

PROCESSO - A.I. N° 07946538/95
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ANDRÉ LUÍS BARREIROS MARTINS
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PROFAZ – Acórdão 1^a CJF n° 0352/99
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 18.12.02

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS N° 0181-21/02

EMENTA: ICMS. REVISÃO DE ACÓRDÃO. PEDIDO FUNDAMENTADO EM DECISÕES DIVERGENTES DAS CÂMARAS DO CONSEF. Representação proposta de acordo com o art. 119, II, da Lei n° 3.956/81 (COTEB), alterada pela Lei n° 7.438/99. As questões paradigmas trazidas nas fases anteriores de julgamento, em especial as Resoluções apresentadas para fundamentar a Representação, espelham posicionamento minoritário no CONSEF, já superado ao longo do tempo pela reiterada jurisprudência da Corte Administrativa, que resultou na elaboração da Súmula n° 3. Não se verificou, no caso, o cometimento de ilegalidade flagrante ou a ocorrência de vício insanável. Encerrada a discussão nas instâncias administrativas de julgamento. Representação **NÃO ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Procuradoria da Fazenda Estadual, com fundamento no art. 119 do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei n° 3.956/81), representa a esta Câmara Superior do CONSEF, para que seja re-apreciado o mérito do Auto de Infração n° 794.653-8, lavrado contra ANDRÉ LUIS BARREIROS MARTINS, com base nas decisões paradigmas trazidas pelo contribuinte nas fases anteriores de julgamento do processo administrativo fiscal.

As mencionadas paradigmas envolvem decisões em processos idênticos a este, nos quais os órgãos de julgamento deliberaram pela improcedência ou nulidade do Auto de Infração, conforme consta do texto das Resoluções de Câmara, n°s 5188/98, 3666/98 e 5210/98 entre outras.

O Auto de Infração, objeto do pedido, foi lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias, em 28/12/1995, após prévia apreensão das mercadorias, mediante Termo próprio, para cobrar ICMS, no valor histórico de R\$ 533,00, multa de 30% e demais acréscimos legais, referente a operações com produtos que se destinam a contribuinte simplificado e não inscrito, sem a devida retenção do imposto para o Estado da Bahia, por antecipação tributária. Ficou com depositária das mercadorias a sra. Nadja da Silva Carneiro, conforme Termo constante a fl. 5 dos autos.

As mercadorias arroladas na autuação foram apreendidas no Aeroporto de Salvador, por onde circulavam, acobertadas com Nota Fiscal emitida pela empresa HERBALIFE INTERNACIONAL DO BRASIL LTDA, empresa sediada em São Paulo, que opera no ramo de venda através do sistema de “marketing de rede”, constando no documento fiscal que a entrega das mercadorias verificou-se na capital paulista, havendo menção no rodapé do citado documento deste fato. Consta, também, na nota fiscal, a informação de que o ICMS devido por substituição tributária foi retido pela empresa vendedora, tendo sido, possivelmente, recolhido a favor da Fazenda Estadual de S. Paulo.

Intimado do lançamento fiscal, sucessivamente, por Edital e Aviso de Recebimento (AR), o autuado apresentou impugnação em 18/04/1996, na Inspetoria de Trânsito de Simões Filho-BA, sustentado, inicialmente, a tese da ilegitimidade passiva, por entender ser a HERBALIFE o contribuinte, pois foi este que promoveu a saída das mercadorias, razão pela qual o Auto de Infração deveria ser lavrado contra o mesmo. Alegou, também, a invalidade da intimação do lançamento.

Nas razões de mérito, argüiu a inexistência de habitualidade na venda das mercadorias, para que se caracterizasse o autuado como sujeito passivo da relação tributária, alegando o fato da HERBALIFE ser a responsável por substituição, e assim caberia ao fisco da Bahia promover o lançamento contra a empresa vendedora, por ser esta inscrita no Cadastro do ICMS da Bahia na condição de contribuinte especial. Pediu a nulidade do Auto de Infração, e não sendo acatada a invalidação do lançamento, postulou sua improcedência.

Remetidos os autos para informação fiscal, é afirmado pela fiscalização que o atuado adquiriu alimentos industrializados em grande quantidade, junto à HERBALIFE BRASIL, situada em S. Paulo, sendo de domínio público o fato da empresa remetente se utilizar do sistema de distribuição de produtos através do “MARKETING DE REDE”, e que nesse sistema os adquirentes das mercadorias, como é o caso do atuado, desempenham o papel de representantes “sócios” da empresa, recebendo comissões na forma de desconto e auferem pontos que geram remuneração pelos negócios com os produtos que representam. Argumentou-se, ainda que HERBALIFE, quando da ocorrência dos fatos geradores, não preenchia as exigências regulamentares para figurar no pólo passivo, pois tornava-se indispensável a concessão de Regime Especial, formalizado mediante Termo de Acordo, firmado com a Secretaria da Fazenda, para que a interessada pudesse efetuar a retenção do ICMS para recolhimento a favor do Estado da Bahia, além da necessidade de inscrição no Cadastro de Contribuintes, situação que só se concretizou em 21/02/96, portanto, dois meses após a ocorrência dos fatos que motivaram a lavratura do questionado Auto de Infração. Quanto à questão da habitualidade, a fiscalização refutam os argumentos do autuado, afirmando que a comercialização dos produtos através do sistema de “Marketing de Rede” depende da continuidade do negócio pelo revendedor, deduzindo-se, daí, que a habitualidade é circunstância necessária para o sucesso da atividade. Nesse sentido a legislação do ICMS define contribuinte do imposto, a pessoa física ou jurídica que realize com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadorias e prestações de serviço de transporte ou comunicação. Por fim, a fiscalização requereu que o AI fosse julgado procedente.

Remetido o processo para julgamento no CONSEF, em 05/11/96, foi o mesmo distribuído para a Representação da PROFAZ, para emissão de Parecer, valendo ressaltar que nesse período vigorava a norma processual positivada no Decreto nº 28.596/81 (RPAF/81). O opinativo do órgão jurídico foi pela procedência do Auto de Infração, alicerçado na regra contida no art. 18, § 4º, do RICMS/89, relacionado ao instituto da solidariedade, que estabelecia que a responsabilidade prevista no dispositivo regulamentar não afastava a obrigação do adquirente das mercadorias, em caso de falta de retenção ou de recolhimento, pois ficava facultado ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer ou de ambos os sujeitos passivos.

Conclusos os autos para julgamento na 1ª instância em outubro de 1997, já na vigência do Decreto nº 6.463, de 06 de junho de 1997, que aprovou o Regulamento das Juntas de Julgamento Fiscal, o sr. Relator deliberou por diligência, à Gerência de Substituição Tributária (GESUT), para fins de juntada, ao processo, de cópia do Regime especial concedido à empresa remetente das mercadorias, objetivando verificar a sua responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas saídas subsequentes promovidas pelo revendedor não inscrito. Cumprida essa etapa instrutória, com a juntada de Termo de Acordo de Regime Especial, firmada entre a HERBALIFE INTERNACIONAL DO BRASIL LTDA.e a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, em 23/02/96, a

Junta de Julgamento decide, em 18 de novembro de 1997, pela procedência do Auto de Infração, entendendo que a inexistência de Termo de Acordo, à época da ocorrência dos fatos geradores - verificados em dezembro de 1995 - impossibilitava a imputação de responsabilidade tributária ao remetente das mercadorias pelas operações promovidas pelo revendedor não inscrito no Cadastro do ICMS.

Intimado da Decisão de 1^a instância, em 23/01/98, o autuado ingressa com Pedido de Reconsideração, protocolado em 29/01/98, aduzindo as mesmas razões de fato e de direito articuladas na impugnação originária e trazendo, para a apreciação do colegiado da Câmara de Julgamento decisões envolvendo Autos de Infração lavrados no trânsito de mercadorias, relacionados a operações com produtos distribuídos através do sistema de “Marketing Direto”, promovidas por outra empresa do ramo, sendo atribuído ao transportador a responsabilidade pelo pagamento do imposto em relação às mercadorias destinadas a revendedores credenciados. Reitera, o recorrente, o entendimento, de que a empresa remetente das mercadorias é a responsável pela retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de substituto tributário, pois as normas vigentes à época, a exemplo dos Convênios ICMS n^{os} 75/94 e 81/93, assim determinavam. Todavia, não havendo cumprimento da obrigação pelo remetente, a responsabilidade passaria ao transportador, por solidariedade, de acordo com as reiteradas decisões do CONSEF, a exemplo da Resolução nº 4594/96, cujo teor reproduz na petição recursal e faz juntada de cópia ao processo.

Os autos foram distribuídos para a 1^a Câmara do CONSEF, e processados como Recurso Voluntário, na forma do Decreto nº 6.463/97, obedecendo ao rito especial prescrito naquela norma. Manteve-se a Decisão recorrida julgando-se o Auto de Infração Procedente, conforme atesta a Resolução nº 0865/98, fls. 77 a 79 do PAF, com Decisão proferida em 05 de março de 1998.

Cientificado da Resolução acima mencionada, em 09 de abril de 1999, o contribuinte interpôs novo Pedido de Reconsideração, fazendo juntada de outras paradigmas, envolvendo a matéria autuada. Em 26 de agosto de 1999, a 1^a Câmara de Julgamento Fiscal não conhece o Recurso, pois entendeu o colegiado não ser cabível, frente a legislação processual, a repetição de Pedido de Reconsideração de Decisão de Câmara que negou provimento a Pedido anterior. Todavia, na parte dispositiva da Decisão é assinalado que o requerimento do contribuinte se enquadrava no perfil do Recurso de Revista, sendo, portanto, pertinente a redistribuição do processo para Câmara Superior do CONSEF.

Tomando conhecimento dessa Decisão em 28/01/00, o autuado ingressa com outra petição, pedindo o processamento do Recurso de Revista, nos termos do art. 169, inc. II, letra “a”, do RPAF/99, reproduzindo, na totalidade, o conteúdo do Pedido de Reconsideração anteriormente apresentado.

A Câmara Superior do CONSEF decide pela inadmissibilidade do Recurso de Revista, em 14/02/2000, por ausência de previsão legal, pois o rito de julgamento especial dos processos de competência das Juntas de Julgamento, em matéria de Recursos, regulado pela norma do art. 20, § único, do Decreto nº 6463/97, em que se enquadrava o presente feito, esgotava a instância administrativa. Assim, por ocasião do segundo julgamento, impunha-se ao contribuinte o esgotamento de toda a matéria fática e jurídica, na fase recursal submetida às Câmaras ordinárias, inclusive quanto a possíveis divergências de julgados. O sr. Relator, faz observar, entretanto, no seu voto, que na esfera administrativa o único remédio legal capaz de solucionar a questão seria a representação da Procuradoria da Fazenda, no exercício do controle da legalidade do lançamento, se esta entendesse que os argumentos do recorrente e as decisões paradigmáticas fossem suficientes para elidir a acusação fiscal.

Intimado em abril de 2001 por edital, do teor do Acórdão da Câmara Superior, o autuado ingressa com petição, protocolada na Inspetoria Fiscal de Empresas de Grande Porte (IFEP), datado de 08/10/2002, postulando a apreciação de Recurso, que denominou de Recurso Especial, onde afirma ser o responsável pela guarda das mercadorias apreendidas, para fins de eximir a responsabilidade da depositária que assinou o Termo de Apreensão, circunstanciando, ainda, que grande parte dos produtos apreendidos se deterioraram e outra foi consumida pelo próprio autuado, solicitando que o processo fosse remetido à Procuradoria da Fazenda para fins de tratamento isonômico com outros contribuintes autuados em idênticas circunstâncias, havendo, de fato, decisões conflitantes sobre a mesma matéria, contidas em 3 (três) acórdãos favoráveis ao autuado.

O processo foi remetido para inscrição na Dívida Ativa, em 20/06/2001. O autuante voltou a se manifestar no processo, para fins de prestar esclarecimento sobre o paradeiro das mercadorias apreendidas, afirmando que em contato com o autuado, foi informado que as mercadorias apreendidas foram mantidas com o mesmo, assumindo também a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido pela operação. Porém, o autuado manifestou intenção de ainda recorrer, para pleitear a nulidade do Auto de Infração e consequente liberação das mercadorias.

Nesse ínterim o processo se encontrava na PROFAZ para inscrição na Dívida Ativa, que, todavia, foi suspensa em razão da Representação interposta, cabendo agora a esta Câmara Superior decidir definitivamente a presente lide tributária na esfera administrativa.

VOTO

Para melhor apreciação das questões que envolvem este processo, entendo ser fundamental discorrer sobre as questões de ordem fática, que envolvem o caso, em conjunto com as normas de direito substantivo que regiam a matéria, pois de acordo com o art.144 do Código Tributário Nacional, o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

Cumpre, também, de forma preliminar, delimitar o pedido constante da Representação, já que a Procuradoria da Fazenda solicita a esta Câmara Superior que o lançamento tributário seja totalmente revisto nas questões de mérito, tendo em vista decisões paradigmáticas diversas, em especial as Resoluções nºs 5210/98 e 3666/98, da 2ª Câmara; e a Resolução nº 5188/98, da 1ª Câmara.

Todas essas decisões se basearam em Parecer da Gerência de Substituição Tributária (GESUT), órgão vinculado à Diretoria de Administração Tributária (DAT), que consultado pelas instâncias de julgamento sobre a substituição tributária interestadual, entendeu ser aplicável as normas do Convênio ICMS nº 81/93 e Convênio ICMS nº 75/94, para atribuir responsabilidade ao remetente das mercadorias, no caso a empresa localizada no Estado de S. Paulo. Em consequência, os órgãos de julgamento afastaram a responsabilidade dos adquirentes, revendedores autônomos da empresa remetente, declarando-se a improcedência ou a nulidade dos lançamentos fiscais.

É importante observar que a re-apreciação de matéria já decidida nas instâncias administrativas de julgamento, segundo o RPAF/99, somente é autorizado nos casos de vício insanável ou ilegalidade flagrante ocorrida no lançamento tributário ou no curso da existência do processo fiscal. As divergências de julgamento vêm sendo enfrentadas na órbita administrativa, através de meio recursal próprio, previsto na COTEB e no RPAF, que tem rito próprio – o denominado Recurso de Revista - que inclusive, neste específico processo, já foi objeto de Decisão desta Câmara Superior, que em deliberação unânime, não conheceu da revista interposta pelo autuado, tendo em vista que todos os julgamentos anteriores foram regidos pelo Decreto nº 6.463/97, que constituía, naquele período, o Regulamento das Juntas de Julgamento, com previsão, em seu art. 20, do esgotamento da instância administrativa após a Decisão de segunda instância, em autos

de infração de valores até 500 (quinhentos) UPFs-BA, estabelecendo, dessa forma, a definitividade da deliberação das Câmaras ordinárias de julgamento. Mesmo assim, a PROFAZ se sensibilizou com o pleito do autuado e ofereceu esta Representação, devolvendo a lide para reapreciação desta Câmara Superior.

De tudo o que consta nos autos, pudemos verificar que o questionado Auto de Infração foi lavrado no trânsito de mercadorias para cobrar ICMS de operações com mercadorias aprendidas no Aeroporto de Salvador. Consta do documento fiscal que acobertava o trânsito dos produtos, a informação de que os mesmos foram entregues ao destinatário/comprador no município de São Paulo, tendo sido, entretanto, flagrados pelo fisco baiano em circulação pelo território do Estado da Bahia. Há também a informação de que o imposto foi retido em benefício do erário paulista. Ressalta-se, ainda, que a empresa vendedora, emitente do documento fiscal, não se encontrava, à época da ocorrência dos fatos geradores, formalmente obrigada a reter e recolher imposto para a Bahia, já que o Convênio ICMS nº 75/94, ratificado pelo Estado e incorporado à sua legislação interna, estabelecia na Cláusula Segunda que a atribuição de responsabilidade nas operações envolvendo substituição tributária em operações com mercadorias distribuídas por revendedores não inscritos através do sistema de “marketing direto” ou por “venda porta-a-porta”, dependeria da formalização de Termo de Acordo firmado entre a Secretaria da Fazenda da unidade federada de destino e a empresa interessada, onde, então, seriam fixadas as regras relativas à operacionalização do regime.

Conforme prova juntada ao processo, produzida pela própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, às fls. 27 a 32, o Termo de Acordo com a empresa vendedora, qualificada como HERBALIFE INTERNACIONAL DO BRASIL LTDA., foi formalizado em fevereiro de 1996, portanto, 2 (dois) meses após a ocorrência dos fatos que ensejaram o lançamento fiscal. Assim, considerando, inicialmente, a questão sob o ponto de vista da responsabilidade tributária, entendo estar afastada a possibilidade de a empresa vendedora poder vir integrar o pólo passivo da obrigação, pois a ninguém pode ser atribuída a condição de responsável por imposto devido por terceiro a menos que a lei, em sentido amplo, ou seja o Convênio e respectivo Termo de Acordo, assim determinasse, com as condições e procedimentos previamente estabelecidos

Resta, dessa forma, examinar a questão sob o ponto de vista da responsabilidade solidária. O art. 18, V, do RICMS/89, norma derivada da Lei nº 4.825/89, estabelecia que a responsabilidade pelo pagamento do imposto e acréscimos legais era atribuída a qualquer pessoa, física ou jurídica, em relação às mercadorias cuja posse mantivessem para comercialização, industrialização ou simples entrega, desacompanhadas da documentação fiscal exigível ou com documentação inidônea.

O ordenamento tributário vigente, conforme norma contida no art. 403, inc. II, do RICMS/89, definia documento inidôneo, para fins fiscais, entre outras situações ali descritas, aquele documento fiscal que omitisse informações ou que não fosse o legalmente exigido para acobertar a respectiva operação ou prestação. Daí questiona-se:

- 1) o que estaria fazendo um documento emitido em São Paulo, acobertando mercadorias retiradas de empresa localizada naquele município, em trânsito pelo território da Bahia ?
- 2) se as mercadorias se destinavam a revenda no Estado da Bahia qual a razão do adquirente (autuado) não haver declarado essa circunstância à empresa vendedora para fins de emissão correta da nota fiscal ?
- 3) qual razão que levou o adquirente, que estava na posse das mercadorias, a não declarar espontaneamente a operação para o fisco da Bahia ?

Conforme ressaltado no primeiro Parecer da PROFAZ, por ocasião da fase que antecedeu o julgamento realizado pela Junta Julgamento Fiscal, as circunstâncias que envolvem este caso se enquadram perfeitamente no preceito normativo que define a instituto da responsabilidade tributária prevista no § 4º, do art. 18, do RICMS/89, que faculta o fisco a exigir o crédito tributário do contribuinte adquirente, se houver impossibilidade de cobrança do imposto do remetente. A impossibilidade de retenção do imposto pelo vendedor era de ordem jurídica e administrativa, pois não poderia, no interesse do Estado da Bahia, antecipar o ICMS, já que inexistia Termo de Acordo firmado entre as partes interessadas.

É importante frisar, também, que a matéria apreciada neste julgamento foi objeto de recente súmula do CONSEF, que afasta peremptoriamente a responsabilidade do adquirente, em relação aos produtos sujeitos ao regime de antecipação, nos casos em que a operação esteja amparada por acordo interestadual, circunstância essa que não se apresentou neste caso, já que o contribuinte que efetuou a venda não era sujeito passivo do Estado da Bahia, por ocasião da ocorrência dos fatos geradores. Nesse sentido, a SÚMULA CONSEF nº 3, define ser “...nulo, por ilegitimidade passiva, o lançamento fiscal que exija o imposto do remetente da mercadoria, quando estabelecido em outra unidade da Federação, salvo norma expressa com determinação em contrário, a exemplo das operações sujeitas ao regime de substituição tributária por força de acordo interestadual e das importações submetidas ao princípio do destino físico”.

Neste processo, ocorre justamente a situação não excepcionada na Súmula, já que o adquirente é que portava a mercadoria, em condição irregular, e a empresa vendedora, localizada em S. Paulo, não estava na condição de substituto tributário, razão pela qual se afasta possibilidade de imputação da responsabilidade pelo ICMS devido sobre as mercadorias, pois inexistia, naquele momento, volto a insistir, Termo de Acordo específico que gerasse a correspondente obrigação. Nem mesmo consta, nos autos, a prova de que as mercadorias estariam sendo transportadas, sob o agasalho de contrato de transporte, por uma empresa transportadora, situação essa que até autorizaria a lavratura do Auto de Infração contra a transportadora. Todavia, a única informação que se extrai das peças processuais é o fato de que as mercadorias foram apreendidas no Aeroporto, sendo possível, portanto, deduzir que as mesmas trafegaram como bagagem de passageiro, já que não foram despachadas como carga, o que ensejaria a emissão do conhecimento de transporte aeroviário.

Assim, entendo que as questões paradigmas trazidas nas fases anteriores de julgamento, em especial as Resoluções apresentadas como fundamento da Representação, espelham posicionamento minoritário no CONSEF, já superado ao longo do tempo pela reiterada jurisprudência desta Corte Administrativa, resultando, deste fato, a elaboração da Súmula nº 3, acima reproduzida.

Pelo exposto, meu voto é pelo NÃO ACOLHIMENTO da Representação, pois entendo que o Auto de Infração é totalmente procedente, de forma que as decisões anteriores não merecem qualquer reforma.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de outubro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO - RELATOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE - REPR. DA PROFAZ