

**A. I. Nº - 232207.0051/13-6**  
**AUTUADO - DABI ATLANTE S/A INDÚSTRIAS MÉDICO ODONTOLÓGICAS**  
**AUTUANTE - RICARDO COELHO GONÇALVES**  
**ORIGEM - IFMT METRO**  
**INTERNET - 15.04.2014**

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0060-01/14**

**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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 04/09/2013, formaliza o lançamento de crédito tributário no valor de R\$10.404,23, acrescido da multa de 60%, em decorrência 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 apresentou defesa (fls. 47 a 59) apresentando, inicialmente, uma síntese dos fatos que culminaram com a autuação.

Depois adentra no mérito da autuação, sustentando que inocorreu venda não presencial realizada por internet, telemarketing ou showroom.

Diz que foi autuado por supostamente cometer infração ao art. 297 do RICMS/BA, em decorrência do Protocolo ICMS nº 21/2011, que regulamenta a venda não presencial para não contribuinte do Estado da Bahia, contudo, vendeu as mercadorias por meio de seu representante legal no Estado da Bahia.

Afirma que o autuante desconsidera dois fatos fundamentais, no caso: 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 nº 21/2011, por não se tratar de venda não presencial realizada pela internet.

Argui a ilegalidade e inconstitucionalidade do Protocolo ICMS nº 21/2011 e do art. 297 do RICMS/BA e sua não aplicação ao seu caso.

Alega, primeiramente, 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.

Diz que, além disso, as disposições do Protocolo 21/2011 e do art. 297 do RICMS/BA, são flagrantemente inconstitucionais por violarem as disposições constitucionais quanto à incidência do imposto nas operações interestaduais que destinem bens e serviços ao consumidor final pessoa física ou jurídica não contribuinte do ICMS. Invoca e reproduz nesse sentido o art. 155, §2º, VII, “b”, da Constituição Federal. Alega que esse dispositivo constitucional estabelece a adoção de alíquota

interna do Estado de origem nas hipóteses em que o destinatário da mercadoria não for contribuinte de ICMS.

Aduz que a incidência de ICMS sobre operação interestadual nos moldes estabelecido pelos dispositivos impugnados encerra bitributação, vedada pela Constituição Federal.

Alega que a multa no percentual de 60% tem o caráter de confiscatória, devendo se situar no percentual de 20% do valor do imposto exigido, conforme delineado pelo STF. Afirma que, caso se entenda pela efetiva aplicação de penalidade, é imperioso que seja reduzida a valores condizentes com a realidade e com as diretrizes do STF.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração. Requer, também, em caso de não acolhimento da improcedência, que seja determinada a redução da multa para o patamar de 20%.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 88 a 92) contestando a alegação defensiva de que as vendas foram realizadas por representante da empresa, afirmando que não guarda conformidade com os argumentos apresentados pelo autuado, pois os pedidos somente poderiam ser formalizados por uma das modalidades descritas no dispositivo legal. Acrescenta que como o estabelecimento não possui filiais no Estado da Bahia não existiria outra forma de adquirir os produtos.

Assevera que é indiscutível, e o próprio autuado reconhece ao descrever que a empresa não funciona no Estado da Bahia e sim no estado de São Paulo, informa ainda que o recolhimento do ICMS só foi devido ao Estado de São Paulo em total inobservância ao Protocolo 21/2011. Diz que a declaração do próprio autuado é o reconhecimento da ação fiscal.

Assinala que outro fator que merece ser destacado é em relação a uma suposta bitributação, que não encontra respaldo, pois foi a base legal para a ação fiscal. Aduz que o autuado aborda ainda uma suposta bitributação, esquecendo de observar que o Protocolo tem a finalidade de respeitar o pacto federativo que visa preservar *"a repartição do produto da arrecadação dessa operação entre as unidades federadas de origem e de destino."* Reproduz a título de esclarecimento o teor do Protocolo ICMS 21/2011.

Menciona que o CONSEF é bastante claro quanto o acima delineado. Transcreve a ementa atinente ao Acórdão JF nº 0045-01/13, a título exemplificativo.

Finaliza mantendo o Auto de Infração.

## VOTO

A exigência de que cuida o Auto de Infração em exame tem a sua origem no Protocolo ICMS nº 21, 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 ou showroom, promovidas por pessoa jurídica não contribuinte do ICMS ou por pessoa física deste Estado, cabendo ao alienante efetuar o recolhimento do ICMS devido ao Estado da Bahia, com aplicação da alíquota correspondente à alíquota interna, deduzida de 7% (sete por cento), se as mercadorias se originarem das Regiões Sul e Sudeste, exceto Espírito Santo; ou de 12 % (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 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 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):*

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

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

*§ 1º Para recolhimento do ICMS devido ao Estado da Bahia, nos termos deste artigo, será utilizada a Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), que deverá acompanhar 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 da mercadoria ou bem, a seu critério, poderá assumir a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, 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 pactual 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 como crédito 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 defeso a este órgão julgador administrativo apreciar questões de inconstitucionalidade. 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.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232207.0051/13-6**, lavrado contra **DABI ATLANTE S/A INDÚSTRIAS MÉDICO ODONTOLÓGICAS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.404,23**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de março de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR