

A. I. Nº - 124157.0633/12-0
AUTUADO - THYSSENKRUPP ELEVADORES S. A.
AUTUANTE - ANTONIO JOSÉ DOS SANTOS
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 06/12/2012

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0272-03/12

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS REALIZADAS PELA INTERNET. Não restou caracterizado nos autos que os bens apreendidos foram adquiridos pela *internet* ou *telemarketing* nos termos da Cláusula Primeira do Protocolo ICMS 21/1011. Arguição de inconstitucionalidade não acolhida. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 07/05/2012, refere-se a lançamento de ICMS no valor de R\$ 7.584,65, acrescido da multa de 60% pela falta de recolhimento do ICMS antes da entrada no território deste estado, referente aquisições via *internet* ou por serviço de *telemarketing*, provenientes de outra unidade da Federação, no mês de maio de 2012. Consta na descrição dos fatos que o lançamento se refere ao ICMS diferença de alíquotas, devida por pessoa jurídica, não inscrita no cadastro de ICMS do estado da Bahia, conforme art. 297 do RICMS/BA e decreto 13.780/2012.

O autuado apresentou defesa às fls. 28/37, após breve resumo dos fatos diz que atua em todo o território nacional, através de suas unidades de negócios, sendo que sua sede encontra-se estabelecida no município de Guaíba - RS, onde está localizada a fábrica.

Informa que dentre outras atividades (venda dos produtos a seguir referidos, prestação de serviços de instalação, manutenção, conservação e modernização), fabrica elevadores, importa escadas e esteiras rolantes, pontes de embarque de passageiros (*fingers*) e produtos para acessibilidade de pessoas deficientes, inválidas e com mobilidade reduzida.

Afirma que no exercício de suas atividades, vendeu um elevador completo, parcialmente desmontado, para o Condomínio Edifício Apollo XXVIII, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 40555328/0001-99, a ser entregue na Av. Sete de Setembro, 2044, nesta capital.

Aduz que quando do ingresso da mercadoria no território desta unidade Federativa, foi lavrado o Auto de Infração e Apreensão ora impugnado, sob a alegação de falta de pagamento de parte do ICMS incidente, a diferença de alíquota decorrente do Protocolo 21/2011, regulamentado no âmbito deste estado através do decreto 13.780/12, cujo art. 2º determina que o estabelecimento remetente situado em outro estado assumira a condição de substituto tributário responsável pelo recolhimento do ICMS em prol do estado da Bahia, de acordo com o cálculo fixado no art. 3º do mesmo diploma legal.

Afirma, entretanto, não merecer prosperar a autuação em referência, pois, resulta de legislação inconstitucional e ilegal.

Sustenta que o imposto que supostamente seria devido, decorre da aplicação do Protocolo ICMS nº 21/2011, firmado unilateralmente pelos Secretários de Fazenda de algumas unidades Federadas (notadamente das regiões centro-oeste, norte e nordeste do Brasil), segundo o qual, as vendas interestaduais, não presenciais, de mercadorias para não contribuintes situados nos Estados firmatários implicará utilização de alíquota interestadual e não interna de ICMS, com recolhimento do imposto em favor destes Estados.

Assevera que a legislação que supostamente embasa a pretensão fazendária não se aplica ao caso em tela, pois o mencionado Protocolo 21 refere-se expressamente às aquisições "*de forma não presencial, por meio de internet, telemarketing ou showroom*" por consumidor final, ao passo que a compra dos bens apreendidos não resulta de nenhuma dessas operações.

Frisa que pratica meras vendas diretas promovidas pela sua matriz gaúcha, cujo pedido/contrato pode ser firmado pelo seu estabelecimento filial do estado da Bahia, evitando-se, com isso, que o adquirente tenha que se deslocar até o estado do Rio Grande do Sul.

Registra que a hipótese de incidência prevista na novel legislação não encontra correspondência no mundo fático, à medida que a aquisição não decorre de compra pela internet, telemarketing ou showroom. Diz ser esta, por si só, uma boa razão para se afastar a aplicação das regras previstas no Protocolo ICMS nº 21/2011.

Esclarece que no que respeita ao presente tópico, serve a Impugnação para permitir que as mercadorias comercializadas, faturadas e remetidas pelo estabelecimento Impugnante, situado no estado do RS e destinadas a não contribuintes do ICMS estabelecidos na cidade de Salvador, não sejam retidas nos postos fiscais desta última, pelo não recolhimento do ICMS exigido com base Protocolo ICMS nº 21/2011.

Observa que a legislação em comento criou nova hipótese de incidência de ICMS, na medida em que estabeleceu nova fórmula de partilha do imposto, entre os estados de origem e de destino da mercadoria. Afirma que a partir desse momento, a compra – por não contribuintes do imposto, localizados em algum dos estados signatários do aludido Protocolo ICMS nº 21/2011 - de mercadorias ou bens adquiridos de forma não presencial, efetuada junto a estabelecimentos localizados em qualquer outro estado da Federação passa a ser considerada operação interestadual.

Diz que o decreto 13.780/12 estabelece em seu art. 2º, inciso III, que o estabelecimento remetente situado em outro Estado assumirá a condição de substituto tributário responsável pelo recolhimento do ICMS em prol do estado da Bahia, de acordo com o cálculo fixado no art. 15, inciso I, alínea 'b' da Lei 7.014/96. Diz que o mencionado decreto infringe os arts. 155, 150 e 152 da CF/88 e os arts. 9º e 11 do CTN.

Observa que a norma do retro citado Protocolo de ICMS tem lugar quando as aquisições forem feitas por contribuintes, como determinado no art. 155, § 2º, inciso VII, alínea "b" da Constituição Federal, e este não seria o caso dos autos, haja vista que os contratantes Centro Empresarial Previnor e Condomínio Edifício Apollo XXVII, não são contribuintes de ICMS.

Afirma que o diferencial de alíquota somente deve ser aplicado quando o adquirente da mercadoria for contribuinte do ICMS. Diz que esta norma atenta contra os princípios da legalidade e nesse sentido invoca a decisão proferida nos autos da ADI nº 4565, dizendo ser relativa a caso semelhante, em que o estado do Piauí instituiu a cobrança do ICMS nas entradas de bens oriundos de outros estados da Federação destinados a pessoas físicas ou jurídicas não inscritas no cadastro de contribuintes do estado. Transcreve o mencionado acórdão.

Diz ainda ser importante atentar à bitributação decorrente da legislação em comento, na medida em que o mesmo fato gerador será integralmente tributado pelo estado fabricante através da aplicação da alíquota interna e parcialmente, pelo estado comprador em face da aplicação da alíquota interestadual.

Afirma que considerando que todas as vendas de elevadores partem de seu parque industrial situado no RS, e tendo ainda em mente que, a cada remessa destinada ao estado da Bahia para não contribuintes do ICMS, deverá procederá ao recolhimento do imposto com base na alíquota interna do estado do Rio Grande do Sul, haverá o justo receio de nova cobrança de parcela remanescente na forma do Protocolo ICMS nº 21/2011. Requer o acolhimento da impugnação, com a conseqüente declaração de total insubsistência do Auto de Infração.

O autuante produz a informação fiscal fls. 107/118. Diz que a defendente efetuou operação interestadual com mercadorias tributáveis elencadas na substituição tributária por antecipação, de acordo com Protocolo ICMS 21/11, e no art. 297 do RICMS/BA, decreto nº 13.780/12, através do DANFE nº 528196, que relaciona diversas peças e partes de um elevador desmontado, conforme cópia de contrato colacionado às fls. 56 à 102 deste PAF, originada no estado do Rio Grande do Sul e destinada a uso de empresa não contribuinte do ICMS no estado da Bahia. Desta maneira, teria incorrido em descumprimento da exigência contida na legislação pertinente, pelo fato de ter deixado de proceder à retenção do ICMS-ST e/ou efetuar o pagamento do imposto devido pela operação, na qualidade de sujeito passivo por antecipação tributária.

Esclarece que o ICMS foi instituído pela Lei nº 7.014/96, com o fito de defender os interesses do erário estadual. Transcreve o protocolo ICMS 21/2011. Sobre a incidência e enquadramento, transcreve dispositivos da Lei 7014/96. Reproduz argumentos da defesa.

Diz acostar ao PAF a fl. 119, que contém informações do site que a autuada mantém na internet no endereço eletrônico, <http://www.thyssenkruppelevadores.com.br>, onde se pode constatar o link à disposição dos clientes/consumidores, para aquisição de produtos via internet.

Aduz ser óbvio no caso em tela, que os fatos comprovariam que a aquisição dos produtos alvo do Termo de Apreensão nº 124157.0889/12-5 de 07/07/12, ocorreu de forma não presencial, portanto, passível de recolhimento do ICMS antecipado na forma preconizada pela Lei.

Assevera que a autuada não acostou ao PAF elementos que mudassem o seu entendimento e pudessem inibir a presente ação fiscal e pede que o auto de infração seja mantido na íntegra.

O autuado volta a se manifestar, fls.124/125. Diz que a operação de circulação de mercadorias objeto deste auto de infração não foi, como sugerido na informação fiscal, realizada pela *internet* e nem por qualquer outra maneira não presencial.

Sustenta que o *link* específico disponibilizado no site da impugnante para vendas *online* é destinado a pequenas compras isto é, peças avulsas, basicamente.

Diz que a operação realizada não pode ser feita desta forma simplificada, pois demanda uma visita técnica da impugnante no prédio cujo elevador será reformado, para avaliação das condições e necessidades. Afirma que operações bastante vultosas e cheia de detalhes, não se adequam aos formulários *online*.

Assevera que no caso específico, a venda foi efetivamente precedida da visita técnica e aperfeiçoada através de contrato específico que anexa fls.126/172. Pugna pela insubsistência da autuação.

VOTO

O Auto de Infração em lide acusa a falta de recolhimento do ICMS antes da entrada no território deste estado, referente a aquisições de mercadorias via *internet* ou por serviço de *telemarketing*, provenientes de outra unidade da Federação. Consta na descrição dos fatos que o lançamento se refere ao ICMS diferença de alíquotas, devida por pessoa jurídica, não inscrita no cadastro de ICMS do estado da Bahia.

Inicialmente, em relação à arguição de inconstitucionalidade da lei que embasou o lançamento fiscal, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Da análise dos elementos que compõem o PAF, observo que o autuante adotou formalidades equivocadas para materialização do lançamento fiscal, pois o valor do demonstrativo do débito está divergente daquele consignado no auto de infração, o que no presente caso, seria passível de julgamento pela nulidade, entretanto, com base no parágrafo único do art. 155 do RPAF/BA, ultrapasso a questão da nulidade, porque no mérito a exigência fiscal não subsiste.

O auto de infração foi lavrado no trânsito, quando o fiscal apreendeu mercadorias relacionadas no DANFE nº 528196 – peças para elevadores: chaves, clips, braço acionador, caixa de tomada, placa suporte, chumbador, kit fixação, rabicho aterramento etc., anexado às fls. 08/09. O autuante registrou que o sujeito passivo efetuou operação interestadual com mercadorias tributáveis elencadas na substituição tributária por antecipação, de acordo com Protocolo ICMS 21/11, e no art. 297 do RCIMS/BA, decreto nº. 13.780/12.

O Impugnante rebate a acusação fiscal dizendo que vendeu um elevador completo, parcialmente desmontado, para o Condomínio Edifício Apollo XXVIII, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 40555328/0001-99, a ser entregue na Av. Sete de Setembro, 2044, nesta Capital. No entanto, quando do ingresso da mercadoria no território deste estado foi lavrado o Auto de Infração e Apreensão sob a alegação de falta de pagamento de parte do ICMS incidente, mais especificamente a diferença de alíquota decorrente do Protocolo ICMS nº 21/2011, regulamentado no âmbito deste estado através do decreto 13.780/12, cujo art. 2º determina que o estabelecimento remetente situado em outro Estado assumira a condição de substituto tributário responsável pelo recolhimento do ICMS em prol do Estado da Bahia, de acordo com o cálculo fixado no art. 3º do mesmo diploma.

A regra disposta na cláusula primeira do Protocolo ICMS 21/2011 estabelece disciplina relacionada à exigência do ICMS nas operações interestaduais que destinem mercadoria ou bem a consumidor final, cuja aquisição ocorra de forma não presencial no estabelecimento remetente.

Esta regra foi absorvida pela legislação tributária do estado Bahia, art. 297 do regulamento de ICMS do estado da Bahia, Decreto nº 13.780/12, que assim dispõe:

Art. 297. Nas aquisições via Internet, telemarketing ou showroom efetuadas neste Estado por pessoa jurídica não contribuinte do ICMS ou por pessoa física, quando a remessa partir de outra unidade da Federação, o remetente deverá recolher, antes da entrada no território deste Estado, ICMS devido por antecipação tributária, aplicando-se a alíquota prevista nas operações internas e admitindo-se como crédito fiscal sobre o valor da operação uma das seguintes alíquotas. (Prot. ICMS 21/11).

Da leitura da norma acima, observa-se que a legislação refere-se expressamente às aquisições "de forma não presencial, por meio de internet, telemarketing ou showroom" por consumidor final, ao passo que no processo em discussão, não está devidamente caracterizada que a compra dos bens apreendidos tenha resultado de qualquer destas operações.

Observo que o autuado anexou fls.56/102, cópia do contrato firmado com o destinatário das mercadorias apreendidas, o Condomínio Edifício Apollo XXVIII, que conforme alegou, resultam em operações complexas inadequadas à uma compra realizada pela *internet* ou *telemarketing*. Da análise dos detalhes técnicos descritos no mencionado contrato, verifica-se a descrição das características físicas do equipamento existente no local e a descrição das necessidades e características do equipamento a ser instalado, o que justifica a alegação do autuado de visita técnica precedente ao contrato firmado, com detalhes de complexidade difíceis de serem realizadas numa operação não presencial através da *internet*.

Considerando que não há nos autos elementos a comprovar que as mercadorias objeto da infração, elencadas no DANFE nº 528196, que dão suporte a acusação fiscal, foram comercializadas pelo autuado na forma disposta pela Cláusula Primeira do Protocolo ICMS 21/2011, para que se sujeitem à exigência de ICMS por antecipação tributária prevista na regra do art. 297 do RICMS/2012, como reclama o autuante, a pretensão fiscal revela-se insubsistente em face de carecer de prova de sua ocorrência.

Diante do exposto, concluo pela insubsistência do auto de infração considerando que não se evidenciou a materialização da infração.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **124157.0633/12-0**, lavrado contra a **THYSSENKRUPP ELEVADORES S. A.**

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2012.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR