

A. I. N° - 210614.0228/18-3
AUTUADA - SIRONA DENTAL COM. DE PRODUTOS E SISTEMAS ODONTOLÓGICOS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ NALDO JESUS SANTOS
ORIGEM - IFMT - METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 17.05.2019

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0056-05/19

EMENTA: ICMS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DIFAL. REMESSAS DE BENS A PESSOA NÃO INSCRITA NO CADASTRO DO ICMS. EMENDA CONSTITUCIONAL 87/2015. Restou comprovado que as operações autuadas envolveram remessas de bens a pessoa não inscrita na condição de contribuinte no Estado da Bahia. As provas documentais trazidas ao processo não elidem a autuação. Contrato apresentado na fase de defesa revela que a locação foi firmada com pessoa jurídica sediada no Estado de São Paulo. Incidência das regras de responsabilidade tributária previstas na EC 87/2015, disposições da Lei 7.014/96 e Convênio ICMS 93/2015. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 03/12/2018, na fiscalização do trânsito de mercadorias, no valor de R\$51.744,00, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, contendo a seguinte imputação:

Infração 01 – 62.01.02 – O remetente e/ou prestador localizado em outra unidade da federação, inclusive optante pelo simples nacional, que não efetuou o recolhimento do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista no EC nº 87/2015, nas saídas de mercadorias, bens e serviços destinados a consumidor final – contribuinte ou não – localizado neste Estado.

Consta no campo Descrição dos fatos do A.I.: *“Falta de recolhimento do ICMS na qualidade de substituto tributário conforme determina a Emenda Constitucional 87/2015 sobre as mercadorias que constam nos DANFES 63448, 63518 e 63437 emitidos pela empresa, a mesma citada com CNPJ também já citado antes da entrada no Estado da Bahia nas remessas de outra unidade da federação (SC) de mercadorias tributadas como não tributadas e destinadas ao CENTRO ODONTOLÓGICO VAMOS SORRIR BAHIA LTDA, CNPJ 28.942.629/0001-70, não contribuinte do ICMS, conforme cadastro RICMS/BA”*.

O contribuinte foi notificado do lançamento de ofício em 13/12/2018 e ingressou com defesa administrativa protocolada em 10/01/2019, peça processual anexada às fls. 30 a 45 dos autos, subscrita por advogado devidamente constituído através de instrumento procuração (docs. fls. 49 a 51).

Inicialmente a impugnante consignou ser pessoa jurídica que atua na comercialização atacadista, na importação e exportação de máquinas, aparelhos e equipamentos médicos, científicos, produtos odontológicos, suas peças e acessórios, manutenção, revisão, conserto, locação, representação comercial e assistência técnica de máquinas, aparelhos e equipamentos médicos e científicos, suas partes e peças em geral. Que na consecução de seu objeto social, necessita frequentemente proceder com a remessa de seus produtos para outros Estados.

Neste sentido, a Impugnante firmou contrato de locação de certos produtos com clientes localizados no Estado da Bahia, a fim de que utilizassem os equipamentos odontológicos durante o período contratado. Ressaltou que em tal operação não há efetivamente a transferência de titularidade destes equipamentos para o locatário, mas sim, o mero empréstimo destas, não sendo a mesma sujeita à tributação pelo ICMS. Disse que os produtos enviados compõem o ativo

imobilizado da Impugnante, não configurando “circulação de mercadoria” para fins de incidência do ICMS, conforme dispõe o próprio RICMS/BA.

Ressaltou em seguida, ter sido a empresa, por meio de seu representante legal, surpreendida com a lavratura do presente Auto de Infração, exigindo o montante de R\$51.744,00 (cinquenta e um mil, setecentos e quarenta e quatro reais), acrescido de multa e juros, em virtude de suposta infração descrita na peça de autuação em referência, tendo em vista o não recolhimento de ICMS e ICMS-DIFAL.

Após destacar a tempestividade da peça impugnatória a defesa passou a discorrer acerca das razões de fato e de direito que afastariam a cobrança do ICMS lançado no presente Auto de Infração.

Teceu algumas considerações acerca do instituto do ICMS- DIFAL instituído pela Emenda Constitucional 87/2015, que alterou o §2º do artigo 155 da CF/88, bem como o artigo 99 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para tratar da sistemática de cobrança do ICMS sobre as operações que destinem bens e serviços ao consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado.

Neste sentido, o inciso VII do referido artigo prevê que nas operações que se destinem ao consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário, o recolhimento dos impostos correspondente ao DIFAL (diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual). Assim, quando o destinatário não for contribuinte do imposto, a responsabilidade pelo recolhimento deste, correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, é do remetente da mercadoria.

Na hipótese tratada no presente auto de infração, a Autoridade autuante atribuiu responsabilidade à Impugnante pelo pagamento do ICMS-DIFAL supostamente devido na saída de mercadoria, ocorrida em novembro de 2018, de estabelecimento situado no Estado de Santa Catarina com destino ao estabelecimento do cliente da Impugnante em Salvador – Bahia.

Arremata a defesa, porém, que os produtos objeto das operações que ensejaram a presente cobrança não estão sujeitos ao recolhimento do ICMS nas operações interestaduais, tampouco se sujeitam à incidência do ICMS-DIFAL, de acordo com as razões a seguir expostas:

I – Para o nascimento da obrigação tributária do ICMS é necessária a presença de três elementos: (i) operações; (ii) circulação; e (iii) mercadorias. Apenas na coexistência dos três elementos (operações, circulação e mercadorias) pode-se falar em incidência do ICMS, e, na ausência de quaisquer destes elementos, não haverá a incidência deste imposto.

II - Neste sentido, o termo “circulação” deve ser entendido como a passagem das mercadorias de uma pessoa para outra, **com a consequente mudança de patrimônio**, o que não se vislumbra no presente caso, visto que se trata de locação de bens móveis.

III - Da mesma forma, impõe-se a análise do termo “mercadoria”, devendo ser compreendido como objeto de mercancia, de comércio, podendo ser definido como qualquer objeto natural ou manufaturado, que se possa trocar e que, além dos requisitos comuns a qualquer bem econômico, reúne outro requisito extrínseco: a destinação ao comércio.

IV – Frisou a defendente que a locação de bens móveis não se equipara, nem se confunde com quaisquer das hipóteses de incidência do ICMS, restando ausente, neste caso, o requisito indispensável sem o qual a exação não pode ser cobrada. Isso porque, a hipótese de incidência do ICMS somente ocorrerá com a mudança da titularidade do domínio da mercadoria, o que não ocorreu no presente caso por se tratar de locação, o qual uma das partes cede à **outra o uso e o gozo de coisa não fungível, permanecendo com o locador a titularidade do bem**.

Transcreveu lições do tributarista pátrio Roque Antônio Carrazza acerca da hipótese de incidência do ICMS, nos seguintes termos: *“O ICMS incide sobre operações com mercadorias (e não sobre a simples circulação de mercadorias). Só a passagem de mercadorias de uma pessoa para outra, por força da prática de um negócio jurídico, é que abre espaço à tributação por meio de ICMS.”*

Entende-se encontrar demonstrado nos autos que as mercadorias enviadas pela Impugnante, consubstanciadas nas Notas Fiscais (DOC. 02 – fls. 66 a 68), nº 63448 (i); 63437 (ii) e 63518 (iii) são objeto do contrato de locação (DOC. 03 – fls. 70 a 72), conforme a relação dos equipamentos disposta no anexo I (fl. 78); (iv) bem como os pré-requisitos de instalação específicos para estes (fl. 79) (v), não devendo haver sobre elas qualquer tipo de tributação.

Entende-se que se encontra perfeitamente caracterizada a locação, tendo em vista o valor ajustado, disposto na Cláusula 3ª do referido contrato, com a seguinte redação:

DOS ALUGUÉIS

Cláusula 3ª: *Pela locação do(s) Equipamentos(s) a locatária pagará à Sirona o aluguel mensal de R\$4.000,00 (quatro mil reais), por equipamento locado ("Aluguel").*

Parágrafo Primeiro: *O Aluguel ora pactuado será pago pela locatária no dia 10 (dez) do mês seguinte ao vencimento, mediante boleto bancário enviado pela Sirona ao e-mail da locatária (...), ou ainda de outra forma que venha a ser previamente indicada pela Sirona à locatária.*

(...)

Sobre o tema, transcreveu decisão exarada por este CONSEF, originária da 2ª Câmara de Julgamento, formalizada através do Acórdão nº 0359-12/17, publicado em 14/11/2017, destacando o seguinte trecho:

“(...) Assim, considerando que o fato gerador do ICMS é o negócio jurídico que transfere a posse ou a titularidade de uma mercadoria, a mera saída física da mercadoria do estabelecimento não constitui ‘circularização’, para efeito de incidência do ICMS, haja vista que não há mudança de sua titularidade por força de uma operação jurídica, tal como: compra e venda, doação ou permuta.”

Argumenta, em complemento, que mesmo que se entenda que tais equipamentos estejam sujeitos à tributação, estes estão acobertados pela isenção disposta no RICMS/BA, haja vista que integram o ativo imobilizado da Impugnante. Em outras palavras, os bens que compõem o ativo imobilizado da empresa, por sua vez, mantêm a própria fonte produtora de receitas da pessoa jurídica, não podendo ser confundido com mercadoria, pelo fato de não ser adquirido com o propósito de mercancia, ou seja, não ser objeto de comércio. Assim, conforme o disposto na alínea “a”, do inciso XXIII, do artigo 265 do RICMS/BA, são isentos de ICMS, os bens que integram o ativo permanente para prestação de serviço, desde que retornem ao estabelecimento de origem, *in verbis*:

“Art. 265. São isentas do ICMS:

(...)

XXIII - as remessas internas e os retornos, de bens integrados ao ativo permanente, bem como de moldes, matrizes, gabaritos, padrões, chapelonas, modelos e estampas (Conv. ICMS 70/90): a) para prestação de serviços fora do estabelecimento, desde que devam retornar ao estabelecimento de origem; ou”

Neste sentido, haja vista o item III - Condições, compreendido no contrato de locação ora acostado, resta claro que os equipamentos locados serão devolvidos à Impugnante em 10/12/2021.

No tocante à diferenciação entre mercadoria e ativo imobilizado, a defesa destacou na peça impugnatória o entendimento do prof. Hugo de Brito Machado e decisão originária deste CONSEF a seguir, sucessivamente, transcritas:

Prof. Hugo de Brito Machado (Curso de Direito Tributário, 30ª edição, São Paulo, Malheiros, 2009, p.139:

"Evidentemente, o bem que entra no estabelecimento empresarial para consumo, ou para integrar o Ativo Permanente, não é mercadoria. O conceito desta determina-se em relação a cada empresa. Só é mercadoria o bem que, na empresa a que pertence, é destinado ao comércio"

(CONSEF, Acórdão CJF nº 0186-11/02, 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, Publicado em 12/06/2002).

“(...)Ao contrário da conclusão do Relator da 4ª JJF, entendendo que os produtos que estão em discussão nesta autuação são, de fato, bens do ativo imobilizado, pois, como bem colocado pelo recorrente, o

fato de que o estoque existente na fábrica seja proporcional às saídas, não descaracteriza a função destes bens, pois, em decorrência do tipo de atividade desenvolvida pela empresa autuada, as garrafas são adquiridas para suprir o desfalque do seu estoque causado pela substituição das garrafas danificadas, o que faz cair por terra o argumento utilizado pelo juízo "a quo", ainda mais se considerarmos que as aquisições são posteriores às substituições.

(...)

Assim, considero não haver fato gerador do ICMS nestas operações pois, sendo os vasilhames bens do ativo do autuado, não havendo o retorno, ou mesmo quando o retorno se dá com vasilhames danificados, cabe à autuada a cobrança de um valor a título de ressarcimento pelo prejuízo causado ao seu patrimônio."

Ressaltou ainda a defesa que no mesmo sentido já se posicionou o Supremo Tribunal Federal(STF), de que a venda de bens do ativo imobilizado não deve ser tributada pelo ICMS, haja vista não serem mercadorias, transcrição abaixo:

EMENTA; ICMS. VENDA DE BENS NO ATIVO FIXO DA EMPRESA. NÃO INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. A venda de bens do ativo fixo da empresa não se enquadra na hipótese de incidência determinada pelo art. 155, f, b, da Carta Federal, tendo em vista que, em tal situação, inexistente circulação no sentido jurídico-tributário: os bens não se ajustam ao conceito de mercadorias e as operações não são efetuadas com habitualidade. Recurso extraordinário não conhecido. (STF. Recurso Extraordinário 194300, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 24/04/1997, DJ 12-09-1997)

Sendo assim, a defesa advoga a tese de que **se a venda do ativo fixo não é fato gerador para incidência de ICMS, entende-se que a locação do ativo fixo, pelo mesmo motivo, não poderá sofrer tributação.**

Neste mesmo contexto, destaca que o STF consolidou o entendimento segundo o qual o mero deslocamento de mercadoria, sem que haja a transferência de titularidade não é hipótese de incidência para a cobrança do ICMS:

"Agravos regimentais em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Tributário. 3. ICMS. Mero deslocamento de mercadoria sem transferência de titularidade. Inexistência de fato gerador. Precedentes. 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento." (STF, ARE 769582 AgR-segundo, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 20/10/2015)"

Dessa forma, de acordo com o acima exposto, tanto a locação de bens como os bens que compõem o ativo fixo estariam fora do campo de incidência do ICMS, por não haver transferência de titularidade da mercadoria locada, bem como por não haver circulação jurídica da mercadoria, mas, tão somente a circulação física.

De acordo com o acima exposto, restou demonstrada na presente defesa que não são devidos os valores de ICMS pela Impugnante.

A defesa sustenta que o presente Auto de Infração deve ser julgado totalmente improcedente e, por conseguinte, afastada a aplicação da multa.

Entretanto, e apenas a título argumentativo, caso seja o entendimento pela manutenção do Auto de Infração, a impugnante argumenta que a multa imposta, equivalente a 60% do valor do imposto devido, fere o princípio da capacidade contributiva além de possuir nítido efeito confiscatório. Violação ao artigo 150, inciso IV da CF/88, que impede que todo e qualquer ente político, com poder de imposição fiscal emanado da mesma Carta, venha a cobrar tributo ou penalidades (multas), que tenham nítido e ostensivo caráter de confiscar a propriedade privada [artigos 51, XXII, XXIII: 170,11 e III da CF/88).

Ponderou que o C. Supremo Tribunal Federal, ao apreciar os percentuais de multa aplicados aos contribuintes, já se manifestou no sentido de que esta penalidade não pode ser superior a 20% do valor do tributo, sob pena de ofensa ao princípio do não confisco, a saber:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. MULTA MORATÓRIA DE 30%. CARÁTER CONFISCATÓRIO RECONHECIDO. INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO À

LUZ DA ESPÉCIE DE MULTA. REDUÇÃO PARA 20% NOS TERMOS DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE. 1. É possível realizar uma dosimetria do conteúdo da vedação ao confisco à luz da espécie de multa aplicada no caso concreto. 2. Considerando que as multas moratórias constituem um mero desestímulo ao adimplemento tardio da obrigação tributária, nos termos da jurisprudência da Corte, é razoável a fixação do patamar de 20% do valor da obrigação principal. 3. Agravo regimental parcialmente provido para reduzir a multa ao patamar de 20%." (AgRg/RS 727872, Relator Ministro Roberto Barroso, Jul. 28/04/2015, DJe 15/05/2015)

Para melhor elucidação do tema, esclarece que o princípio da proporcionalidade deve ser apreciado sob três aspectos: adequação, necessidade e o princípio da proporcionalidade *sfricfo sensu*. Esclarece que o princípio, adequação, exige que o meio utilizado pela norma seja hábil a obtenção do fim pretendido. O segundo, necessidade, exige que o meio utilizado pela norma seja o menos gravoso para o ordenamento jurídico e para os cidadãos (caso existam outros meios menos gravosos, o ato será desproporcional, por desnecessidade). O terceiro, proporcionalidade *stricto sensu*, exige a avaliação entre o bem jurídico tutelado pela norma e as consequências oriundas do meio utilizado em sua persecução.

Sob esta perspectiva afirma que o Estado ao aplicar multa que corresponde a quase a totalidade do imposto originalmente devido pelo contribuinte, deixa esta de possuir caráter meramente punitivo, educativo, e passa a assumir características arrecadatórias, acarretando enriquecimento sem causa do Poder Público.

Acrescentou a defendente, que infração e penalidade tem, necessariamente, uma correlação, devendo haver um equilíbrio entre a falta cometida e a sanção a ser imposta, traduzindo-se como a proporcionalidade entre a falta e a penalidade. Portanto, sustenta que a multa exigida deve ser considerada como ostensivamente confiscatória, porque o seu valor não guarda qualquer respaldo do ponto de vista infracional, constituindo-se inequívoca ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ao finalizar a peça de defesa, o contribuinte pede que o Auto de Infração seja julgado totalmente IMPROCEDENTE. Outrossim, protestou pela juntada de outros documentos relacionados aos fatos descritos na presente defesa.

Foi prestada **informação fiscal**, peça processual juntada às fls. 95 e 95 verso, dos autos.

Registrou, de início, que a apuração do ICMS foi realizada com base nas informações existentes nas notas fiscais anexas ao processo, tendo por base legal a Emenda Constitucional nº 87/2015. Que as operações autuadas se referem à circulação de mercadorias tributadas declaradas como não tributadas, e que a não incidência do ICMS se deu por disposição da legislação do Estado de Santa Catarina, sendo classificada no documento fiscal como "Outras saídas de mercadorias". Contudo, não foi feita nenhuma referência nas notas fiscais que as mercadorias se destinavam à locação no Estado da Bahia. Frisou que essa circunstância teria que ter sido registrada nos documentos fiscais.

Em acréscimo, afirmou que o contrato de locação apresentado na peça de defesa tem como locatário outra empresa, a V.P. Odontologia Ltda, CNPJ nº 20.459.922/0001-79, com sede em São Paulo, não estando em conformidade com os documentos objeto da ação fiscal, que indicam por destinatário estabelecimentos do Centro Odontológico Vamos Sorrir, localizados no Estado da Bahia.

Destacou ainda que as mercadorias acobertadas pelos documentos fiscais mencionados às páginas 06, 07 e 08 deste PAF foram postas em circulação pelo Estado da Bahia, sem que houvesse comprovação que se destinavam à locação e não se fizeram acompanhar dos correspondentes documentos de arrecadação do imposto.

Acrescentou que a empresa remetente, ora autuada, não possui inscrição no Cadastro do ICMS do Estado da Bahia e que as operações autuadas envolveram remessas de mercadorias novas, importadas do exterior, sem pagamento do imposto, acondicionadas nas embalagens do fabricante e repassadas diretamente aos destinatários indicados nos documentos fiscais.

Transcreveu a norma da EC 87/15 para frisar que a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente ao DIFAL é do remetente, quando o destinatário das mercadorias não for

contribuinte do imposto.

Finalizou a peça informativa pedindo pela manutenção da integralidade dos lançamentos constantes do Auto de Infração por entender que as operações autuadas se referem a vendas de mercadorias para não contribuinte do ICMS sujeitas ao pagamento antecipado do DIFAL pelo remetente.

VOTO

O Auto de Infração em lide, é composto de uma única imputação relacionada à falta de recolhimento do ICMS, na qualidade de substituto tributário, por força da normatização contida na Emenda Constitucional 87/2015, nas operações interestaduais de saídas de mercadorias acobertadas pelas notas fiscais acostadas às fls. 6, 7 e 8 deste PAF, emitidas pela empresa, ora autuada, localizada em outra Unidade da Federação (Santa Catarina), com destino à pessoa jurídica, consumidor final, não contribuinte do ICMS neste Estado (Bahia).

A exigência fiscal envolve a cobrança do ICMS – DIFAL (diferencial de alíquotas), violando o contribuinte, segundo consta na peça acusatória, além das disposições da EC nº 87/15, as regras contidas na Lei do ICMS do Estado da Bahia (Lei nº 7.014/96), especialmente o art. 2º, inc. IV e seu § 4º, inc. II; e o art. 49-B, que prescrevem que o ICMS incide sobre as operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens e serviços a consumidor final, localizado neste Estado, contribuinte ou não do imposto, se atribuindo a responsabilidade pelo pagamento do tributo ao remetente quando o destinatário das mercadorias não for contribuinte do ICMS. Fundamenta também o lançamento em exame, as disposições do Conv. ICMS 93/2015, que dispõe sobre os procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra Unidade Federada.

O contribuinte, na fase de defesa, sustenta que as operações não estariam sujeitas à incidência do ICMS, por envolverem remessas de bens de seu ativo fixo em locação, conforme atestaria previsto no contrato de aluguel anexado a este PAF (doc. fls. 70 a 92). Argumentou, ainda, a inexigibilidade do imposto nas saídas de bens do seu ativo imobilizado para posterior retorno, visando a prestação de serviço pactuado contratualmente. Em pedido alternativo, caso mantida a autuação no que se refere ao imposto, requer a exclusão da multa pecuniária de 60%, sustentando a sua excessividade e o caráter confiscatório da referida cobrança, em ofensa ao art. 150, inc. IV da Carta Magna de 1988.

A partir da análise dos documentos acostados aos autos, passo a decidir a presente lide tributária.

O primeiro fato impeditivo da cobrança do ICMS, apontado na peça de defesa, está relacionado à existência de um contrato de locação que teria acobertado a remessa dos bens do Estado de Santa Catarina, para os destinatários localizados no Estado da Bahia.

A prova documental trazida aos autos não é capaz de elidir a infração, visto que o instrumento contratual apresentado pela defesa, tem por locatário, pessoa distinta dos destinatários das mercadorias, consignados nos documentos fiscais de fls. 6, 7 e 8 (DANFES nº 63.518, nº 63.448 e nº 63.437). Consta no contrato (fl. 70) que as remessas em locação foram pactuadas com empresa V.P. Odontologia Ltda, CNPJ nº 20.459.922/0001-79, com sede em São Paulo, não estando em conformidade com os documentos objeto da ação fiscal, que indicam por destinatários, estabelecimentos do Centro Odontológico Vamos Sorrir, localizados no Estado da Bahia, CNPJ nº 24.594.900/0001-72 (Feira de Santana); CNPJ nº 28.942.629/0001-70 (Salvador); e, CNPJ nº 19.753.785/0001-00 (Salvador). Ademais nas notas fiscais (DANFES) não consta, em qualquer campo dos referidos documentos, informações de que as mercadorias se destinavam à locação no Estado da Bahia.

Ademais, no curso da ação fiscal, restou demonstrado pelo agente fiscal autuante que as operações autuadas envolveram remessas de mercadorias novas, importadas do exterior, sem pagamento do imposto, acondicionadas nas embalagens do fabricante e repassadas diretamente aos destinatários indicados nos documentos fiscais, caindo por terra a segunda afirmação defensiva, impeditiva da cobrança do ICMS, de que os bens integravam o ativo imobilizado da empresa remetente e que foram enviados para este Estado em locação.

Ausentes documentos probantes a sustentar as afirmações defensivas, mantenho a cobrança do

imposto lançado a título de ICMS DIFAL, visto que está caracterizada a venda dos bens a não contribuinte do ICMS do Estado da Bahia. Verificada, portanto, no caso concreto, a ocorrência de fato gerador do imposto. O mesmo devido ao Estado da Bahia, em conformidade com o valor lançado no Auto de Infração, e com fundamento nas disposições da Emenda Constitucional nº 87/2015; art. 2º, inc. IV e seu § 4º, inc. II; e o art. 49-B da lei do ICMS do Estado da Bahia (Lei nº 7.014/96), e Convênio ICMS 93/2015, que dispõe sobre os procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra Unidade Federada.

Por se tratar de operação que destinou mercadorias a não contribuinte do ICMS, localizado no Estado da Bahia, o pagamento do imposto é de responsabilidade do remetente, ora autuado, com domicílio tributário no Estado de Santa Catarina.

No que se refere ao pedido subsidiário de exclusão da multa, sob a alegação de excessividade da cobrança no percentual de 60%, e de efeito confiscatório da penalidade, que seria vedado pela Constituição Federal de 1988, são arguições de inconstitucionalidade. Por força do artigo 167, inciso I do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade de normas integrantes do ordenamento jurídico, motivo pelo qual, este colegiado não pode adentrar em tal discussão, e sobre a mesma exarar decisões.

Ademais, as decisões judiciais trazidas pela defesa em socorro da tese da autuada, não possuem efeito vinculante, razão pela qual não podem ser aproveitadas a seu favor.

Frente ao acima exposto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210614.0228/18-3**, lavrado contra **SIRONA DENTAL COM. DE PRODUTOS E SISTEMAS ODONTOLÓGICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$51.744,00**, previsto no artigo 42, inciso II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de abril de 2019.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA