

PROCESSO - A. I. Nº 206912.0029/10-1
RECORRENTE - POSTHAUS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JJF nº 0189-05/11
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 14/09/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0244-12/12

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MARKETING DIRETO. VENDA PORTA A PORTA. FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DO ICMS ST. Nos termos do Convênio ICMS 45/99 c/c o art. 379, §1º, do RICMS/BA, cabe ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, efetuar a retenção e o consequente recolhimento do imposto. Constatada a falta de retenção e de recolhimento do ICMS/ST na saída, em operação interestadual, de mercadorias encaminhadas a destinatários do Estado da Bahia que distribuem os produtos a revendedores para venda porta a porta neste Estado, resultando nas exigências de ICMS/ST. Infração comprovada em face da apresentação de significativo conjunto de provas, não elidido pelo sujeito passivo. Rejeitado pedido de Diligência ou Perícia Fiscal. Infração caracterizada. Afastadas as preliminares de nulidades. Decisão unânime. Não acolhida a preliminar de decadência. Decisão por maioria. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 206912.0029/10-1, lavrado em 06/12/2010 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$5.283.092,24, acrescido da multa de 60%, sob a acusação de que o autuado deixou de proceder à retenção do ICMS e ao consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Período de janeiro/2005 a dezembro/2009.

Consta, na descrição dos fatos do Auto de Infração, que conforme planilhas anexadas no processo, o Fisco adotou como base de cálculo para a substituição tributária, o valor da operação própria, isto é a base de cálculo do ICMS devido no Estado de origem, constante dos documentos fiscais apontados no Registro 50 dos arquivos magnéticos da empresa autuada, excluídas as devoluções e as mercadorias não tributadas.

Consta também que foi utilizada a Margem de Valor Adicionado - MVA de 20% (01/01/2005 até 27/07/2009) e de 60% (a partir de 28/07/2009), para o cálculo do débito, considerando que o contribuinte não apresentou, nos arquivos magnéticos, os registros 53, 54 e 75, para os exercícios de 2005 a 2009, e que nestes registros deveriam constar os dados das notas fiscais com os respectivos produtos vendidos, individualizados, quantificados e descritos detalhadamente; consta, ainda, que o sujeito passivo não disponibilizou ao Fisco os catálogos das mercadorias com os respectivos preços, apesar das sucessivas intimações, conforme estava obrigado na forma da cláusula terceira, *caput* e parágrafo único, do Convênio ICMS 45/99 (acordo interestadual que trata da substituição tributária nas operações com *marketing* direto), c/c o artigo 379, e respectivos parágrafos, do RICMS/BA.

O Fisco acosta, às fls. 08 a 343, documentos que consistem em demonstrativos do levantamento fiscal realizado em papel e em mídia CD; cópia do Conv. ICMS 45/99 (ST no marketing direto – fls. 55 e 56); Relatório fiscal intitulado “Evidenciação das Provas Colida”, com o resumo de 21 etapas do processo fiscalizatório (fls. 57 a 63); documentos intitulados “Provas”, numerados, às fls. 64 e seguintes, dentre os quase constam Relatórios, Autorização para que o Fisco da Bahia fiscalizasse a empresa Post Haus localizada no Estado do Paraná, sob CNPJ 80.462.138/0001-41 (fl. 65); Relatórios fiscais; Declaração de Representante legal de comerciantes no sentido de que os mesmos fazem parte do comércio de marketing direto do sujeito passivo (fls. 73 e 74); espelho do sistema informatizado de Informações do Contribuinte INC/SEFAZ confirmando a condição da Declarante no sentido de que a mesma é a responsável legal por estas empresas na Bahia (fls. 75 e 76); fotografias de locais em que o Fisco fez visita e as explicações concernentes a tais fotos (fls. 99 a 103); Catálogos de produtos para venda, do autuado (fls. 105 e 106); folder publicitário e explicações a respeito (fls. 107 e 108); Catálogo de prêmios para revendedores do sujeito passivo; listagens de pedidos e de faturamentos (fls. 109 e 113); cópias e vias de notas fiscais; cópias de notas fiscais emitidas pela empresa Post Haus contendo quantidades de uma a cinco unidades de cerca de trinta e cinco produtos diversos (fls. 179 a 214), e explicações a respeito de dados de cada documento, inclusive a respeito da forma de revenda com catálogos (fls. 215 a 227); Atas de reuniões entre os autuantes e revendedores do sujeito passivo (fls. 228 a 254); espelhos de dados do sujeito passivo constantes no sistema INC/SEFAZ, comprovando o não recolhimento de ICMS em favor da Bahia nos exercícios de 2005 a 2009, e análise dos autuantes a respeito (fls. 338 a 343); dentre outros diversos documentos elencados pelo Fisco da Bahia.

Às fls. 03, 344 a 346, e 348, comprovantes de entrega, ao sujeito passivo, de cópia do Auto de Infração e dos documentos a este anexados.

O autuado impugna o lançamento de ofício à fl. 350 a 384, anexando documentos às fls. 385 a 486.

Os autuantes prestam informação fiscal, fls. 488 a 603 mantendo a autuação.

O julgamento unânime em primeira instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0189-05/11, às fls. 605 a 628. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para respaldar a acusação de que o autuado utilizando-se do sistema de marketing direto para comercialização de seus produtos, deixou de proceder à retenção do ICMS, e ao consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas que destinam mercadorias a revendedores, localizados no Estado da Bahia, que efetuam venda porta a porta para consumidor final, nos termos do Convênio ICMS 45/99.

Procederemos à análise e discussão da lide, antes, porém, cumpre examinar as questões preliminares suscitadas pelo sujeito passivo.

Alega o autuado a ausência do Termo de Início de Fiscalização, contrariando o art. 196, CTN; a ausência de credenciamento do Estado de Santa Catarina, uma vez que a autorização emitida pela autoridade baiana se refere ao Estado do Paraná; que vícios de forma contaminaram o lançamento de ofício, posto que lavrado contra inscrição 39.030.573, que se encontra baixada e lavrado fora do estabelecimento autuado; que o exercício 2005 foi fulminado pelo instituto da decadência e pede que seja realizada diligência a fim de evidenciar a legitimidade de seu pleito.

Não encontro no presente Auto de Infração, quaisquer motivos que o condene à nulidade. Na sua lavratura foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, RPAF/BA, aprovado pelo Decreto 7.629/99, com o acompanhamento por parte de preposto do autuado de etapas do processo de fiscalização, com a entrega regular dos papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário, conforme ciência de recebimentos nos demonstrativos constantes nos autos. A infração está descrita de forma clara, fundamentada nos demonstrativos, nos diversos materiais de provas e documentos fiscais que embasaram a acusação fiscal, determinando, com segurança, a infração e o infrator.

Ao contrário do que o autuado alega, verifico que lhe foram assegurados todos os direitos processuais, tendo ele iniciado o contraditório exercendo o seu direito de ampla defesa, cabendo-lhe exercitar a sua defesa com os elementos de provas de que dispunha e seguindo o raciocínio que melhor lhe aprouver para a impugnação dos autos, sem qualquer reserva, estabelecendo-se a lide fiscal-tributária dentro e em obediência ao devido processo legal.

Sobre a AUSÊNCIA DO TERMO DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO, a arguição é que os autuantes não lavraram o Termo de Início de Fiscalização, solenidade indispensável para posterior e eventual lavratura do Auto de Infração. A exigência do Termo de Início de Fiscalização se justifica para que o contribuinte entenda que está sob ação fiscal, comprovação do marco inicial da decadência (art. 173, § único, CTN), além do regime jurídico da denúncia espontânea de tributos (art. 138, § único, CTN). O sujeito passivo foi intimado duas vezes, conforme se verifica através das provas nº 26, 27 e 28 apenas ao PAF, para apresentar elementos fiscais, registros 53, 54 e 75 dos arquivos magnéticos, conjuntamente com os catálogos e/ou revistas e/ou tabela de preços sugeridos por item de mercadoria, relacionados aos exercícios fiscalizados. Incabível, portanto, a alegação da ausência do termo de início de fiscalização, vez que tomou conhecimento de que estava sendo fiscalizado.

O art. 127, II, c/c o §1º, III, COTEB e o art. 26, III, RPAF-BA, ensina, em substituição ao Termo de Início de Fiscalização, que outras providências podem ser tomadas pelo fisco com o objetivo de iniciar o procedimento fiscal, entre elas a Intimação para apresentação de livros, documentos e elementos fiscais. Por conseguinte, a intimação supre o Termo de Início.

Ademais, o Estado de Santa Catarina credenciou os autuantes a executarem o trabalho, conforme atesta o documento de fls. 65, em conformidade com a cláusula nona do Convênio ICMS 81/93, que estatui regras gerais para a fiscalização das operações sujeitas à substituição tributária interestadual:

O fato de constar na autorização emitida pela autoridade fiscal baiana, o Estado do Paraná, em nada prejudica a essência do procedimento de auditoria. O autuado conhecia os termos da fiscalização apresentados pelos Auditores Fiscais, responsáveis pela auditoria e signatários dos termos de intimação de fls. 318/319 e 321/322, ambos os formulários com o timbre do Estado da Bahia.

Na oportunidade da visita às instalações do estabelecimento, os auditores foram acompanhados pelo Sr. Leonir Zermiani, empregado da empresa, referenciado no relatório Técnico, de fl. 66.

Com relação à INSCRIÇÃO ESTADUAL BAIXADA, alega o autuado não ser sujeito passivo por substituição tributária porque a sua inscrição estadual nos registros da Secretaria da Fazenda da Bahia foi encerrada; defende que é condição de sua responsabilidade tributária o fato de ser ou não ser cadastrada nos arquivos da Bahia.

Explicam os autuantes que o lançamento foi efetuado contra um dos estabelecimentos da empresa POSTHAUS, situado em Santa Catarina, inscrição CNPJ 80.462.138/0001-41. A referência à antiga inscrição estadual baiana foi efetivada tão-somente para fins de controle interno do sistema operacional de registro de autos de infração na Bahia. Verifico, nesse sentido, que a condição de contribuinte substituto está determinada na lei; de forma particular, nas cláusulas primeira, segunda e terceira do Convênio ICMS 45/99, aderido e assinado tanto pelo Estado da Bahia como por Santa Catarina, normas recepcionadas pelo art. 379 e §§, RICMS BA, tudo conforme manda o art. 9º, LC 87/96.

No que se refere ao LANÇAMENTO FISCAL LAVRADO FORA DO ESTABELECIMENTO AUTUADO, conforme disposto no §1º do art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia - RPAF-BA, o Auto de Infração pode ser lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fiscal ou no local onde se constatar a irregularidade. Os autuantes escolheram a segunda alternativa.

Sobre a DECADÊNCIA PARCIAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, em relação aos fatos geradores ocorridos entre 01/01/2005 e 20/12/2005, alega o sujeito passivo que a teria ocorrido, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, porquanto trata o ICMS de imposto sujeito a lançamento por homologação e, como tal, a decadência operaria mês a mês. Entendemos diversamente, considerando que o ICMS está pautado na regra da decadência cujo prazo de contagem se inicia no primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador.

A incidência da regra do art. 150, § 4º, do CTN, que trata do lançamento por homologação dos tributos, diz respeito às situações nas quais o contribuinte lançou o valor do imposto e antecipou o seu pagamento antes da homologação pela autoridade administrativa. No caso da lide, o contribuinte deixou de oferecer parcelas do tributo e o Fisco atuou no sentido de recuperá-las mediante lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, e, neste caso, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, CTN. No caso, o prazo para a contagem iniciou-se em 01/01/2006, com prazo final em 31/12/2010. A notificação do lançamento ocorreu em 10/12/2010. Não há o que se falar, portanto, em decadência e nem houve extinção do crédito tributário.

Logo, todos os fatos geradores ocorridos em 2005, sem exceção, podem ser objeto de autuação dentro do quinquênio contado a partir de 01/01/2006, de modo que o direito do Estado lançar estaria prejudicado se fosse efetivado depois de 31/12/2010, em conformidade com as regras contidas no Código Tributário Estadual, aprovado pela Lei 3956/81 (art. 107-A) e art. 965, RICMS BA.

Ressalto, ainda, que tem sido esse o entendimento do CONSEF em reiteradas decisões. Entre tantas o acórdão CJP 0102/12-05.

Sobre a alegação da FALTA DE COMPETÊNCIA DO FISCO BAIANO PARA FISCALIZAR CONTRIBUINTE SITUADO EM SANTA CATARINA, trata-se de equívoco defensivo. No cumprimento da ação fiscal, não houve qualquer invasão de competências; os auditores visitaram o estabelecimento catarinense porque este deve tributo à Bahia, na qualidade de responsável por substituição, procedimento baseado no Acordo Interestadual que estipulou normas gerais a serem aplicadas ao regime de substituição tributária vigente em operações interestaduais, nomeadamente a cláusula segunda do Convênio ICMS 81/93.

Com relação ao pedido de DILIGÊNCIA, indefiro tal pedido. Nos termos do art. 150, I, RPAF BA, diligência fiscal consiste na pesquisa, exame, vistoria, levantamento, informação, cálculo ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada e que não requeiram conhecimento técnico especializado. Diante dos debates ocorridos no curso do processo e do conjunto de provas carreadas aos autos, no curso da ação fiscal, não vislumbro tal necessidade, tendo em vista que a solução da matéria em questão independe de tal providência, tampouco de qualquer Perícia. Indefiro, portanto, tal pedido, nos termos do art. 147, §2º, II, RPAF.

Superadas as questões adjetivas, adentraremos na apreciação do mérito.

A autuação versa sobre a falta de retenção e consequente recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, no valor de R\$ 5.283.092,24, acrescido da respectiva multa, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para destinatários que distribuem produtos a revendedores “porta a porta”, localizados no Estado da Bahia, nos termos do Convênio ICMS 45/99, regras que foram recepcionadas pelo artigo 379, § 1º do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia – RICMS/BA, aprovado pelo Decreto n. 6.284/97 e apresenta a seguinte redação:

“Art. 379. Nas operações internas e interestaduais que destinem mercadorias a revendedores, estabelecidos neste Estado, que realizem vendas porta-a-porta a consumidor final, sendo as remessas efetuadas por empresas que se utilizem do sistema de “marketing” direto para comercialização de seus produtos, fica atribuído ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subsequentes saídas realizadas pelo revendedor (Convênio ICMS 45/99).

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se também às operações internas e interestaduais que destinem mercadorias a contribuinte inscrito, que distribua os produtos a revendedores que efetuem venda porta-a-porta, exceto nas hipóteses de transferência para filial atacadista”.

Conforme o dispositivo regulamentar acima transcrito, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas saídas subsequentes realizadas pelo revendedor das mercadorias objeto do Convênio ICMS 45/99 cabe ao remetente das mercadorias e não ao destinatário, como quis entender o autuado.

No caso concreto, a existência do Convênio ICMS 45/99 é a razão de ter sido firmada diretriz constitucional (art. 155, inciso II, CF/88) segundo a qual a legislação produzida pelo ente político vigora no seu território e, fora dele, somente nos exatos limites em que lhe reconhecem extraterritorialidade os convênios de que participem (art. 102, CTN). Implica dizer que, legalmente, cabe ao remetente, localizado no Estado de Santa Catarina, signatário do mencionado convênio, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto na condição de sujeito passivo por substituição, nas operações interestaduais que realiza com destino ao Estado da Bahia. Não podendo eximir-se da obrigação tributária em face da construção de uma rede de distribuidores e pequenos revendedores.

O que sepulta também, de vez, a arguição defensiva da falta de previsão legal para a imposição da substituição tributária ou que a Lei Estadual viola o disposto no § 2º do art. 6º, da Lei Complementar 87/96, porquanto não existe previsão legal acerca das mercadorias que estariam sujeitas ao regime da substituição tributária.

Ora, o art. 6º da LC 87/96 estabelece que as legislações estaduais poderão instituir o regime de substituição tributária. O parágrafo segundo do mesmo artigo delega à legislação estadual a competência para determinar quais as mercadorias, bens ou serviços poderão ser alcançados pela substituição tributária; o que para uma parte da doutrina é tido como inconstitucional, tese que não tem sido aceita em nossos tribunais. Certo, no entanto, é que na Bahia, lei do ICMS institui a Substituição Tributária (art.10, Lei 7.014/96) e a legislação estabelece que o regime de substituição tributária alcança as operações internas e interestaduais que destinem mercadorias a revendedores localizados no território baiano, que efetuem vendas porta a porta a consumidor final, promovidas por empresas que utilizem o sistema de marketing direto para a comercialização de seus produtos (art. 379, RICMS BA).

Argumenta ainda o sujeito passivo que o imposto não recolhido pelo substituto tributário caberia ao fisco baiano exigir o cumprimento da obrigação do adquirente situado em seu território. Nesse sentido, a própria legislação tributária do ICMS do Estado da Bahia ao tratar da possibilidade de exigência do imposto não retido pelo remetente, no caso de existência de convênio ou protocolo, determina que a exigência contra o destinatário somente é possível de forma supletiva, após esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do responsável por substituição consoante dispõe o § 1º, I do art.125 do RICMS/BA.

A alegação da falta de inscrição do remetente no CAD/ICMS da SEFAZ/BA, na condição de substituto tributário, não afasta a sua responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto devido, implicando

apenas na mudança do prazo de recolhimento que será a cada operação, por ocasião da saída da mercadoria do estabelecimento, através de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE. Caso em que deveria uma via deste documento acompanhar o transporte da mercadoria, conforme disposição do art. 377, §§ 2, 3º e 4º do RICMS/BA.

“Art. 377. Poderá ser concedida inscrição no CAD-ICMS do Estado da Bahia ao sujeito passivo por substituição, definido em Protocolos e Convênios específicos dos quais a Bahia faça parte, que pretender efetuar vendas interestaduais, com destino a este Estado, de mercadorias sujeitas à substituição tributária, devendo o contribuinte solicitá-la por meio de preenchimento de formulários eletrônicos gerados com o uso de programa aplicativo disponibilizado pela Secretaria da Receita Federal e remeter os seguintes documentos ao setor de cadastro de contribuintes da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia:

(...)

§ 2º Se o sujeito passivo por substituição não providenciar a sua inscrição nos termos deste artigo, em relação a cada operação deverá efetuar o recolhimento do imposto devido a este Estado, por ocasião da saída da mercadoria de seu estabelecimento, por meio da GNRE, emitindo guia distinta para cada um dos destinatários, constando no campo informações complementares o número da nota fiscal a que se refere o respectivo recolhimento, devendo uma via acompanhar o transporte da mercadoria (Convênio ICMS 95/01).

§ 3º A fiscalização do estabelecimento responsável pela retenção do imposto será exercida, conjunta ou isoladamente, pelas unidades da Federação envolvidas nas operações, condicionando-se o fisco do Estado da Bahia a credenciamento prévio na Secretaria da Fazenda da unidade federada do estabelecimento a ser fiscalizado.

§ 4º Constatada a falta de recolhimento do ICMS por parte do sujeito passivo por substituição, este terá sua inscrição alterada para inapta, hipótese em que, enquanto perdurar a situação, será exigido o pagamento do imposto na saída da mercadoria do estabelecimento remetente, que deverá ser acompanhada da 3ª via da GNRE (Convênio ICMS 27/95)”.

Dessa forma, a circunstância de os lançamentos exigidos, fazerem referências aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2005/2009, quando o remetente não mais estava inscrito no CAD/ICMS do Estado da Bahia, haja vista que requereu baixa em 1998, não encontra justificativa nas razões acima apreciadas.

De outra banda, argui o autuado que não laborou em ofensa ao Convênio ICMS 45/99 e à legislação local, porque as operações de vendas efetuadas foram feitas a contribuintes devidamente estabelecidos com inscrição regular e autorizados pelo Estado da Bahia, na emissão de documentos fiscais.

Objetivando fazer valer suas razões, no sentido de negar a ocorrência do marketing direto, em suas operações, o autuado sustenta que o CFOP assinalado nas notas fiscais foi 6102 (Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros); que os repassadores logísticos emitem notas de devolução e que em outras ações fiscais, as autuações foram intentadas contra tais repassadores.

Da análise dos elementos de prova acostados aos autos, observo a ocorrência de operações interestaduais regidas pelo mecanismo da substituição tributária, de sorte que caberia ao autuado fazer a retenção do imposto que seria devido pelos contribuintes sediados na Bahia, quando estes fizessem a revenda no território baiano. O ICMS ora exigido não se refere às operações remetidas regularmente para contribuintes, identificado como imposto incidente na operação própria. Este pertence ao Estado de Santa Catarina. O presente Auto de Infração exige o ICMS devido nas operações subsequentes, que deveria ser retido por antecipação pela POSTHAUS.

Os Auditores colheram uma série de provas da efetiva prática de Marketing direto, descrevendo o ciclo econômico engendrado pelo autuado, a partir dos pedidos de compra feitos pelas revendedoras “porta a porta”, as conhecidas sacoleiras, com os preços constantes em catálogos; os produtos são enviados em caixas lacradas com nome e endereço da revendedora, por intermédio dos repassadores logísticos. Repassador lógico foi a denominação que os autuantes deram aos destinatários das notas fiscais emitidas pelo estabelecimento autuado para fins de facilitação logística. No repassador, a revendedora confere e paga o valor correspondente das mercadorias despachadas, revendendo-as para consumidores finais.

Toda a estratégia de vendas é confirmada em função das provas relacionadas no PAF.

As declarações de envolvidos no esquema das vendas, os repassadores, reafirmam que recebem as caixas devidamente lacradas, não manuseiam nenhuma mercadoria que vem com a etiqueta em nome da revendedora e são responsáveis pelas eventuais devoluções, quando ocorre desistência do consumidor, sendo remunerados pela empresa pela atividade de intermediação.

Em visita in loco, num desses repassadores, à distribuidora Ebenezer, perceberam os Auditores as portas cerradas, sem a existência de produtos ou preços expostos ao público; as caixas destinadas às revendedoras estavam etiquetadas e lacradas.

Da parte das “sacoleiras”, constam afirmações de que ao receberem aviso de chegada das mercadorias tem até 15 dias para pagar e retirar a caixa. O pedido vem em caixa lacrada, identificada com o nome da revendedora, que somente é aberta na presença da revendedora a fim de evitar reclamação posterior. Foram acostados aos

autos pedidos de compras preenchidos pelas revendedoras, além de respectivos avisos de atendimento, conforme constam dos autos, às fls. 117, 120, 123, 135, 138, 141, 147, 150, 165, 168

No documento, fl. 266, o autuado assevera que “o frete das caixas lacradas será por conta da POSTHAUS”; à fl. 268, lembra que a “revendedora receberá na caixa da sua primeira compra um exemplar da promoção do ‘Show de Brindes’, dentro de sua caixa” e à fl. 270, disponibiliza um sistema no qual o repassador logístico poderá obter “rapidez no recebimento do aviso de atendimento, proporcionando agilidade na entrega das caixas”.

Informações anexadas aos autos, extraídas das páginas da internet sobre a POSTHAUS e a ABEVD (Associação Brasileira de Empresas de Vendas Diretas), entidade que congrega as empresas brasileiras que praticam vendas diretas, tais como: Avon, Natura, Amway, Herbalife, Hermes, DeMillus e Nestlé, além da POSTHAUS. Destacam-se, ainda, no calhamaço de provas, as revistas que o autuado publica ou distribui: Posthaus, Quatro Estações, Quintess, Clarissa, Actual, Bazar Brasil e Tentation, a comprovarem a atividade exercida pelo impugnante, a exemplo do documento, fl. 290, numa afirmação de que “atua há mais de 26 anos no mercado de vendas porta a porta”.

Em contrapartida, a alegação do sujeito passivo de que efetuou vendas normais para contribuintes inscritos no Estado da Bahia, tão somente porque assinalou nas suas notas fiscais o CFOP 6102 (Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros), não encontra razoabilidade porque não é sua consignação que reflete a efetiva natureza jurídica da operação mercantil. Mesmo a inscrição dos repassadores logísticos no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, sendo ou não uma imposição do estabelecimento autuado, não tem o condão de mudar a realidade dos fatos investigados, identificados e apontados nos autos desse processo.

Na mesma linha é o argumento das notas fiscais de devolução procedidas pelos repassadores logísticos. As provas constantes dos autos indicam que as pequenas revendedoras não têm inscrição no órgão fazendário da Bahia, não emitem notas fiscais; por isso, tais devoluções ocorreram eventualmente e, provavelmente, como parte do acordo firmado entre o autuado e seus “distribuidores”. Isto, contudo, não modifica a realidade e a natureza das operações constatadas: venda de produtos para as “sacoleiras” com a intermediação logística de prestadores de serviços. Mais exatamente: vendas porta a porta para consumidor final, promovidas por empresa que utiliza o sistema de marketing direto para a comercialização de seus produtos, nos termos do Convênio ICMS 45/99 e art. 379, RICMS BA.

Noutra alegação, argui o sujeito passivo que, em semelhantes ações fiscais, os autos de infração foram coligidos contra tais repassadores. Em conformidade com o art. 39, § 4º, RPAF BA, o Auto de Infração poderá ser lavrado contra o contribuinte, contra o substituto tributário ou contra qualquer pessoa à qual a lei atribua a responsabilidade tributária. Nos casos citados pelo autuado, o Acórdão JJF Nº 0080-01/10 teve Decisão anulada porque o Auto de Infração foi lavrado equivocadamente contra um repassador, ALBANIZA MORAIS DE BRITO, fls. 299/305. Nesse caso, o lançamento foi considerado nulo porque investido contra parte ilegítima, na medida em que exatamente a POSTHAUS era o sujeito passivo por substituição.

Na outra situação arguida pelo autuado, o repassador não juntou provas da sua “irresponsabilidade” tributária e a demanda judicial está a exigir imposto diverso, por arbitramento, em virtude da não apresentação de documentos fiscais e contábeis, além da falta de registro da entrada de mercadorias, conforme documentos de fls. 464/470.

No curso da presente investigação fiscal, foi coletada e anexada aos autos uma farta coletânea de provas, numerado de 01/31, cujos elementos sustentam a afirmativa de que o autuado se qualifica como substituta tributária, na prática de marketing direto.

Entre essas, chama a atenção a prova nº 13. Através dela, os auditores listaram 18 pedidos destinados a MASA (MARKETING ACTUAL S/A) que opera juntamente com o estabelecimento autuado, no processo de comercialização, fornecendo dados do faturamento para “sacoleiras” e pagamento de comissões aos distribuidores.

Os pedidos foram retirados pelos revendedores e neles constam os dados do faturamento, aviso de atendimento, despacho e romaneios, que mostram as caixas individualizadas em nome de cada revendedor. Explicam os autuados que os detalhes do faturamento conferem com os romaneios respectivos, um para cada volume despachado e cada uma das revendedoras “sacoleiras”. Todo esse material envolvendo as 18 sacoleiras, consta nos autos, fls. 114/170 e se referem às notas fiscais de nº 667454 e 667455. Os romaneios fazem referência a essas mesmas notas fiscais 667454 e 667455.

Na prova 15, vê-se notas fiscais emitidas pela POSTHAUS contendo pequenas quantidades de uma grande variedade de produtos, acondicionadas em caixas, provando que as mercadorias são destinadas para revendedoras porta a porta. Para a NF 299.273, de 05/5/07, impressa em 13 (treze) páginas, no valor total de R\$1.699,77, as mercadorias foram encaminhadas em 35 (trinta e cinco) caixas; na nota fiscal 320.956, de 01/6/07, impressa em 10 (dez) páginas, no valor total de R\$3.123,75, as mercadorias foram encaminhadas em 36 (trinta e seis) caixas; na nota fiscal nº 320.958, de 01/6/07, impressa em 13 (treze) páginas, no valor total de R\$1.505,45, as mercadorias foram encaminhadas em 30 (trinta) caixas.

Pelo exposto, há de se concluir pela caracterização da infração contida nos autos. Não tendo a sua inscrição no cadastro do Estado de contribuinte do Estado da Bahia, o estabelecimento autuado deveria ter providenciado a apuração e recolhimento do ICMS, através de GNRE, nas operações interestaduais com mercadorias encaminhadas a destinatários baianos que distribuem os produtos aos revendedores para venda porta a porta.

Diante de tal constatação, o Fisco imputou ao sujeito passivo por substituição tributária, o valor do imposto contido na inicial dos autos, cujos demonstrativos, fls. 08 a 52, além de CD contendo todas as operações que determinaram a base de cálculo e apuração do ICMS, elaborados pelos Auditores Fiscais designados para a ação fiscal e entregues ao sujeito passivo, que resultou ICMS no valor de R\$ 5.283.092,24, acrescido da multa de 60%, prevista na Lei nº 7.014/96, sem que o autuado apresentasse qualquer contestação com relação a base de cálculo apurada, conforme descrito na inicial do presente Auto de Infração.

Com relação ao percentual da multa suscitado pelo sujeito passivo, constato que sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal, inexistindo qualquer ilegalidade na sua exigência, posto que prevista no artigo 42, inciso II, “e” da Lei nº 7.014/96, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório, ilegal e inconstitucional, não devem ser apreciadas por estar prevista na citada lei, em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF BA. Considere-se, ainda, a possibilidade de reduções da multa prevista na própria legislação que a instituiu, no caso de pagamento do imposto exigido.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 638 a 684, reproduzindo as suas alegações da impugnação originária. Em apertada síntese, o Recorrente inicialmente narra a ação fiscal, diz ter desconstruído a autuação, aborda novamente questões preliminares acerca de ausência de Termo de Início de Fiscalização; ausência de Autorização e Credenciamento no Estado do Santa Catarina; erro do Fisco por Lançamento da Obrigação contra Inscrição Estadual Baixada; aduzem que no julgamento *a quo* “*Estranhamente (certamente por equívoco), referem-se os julgadores ao art. 9º, da Lei Complementar n. 87/1986, o qual obviamente não tem aplicação no presente caso, por tratar de matéria específica, senão vejamos (...) Como não se trata de operação alusiva à energia elétrica e/ou petróleo e derivados, obviamente não têm aplicação aqui o referido dispositivo citado pelos julgadores no acórdão combatido. Assim, reitera-se a nulidade do ato administrativo.*”

O Recorrente novamente argui ter ocorrido decadência em relação ao exercício de 2005. Diz que o Fisco baiano não poderia fiscalizar contribuinte localizado no Estado de Santa Catarina, mas, tão-somente, “*contribuinte do Estado do Paraná, conforme consta do termo de autorização e credenciamento alhures mencionado. Sem tal regular autorização, o procedimento é ilegal e nulo, por consequência.*”

Aduz que a negativa a seu pedido de realização de perícia junto às empresas clientes dele, Recorrente, a fim de que fosse comprovado seu “*modus operandi*”, bem como sua forma de recolhimento do tributo, teria cerceado o seu direito de ampla defesa e de contraditório.

Discorre acerca de processo administrativo fiscal, de valor da prova, e diz que a Decisão de primeiro grau seria nula.

O Recorrente reprisa toda a argumentação defensiva inicial acerca de que não teria ocorrido “*Marketing Direto*”. Copia trecho da Decisão *a quo* e volta a expor seu argumento defensivo inicial no sentido de que o entendimento exposto pela JJF não poderia subsistir porque estaria alienado do conjunto de provas colacionado aos autos pelos agentes fiscais, e que da análise desse conjunto resultaria conclusão oposta àquela consignada no Acórdão. Diz que conhece a legislação, que sempre a teria cumprido, e que “*há mais de uma década não pratica vendas porta a porta neste r. Estado, tanto que renunciou ao convênio anteriormente existente.*”

Diz que as empresas da família “*Brito*” tinham interesse na aquisição dos produtos que ele, Recorrente, comercializa, e que esta família também tem a atividade de vendas no atacado. Que ele, Recorrente, realizou vendas àquelas empresas, e que elas, conforme ele, recorrente, “*tem conhecimento*”, contavam com equipes de vendas “*porta a porta*”. Que o Fisco e a JJF não teriam observado que as empresas destinatárias das mercadorias vendidas por ele, Recorrente, têm como objeto social a comercialização de produtos “*porta a porta*”. Que a JJF não teria observado que as empresas da Família “*Brito*” procediam às devoluções regulares de mercadorias à recorrente. Questiona: “*Como poderiam as empresas do Grupo “Brito” proceder à devolução*

de mercadorias sendo meras “repassadoras de mercadorias”, como afirmado pela fiscalização??”

Diz que o Fisco estadual *“admite tal condição”* porque exige ICMS, através de execução fiscal, de diversas empresas da Família *“Brito”*. Que a fiscalização não poderia considerar tais empresas como devedoras de ICMS e, em momento seguinte, entender que não o seriam, sem ter havido alteração fática *“na situação”*.

O Recorrente afirma que os Julgadores de primeiro grau teriam também ignorado o fato de que as empresas destinatárias das mercadorias são devedoras dele, Recorrente em vultosa soma, tendo inclusive prestado garantias (hipoteca) para garantir sua atividade, e que se fossem estes meros “repassadores” de mercadoria, como afirmado, não faria sentido prestarem garantia. Que tal conclusão seria absurda.

Assevera que quem praticava vendas porta a porta eram as empresas adquirentes de sua mercadoria, hipótese absolutamente apartada dos termos da “Lei”, não conferindo qualquer responsabilidade por suposta “substituição tributária”, como afirma o Fisco Baiano.

Diz que os documentos probatórios acostados ao Auto de Infração pelo Fisco, e que ele, sujeito passivo, aduz que já foram individualmente contraditadas por ocasião da impugnação, constituir-se-iam em emaranhado de documentos desconexos entre si, com conteúdo contrário à conclusão proposta pela fiscalização, além de distorcido *“de forma tendenciosa e imparcial”*.

Afirma que a Prova “01” mencionada pela autoridade fiscal (fls. 64/66), e que se constitui em *“suposto”* relatório de visitas dos agentes fiscais à sede da impugnante, foi contestado no momento oportuno, e que não se alinharia à realidade, nem aos procedimentos dele, Recorrente. Que os agentes fiscais teriam lançado em sua conclusão o que lhes interessava, em desacordo com a realidade, o que teria ofendido a boa-fé e o princípio da segurança jurídica.

Diz que os agentes fiscais teriam tentado fazer crer, em seu relatório, que ele, Recorrente, atenderia aos pedidos de vendedoras, e não de seus clientes, e isto seria absurdo. Que, como empresa de comercialização, ele, sujeito passivo, recebe os pedidos formulados por seus clientes localizados na Bahia, e em outros Estados, e os atende, como atacadista, e que os pedidos seriam acondicionados nos moldes e quantidades em que teriam sido formulados.

Impugna o item “05” do relatório de fl. 66 dos autos, que aduz que descreve: *“Identificação das Caixas - cada caixa recebe uma etiqueta de identificação na qual consta o n. da nota fiscal, o código e o nome do Revendedor.”* Diz que tal afirmativa não seria verdadeira, por não existir indicação de “revendedor”. Que o que consta nas caixas despachadas para o embarque é o número da nota fiscal, o código e nome do cliente, e não do revendedor, como afirmado no relatório, porque ele, Recorrente, não teria conhecimento, e/ou controle, acerca do destino das mercadorias, porque seria mera fornecedora.

Diz que não sabe se houve *“descuido, desatenção ou por má-fé”* dos agentes fiscais, e que *“se caracterizada a má-fé dos agentes, tal procedimento não pode ser tolerado”*.

Afirma que a impugnação deste item não teria sido analisada pelos julgadores, e isto seria ofensa ao *“Princípio Constitucional da fundamentação (art. 109, IX da Constituição Federal de 1988).”* [CRB: Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: (...) IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar; (...)]

Fala que seriam absurdas, e que não teriam sido analisadas pela JJF, *“as provas 02; 03; 04 e 05 dos autos, que se constitui em termos de declarações prestadas por Francisco José de Araújo Brito, sua esposa e filhos.”*, e que estes é que os reais devedores do imposto.

Diz que admitir tais provas seria ofensa ao princípio da Verdade Material, principalmente porque *“as declarações prestadas por Francisco José de Araújo Brito (fls. 68/69 e 95/98); Albaniza Moraes de Brito (fl. 73/74); Francisco José de Araújo Brito Junior (fl. 77/79); Luciana Patrícia Moraes de Brito Andrade (fl. 81/82), lhes beneficiam, afastando sua responsabilidade pelos débitos decorrentes de ICMS.”*

O Recorrente prossegue aduzindo: *“Afirmam os julgadores que: “As declarações de envolvidos no esquema das vendas, os repassadores, reafirma que recebem as caixas devidamente lacradas, não manuseiam nenhuma mercadoria que vem com a etiqueta em nome da revendedora e são responsáveis pelas eventuais devoluções, quando ocorre desistência do consumidor, sendo remunerados pela empresa pela atividade de intermediação”.*, e em seguida tece três questionamentos:

- a) Como poderiam ser os supostos “intermediadores” remunerados pelo recorrente se são devedores de quase R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais) para o recorrente pelo fornecimento de mercadoria? De onde adviria tal débito?*
- b) Como podem ser responsáveis pelas devoluções, se, segundo sua tese, não são os adquirentes das mercadorias, mas tão-somente meros repassadores?*
- c) Na hipótese de os declarantes praticarem a “venda porta a porta” quem seria o responsável pelo recolhimento do ICMS?*

Aduz que estas questões não poderiam ter passado alheias aos Fiscais, nem aos Julgadores, e que se aplica no processo administrativo fiscal o disposto no art. 405, §2º, inciso II, do Código de Processo Civil, que dispõe: “[...] §2º São impedidos: [...] II – o que é parte na causa;”

Diz que por serem tais declarantes “partes na causa”, tomada de declaração destes envolvidos nulificaria *“o procedimento, fazendo deitar sérias suspeitas sobre a isenção dos Srs. Agentes Fiscais, pois, em momento imediatamente anterior, estes imputaram aos declarantes a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS.”*

Diz que as declarações não são lançadas de próprio punho, e são padronizadas, tratando-se de documento “elaborado por terceiro, que não os declarantes”.

Repete que as empresas da família “Brito” sempre foram meros clientes dele, Recorrente, tanto que deveriam aproximadamente R\$4.000.000,00 a ele, Recorrente, tendo prestado garantias em decorrência deste débito, conforme aduz que comprova documento acostado à impugnação, e que isto não teria sido analisado pelos Julgadores.

Diz que tendo em vista a condição dos declarantes, esta *“deveria causar desconfiância aos agentes fiscais”*, pelo que cumpria ao Fisco e aos Julgadores determinar à análise da escrituração contábil das empresas dos declarantes, a fim de afrontar e/ou confirmar suas declarações.

Prossegue dizendo que as empresas “da família Brito” não são “repassadoras para fins de facilitação logística”, como alegam, e sim empresas de comercialização e distribuição de mercadorias.

Disserta acerca de procedimento administrativo fiscal, citando jurista. Diz que na Prova 5-A (fls. 85/89), não há menção a ele, Recorrente.

Diz que quanto à “suposta” prova nº 06, caberiam as mesmas observações procedidas relativamente à Família Brito, porque se reconhecesse, a declarante, que procedia à comercialização das mercadorias, seria a responsável pelo recolhimento do imposto. Aduz que a condição dessa declarante estaria confirmada pelos documentos acostados às fls. 179/214, onde se observaria que ela seria mera cliente dele, Recorrente, que cita o CFOP 6102. O sujeito passivo afirma que *“Pela mesma razão, resta impugnada a prova n. 07.”*

O contribuinte cita trecho do Acórdão objeto do Recurso (*“Em visita in loco, num desses repassadores, à distribuidora Ebenezer, perceberam os Auditores as portas cerradas, sem a existência de produtos ou preços expostos ao público; as caixas destinadas às revendedoras estavam etiquetadas e lacradas.”*), e diz que esta conclusão seria ingênua. Que as fotos acostadas (prova 08) nada evidenciariam. Que se as empresas da “família Brito” são especializadas em vendas porta a porta, não precisam de estrutura física. Que estes elementos probatórios encontrar-se-iam distorcidos, na medida em que evidenciariam que são as adquirentes dos produtos que praticam vendas porta a porta, devendo destas ser cobrado o ICMS, como já feito anteriormente pela Bahia.

O sujeito passivo aduz que dentre outras razões de decidir, afirmam os julgadores no Acórdão combatido que a condição dele, Recorrente, de praticante de “Marketing Direto”, restaria caracterizada em face da utilização, pelas “sacoleiras”, de documentos que referenciam as marcas da empresa Marketing Actual S.A., que seria uma associada dele, Recorrente. Que, entretanto, não existiria interligação entre ele, Recorrente, e a empresa Marketing Actual S.A. Que exercem atividades distintas, sendo que ele, Recorrente, vende mercadorias, e a Marketing Actual S.A. exerce a atividade de *“Planejamento e assessoria de marketing, promoção de vendas, pesquisa e análise de tendências do mercado em geral, produção de revistas, catálogos e folhetos de vendas ou de propaganda, treinamento empresarial, auditoria de sistema de vendas, licenciamento do uso de marcas e de sistemas de vendas, de controle administrativo e gerencial.”*

Diz que cabe ao Fisco comprovar seu entendimento, não cabendo a ele, contribuinte, e nem ao Fisco, apenas alegar.

Afirma que *“Assim, embora possam ter partilhado algum cliente em comum, não há fundamento ou razoabilidade em se traçar qualquer interligação entre o recorrente e a empresa Marketing Actual S.A., que, a propósito, possui sede, composição societária, estrutura, organização física e cadastros fiscais absolutamente distinta do recorrente.”*

Diz que a cópia de catálogos referidos como sendo da empresa Posthaus não seria referencial da verdade, e teria havido “*confusão*” promovida pelo agente fiscal entre a empresa Marketing Actual S.A. e ele, Recorrente. Que seria absurdo concluir que ele, Recorrente, exerça “Marketing Direto” porque as nominadas “sacoleiras” possuem catálogos fornecidos por terceira empresa (“Marketing Actual S.A.”), que não possuiria interligação com ele, Recorrente.

Alega que as provas n^{os} 12 e 27 confirmariam que Pareceria haver, nos autos, apenas a verdade afirmada pelo Fisco. Que ele, Recorrente, praticou vendas por catálogo há mais de uma década, mas tal prática teria sido abandonada por ele, Recorrente, que renunciara ao regime especial que anteriormente firmara. Que em 16/01/1998 requeria a revogação do Regime Especial n^o 614796/93, e requeria a baixa de sua inscrição estadual neste Estado (documento 05). Que isto evidenciaria sua boa-fé e lisura do procedimento, tendo cumprido suas obrigações fiscais ao Estado Baiano e que *“Quando deixou de fazê-lo, adotou as medidas administrativas cabíveis.”*

O sujeito passivo prossegue expondo que teria havido “*tolerância*” dos Julgadores com abusos praticados pela fiscalização, *“como, por exemplo, na Prova n^o 13 (fls. 114/169), onde os agentes fiscais associam à recorrente documento absolutamente estranho. Observe-se que no primeiro parágrafo da fl. 114 é relatado pelo agente fiscal que: “Listagem de Pedidos/Faturamento emitido pelo operador logístico/distribuidor destinada a MASA mostrando que 18 (dezoito) pedidos foram retirados pelos revendedores, acompanhada dos respectivos processos comerciais de venda (pedidos de compras, avisos de atendimento/despacho e romaneio), nos quais se verifica que:”*

Que já teria restado esclarecido que “Engomadeira” seria, na verdade, o posto de vendas. Que, conforme *“se extrai do documento de fl. 116, o fornecedor é AMB Distribuidora de Catálogos Shopping Ltda. Melhor dizendo, Albaniza Moraes de Brito (fl. 73), A qual inveridicamente afirmou que não fazia pedidos à autuada.”*

Que *“É certo que Engomadeira Distribuidora de Catálogos também se constitui em empresa de titularidade de Albaniza Moraes de Brito. Mas, no presente caso, o documento de fl. 116 revela que as transações foram realizadas pela empresa “AMB”. ”*

Diz que o Fisco não pode “pinçar” elementos individuais a fim de criar sua falsa verdade, que *“deve ser provada a partir da análise sistemática e lógica dos fatos. O relato fiscal não somente se encontra equivocado, como também tais documentos comprovam serem inverídicas as afirmativas lançadas na declaração de fl. 73 dos autos.”*

O Recorrente volta a afirmar que *“Os clientes do recorrente, em especial os integrantes da família Brito, não eram meros “facilitadores”, como se denominam, mas sim, verdadeiros*

comerciantes, que, por conta própria, utilizavam-se de prestadores de serviços para a realização de vendas.”

Aduz que os documentos de fl. 118 a 169 não seriam dignos de confiança por serem apócrifos, mas que restaria *“claro e evidente que se tratam de documentos vinculados à empresa “AMB”, conforme se extrai de sua confrontação com a fl. 116 dos autos.”*

Diz que novo equívoco se revelaria na Prova n° 14, relacionada pela autoridade fiscal. Que o Fisco tentara relacionar as atividades da empresa Marketing Actual S.A. a ele, Recorrente, mas não haveria relação.

Que nas Provas n°s 16 e 17 (fls. 215/227 e 228/238) não haveria alusão a ele, Recorrente. Que à fl. 215 o Auditor Fiscal referenciava a empresa Via Blumenau Indústria e Comércio Ltda. Que a declaração de fls. 216 e 217 não o cita. Que a marca “Quatro Estações” referidas nas declarações, não é utilizada por ele, Recorrente, e sim pela empresa Marketing Actual S.A., conforme fl. 257 dos autos. Que quanto aos relatórios de fls. 219, 221, 223 e 225, embora apócrifos, são destinados à empresa Paripe Distribuidora de Catálogos Shopping Ltda. ME, e não a ele, Recorrente. Que na Prova n° 17 a declarante não referenciou comercializar produtos Posthaus (fls. 229/230), mas que o Auditor Fiscal “fez inserir tal informação em suas conclusões na fl. 228”. Que os “supostos” “pedidos” foram endereçados à empresa Paripe Distribuidora de Catálogos Shopping Ltda. ME. Que na Prova n° 18 também não há referência a ele, Recorrente.

Diz que influenciados pelo Fisco os Julgadores *a quo* teriam feito “*confusão*”, subentendendo que as empresas Posthaus e Marketing Actual tivessem alguma relação, o que se revelaria um absurdo. Que a autoridade fiscal não observou que as empresas têm distinto endereço. Que a “*confusão*” dos Julgadores teria decorrido, dentre outros pontos, da Prova n° 19, na qual “*os agentes fiscais promovem verdadeira distorção do documento.*”

Diz que ele, Recorrente, comercializa produtos para revenda, e a empresa Marketing Actual S.A. é especializada em recrutamento, cadastramento, seleção, orientação e treinamento de comerciantes, conforme comprova o documento 20 juntado pela autoridade fiscal aos autos (fls. 256 a 262). Que o Fisco teriam agido “*deslealmente, induzindo em erro o julgador, procedendo à verdadeira distorção acerca do conteúdo dos documentos que acosta, como se percebe na conclusão 1, constante da fl. 256, visto que o contrato não prevê a distribuição logística de mercadorias da Impugnante, como afirma.*”

Afirma que a prova acostas à fls. 288 a 292, onde o Auditor Fiscal acosta impressão da página da *internet* afirmando que esta comprovaria que ele, Recorrente, pratica venda “porta a porta”, já teria sido esclarecida na impugnação. Que a referida inscrição, sem outro elemento associado, nada comprovaria.

Diz que usou o CFOP 6102, de operação normal de vendas, que teve o tratamento tributário devido, conforme legislação em vigor, e que a Decisão *a quo* estaria equivocada porque não seria apenas este elemento que comprovaria a condição dele, Recorrente, mas também o fato de que é credora de seus clientes, que seriam apenas repassadores na opinião do Fisco Baiano, e o fato destes clientes receberem as mercadorias, procederem devoluções, “*entre outras evidências*”.

Que a menção ao CFOP não se constitui em fato isolado, e que não pretende alterar a natureza da operação através do CFOP, mas demonstrar que o código é condizente com a natureza da operação.

Que seria absurda a afirmação de que as notas de devolução nada comprovariam, podendo tratar-se de mero acordo firmado entre as partes, porque se a mercadoria não pertencesse àqueles que procederam à devolução, estes não permitiriam a utilização de seu nome para tanto. Que tal procedimento deteria reflexos no âmbito do fisco Estadual e no âmbito do Fisco Nacional, sem contar com as implicações cíveis e comerciais decorrentes. Que também não poderia subsistir a assertiva lançada pelos Julgadores no Acórdão combatido, quando alegam que o mesmo entendimento já havia sido adotado no julgamento do Acórdão JF n° 0080-01/10 [Autuado: Albaniza Morais De Brito]. Que tal Decisão não possui efeito contra ele, Recorrente, na medida

em que não participou do aludido processo administrativo. Que o Estado Baiano não teria convicção acerca da responsabilidade tributária, ora cobrando dos reais devedores, ora tentando redirecionar o feito contra terceiro, no caso ele, Recorrente, que não teria responsabilidade pelo ICMS devido a este Estado.

O Recorrente afirma se contrapor à afirmação lançada no Acórdão pelos julgadores no sentido de que: *“Os pedidos foram retirados pelos revendedores e neles constam os dados do faturamento, aviso de atendimento, despacho e romaneios, que mostram as caixas individualizadas em nome de cada revendedor. Explicam os autuados que os detalhes do faturamento conferem com os romaneios respectivos, um para cada volume despachado e cada uma das revendedoras ‘sacoleiras’. Todo esse material envolvendo as 18 sacoleiras, consta nos autos, fls. 114/170 e se referem às notas fiscais de n. 667454 e 667455. Os romaneios fazem referência a essas mesmas notas fiscais 667454 e 667455.”* Que tal assertiva seria absurda porque não haveria relação entre os pedidos de compras e ele, Recorrente, e nem sequer a relação que o Julgador teria tentado traçar entre as notas fiscais e os romaneios que constam dos autos. Que teria havido equívoco do Julgador.

Quanto aos tamanhos dos volumes comercializados, por ser fornecedor de mercadorias, não pode objetar pedidos em face de sua quantidade. Que, dentro do possível, todos os pedidos são atendidos nos estritos limites em que são formulados, independentemente de qualidade ou variedade.

Que sendo ele, Recorrente, mero vendedor de produtos para comercialização, sua obrigação se limita ao recolhimento do ICMS próprio, que teria sido devidamente recolhido, não lhe cabendo investigar e/ou controlar a atividade dos adquirentes de suas mercadorias.

Cita Decisão judicial acerca de responsabilidade do Fisco na apuração dos atos do comprador.

Afirma que teria havido “mudança de critério jurídico”, porque o Fisco Baiano teria reconhecido que ele, Recorrente, não realizaria “Marketing Direto”, porque move Execução Fiscal para exigência de ICMS próprio, contra a empresa “AMB Distribuidora de Catálogos Shopping Ltda-ME”, a qual é cliente dele, Recorrente. Que se a referida empresa é devedora de ICMS, não seria mera “repassadora” de mercadorias. Que os Agentes Fiscais teriam mudado seu entendimento, deixando de assim entender, e passando a compreender que a devedora do ICMS é ele, Recorrente, e que as antigas devedoras não mais o são.

Diz que tal procedimento não é admitido em nosso ordenamento jurídico, pois importa em “mudança do critério jurídico”, e copia o artigo 146 do Código Tributário Nacional: *“A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de Decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.”*

Que mesmo que fosse possível à autoridade fiscal alterar o critério jurídico, este somente poderia atingir fatos geradores futuros, e não mais aqueles compreendidos entre 2005 e 2009, visto que, para estes a autoridade fiscal já havia definido o critério. Cita juristas.

Diz que *“se a partir da Decisão proferida no acórdão JJF n. 0080-01/10 o Fisco Baiano modificou seu entendimento, este somente gera efeitos para os fatos futuros, visto que até aquele momento, o recorrente nunca foi identificada como substituta tributária. Tanto é verdade, que até aquele momento, o fisco exigia o ICMS dos adquirentes das mercadorias. Inclusive judicialmente.”*

Aduz que não haveria previsão legal para a imposição por substituição tributária, e que teria havido ofensa ao §2º do artigo 6º da Lei Complementar nº 87/96, o qual estabelece que somente poderá haver atribuição da responsabilidade por substituição em relação a mercadorias previstas em lei de cada Estado. Que os Julgadores dizem que: *“Certo, no entanto, é que na Bahia, lei do ICMS institui a Substituição Tributária (art. 10, da Lei n. 7.014/96) e a legislação estabelece que o regime de substituição tributária alcança as operações internas e interestaduais que destinem mercadorias a revendedores localizados no território bahiano, que efetuem vendas porta a porta*

a consumidor final, promovidas por empresas que utilizem o sistema de marketing direto para a comercialização de seus produtos (art. 379, RICMS/BA).”, mas que esta previsão não atenderia os limites exigidos pela Lei.

Que, sujeita ao princípio da legalidade estrita, a Lei Complementar nº 87/96 exige que sejam fixados pela Lei estadual quais os produtos sujeitos a tal imposição. Cita jurista.

Diz que a legislação estadual baiana previu apenas os contribuintes que se sujeitam ao regime de substituição tributária, através de sua atividade econômica, sem, contudo, discriminar quais as mercadorias que devem ser tributadas pelo regime diferenciado de recolhimento do imposto, e que este é o vício apontado. Que a legislação estadual estaria em descompasso com o preconizado na Lei Complementar nº 87/96, pois esta estabelece a responsabilidade por substituição em relação a mercadorias, enquanto que aquela institui a substituição pela atividade econômica exercida. Que a lei estadual da Bahia viola o que dispõe o § 2º do art. 6º da LC 87/96.

Cita jurista e Decisão judicial sobre o tema do enquadramento de produto no regime de substituição tributária.

Diz que “tendo em vista que não existe previsão legal acerca das mercadorias que estariam sujeitas ao regime de substituição tributária, vez que não existe, até a presente data, a relação de mercadorias na legislação estadual, resta insubsistente o Auto de Infração lavrado, e consequentemente o acórdão combatido.”

O Recorrente passa a repetir os argumentos defensivos iniciais cerca da multa aplicada, que diz ser excessiva, abusiva, ter caráter confiscatório, ser um enriquecimento ilícito do Estado em detrimento dos cidadãos. Cita artigo 112 do Código Tributário Nacional, artigo 150, IV, da Constituição da República, Decisão do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5511/600, promovida pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Diz que a penalidade imputada, 60%, reveste-se de ilegalidade por aproximar-se do valor do próprio imposto exigido, ensejando o enriquecimento ilícito do Estado em detrimento do contribuinte, ferindo-lhe o pleno direito de propriedade e a sua capacidade econômica pela via do confisco.

Diz que na hipótese de subsistência do Auto de Infração, requer seja reduzida à imposição fiscal fixada a título de multa, porque aquela fixada no Auto de Infração seria onerosa e excessiva.

Requer o conhecimento e provimento do Recurso Voluntário, a fim de reformar o Acórdão JF nº 0189-05/11, cancelando definitivamente o Auto de Infração nº 206912.0029/10-1, com a consequente dispensa de pagamento dos valores por ele exigidos. Aduz que se assim não entender esta Corte Administrativa, o que se supõe pelo argumento, em homenagem ao princípio da celeridade e economia, requer seja deferida a produção de prova requerida por ocasião da impugnação, visto que tal cerceamento constituir-se-ia em ofensa ao princípio Constitucional do Contraditório e da Ampla Defesa, o qual diz que poderia nulificar o procedimento.

A PGE/PROFIS emite Despacho a fl. 704 face ao procedimento de uniformização judicial acerca de decadência.

Em seguida, à fl. 705, a douta Procuradora-Assistente da PGE/PROFIS, Paula Gonçalves Morris Matos, emite Despacho encaminhando os autos ao gabinete do Procurador-Chefe da PGE/PROFIS.

À fl. 706 o digno Procurador-Geral do Estado, Sr. Rui Moraes Cruz, emite Despacho no sentido de que, tendo em vista a proposta de revisão de entendimento suscitado no Parecer PA-CMG-92-2009 não foi acolhida, deveriam os autos ser analisados de acordo com entendimento anteriormente adotado pela PGE/PROFIS, e aduzindo ser necessária a elaboração de minuta de projeto de lei com o propósito de afastar a divergência de prazos estabelecidos entre a legislação estadual e as normas constantes do CTN.

À fl. 707 o Recorrente pede vistas dos autos.

Às fls. 708 a 711 a preclara Procuradora Maria Helena Cruz Bulcão emite Parecer. Descreve a imputação e resume as alegações preliminares do Recorrente. Afirma que as preliminares

suscitadas não constituem vício ao lançamento tributário, inexistindo mácula capaz de ensejar as hipóteses de nulidade contempladas no artigo 18 do RPAF/99.

Passa falar de decadência citando os artigos 150, caput e §4º, e 173, I, ambos do CTN; artigo 34 da Lei nº 4.320/64. Discorre sobre o tema; cita texto de jurista, afinal posicionando-se no sentido de que a falta de pagamento do imposto, ou imposto pago a menor, desloca o linde decadencial para as balizas descritas no artigo 173, I, do CTN, e não no artigo 150, §4º, pelo que afirma que não se operou a decadência quanto ao lançamento em foco.

No mérito, aduz que o contribuinte reprisa, em sede de Recurso, o quanto já alegado na impugnação inicial, afirmando não praticar *marketing* direto. Que as alegações recursais já foram apreciadas pelo julgamento de primeira instância, e o contribuinte não trouxe provas, nem argumentos jurídicos, capazes de provocarem a modificação do Acórdão recorrido, com o qual assevera coadunar-se integralmente.

Afirma que as provas constantes dos autos demonstram a ocorrência de operações interestaduais sob a égide do instituto da substituição tributária, cabendo ao sujeito passivo a retenção do imposto que seria devido pelos contribuintes sediados neste Estado, no momento da revenda em território baiano, a teor do artigo 379 do RICMS/BA.

Aduz que não merece prosperar a irresignação do recorrente quanto à multa aplicada porque esta foi adequada à infração apurada no lançamento e encontra-se expressamente consignada no artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Conclui opinando pelo conhecimento e improvimento do Recurso Voluntário interposto.

Em sustentação oral na sessão de julgamento, os autuantes aduziram que há vários repassadores logísticos ligados ao Recorrente, a depender da localização geográfica da clientela alvo do sujeito passivo, e reprisaram as explicações relativas ao *modus operandi* do contribuinte, pugnando pela manutenção da autuação.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange à infração imputada.

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício verifico que, tal como já devidamente apreciado no julgamento de primeira instância, estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Assinalo que todas as alegações de nulidade relativas ao Auto de Infração já foram devidamente rechaçadas pelo julgamento de primeiro grau, e embora este dado o contribuinte às repete em seu Recurso Voluntário. Por conseguinte, comungo de toda a fundamentação da Decisão *a quo* quanto a essas alegações recursais preliminares, ratificando aquela Decisão no sentido de negar-lhes provimento.

Porém, por oportuno, saliento alguns dados. Assim, em resumo, quanto à alegação de falta de Termo de Início de Fiscalização, observe-se o previsto no inciso II do artigo 26, e no inciso II, *in fine*, ambos do artigo 28 do RPAF/99.

Em relação ao credenciamento para fiscalização no Estado de Santa Catarina, conforme consta no voto de primeiro grau, aquele Estado de Santa Catarina credenciou os autuantes a executarem o trabalho, consoante comprovado no teor do documento de fl. 65.

O autuado recebeu os Termos de Intimação de fls. 318/319 e 321/322, em formulários com o timbre do Estado da Bahia, e sabia da ação fiscal, da qual se defendeu pontualmente e no mérito. Tanto

assim que, inclusive, durante a ação fiscalizatória os Auditores foram acompanhados pelo Sr. Leonir Zermiani, empregado do Recorrente, citado no Relatório Técnico de fl. 66.

O Auto de Infração foi lavrado contra o Recorrente, empresa situada em Blumenau, IE 39.030.573, conforme consta na fl. 01 do Auto de Infração, e não contra uma filial baixada da Bahia.

Ressalto que ficou evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, se pronunciado quanto ao mérito neste processo.

Arguições de nulidade do Auto de Infração rejeitadas.

Quanto à alegação recursal no sentido de nulidade da Decisão de primeiro grau, por falta de análise de provas acostadas ao processo, ou erro de fundamentação, ou mesmo ausência de fundamentação, assinalo que o Relator de primeira instância abordou todas as alegações defensivas, chegando a destacar, com mais amplitude, dados de alguns dos elementos de prova acostados ao processo, mas não houve qualquer ausência de análise de dado apresentado pelo Fisco, nem pelo sujeito passivo.

Pelo contrário, o minudente voto analisado, transcrito no Relatório que antecede este meu voto, é de didatismo e clareza meridianos, e o Recorrente nada trouxe, em seu Recurso, que comprovasse a ocorrência de causa de nulidade da Decisão. Observo, por oportuno, que embora o recorrente aduza que no voto de primeiro grau teria sido citado, por equívoco, pelo ilustre Relator o artigo 9º da LC 97/96, que não teria relação com os fatos imputados, constato, da leitura do voto de primeiro grau, transcrito no relatório que antecede este voto, que também foi citado o artigo 6º da citada Lei Complementar 87/96, e não apenas o artigo 9º da mesma Lei Complementar, e a Decisão trouxe a fundamentação do voto citando o teor deste artigo 6º, tal como relata o mesmo sujeito passivo, pelo que não causou qualquer prejuízo a citação do artigo 9º. Ademais, ainda que também mencionado dispositivo normativo diverso do aplicável à lide, isto não invalida, nem contamina, o voto então proferido, consoante entendimento da previsão contida no artigo 19 do RPAF/99.

Por outro lado, assinalo que o contribuinte também comete equívoco de citação de dispositivos normativo, ao falar em ofensa a “Princípio Constitucional da fundamentação”, e citar o artigo 109, IX, da Constituição da República, dispositivo que trata de crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, sem relação com a presente lide, e tal equívoco de menção em nada comprometeu o teor da peça recursal, permanecendo claro o objetivo do Recorrente ao contestar a Decisão de primeiro grau.

Por tudo quanto analisado, afasto a preliminar de nulidade quanto à Decisão proferida.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de inconstitucionalidade, e de ilegalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB. Por este motivo, não aprecio a alegação recursal acerca de possibilidade de inconstitucionalidade da Lei nº 7.014/96, por alegada contrariedade a dispositivo da LC 87/96.

Preliminarmente, observo que o contribuinte, alegando existir necessidade de perícia técnica na análise da situação em lide, descumprindo o quanto previsto no artigo 145 do RPAF/99, ao pedir a realização de perícia não formula quesitos a serem respondidos.

Assinalo, ainda, que a realização da mencionada perícia é desnecessária em razão de que os documentos constante nestes autos são suficientes para a formação de meu convencimento, considerando, inclusive, que a apuração dos valores lançados de ofício deu-se a partir dos dados da documentação entregue ao Fisco pelo sujeito passivo. Observo, também, que embora alegue necessário, o contribuinte não comprova a necessidade de análise contábil das empresas comerciais com as quais pratica atos de comércio. Pedido de perícia indeferido nos termos dos artigos 145, parágrafo único, e 147, inciso II, alínea “a”, ambos do RPAF/99. Igualmente indefiro o

pedido de realização de diligência, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/BA, em razão de que as provas constantes deste processo são suficientes para a formação do meu convencimento.

Em relação à alegação quanto a se ter operado a decadência, também já rechaçada na Decisão *a quo*, esta decadência foi alegada em relação a fatos geradores fulcro do Auto de Infração objeto da lide, lavrado em 06/12/2010, mas apenas em relação a fatos do exercício de 2005, dentre outros aspectos sob o argumento de que é previsto o prazo de cinco anos para a formalização do crédito tributário dos tributos por homologação conforme disposto no artigo 150, §4º, do CTN. Os artigos 150, §4º, e 173, do CTN, estabelecem:

CTN:

Art. 150 – O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativo, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado expressamente a homologa.

§4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II – da data em que se tornar definitiva a Decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

O artigo 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o artigo 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

Art. 107-B

§ 5º. Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do artigo 150, §4º, do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos, objeto da argüição de decadência, foram relativos a fatos geradores ocorridos no exercício de 2005 e só seriam desconstituídos, em relação a este exercício, se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2011.

Assim, por este aspecto entendo que não ocorreu a alegada decadência, tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 06/12/2010.

Quanto ao argumento, analisado nos autos deste processo, acerca da aplicabilidade, na lide em foco, do teor da Súmula Vinculante nº 08 do STF, aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DOE de 20/06/2008, permito-me transcrever, por com o mesmo concordar integralmente, o voto da preclara Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade, proferido no Acórdão CJF nº 0130-11/11 deste CONSEF, e que de maneira precisa trata a questão:

Acórdão CJF nº 0130-11/11:

“VOTO

Inicialmente, no que toca à preliminar de mérito de ocorrência de decadência quanto aos períodos anteriores a julho de 2004, entendemos, comungando com a JJF, que não se vislumbra a decadência argüida pelo sujeito passivo, diante da regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, cujo prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, determinação esta repetida no art. 107-B do Código Tributário Estadual – COTEB – Lei nº 3.956/81, abaixo

transcrito, in verbis:

(...)

Registre-se que, embora o recorrente não tenha feito menção à Súmula Vinculante nº 08 do STF - aprovada na sessão plenária de 12/06/2008, e publicada no DOE de 20/06/2008 – registro feito apenas pela PGE/PROFIS em seu opinativo, a mesma declara a inconstitucionalidade de legislação federal que disciplina a decadência e a prescrição do crédito tributário vinculado às contribuições previdenciárias, explicitando o entendimento de que deverá ser aplicado o prazo quinquenal previsto no CTN e reconhecendo que apenas lei complementar pode dispor sobre normas gerais em matéria tributária. Eis o texto da referida Súmula: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

No entanto, a referida Súmula não se aplica ao ICMS e, em reforço a esta tese, os próprios doutrinadores que estão a se debruçar sobre a matéria cingem sua aplicabilidade à esfera da Administração Pública Federal, a qual compete gerir as contribuições previdenciárias. Ressaltamos, no entanto, e aí comungando com o Parecer proferido pela PGE/PROFIS, que a questão deverá ser aprofundada no âmbito da Administração Tributária Estadual, mormente diante da posição externada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN – que, através do Parecer nº 1617/2008, proferido após a edição da Súmula Vinculante nº 08 e em vista desta, expressamente adotou entendimento quanto à fixação do termo a quo do prazo decadencial que comunga com o externado pelo recorrente, além de entendimento em sentido idêntico também adotado pela Procuradoria Estadual do Rio de Janeiro, através do Parecer CFS nº 02/2008, embora deva ser também ressaltado que ambos não vinculam a Administração Estadual baiana ou o Conselho de Fazenda Estadual, mormente diante da disposição expressa da nossa legislação, acima citada.”

Pelo exposto, voto pelo não acolhimento da alegação quanto a se ter operado a decadência.

No mérito, não merece reparo a Decisão recorrida.

Tal como já exposto no Parecer emitido pela PGE/PROFIS, e exposto no Relatório que antecede este voto, o contribuinte restringe-se a trazer, em sede de Recurso, o quanto já apreciado em sede de julgamento de primeira instância.

Quanto à alegação de não comercializar realizando *marketing* direto por venda porta-a-porta, o contribuinte não consegue invalidar o largo esteio de provas trazidas aos autos pela Fiscalização.

Quanto à alegação defensiva no sentido de que a “família Brito”, como o litigante identifica alguns de seus clientes, realiza venda porta-a-porta, em nada invalida a ação fiscal no sentido de que o Recorrente envia mercadorias para estes comerciantes para que estes, atuando como repassadores, entregue as mercadorias para os vendedores, ou “sacoleiros”, para que seja realizada a venda porta-a-porta, comércio realizado no Estado da Bahia. Assinalo que os mencionados membros da “família Brito”, ou declarantes, como inclusive nomeados pelo sujeito passivo em seu Recurso, não são “parte” neste processo. Se não houvesse a substituição tributária, obviamente seriam os devedores do imposto, mas em a havendo, o imposto é devido pelo substituto tributário, exatamente conforme preceitua o artigo 379 do RICMS/BA, multimencionado no Relatório que antecede este meu voto.

O fato de o Recorrente afirmar que estes clientes lhe deveriam cerca de quatro milhões de reais em nada atinge o fulcro da autuação. As declarações entregues ao Fisco e assinadas por membros da citada “família Brito”, se possuam dados não condizentes com a realidade, como aduz o Recorrente, possivelmente os sujeitaria a sanções na esfera judicial, inclusive, a partir de atos de iniciativa dos que porventura se consigam provar prejudicados por dados que seriam ditos como ilegítimos.

O Acórdão nº 0080-01/10, citado nos autos tanto pela JJF quanto pelo Recorrente, apresenta sujeito passivo diverso, é certo, mas em operação com o ora recorrente, e embora inexistia ligação formal entre estes Acórdãos, obervo que ali a nulidade deu-se em razão de ilegitimidade passiva em operação que envolvia o ora litigante, pelas provas então acostadas àquele processo, conforme consta naquele relatório de Acórdão. Para melhor esclarecer o fulcro daquela autuação, transcrevo a Ementa do mencionado Acórdão:

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0080-01/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE

RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. Nos termos do Convênio n. 45/99 c/c o art. 379, §1º do RICMS/BA, cabe ao remetente na qualidade de sujeito passivo por substituição efetuar a retenção e o conseqüente recolhimento do imposto. A responsabilidade do destinatário no caso de existência de Convênio ou Protocolo é supletiva, valendo dizer que este não está obrigado a efetuar o recolhimento do imposto, cuja obrigação de retenção e recolhimento é do remetente. A obrigatoriedade por parte do destinatário surge apenas quando esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do remetente, circunstância que deverá ser comprovada formalmente. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

Observo que não houve qualquer “mudança de critério jurídico”, porquanto não encontra lastro a alegação defensiva neste sentido. A Decisão naquele Acórdão, embora independente este processo daquele outro, em nada colide com a análise agora realizada. Ali se declarou que o sujeito passivo da autuação deveria ser o remetente, e não o destinatário, da mercadoria sujeita à substituição tributária. Aqui se analisa autuação do remetente.

Quanto à devolução praticada por quem, na condição de substituído tributário, na Bahia, recebia do Recorrente as mercadorias para comercializar, observo que a metodologia da venda por *marketing* direto é exatamente esta, ou seja, se o contribuinte que repassa a mercadoria constata que o produto que o substituto tributário enviara apresenta desconformidade com o pedido, ou defeito de fabricação, por exemplo, deve devolvê-lo ao substituto tributário, e esta devolução não é realizada pelo consumidor final. Este procedimento comercial é público e sobejamente conhecido da população em geral, não existindo carência de conhecimento técnico acerca desta popular forma de comercialização, ou seja, venda por catálogos, ou *marketing* direto. O argumento do Recorrente neste sentido apenas reafirma a solidez dos dados levantados pelo Fisco deste Estado.

O fato de o Fisco estadual, em outras ações fiscais, ter, ou não, autuado contribuintes que na relação em lide atuam como substituídos tributários em relação ao Recorrente em nada influencia o andamento do presente processo, posto que se existentes seriam, ou são, ações fiscalizatórias distintas, com suas bases fáticas e dados documentais próprios, e o Recorrente não comprova o contrário.

A venda, pelo sujeito passivo, não na condição de substituto tributário, mas na condição de mero atacadista, não foi comprovada nos autos deste processo, e a venda em atacado, diversamente da venda a varejo, reporta-se a quantidades de mercadorias que extrapolam, certamente, o número de uma unidade, por exemplo, conforme visto e comprovado pelo Fisco nas operações de vendas praticadas pelo Recorrente, consoante notas fiscais acostadas aos autos deste processo; e confessado, pelo próprio Recorrente, que as quantidades dependem do pedido de mercadorias que recebe, ou seja, o Recorrente não contesta que vende em quantidades mínimas, adequadas à venda a varejo, e não à venda por atacado, ou seja, venda de grandes quantidades.

Assinalo, por oportuno, ser de domínio público o acesso ao *site* comercial do oro recorrente, tal como citado pelo Fisco nos autos deste processo, e no referido *site* consta que o Recorrente pratica o comércio de *marketing* direto, venda porta-a-porta, embora o contribuinte negue tal situação comercial ao se defender da ação fiscal.

O fato de o Recorrente designar aqueles a quem fornece mercadorias, e cujos nomes coloca nas caixas que despacha com suas mercadorias para venda, como seus “clientes”, e não como seus “repassadores”, não elide a imputação.

As provas numeradas trazidas aos autos pelo Fisco, apesar das assertivas do contribuinte em contrário, não encontraram óbice material que as demolisse. As alegações pontuais do contribuinte, já em grau de Recurso, acerca de algumas das provas elencadas no presente processo, foram objeto de análise pelo e. JF, e faço minhas as considerações a respeito, para não ser repetitiva desnecessariamente, posto que aquele voto de primeira instância, integralmente transcrito, integra o presente Acórdão de segundo grau.

Quanto ao CFOP utilizado nas notas fiscais, corretamente decidiu a Junta de Julgamento Fiscal quando, analisando como devido o conjunto de provas, e não apenas o Código Fiscal de Operações - CFOP 6.102 (Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros) indicado nos

documentos fiscais pelo Recorrente, constatou que o mesmo estava sendo indevidamente utilizado.

No quanto pertinente às alegações de desproporcionalidade e inconstitucionalidade da multa aplicada, sob o argumento de que teriam efeito confiscatório, não cabe na seara administrativa a discussão ou Decisão sobre o tema, nos termos do já mencionado artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, além do que a multa aplicada, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II, também do COTEB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão objeto do Recurso, que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência operações ocorridas anteriores a 06/12/2005)

Peço à ilustre Conselheira para discordar do seu voto quanto à decadência dos lançamentos anteriores a 06/12/2005.

Quanto a esta preliminar, considerando a manifestação da PGE/PROFIS, com despacho do insigne Procurador Geral, sobre a eventual decadência das operações acima referidas, me posiciono contrariamente ao posicionamento da douta PGE.

Derredor desta matéria, entendo que devo me manifestar a respeito do Parecer exarado pelo ilustre Procurador Geral do Estado da Bahia, Dr. Rui Moraes Cruz, cuidando da decadência do lançamento tributário.

Diz a Súmula Vinculante nº 8 editada pelo STF:

“são inconstitucionais os parágrafos único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Entendo, em uma análise rápida e rasa, que a aplicação do COTEB para fins de estabelecimento do início da contagem do prazo decadencial viaja em rota de colisão com o quanto disposto no CTN e com o quanto estabelecido pela Súmula Vinculante nº 8 editada pelo STF. Da leitura dos votos que embasaram e desvendam a questão por trás do breve texto da Súmula Vinculante nº 8 (RE's 559943-4, 559882-9, 560626-1, 556664-1, dentre outros), percebe-se que o STF concluiu que a prescrição e decadência só poderiam ser disciplinados por lei complementar, vez que a matéria envolve institutos gerais do direito tributário.

Nessa mesma esteira, me parece claro que, em nome da equidade e da segurança jurídica, a determinação do Supremo Tribunal Federal por via da Súmula Vinculante nº 8, é no sentido de que somente o CTN poderá prever prazos prescricionais e decadências em torno de matéria tributária, e desse modo, a princípio, não poderia o COTEB tratar da matéria em questão.

Nesse contexto, me permito lembrar que uma Súmula Vinculante tem poder impositivo, tudo em razão do seu caráter e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração Pública direta e indireta, em todas as esferas de poder. Ou seja, me parece inapropriada, quiçá impossível, a utilização do COTEB como ferramenta de condução da questão de definição do marco inicial do prazo decadencial.

Por outra banda, a afirmativa do preclaro Procurador Geral do Estado de que *“...deve o presente expediente retornar à PROFIS para que seja elaborada minuta de projeto de lei alterando a regra prevista pelo art. 107-B, § 5º do COTEB, com o propósito de afastar a divergência de prazos estabelecidos entre a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN”*, salvo melhor inteligência, indica com grande clareza e veemência a necessidade de alinhamento da legislação estadual com o CTN, o que robustece a minha tese de que o prazo decadencial deve ser aquele estabelecido pelo Código Tributário Nacional e corroborado pela Súmula Vinculante nº 8, ou seja, cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador.

Diante do exposto, pelos motivos acima esposados, entendo que as operações ocorridas anteriormente a 06/12/2005, não mais poderão ser exigidas pelo fisco da Bahia, porquanto, no meu entendimento, alcançada pela decadência. Assim sendo, acolho a preliminar de mérito suscitada pela recorrente. Quanto ao mérito da autuação, envolvendo os demais períodos, acompanho o voto da ilustre relatora. Assim, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria em relação à preliminar de decadência, com voto de qualidade do presidente e, por unanimidade quanto ao mérito, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206912.0029/10-1**, lavrado contra **POSTHAUS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.283.092,24**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência operações ocorridas anteriores a 06/12/2005) – Conselheiros(as): Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva, Mônica Maria Roters e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência operações ocorridas anteriores a 06/12/2005) – Conselheiros: José Antonio Marques Ribeiro, Carlos Henrique Jorge Gantois e Rodrigo Lauande Pimentel.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de agosto de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – VOTO DIVERGENTE (Preliminar de decadência operações ocorridas anteriores a 06/12/2005)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS