

PROCESSO - A. I. Nº 152701.0373/15-1
RECORRENTE - ZARK IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0069-05/17
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10/05/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0052-11/18

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRO ESTADO. VENDA INTERESTADUAL DE PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (partes e peças automotivas). FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS-ST. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não possuindo o remetente, inscrição estadual no Estado da Bahia, o pagamento do imposto deverá ser efetuado na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso em virtude de o autuado não ser credenciado para fazê-lo em outro momento. Não acatadas as preliminares de nulidade suscitadas. Decisão não unânime. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, concretizada no Acórdão JJF Nº 0069-05/17, a qual, unanimemente, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 13/12/2015, para exigir o crédito tributário no valor total de R\$46.093,19, acrescido de multa de 60% decorrente da seguinte acusação: “*Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, no sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizado no Estado da Bahia (Protocolo 49/2008)*” Consta na descrição dos fatos: “*Falta de retenção e recolhimento de ICMS referente a venda de peças para motocicleta com destino a empresa Zark Imp. e Exp. Ltda., localizada na cidade de Vitória da Conquista – Bahia, IE 129075493- CNPJ 06966364/0003-79, conforme DANFE de nº 6700 emitido em 10/12/2015*”.

A autuada apresentou impugnação tempestiva às fls. 27 a 39, tendo o autuante prestado a informação fiscal de praxe às fls. 94/96.

No conduto do Acórdão JJF Nº 0069-05/17, o Auto de Infração foi julgado Procedente, tendo o voto do Relator se consubstanciado na seguinte literalidade:

“*O presente Auto de Infração modelo 4, lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias para exigir ICMS sob a acusação: “Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, no sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia (Protocolo 49/2008)”.*

Consta na descrição dos fatos: “*Falta de retenção e recolhimento de ICMS referente a venda de peças para motocicleta com destino a empresa Zark Imp. e Exp. Ltda., localizada na cidade de Vitória da Conquista – Bahia, IE 129075493- CNPJ 06966364/0003-79, conforme DANFE de nº 6700 emitido em 10/12/2015*”.

Na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade do lançamento sob o argumento de que não lhe foi apresentada nenhuma planilha demonstrando a suposta retenção a menor do imposto, não satisfazendo ou obedecendo à legalidade.

De fato o demonstrativo que dá sustentação a acusação, fl. 19, não se encontra assinado pelo representante da

empresa e também não foi localizado nos autos o comprovante de entrega ao contribuinte. Esta falha processual, de caráter formal, foi suprida através do encaminhamento do processo em diligência à Inspetoria de origem para que tomasse as devidas providências.

Assim, a mencionada planilha foi disponibilizada ao autuado através de comunicação via Edital nº 03/2016 publicado no Diário Oficial do dia 28/07/2016, com reabertura do prazo de defesa de 60 dias pelo motivo do contribuinte não ter sido localizado no endereço constante no Auto de Infração, conforme documento de folha 103, onde se verifica a seguinte justificativa: "mudança de endereço". Dessa forma fica afastada a nulidade suscitada.

No mérito, o autuado alega que se trata de empresa Matriz, localizada no Estado de São Paulo e tem como atividade econômica principal o atacado de peças e acessórios para motocicletas e motonetas. Assevera que em consonância com o disposto na cláusula primeira, § 2º, inciso II, do Protocolo 41/2008 e no art. 8º, § 8º, inc. I, da Lei Estadual nº 7.014/1996, efetuou transferências de mercadorias através do documento objeto da exigência fiscal, para a sua filial localizada neste Estado, que tem como objeto social o mesmo da sua Matriz.

Entende que de acordo com a cláusula primeira do Protocolo nº 41/2008 cujos Estados da Bahia e São Paulo, são signatários, o destinatário da mercadoria é o responsável pela retenção e recolhimento do imposto nas operações interestaduais com autopeças. Porém, ressalta que tal regime não se aplica no caso de remessas para outro estabelecimento do mesmo titular, desde que não varejista, conforme disposto no §2º, inciso II do mesmo Protocolo.

O Protocolo ICMS 41/08, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças, prevê na sua Cláusula primeira: "Nas operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único deste protocolo, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas signatárias deste protocolo, fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, relativo às operações subsequentes".

Por outro lado, o §2º, inciso II do mesmo Protocolo estabelece que o mencionado regime não se aplica às remessas de mercadorias destinadas a outro estabelecimento do mesmo titular, desde que não varejista.

Analizando os elementos que instruem o PAF, especialmente DANFE nº 6700, fl. 09, constato que o remetente está localizado no Estado de São Paulo, na cidade de Mooca, unidade da federação signatária do Protocolo ICMS 41/08. Verifico ainda que não consta no campo do referido documento "INC. ESTADUAL DO SUBST. TRIBUTÁRIO", qualquer informação, levando a concluir que se trata de empresa não inscrita neste Estado.

Todos os itens autuados estão classificados na NCM com o código 87141000- Partes e acessórios de motocicletas e o mesmo está indicado no Anexo I do Protocolo ICMS 49 de 08 de maio de 2008 que revogou os Anexos I e II do Protocolo 41/2008, razão pela qual, a princípio, fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto.

Por outro lado, de acordo com os dados cadastrais extraídos do sistema INC desta secretaria, fls. 12 a 14, verifica-se que a Filial inscrição estadual nº 129.075.493, destinatária das mercadorias, opera com diversas atividades dentre elas o comércio por atacado de peças e acessórios para veículos automotores, código 4530701 e também com o comércio a varejo de peças e acessórios para motocicletas, código 4541205.

Considerando que todas as mercadorias objeto do presente lançamento são partes e acessórios de motocicletas, enquanto não sobrevenha prova em sentido contrário é absolutamente legítimo deduzir que as mesmas foram destinadas ao comércio varejista da sua filial estabelecida neste estado, portanto, não preenchida a condição estabelecida no §2º, inciso II do mencionado Protocolo. Assim, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto relativo às operações subsequentes é do estabelecimento remetente, no caso a autuada.

Ressalto que nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, diante da existência do Protocolo ICMS 41/08, entre a Bahia e o Estado de São Paulo, e diante do fato do autuado não possuir inscrição estadual neste Estado o autuado está obrigado a recolher o imposto antes da entrada da mercadoria no território baiano, conforme disposto no art. 332, III, do RICMS/2012.

Desta forma, deve ser mantido o débito lançado no auto de infração, pois efetivamente demonstrado que houve infração à legislação tributária, quando o sujeito passivo não efetuou o recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, como devido e na forma prevista na legislação acima citada.

No que diz respeito à solicitação do sujeito passivo de reconsideração da situação fiscal da sua Filial estabelecida neste Estado, que segundo sua informação fora declarada Inapta em 22/12/2015, por operações fictícias/indícios de fraude, deixo de acatá-lo por não poder ser apreciado nesta fase processual. Ressalto, entretanto, que poderá o sujeito passivo, assim querendo encaminhar tal pedido à Repartição Fazendária responsável pela declaração de inaptidão da inscrição do mencionado contribuinte.

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

Inconformado com a Decisão proferida, o contribuinte formalizou Recurso Voluntário às fls. 132/143, objetivando a reforma do Julgado.

Inicialmente, fez uma descrição dos fatos observando que em virtude do inconformismo com o Auto de Infração lavrado, o contribuinte apresentou suas razões de defesa apresentando as razões fáticas e jurídicas que deveriam conduzir a declaração de improcedência do AI.

Contudo, não obstante a solidez da linha de argumentação apresentada, a 5^a Junta de Julgamento Fiscal prolatou o Acórdão JJF nº 0069-05/17 no qual julgou o Auto de Infração procedente, em procedimento, data máxima vénia, eivado de absoluta nulidade, em ato cerceador de contraditório e ampla defesa, conforme será demonstrado a seguir.

Preliminarmente argüiu a nulidade por cerceamento de defesa e da nulidade da intimação por edital.

Aduziu que em procedimentos delicados e tão importantes quanto o administrativo fiscal em questão, estender ao contribuinte os meios de prova invocados por ele para que sua defesa seja realizada amplamente é mais do que uma proteção ao próprio contribuinte, é medida protetiva ao próprio Fisco, pois tal extensão reveste o próprio Fisco de segurança quanto à legalidade de um procedimento, evitando assim, em momento posterior, até mesmo por eventual decisão judicial, que haja anulação de um Auto de Infração em todo seu procedimento por um cerceamento ilegal de um meio de prova, postergando sobremaneira a Ação Fiscal.

O dispositivo constitucional que trata sobre a matéria completa seu texto ao aduzir que é assegurado aos litigantes, em todo e qualquer processo, administrativo e judicial, a "ampla" defesa com todos os meios e recursos inerentes a ela.

Alegou que há de se convir que o comportamento pela Egrégia Junta é que seja coerente ao próprio procedimento adotado, não podendo adotar "dois pesos e duas medidas" para a forma de e intimação dos atos processuais, sob pena de exacerbado fiscalismo.

Em razão do demonstrativo que dá sustentação ao Auto de Infração não ter sido assinado pelo representante da empresa e também de inexistir o comprovante de entrega ao Contribuinte, foi determinado, pela JJF, a conversão do procedimento em diligência para que fosse reaberto o prazo de defesa de 60 dias.

Ressaltou que deveria o fiscal autuante intimar então o advogado constituído nos autos, em caso de não encontrar a empresa, como detalhou em seu relatório, ao invés de intimar por edital. Tanto que, de forma contraditória, este advogado foi intimado da decisão administrativa para, querendo, interpor Recurso Voluntário.

Questionou que: “*Ora, como é que se admite intimar o advogado constituído da decisão da junta para postular RECURSO VOLUNTÁRIO e não intimar da decisão para produzir provas? SOA DESARRAZOADO E CONTRADITÓRIO!*”

Como se vê em razão do contribuinte não ter sido localizado no endereço constante no Auto de Infração, a mencionada planilha foi disponibilizada por meio do Edital nº 03/2016 publicado no Diário Oficial de 28/07/2016.

Ocorre que, este procedimento adotado pela Secretaria da Fazenda nitidamente afronta a legislação vigente, representando uma violação ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa, garantias constitucionais expressamente previstas no art. 5º, inc. LV e LV da Constituição Federal.

Com efeito, na medida em que o Recorrente detém advogado regularmente constituído para defender os seus interesses, qualquer questão relativa ao andamento do presente feito deve ser objeto de conseqüente intimação deste advogado, na medida em que continua com o seu escritório profissional no mesmo endereço onde recebeu decisão ultima, não tendo sido intimado

desta decisão de conversão do procedimento em diligência e nem da abertura de um novo prazo para apresentação de defesa de 60 dias, tem-se, portanto, a nulidade do Edital nº 03/2016, que representou um cerceamento do direito de defesa.

Outrossim, o contribuinte detém domicílio tributário eletrônico regularmente constituído, não tendo sido publicada qualquer decisão relativa a reabertura do prazo de defesa.

Nesse passo, impõe-se reconhecer a nulidade do Edital nº 03/2016 e, por consequência, a necessidade de ser reaberto o prazo de 60 dias para apresentação de defesa.

Como esta nulidade fulmina todos os atos praticados posteriormente, tem-se também que reconhecer a nulidade do Acórdão JJF nº 0069-05/17.

Em consonância com o exposto, em razão da violação do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, requer-se a declaração de nulidade do Edital nº 03/2016 e de todos os atos praticados posteriormente a este, notadamente, do Acórdão JJF nº 0069-05/2017 e, por consequência, a reabertura do prazo de 60 dias para apresentação de defesa, por se tratar de nulidade insanável.

Adentrando aos fatos alegou que conforme comprovam os documentos que seguem em anexo ao presente Recurso, a Zark Importação e Exportação Ltda. detém sede na Rua Guarantinguetá, nº 234 - 236 - Mooca - São Paulo - SP, tendo como código de atividade econômica principal 45.41-2-02, que corresponde ao comércio por atacado de peças e acessórios para motocicletas e motonetas.

Sendo assim, em estrita observância da legislação vigente, após serem cumpridas todas as formalidades estabelecidas no Código Civil, no Código Comercial e na legislação esparsa, foi aberta uma filial da empresa em Vitória da Conquista, situada na Avenida Juracy Magalhães, nº 175 - C, Bairro Boa Vista, cujo objeto social é o mesmo da matriz, conforme prescrito na Cláusula Primeira, do Instrumento Particular de Alteração e Consolidação de Sociedade Limitada aos Termos da Lei nº 10.406/02, in verbis.

CLÁUSULA PRIMEIRA - Os sócios resolvem de comum acordo ABRIR uma FILIAL, sito à Av. Juracy Magalhães, nº 175 - C - Boa Vista - Vitória da Conquista - BA - CEP: 45026-090, cujo Objeto Social será o mesmo da Matriz. O valor do Capital Social será de R\$ 30.000,00 (Trinta Mil Reais), divididos em 30.000 (trinta mil) quotas no valor de R\$ 1,00 (Hum Real) cada uma, subscritas pelos sócios, à saber:

Dessa forma, em consonância com o quanto prescrito na cláusula primeira, § 2º, inciso 11, do Protocolo 41/2008 e no art. 8º, § 8º, inc. I, da Lei Estadual nº 7.014/1996, a Zark Importação e Exportação Ltda. procedeu a transferência de mercadoria de sua matriz, situada no Estado de São Paulo, para a sua filial, situada no Estado da Bahia. Assim, cumprindo rigorosamente o quanto estabelecido na legislação vigente não procedeu a retenção antecipada do ICMS, uma vez que se tratava de mercadoria destinada a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado. Nesse diapasão, demarque-se o quanto prescrito na legislação vigente, transcreveu a cláusula primeira do Protocolo ICMS 41/2008 e o parágrafo 2º inciso II da referida cláusula, bem como o artigo 8º, § 8º, inciso I, da Lei nº 7.014/1996, como suporte das suas razões.

Contudo a requerente sofreu a autuação com o seguinte fundamento:

“Descrição dos Fatos

Falta de retenção e recolhimento de ICMS referente a venda de peças para motocicletas com destino a empresa zark imp. e exp. Ltda., localizada na cidade de Vitória da Conquista - Bahia IE nº 129075493 - cnpj nº 06966364/0003-79. conforme danfe nº 67003515120696636400010755001000006700100006700 1

Infração - 55.28.01

Proceder a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, no sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuinte localizado no Estado da Bahia (Protocolo 49/2008).

*Enquadramento: Art. 10 da lei 7014/96 C/C cláusulas segunda e terceira do Protocolo ICMS 41/08.
Tipificação: art. 42, inciso 11, alínea "a" da lei 7.014/96 Multa Aplicada: 60% “*

Teceu comentários sobre a transferência de mercadoria de matriz para filial e da retenção do ICMS, observando que conforme já demarcado, a legislação vigente expressamente autoriza nas hipóteses de transferência de mercadoria da empresa atacadista de sua matriz para a filial, que não haja a retenção antecipada do ICMS, sendo até mesmo objeto de súmula pelos tribunais superiores, como se verifica da Súmula nº 166, editada em 1996:

"Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte."

Transcreveu ementas, sobre o tema, de decisões do STJ em Mandados de Segurança e Agravos Regimentais.

Aduziu que a ZARK Importação e Exportação agiu em estrita observância da legislação vigente, não cometendo nenhuma infração a legislação tributária, sem qualquer incidência tributária para lançamento do imposto ora pretendido pela autoridade autuante, impõe-se observar que a sua atividade econômica principal é de natureza atacadista, nunca tendo sido realizado inclusive, ao longo de toda sua existência, qualquer atividade no setor varejista, não havendo nenhum registro contábil de venda a varejo em todos os anos de atuação da empresa.

Entende que não merece a decisão prolatada no Acórdão JJF nº 0069-05/17 que como fundamento para a sua decisão assentou que:

Considerando que todas as mercadorias objeto do presente lançamento são partes e acessórios de motocicletas, enquanto não sobrevenha prova em sentido contrário é absolutamente legítimo deduzir que as mesmas foram destinadas ao comércio varejista da sua filial estabelecida neste estado, portanto, não preenchida a condição estabelecida no § 2º, inciso 11 do mencionado Protocolo. Assim, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto relativo às operações subsequentes é do estabelecimento remetente, no caso a autuada.

Claro está que a área de atuação da autuada é o comércio atacadista de peças de motocicletas. Assim, ao contrário da decisão prolatada, os documentos juntados em sede de Recurso Voluntário comprovam que todas as vendas realizadas nos anos de 2016 e 2017 referem-se a atividade atacadista (a empresa começou a funcionar na Bahia no ano de 2016). Anexou aos autos cópias de notas fiscais relativas aos produtos vendidos nestes anos de funcionamento da empresa que comprovam de forma indiscutível que a área de atuação da empresa é o comércio atacadista, e a legislação vigente autoriza a transferência de mercadoria da matriz para filial, sem que exista retenção antecipada do ICMS.

Concluiu requerendo que:

"Logo, ante o tudo quanto exposto, baseado em considerações de natureza eminentemente técnicas, pedimos que este Egrégio Conselho de Fazenda em razão da violação do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, requer-se a declaração de nulidade do Edital nº 03/2016 e de todos os atos praticados posteriormente a este, notadamente, do Acórdão JJF nº 0069-05/2017 e, por consequência, a reabertura do prazo de 60 dias para apresentação de defesa."

"Ultrapassada a preliminar requerida, o que não acreditamos, mas ante ao princípio da eventualidade, no mérito, requer o acolhimento das presentes razões de recurso para reformar a decisão da Egrégia Junta de Julgamento, reconhecendo a improcedência do auto de infração."

VOTO

Consoante detalhadamente relatado, objetiva o vertente Recurso Voluntário formalizar o inconformismo do autuado em relação ao Auto de Infração epigrafado, lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias para exigir ICMS sob a acusação de: *"Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, no sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados no Estado da Bahia (Protocolo ICMS 49/2008)"*.

Na sua peça recursiva o contribuinte concentra sua argumentação levantando a nulidade da

autuação com fundamento na ilegitimidade da intimação do autuado, para atender ao quanto solicitado pela JJF para o cumprimento de diligência com o objetivo de proporcionar ao sujeito passivo a apresentação de documentos que julgava importantes para sua defesa, intimação essa que por não ter sido possível se concretizar pelos meios tradicionais ou seja correspondência registrada nos Correios e Telégrafos, foi efetuada através de edital publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia.

Após exame cuidadoso, posiciono-me no sentido de não assistir razão ao sujeito passivo no tocante à nulidade da autuação.

Entendo que a Intimação de um contribuinte, deve ser feita através de correspondência emitida pela repartição fiscal que esta envolvida na apuração, no entanto se não se logra êxito na entrega da intimação, que deve ser recebida e assinado o protocolo de recebimento, por preposto da empresa envolvida, por questão de o endereço registrado no cadastro na inspetoria da SEFAZ não corresponder mais ao endereço que o contribuinte se encontra instalado nesse momento, a legislação indica objetivamente que a referida intimação deve ser efetuada por meio de edital a ser publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia, com força legal para se concretizar os efeitos a que se propõe a convocação do contribuinte.

O fato do recorrente alegar que o documento deveria ser entregue no escritório do advogado que estaria habilitado no processo, não pode ser considerado pois a revogação da procuração do advogado, é um ato passível de acontecer sem o conhecimento da repartição estadual.

Portanto, entendo que tendo a intimação sido devolvida pelos correios outra alternativa, não se apresenta na legislação, a não ser a publicação de edital para convocação, conforme rege a lei do ICMS.

Rejeito, por não se encontrar amparo legal, o pedido de nulidade da Ação Fiscal.

Tangentemente ao mérito o sujeito passivo, argüiu em sua defesa que a legislação estadual, no caso a cláusula primeira §2º, inciso II, do protocolo 41/2008 combinado com o artigo 8º, §8º, inciso I, da Lei Estadual nº 7.014/1996 que reza que nas operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único deste protocolo, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas signatárias deste protocolo, fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, relativo às operações subsequentes.

§ 2º O disposto neste protocolo não se aplica às remessas de mercadoria com destino a:

11 - outro estabelecimento do mesmo titular, desde que não varejista, salvo se a unidade federada de destino dispuser de forma diferente em sua legislação.

Lei Estadual nº 7.014/1996

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

§ 8º Salvo disposição em contrário prevista em regulamento, não se fará a retenção ou antecipação do imposto quando a mercadoria se destinar:

I - a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, no caso de transferência de estabelecimento industrial ou de suas outras filiais atacadistas, localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto referente às operações internas subsequentes.

Da interpretação da legislação e da verificação dos documentos acossados aos autos pelo recorrente concluo que:

O recorrente alegou que o estabelecimento destinatário das mercadorias que foi objeto da autuação exerce atividade econômica principal o atacado de peças e acessórios para motocicletas

e motonetas. Nesta situação aplicando-se o disposto na Cláusula primeira, § 2º, II, do Prot. 41/2008 e no art. 8º, § 8º, I, da Lei Estadual nº 7.014/1996, o ICMS-ST deveria ser recolhido pelo destinatário.

Conforme apreciado na Decisão da primeira instância, o §2º, II do Prot. ICMS 41/08 estabelece que o mencionado regime não se aplica às remessas de mercadorias destinadas a outro estabelecimento do mesmo titular, desde que não **varejista**.

Por sua vez o DANFE nº 6700 (fl. 09) indica que o remetente localizado no Estado de São Paulo, que é signatária do Prot. ICMS 41/08 não possui inscrição estadual (Bahia) como substituto tributário e os produtos estando classificados na NCM 87141000- Partes e acessórios de motocicletas, indicado no Anexo I do Prot. ICMS 49/2008 revogou os Anexos I e II do Prot. 41/2008, razão pela qual, a princípio, fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto.

Também o destinatário (fls. 12 a 14) exerce diversas atividades, entre elas o comércio por atacado de peças e acessórios para veículos automotores, código 4530701 e também com o comércio a varejo de peças e acessórios para motocicletas, código 4541205.

Ou seja, o estabelecimento autuado não carreou ao processo provas de que o estabelecimento destinatário exerce atividade de comércio em atacado de partes e acessórios de **motocicletas**, que foi objeto da autuação em atendimento ao disposto no §2º, II do Prot. 41/08.

Também, estando às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária relacionadas no Prot. ICMS 41/08 em operações por contribuintes localizados nos Estados signatários do citado Protocolo, não possuindo inscrição estadual neste Estado (substituição tributária) o sujeito passivo estava obrigado a recolher o ICMS-ST antes da entrada da mercadoria no território baiano, conforme disposto no art. 332, III, do RICMS/2012, por meio de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE).

Ressalte-se que o recorrente acostou às fls. 144 a 220 diversas NFe e GNRE relativo a operações com autopeças em operações com diversas unidades da Federação, mas não acostou comprovação de pagamentos relativo a operações com o Estado da Bahia o que levou a Secretaria da Fazenda/Bahia a declarar “*Inapta em 22/12/2015, por operações fictícias/indícios de fraude*” (fl. 35) conforme declarado na sua defesa.

E ainda, não foi trazido ao processo provas de que o ICMS-ST incidente sobre as operações entre Matriz/SP e filial/BA tenha sido recolhido pelo estabelecimento destinatário.

Assim sendo, deve ser mantida a Decisão ora recorrida de que o “*débito lançado no auto de infração, pois efetivamente demonstrado que houve infração à legislação tributária, quando o sujeito passivo não efetuou o recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, como devido e na forma prevista na legislação acima citada*

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO DISCORDANTE (Preliminar de nulidade)

Com a devida vênia, divirjo do posicionamento adotado pelo i. Relator, por entender serem pertinentes as alegações trazidas em sede preliminar pela empresa Recorrente.

Compulsando os autos, verifiquei que o patrono da empresa encontrava-se constituído desde o início, tendo, inclusive, realizado a impugnação inicial do Contribuinte.

Ademais, como bem salientado pelo recorrente, não consta no presente Auto de Infração assinatura do representante da empresa, muito menos comprovante de entrega ao Contribuinte, o que ensejou por parte da JJF a conversão do procedimento em diligência para que fosse reaberto o prazo de defesa de 60 dias.

Ressalte-se que o fiscal autuante não encontrou a empresa, intimou-a por edital. Em nenhum momento intimou o advogado constituído nos autos, para ciência/manifestação no presente

processo administrativo. Em caráter contraditório, o advogado foi intimado da decisão administrativa somente em fase de Recurso Voluntário.

Em que pese não existir a obrigatoriedade de envio das intimações para o endereço do Patrono da empresa, conforme arts. 108 e 109 do RPAF/99, a nossa jurisprudência pátria tem entendido que:

“... se o contribuinte tem advogado constituído no processo mediante instrumento de mandato com endereço, as intimações devem ocorrer na pessoa do seu advogado porque é de se supor a transferência do jus postulandi no processo administrativo à semelhança do que ocorre no processo judicial, na medida em que é direito do cidadão transferir seu direito de defesa técnica a quem tem habilitação legal e profissional para tanto. (TFR-1 – APELAÇÃO CÍVEL: AC 6698 GO 0006698-96.2001.4.01.3500).”

Assim, em respeito aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, bem como o Princípio da Verdade Material dos fatos e do Devido Processo Legal, objetivo fulcral de todo e qualquer Processo Administrativo Fiscal, entendo ser, não só pertinente como de lídima justiça, o retorno dos autos à primeira instância, para que seja reaberto o prazo de 60 dias para apresentação de defesa, por se tratar de nulidade insanável.

Assim, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 152701.0373/15-1, lavrado contra ZARK IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$46.093,19, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de nulidade) - Conselheiros(as): Eduardo Ramos de Santana, Valnei Sousa Freire, Paulo Danilo Reis Lopes, José Roservaldo Evangelista Rios e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DISCORDANTE (Preliminar de nulidade) – Conselheira: Laís de Carvalho Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de março de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

LAÍS DE CARVALHO SILVA – VOTO DISCORDANTE

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS