

PROCESSO - A.I. Nº 206930.0012/01-0
RECORRENTE - NATURE'S SUNSHINE PRODUTOS NATURAIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA – Acórdão 1ª CJF nº 0260-11/02
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 06.01.03

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0217-21/02

EMENTA: ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. Constitui requisito de admissibilidade do Recurso de Revista a indicação precisa de decisão divergente a ser tomada como paradigma e a conseqüente demonstração do nexo entre as decisões configuradoras da alegada divergência, bem como as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Ausência de decisão de Câmara de Julgamento que divirja do entendimento sobre idêntica questão jurídica manifestada por outra Câmara de Julgamento ou pela Câmara Superior. As decisões invocadas, dizem respeito a fatos e fundamentos de direito diversos dos que são analisados no presente caso. Afastadas todas as preliminares de nulidade. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Refere-se a Recurso de Revista interposto pelo sujeito passivo, por intermédio do seu patrono, contra o Acórdão nº 0260-11/02 originário da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal que negou provimento ao Recurso Voluntário anteriormente apresentado e manteve inalterada a Decisão da 1ª Instância Administrativa.

A fiscalização foi encerrada no dia 07/12/2001, com ciência pelo recorrente nessa mesma data, através de Termo de Intimação para Pagamento do débito, fls. 08 a 10 dos autos, enquanto que o Auto de Infração foi expedido no dia 18/12/2001 e engloba os períodos de janeiro de 1996 a julho de 1997, imputando-se ao recorrente a falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Esclarece, ainda, que o recorrente deixou de proceder a antecipação tributária do ICMS, na primeira repartição do percurso, nas operações de comercialização destinadas à contribuintes não inscritos neste Estado, conforme dispõe o art. 426 e incisos, c/c o item 7 do Anexo 89 ao RICMS (percentual de lucro de 20%). O imposto total exigido resultou no montante de R\$155.242,68.

A ementa relativa a Decisão ora recorrida assim se apresenta:

“SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. MARKETING DIRETO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A legislação atribui ao remetente a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas de mercadorias para fins de revenda, ocorridas no território do

Estado da Bahia. Constatado que o autuado promovia operações para contribuintes não inscritos no cadastro do ICMS. Afastada a preliminar de decadência alegada pelo recorrente. Infração caracterizada. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime”.

A 1ª CJF decidiu a lide com fundamento no Voto a seguir transcrito: “Inicialmente cumpre afastar a preliminar de decadência suscitada pelo recorrente. Aplica-se ao caso, a norma do art. 173, inc. I, do CTN, pois o prazo decadencial só se inicia no primeiro dia do exercício seguinte a ocorrência dos fatos geradores, em relação ao imposto que não foi declarado pelo sujeito passivo. Na presente lide, o contribuinte não declarou nem praticou quaisquer atos relacionados à escrituração ou lançamento do imposto para o Estado da Bahia. Conforme demonstrado nos documentos anexados pelos autuantes, relacionados às operações objeto do Auto de Infração, constata-se que as mesmas foram declaradas para o Fisco de São Paulo. É o que se deduz da avaliação das colunas “Valor da nota fiscal” e “Valor do ICMS”, onde se verifica que o contribuinte tributou as operações pela alíquota interna prevista para o Estado de São Paulo, ou seja, 18%. A decadência é forma de extinção de direito daquele que não realiza os atos necessários à sua preservação, face à inércia do seu titular. Opera-se a decadência após o decurso de certo prazo, previsto na lei. O ICMS é imposto lançado por homologação que pressupõe atividade anterior, desenvolvida pelo sujeito passivo, no sentido de calcular o tributo devido e antecipar o pagamento sob condição de posterior revisão pela autoridade administrativa. Não tendo o contribuinte antecipado o pagamento devido, nem expressa nem tacitamente dar-se-á a homologação. Nesse caso, então, terá lugar o lançamento de ofício disciplinado no art. 149, do CTN, conforme leciona a Profª. MISABEL DERZI, em nota de atualização, ao livro *Direito Tributário Brasileiro*, de autoria de ALIOMAR BALEEIRO, 11ª edição, ano de 2000, Editora Forense, Rio de Janeiro, pág. 912. A conduta do contribuinte em relação às operações objeto do Auto de Infração não foi no sentido cumprir a obrigação tributária para o Estado da Bahia e nem mesmo de comunicar a ocorrência dos fatos que ensejaram o posterior lançamento. Somente por ocasião de fiscalização desenvolvida no contribuinte, ocorrida no seu estabelecimento localizado em São Paulo, se operou o total conhecimento das operações praticadas pelo recorrente. Assim, a inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação, ou a prática de dolo, fraude ou simulação por parte do sujeito passivo ensejam a prática do lançamento de ofício - são situações que se equivalem. Inaplicável se torna, portanto, a forma de contagem disciplinada no art. 150, § 4º, do CTN, própria para a homologação tácita do pagamento (se existente). Ao lançamento de ofício aplica-se a norma do art. 173, inc. I. Nesse sentido se posiciona a doutrina majoritária (cf. Luciano Amaro, *Direito Tributário Brasileiro*, São Paulo, Ed. Saraiva, pp. 383-384; Paulo de Barros Carvalho, *Decadência e Prescrição*, Caderno de Pesquisas Tributárias, nº 1, Resenha Tributária, 1976, p. 156) e a jurisprudência dos tribunais superiores e do Conselho Estadual de Fazenda da Bahia. Só para exemplificar, o antigo Tribunal Federal de Recursos fez editar a Súmula nº 219, citada também pela profª. MISABEL DERZI, com o seguinte teor: “Não havendo antecipação de pagamento, o direito de constituir o crédito previdenciário extingue-se decorridos 5 (cinco) anos do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorreu o fato gerador”.

Quanto ao mérito, o recorrente argumenta a inaplicabilidade das normas legais e regulamentares citadas no Auto de Infração e diz que a fiscalização não fez prova de que a empresa praticava operações para fins de revenda, na sistemática de comercialização denominada “Marketing Direto”. Nesse caso, é importante averiguar os atos praticados pelo sujeito passivo perante a Fazenda Pública Estadual a fim de constatar se suas alegações procedem. A sistemática de distribuição de produtos através de pessoas físicas, também denominada de “Marketing Direto” ou “venda porta-a-porta” vem se expandindo no mundo dos negócios, pois propicia a redução dos

preços das mercadorias e torna o revendedor um parceiro da empresa distribuidora. O próprio recorrente, em requerimento protocolado junto à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, em 09/08/94, ou seja, em período anterior àqueles que foram fiscalizados pelos autuantes, já manifestava o seu interesse em regularizar sua situação perante o Fisco da Bahia, solicitando a adoção de regime especial para fins de antecipação do ICMS devido por seus revendedores, pessoas físicas, nas vendas de suas mercadorias no território baiano. No citado requerimento o recorrente mencionava expansão de seus negócios, estabelecendo uma rede de distribuição, onde o revendedor iria auferir lucro variável, de acordo com os preços praticados nas vendas subseqüentes. Nesse sentido, requereu à Fazenda Pública Estadual a concessão de inscrição única e fixação de prazo, para pagar o imposto por substituição tributária, se responsabilizando pelas obrigações fiscais apuradas mensalmente em relação a seus revendedores varejistas. Portanto, a alegação de que o contribuinte não praticava atos de comércio com a finalidade de revenda cai por terra. Já em 1994, a empresa foi estruturada para assim proceder. A Secretaria da Fazenda, por razões de conveniência, oportunidade e dúvidas quanto ao devido enquadramento tributário dos produtos comercializados pela empresa, negou o pedido de inscrição única, mas a responsabilidade tributária quanto aos atos de comércio praticados no território do Estado permaneceram na esfera jurídica do recorrente. Assim, quem promove operações de comercialização de mercadorias no território da Bahia, para fins de revenda, através de contribuintes não inscritos, de forma habitual e em volume que evidencia o intuito comercial das operações, é obrigado a antecipar, por força de norma legal, o pagamento do ICMS, na qualidade de substituto tributário. Este é o preceito contido no art. 13, inc. I, da Lei nº 4.825/89 e no art. 8º, inc. I, da Lei nº 7.014/96. Nesse sentido também dispõe o art. 426 e correspondentes incisos do Regulamento do ICMS.

Face ao exposto, voto no sentido de NÃO PROVER o Recurso interposto pelo contribuinte”.

Irresignado com a Decisão supra, o sujeito passivo ingressou com Recurso de Revista onde, inicialmente, apresenta como paradigma para a admissibilidade ao Recurso de Revista prevista no art. 169 do RPAF/Ba, as seguintes Decisões, cujas cópias efetuou juntada aos autos:

- 1) Resolução nº 2885/98 da 2ª Câmara: “**EMENTA : ICMS.** Recurso de Ofício da 6ª Junta de Julgamento Fiscal para revisão de sua decisão constante da Resolução JF nº 0279/98. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação na aquisição de mercadorias (GLP) procedentes de outro Estado. **Alegada a decadência do crédito tributário não configurada.** Comprovação de que parte do débito levantado já foi objeto de autuação anterior. Multas aplicáveis em função da legislação vigente à época do cometimento. Mantida a decisão recorrida que declarou o Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime”. Indicada para a preliminar de decadência.
- 2) Acórdão CS nº 0430/99: “**EMENTA : ICMS.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Recurso de Revista **NÃO CONHECIDO.** Ausência dos pressupostos de admissibilidade. Decisão unânime”. Indicada como preliminar à falta de motivação do lançamento.
- 3) Resolução nº 0416/98: “**EMENTA : ICMS.** Recurso de Ofício. Descaracterização de incentivo fiscal nas vendas de óleo de soja por utilização da inscrição de microempresa comercial varejista como fachada para promoção de saídas de mercadorias por atacado.(...) Mantida a

decisão da 4ª JF. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime”. Indicada como paradigma à falta de “motivação do lançamento tributário”.

- 4) Acórdão 1ª CJF nº 1.139/99: “**EMENTA : ICMS. ARBITRAMENTO. PREJUÍZO NA CONTA “MERCADORIAS”**. De fato o procedimento fiscal não está embasado em nenhuma das hipóteses para a adoção do arbitramento da base de cálculo. Auto de Infração **NULO**. Recurso **NÃO PROVIDO** para manter e homologar a Decisão recorrida. Decisão unânime”. Indicada como paradigma à falta de “motivação do lançamento tributário”.
- 5) Acórdão 2ª CJF nº 1469/00: “**EMENTA : ICMS. 1. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. Exigência do imposto. Modificada a Decisão. Inocorrência da decadência quando o contribuinte tiver omitido dolosamente operações tributadas. Infração comprovada. 2. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÃO COM BASE DE CÁLCULO INFERIOR À DA ENTRADA. (...). Recurso PROVIDO. Vencido o voto do Relator. Decisão por maioria**”. Indicada em relação a preliminar de decadência.

Adentrando, especificamente ao Recurso de Revista, após efetuar uma sucinta descrição dos fatos presentes nos autos até o julgamento do Recurso Voluntário, preliminarmente suscita:

- a) Anulação do julgamento efetuado pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal por ofensa ao seu direito de ampla defesa e do contraditório, na medida em que requereu no item 63 do Recurso Voluntário que fosse intimado para efetuar a sustentação oral da sua defesa, fato este que deixou de ser observado.
- b) Decadência do direito à constituição do crédito tributário pela Fazenda Pública Estadual relativamente ao período de 01/96 a 11/96, onde, cita, a título de paradigma, a Resolução nº 2885/98 da 2ª Câmara, em sede de julgamento de Recurso de Ofício pertinente a Resolução nº 0249/98 da 6ª JF, manteve a Decisão recorrida que tratou de exame de decadência do direito da constituição do crédito tributário ao enfoque do 4º, do art. 150 do CTN, por entender que não ficou comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, circunstância esta que, se existente, seria aplicada a regra ditada pelo art. 173, I do CTN.

Discorda da fundamentação da 1ª CJF sob o argumento de que se pretendeu configurar a existência de dolo da sua parte ante a falta de recolhimento do tributo, arguindo ser absurda essa fundamentação já que, a uma, no caso em tela não houve falta de recolhimento do tributo por entender que o mesmo não é devido e, a duas, mesmo que se tivesse ocorrido falta de recolhimento do tributo, tal falta jamais equivaleria a hipótese de ocorrência de dolo, sendo este caracterizado pela efetiva intenção de prejudicar ou fraudar, devendo ser devidamente comprovado.

Em contra partida, cita o Acórdão nº 1469/00 também da 2ª CJF, pertinente ao Auto de Infração nº 206921.0001/99-0, no qual foi afastada a aplicação da regra do art. 150, § 4º do CTN na medida em que restou comprovado, naquele caso, o dolo. Transcreve a ementa e os votos vencido e vencedor, pertinentes.

Aduz que, ao contrário do argumento adotado como motivação para a Decisão recorrida, o Fisco é sabedor de que a recorrente sempre buscou amparar suas atividades aos parâmetros da legislação baiana, tanto que, formulou em 1994, pedido de regime especial para realização de suas atividades no Estado da Bahia, o que lhe foi negado ao argumento de que “a Secretaria da Fazenda, por

razões de conveniência, oportunidade e dúvidas quanto ao devido enquadramento tributário dos produtos comercializados pela empresa, negou o pedido de inscrição única...”.

Afirma que o próprio Fisco não sabia qual seria o correto enquadramento de as atividades que realizava, ofendendo os princípios da Moralidade Administrativa (conveniência), Motivação (dúvida) e Legalidade (inadequação da capitulação legal). Diante destes argumentos defende que restou comprovada a ausência de má-fé supostamente argüida por parte do Fisco Baiano e, por esta razão não há porque se falar em lançamento de ofício com fulcro no art. 149 do CTN na medida em que, desde 1994, o Fisco já era conhecedor das atividades que desenvolvia e da sua visível demonstração de boa fé.

Diz que, aquela época, realizava apenas operações com consumidores finais e que, desse modo, a regra à ser aplicada seria a constante no art. 150, § 4º do CTN que denota a decadência do lançamento efetuado no que pertine aos fatos geradores ocorridos de 31.01.96 a 30.11.96.

Nos parágrafos 21 a 36 da peça recursal tece outros comentários e argumentos pertinentes a decadência argüida para o lançamento de ofício, no período mencionado, destacando que, *in casu*, não se verifica a hipótese de deslocamento para a regra do art. 173 do CTN por não se tratar de fraude, dolo ou simulação, hipótese que tem o condão de deslocar o prazo decadencial de tributo sujeito a lançamento por homologação para a regra do art. 173 do CTN, hipótese acolhida pela 2ª CJF no julgamento do AI nº 206921.0001/99-0 que entendeu inaplicável a decadência na forma indicada no art. 150 § 4º do CTN posto que, naquele caso, estavam presentes no ato o dolo, a fraude ou a simulação. Após outros comentários e visando consubstanciar seus argumentos, cita jurisprudência oriunda do STJ e do TIT.

Ainda preliminarmente, no item IV da peça recursal, discorre a respeito “*Da ausência de motivação do lançamento tributário*” citando que a Decisão recorrida partiu da premissa de que a recorrente em 09/08/94 solicitou regime especial para fins de antecipação do ICMS devido por seus revendedores porém não houve a efetiva comprovação de que a mesma realizava tais operações. Assevera que no período abrangido pela autuação realizava as operações com consumidores finais e que o Fisco é que não sabia qual o correto enquadramento para as atividades que realizava, tanto que negou o pedido de regime especial, pelas razões já mencionadas anteriormente e, nestas condições, não poderia recolher imposto duvidável por substituição tributária.

A este respeito, transcreve, em paradigma, Decisões da Câmara Superior e da 2ª Câmara que, ao seu entendimento, demonstram, de forma cabal, a necessidade de fundamentação e motivação do lançamento, quais seriam: Acórdão CS nº 0430/99 que Não Conheceu do Recurso de Revista e a Resolução nº 0416/98 da 2ª Câmara que trata de julgamento de Recurso de Ofício onde restou descaracterizado o incentivo fiscal nas vendas de óleo de soja por utilização da inscrição de microempresa comercial varejista como fachada para promoção de saídas por atacado. Neste particular, destaca trecho do voto proferido pelo Sr. Relator da 4ª JF que diz: “a gravidade da imputação da existência de simulação entre a vendedora e a compradora exige que sua comprovação esteja cristalinamente feita no processo”. Neste caso, o AI foi julgado Improcedente.

Acrescenta que o Fisco Baiano não poderia efetuar o lançamento tributário em razão da ausência da efetiva ocorrência do fato gerador, baseando-se unicamente em presunções, discorre a respeito da atividade administrativa de lançamento e sua vinculação obrigatória, onde menciona ensinamentos da lavra de eminentes doutrinadores, destacando que, inexistindo qualquer motivação constante no

AI impugnado restaram feridos os princípios constitucionais que informam a atividade administrativa, sendo forçosa a conclusão de que se trata de lançamento cuja anulação se impõe. A este respeito cita decisão oriunda da 7ª Câmara do Conselho de Contribuintes e o Acórdão nº 1.139/99 da 1ª CJF que decidiu pela nulidade de AI decorrente de arbitramento da base de cálculo em decorrência de prejuízo apresentado na conta Mercadorias.

Argumenta, também, que a exigência fiscal não pode subsistir por estar embasada no art. 353, I do RICMS/96 e em dispositivo equivalente ao RICMS anterior, o qual está dirigido ao contribuinte baiano que recebe a mercadoria nas condições ali referidas, sem a retenção antecipada do imposto. Aduz que o dispositivo mencionado trata de saídas internas sujeitas à substituição tributária e que não está estabelecida no Estado da Bahia, portanto, não promoveu e não promove saídas internas, ao passo que suas vendas são realizadas diretamente a não contribuintes, pessoas físicas, consumidores finais dos produtos, não havendo vendas à outros contribuintes do Estado da Bahia. Menciona, ainda, o art. 426, I do RICMS/96 o qual considera que também não pode ser aplicado ao caso concreto pelas razões já mencionadas.

Defende que a sujeição passiva que lhe foi imputada não pode prevalecer por total desamparo frente à legislação tributária vigente, ferindo o art. 150, I da Constituição Federal, cujo procedimento dos autuantes, ao aplicarem dispositivos legais que não se inserem na hipótese ocorrida no mundo fenomênico, acabaram por realizar uma atividade não vinculada, em total afronta ao art. 142, parágrafo único do CTN. Assevera que o Fisco não fez qualquer prova de que praticou marketing direto no Estado da Bahia, através de revendedores e que a única prova presente foi no sentido de que as vendas praticadas foram diretas à consumidor final e que, neste sentido, o art. 355, VII do RICMS determina que não será caso de substituição tributária a venda à consumidor final.

Cita o Acórdão nº 107-1.444 do Conselho de Contribuintes, do TRF, reafirma que as vendas eram feitas a consumidores finais e que, para fim de constatação basta que se verifique as notas fiscais que diz que anexa aos autos porém, assim não procedeu, menciona o Regime Especial que lhe foi concedido em 26/06/97 para efetuar pagamento do ICMS devido ao Estado da Bahia, mediante o regime de substituição tributária, “haja vista o início na prática de operações com revendedores”.

Em conclusão requer que sejam conhecidas as preliminares de nulidade do lançamento fiscal, tendo em vista:

- 1) a falta de análise quanto ao pleito de sustentação oral;
- 2) a decadência do lançamento relativo ao período de janeiro a novembro de 1996, com fulcro no artigo 150, § 4º do CTN;
- 3) a ausência de fundamentação do lançamento tributário.

Por fim pede que o presente Recurso de Revista seja julgado Procedente para que seja declarado Improcedente o lançamento fiscal.

A Douta PROFAZ inicialmente se pronuncia através do parecer constante à fl. 644, onde considera que os julgamentos realizados na 1ª Instância e no Recurso Voluntário interposto, analisaram todas as preliminares suscitadas e, no mérito, consideraram procedente a autuação.

Entendendo ultrapassadas estas questões, adentrou ao exame da admissibilidade do recurso ante a existência dos requisitos legais estabelecidos pelo art. 169, II “a” do RPAF, que determina como

requisito de admissibilidade desta espécie recursal, além da existência de decisões divergentes entre as Câmaras do CONSEF, que fique demonstrado pelo recorrente o nexo entre essas decisões e as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados..

Aduz que no caso em análise é impossível verificar essas semelhanças e conseqüentes divergências na medida em que o recorrente anexou decisões que tratam de matérias totalmente diversas da tratada no presente Auto de Infração. Considera que as razões do recurso se prendem muito mais ao que já foi decidido nos julgamentos anteriores, e que não é esse o escopo do Recurso de Revista.

Por considerar ausentes os pressupostos para admissibilidade do Recurso de Revista, opina pelo seu Não Conhecimento.

Em nova manifestação à fl. 646 dos autos a Douta PROFAZ reporta-se ao argumento do recorrente de que não foi observado o pedido de sustentação oral formulado no item 63 do Recurso Voluntário, citando que a sustentação oral é deferida a todo aquele advogado presente na sessão de julgamento, independentemente de prévio pedido, pois é previsão do RPAF/99 e criteriosamente observada pelo CONSEF. Acrescenta que, se foi feita a sustentação oral ou não, só se pode verificar se for consultada a ata de julgamento, mas, com certeza, esse direito não lhe foi negado, pois a prática no CONSEF é proporcionar ampla defesa e respeitar a legislação e os princípios processuais.

Conclui asseverando o entendimento de que não há fato que gere a nulidade do mencionado julgamento, salvo se a empresa apresentar certidão do CONSEF que lhe foi negado esse direito em sessão realizada, onde foi julgado o Recurso Voluntário.

VOTO

O Recurso de Revista é uma espécie recursal que possui requisitos específicos à sua admissibilidade, os quais, se preenchidos, permitem o seu conhecimento.

No caso em tela, o recorrente, ao final, requer “a declaração da Improcedência do lançamento fiscal”, situação esta que, para se alcançar, exige análise do mérito da autuação. Entretanto, no bojo da peça recursal argui o acolhimento de preliminares de nulidade, cujas análises antecedem ao próprio exame pertinente ao preenchimento do requisito legal para admissibilidade do Recurso de Revista, e, também, dispensam a juntada de Decisões à serem tomadas como paradigma. Portanto, vamos à análise das preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente.

1) Anulação do julgamento realizado pela 1ª CJF “por falta de deferimento do pedido de sustentação oral dos argumentos defensivos”.

O julgamento levado a efeito pela 1ª CJF obedeceu, como de costume, o previsto pelo art. 152 do RPAF-BA bem como o estabelecido nos arts. 40, 54 inc. I, 56 e 64 do Regimento Interno do CONSEF. Portanto, a pauta do julgamento foi regularmente publicada no DOE, constando a data, hora e local do julgamento e a indicação do nome do patrono do recorrente vinculado ao respectivo PAF. A sustentação oral é um direito assegurado as partes, sendo desnecessário qualquer tipo de pleito para exercê-la e, muito menos, intimação específica para esse fim, pois já foi efetuada através do DOE para participação no julgamento, enquanto que não consta dos autos que o patrono do recorrente tenha comparecido a sessão do julgamento e esse direito lhe tenha sido negado. Aliás, não há como

desconhecer a reiterada prática do CONSEF em proporcionar a ampla defesa e respeitar a legislação e os princípios processuais, conforme destacou, com muita propriedade, a Douta PROFAZ.

Afastada, portanto, a preliminar de nulidade do julgamento realizado pela 1ª CJF.

2) Decadência do lançamento pertinente ao período de janeiro a novembro/96, com fulcro no art. 150, § 4º do CTN. Esta é uma questão que será analisada como preliminar considerando o fato do recorrente tê-la assim a apresentado. De qualquer maneira, é um assunto que já foi argüido em sede de Recurso Voluntário e afastado pelo o Sr. Relator através de correta fundamentação jurídica, aqui acolhida, por não vislumbrar nos argumentos do recorrente elementos jurídicos suficientes para modificar a fundamentação constante na Decisão recorrida, muito menos, nas condições presentes nos autos aplicar-se a regra do § 4º, art. 150 do CTN ao invés da constante no art. 173, II do mesmo diploma legal.

Está claro nos autos que o recorrente não declarou e nem praticou, no período abrangido pela autuação, quaisquer atos relacionados às habituais operações relacionadas com o Estado da Bahia, apesar de não desconhecer tal fato a ponto de que, em período anterior, mesmo sem inscrever-se como contribuinte substituto deste estado, chegou a pleitear concessão de Regime Especial para as operações aqui realizadas, não havendo, desta maneira, o pagamento antecipado do imposto, o que resulta na aplicação *in casu* da regra geral e, conseqüentemente, o término inicial será o primeiro dia do exercício seguinte.

De maneira que ratifico o afastamento desta preliminar de nulidade levantada, por entender que a decadência suscitada para as operações relativas ao período janeiro a novembro de 1996 não se configura já que a fiscalização foi iniciada no dia 04/12/01, encerrada em 07/12/01, mesma data que o sujeito passivo foi intimado para pagamento do débito, conforme documento às fls. 09/10 dos autos, enquanto que, em razão do não pagamento foi lavrado o presente Auto de Infração no dia 18/12/01, cuja ciência ao autuado ocorreu no dia 27/12/01, conforme declaro o próprio recorrente em sua peça recursal, logo, neste caso, à luz da legislação tributária estadual, só viria ocorrer a decadência do referido exercício a partir de 01 de janeiro de 2002. Isto é o que se depreende da leitura do § 1º, art. 44 da Lei nº 4.825/89, bem como do § 1º, art. 28 do Código Tributário do Estado da Bahia, repetido no art. 427, I do RICMS/89 aprovado pelo Decreto nº 2.460/89 bem como no art. 965, I do RICMS/97 aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 que manteve a mesma regra encartada no RICMS/96 aprovado pelo Decreto nº 5.444/96. Não se deve olvidar de que os dispositivos legais aqui mencionados reproduzem os termos constantes no art. 173, II do CTN os quais, se aplicam ao caso sob análise.

3) Ausência de fundamentação do lançamento tributário. Este tópico, apesar de constar no item “V – Do Pedido” como sendo uma das preliminares de nulidade argüidas, em verdade, à luz do constante nos itens 37, 83 e nas considerações finais, se refere a questão de mérito, a qual, para ser analisada requer o cumprimento pelo mesmo da regra prevista no art. 169, II “a” do RPAF-BA.

Aliás, este mesmo argumento foi também suscitado em sede de Recurso Voluntário onde, através de correta fundamentação, foi devidamente apreciado pelo o Sr. Relator quando da análise do mérito da autuação. De qualquer maneira, não vejo razões jurídicas suficientes para se decretar a nulidade do Auto de Infração, conforme pleiteou o recorrente, já que, neste tópico também incorreu motivação para que possa tornar nulo o lançamento combatido.

Assim, depois de afastadas todas as preliminares de nulidades argüidas, passo à análise da admissibilidade do Recurso de Revista, conforme já mencionei anteriormente, considerando o previsto no art. 146, inciso II “a” da Lei nº 3.956/81 (COTEB), com a nova redação dada pela Lei nº 7.438/99. Dos exames efetuados chego as conclusões que passo a expor.

A ementa relativa a Decisão ora recorrida assim se apresenta:

“SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. MARKETING DIRETO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A legislação atribui ao remetente a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas de mercadorias para fins de revenda, ocorridas no território do Estado da Bahia. Constatado que o autuado promovia operações para contribuintes não inscritos no cadastro do ICMS. Afastada a preliminar de decadência alegada pelo recorrente. Infração caracterizada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime”.

As Decisões apresentadas em paradigma pelo recorrente assim se apresentam:

- Acórdão CS nº 0430/99: **“EMENTA : ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Recurso de Revista NÃO CONHECIDO. Ausência dos pressupostos de admissibilidade. Decisão unânime”.**
- Resolução nº 0416/98: **“EMENTA : ICMS. Recurso de Ofício. Descaracterização de incentivo fiscal nas vendas de óleo de soja por utilização da inscrição de microempresa comercial varejista como fachada para promoção de saídas de mercadorias por atacado.(...) Mantida a decisão da 4ª Jf. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime”.** Indicada como paradigma à preliminar de falta de “motivação do lançamento tributário”.
- Acórdão 1ª CJF nº 1.139/99: **“EMENTA : ICMS. ARBITRAMENTO. PREJUÍZO NA CONTA “MERCADORIAS”. De fato o procedimento fiscal não está embasado em nenhuma das hipóteses para a adoção do arbitramento da base de cálculo. Auto de Infração NULO. Recurso NÃO PROVIDO para manter e homologar a Decisão recorrida. Decisão unânime”.** Também indicada como paradigma à falta de motivação do lançamento tributário.

Analizando as Decisões apresentadas em paradigmas e comparando-as com a Decisão recorrida, fica patente que não servem para preencher ao requisito para admissibilidade do Recurso de Revista já que não se referem a divergência de entendimento sobre idêntica questão jurídica manifestada por outra Câmara ou pela Câmara Superior do CONSEF. E este fato se confirma em razão de:

A primeira Decisão (Acórdão CS nº 0430/98), refere-se a Recurso de Revista Não Conhecido, portanto não houve manifestação contrária pela Câmara Superior divergente a que ora se analisa. Assim mesmo, o assunto nela enfocado refere-se a aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, portanto, não se refere a vendas através de marketing direto à contribuintes não inscritos localizados neste Estado.

A segunda Decisão (Resolução nº 0416/98), trata de descaracterização de incentivo fiscal em vendas de óleo de soja efetuadas para microempresas, portanto, totalmente incompatível para o fim pretendido.

Por fim, a terceira Decisão (Acórdão nº 1.139/99), refere-se a arbitramento de base de cálculo sem previsão legal, situação totalmente divergente da que ora se analisa, na medida em que não se

caracterizou a nulidade do presente lançamento, sob qualquer fundamentação e, no mérito, a questão enfocada é totalmente diferente da apresentada na Decisão paradigma.

De sorte que pelo fato das Decisões paradigmas apresentadas não se referirem à mesma questão jurídica constante na Decisão recorrida e depois de afastadas todas as preliminares de nulidade suscitadas, acolho os opinativos da Douta PROFAZ e, com fundamento no art. 146-A, inciso III do COTEB voto pelo NÃO CONHECIMENTO do presente Recurso de Revista, ante a falta de preenchimento pelo recorrente dos requisitos legais para sua admissibilidade.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO CONHECER** o Recurso de Revista apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206930.0012/01-0**, lavrado contra **NATURE'S SUNSHINE PRODUTOS NATURAIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$155.242,68**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, II, "d", da Lei nº 4.825/89, e no art. 42, II, "e", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Max Rodriguez Muniz.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Carlos Fábio Cabral Ferreira, Ciro Roberto Seifert, Ivone Oliveira Martins, Antonio Ferreira de Freitas, Helconio de Souza Almeida, José Carlos Boulhosa Baqueiro, Sandra Urânia Silva Andrade, José Carlos Barros Rodeiro, Nelson Teixeira Brandão e Verbena Matos Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de dezembro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE - REPR. DA PROFAZ