

A. I. N° - 206930.0012/01-0
AUTUADO - NATURE'S SUNSHINE PRODUTOS NATURAIS LTDA.
AUTUANTES - NIWTON DE BARROS MACEDO e OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET - 15/04/2002

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0115-03/02

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MARKETING DIRETO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A lei atribui ao remetente a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas interestaduais que efetuar, para fins de antecipação do tributo referente à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes, neste Estado, que efetuam venda porta-a-porta. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 18/12/01, para exigir o ICMS, no valor de R\$155.242,68, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de retenção do imposto e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado – “a empresa deixou de proceder à antecipação tributária do ICMS, na primeira repartição do percurso, nas operações de comercialização destinadas a contribuintes não inscritos neste Estado, conforme dispõe o Art. 426 e Incisos, Combinado com o Item 7 do Anexo 89 (percentual de lucro de 20%)”.

O autuado apresentou defesa (fls. 445 a 456), através de advogados legalmente habilitados, preliminarmente suscitando a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário em relação ao período de janeiro a novembro de 1996, uma vez que já se passaram os cinco anos previstos na legislação para o exercício do direito. Discorre sobre o instituto da decadência, cita dispositivos do Código Tributário Nacional, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, decisões de tribunais administrativos e argumenta que, de acordo com o artigo 150, § 4º, do CTN, o “prazo inicial de contagem do prazo decadencial, no caso do ICMS, deve ser contado a partir da data de emissão da nota fiscal, ou, mais precisamente, da data da saída da mercadoria do estabelecimento, momento em que se considera ocorrido o fato gerador do imposto (aspecto temporal da hipótese de incidência)”.

Acrescenta que a exigência fiscal não pode subsistir, eis que embasada em dispositivos regulamentares dirigidos ao contribuinte baiano que recebe mercadorias, nas condições ali referidas, sem a retenção antecipada do imposto, o que não é o caso dos autos. Diz que seu estabelecimento está localizado no Estado de São Paulo e não promove, como é óbvio, saídas internas no Estado da Bahia, sendo, portanto, totalmente inaplicáveis os dispositivos citados pelos autuantes (artigos 19, inciso I, do RICMS/89 e artigo 353, inciso I, do RICMS/96).

Assevera que não promove saídas de mercadorias a contribuintes do ICMS situados no Estado da Bahia, mas diretamente a não-contribuintes, pessoas físicas, consumidoras finais dos produtos, como demonstra a nota fiscal anexada à fl. 463, fato, aliás, já conhecido dos prepostos fiscais.

Pelo exposto, pede a nulidade do lançamento, por ilegitimidade passiva, tendo em vista que vende suas mercadorias a pessoas físicas que as irão consumir e não revendê-las posteriormente no território da Bahia.

Argumenta que, mesmo que fossem aplicáveis os dispositivos regulamentares mencionados pelos autuantes, ainda assim a exigência fiscal não poderia ser mantida, haja vista que, tratando-se de substituição tributária com antecipação do recolhimento do imposto, a sujeição passiva a ele imposta teria de estar embasada em lei estadual que especificasse as mercadorias sujeitas ao referido regime, conforme prevê o § 2º do artigo 6º, da Lei Complementar nº 87/96 e, além disso, subordinada a prévio acordo entre os Estados envolvidos, tratando-se de operações interestaduais, o que não se verifica na situação em análise, já que não há, entre a Bahia e São Paulo, Convênio ou Protocolo que especifique que as mercadorias por ele comercializadas estão enquadradas na substituição tributária, contrariando o disposto no Convênio ICMS nº 81/93 (Cláusulas primeira, sétima e décima-quarta).

Requer, a final, a declaração de decadência dos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a novembro de 1996 e a improcedência do lançamento.

Os autuantes, em sua informação fiscal (fls. 465 a 470), refutam a preliminar de decadência aventada pelo autuado argumentando que, de acordo com o artigo 965 do RICMS/96, o direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário extingue-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, de acordo com o entendimento já manifestado por este CONSEF em diversas decisões anteriormente exaradas. Discorrem sobre o instituto da decadência para corroborar as suas alegações.

Quanto a este lançamento, informam que o autuado opera na modalidade de “Marketing Direto”, isto é, comercializa seus produtos a revendedores não inscritos, a qual está prevista no RICMS/BA no artigo 379. Ressaltam que, no caso, trata-se de substituição tributária subjetiva, que ocorre em razão da pessoa que realiza a operação, como por exemplo: farmácias, drogarias e casas de produtos naturais, em relação aos produtos não enquadrados no regime de substituição tributária, ao contrário da substituição tributária objetiva, que é determinada em razão da mercadoria comercializada.

Citam, ainda, o artigo 428 do RICMS/BA e aduzem que nas operações a serem realizadas no território deste Estado, de mercadorias provenientes de outra unidade da Federação, sem destinatário certo ou destinado a contribuinte não inscrito, o imposto sobre o valor acrescido será recolhido antecipadamente, na primeira repartição fazendária por onde transitarem ou onde se encontrarem as mercadorias.

Finalizam dizendo que, como o autuado opera na modalidade de “Marketing Direto”, deveria ter efetuado o recolhimento do imposto antecipadamente no primeiro posto fiscal do percurso da mercadorias, como previsto no artigo 426 do RICMS/97, sendo, portanto, procedente a presente autuação.

VOTO

Inicialmente, deixo de acatar a preliminar de decadência suscitada pelo autuado pelas razões seguintes:

1. o Código Tributário Nacional, em seu artigo 173, inciso I, estabelece que ‘o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado’;
2. no caso em tela, o fato gerador do imposto ocorreu no período de janeiro a novembro de 1996 e o prazo final de decadência se daria no dia 31/12/2001;
3. como o Auto de Infração foi lavrado em 18/12/2001, não havia se configurado, ainda, a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Ressalte-se, por oportuno, que a jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, considera que, lavrado o auto de infração, não há mais que se cogitar de prazo de decadência, independentemente de notificação do lançamento ao sujeito passivo.

O Auto de Infração foi lavrado, contra o contribuinte situado no Estado de São Paulo, para exigir o ICMS, em decorrência da falta de retenção do imposto e o consequente recolhimento, na primeira repartição fazendária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes não inscritos localizados neste Estado.

O autuado impugnou o lançamento alegando a ilegitimidade passiva, tendo em vista que os dispositivos regulamentares mencionados no lançamento são dirigidos ao contribuinte baiano que recebe mercadorias, nas condições ali referidas, sem a retenção antecipada do imposto, o que não é o caso dos autos. Diz que seu estabelecimento está localizado no Estado de São Paulo e não promove, como é óbvio, saídas internas no Estado da Bahia, sendo, portanto, totalmente inaplicáveis os dispositivos citados pelos autuantes (artigos 19, inciso I, do RICMS/89 e artigo 353, inciso I, do RICMS/96).

Assevera que não promove saídas de mercadorias a contribuintes do ICMS situados no Estado da Bahia, mas diretamente a não-contribuintes, pessoas físicas, consumidoras finais dos produtos, como demonstra a nota fiscal anexada à fl. 463, fato, aliás, já conhecido dos prepostos fiscais.

Os autuantes, por sua vez, informam que o autuado opera na modalidade de “Marketing Direto”, isto é, comercializa seus produtos a revendedores não inscritos, modalidade prevista no artigo 379 do RICMS/97. Ressaltam que, no caso, trata-se de substituição tributária subjetiva, que ocorre em razão da pessoa que realiza a operação, em relação a produtos não enquadrados no regime de substituição tributária, ao contrário da substituição tributária objetiva, que é determinada em razão da mercadoria comercializada.

Citam, ainda, o artigo 428 do RICMS/BA e aduzem que nas operações a serem realizadas no território deste Estado, de mercadorias provenientes de outra unidade da Federação, sem destinatário certo ou destinado a contribuinte não inscrito, o imposto sobre o valor acrescido será recolhido antecipadamente, na primeira repartição fazendária por onde transitarem ou onde se encontrarem as mercadorias.

A matéria encontra-se disciplinada pelo Convênio ICMS 75/94, vigente à época dos fatos geradores, da seguinte forma:

Cláusula primeira – Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados, nas operações interestaduais que destinem mercadorias a revendedores não inscritos, estabelecidos em seus territórios, que efetuem venda porta-a-porta exclusivamente a consumidor final, promovidas por empresas que se utilizem do sistema de marketing direto para comercialização dos seus produtos, a atribuir ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e

Intermunicipal e de Comunicação – ICMS devido nas subsequentes saídas realizadas pelo revendedor não inscrito.

§ 1º - O disposto no caput aplica-se também às saídas interestaduais que destinem mercadorias a contribuinte do imposto regularmente inscrito, localizado em seu território, que distribua os produtos exclusivamente a revendedores não-inscritos para venda porta-a-porta.

§ 2º - O disposto no caput e no parágrafo anterior aplica-se também nas hipóteses em que o revendedor não-inscrito, em lugar de efetuar a venda porta-a-porta, o faça em banca de jornal e revista.

O RICMS/89 assim determinava:

Art. 23. Far-se-á o pagamento do imposto:

V - no ato da expedição do documento de arrecadação, na primeira repartição fazendária do percurso:

a) tratando-se de mercadorias procedentes de outros Estados, destinadas a contribuintes não inscritos ou sem destinatário certo, sem que tenha sido feita a retenção na fonte ou tendo sido feita retenção a menor;

Art. 26. Nas operações interestaduais, a substituição tributária reger-se-á conforme o disposto neste artigo e nos convênios ou protocolos para esse fim celebrados entre as unidades da Federação interessadas e a Bahia.

§ 4º - Nas aquisições interestaduais de mercadorias promovidas por revendedores não inscritos estabelecidos neste Estado, que efetuam venda porta-a-porta exclusivamente a consumidor final, sendo as remessas efetuadas por empresas que se utilizem do sistema de "marketing" direto para comercialização de seus produtos, observar-se-á o seguinte (Conv. ICMS 75/94):

I - poderá ser concedido regime especial ao remetente, atribuindo-se a este a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subsequentes saídas realizadas pelo revendedor não inscrito, a ser formalizado mediante Termo de Acordo firmado entre a Secretaria da Fazenda e a empresa remetente interessada, onde serão fixadas as regras relativas à sua operacionalização;

II - o disposto neste parágrafo aplica-se também às aquisições interestaduais efetuadas por contribuinte do imposto regularmente inscrito neste Estado, que distribua os produtos exclusivamente a revendedores não inscritos para venda porta-a-porta ou em banca de jornal e revista (Conv. ICMS 33/95);

O RICMS/96 e o RICMS/97 disciplinam a matéria da seguinte forma:

Art. 379 - Nas aquisições interestaduais de mercadorias efetuadas por revendedores não inscritos estabelecidos neste Estado, que realizem vendas porta-a-porta exclusivamente a consumidor final, sendo as remessas efetuadas por empresas que se utilizem do sistema de "marketing" direto para comercialização de seus produtos, observar-se-á o seguinte (Conv. ICMS 75/94):

I - poderá ser concedido regime especial ao remetente, atribuindo-se a este a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subsequentes saídas

realizadas pelo revendedor não inscrito, a ser formalizado mediante Termo de Acordo firmado entre a Secretaria da Fazenda e a empresa remetente interessada, onde serão fixadas as regras relativas à sua operacionalização;

II - o disposto neste artigo aplica-se também às aquisições interestaduais efetuadas por contribuinte do imposto regularmente inscrito neste Estado que distribua os produtos exclusivamente a revendedores não inscritos para venda porta-a-porta ou em banca de jornal e revista (Conv. ICMS 33/95);

Sendo assim, no caso em tela, como indicado pelos autuantes, trata-se de substituição tributária subjetiva ou seja, aquela realizada em razão da condição do contribuinte, como acontece, por exemplo, com as farmácias, e não em razão do tipo de mercadoria comercializada.

Observe-se que o autuado está inscrito no CICMS/BA como contribuinte substituto sob o nº 46.755.742-CS e que os valores de base de cálculo indicados neste Auto de Infração foram extraídos do livro “Registro de Saídas – Substituição Tributária – BA”, emitido pelo próprio autuado, com a relação das notas fiscais emitidas nas condições previstas no Convênio ICMS 75/94 (fls. 15 a 442).

Sendo assim, o autuado deveria ter efetuado a retenção e o consequente recolhimento do imposto, ao Estado da Bahia, na qualidade de substituto tributário, em consonância com as disposições do acima transcrito Convênio ICMS 75/94, sendo devido o valor apurado neste Auto de Infração, mesmo porque não foi objetivamente impugnado.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206930.0012/01-0, lavrado contra **NATURE'S SUNSHINE PRODUTOS NATURAIS LTDA.**, devendo ser intimado o sujeito passivo 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, 10 de abril de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR