

A. I. Nº - 206930.0012/01-0
AUTUADO - NATURE'S SUNSHINE PRODUTOS NATURAIS LTDA.
AUTUANTES - NIWTON DE BARROS MACEDO e OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 15/04/2002

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 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 efetuem 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 conseqüente 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 conseqüente 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 subseqüentes 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 efetuem 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 subseqüentes 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 subseqüentes 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 conseqüente 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 3ª 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