

A. I. Nº - 206912.3006/16-1  
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 0088-05/17

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. “MARKETING” DIRETO. CONVÊNIO Nº 45/99. CONTRIBUINTE SUBSTITUTO LOCALIZADO EM OUTRA UNIDADE FEDERADA. Operações sujeitas ao regime da substituição tributária por força de Convênio incorporado à legislação interna do Estado da Bahia (Convênio nº 45/99 e RICMS/12). Não comprovados pelo contribuinte a retenção e pagamento do imposto. Responsabilidade tributária por substituição. Rejeitada a preliminar de nulidade do lançamento. Indeferido pedido de remessa do PAF em diligência ou perícia fiscal. Existência nos autos de elementos suficientes para elaboração de decisão de mérito. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 10/11/2016 para exigir ICMS no valor principal de R\$156.245,30 acrescido de multa de 60%, com a seguinte imputação: “*Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia*”. Fatos geradores com ocorrência verificada nos meses de abril a dezembro do exercício de 2015.

Foi relatado na peça acusatória que a empresa autuada trabalha dentro do sistema de vendas “porta a porta”, característico do “marketing direto”, comercializando suas mercadorias para revendedores pessoas físicas que fazem as aquisições para posterior revenda com base em catálogos disponibilizados para o público em geral, conforme informação contida no seu sítio eletrônico [WWW.odoratacosmeticos.com.br](http://WWW.odoratacosmeticos.com.br).

O contribuinte foi notificado do lançamento em 21/11/16, via Correios, através do AR (aviso de recebimento), conforme atesta o termo de intimação anexo, fls. 23/24.

Ingressou com defesa administrativa protocolada em 20/01/17 e apensada às fls. 26 a 33 deste PAF. Após fazer um breve resumo da acusação fiscal aduziu, em razões preliminares, que há insegurança na determinação da infração, pois o fisco, ao tomar conhecimento dos documentos fiscais, com seu poder investigatório, deveria ter verificado que as mercadorias discriminadas nas notas fiscais objeto da autuação tinham por destino final consumidoras e revendedoras do Estado da Bahia, merecendo de plano ser verificado que as operações foram efetivamente concluídas, os descontos concedidos; os itens de mercadorias elencadas nas notas fiscais devolvidas, o que não ocorreu. Afirmou que foram incluídas todas as notas fiscais emitidas de forma arbitrária, o que de plano torna o lançamento inseguro, nos termos do art. 18, IV. “a” do Decreto 7.629/99.

Declarou que a multa exigida, no percentual de 60%, é um equívoco 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.

Requeru, em seguida, a realização de diligência ou 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- Demonstração dos pagamentos? 2 – quais operações foram realizadas? 3 – qual o desconto concedido? 4 – quais produtos foram devolvidos? 5 – Quais notas ocorreram devoluções de mercadorias? 6 – Quais notas e produtos realmente deram entradas no território baiano? 7 – A base de cálculo está correta?”

Entende ser necessária a revisão do procedimento fiscal, 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 30/04/2015 a 31/12/2015, 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, conforme comprovante 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 a adoção de arbitramento por parte da autoridade fiscal.

Disse ainda que o lançamento de ofício em lide está calcado simplesmente em um CD anexo, desconsiderando todos os pagamentos e que não está demonstrada a impropriedade da suposta irregularidade da escrita fiscal e apuração do ICMS ST, pois o lançamento não possui provas concretas, motivo pelo qual deve ser reconhecida a nulidade, inclusive pela falta de provas ou 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.

Reproduziu na peça defensiva texto doutrinário acerca do ônus da prova e fez citação do Acórdão JJF Nº 0368-04/10, que julgou nulo o Auto de Infração. Transcreveu também as disposições do art. 142 do CTN, e seu parágrafo único, bem como o art. 112 do CTN, que tratam, respectivamente, do lançamento tributário e da aplicação das normas tributárias que definem infrações.

Ao finalizar a impugnação, fez referência ao advogado que subscreveu a inicial, dr. Fernando Teles Falcão, pedindo que as publicações e intimações, sejam encaminhadas para o endereço profissional, localizado em Goiânia-GO, e-mail: fernandotelesjus@terra.com.br. e endereço profissional situado na Rua 01, nº 928, sala 06/08, Edifício Wall Street Center, CEP 74-115-040, sob pena de nulidade.

O autuante prestou a informação fiscal em 17/03/2017, peça que se encontrada juntada às fls. 49 a 52 dos autos. Declarou que a exigência tributária, em verdade, 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.

Que 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.

Acrescentou mais à frente que 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, vendendo 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.odoratocosmeticos.com.br](http://www.odoratocosmeticos.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.

Sustenta que não houve cerceamento ao direito de defesa, pois o sujeito passivo teve acesso a todos os elementos integrativos da exigência fiscal, relacionado aos fatos geradores, a responsabilidade por substituição nas operações interestaduais, a respectiva fundamentação legal, estipulação de base de cálculo e alíquotas, penalidades e demais cálculos legais. Consignou ainda que foram apresentadas as provas que afiançam que a autuada desempenha atividades típicas de marketing direto.

Entende, no mérito, sem propósito o pedido de perícia ou de diligência, que apenas sugere intuito meramente procrastinatório. Acrescentou que todos os questionamentos formulados na inicial poderiam ter sido respondidos 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, mas nada disso foi feito.

Sustenta, ainda nas razões de mérito, que o contribuinte limitou-se a dizer que o imposto devido por substituição tributária foi pago por possuir inscrição estadual na Bahia, porém nenhum comprovante de recolhimento foi juntado no PAF ou consta nos controles de arrecadação do Estado. Pontuou 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, tendo por missão conquistar, qualificar e fidelizar as suas consultoras e estar entre as melhores empresas para se trabalhar [...], fl. 17.

Ressaltou, por fim, 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 do Auto de Infração.

## **VOTO**

O Auto de Infração em lide é composto de uma única imputação fiscal, envolvendo a falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Restou provado nos autos que a empresa autuada trabalha dentro do sistema de vendas “porta a porta”, característico do “marketing direto”, procedendo a comercialização de suas mercadorias para revendedores pessoas físicas que fazem as aquisições, para posterior revenda, com base em catálogos disponibilizados para o público em geral, conforme informação contida no seu sítio eletrônico [www.odoratocosmeticos.com.br](http://www.odoratocosmeticos.com.br).

Não acolho a preliminar de nulidade suscitada pela defesa de que teria ocorrido cerceamento ao direito de defesa, haja vista que o sujeito passivo teve acesso a todos os elementos integrativos

da exigência fiscal, relacionados aos fatos geradores, sua responsabilidade por substituição nas operações interestaduais, a fundamentação legal do lançamento, estipulação de base de cálculo e alíquotas, penalidades e demais cálculos legais. Observo ainda que os montantes apurados na ação fiscal foram calculados e detalhados nos relatórios de fls. 08 a 15, com indicação dos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte, destinatários, descrição dos produtos comercializados, valor da operação, MVA aplicada e fixação da base de cálculo e alíquota, para, no final, apontar-se o valor do tributo devido.

Portanto, 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.

Quanto ao pedido de diligência ou perícia fiscal formulado na peça defensiva, verifico 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).

Em relação aos quesitos formulados na peça de defesa pertinente: i) à demonstração de pagamentos; ii) às operações que foram realizadas; se houve desconto concedido; iii) produtos devolvidos e devoluções por meio de documentos fiscais; iv) notas e produtos que ingressaram no território baiano; e, v) qual a correta base de cálculo - são questões levantadas pelo defendente que não possuem o condão de justificar a realização de perícia/diligência fiscal. Caberia ao próprio sujeito passivo demonstrar e comprovar que estas ocorrências ou os possíveis erros quanto à apuração do imposto lançado teriam se verificado no caso concreto, por ser o detentor dos documentos fiscais que embasaram a infração e que foram detalhadamente reproduzidos no demonstrativo que acompanha o Auto de Infração (fls. 08 a 15), cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

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.*

No mérito, conforme já pontuado linhas acima, o 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.odoratocosmeticos.com.br](http://www.odoratocosmeticos.com.br)

A regra do art. 333 do RICMS (Dec. nº 13.780/12) dispõe neste sentido, “*in verbis*”:

*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, as mercadorias remetidas pela empresa autuada a este Estado se destinavam à revenda em operações de venda “porta a porta” ou “marketing direto”, o que está robustamente demonstrado pelas provas carreadas a este processo.

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 entrega-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. No caso específico o Convênio ICMS 45/99 disciplina as operações interestaduais típicas do sistema de “marketing direto”, que é a atividade principal desenvolvida pelo sujeito passivo. O contribuinte limitou-se a dizer que o imposto devido por substituição tributária foi pago por possuir inscrição estadual no Estado da Bahia, porém nenhum comprovante de recolhimento foi juntado no PAF. Ademais não constam nos controles de arrecadação do Estado pagamentos relacionados com as notas fiscais objeto do levantamento fiscal.

Pelas razões acima expostas nosso voto é 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 **206912.3006/16-1** lavrado contra **ODORATA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$156.245,30**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2017.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR/PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR