

PROCESSO - A. I. Nº 269616.0013/17-1
RECORRENTE - ALLIED S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0075-02/19
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/01/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0342-12/20-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS-ST. A obrigatoriedade de retenção e recolhimento do ICMS devido por vendas a contribuintes localizados no Estado da Bahia decorre do Convênio ICMS 135/06. Para remetente localizado no Estado de São Paulo (Estado não signatário) é necessária celebração de Termo de Acordo com o Estado da Bahia. A retenção e recolhimento do ICMS-ST é necessária quando as vendas se destinam a comercialização. Vendas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária para empresas comerciais há necessidade do responsável proceder a retenção e recolhimento do ICMS-ST. Afastada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. A autuada elidiu parte da infração. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a 2ª Junta de Julgamento Fiscal em face da decisão da referida JJF, exarada através do Acórdão JJF nº 0075-02/19, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/03/2017, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$49.236,32, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte infração:

Infração 01 – Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia no período de julho, setembro, outubro e dezembro de 2014. Janeiro, abril a dezembro de 2015 e fevereiro de 2016.

Multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigo 10 da Lei nº 7.014/96 c/c Cláusulas primeira, segunda, terceira, quarta e quinta do Convênio ICMS 135/06.

Em sede de defesa, a empresa autuada apresentou peça impugnatória às fls. 17 a 27. Defendeu preliminarmente a nulidade do Auto de Infração em razão da presunção da ocorrência da infração e falta de correspondência entre os fatos e a infração imputada ao sujeito passivo. Além de precariedade do lançamento e cerceamento à ampla defesa e contraditório.

Arguiu também, à luz do art. 142 do CTN, que a descrição dos fatos que justificam a exigência do tributo, acompanhada do expresso destaque do dispositivo legal tido por infringido são elementos essenciais do lançamento, sob pena de nulidade do mesmo. No mérito tratou do regime jurídico da substituição tributária, da inexigibilidade do ICMS-ST em operações interestaduais de venda de mercadorias a consumidores finais e da necessidade de cancelamento das penalidades impostas.

O autuante apresentou Informação Fiscal às fls. 181 a 182. Afirmou que todas as operações foram realizadas com alíquotas interestaduais reduzidas de 4% e 7%, aplicáveis a operações destinadas a contribuintes inscritos e explicou que na hipótese de serem comercializadas diretamente a consumidores finais deveria ser aplicada a alíquota de 17%. Informou que na hipótese alternativa

de que as mercadorias se destinaram ao ativo fixo dos destinatários, caberia a retenção do ICMS complementação de alíquota em favor do Estado da Bahia, fato que não ocorreu, além do que tal hipótese não se sustenta. Por fim, concluiu serem desprovidos de fundamento os argumentos trazidos pela defesa e se manifestou pela manutenção do Auto de Infração em sua totalidade.

Isto posto, o presente Processo Administrativo Fiscal foi encaminhado para a 2ª Junta de Julgamento Fiscal. A 2ª JJF exarou decisão pela Procedência em Parte da autuação no valor de R\$6.715,72, acrescido da multa de 60%, prevista nos artigos 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, a seguir transcrita:

“(....)

Trata o presente lançamento de ofício, da constituição de crédito tributário relacionado a uma única infração descrita nos autos, totalizando R\$49.236,32, acrescido da multa de 60%.

Inicialmente verifico que o auto de infração foi lavrado em conformidade com o disposto no art. 39 do RPAF/99. Não houve qualquer violação aos princípios constitucionais que regem o procedimento e o processo administrativo fiscal, em especial, os da legalidade, da ampla defesa, e do contraditório, pois que o contribuinte autuado apresentou as razões de defesa demonstrando pleno conhecimento e entendimento da acusação.

Rejeito as preliminares de nulidade suscitadas, pelas razões expostas e por não encontrar amparo em nenhum nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

Indefiro a solicitação de diligência, com fulcro no art. 147, inc. I, alínea “a”, do RPAF/99, por considerar que os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação de minha convicção.

No mérito, as exigências se referem à falta de retenção do ICMS-ST, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, prevista no Convênio ICMS 135/06.

A acusação contempla as vendas realizadas pela autuada na condição de responsável pela retenção do ICMS devido por substituição tributária de aparelhos de telefonia celular a cinco estabelecimentos localizados na Bahia, conforme relação a seguir.

Inscrição Estadual	Razão Social	Atividade Econômica Principal		Atividade Econômica - Secundária	
017.808.989	Dealer Marketing Promoção Comer e Serv. de Tecn. Ltda	7319002	Promoção de vendas	4649402	Comércio atacadista de aparelhos eletrônicos de uso pessoal e doméstico
080.645.269	Redefone Comercio e Serviços Ltda.	6190699	Outras atividades de telecomunicações não especificadas anteriormente	4789099	Comércio varejista de outros produtos não especificados anteriormente
023.617.209	Lojas Insinuante Ltda.	4649401	Comércio atacadista de equipamentos elétricos de uso pessoal e doméstico	4753900	Comércio varejista especializado de eletrodomésticos e equipamentos de áudio e vídeo
051.180.708	Lojas Le Biscuit S/A	4755502	Comercio varejista de artigos de armário	4649402	Comércio atacadista de aparelhos eletrônicos de uso pessoal e doméstico
082.888.222	Arm Telecomunicações e Serviços de Engenharia S/A	4221904	Construção de estações e redes de telecomunicações	-	Não possui

A inscrição estadual da autuada no cadastro de contribuintes, na condição de SUBSTITUTO/RESPONSÁVEL ICMS DESTINO, esteve ativo até 12/02/2019, exercendo a atividade com CNAE-fiscal 4652400 - COMÉRCIO ATACADISTA DE COMPONENTES ELETRÔNICOS E EQUIPAMENTOS DE TELEFONIA E COMUNICAÇÃO. Atualmente encontra-se BAIXADA.

Para permitir a retenção e o recolhimento do ICMS-ST devido nas vendas de aparelhos de telefonia celular, cartões inteligentes (SMART CARD e SIM CARD) para contribuintes sediados no Estado da Bahia, foi deferido pela Administração Tributária do Estado da Bahia Regime Especial para celebração de TERMO DE ACORDO entre o Estado e a empresa, conforme Parecer nº 21.874/2011, emitido em 10/10/2011.

Assim, a partir da concessão do regime especial, a autuada estava obrigada a reter e recolher aos cofres do fisco baiano o ICMS-ST nas operações de vendas a contribuintes localizados no território baiano dos supracitados produtos.

Em sua defesa, a autuada alega que a acusação se fundamenta em uma presunção de que as vendas realizadas teriam ocorrido para destinatários que promoveram operações subsequentes, presunções estas, segundo entende, não foram comprovadas através de documentos, e assim, não autoriza ao fisco concluir que houve infração à legislação nas operações.

Assegura ainda, que as operações se deram exclusivamente para destinatários que adquiriram as mercadorias na condição de consumidores finais, razão pela qual não há como exigir o ICMS aplicando a sistemática da

substituição tributária, haja vista que as operações subsequentes presumidas não ocorreram.

Para o deslindo da lide, há de se esclarecer se as mercadorias foram destinadas a contribuintes cuja atividade esteja vinculada a comercialização dos produtos ou se tratam de pessoas jurídicas, porém na qualidade de consumidores finais.

Se tratando de vendas para destinatários, segundo a autuada, como consumidores finais, há de ser examinado os efeitos da Emenda Constitucional nº 87/2015, com vigência partir de 1º de janeiro de 2016, que alterou a sistemática de cobrança do ICMS nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, não contribuinte do imposto, localizado em outro Estado.

No período anterior a EC 87/15, nos termos do art. 155, §2º, inc. VII, alínea “a” da Constituição, o imposto devido deve ser calculado e recolhido ao Estado de origem, aplicando a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte do imposto, e alíquota interestadual se contribuinte do imposto, não cabendo nada ao Estado destinatário.

Publicada em 17/04/2015 a Emenda Constitucional 87, alterou o inciso VII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal, que passou a ter a seguinte redação:

“Art. 155...

§ 2º...

VII – nas operações e prestações que se destinem bens e serviços a consumidor final, contribuintes ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual

VIII - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:

- a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto;*
- b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto;”*

Assim, as alíquotas interestaduais passaram a ser aplicadas quando as operações se destinem a consumidores finais, extinguindo a distinção entre consumidor final e contribuinte, no que diz respeito à arrecadação do ICMS.

As alterações foram recepcionadas pela Lei nº 7.014/96 conforme art. 15, incisos I e II e independentemente de ser consumidor final ou não do imposto, o tributo devido será o mesmo e haverá a divisão do valor arrecadado entre o estado de origem e o estado de destino da mercadoria ou serviço.

Como regra de transição foi acrescentado o art. 99 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, de modo que os Estados de origem das mercadorias ou serviços tributados pelo ICMS, se adequassem a nova sistemática das operações destinadas a consumidores finais não contribuintes do ICMS.

Observo que para os fatos geradores objetos da autuação ocorridos de julho, setembro, outubro, dezembro de 2014, janeiro, abril a dezembro de 2015, estava vigente as regras anteriores a promulgação da EC 87/2015, para fevereiro de 2016, valiam as novas regras.

As operações realizadas, cujos destinatários foram as cinco empresas sediadas na Bahia, apenas uma delas, não exerce atividade relacionada com comercialização. Trata-se da empresa ARM TELECOMUNICAÇÕES E SERVIÇOS DE ENGENHARIA S/A., inscrita no Cadastro da Bahia sob o nº 082.222.888, cuja atividade econômica consta cadastrada na SEFAZ, sob o código 4221904 – Construção de estações e redes de telecomunicações.

Constatou que as atividades desenvolvidas, pelos outros quatro destinatários arrolados na autuação, segundo dados cadastrais, demonstram que todos exercem atividades de comercialização, inclusive dos itens remetidos pela empresa autuada.

Resta concluir que há obrigatoriedade do remetente das mercadorias, no caso, a autuada, para as empresas baianas que comercializam os itens sujeitos a substituição tributária por força do Convênio ICMS 135/06, proceder a retenção e recolhimento do ICMS-ST, na forma estabelecida pela legislação como substituto tributário, o que não ocorreu.

Por outro lado, não há evidências ou provas nos autos que autorizem concluir que que os itens adquiridos pela empresa ARM TELECOMUNICAÇÕES E SERVICOS DE ENGENHARIA S/A., se destinaram à comercialização, por se tratar de empresa dedicada a atividade de engenharia.

Portanto, a autuada agiu de forma correta em relação as operações de vendas a empresa supracitada, tanto para os fatos geradores antes da vigência da EC 87/15, quanto para a única venda após 01/01/2016.

Sob a vigência das novas regras estabelecidas pela EC, o único caso ocorrido em 02/02/2016 a autuada comprova através da nota fiscal nº 229.859, ter recolhido o ICMS ao Estado de São Paulo, pela alíquota

interessadual de 7%, assim como procedeu ao recolhimento do diferencial de alíquota para a Bahia, considerando o adquirente não ser contribuinte do ICMS, conforme se observa no comprovante de pagamento da Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE que anexa à fl. 177 e 178. Portanto, a autuada procedeu de forma correta em observância a legislação vigente.

Por tudo exposto, considero que a retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária é devido para operações cujos destinatários foram as empresas com atividades econômicas relacionadas com a comercialização de itens remetidos pela autuada. Sendo correta a autuação em relação as operações com os citados destinatários.

Desta forma, elaborei novo demonstrativo de débito com os valores devidos.

Data da Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo - R\$	Alíquota %	Multa	Valor Histórico (R\$)
30/10/2014	08/11/2014	11.929,11	17,00	60,00	2.027,95
30/06/2015	09/07/2015	10.614,87	17,00	60,00	1.804,53
30/07/2015	08/08/2015	594,82	17,00	60,00	101,12
30/08/2015	08/09/2015	594,79	17,00	60,00	101,11
30/11/2015	09/12/2015	14.619,85	17,00	60,00	2.485,37
30/12/2015	08/01/2016	1.150,77	17,00	60,00	195,63
Total					6.715,72

Quanto a arguição de que a multa aplicada tem caráter confiscatório não subsiste. O art. 150, inc. IV, da Constituição Federal, veda aos entes federativos a utilização do tributo com efeito de confisco. A multa por se tratar de penalidade a infração tributária consiste em sanção a ato ilícito, razão pela qual não está sujeita ao princípio da vedação ao confisco.

Ademais, não se pode falar em multa confiscatória pelo fato da mesma ser legalmente prevista para a infração apurada, com disposição expressa no art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96.

Deixo de apreciar pedido de constitucionalidade, em razão deste Colegiado não ter competência para tanto, consoante disposto no art. 167, inc. I do RPAF/99.

Por derradeiro, é importante consignar que as referências evocadas pela defesa de julgados neste CONSEF, não socorrem a autuada, pois apesar de tratarem de matéria semelhante, são casos essencialmente diversos da situação analisada no presente processo.

Pelo exposto, voto pela PROCEDENCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Diante da decisão exarada pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, o sujeito passivo inconformado com a decisão de primo grau interpôs Recurso Voluntário, o qual passo a relatar em síntese.

Inicialmente, tratou da tempestividade do recurso e dos fatos. Em seguida, arguiu preliminar de nulidade. Com base nas alegações feitas pela d. Fiscalização, as quais foram corroboradas pela decisão recorrida, disse que o presente lançamento se baseia em meras presunções que, além de serem deficitárias, carecem de qualquer elemento comprobatório, o que não se pode admitir. Nesse sentido, citou o art. 142 do CTN por ser dever da d. Autoridade Fiscal verificar a ocorrência de infração à legislação tributária, e, conforme o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Explicou que a própria legislação do Estado da Bahia prevê no art. 18, IV, a, § 1º do RPAF, que não havendo elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, o infrator e o montante do débito tributário, o lançamento será nulo.

Asseverou que as operações remanescentes objeto da autuação se deram exclusivamente para destinatários que adquiriram as mercadorias na condição de consumidores finais, razão pela qual não haveria que se falar em qualquer tributação pela sistemática da substituição tributária, haja vista que as operações subsequentes presumidas pela d. Fiscalização simplesmente não ocorreram.

Defendeu que a conduta da d. Autoridade Fiscal de supor que todas as operações objeto da presente autuação se deram para clientes localizados no Estado da Bahia com o objetivo de posterior revenda, desacompanhadas de quaisquer evidências ou provas que corroborassem tais conclusões, apenas evidencia o quanto alegado até o presente momento, no sentido de que o presente lançamento se funda em meras presunções, e por isso, deve ser imediatamente anulado.

Nessa esteira, citou o entendimento da 1ª Junta de Julgamento Fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia no Acordão JJF nº 0012-01/14, da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, d.j. 21/01/2014, do

C. Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), no REsp 48.516/SP, 2^a Turma, Rel. Min. Ari Pargendler e do Supremo Tribunal Federal (“STF”) no RE 503372, 2^a Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 03/06/2011.

Defendeu que a autuação foi lavrada com base em dispositivos legais que não são aplicáveis às operações da recorrente em latente desrespeito ao Art. 18, inciso IV, alínea “a”, §1º do RPAF e art. 142 do CTN.

Desse modo, disse que o Acórdão recorrido apenas reitera o mesmo equívoco adotado no lançamento para concluir que apesar da capituloção legal do Auto de Infração citar suposto desrespeito às cláusulas primeira, segunda, terceira, quarta e quinta do Convênio ICMS 135/06, houve correspondência entre a referida capituloção legal e a suposta infração indicada pela d. Autoridade Fiscal.

Esclareceu que seria ilógico sustentar qualquer correspondência entre a capituloção legal do Auto de Infração e a operação da recorrente, visto que da leitura da cláusula primeira do Convênio ICMS 135/06, é possível verificar que o Estado de São Paulo – local onde a recorrente está situada – não é signatário do referido Convênio, tampouco do artigo 10 da Lei nº 7.014/96.

Indicou que a substituição tributária teve origem em Termo de Acordo firmado entre a recorrente e o Estado da Bahia. Desse modo, o dispositivo legal que abrange as operações da recorrente é o artigo 8º, inciso VII da Lei nº 7.014/96.

Diante disso, defendeu que o presente Auto de Infração padece de nulidade em razão da existência de vício na capituloção da infração, uma vez que a imprecisa demonstração da acusação inequivocamente prejudica o direito à defesa da recorrente, o que ofende frontalmente o artigo 5º, LV da Carta Magna, que dispõe que *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”*.

O sujeito passivo alegou que não merece prosperar a argumentação utilizada pelos d. Julgadores *a quo* de que não encontraram amparo nos incisos I a IV, do artigo 18 do RPAF/BA, para atestar a nulidade do lançamento em questão.

Destacou que em casos similares ao presente, a C. 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda do Estado da Bahia (“CONSEF”) já manifestou seu entendimento no sentido de que o erro na descrição dos fatos ou no enquadramento da infração implica em nulidade do lançamento, no Acórdão JJF Nº 0225-12/12, da 1^a Junta de Julgamento Fiscal, de. 06/08/2012.

No mérito mencionou, de início, que o Estado da Bahia celebrou, com outros Estados, o Convênio ICMS 135/06, o qual dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com aparelhos celulares (inclusive aqueles enquadrados na NCM 8517.12.31) e cartões inteligentes.

Contudo, apesar da recorrente comercializar mercadorias objeto do referido Convênio, o Estado de São Paulo (local em que está situado o estabelecimento autuado) não aderiu ao mesmo. Nessa linha de raciocino, a recorrente requereu a celebração de regime especial junto ao Estado da Bahia (doc. 03 da Defesa), para figurar como responsável pela retenção e recolhimento do ICMS-ST devido nas operações subsequentes às vendas de aparelhos celulares e acessórios realizadas para contribuintes localizados no referido Estado.

Consta que o pedido foi deferido pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, conforme se verifica do Parecer nº 21874-2011, exarado pela Diretoria de Tributação da Superintendência de Administração Tributária.

Sendo assim, a partir desse momento, a recorrente obteve autorização para figurar como responsável pelo recolhimento do ICMS-ST nas operações de remessas de mercadorias à adquirentes localizados no Estado da Bahia, conforme previsão do artigo 8º, inciso VII da Lei nº 7.014/96.

Em seguida, o sujeito passivo reforçou a sistemática utilizada pela recorrente para realizar o cálculo e o recolhimento do ICMS e ICMS-ST devidos nas operações de venda para clientes

situados na Bahia, apesar de já exposto na peça impugnatória.

Defendeu que, não só as operações realizadas pela recorrente são absolutamente regulares, como também que os recolhimentos por ela efetuados estão corretos, haja vista que os procedimentos fiscais por ela adotados são os estritamente previstos na legislação estadual, tanto antes, quanto após a Emenda Constitucional nº 87/2015.

Nessa toada, citou o entendimento da C. 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, no julgado do Acórdão CJF Nº 0027-11/16, de 08/03/2016, em que se manifestou de forma esclarecedora no sentido de que não há que se exigir o ICMS-ST quando o adquirente figura na condição de consumidor final do produto, situação exatamente igual à ocorrida nas operações objeto da presente autuação.

Desse modo, a recorrente considerando a presunção que macula a validade da autuação, bem como a impossibilidade de manutenção do entendimento constante do Acórdão recorrido devido ao fato das mercadorias terem sido remetidas para consumidores finais, na parte em que manteve a autuação, requereu que seja dado provimento ao recurso, a fim de que a autuação seja integralmente cancelada.

Apenas a título argumentativo, acrescentou que a multa, tal como aplicada, deve ser afastada, eis que assume nítido caráter confiscatório, com o que não se pode concordar.

Nesse ponto, mencionou que o artigo 3º do CTN estabelece que o tributo é uma prestação pecuniária que não constitui sanção por ato ilícito. Por esse motivo, o tributo não pode ser utilizado para punir, da mesma forma que as sanções não podem ser utilizadas como instrumento de arrecadação disfarçado.

Sobre o tema, o Eminente Ministro do C. STJ Ilmar Galvão, em voto proferido nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 511 entendeu que a vedação ao confisco permeia todo o ordenamento jurídico, e não pode ser restrito às exações tributárias.

Indicou que, ao contrário do que foi decidido no r. acórdão recorrido, o E. Supremo Tribunal Federal (“STF”) já decidiu que: “*a multa excessiva, de feição confiscatória, deve ser reduzida a proporções razoáveis*”, no RDA 102/108.

Diante do exposto, e restando claro que o lançamento fiscal carece de respaldo legal, requereu o recebimento e processamento deste recurso a fim de que, acolhendo-se as preliminares apresentadas, seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração.

Caso tal argumento não seja acolhido, quanto ao mérito, requereu que seja dado integral provimento ao Recurso Voluntário para que, na parte em que manteve a autuação, a decisão recorrida seja reformada, cancelando-se o Auto de Infração em sua totalidade.

Protestou, desde já, pela realização de sustentação oral, quando do julgamento do presente recurso, nos termos dos artigos 163 do RPAF e 64, III do Regimento Interno do CONSEF.

Requereu, outrossim, que todas as intimações sejam realizadas em seu próprio nome, no seu endereço, bem como em nome de sua advogada, em Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados, A/C Dra. Renata Correia Cubas, com escritório na Al. Joaquim Eugênio de Lima, 447, 7º andar, Cerqueira César, São Paulo-SP, CEP 01403-001.

O presente processo administrativo legal foi encaminhado para esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, assim sendo, uma vez relatado o teor básico da peça recursal, passo apreciar o Recurso Voluntário interposto para exarar o seguinte voto, com base nas alegações recursais, nos documentos e na legislação aplicável.

Na assentada do julgamento a conselheira Leila Barreto Nogueira Vilas Boas se declarou impedida.

VOTO

Conforme se constata nos autos, trata-se de Recurso Voluntário interposto para combater o

lançamento de ofício que tem como exigência a não *retenção do ICMS-ST*. Por conseguinte, a falta de recolhimento por parte do sujeito passivo por substituição relativo às operações subsequentes de vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia de mercadorias sujeitas ao regime de ICMS/ST, com base no Convênio ICMS 135/06.

Da análise dos argumentos recursais preliminares que embasam o pedido de nulidade do Auto de Infração, qualquer reparo merece a decisão de piso, ou seja, não vislumbra qualquer falha ou vício capaz de macular a autuação e o procedimento fiscal adotado nos termos postos pela JJF. Desse modo, as alegações de nulidade não encontram amparo legal em qualquer dos incisos do RPAF/99, especialmente nos incisos I a IV do referido Regulamento de Processo Administrativo Fiscal.

No que tange ao mérito, as alegações recursais não merecem prosperar. Está claro que a empresa recorrente tem sua inscrição estadual no cadastro de contribuintes na condição de SUBSTITUTO/RESPONSÁVEL ICMS DESTINO, ativa até 12/02/2019, exercendo assim a atividade com CNAE 4652400 - COMÉRCIO ATACADISTA DE COMPONENTES ELETRÔNICOS E EQUIPAMENTOS DE TELEFONIA E COMUNICAÇÃO.

A empresa encontrava-se sob o *Regime Especial* concedido pela Administração Tributária do Estado da Bahia, mediante TERMO DE ACORDO celebrado entre este Estado e a empresa recorrente de acordo com o Parecer nº 21.874/2011, emitido em 10/10/2011.

Por força deste regime, o sujeito passivo se obrigava a proceder a retenção e o recolhimento do ICMS-ST devido nas vendas de aparelhos de telefonia celular, cartões inteligentes (SMART CARD e SIM CARD) para contribuintes sediados no Estado da Bahia.

Entendo faltar o devido respaldo legal na alegação recursal de ter havido presunção de que as vendas realizadas teriam sido feitas para destinatários que promoveram operações subsequentes. A recorrente repisou de que as operações mercantis com tais produtos foram exclusivamente destinadas a consumidores finais, não cabendo a exigência do ICMS ST, uma vez que não houve as operações subsequentes. No entanto, sem trazer prova de se tratar de consumidores finais.

Trouxe entre os casos arrolados na autuação, a Nota Fiscal nº 217.227. Arguiu que se tratava de venda de aparelhos celulares adquiridos pelas Lojas Insinuante para fins, exclusivamente de uso interno dos aparelhos e não para revenda. O fato de numa Nota Fiscal constar 10 aparelhos celulares adquiridos pela referida empresa varejista não é fato determinante para se presumir que ela não os tenha vendido aos seus consumidores/clientes, inclusive por se tratar de um produto da sua linha de vendas. Portanto, tal argumento recursal não se sustenta.

Nesta mesma situação estavam outras notas fiscais com produtos destinados para as outras quatro empresas que, comprovadamente, comercializam os produtos ali discriminados.

Todas as notas foram analisadas pela e. 2ª JJF, de forma bastante clara e precisa, tratando das aquisições feitas pela recorrente junto as empresas arroladas na autuação.

Ao se analisar as atividades de todas as empresas arroladas na autuação como destinatárias, verifica-se, **com base nos dados cadastrais**, que todas exercem **atividades de comercialização, inclusive dos itens remetidos pela empresa autuada**.

Na referida decisão de piso foram acertadamente excluídas da autuação as vendas feitas pela recorrente à empresa ARM TELECOMUNICAÇÕES E SERVIÇOS DE ENGENHARIA S/A, uma vez que restou provado de que a mesma não exerce atividade mercantil com os produtos adquiridos (aparelhos celulares) por se tratar de empresa de engenharia, ou seja, neste caso se tratava de consumidor final, acatando assim a tese recursal em relação especificamente a susomencionada empresa.

Quanto aos julgados do CONSEF, trazidos à baila pela recorrente, os mesmos não têm o condão de afastar o valor julgado pela 2ª JJF, haja vista tratar-se de matérias com essencialidade diversa da matéria do presente Processo Administrativo Fiscal.

Isto posto, restou demonstrado que, excetuando-se o caso afastado pela decisão de piso, caberia à

empresa recorrente - ao remeter as mercadorias para as empresas localizadas no Estado da Bahia e que comercializam os itens sujeitos a substituição tributária por força do Convênio ICMS 135/06 - proceder a devida retenção e recolhimento do ICMS-ST, na forma estabelecida pela legislação como substituto tributário, fato que não se verificou nos autos.

No que se refere a arguição da multa incidente ter caráter confiscatório, cumpre-me asseverar que a mesma tem previsão legal no art. 150, inc. IV da CF/88, bem como tal multa se encontra legalmente prevista no art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96. Quanto a sua alegada inconstitucionalidade, não me cabe apreciar em razão deste Colendo Colegiado não ter competência para tal nos termos dispostos a dicção do art. 167, inc. I do RPAF/99.

No que tange ao requerimento trazido na peça recursal quantos as intimações à empresa recorrente, esta é uma obrigação legal deste egrégio Conselho de Fazenda Estadual, nos termos do art. 108 do RPAF/99. No que tange à intimação a patrona da empresa, vale ressalvar que embora haja previsão expressa na norma da possibilidade de o contribuinte conferir poderes a advogado para representá-lo em processo administrativo, esse mesmo diploma legal não previu a necessidade de a Administração Pública intimar o advogado, conforme se depreende das disposições do art. 108 da referida norma regulamentar.

Isto é decorrente do princípio do informalismo inerente ao Processo Administrativo Fiscal e que não se sujeita ao mesmo rigor formal dos processos judiciais. Em síntese, a representação do contribuinte por advogado não implica para a Administração Pública um dever de intimá-lo na pessoa do advogado e no domicílio profissional deste, não acarretando qualquer nulidade dos atos processuais que assim não sejam realizados.

Todavia, nada impede de que as intimações e decisões da presente lide sejam enviadas aos advogados constituídos pelo contribuinte. O órgão competente desta Secretaria de Fazenda poderá enviá-lo comunicações sobre o andamento do presente processo, como inclusive é a prática deste Colegiado, quando eles, neste foro administrativo se cadastram. E, para não restar qualquer dúvida, relembro ao nobre patrono da empresa contribuinte de que, conforme determinações legais, as sessões de julgamento deste Colegiado são publicadas no Diário Oficial do Estado (art. 49 do Regimento Interno deste CONSEF) e no site da Secretaria da Fazenda.

Isto posto, após a exaustiva análise dos fatos, documentos e da legislação aplicável, entendo acertada a decisão recorrida. Neste sentido, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 269616.0013/17-1, lavrado contra ALLIED S.A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$6.715,72, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2020.

MAURÍCIO DE SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS