

PROCESSO - A.I. Nº 206930.0012/01-0
RECORRENTE - NATURE'S SUNSHINE PRODUTOS NATURAIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0115-03/02
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 12.07.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0260-11/02

EMENTA: ICMS. 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.

RELATÓRIO

A acusação fiscal descrita pelos agentes fiscais foi à falta de antecipação do ICMS na primeira repartição do percurso, relacionada a entradas de mercadorias no território da Bahia destinadas a contribuintes não inscritos, deixando o autuado de cumprir norma contida no art. 426 e correspondentes incisos do Regulamento do ICMS, combinados com o item 7 do Anexo 89. O Auto de Infração foi lavrado, em 18/12/01, para exigir o ICMS, no valor de R\$ 155.242,68, acrescido da multa de 60% , aplicando-se o percentual de lucro de 20% sobre o valor das vendas. O período da autuação envolveu as operações ocorridas entre 01/01/96 a 31/07/97. A base documental utilizada no lançamento foram os relatórios vinculados aos registros de saídas de produtos comercializados para a Bahia, constante das fls. 15 a 442 do processo. Os referidos documentos foram fornecidos e firmados pelo próprio contribuinte.

O autuado impugnou o lançamento alegando preliminar de decadência relacionado aos fatos geradores ocorridos entre 31/01/96 a 30/11/96. Afirma que a contagem do prazo para fins de lançamento se inicia a partir da data da ocorrência dos fatos que ensejaram o nascimento da obrigação tributária. Assim, se o Auto de Infração foi lavrado em dezembro de 2001, a exigência fiscal anterior a dezembro de 1996 seria indevida, por ter se operado a decadência do direito do Estado de lançar o tributo. No mérito, afirma que a legislação citada no Auto de Infração aplica-se aos contribuintes da Bahia, pois se refere às operações internas. Assim, os dispositivos citados não têm aplicabilidade ao caso concreto, já que o autuado promove vendas a consumidor final, não constituindo, este fato, hipótese de substituição tributária. Além disso, argumenta a falta de acordo para a tributação das mercadorias comercializadas pelo autuado, conforme determina o Convênio ICMS nº 81/93 e da ausência de previsão dessa tributação na legislação ordinária dos Estados envolvidos na operação.

Na informação fiscal, os autuantes rebatem a alegação de decadência e afirmam que a empresa opera na modalidade denominada “Marketing Direto”, sistemática de comercialização que utiliza pessoas físicas para a distribuição e revenda de produtos, através de entrega porta-a-porta. Declararam, ainda, que a referida sistemática de distribuição enquadra-se como hipótese de

substituição tributária subjetiva, modalidade de sujeição passiva que leva em consideração a qualidade da pessoa que promove as operações.

Remetidos os autos para julgamento em 1ª Instância, a relatora do processo, proferiu voto, afastando, inicialmente, a preliminar de decadência, por entender ser aplicável ao caso, a norma do art. 173, inc. I, do Código Tributário Nacional (CTN), que estabelece que a contagem do prazo de decadência se inicia do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência dos fatos geradores. No mérito, conclui que as operações praticadas pelo autuado se enquadram na sistemática de “Marketing Direto”, regidas pelo Convênio ICMS nº 75/94. Aduz, ainda, que o lançamento fiscal teve por base os registros fiscais da empresa, envolvendo operações de substituição tributária para a Bahia, conforme documentos juntados pelos autuantes. Esses elementos da escrita do contribuinte serviram de suporte para a determinação da base de cálculo lançada no Auto de Infração. O voto conclui pela Procedência total do procedimento fiscal.

Inconformado com a Decisão da Junta de Julgamento, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, voltando a argüir a preliminar de decadência, referente ao período de janeiro a novembro de 1996. Sustenta a inaplicabilidade do art. 173, I, do CTN, pois não agiu com dolo, fraude ou simulação. Volta a argumentar que as normas citadas no Auto de Infração são dirigidas aos contribuintes baianos, pois se referem a saídas internas, sujeitas ao regime de substituição tributária interna. Afirma que a empresa efetua venda a pessoas físicas, consumidores finais de seus produtos. Declara que as mercadorias não se destinavam à revenda ou à circulação posterior no território baiano e que a autuação carece de provas dos fatos alegados, incorrendo em violação do art. 142, do CTN, que determina que o ato de lançamento é procedimento administrativo vinculado. A ausência de prova da prática do “Marketing Direto”, contamina o lançamento, pois se trata de acusação fundada em mera presunção. Sustenta a inaplicabilidade do Convênio ICMS nº 75/94, pois efetua venda a consumidor final. Declara que quando passou a vender seus produtos a revendedores, pleiteou regime de substituição, conforme documento anexo, referente a Regime Especial aprovado pelo Parecer nº 801/97, da Gerência de Tributação da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Por último, formula pedido pela improcedência do Auto de Infração.

A PROFAZ se pronuncia nos autos, através de Parecer, declarando que o Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra Decisão de 1ª Instância traz os mesmos argumentos já analisados e decididos no julgamento efetuado, em alguns momentos até transcrição literal da peça impugnativa. Nada traz que possa ensejar qualquer análise por parte deste colegiado, nem em relação aos fatos, ou documentos ou novos fundamentos de direito. Por esses motivos, opina no sentido de que o Recurso deva ser Não Provido.

VOTO

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 à 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 subsequentes. 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **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.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de junho de 2002.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFZ