

A. I. Nº - 210674.0001/16-3
AUTUADO - COMÉRCIO IMPERIAL EIRELI-ME
AUTUANTE - ROBERIO PEREIRA DA SILVA
ORIGEM - INF AZ GUANAMBI
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04.07.2017

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0100-02/17

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. DEIXOU DE RECOLHER ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA EM VIRTUDE DE CONVÊNIO OU PROTOCOLO, TENDO NÃO SIDO FEITA OU FEITA A RETENÇÃO A MENOR. Afastada a alegação de cerceamento de defesa. Infração caracterizada. 2. SIMPLES NACIONAL. DEIXOU DE RECOLHER ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA EM VIRTUDE DE CONVÊNIO OU PROTOCOLO, NÃO TENDO SIDO FEITA A RETENÇÃO. Afastada a alegação de cerceamento de defesa. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 30/03/2016 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$278.978,80, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01- 08.25.01 - Deixou de proceder o recolhimento do ICMS, devido em razão da responsabilidade solidária, referente as aquisições de outra unidade da federação de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária em virtude de Convênio ou Protocolo, tendo não sido feita ou feita a retenção a menor. No valor de: R\$ 158.240,50.

Infração 02- 08.25.02 - Deixou de proceder o recolhimento do ICMS, devido em razão da responsabilidade solidária, referente as aquisições de outra unidade da federação de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária em virtude de Convênio ou Protocolo, não tendo sido feita a retenção. No valor de: R\$120.738,30.

O Contribuinte tomou ciência do feito em 08/04/2016, tendo como limite para apresentação da defesa o dia 07/06/2016. Consta-se, conforme documento às fls. 67 que, aos dias 09/05/2016, tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 68 a 81. Quando alinhou o seguinte arrazoado.

A defesa inicia a argumentação alegando preliminarmente que o Autuante não descreveu, de forma precisa e clara, em qual NCM o produto adquirido pela Impugnante se enquadra e se a operação está discriminada no Protocolo/ Convênio, e aduz que o Autuante simplesmente afirma que o produto é enquadrado no regime de substituição tributária, mas não indica a exata classificação fiscal do produto tão pouco o numero da infração infringida e afirma que esta deficiência nas informações do Auto de Infração é atentatória ao direito constitucional de ampla defesa da Impugnante (inciso LV do artigo 5º da Carta Magna), o que deve culminar em sua extinção.

Continua a defesa, agora quanto ao mérito, quando ressalta que o ICMS objeto da autuação foi integralmente recolhido, e aponta que acostou aos autos as notas fiscais que alega comprovarem o integral cumprimento da obrigação.

Discorre em seguida acerca do conceito de responsabilidade solidária afirmando que seria *"aquela definida por lei à pessoa física ou jurídica que, sem se revestir da condição de contribuinte de imposto, tenha a obrigação pelo pagamento do mesmo e é decorrente de disposição expressa da lei ou atribuída à pessoa que tenha interesse na situação que constitua*

o fato gerador do imposto.", e transcreve o inciso II do parágrafo único do Art. 121 e o Art. 124, ambos do Código Tributário Nacional, em que fundamenta o conceito em tela e conclui que o auto de infração deve ser anulado em sua totalidade.

A defesa segue fazendo uma breve digressão sobre regime da Substituição Tributária afirmando que este regime impõe a exclusão da responsabilidade tributária do contribuinte substituído e que o autuante se equivocou quando afirmou que houve falta de recolhimento do ICMS-ST, por força do convenio ICMS 45/1999.

Acrescenta que sendo a Autuada distribuidora varejistas *"houve o recolhimento do ICMS/ST, portanto a exigência do Sr. Agente Fiscal do ICMS-ST, incluindo Margem de Valor Agregado por força do convênio ICMS 45/1999, é completamente equivocada."*

Destaca que por força do §7º, do artigo 150, da Constituição Federal é assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido, e que a Impugnante, por ser optante do SIMPLES efetivamente irá recolher o ICMS pela saída dos produtos. Ou seja, a Impugnante, ao dar saída aos produtos objeto da autuação irá tributar a respectiva operação.

E completa seu raciocínio afirmando que *"para o caso presente, resta a conclusão de que a operação de revenda realizada pela Impugnante sofrerá normal tributação do ICMS, com o efetivo recolhimento do ICMS aos cofres deste Estado, SITUAÇÃO ESSA QUE AFASTA A APLICAÇÃO DO ICMS-ST, visto que o imposto respectivo será pago quando da saída do produto."* E aduz ainda que *"Com efeito, o fato da Impugnante ser submetido a operação ao regime normal de tributação, pelo débito e crédito, por si só afasta a incidência do ICMS-ST, e determina a anulação do AI."*

Afirma que o caso impõe a consideração do valor a ser pago pelo contribuinte na saída do produto. E assevera:

"Ou seja, sob qualquer ângulo que se olhe, necessário preservar e considerar os pagamentos feitos pelo contribuinte em função do fato gerador, o que impõe, para o caso presente, a consideração do ICMS recolhido na operação de débito e crédito."

"Contudo, o Sr. Agente Fiscal NÃO FEZ QUALQUER MENÇÃO, PONDERAÇÃO, OU DESCONTO DO ICMS na operação de saída, o que eiva de nulidade o próprio trabalho fiscal.

Com efeito, quer fazer crer o Sr. Agente Fiscal que a Impugnante deixou de pagar o imposto, MAS EM NENHUM MOMENTO APONTOU O ICMS QUE FOI PAGO PELA IMPUGNANTE QUANDO DA SAÍDA DO PRODUTO."

Informa que no caso presente não cabe a imposição da antecipação tributária, pois a Impugnante é optante do SIMPLES NACIONAL e recolheu o ICMS pela saída dos produtos. Conclui que a operação de revenda realizada pela Autuada sofreria tributação do ICMS pela saída nesta condição, situação que do seu ponto de vista afastaria a cobrança do ICMS-ST. Clama mais uma vez pela anulação da autuação.

Evoca o disposto no inciso I do artigo 112 do Código Tributário Nacional, que determina a interpretação mais branda e favorável ao contribuinte, quando da aplicação de legislação tributária que define a capitulação de penalidades. E traz a baila o princípio da moralidade administrativa o qual entende que impõe seja compensado os valores recolhidos pela saída dos produtos objeto da autuação.

Finaliza o arrazoado suplicando sejam acatadas as razões apresentadas e seja o auto de infração julgado TOTALMENTE IMPROCEDENTE com a consequente anulação do processo administrativo.

O Autuante informa quanto ao Item II (fl. 69) em que a defesa alega que a fiscalização não provou que as mercadorias revendidas são de fato sujeitas à Substituição Tributária do ICMS, que não há que falar em atentado ao direito da ampla defesa da impugnante, pois a própria poderia demonstrar que os produtos alvejados pela fiscalização não estariam sujeitos à ST, e neste sentido nada apresentou.

Acrescenta ainda o Autuante que o Convênio ICMS 45/1999, não especifica as mercadorias alcançadas pela norma, mas delimita sua abrangência sobre todas as mercadorias que nas operações interestaduais sejam destinadas a revendedores, inclusive contribuintes inscritos, que efetuem venda porta-a-porta exclusivamente a consumidor final, promovidas por empresas que se utilizem do sistema de marketing direto para comercialização dos seus produtos.

Informa quanto ao Item III "a" (fl. 70) em que a defesa afirma que houve o recolhimento correto do ICMS, que a argumentação carece de especificidade sobre a matéria invocada quanto responsabilização solidária pela falta ou recolhimento a menor de ICMS, imposto esse que deveria ser retido pelo fornecedor, em virtude do Convênio ICMS 45/99.

O Autuante quanto item III "b" da defesa destaca que a em sua concepção *"trata-se de mais um parágrafo confuso e inócuo para efeito de defesa da autuação."* e que não há nexos entre a autuação e a argumentação defensiva.

Destaca que a impugnante chama de regime normal o regime de apuração via Simples Nacional e aponta como "outra flagrante impropriedade" o fato de a impugnante ao defender que sendo o produto tributado pelo Simples Nacional, não haveria que tributar pelo ICMS-ST. E afirma ser de *"conhecimento de todos iniciados na legislação do Simples e do ICMS que o que ocorre é exatamente o contrário da tese defendida pela impugnante, ou seja, se o produto é sujeito à substituição tributária do ICMS, não deve ser tributado novamente pelo Simples."*

Assevera que quanto as alegações constantes do Item III "c" da defesa (fl. 74) não vislumbrou nexos causal vinculando a regra constitucional citada com o imposto pago via regime normal. E lembra que na legislação do ICMS da Bahia não há previsão da "compensação" de impostos, aventada pela defesa e muito menos no cálculo do imposto reclamável.

Relativo ao item III, "d" da defesa intitulado "Do Princípio da Moralidade" que versa sobre a questão da falta de dedução do imposto recolhido equivocadamente pelo Simples, reafirma o Autuante que não há previsão legal na legislação do ICMS baiano que alicerce procedimento fiscal de compensar ICMS da ST e ICMS do Simples mutuamente em nenhuma oportunidade.

Por seu turno, aduz o Autuante que as alegações de que o mesmo desconsiderou as notas fiscais canceladas ou as vendas interestaduais, não foram acompanhadas da documentação probante, com a identificação das notas fiscais de aquisição que ilustrariam as tais situações.

E por fim reafirma a manutenção da ação fiscal sem quaisquer reparos.

Em Sessão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal ocorrida na Sala de Sessão do CONSEF, aos dias 15 de setembro de 2016, foi deliberado pela diligência constante das fls. 94:

1. Esclarecer se a base da autuação foi de fato o Conv. ICMS 45/99;
2. Apresentar elementos de prova de que o remetente das mercadorias se utiliza do sistema de marketing direto para comercialização dos seus produtos;
3. Esclarecer se o autuado promove venda porta-a-porta ou em estabelecimento fixo;
4. Explicar porque impôs o enquadramento do inciso IV do Art. 6º da Lei 7.014/96, que determina responsabilidade por solidariedade para os casos de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, ao tempo em que discrimina em suas planilhas os documentos fiscais de aquisição das referidas mercadorias;
5. Dar ciência ao contribuinte do inteiro teor do resultado da presente diligência, e reabrir o prazo de 10(dez) dias, conforme art. 149-A do RPAF para pronunciamento do contribuinte.

Em atendimento à diligência supra o Autuante inicialmente confirma a indagação quanto ao item 01 da diligência afirmando que de fato a base da autuação foi o Conv. ICMS 45/99. Oportunidade em que transcreve a cláusula primeira do citado convênio destacada a seguir:

"CONVÊNIO 45/1999

Cláusula primeira.

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. (Redação dada ao caput pelo Convênio ICMS nº 6, de 24.03.2006, DOU 29.03.2006, com efeitos a partir de 01.04.2006).

§ 1º O disposto no caput aplica-se também às saídas interestaduais que destinem mercadorias a contribuinte inscrito. (Redação dada ao parágrafo pelo Convênio ICMS nº 6, de 24.03.2006, DOU 29.03.2006, com efeitos a partir de 01.04.2006)".

Ainda sobre o item 01 da diligência acrescenta o Autuante que o parágrafo 1º do dispositivo em tela deixa evidente o alcance da norma para o caso de operações interestaduais destinadas a contribuinte inscrito. E que essa hipótese “*encaixa-se perfeitamente no caso concreto em discussão vez que o adquirente sob autuação recebe mercadorias de seu fornecedor, a HINODE, e a distribui para que revendedores pessoas físicas efetivem as vendas das mercadorias na modalidade porta-a-porta*”.

Esclarece ainda que a ação fiscal que resultou no presente auto de infração foi sugerida para todo estado pelo Centro de Monitoramento Online - CMO da SEFAZ BA, tendo este observado a falta de retenção ou retenção a menor efetuada pelo fornecedor HINODE de São Paulo, a qual se trata de empresa que opera através de marketing direto em todo o Brasil, por não haver utilizado a base de cálculo prevista na legislação para o cálculo da retenção do imposto.

Quanto ao item 02 da diligência solicitada informa que o autuado informou em seu cadastro junto à SEFAZ o nome de fantasia 'HINODE GUANAMBI' e como email 'GUANAMBI@HINODEFRANQUIA.COM.BR', extrato do INC em anexo, folha 105.

Aduz ainda que as aquisições de mercadorias da Autuada, tanto em 2015 como em 2016, em sua maioria, foram realizadas junto ao fornecedor LARRUS IND E COM DE COSMETICOS LTDA, CNPJ 43.606.714/0001-50, com sede na rua Ceará, 157, Barueri, CEP 06465-120, São Paulo – SP, (ver planilhas anexas nas folhas 101 a 104). O qual tem como nome de fantasia HINODE, o que se pode constatar, ao clicar no localizador de endereço desse emissor da nota fiscal de aquisição do autuado, serviço presente no sistema NFe, pois o citado endereço desse fornecedor nos remete para o nome 'HINODE' cf extrato do Google Maps na folha e verso 99.

Acrescenta que os demais fornecedores do autuado que constam nas planilhas indicadas são fornecedores de bens para o ativo fixo ou uso e consumo conforme consulta no sistema NFe e no INC, e que é do conhecimento de todos que esse nome HINODE está associado à rede de franqueadas por todo o Brasil a qual fornece mercadorias da franqueadora HINODE de São Paulo para operar no regime de marketing direto.

E para comprovar o quanto afirmado o Autuante informa haver anexado aos autos o contrato de franquia da marca HINODE celebrado entre esta franqueadora e a Impugnante (folhas 106 a 129).

Quanto ao item três da diligência que solicita esclarecer se o autuado promove venda porta-a-porta ou em estabelecimento fixo, informa o Autuante que o Autuado é uma distribuidora de mercadorias e que sua atividade se constitui em fornecer as mercadorias para serem vendidas porta-a-porta por pessoas físicas, a exemplo do que ocorre com todas as franqueadas da HINODE.

Atinente ao item 4 da diligência, pede vênha o diligente para alertar que o conselheiro, se confundiu ao solicitar que o Autuante explique porque impôs o enquadramento no inciso IV do Art. 6º da Lei 7.014/1996, e explica que em realidade o enquadramento que consta no auto de infração alude ao inciso XV do Art. 6º da Lei 7.014/1996 o qual transcreve para fins didáticos.

E continua a sua inferência observando que o enquadramento em comento se encaixa perfeitamente com os fatos narrados e comprovados pelo Autuante. Pois, conforme explica, a empresa HINODE de São Paulo ao remeter mercadorias para sua franqueada, a autuada, no sistema de marketing direto, não faz a retenção do ICMS prevista no Convênio ICMS 45/1999 e que em função disso, o seu franqueado, a autuada, fica definitivamente alcançada por responsabilidade solidária a fazer o recolhimento complementar do ICMS ST.

A Impugnante conforme comprova o documento dos correios às fls.136, tomou ciência do inteiro

teor do resultado da diligência aos dias 19/01/2017 e apresenta novo arrazoado às fls. 138 a 141, contudo apenas repete os argumentos defensivos da inicial já descritos neste relatório.

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

A base motivacional do lançamento em tela foi a constatação de falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, por parte da Impugnante, em vista da aquisição interestadual de mercadorias destinadas a venda porta-a-porta a consumidor final, promovidas por empresas que utilizam o sistema de marketing direto para comercialização dos seus produtos, e trata-se de situação fática prevista no Conv. ICMS 45/99, combinada com o inciso XV do Art. 6º da Lei 7.014/96.

É cediço também que o referido convênio autorizou o Estado de destino 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, como também autorizou os Estados e o Distrito Federal a adotar este regime de substituição tributária também para as operações internas realizadas nas mesmas condições previstas neste convênio.

É clarividente também que o Estado da Bahia exerceu o direito franqueado pelo Convênio 45/99 e adotou este regime de substituição tributária também para as operações internas realizadas nas mesmas condições previstas no convênio, conforme previsão no Art. 333 do RICMS/2012, o que torna as 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, sujeitas retenção e recolhimento do ICMS devido pelas operações subseqüentes das saídas realizadas pelo revendedor (Conv. ICMS 45/99).

É também indiscutível que o inciso XV do Art. 6º da Lei 7.014/96 determina a responsabilidade solidária para os casos de aquisição interestadual enquadrada no regime de substituição tributária, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário.

Restou por fim esclarecido e comprovado pela diligência empreendida pelo Autuante que de fato a atividade empreendida pela Impugnante se enquadra na atividade que se utiliza do sistema de “marketing” direto para comercialização de seus produtos e que por isso tanto o fornecedor da Impugnante quanto a própria estão sujeitas a retenção e recolhimento do ICMS devido pelas operações subseqüentes das saídas realizadas pelo revendedor (Conv. ICMS 45/99), como também se comprometem com esta responsabilidade de forma solidária conforme o inciso XV do Art. 6º da Lei 7.014/96.

Destarte, resta que, indiscutivelmente, as alegações defensivas, não socorrem a Impugnante, pois no caso vertente não há a necessidade de descrição da NCM do produto para enquadramento no regime de substituição tributária, visto que é o exercício da atividade de marketing direto que enquadra a Autuada na exigência da substituição tributária por antecipação. Por isso não há falar em atentado à ampla defesa.

Descabe também a alegação de que o ICMS objeto da autuação foi integralmente recolhido, primeiro por não haver prova nos autos destes recolhimentos, a despeito da Impugnante afirmar que acostou aos autos as notas fiscais que alega comprovarem o integral cumprimento da obrigação, e segundo por se tratar de empresa sujeita a legislação do SIMPLES NACIONAL, em que a tributação por substituição tributária não se confunde com a tributação em suas operações

de saídas, tendo em vistas que essas últimas estão sujeitas aos benefícios do SIMPLES NACIONAL, e portanto com carga de tributação reduzida.

Pelo exposto opino pela PROCEDÊNCIA TOTAL deste 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 **210674.0001/16-3** lavrado contra **COMERCIAL IMPERIAL EIRELI-ME** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$278.978,80**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. Art. 42, “e” da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2017.

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR