

A. I. Nº - 298624.0021/15-6
AUTUADO - SS COMÉRCIO DE COSMÉTICOS E PRODUTOS DE HIGIENE PESSOAL LTDA.
AUTUANTES - WAGNER RUY DE OLOIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 30.06.2017

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0088-02/17

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). FALTA DE RETENÇÃO E RETENÇÃO A MENOS. Nos termos do Convênio ICMS 45/99 c/c o art. 379, §1º e 383, §1º, do RICMS/BA de 1997 e 2012, respectivamente, cabe ao remetente na qualidade de sujeito passivo por substituição efetuar a retenção e o consequente recolhimento do imposto. Infrações caracterizadas. Não foi acolhido o pedido para redução ou cancelamento das multas pelo descumprimento da obrigação principal, por faltar competência deste órgão julgador. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 13/12/2016, reclama o valor de R\$211.482,18, sob acusação de que o contribuinte supra cometeu as seguintes infrações:

01 – 08.14.02 - Procedeu a retenção a menor do ICMS, no valor de R\$208.090,22, 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 de 2012 a dezembro de 2013, conforme demonstrativos e documentos às fls. 08 a 37, e CD à fl.38.

02 – 08.14.01 – Deixou de proceder a retenção a menor do ICMS, no valor de R\$3.391,96, 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 e maio, julho a dezembro de 2012, e janeiro a maio de 2013, conforme demonstrativos e documentos às fls. 08 a 37, e CD à fl.38.

O sujeito passivo foi cientificado da autuação em 21/12/2016 através da intimação e AR dos Correios, fls.42 e 43, e representado por advogado legalmente constituído, em 16/02/2017, em seu arrazoado defensivo às fls. 45 a 59, destaca a tempestividade de sua defesa, e analisando os fatos esclarece que é uma sociedade limitada, que tem por objeto o comércio atacadista, importação, exportação, distribuição, armazenamento, expedição e transporte de produtos de higiene pessoal, toucador, perfumaria, cosméticos e afins, bem como de medicamentos para uso humano, inclusive fitoterápicos e homeopáticos, drogas, insumos farmacêuticos, saneantes e domissanitários, dentre outros.

Esclarece, ainda que, enquanto empresa comercial distribuidora atacadista, e em especial por atuar no mercado exclusivamente por meio do canal de vendas diretas, vende mercadorias para revendedores autônomos situados em todas as Unidades da Federação, assumindo a condição de contribuinte substituto, responsável pelo pagamento do ICMS relativo às operações de revenda de

mercadorias ao consumidor final, realizadas pelos revendedores autônomos, nos termos do Convênio ICMS 45/1999 e do Convênio ICMS 92/2015.

Comenta sobre o motivo que ensejou a autuação, transcrevendo as duas infrações contempladas no auto de infração, e respectiva fundamentação legal, para arguir que a autuação em referência não merece prosperar, uma vez que, diversamente do que pretendeu a fiscalização, a empresa SS tributou suas operações em estrita conformidade com o quanto determina a legislação aplicável, de modo que inexistente crédito tributário a ser exigido, conforme passa a demonstrar adiante.

Analisando o direito, comenta que no setor de venda direta, o atendimento ao consumidor tem um caráter estritamente pessoal se comparado à prática de outras formas de comércio. Aduz que, para tanto, há diversos materiais de apoio às vendas e demonstração que são vendidos pela empresa aos seus revendedores, para que proporcionem aos seus clientes uma experiência de compra que reflita os ideais da empresa, fidelizando-os, isso em substituição à experiência que existe em uma loja física, num estabelecimento comercial de shopping center, por exemplo. Frisa que na venda direta, o revendedor atua como verdadeiro consultor, pois, além de comprar e revender, usa o produto cotidianamente, confia na marca e, portanto, recomenda e revende aos seus clientes. A venda direta é uma venda por indicação, recomendação ao cliente feita por quem usa e gosta do produto.

Nesse sentido, registra que, ao explicar esse modelo, a própria Associação Brasileira das Empresas de Venda Direta – ABEVD destaca a questão da experiência de compra, do atendimento diferenciado ao consumidor e da demonstração dos produtos, a saber:

Para o consumidor: a venda direta representa um atendimento personalizado que não existe no varejo tradicional. As modalidades mais praticadas de venda direta são:

- “Door to door” ou porta-a-porta: o revendedor vai até a residência ou local de trabalho do consumidor para demonstrar e vender os produtos;
- Catálogo: o revendedor deixa o catálogo ou folheto na residência do consumidor e depois passa para retirar o pedido;
- Party plan: **o revendedor** promove um chá na casa de uma consumidora para ela e suas amigas, em que **demonstra** e revende **os produtos**. (Disponível em <http://www.abevd.org.br/venda-direta/> - acesso em 07.02.2017)

Salienta que para proporcionar esse atendimento personalizado, permitindo que o consumidor tenha uma experiência de compra diferente do varejo, é preciso que o revendedor conheça muito bem os produtos, isto é, utilize e recomende-os. E que, para tanto, é evidente que o revendedor precisa ter contato com os produtos, tendo a oportunidade de experimentá-los e demonstrá-los aos seus clientes – e isso se efetiva por meio dos materiais de uso e consumo adquiridos junto às empresas de venda direta pelos seus revendedores – comprados ou bonificados, conforme o caso ou a campanha de marketing.

Comenta, ainda, que seria inviável financeiramente que o revendedor tivesse de arcar com o custo de aquisição de todos os produtos com essa finalidade, ou seja, para que possa conhecer e, portanto, promover todos produtos do extenso portfólio, o que considera absolutamente essencial, em um mercado como o de venda direta, marcado pela pessoalidade, e a experiência do produto.

Além disso, destaca que na atividade dos revendedores da venda direta se utiliza de materiais de apoio, tais como placas indicativas (“aqui tem um revendedor”), blocos de notas, talonários de pedidos, sacolas, porta-amostras, flaconetes e outros. Materiais estes essenciais à demonstração e apresentação dos produtos, além de se prestarem a auxiliar na divulgação da revenda de produtos e na própria apresentação de pedidos junto à Impugnante – única fornecedora dos produtos Jequiti para os revendedores autônomos.

Prosseguindo, para mostrar a inaplicabilidade da Substituição Tributária nas saídas para o destinatário final, aduz que nos termos da Lei Complementar nº 87/1996, a possibilidade de atribuição pela legislação estadual da responsabilidade tributária por substituição pressupõe que haja uma ou mais operações, sejam elas antecedentes, concomitantes ou subsequentes, *verbis*:

Art. 6º Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário.

§ 1º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto.

No caso do auto de infração em referência, observa que a legislação interna do Estado da Bahia determina a aplicação do regime de substituição tributária para as operações **subsequentes** de circulação de mercadorias – vide artigo 333 do Decreto 13.780/2012, o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia – RICMS/BA:

CAPÍTULO XVII – DAS OPERAÇÕES DE VENDA PORTA-A-PORTA A CONSUMIDOR FINAL

*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).*

Sustenta que não há nenhuma operação subsequente de circulação das mercadorias objeto da autuação, pois são produtos para uso e consumo das revendedoras autônomas dos produtos Jequiti, o que claramente pode ser visto em alguns exemplos que apresenta (doc. 4).

Entende ser evidente também que produtos tais como canetas, cartazes com os dizeres “aqui tem um consultor Jequiti”, flaconetes de amostras de fragrâncias, sacolas e outros semelhantes não são produtos para revenda. Questiona: “*Quem se interessaria para comprar e consumir esses produtos?*”

Assevera que, “**não havendo revenda, isto é, não havendo operação subsequente, não há que se falar na aplicabilidade da sistemática da substituição tributária prevista na legislação baiana e no Convênio ICMS 45/1999.**”

Assim, diz que, em se tratando de venda final, o que é devido é o recolhimento do diferencial de alíquotas, pois as revendedoras são contribuintes não inscritas e compete a empresa Impugnante apurar e recolher esse valor a título de ICMS – diferencial de alíquota. Transcreveu quatro ementas referente a julgamentos de auto de infração no âmbito do CONSEF/Bahia.

Com base nisso, informa que esse recolhimento foi prontamente feito pela Impugnante, e que o próprio demonstrativo elaborado pela fiscalização em relação ao suposto débito indica valores de ICMS/ST que teriam sido recolhidos, de modo que está sendo exigido da Impugnante o valor correspondente à diferença entre o montante pago a título do diferencial de alíquotas e aquele apurado pelo autuante como sendo o ICMS/ST devido.

Destaca que o que há – e teria sido verificado caso tivesse havido um diligente processo de fiscalização – são valores destacados no campo do ICMS/ST nas notas fiscais objeto da presente autuação que correspondem ao **diferencial de alíquotas da revendedora autônoma**, que é cobrado dela para então ser repassado às autoridades fiscais estaduais, e que não tem campo específico na nota fiscal para ser destacado – diferentemente do diferencial de alíquotas do consumidor final, que não é cobrado e é apenas destacado na nota fiscal no campo de dados adicionais.

No caso da nota fiscal destinada às revendedoras autônomas, contribuintes do ICMS, informa que a inclusão do valor do diferencial de alíquotas é uma condição para validação da nota fiscal eletrônica, de modo que não pode a Impugnante ser penalizada por cumprir com suas obrigações. Destaca que a confiança legítima impõe a necessidade de manutenção de atos administrativos desde que verificada a expectativa legítima, por parte do administrado, de estabilização dos efeitos decorrentes da conduta administrativa. No caso, a legítima expectativa da Contribuinte reside no cumprimento, pelo Estado da Bahia, dos termos que ele próprio fixou, em consonância

com a Lei Complementar nº 87/1996 – porém não foi o que se verificou no auto de infração. Transcreve trecho de lição de renomado professor de direito.

Além disso, diz que, no caso do auto de infração ora impugnado, é preciso ter em vista as peculiaridades do setor de venda direta, para reconhecer a premente necessidade de que os revendedores autônomos adquiram produtos que não serão destinados à revenda, mas sim à sua própria experiência, de modo a viabilizar seu trabalho de consultoria de beleza aos clientes, recomendando-lhes produtos que conhecem e em que confiam. Assim, salienta que não se pode presumir que toda e qualquer aquisição de produtos de uma empresa de venda direta que seja realizada por um revendedor autônomo tenha o propósito de revenda.

Considerou um absoluto contrassenso, e uma afronta à Lei Complementar nº 87/1996 e à legislação interna do Estado da Bahia, pretender cobrar ICMS/ST sem que haja operações subsequentes ou anteriores a serem tributadas. Se não há operação para a qual a condição de contribuinte será atribuída ao sujeito passivo por substituição, é inevitável concluir que não haverá imposto a recolher por substituição tributária.

Em sequência, considerou absurda a imposição de multa agravada pela suposta retenção e não recolhimento de um tributo que sequer existe/é devido. Comenta que, na forma do artigo 150, I da Constituição Federal, *“é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”* – corolário do princípio da legalidade tributária, cuja violação jamais poderia ser tolerada, sob pena de se afastar de um Estado de Direito, e de instalar no país insegurança jurídica absolutamente insuportável para a realização dos negócios e das atividades empresariais.

No caso da hipótese de incidência do ICMS devido por substituição tributária, aduz que o artigo 146, III, a da CF/88 é claro ao dispor que cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais de direito tributário, em especial a definição das bases de cálculo dos impostos discriminados no texto constitucional.

A esse respeito, considerou absolutamente acertada a previsão contida no artigo 6º da Lei Complementar nº 87/1996, no sentido de que a substituição tributária se aplica quando houver operações, subsequentes, concomitantes ou antecedentes, em relação às quais a legislação estadual atribua a um determinado contribuinte a condição de sujeito passivo por substituição.

No caso em referência, entende que, em se tratando de operação de venda direta, se aplicaria a sistemática da substituição tributária caso houvesse saída de mercadorias para revendedores autônomos que, nessa condição, revenderiam os produtos adquiridos.

Reafirma que, como demonstrado, não há operações subsequentes a serem tributadas, e frisa que os materiais exaustivamente listados no levantamento fiscal, pela fiscalização, são para uso e consumo das revendedoras autônomas dos produtos da Impugnante – tanto que se procedeu ao recolhimento do diferencial de alíquotas em relação a essas mercadorias.

Observa que, em sentido contrário ao quanto determina a lei, a fiscalização entendeu por bem criar um novo regime de substituição tributária, criando, inventando ao bel prazer, um fato gerador ficto, e não mais presumido como determina a legislação.

Argumenta que, por mais estas razões de direito, a pretensão do Estado da Bahia de estender a hipótese de incidência do ICMS devido por substituição tributária às saídas de mercadorias de uso e consumo das revendedoras autônomas da Impugnante não merece prosperar, posto que não encontra amparo em nenhuma disposição da Lei Complementar nº 87/1996, e muito menos na legislação interna do Estado da Bahia.

Mais adiante, considerou abusiva a imposição de multa de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre o valor de um tributo cobrado na infração 02, que, como acima arguido, sequer é devido e mais, *em relação ao qual não houve fraude, simulação ou dolo e tampouco qualquer tentativa de provar o suposto ilícito foi feita pela fiscalização*. Frisa não há sequer menção a esse respeito no auto de infração, que se limitou a incluir o referido percentual de multa no demonstrativo do débito.

Repete que não há ICMS retido, pois igualmente não há operações subsequentes, que da mesma forma, no caso das vendas de mercadorias objeto da presente autuação, não assume a Impugnante a qualidade de sujeito passivo por substituição, pois não há operações subsequentes em relação às quais devesse haver o recolhimento do ICMS sob a sistemática da substituição tributária.

Assim, diz que, se não há ICMS devido por substituição e, por conseguinte, ICMS retido, não há que se falar na apropriação pela Impugnante de valores retidos a título do imposto. Aponta que os valores destacados no campo do ICMS/ST nas notas fiscais objeto da presente autuação, correspondem ao diferencial de alíquotas da revendedora autônoma, que é cobrado dela para então ser repassado às autoridades fiscais estaduais, e que não tem campo específico na nota fiscal para ser destacado – diferentemente do diferencial de alíquotas do consumidor final, que não é cobrado e é apenas destacado em dados adicionais.

Repisa que, no caso da nota fiscal destinada às revendedoras autônomas, contribuintes do ICMS, a inclusão do valor do diferencial de alíquotas é uma condição para validação da nota fiscal eletrônica.

Nesse contexto, considerou que a multa aplicada no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento), é em montante superior ao próprio valor do tributo, e por isso, tem caráter confiscatório, e não houve fraude, dolo e tampouco simulação por parte da Impugnante para a imposição da citada multa.

Concluindo aduz restar demonstrado que não há que se falar em retenção a menor do ICMS devido por substituição tributária em relação a operações subsequentes, pois não há operações subsequentes de circulação das mercadorias objeto da autuação. E, por conseguinte, igualmente não há que se falar em ICMS retido e não recolhido, tampouco na imposição de multa agravada.

Sendo assim, requer seja cancelado o auto de infração em referência, assim como a integralidade do crédito tributário correspondente, posto que inexistente fato gerador presumido do ICMS devido por substituição tributária, tampouco a retenção a esse título sem o devido recolhimento por parte da Impugnante.

Alternativamente, caso remotamente seja entendido devido o ICMS por substituição tributária, requer seja afastada a multa agravada imposta por meio do auto de infração ora impugnado, posto que não há que se falar na ausência de recolhimento de ICMS retido na qualidade de sujeito passivo por substituição, em eventual decorrência de práticas fraudulentas ou existência de dolo ou simulação.

O autuante formulou sua informação fiscal (fl.15), nos seguintes termos:

Quanto a Infração 1, não existe contestação do contribuinte em relação a forma de cálculo.

No que diz respeito a legislação vigente à época da autuação observamos o que prescreve o convenio 45/99, que em sua cláusula primeira diz: “Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados, nas operações interestaduais que destinem mercadorias a revendedores, localizados em seus territórios, que efetuem venda porta-a-porta a consumidor final, promovidas por empresas que se utilizem do sistema de marketing direto para comercialização dos seus produtos, a atribuir ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS devido nas subseqüentes saídas realizadas pelo revendedor”.

Em sua defesa na folha 49 a 56 o contribuinte, em resumo, argumenta que a saída subsequente não existe e que toda venda foi para uso dos revendedores, no intuito de experimentar ou mostrar para terceiros o material.

Observamos que são produtos de valor agregado muito baixo, com margens de preço e consequentemente de rentabilidade baixas, por esta razão embutem no valor de venda potencial uso e demonstrações, observamos que muitos revendedores usam esses produtos no dia a dia como: colônias, perfumes, desodorantes, sacolas, sabonetes, canetas e por ai vai. Algumas

peculiaridades nesse tipo de mercado é necessário observar: como esses produtos atingem classes com menor poder aquisitivo, os panfletos e tabelas de preços são repassados e adquiridos por potenciais vendedores futuros que hoje são clientes e querem fazer uma experiência de venda.

Então dito isto, é notório que não cabe ao fisco fazer essa separação, produtos de uso consumo e produtos sujeitos a comercialização que na verdade são os mesmos, por este motivo, interpretamos o convenio 45/99 e usamos este, na auditoria, e nos cálculos da tributação, que não são contestados.

Estabelecemos também um critério que favorece o contribuinte, não cobramos diferenças abaixo de 0,4 centavos – comentamos isso, para enfatizar o pequeno valor agregado desse tipo de mercadoria e a impossibilidade de se auditar fora do convenio 45/99; não se pode cobrar diferença de alíquotas para um tipo de venda, e a legislação específica “conv. 45/99” para o mesmo tipo de venda e o mesmo tipo de contribuinte, não há nenhum sentido nisso. O que a defesa quer com sua argumentação é tentar confundir para fazer algum tipo de economia tributaria ao qual não concordamos. Por último, notamos que nem o remetente nem os clientes sabem diferenciar, os produtos usados para uso e consumo dos que venderão ou que mostrarão aos seus potenciais clientes.

Opinamos pelo total procedimento da infração.

Em relação a infração 2 , o contribuinte prefere reclamar do valor na multa (fl.46. item 42) do que contestar efetivamente.”

Conclui pela subsistência do presente Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente constato que o presente Auto de Infração foi constituído com a obediência de todas as formalidades legais, não havendo vícios de nulidade, inclusive não houve arguição nesse sentido por parte do sujeito passivo. Todas as infrações estão devidamente caracterizadas e acompanhadas de respectivos anexos demonstrativos que com clareza, revelam cálculo do imposto lançado.

No mérito, versa o presente contencioso de duas infrações decorrente da constatação de que o autuado, estabelecido em outra Unidade da Federação, procedeu a retenção a menor (infração 01) e deixou de proceder a retenção (infração 02) o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, no valor de R\$211.482,18, acrescido das multas de 60% e 150%, respectivamente, 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 333, § 1º e no artigo 333, § 1º, do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia – RICMS/BA, aprovado pelo nº 6.284/97 e 13.780/12, respectivamente, dispõem 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”.

“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.

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.

Na mídia eletrônica de fls.38, constam os demonstrativos utilizados para apuração das exigências fiscais em comento, e tais demonstrativos também foram acostados às fls.08 a 46 (primeira e ultima página de cada período).

Observe que em momento algum de sua defesa, o autuado discordou dos números nem nos cálculos consignados no levantamento fiscal, com base nos preços constantes nas notas fiscais emitidas pelo próprio autuado, e discriminadas no trabalho fiscal. No entanto, em relação à primeira infração, sustenta inaplicável a legislação acima citada, com base no entendimento de que não há nenhuma operação subsequente de circulação das mercadorias objeto da autuação, visto que, são produtos para uso e consumo das revendedoras autônomas dos produtos Jequiti, conforme exemplos acostados ao processo às fls.130 a 161 (Doc.4).

Ressalto que nas vendas feitas pelos revendedores “porta a porta”, é utilizada como ferramentas a mala-direta, o telemarketing, catálogos, revistas, jornais, mídias eletrônicas, entre outros, e segundo a definição da ABEVD (Associação Brasileira das Empresas de Venda Direta), é “um sistema de comercialização de bens de consumo e serviços diferenciado, baseado no contato pessoal, entre vendedores e compradores, fora de um estabelecimento comercial fixo”.

A partir de tal definição, observa-se tratar de conceitos diferentes, mas a venda direta pode usar o marketing direto como recurso para consolidar as estratégias de comercialização, divulgação, promoção de produtos, captação de canal de vendas, dinâmica de relacionamentos, etc. projetando-se além do uso de recursos tecnológicos e proporcionando consistência e melhor estratégia de negócios.

Sendo assim, da análise dos elementos de prova acostados aos autos, concluo pelas operações de marketing direto regidas pelo mecanismo da substituição tributária, objeto do Convênio ICMS 45/99, 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. Por conseguinte, não acolho a alegação de que tais operações se tratam de bens de uso e consumo, e que estariam sujeitas ao pagamento do diferencial de alíquotas.

Analizando tais documentos, verifico que os exemplos trazidos aos autos nada mais são do que materiais de publicidade, orientações, campanhas de vendas, inclusive tabelas de preços das

fragrâncias e brindes da empresa. Não foi apontado quais documentos fiscais se referem a propaganda e outras situações.

Não há dúvidas que, conforme arguido na defesa, *não havendo revenda, isto é, não havendo operação subsequente, não há que se falar na aplicabilidade da sistemática da substituição tributária prevista na legislação baiana e no Convênio ICMS 45/1999.*

Ocorre, que compulsando o levantamento fiscal de fls.08 a 31 (primeira e última folhas) e no CD à fl.38, se verifica que constam diversos produtos de higiene e perfumaria e constam como natureza das operações os CFOPs 6102, 6910.

CFOP 6102 - classificam-se neste código as vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros para industrialização ou comercialização.

CFOP 6910 - classificam-se neste código as remessas de mercadorias a título de bonificação, doação ou brinde.

No caso das operações constantes no levantamento fiscal com CFOP 6102, está caracterizado que se tratam de vendas de mercadorias sujeitas ao pagamento do ICMS-ST pela revender situado em outro estado da Federação, no caso o autuado.

Já no que concerne às operações com CFOP 6910, pelo que consta no levantamento fiscal, os produtos são os mesmos produtos que constam com CFOP 6102, e por isso, não há nenhuma prova que são operações com brindes e materiais para exposição, de modo, a se considerar que estariam estas sujeitas ao pagamento do imposto pela sistemática de cálculo denominada de diferencial de alíquotas, conforme alegado na defesa. Logo, neste caso, apesar de constar no levantamento fiscal a indicação do CFOP 6910, não merece acolhimento a alegação defensiva, visto que se de fato, nestas operações foi apurado e pago o imposto a título de diferença de alíquotas, fato não comprovado, este recolhimento foi indevido, pois caberia ao autuado proceder na forma prevista no Convenio ICMS 45/99.

Além do mais, os valores considerados pela fiscalização, consoante informado pelo próprio autuado, são exatamente os valores considerados pela fiscalização no levantamento fiscal, destacados no campo do ICMS/ST nas notas fiscais objeto da presente autuação.

Quanto ao pedido para redução ou cancelamento de todas as multas aplicadas pelo descumprimento da obrigação principal, ressalto a legalidade das mesmas, tendo em vista que estão previstas no artigo 42, II, “e”, e V “a”, da Lei nº 7.014/96, não podendo ser acatado o pedido de sua exclusão ou redução, visto que as penalidades impostas estão vinculadas às infrações cometidas, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

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 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298624.00021/15-6**, lavrado contra **SS COMÉRCIO DE COSMÉTICOS E PRODUTOS DE HIGIENE PESSOAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$211.482,18**, acrescido da multa de 60% sobre R\$208.090,22 e de 150% sobre R\$3.391,96, previstas no art. 42, inciso II, alínea “e”, e inciso V, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de junho de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – JULGADOR

IDELMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR