

**A. I. Nº** - 206912.3004/16-9  
**AUTUADO** - ODORATA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COSMÉTICOS LTDA.  
**AUTUANTE** - VLADIMIR MIRANDA MORGADO  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 02.06.2017

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0081-05/17**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. “MARKETING” DIRETO. CONVÊNIO Nº 45/99. 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. Infração não elidida. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 26/10/2016, exige ICMS no valor de R\$327.993,73 e multa de 60%, em razão de ter deixado de proceder a retenção 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. Empresa trabalha dentro do sistema de vendas “porta a porta”, característico do “marketing direto” ao vender suas mercadorias para revendedores pessoas físicas que fazem as suas compras com base em catálogos disponibilizados para o público em geral, conforme informação contida no seu sitio eletrônico [www.odoratacosméticos.com.br](http://www.odoratacosméticos.com.br).

O autuado ingressa com defesa, fls. 27 a 34, e após relatar a acusação fiscal, em preliminar aduz que há insegurança na determinação da infração, pois no mínimo, ao tomar conhecimento dos documentos fiscais, o fisco, com seu poder investigatório e visando a segurança, deveria ter verificado que as mercadorias discriminadas nas notas fiscais objeto da autuação, estão com destino final a consumidoras e revendedoras do Estado da Bahia, merecendo de plano verificar se a operação realmente foi concluída, qual o desconto da mercadoria, quais mercadorias elencadas nas notas fiscais devolvidas, o que não ocorreu. Aduz que foram consideradas todas as notas fiscais emitidas de forma arbitrária, assim, não fica claro na auditoria, o que de plano torna o lançamento inseguro, nos termos do art. 18, IV, “a” do Decreto 7.629/99.

Reclama que a multa exigida, da ordem de 60%, é um equívoco, nada recomendável, considerando tratar-se de penalidade e destinação totalmente distinta e destoante. Pugna pela nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração, por se tratar de valores exigidos de ICMS ST controvertidos.

Entende que seu direito de defesa foi cerceado, posto que não compreendida a acusação fiscal, nos termos do art. 18, II do RPAF/99.

Requer a realização de diligência e de perícia para demonstração dos valores corretos, e para justificar e garantir a aplicação do princípio da verdade material. Aponta que a diligência deverá ser realizada nos documentos, ou seja, em todas as notas fiscais relacionadas nos autos (CD anexado aos autos), considerando os seguintes pontos:

“1 - Demonstrando os pagamentos?

- 2 – Quais operações foram realizadas?
- 3 – Qual o desconto concedido?
- 4 – Quais produtos foram devolvidos?
- 5 – Quais notas ocorreram as devoluções de mercadorias?
- 6 – Quais notas e produtos realmente deram entradas no território baiano?
- 7 – A base de cálculo está correta?”

Entende ser necessária, visto que os valores encontrados pela autoridade fiscal estão incorretos e em desacordo com a legislação tributária.

No mérito, explana que a acusação versa sobre a falta de retenção e recolhimento do ICMS/ST de todas as Notas Fiscais emitidas no período de 01/01/2016 a 31/07/2016, dos produtos com destino final aos clientes do Estado da Bahia, para uso ou consumo, ou revenda pelo sistema porta a porta. Entende que não há fundamento para tal acusação, tendo em vista que é detentor de inscrição estadual no Estado da Bahia, como faz prova em anexo, o que permite o recolhimento de ICMS ao Estado destinatário.

Sustenta que é de conhecimento geral que as inúmeras exigências feitas no Estado para usufruir de seus benefícios, dentre as quais, destaca como principal justamente o recolhimento do ICMS, sua regularidade e adimplência para fruição dos benefícios fiscais, motivo pelo qual tais exigências sempre foram observadas e cumpridas com muito rigor pelo sujeito passivo, justamente para evitar que o benefício fiscal fosse suspenso e/ou perder as condições de fruição, que se encontram vigentes.

Ressalta que a escrituração da empresa é digital (SPED), e pode ser percebido que não há motivo para tal arbitramento da autoridade fiscal.

Assim, como o lançamento está calcado simplesmente em um CD anexo, desconsiderando todos os pagamentos e não demonstra a impropriedade da suposta irregularidade da escrita fiscal e apuração do ICMS ST, o lançamento não possui provas concretas, motivo pelo qual deve ser reconhecida a nulidade, inclusive pela falta de provas, a sua improcedência.

Sustenta que é de conhecimento deste Conselho que as cópias das Notas Fiscais deveriam integrar os autos, o que torna o lançamento questionável em todas as esferas, tanto administrativa, quanto judicial, já que a prova é de quem está acusando.

Traz a doutrina e o Acórdão JFJ Nº 0368-04/10, este que julgou nulo o Auto de Infração. Destaca o art. 142 do CTN, seu parágrafo único, bem como o art. 112 do CTN.

Ao final, informa que o nome de seu advogado é Fernando Teles Falcão, para receber publicações e intimações, inclusive para apreciar e se fazer presente no julgamento, sob pena de nulidade, sejam efetuadas em seu nome, e-mail: [Fernandotelesjus@terra.com.br](mailto:Fernandotelesjus@terra.com.br). e endereço profissional situado na Rua 01, nº 928, sala 06/08, Edifício Wall Street Center, Cep 74-115-040, Goiânia- Goiás.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 51 a 54, e rebate as razões de defesa, sustentando a autuação. Esclarece que na verdade a exigência tributária partiu da falta de retenção e de recolhimento, jamais de quantias registradas a menor nos documentos fiscais, de sorte que ou a empresa não entendeu bem o lançamento efetuado, apesar de claro, por não estar familiarizado com as questões tributárias, ou a empresa cometeu o erro comum de “copiar e colar”, via computador petições feitas em outros casos, sem adaptar ao texto concreto.

Contudo, a irregularidade apontada no Auto de Infração é cristalina, haja vista que o sujeito passivo exerce a atividade de marketing direto, conforme a previsão contida no Convênio ICMS 45/99, cláusulas primeira, segunda e terceira, combinadas com o art. 10, da Lei 7.014/96.

Ademais, teve o cuidado de complementar a descrição fática com a informação de que o sujeito passivo trabalha com o sistema de vendas porta-a-porta, característico do marketing direto, ao vender mercadorias para revendedoras, pessoas físicas que fazem as suas compras com base em

catálogos disponibilizados para o público em geral, conforme informações contidas no site [WWW.odoratacosméticos.com.br](http://WWW.odoratacosméticos.com.br).

Nestas condições, como a empresa deliberadamente negou-se a apresentar os catálogos dos preços dos produtos vigentes no período auditado, não obstante regularmente intimada para apresentá-los à fiscalização, os levantamentos foram feitos, tomando-se como base de cálculo o valor da operação, acrescido da margem de valor agregado (MVA) prevista na legislação tributária, conforme relatórios de fls. 08 a 15 do PAF.

Não houve, outrossim, cerceamento ao direito de defesa, o sujeito passivo teve acesso a todos os elementos integrativos da exigência fiscal, com os fatos geradores caracterizados, sua responsabilidade por substituição nas operações interestaduais, sua fundamentação legal, estipulação de base de cálculo e alíquotas, penalidades e demais cálculos legais. Foram ainda apresentadas as provas do desempenho do autuado nas atividades típicas de marketing direto.

Entende sem propósito o pedido de perícia e de diligência, sem a menor condição para ser acatado, com intuito meramente procrastinatório. Ademais, todas as perguntas poderiam ter sido respondidas pelo próprio acusado, quando produziu a sua defesa, na medida em que poderia ter juntado os elementos de prova que confrontassem com o montante quantificado pela auditoria.

Aduz que a atividade da empresa restou demonstrada, com a anexação ao processo das páginas do sítio eletrônico da empresa, com grifos de transcrição, nas quais se verifica que a mesma foi idealizada com o objetivo de atender a grande demanda de vendas diretas, fl. 16, tem a missão de conquistar, qualificar e fidelizar as suas consultoras, fl. 17, possui a visão de estar entre as melhores empresas para se trabalhar [...], fl. 17, [...].

Ressalta que os montantes devidos foram calculados e detalhados nos relatórios de fls. 08 a 15, com indicação do documento fiscal, destinatário, descrição do produto, valor da operação, MVA aplicada e fixação da base de cálculo e alíquota, para, no final, apontar-se o valor do tributo devido. Pugna pela procedência da autuação.

## VOTO

Inicialmente nego o pedido de diligência e de perícia fiscal, contido na peça defensiva, haja vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de meu juízo de valor quanto à infração em lide, como dispõe o art. 147, I, “a”, II, “a”, “b” do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99). Ademais, o indeferimento do pedido de prova, diligência ou perícia será feito pelo relator, quando este, individualmente, não houver acatado o pleito, devendo as razões do indeferimento ser enunciadas e fundamentadas na exposição do seu voto. (§ 2º, I do art. 147).

Quanto aos quesitos formulados na peça de defesa, tais como a demonstração de pagamentos, as operações que foram realizadas, se houve desconto concedido, produtos devolvidos, devoluções por meio de quais documentos fiscais, notas e produtos que ingressaram no território baiano, e qual a correta base de cálculo, estas questões levantadas pelo defendente não possuem o condão de justificar a realização de perícia fiscal. Caberia ao próprio sujeito passivo demonstrar e comprovar que estes fatos teriam acontecido, por ser o detentor dos documentos fiscais que embasam a infração e que foram detalhadamente explicados no demonstrativo que acompanha o Auto de Infração (fls. 08 a 15), e que foram recebidos pelo defendente, inclusive em CD-ROM (fl. 22). Destaco que as notas fiscais eletrônicas, emitidas pelo sujeito passivo, objeto da infração, estão discriminadas no levantamento fiscal, e estão na posse da sociedade empresária.

Aplico os seguintes dispositivos do RPAF/99 (Decreto 7.629/99):

*Art. 141- “Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.*

*Art. 142 – A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.*

Observo que o Auto de Infração foi lavrado com a observância do disposto no Art. 39 do RPAF/99, e está acompanhado dos demonstrativos de Apuração do ICMS ST Não Retido, fls. 08 a 15, parte integrante do Auto de Infração.

Não acolho a preliminar de nulidade de que teria ocorrido cerceamento de defesa, haja vista que o sujeito passivo teve acesso a todos os elementos integrativos da exigência fiscal, com os fatos geradores caracterizados, sua responsabilidade por substituição nas operações interestaduais, sua fundamentação legal, estipulação de base de cálculo e alíquotas, penalidades e demais cálculos legais.

No mérito este Auto de Infração reclama ICMS em decorrência da falta de retenção e de recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Ocorre que o sujeito passivo trabalha com o sistema de vendas porta-a-porta, característico do marketing direto, ao vender mercadorias para revendedoras, pessoas físicas que fazem as suas compras com base em catálogos disponibilizados para o público em geral, conforme informações contidas no site [WWW.odoratacosméticos.com.br](http://WWW.odoratacosméticos.com.br).

A regra do art. 333 do RICMS, Decreto 13.780/2012, dispõe neste sentido:

*Art. 333. 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 (Conv. 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.*

Tal dispositivo do regulamento estadual harmoniza-se com o disposto no Convênio ICMS 45/99, ou seja, de que as mercadorias destinadas a este Estado se destinem a operações de venda porta a porta e marketing direto, o que está robustamente comprovado pelas provas carreadas aos autos.

Nestas condições, como a empresa, deliberadamente, negou-se a apresentar os catálogos dos preços dos produtos vigentes no período auditado, não obstante regularmente intimada para apresentá-los à fiscalização, os levantamentos foram feitos, tomando-se como base de cálculo o valor da operação, acrescido da margem de valor agregado (MVA) prevista na legislação tributária, conforme relatórios de fls. 08 a 15 do PAF.

Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas, e no caso específico o Convênio ICMS 45/99, regra as operações interestaduais típicas do sistema de marketing direto, atividade desenvolvida pelo sujeito passivo.

Fica mantida a infração na sua íntegra.

Quanto ao pleito formulado de encaminhamento de comunicações e intimações para o escritório dos patronos da empresa, ressalto que as intimações devem ser encaminhadas para seu advogado Fernando Teles Falcão, sejam efetuadas em seu nome, e-mail: [Fernandotelesjus@terra.com.br](mailto:Fernandotelesjus@terra.com.br). e endereço profissional situado na Rua 01, nº 928, sala 06/08, Edifício Wall Street Center, CEP 74-115-040, Goiânia-Goiás.

Ressalto nada obstar que seu pleito seja atendido e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda envie as intimações e demais comunicações para o endereço requerido. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade da intimação, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no art. 108 do RPAF-BA/99, e, em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional - CTN, art. 127, orientando, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

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 **206912.3004/16-9**, lavrado contra **ODORATA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$327.993,73**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2017.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR