

A. I. N° - 206912.0062/13-3
AUTUADO - MARY KAY DO BRASIL LTDA
AUTUANTE - VLADIMIR MIRANDA MORGADO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 10.02.2015

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0014-05/15

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO ESTABELECIDO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. VENDA PARA CONTRIBUINTE ESTABELECIDO NA BAHIA. (CONVÊNIO MARKETING DIRETO). RETENÇÃO A MENOS. 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 retenção e o recolhimento a menor de ICMS/ST, devido pelo Autuado, por força do Regime Especial n.º 010.554/99 do qual é detentor. Rejeitada a preliminar de nulidade e de decadência dos fatos geradores, pois o lançamento obedeceu ao previsto no artigo 173, inciso I, do CTN. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2013, reclama o valor de R\$773.065,92, sob acusação de que o contribuinte supra cometeu a seguinte infração:

01 – 08.14.02 - Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de janeiro a junho, agosto a dezembro de 2008, janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, conforme demonstrativos e documentos às fls. 08 a 46, e CD à fl.47.

O sujeito passivo representado por advogado legalmente constituído, em seu arrazoado defensivo às fls. 55 a 66, analisando os fatos esclarece que é empresa importadora e comercializadora de produtos cosméticos na modalidade porta a porta, sendo contribuinte de ICMS em todos os Estados do Brasil, e que no Estado da Bahia além do recolhimento do ICMS próprio para o Estado de São Paulo, a empresa recolhe o ICMS-ST, o qual, por força do Regime Especial n.º 010.554/99 da qual é detentora, é calculado utilizando o MVA de 40% sobre o preço da operação.

Alega que os recolhimentos relativos ao ICMS-ST foram efetuados, todavia, por um erro nas informações constantes no SINTEGRA, esses recolhimentos não estão devidamente refletidos nesse tipo de documento.

Informa que por meio do trabalho de auditoria interna anexada às fls.84 a 1.328, confrontou todas as Notas Fiscais emitidas, com as respectivas apurações e recolhimentos do ICMS próprio e ST, analisando nota por nota, produto a produto e concluiu que todos os valores apurados a título de ICMS-ST foram devidamente recolhidos.

No caso da fiscalização, salienta que durante o procedimento de investigação, limitou seu trabalho apenas à análise dos valores lançados SINTEGRA, sem, contudo, confrontar esses dados com os recolhimentos efetuados pelo Impugnante, inclusive entendendo que deveria ter sido intimado para justificar as divergências.

Com base nisso, frisa que a fiscalização simplesmente analisar o SINTEGRA sem confrontar as informações ali contidas com outros documentos, não atende ao princípio da verdade material; princípio norteador dos procedimentos fiscalizatórios. Nesse sentido, transcreve ementa de julgamento da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual da SEFAZ/BA (CJF nº 0220-11/03).

Assim, entendendo que havendo divergência entre o valor apurado pelo Fisco mediante o cruzamento das informações de seu sistema e aquele declarado pela empresa em seu SINTEGRA, inexistente confissão de dívida apta constituir crédito líquido e certo, passível de ser cobrado na forma pretendida pelo Fisco, pois, antes de efetuar o lançamento a Administração Pública tinha o dever de averiguar as razões das divergências apontadas e, na ausência de justificativas plausíveis por parte do contribuinte, constituir o crédito tributário.

Requer a declaração de nulidade do Auto de Infração, com fundamento no inciso II do artigo 18 da Lei n.º 7.629/99, por considerar que não foi atendido o princípio da verdade material, resultando esta inobservância, na preterição do direito de defesa da empresa.

Prosseguindo, fixa a premissa de que os recolhimentos relativos ao ICMS-ST foram efetuados, estando a Fazenda exigindo apenas uma suposta diferença nos recolhimentos mensais.

Comenta que o ICMS-ST é um tributo sujeito ao lançamento por homologação, isto é, todo o procedimento de apuração, cumprimento da obrigação principal e acessória são realizados pelo contribuinte, cabendo ao Estado, dentro do prazo que a legislação prevê, a fiscalização dos procedimentos realizados (artigo 150 do CTN).

Assevera que, com os pagamentos efetuados pela Impugnante, iniciaram-se os prazos para que a Fiscalização os analisasse e, em caso de divergência ou incerteza sobre os mesmos, exigisse a diferença dentro do prazo de 05 (cinco) anos a contar da ocorrência do fato gerador, nos termos do artigo 150, § 4º do CTN, sob pena ocorrer a homologação tácita dos recolhimentos e, conseqüentemente, ter extinto o seu direito de constituir o crédito tributário nos termos do § 4º do artigo 150 c/c inciso VII do artigo 156, ambos do CTN.

No caso, aduz que para os meses de janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho, julho, agosto e setembro de 2008 ocorreu a homologação tácita, dos recolhimentos no quinquídio subsequente e, conseqüentemente, a extinção do direito da Fazenda em constituir eventuais créditos tributários.

Apresentou no corpo da peça defensiva um quadro sintetizando o exposto, qual seja:

FATO GERADOR	TERMO INICIAL	TERMO FINAL	LANÇAMENTO
01/2008	01/02/2008	01/02/2013	04/10/2013
02/2008	01/03/2008	01/03/2013	04/10/2013
03/2008	01/04/2008	01/04/2013	04/10/2013
04/2008	01/05/2008	01/05/2013	04/10/2013
05/2008	01/06/2008	01/06/2013	04/10/2013
06/2008	01/07/2008	01/07/2013	04/10/2013
07/2008	01/08/2008	01/08/2013	04/10/2013
08/2008	01/09/2008	01/09/2013	04/10/2013
09/2008	01/10/2008	01/10/2013	04/10/2013

Com base no quadro acima, observa que os recolhimentos relativos ao período de janeiro à setembro de 2008 foram homologados dentro do quinquídio imediatamente subsequente, resultando, pois na extinção dos respectivos créditos. Nesse sentido, transcreve decisão do Superior Tribunal de Justiça, no RECURSO ESPECIAL Nº 973.733 - SC (2007/0176994-0).

Assim, com fundamento nos artigos 150, § 4º e 156, VII do CTN, requer o acolhimento da preliminar de decadência suscitada.

No mérito, repete que o ICMS-ST no período autuado foi integralmente recolhido, todavia, por uma falha no seu sistema, as informações transferidas para o SINTEGRA não retrataram o recolhimento efetivo do tributo.

Informa que para o ano de 2008, foram apuradas as seguintes informações:

Item 01: O valor apurado pelo Impugnante referente à base de cálculo do ICMS-ST foi divergente do valor apurado pela Fiscalização em R\$1.374,20, isto é, o Impugnante apurou uma base menor no montante citado, devendo, nesse caso, calcular o ICMS-ST adotando a base de cálculo no valor de R\$ 1.374,20;

Item 02: De acordo com o levantamento feito pelo Impugnante, verificou-se que a Fiscalização incluiu o IPI em todas operações realizadas pela empresa. Contudo, o IPI somente deve ser incluído na base do ICMS-ST quando se tratar de venda de produtos importados (1ª saída), todavia, parte das operações do Impugnante se referem a produtos adquiridos no mercado nacional, os quais não têm a incidência do IPI quando revendidos pela empresa. Assim, a diferença apontada não procede, pois, o IPI não deve compor a base de cálculo do ICMS-ST quando se tratar de revenda de produtos adquiridos no mercado interno;

Item 03: O valor apurado pelo Impugnante referente à base de cálculo do ICMS-ST foi divergente do valor apurado pela Fiscalização em R\$1.143,17, isto é, o Impugnante apurou uma base menor no montante citado, devendo, nesse caso, calcular o ICMS-ST adotando a base de cálculo no valor de R\$ 1.143,17;

Item 04: De acordo com o levantamento feito pelo Impugnante, verificou-se que a Fiscalização incluiu o IPI em todas operações realizadas pela empresa. Contudo, o IPI somente deve ser incluído na base do ICMS-ST quando se tratar de venda de produtos importados (1ª saída), todavia, parte das operações do Impugnante se refere a produtos adquiridos no mercado nacional, os quais não têm a incidência do IPI quando revendidos pela empresa. Assim, a diferença apontada não procede, pois, o IPI não deve compor a base de cálculo do ICMS-ST quando se tratar de revenda de produtos adquiridos no mercado interno.

Idem que para o ano de 2009, foram apuradas as seguintes informações:

Item 01: a diferença apurada de base decorre de um equívoco nos cálculos efetuados pelo Fiscal. Com efeito, ao calcular o IPI o Fiscal aplicou a alíquota do imposto sobre a operação, ignorando o valor do tributo constante no documento e que deveria compor a base do ICMS-ST. Melhor explicando, ao invés de incluir o valor apurado do IPI, como elemento integrante da base de cálculo, o Fiscal aplicou alíquota sobre a operação sem, contudo, observar as deduções previstas na legislação, as operações em que o IPI não era aplicável (revenda de produtos nacionais).

Idem que para o ano de 2010, foram apuradas as seguintes informações:

Item 01: O valor apurado pelo Impugnante referente à base de cálculo do ICMS-ST foi divergente do valor apurado pela Fiscalização em R\$ 86,99, isto é, o Impugnante apurou uma base maior no montante citado, ou seja, houve o recolhimento a maior do tributo no montante de R\$ 14,77;

Item 02: De acordo com o levantamento feito pelo Impugnante, verificou-se sua apuração foi feita de forma correta, não havendo que se falar em divergência de valores;

Item 03: O valor apurado pelo Impugnante referente à base de cálculo do ICMS-ST foi divergente do valor apurado pela Fiscalização em R\$ 27.359,26, isto é, o Impugnante apurou uma base menor no montante citado, devendo, nesse caso, calcular o ICMS-ST adotando a base de cálculo no valor de R\$ 27.359,26, sendo devido o valor de R\$ 4.651,07;

Item 04: De acordo com o levantamento feito pelo Impugnante, verificou-se que a Fiscalização incluiu o IPI em todas operações realizadas pela empresa. Contudo, o IPI somente deve ser incluído na base do ICMS-ST quando se tratar de venda de produtos importados (1ª saída),

todavia, parte das operações do Impugnante se referem a produtos adquiridos no mercado nacional, os quais não têm a incidência do IPI quando revendidos pela empresa. Assim, a diferença apontada não procede, pois, o IPI não deve compor a base de cálculo do ICMS-ST quando se tratar de revenda de produtos adquiridos no mercado interno.

Além disso, diz que o laudo apresentado pelo Impugnante infirma o Auto de Infração feito pela SEFAZ/BA, pois, além de equívocos no cálculo, como por exemplo, no cálculo do IPI em operações que não há o imposto ou calculando a sua alíquota, não observando o valor constante no documento fiscal.

Por fim, requer autorização para entregar o SINTEGRA correto, sendo que, anexa à presente, CD (mídia digital) contendo todas as informações corretas relativo a esse sistema.

Desta forma, aduz que para que não haja dúvidas sobre o alegado pelo Impugnante, requer o contribuinte, com fundamento no § 3º do artigo 123 do Decreto n.º 7.629/99, a realização de perícia com intuito de confirmar todas as suas assertivas. Para tanto, com fundamento no artigo 145 do Decreto n.º 7.629/99 apresenta quesitos, bem como, indica o respectivo assistente técnico para acompanhamento dos trabalhos:

- a) Sr. Fiscal, os valores constantes no SINTEGRA estão corretos?*
- b) Em caso negativo, as operações realizadas pelo Impugnante, nos período autuado, tiveram o ICMS-ST calculado de forma correta?*
- c) Em caso negativo, há valores a recolher? Se sim, apurar o montante a recolher.*
- d) Está correto a inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS-ST em operações de revenda de produtos por alíquota e não pelo valor constante na nota fiscal?*
- e) Está correto a inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS-ST em operações de revenda de produtos adquiridos no mercado nacional?*

Observa que a perícia em questão deverá contemplar todas as operações e respectivas notas fiscais, para que se apure se há algum valor devido pelo Impugnante. Diz, ainda, que em razão do enorme volume de documentos fiscais e da exigüidade do prazo previsto em lei, não foi possível angariá-los em sua integralidade, razão pela qual, requer prazo de 120 (cento e vinte) dias para a juntada de todas as notas para fins de perícia.

Apresenta como assistente técnico a profissional Eliana Godoy Cerqueira Leite, portadora do RG: 26.310.118-6 SSP/SP e inscrita no Cadastro da Pessoa Física do Ministério da Fazenda – CPF – sob.º 264.731.578-75

Ao final, requer seja conhecida e provida a presente Impugnação Administrativa para:

- a) Reconhecer a nulidade do Auto de Infração, nos termos do artigo 18, inciso II, do Decreto 7.629/99 na fase de Fiscalização, já que o mesmo se limitou a analisar os dados do SINTEGRA sem, contudo, confrontá-los com os recolhimentos efetuados pelo Impugnante.*
- b) Reconhecer, em preliminar, extinção do crédito tributário pela decadência, nos termos dos artigos 150, § 4º e 156, V, ambos do CTN para o período compreendido entre os meses de janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho, julho, agosto e setembro de 2008 e, conseqüentemente o cancelamento da exigência do tributo ICMS-ST para o período;*
- c) Caso as preliminares não sejam acolhidas, o que se admite apenas para efeitos de argumentação, no mérito, requer o cancelamento do Auto de Infração, posto que, o Impugnante recolheu o ICMS-ST de forma correta. Para tanto, reitera o pedido de produção de prova pericial em relação a todos os documentos fiscais emitidos entre 01/01/2008 à 31/12/2010 em operações no estado da Bahia, para tanto, conforme já requerido e agora reiterado, requer prazo de 120 dias para a juntada de todas Notas Fiscais.*

O autuante, em sua informação fiscal (fls.1.284 a 1.294), inicialmente, destaca os argumentos e pedido do autuado, no sentido de que:

"No presente caso os recolhimentos relativos ao ICMS-ST foram efetuados, todavia, por um erro nas informações constantes no SINTEGRA, esses recolhimentos não estão devidamente refletidos nesse tipo de documento" (p. 3)

(...)

"Conforme dito anteriormente, o ICMS-ST no período autuado foi integralmente recolhido, todavia, por uma falha no sistema do Impugnante, as informações transferidas para o SINTEGRA não retrataram o recolhimento efetivo do tributo" (p. 8)

"... Em razão do enorme volume de documentos fiscais e da exigüidade do prazo previsto em lei, não foi possível angariá-los na sua integralidade, razão pela qual, o Impugnante requer prazo de 120 (cento e vinte) dias para a juntada de todas as notas para fins de perícia" (p. 11).

O autuante salienta que diante das intenções do autuado, e buscando preservar o sagrado direito de defesa do acusado e a preservação do contraditório, a expectativa era de que no decorrer desse lapso de 4 meses os arquivos "Sintegra" supostamente defeituosos fossem retransmitidos pelos canais oficiais viabilizados pela Fazenda Baiana e que viessem aos autos as notas fiscais que demonstrassem a fidedignidade das informações, ainda que por amostragem, o que diz não ter ocorrido.

Explica que sua auditoria se deu ao trabalho de fazer todo um trabalho de reverificação dos levantamentos que deram base quantitativa à autuação e a conclusão foi no sentido de manter *in totum* o montante lançado, atitude que também demandou considerável tempo, até porque desenvolvida em paralelo às outras atividades trimestrais de auditoria.

Assim, demonstra sua expectativa de que esperava que o contribuinte disponibilizasse novos arquivos "Sintegra" e este não disponibilizou; e que se esperava que após o longo prazo de cento e vinte dias o contribuinte exibisse mesmo por amostragem as notas fiscais e não exibiu; e, para suprir tais omissões, esta auditoria fez todo um trabalho de reanálise dos dados disponíveis e não detectou anormalidades nos levantamentos fiscais.

Afirma que a situação atual continua exatamente a mesma encontrada quando da fiscalização, de modo que o rebate à impugnação será feita considerando este cenário, a despeito do contribuinte dispor de todo o tempo possível para modificar as informações por ele próprio ofertadas.

Quanto a preliminar de nulidade, a pretexto de que o trabalho fiscal foi feito com base em informações equivocadas fornecidas pelo próprio contribuinte, o autuante comenta que o sistema "Sintegra" foi concebido no intuito de disponibilizar com fidedignidade os dados relativos às operações mercantis praticadas pelo contribuinte, sem qualquer distorção, de modo a possibilitar ao fisco a análise dos eventos econômicos e checar se o imposto foi pago corretamente ou não. Pondera que a presunção é a de que os dados ali contidos reflitam a realidade dos fatos geradores, inclusive no seu aspecto quantitativo.

Esclarece que teve estreita comunicação com os prepostos do autuado, no sentido de apontar os levantamentos iniciais e parciais que desembocavam em evasão fiscal. Inclusive, diz que houve da parte da empresa acenos positivos do valor lançado ser acatado, a ser liquidado na vigência de programa incentivador de pagamento de dívidas de ICMS com redução de multas que vigorava na época.

Sobre a nulidade sustentada na alegação de que inexistiu intimação para que o contribuinte justificasse eventuais discrepâncias, o autuante indaga como intimar (ainda que oficiosamente isto tenha ocorrido, dentro do bom intercurso que deve nortear a relação fisco/contribuinte) alguém para corrigir dados que ele próprio reuniu, analisou, consolidou, deu tratamento fiscal-contábil, organizou e transmitiu para os fiscos interessados e que deveriam refletir a realidade?

Sustenta que levou em conta os valores recolhidos pelo autuado, vez que a infração apontada traduz retenção a menor de imposto devido por substituição tributária. Frisa que, se a afirmação é a de que houve recolhimento a menor, é claro que houve recolhimentos espontâneos, e este foram considerados para efeito de abatimento do total devido.

Por outro prisma, aponta que os demonstrativos elaborados pela auditoria indicam na coluna "val_bc_subs_trib" (nomenclatura importada dos próprios arquivos "Sintegra") qual seja, a base impositiva adotada pela empresa, aliás conforme consta no final de cada exercício, a título de "Observações" (v. por ex. fls. 19).

Pondera que o acórdão reproduzido na defesa não assume pertinência com as alegações da autuada, pois apenas relembra o princípio da verdade material, já amplamente encampado pelo E. Consef.

Comenta que a verdade material que se tem é que as informações colhidas pela empresa não podem infirmar o auto de infração, até porque destoam dos arquivos "Sintegra" transmitidos pela própria empresa, não havendo, por isso, que se falar em cerceamento do direito de defesa.

Quanto a preliminar de decadência do direito de lançar em relação aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e setembro de 2008, com base na interpretação do art. 150, §4º, do CTN, aduz que, se fosse pertinente, não atingiria os fatos geradores ocorridos após setembro de 2008, de modo que a autuação subsistiria mesmo se, por extremo absurdo, prevalecesse a tese da autuada.

Todavia, argumenta que todo o período de 2008 também passa incólume da argumentação de decadência, conforme passa a expor.

Observa que o prazo a que se refere o dispositivo transcrito é para homologar e não para lançar, atividades distintas a serem desempenhadas pelo Poder Público, salvo se houver má-fé do contribuinte, tem a entidade tributante cinco anos, contados do fato gerador, para conferir se o pagamento foi efetuado acertadamente ou não. E que se estiver correto, extinto estará o crédito tributário; se não estiver, tem o fisco o direito de efetivar o lançamento de ofício, uma outra atividade administrativa, em idêntico prazo de cinco anos, mas desta feita contados do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, conforme estipula o art. 173, I, do CTN.

Assim, assevera que todos os fatos geradores ocorridos em 2008, sem exceção, poderiam ser objeto de autuação dentro do quinquênio contado a partir de 01/01/2009, de modo que o direito do Estado lançar estaria prejudicado se fosse efetivado depois de 31/12/2013. E este foi manejado muitos meses antes, conforme se vê no PAF. Transcreve o entendimento no julgamento representado na decisão do REsp 973189-MG:

Além disso, aduz que ainda que tal raciocínio não tivesse pertinência jurídica, um outro não menos importante se constrói: *o prazo de 5 anos, se fosse para o lançamento, no máximo seria aplicável para o caso do sujeito passivo, ao apurar e declarar determinados valores de imposto a recolher, deixasse de pagá-los ou os pagasse a menor. Mas só aqueles valores declarados. Jamais tal raciocínio poderia trespassar tal montante, levantado de irregularidades detectadas somente quando o fisco, ao analisar os fatos impositivos, descobre que outros valores não declarados (muito menos pagos) também são devidos.* Diz que este é o entendimento esposado pelo STJ, refletido na seguinte ementa, extraída do julgamento realizado para o AgRg no Ag de Instrumento 756159-RS.

Frisa que as alegações até agora fornecidas pela auditoria partem do pressuposto de inexistir na legislação baiana dispositivo que fixe um outro marco inicial para contagem do prazo decadencial. Relembra que, a teor do art. 150, §4º, do CTN, dúvidas não há de que o prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, só será observado se a lei ordinária não fixar um outro prazo para a homologação.

Comenta sobre a autonomia prevista no artigo 25 da CF/88, e sobre a contagem de prazo para aplicação dos efeitos decadenciais, conforme estipulado no §4º do art. 150, para dizer que o Estado da Bahia assim procedeu ao editar o seu Código Tributário Estadual, aprovado pela Lei 3956/81, no qual, está previsto no artigo 107-A, que o prazo para lançar tributos decai em cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador.

Assim, sustenta que agiu acertadamente ao incluir no lançamento de ofício irregularidades derivadas de fatos geradores a partir de 01/01/2008, todas elas ainda pendentes de pagamento e de extinção do crédito tributário.

Quanto ao mérito, diz que o autuado acosta ao processo um "CD" com informações e demonstrativos que não se coadunam com os dados contidos nos arquivos oficialmente transmitidos pelo "Sintegra".

Além disso, que, ainda que correspondessem à realidade, o próprio contribuinte chegou a admitir nas planilhas denominadas de "Capa" que houve algumas incorreções por ele praticadas (coluna I: ver, por exemplo, Capa relacionada a 2010) e nenhuma providência foi tomada no intuito de ser paga a diferença, até para amortecer o valor lançado.

Chama a atenção que o sujeito passivo reconheceu que em alguns casos não aplicou a margem de valor agregado (MVA).

Cita que a empresa pontuou na "Capa" referente a 2010 (coluna C):

"Em relação às divergências identificadas, constatamos em alguns casos que a Mary Kay não acrescentou o MVA no cálculo, considerando como BC ICMS-ST a soma da Base ICMS + valor IPI" (sic.).

Ressalta que, a teor do Conv. ICMS 45/99, o montante do IPI faz parte da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, quando destacado no documento fiscal, de sorte que afirma tal exação ter sido considerada quando da autuação.

Observa uma contradição defensiva: *ao afirmar que a suposta auditoria interna analisou nota a nota e detectara algumas inconsistências, vem agora o contribuinte postular perícia porquanto não foi possível examinar documento por documento fiscal.* Assim, entende que dita providência revela a intenção de se continuar desnecessariamente com a discussão do feito.

Destaca o argumento do contribuinte no demonstrativo denominado de "Capa" (coluna C): *"Ressaltamos que todos os cálculos realizados foram por itens" (sic.)*

E observa o que assevera o contribuinte na sua impugnação: *"Em razão do enorme volume de documentos fiscais e da exigüidade do prazo previsto em lei, não foi possível angariá-los em sua integralidade" (sic.).*

Com base nisso, assevera que os levantamentos produzidos pelo autuado e condensados no "CD" apensado com a Impugnação merecem pouca credibilidade.

Conclui pela subsistência do presente Auto de Infração.

VOTO

Analisando a preliminar de nulidade suscitada na peça de defesa de que não foi obedecido o artigo 18, inciso II, do Decreto 7.629/99, observo que não assiste razão ao sujeito passivo em sua alegação de que não foi atendido o princípio da verdade material, por entender que a fiscalização se limitou a analisar os dados do SINTEGRA sem, contudo, confrontá-los com os recolhimentos efetuados pelo estabelecimento, tendo em vista que:

a) o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, cujas multas exigidas estão fundamentadas em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que

fundamentam a autuação. Se os cálculo do imposto está incorreto, conforme alegado na defesa, este será objeto de apreciação por ocasião do mérito;

b) as planilhas de apuração do débito permitiram ao sujeito passivo conhecer os valores que serviram de base a apuração da exigência fiscal, e, conseqüentemente, exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório, incorrendo, assim, a alegação de que não foi atendido o princípio da verdade material, bem como, preterição do direito de defesa do sujeito passivo.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito e/ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

Passo agora a analisar a preliminar de decadência dos fatos geradores ocorridos entre janeiro e setembro de 2008, observando que não assiste razão ao defendente, uma vez que, segundo o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

Já o parágrafo único do mesmo artigo reza que "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".

Ou seja, o entendimento no âmbito do CONSEF é de que a regra geral em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, é de que o fisco tem 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o crédito tributário respectivo não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.

No presente caso, considerando-se que o lançamento ocorreu em 30/09/2013, a contagem do prazo para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 01/01/2008, findando-se em 31/12/2013, incorrendo a alegada decadência.

Além disso, quando da apresentação da peça impugnatória, o Contribuinte autuado fez dela constar o pedido de realização de prova pericial, formulando quesitos. No entanto, a realização da mesma, seja pelas indagações contidas nos quesitos apresentados, seja pelo que dos autos já se tem, desnecessária se faz a realização da prova pericial para o julgamento do presente feito, pelo se a rejeita na forma do art.147, inciso I, do RICMS/97, pois o processo contém todos os elementos para minha convicção sobre a lide. Quanto ao prazo de *120 dias requerido para a juntada de todas Notas Fiscais, também fica* indeferido, pois tal pedido não encontra não encontra amparo em nenhum dos incisos do § 5º do artigo 123 do RPAF/99 (*A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual*). Ressalto que se o sujeito passivo tivesse apresentado tais provas até o julgamento do feito, em atenção ao princípio da verdade material estas seriam acolhidas, o que não ocorreu.

No mérito, versa o presente contencioso sobre a constatação de que o autuado, estabelecido em outra Unidade da Federação, reteve e recolheu a menor o ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, no valor de R\$ 773.065,92, 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.

Portanto, o fulcro da autuação é de que o autuado reteve e recolheu a menor o ICMS-ST, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de produtos cosméticos, realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O lançamento em análise embasa-se nos dispositivos do Convênio ICMS nº 45/99 (alterado pelo Convênio nº 06/06), firmado pelos Estados e o Distrito Federal, de acordo com o estatuído no art. 9º da Lei Complementar nº 87/96.

A legislação do Estado da Bahia, recepcionando as regras do Convênio ICMS 45/99, especificamente no artigo 379, § 1º do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia – RICMS/BA, aprovado pelo Decreto n. 6.284/97, dispõe sobre as operações relativas a vendas por sistema de *marketing porta a porta a consumidor final*, objeto do mencionado convênio, o qual, 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 subseqüentes 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”.

Dessa forma, foi correto o procedimento da fiscalização, não se constatando qualquer cerceamento ao direito de defesa conforme arguido pelo Impugnante, uma vez que o Auto de Infração em análise contém todos os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza da infração, e encontra-se legalmente embasada a infração cometida e a penalidade aplicada. Todos os requisitos formais e materiais necessários para a atividade do lançamento, previstos no art. 142 do CTN e no art. 39 do RPAF/BA/99, foram observados, tendo sido oportunizado ao Autuado defesa plena.

No tocante à base de cálculo, em tais operações, reza os § 2º e 3º, in verbis:

§ 2º A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária, nas hipóteses deste artigo, é o valor correspondente ao preço de venda a consumidor constante em tabela estabelecida por órgão competente ou, em sua falta, o preço sugerido pelo fabricante ou remetente, assim entendido aquele constante em catálogo ou lista de preços de sua emissão, acrescido, em ambos os casos, do valor do frete, quando não incluído no preço.

§ 4º Não existindo o preço de que trata o § 2º, a base de cálculo será o valor da operação acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) de 60% (sessenta por cento) relativa às operações subseqüentes.

Portanto, vê-se que ficaram definidas as parcelas da base de cálculo do ICMS por lei ordinária (RICMS/BA/97), ficando autorizado ao referido Regulamento, no caso em exame, estabelecer como base de cálculo o preço final a consumidor sugerido pelo fabricante, pelo importador ou por entidade representativa dos respectivos segmentos econômicos.

Ora, o Convênio ICMS nº 45/99 autoriza os Estados e o Distrito Federal a estabelecer o regime de substituição tributária nas operações interestaduais que destinem mercadorias a revendedores que efetuem venda porta a porta, como no caso dos presentes autos, tendo em vista o disposto no art. 9º da LC nº 87/96, estando correta a aplicação das suas cláusulas à situação em exame.

Ressalte-se que a Fiscalização adotou como base de cálculo do ICMS/ST exigido nos presentes autos, o preço constante nas notas fiscais emitidas pelo próprio autuado, e discriminadas no levantamento fiscal.

Destaque-se que o ICMS/ST destacado nas notas fiscais foi considerado na apuração do imposto exigido nos presentes autos.

Na mídia eletrônica de fls.47, constam os demonstrativos utilizados para apuração das exigências fiscais em comento, e tais demonstrativos também foram acostados às fls.08 a 46 (primeiro e ultimo dia de cada mês).

No caso vertente, a controvérsia diz respeito a base de cálculo que deveria ter sido utilizada pelo Autuado na retenção e recolhimento de ICMS devido por substituição tributária para frente, nas operações interestaduais de vendas de mercadorias destinadas a contribuintes neste Estado que efetuam venda pelo sistema de marketing porta a porta a consumidor final.

Com base no seu trabalho, considerou a Fiscalização que a base de cálculo do ICMS/ST, no caso em exame, é o preço sugerido pela empresa autuada e constante nos documentos fiscais.

Há a destacar-se que a base de cálculo da substituição tributária é o valor que presumidamente o produto irá alcançar ao chegar ao mercado, realizando o objetivo de que o ICMS incida em toda a cadeia de consumo.

O sujeito passivo, em sua peça defensiva, não nega sua obrigação em efetuar a retenção do imposto nas vendas realizadas através das notas fiscais relacionadas às fls. 08 a 46, nos termos do Convênio ICMS nº 45/99 e alterações posteriores, e artigo 379 do RICMS/97, porém, no presente caso, argumenta que não é devido responder pelos créditos tributários exigidos no auto de infração, pois reteve o imposto relativo às notas fiscais que serviram de base à autuação e efetuou corretamente o ICMS-ST sobre as operações objeto da autuação.

Analizando o demonstrativo às fl. 08 a 46, constato que o débito encontra-se devidamente demonstrado, com a indicação de todas as parcelas que compõe a determinação da base de cálculo, e os respectivos valores correspondentes a: CNPJ; Data emissão; nota fiscal; código produto; descrição do produto; quantidade; valor unitário; alíquota IPI; valor IPI; valor da base de cálculo ICMS próprio; valor da base de cálculo ICMS substituição tributária; BC ST correta; diferença BC ST; diferença BC ST; e ICMS ST a pagar.

Cumpra registrar que o autuado recebeu cópia dos demonstrativos, inclusive do CD Rom contendo o levantamento fiscal, conforme recibo à fl.52, e pode exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório, ou seja, apontando, se fosse o caso, eventuais erro na apuração do débito, ou o recolhimento dos valores lançados no demonstrativo de débito, e não o fez por ocasião de sua impugnação.

No que tange aos quesitos formulados pelo autuado em sua impugnação, relativamente se os *valores constantes no SINTEGRA estão corretos*, entendo que caberia ao próprio autuado apresentar provas de eventuais erros de informações e não à fiscalização. O autuante realizou sua ação fiscal exatamente com base nas informações prestadas pelo autuado no SINTEGRA.

Diante disso, o questionamento se o cálculo apresentado pela fiscalização em relação às *operações realizadas pelo estabelecimento, no período autuado, tiveram o ICMS-ST calculado de forma correta*, também não prospera. Para elidir o trabalho fiscal de forma válida, caberia ao autuado através dos meios legais proceder a correção dos alegados erros no arquivo Sintegra, o que não ocorreu, haja vista que até esta data não comprovou ter adotado esta providência. Portanto, o CD apresentado na defesa contendo informações e demonstrativos não elidem a autuação, visto que os dados nele contidos não foram oficialmente transmitidos pelo SINTEGRA, ressaltando-se que o próprio autuado admitiu a existência de incorreções.

Logo, também não prospera a indagação se há valores a recolher, tornando desnecessário recalcular o montante a recolher, pois, não foi apontado objetivamente erro na sua apuração. Ressalto que o autuado não apresentou o espelho das notas fiscais (ainda que por amostragem) para comprovar a ocorrência de erro no arquivo SINTEGRA que fora transmitido por ele.

Analizando o questionamento se *está correto a inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS-ST em operações de revenda de produtos por alíquota e não pelo valor constante na nota fiscal*, constato que a fiscalização considerou exatamente o valor do IPI destacado nos documentos

fiscais, do quer se conclui que as operações são originárias de importações e/ou de indústrias, o que cai por terra o argumento defensivo de que parte das operações são aquisições de revendedores. Ressalto que o autuado não trouxe aos autos qualquer elemento de prova no sentido de que ocorreram compras no mercado nacional, e portanto, com o IPI já incluso no valor da operação.

Sobre a indagação se *está correto a inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS-ST em operações de revenda de produtos adquiridos no mercado nacional*, pelo acima alinhado, restou demonstrado que em todas as notas fiscais foram indicados os respectivos IPI, logo, correto a sua inclusão na base de cálculo.

Por último, no que diz respeito ao pedido do autuado para retransmitir o arquivo SINTEGRA supostamente com incorreções, considerando que o contribuinte se encontrava sob ação fiscal que resultou no auto de infração em questão, tal pedido deve ser postulado diretamente na repartição fazendária de sua circunscrição fiscal. Ademais, ressalto que o autuado não apresentou nenhum documento fiscal comparando-o com o arquivo magnético entregue à SEFAZ, para comprovar sua alegação de incorreção no mesmo.

Assim, caracterizada a infringência à legislação tributária, estando corretamente demonstradas as exigências de ICMS/ST, e a multa por descumprimento da obrigação principal, legítimo se torna o lançamento.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206912.0062/13-3**, lavrado contra **MARY KAY DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$773.065,92**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de janeiro de 2015

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR