

PROCESSO - A. I. Nº 232207.0051/13-6
RECORRENTE - DABI ATLANTE S/A - INDÚSTRIAS MÉDICO ODONTOLÓGICAS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0060-01/14
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 28/08/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0234-11/14

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS COMPREENDIDAS EM ACORDOS INTERESTADUAIS. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias via Internet, telemarketing ou showroom, cabe ao contribuinte remetente efetuar o recolhimento antecipado do imposto devido ao Estado de destino, na forma do art. 297 do RICMS/BA/12. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso Voluntário interposto face ao teor do acórdão epigrafado que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 04/09/2013 para exigir ICMS no valor de R\$10.404,23, acrescido da multa de 60%, por imputar a falta de recolhimento do ICMS antes da entrada no território deste Estado, proveniente de outra unidade da Federação, nas aquisições via internet ou por serviço de telemarketing ou showroom.

O autuado defendeu-se às fls. 47 a 59, tendo o autuante prestado informação fiscal às fls. 88 a 92, cuja controvérsia foi dirimida com o julgamento, pela primeira instância deste CONSEF, sob o seguinte fundamento, "verbis":

"A exigência de que cuida o Auto de Infração em exame tem a sua origem no Protocolo ICMS nº21, de 1º de abril de 2011, cujas disposições foram recepcionadas pelo RICMS/BA/12, no seu art.297, sendo aplicáveis às aquisições interestaduais de mercadorias via Internet, telemarketing oushowroom, promovidas por pessoa jurídica não contribuinte do ICMS ou por pessoa física desteEstado, cabendo ao alienante efetuar o recolhimento do ICMS devido ao Estado da Bahia, comaplicação da alíquota correspondente à alíquota interna, deduzida de 7% (sete porcento), se as mercadorias se originarem das Regiões Sul e Sudeste, exceto Espírito Santo; ou de12 % (doze por cento), no caso de mercadorias oriundas das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e do Espírito Santo.

Assim dispõe o referido art. 297, do RICMS/BA/12:

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

I - 7% (sete por cento) para mercadorias ou bens provenientes das Regiões Sul e Sudeste, excetoEspírito Santo;

II - 12 % (doze por cento) para mercadorias ou bens oriundos das Regiões Norte, Nordeste eCentro-Oeste e do Espírito Santo.

§ 1º Para recolhimento do ICMS devido ao Estado da Bahia, nos termos deste artigo, seráutilizada a Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), que deveráacompanhar o trânsito, caso o remetente não possua inscrição de contribuinte neste Estado.

§ 2º Quando o remetente ou o transportador não recolher o imposto, o destinatário damercadoria ou bem, a seu critério, poderá assumir a responsabilidade pelo recolhimento doimposto, cujo pagamento será feito através de DAE.

§ 3º Nas saídas destinadas a pessoa jurídica não contribuinte do ICMS ou pessoa física, localizadas em Estado signatário do Prot. ICMS 21/11, cuja comercialização tenha ocorrido via Internet, telemarketing ou showroom, o ICMS devido ao Estado da Bahia será calculado aplicando-se a alíquota interestadual."

Conforme consignado acima, as disposições regulamentares reproduzidas são originárias do Protocolo ICMS 21/11, do qual o Estado da Bahia é signatário, tendo a referida norma pactuado autorizado que a unidade da Federação onde esteja localizado o destinatário exija a parcela do ICMS devida na operação interestadual em que o consumidor final adquire mercadoria ou bem através de internet, telemarketing ou showroom, portanto, de forma não presencial, atribuindo ao remetente, na condição de substituto tributário, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto, mesmo que estabelecido em Estado não signatário.

Verifico que não procede a alegação defensiva de que não ocorreu venda da mercadoria pela internet, telemarketing ou showroom, pois as vendas foram efetuadas por representante comercial promotor técnico de venda, sendo, dessa forma, impossível a aplicação do Protocolo nº 21/2011.

Em verdade, na nota fiscal arrolada na autuação consta a seguinte observação: "operação comercial realizada presencialmente tratados através de pedidos de vendas emitidos por vendedores contratados através de nossa filial". Por óbvio, tal observação permite concluir que neste caso a filial funcionou como um "showroom," restando evidente que a venda não foi realizada pela filial, com emissão do documento fiscal próprio, mas sim pelo estabelecimento autuado localizado no Estado de São Paulo emitente da nota fiscal.

Por certo que se tratando venda destinada a pessoa física ou jurídica não contribuinte do ICMS do Estado da Bahia, cuja aquisição ocorrer através de internet, telemarketing ou showroom, cabe ao remetente recolher o ICMS devido por antecipação tributária, aplicando a alíquota prevista nas operações internas utilizando comocrédito fiscal sobre o valor da operação a alíquota de 7% (sete por cento), por se tratar de mercadorias ou bens provenientes da Região Sul/Sudeste, antes da entrada no território deste Estado, utilizando Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), para acompanhar o trânsito, caso não possuísse inscrição de contribuinte neste Estado.

Relevante consignar que o legislador permitiu ao destinatário assumir a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, quando o remetente ou o transportador não o efetivar. Entretanto, no presente caso, não consta que isso tenha ocorrido, haja vista a inexistência nos autos do documento de arrecadação – DAE, comprovando o pagamento pelo destinatário.

Diante disso, considerando que nas aquisições interestaduais de mercadorias via internet, telemarketing ou showroom, realizadas por pessoa jurídica não contribuinte do ICMS ou por pessoa física deste Estado, a diferença do ICMS resultante da aplicação da alíquota interna sobre o valor da operação constante no documento fiscal, abatido o valor correspondente à aplicação da alíquota interestadual sobre o valor da operação, cabe ao Estado da Bahia, não sendo relevante para a exigência do imposto a destinação dada às mercadorias, a autuação é subsistente.

Quanto à arguição defensiva de que a multa de 60% é confiscatória, esclareço que esta foi corretamente apontada ao caso da lide, estando prevista na Lei 7.014/96, sendo desfeita este órgão julgador administrativo apreciar questões de constitucionalidade. Quanto à redução da multa, requerida pelo autuado, vale registrar que, por se tratar de penalidade decorrente de descumprimento de obrigação principal, a sua redução ao apelo da equidade, é de competência da Câmara Superior deste CONSEF.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário reiterando os mesmos argumentos expostos em sua impugnação inicial, para defender que a incorrência de venda não presencial realizada por internet, telemarketing ou showroom. E que, por isto, não cometeu a infração do art. 297 do RICMS/BA que guarda relação com o Protocolo ICMS 21/2011, o qual regulamenta a venda não presencial para não contribuinte do Estado da Bahia.

Acentua que a venda ocorreu através de seu representante legal no Estado da Bahia, o que alega ter sido desconsiderado pelo Fisco, sendo fundamental para o deslinde do feito a observância dos seguintes aspectos: que recolhe o ICMS devido na operação aos cofres do Estado de São Paulo; que não ocorreu a hipótese descrita no art. 297 do RICMS/BA e no Protocolo ICMS 21/2011, por não se tratar de venda não presencial realizada pela internet.

Nessa esteira, argui a ilegalidade e constitucionalidade do Protocolo ICMS 21/2011 e do art. 297 do RICMS/BA e sua inaplicação à hipótese presente.

Assim, prossegue alegando que não houve a venda da mercadoria pela internet, telemarketing ou showroom, mas tão somente por representante comercial que é seu promotor técnico de venda, e

que é inaplicável o Protocolo ICMS 21/2011, que diz ser flagrantemente constitucional, como também art. 297 do RICMS/BA.

Faz alusão ao art. 155, §2º, VII, “b”, da Constituição Federal, que transcreve, o qual alega estabelecer a aplicação de alíquota interna do Estado de origem nas hipóteses em que o destinatário da mercadoria não for contribuinte de ICMS, e que a incidência de ICMS sobre operação interestadual nos moldes estabelecido pelos dispositivos impugnados resulta em bitributação.

Adiante invoca o caráter confiscatório da penalidade de 60%, que deve ser reduzida para 20% do valor do imposto exigido, à luz da posição do STF. E que se o entendimento for pela aplicação de penalidade, que seja reduzida consoante a posição da Corte Suprema.

Por fim, requer a improcedência do Auto de Infração e sucessivamente a redução da multa para o patamar de 20%.

A PGE/PROFIS não foi instada a proferir parecer em face do valor do lançamento de ofício ser inferior ao piso legal.

VOTO

Mediante Recurso Voluntário o sujeito passivo exerce o contraditório em segunda instância, insurgindo-se em face da acusação fiscal que lhe imputa a falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária relativo à aquisição de mercadorias, oriundas de outra unidade federativa, nas aquisições via internet ou por serviço de telemarketing ou showroom -, não tendo sido recolhido antes da entrada neste Estado, à luz do que dispõe o art. 297, do RICMS-BA e nem o foi pelo destinatário, sendo este Estado signatário do Protocolo ICMS 21/11.

A acusação fiscal é de que cabia ao alienante efetuar o recolhimento do ICMS devido ao Estado da Bahia, e aplicar a alíquota correspondente à alíquota interna, deduzida de 7% (sete por cento), eis que as mercadorias são originadas da Região Sudeste, mais especificamente, o Estado de São Paulo.

O recorrente defende-se, em suma, por afirmar que tais vendas foram realizadas por seus representantes o que torna descabida a aplicação do referido Protocolo. Consta também que reconheceu que não funciona neste Estado da Bahia, mas no Estado de São Paulo, para quem recolheu o ICMS. Já a nota fiscal que ampara a exação consta a observação de que a operação comercial foi realizada por vendedores contratados por sua filial.

A incongruência entre o que o recorrente alega com o que dos autos consta como prova é flagrante. Se não tem filial no Estado da Bahia como a própria autuada admite, como consta da referida nota fiscal que a venda foi feita por representante de sua filial?

Disto resulta concluir que a tese recursal é insustentável, e como asseverado pelo Fisco baiano que prestou informação às fls. 88/92, uma vez que o sujeito passivo não possui filiais neste Estado, ao proceder à venda de forma não presencial, haveria de remeter as mercadorias na forma do art. 297, do RICMS-BA c/c Protocolo ICMS 21/11, ou seja, na condição de substituto tributário ter efetuado o recolhimento antecipado do ICMS devido, com aplicação da respectiva alíquota (7%), o que, todavia, não o fez, sendo, destarte, devedor do tributo exigido no Auto de Infração em tela, sendo, destarte, de ser rechaçada a alegação vazia de ter havido bitributação.

Neste contexto, vale destacar que ausente no PAFa prova com a juntada do DAE correspondente de que o destinatário da mercadoria também não recolheu o tributo em questão e nem também o transportador.

No que toca à confiscação da multa imposta, além de estar prevista na Lei nº 7.014/96, esta CJF não possui competência material para apreciar e julgar alegação de constitucionalidade.

Mantenho, por conseguinte, a Decisão recorrida sem nada a alterar.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232207.0051/13-6, lavrado contra **DABI ATLANTE S/A - INDÚSTRIAS MÉDICO ODONTOLÓGICAS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.404,23**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS