1020/18-2** lavrado contra **JOHNSON & JOHNSON DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PARA A SAÚDE LTDA.**

Sala de Sessões do CONSEF, 16 de julho de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR