

PROCESSO - A. I. N° 210674.0001/16-3
RECORRENTE - COMÉRCIO IMPERIAL EIRELI - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JFJ nº 0100-02/17
ORIGEM - INFAZ GUANAMBI
PUBLICAÇÃO - INTERNET 29/05/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0080-11/18

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. Infração não elidida. Afastada a alegação de cerceamento de defesa. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou pela Procedência total do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/03/2016, para exigir o ICMS no valor de R\$278.978,80, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 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 - valor de: R\$ 158.240,50.

Infração 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 - valor de: R\$120.738,30.

Após a devida instrução processual, a referida Junta julgou a questão nos seguintes termos:

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

interessadas 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 subsequentes 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 subsequentes 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.

Inconformado com o julgamento proferido, o Recorrente interpôs Recurso Voluntário contra a decisão, com fundamento nos Artigos 169, “b” e 171, do Decreto nº 7.629/99 (RPAF-BA/99), repetindo, na sua totalidade, as mesmas alegações descritas na defesa administrativa (folhas 68 a 81), isto é, o Recorrente não acrescenta nenhuma prova, documentos ou novidades, reiterando 100% dos argumentos expedidos em sua defesa inicial.

Resumidamente, sem adentrar no contexto de cada alegação, mesmo porque já foi minuciosamente recorrido pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, o Recorrente, no seu Recurso Voluntário alega:

I – Das Preliminares

a) Da não indicação do NCM e requisitos do Protocolo/Convênio.

Na peça impugnatória o Recorrente passou a discorrer sobre os fatos que motivaram a exigência fiscal. Em seguida suscitou como questão preliminar de invalidade do lançamento a não indicação no auto dos códigos NCM dos produtos adquiridos para fins de determinar se a operação está prevista no Protocolo/Convênio que trata do regime de substituição tributária para frente. Entende que houve violação ao seu direito de ampla defesa e menciona o inciso LV, da art. 5º da Constituição Federal.

II – Do mérito

a) Da não ocorrência da responsabilidade tributária;

No mérito sustenta que não se verificou a hipótese de ocorrência de responsabilidade solidária. Disse que as operações autuadas foram objeto de recolhimento dos impostos devidos, conforme notas fiscais anexadas no processo. Esclareceu, em acréscimo, que a responsabilidade é aquela definida em lei em que a pessoa física ou jurídica, sem se revestir na condição de contribuinte do imposto, tem a obrigação de pagamento do mesmo por relação direta de interesse com o fato gerador do tributo. Transcreveu as disposições dos arts. 121 e 124 do CTN, para afirmar que a responsabilidade solidária só subsiste nas hipóteses em que o ente público não puder determinar com precisão quem realmente foi o contribuinte de fato da operação, o que não teria se verificado no caso concreto.

b) Anulação do Auto de Infração pelo fato da operação do Recorrente ter seguido o regime normal de débito e crédito;

O Recorrente argumenta existir outro vício no lançamento por entender que as operações autuadas se submeteriam ao regime de tributação do ICMS normal, via débitos e créditos. Após comentar sobre o regime da ST previstos na CF (art. 150, § 7º) e CTN (art. 128), o Recorrente discorre que por ser simples nacional efetivamente irá recolher o imposto pela saída dos produtos, situação em que as operações anteriores de aquisição em outra unidade federativa afastam a aplicação do ICMS-ST, visto que o imposto respectivo será pago na etapa subsequente de saídas de mercadorias.

c) Necessidade de se ponderar e excluir o ICMS normal pago na saída dos produtos, para fins de cálculo da autuação;

Alegou que o fiscal autuante não considerou, no cálculo do imposto autuado, o valor do ICMS que foi pago pelo contribuinte, mais um motivo a ser levado em consideração para que se decretado a anulação do trabalho fiscal. Fez considerações e transcrições, nos argumentos defensivos, de disposições da legislação federal que trata do imposto de renda (Dec. Nº 3.000/99, Decreto-Lei nº 1.598/77 e Parecer Normativo nº 02/96), além de decisões emanadas do Conselho de Contribuintes da União. Invocou também a aplicação, no caso concreto, das disposições do art. 112, inc, I, do CTN que determina a interpretação mais branda e favorável ao contribuinte quando da aplicação da legislação que define a capitulação de penalidades.

d) Do princípio da moralidade.

O Recorrente reiterou que se forem desprezados os valores já recolhidos pelo contribuinte em função do regime normal de apuração haveria a concretização de cobrança em quantia muito superior à devida, incidindo em duplicidade, em detrimento do caixa do contribuinte, de forma que essa situação implicaria em atentado ao princípio da moralidade administrativa que deve nortear a atividade pública. Declarou que o “*bis in idem*” afronta diversos princípios jurídicos e que há decisões administrativas e jurídicas que afastam a cobrança dúplice de imposto, transcrevendo no seu recurso alguns acórdãos originários do STJ (Resp.436311) e do TIT de São Paulo (Processo nº 1000249-1123953/2011 AIIM 3.163.335-3).

Requer que diante de tudo exposto, sejam acatadas as razões apresentadas e seja o Auto de Infração totalmente improcedente com a consequente anulação do processo administrativo.

Complementa requerendo a sustentação oral das razões recursais, bem como que todas as intimações sejam realizadas em nome da Dra. Ana Cristina Casanova Cavallo, inscrita na OAB/SP nº 125.734, com escritório profissional na Al. Min. Rocha Azevedo nº 38, Ciragan Office, Conjunto 104 – Cerqueira César – São Paulo – SP, CEP 01410-000, e-mail carvalho@achilescavallo.adv.br, tels: (011) 3262-1709 e 3266-5666.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo recorrente visando modificar a Decisão de piso que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

Inicialmente, verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

O Recorrente compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou todos os aspectos das infrações, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiram as mesmas, com precisão e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Da análise dos fatos descritos no processo, observo que o Auto de Infração registra a acusação fiscal de que o contribuinte 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 do imposto.

O sujeito passivo, em seu apelo recursal, argumentou, em síntese, **i)** da não indicação do NCM e requisitos do Protocolo/Convênio; **ii)** da não ocorrência da responsabilidade tributária; **iii)** anulação do Auto de Infração pelo fato da operação do Recorrente ter seguido o regime normal de débito e crédito; **iv)** necessidade de se ponderar e excluir o ICMS normal pago na saída dos produtos, para fins de cálculo da autuação; e, **v)** do princípio da moralidade.

Discorreremos a seguir sobre cada tópico do apelo recursal.

No que toca à tese de nulidade, sob o argumento de que seriam necessários três elementos para caracterizar a autuação, a saber, o grupo do produto, o nome do produto e sua NCM, esclareço que em contraposição aos argumentos da Recorrente, verifico que a mídia encartada à fl. 13, a qual traz planilha analítica do lançamento, indicando as notas fiscais, os produtos com suas NCM's, dentre outros dados. Desta forma, atendidos os requisitos entendidos como necessários para validade do lançamento, não acolho tal argumento.

Além disso, em relação à matéria em discussão, esclareço que a substituição tributária no caso presente, decorre da natureza concedida pelo Convênio ICMS 45/99, de 29/07/1999 pelo qual ficaram os Estados e o Distrito Federal autorizados, nas operações interestaduais que destinassem mercadorias a revendedores, localizados em seus territórios, que efetuassem venda porta-a-porta a consumidor final, promovidas por empresas que se utilizassem do sistema de *marketing* direto para comercialização dos seus produtos, a atribuir ao remetente responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto devido nas subseqüentes saídas realizadas pelo revendedor.

Mesmo que o autuante não indicasse a NCM das mercadorias, tal fato não traria qualquer prejuízo, uma vez que no caso presente a obrigação de substituição tributária decorre de operações (natureza das atividades desenvolvidas pelo contribuinte substituído), e não o tipo da mercadoria ou seu enquadramento na NCM, consoante visto acima. Vejamos abaixo a cláusula primeira do Convênio ICMS 45/99, de 29/07/1999:

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 exclusivamente 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.***

Ademais, o Estado da Bahia, se utilizando da autorização contida no Convênio, promoveu alteração na legislação estadual, estipulando no art. n° 333 do RICMS/12 que 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.

No caso presente, não tendo os fornecedores efetuado o recolhimento das parcelas a que estavam obrigados, ou tendo feito o recolhimento a menor, cabível a cobrança do destinatário aqui localizado, diante do fato de que os mesmos à época dos fatos geradores não possuíam inscrição estadual no Estado da Bahia, na condição de substituto tributário, estando, pois, caracterizada a figura do responsável tributário por solidariedade.

Vejamos o que diz o art. 6º, inciso XV da Lei n° 7.014/96:

*Art. 6º São **solidariamente responsáveis** pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo*

contribuinte de direito:

XV - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário.

Logo, plenamente possível a cobrança e o lançamento contra a Recorrente.

Em relação a anulação do Auto de Infração pelo fato da operação do Recorrente ter seguido o regime normal de débito e crédito, esclareço que, consoante bem colocado pelo julgador da JJF, o Recorrente se encontrava na condição de optante do Simples Nacional, e como tal, não estava submetida a tal mecanismo, restrito aos contribuintes optantes pelo regime normal.

Em relação a necessidade de se ponderar e excluir o ICMS normal pago na saída dos produtos, para fins de cálculo da autuação, bem como do princípio da moralidade, convém destacar que, no caso concreto, não há de se falar em “*bis in idem*” ou cobrança em duplicidade, não podendo o argumento ser acolhido. Os contribuintes optantes do Regime Simplificado de Pagamento do Imposto – Simples Nacional, estão sujeitos à incidência da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, a qual dispõe em seu art. 13, § 1º, inc. XIII, letra “g”, os seguintes regramentos:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

XIII - ICMS devido:

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar;

2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;

Acaso o Recorrente entenda haver parcela de imposto a receber, diante do mecanismo de apuração previsto para as empresas optantes do regime do Simples Nacional, no qual as mercadorias submetidas à antecipação ou substituição tributária, com encerramento de tributação não fazem parte da base de cálculo do imposto a ser recolhido através de DASN, consoante indicação no PGDAS, em processo apartado, devidamente demonstrado, poderá requerer à circunscrição fiscal a repetição do indébito.

O Recorrente trouxe aos autos do processo um memorial informando que a empresa Larru's Indústria e Comércio de Cosméticos Ltda., inscrita no CNPJ nº 43.606.714/0001-50, a qual vende para o Recorrente as mercadorias objeto do presente auto, foi autuada pela SEFAZ Bahia (auto nº 206912.0009/17-8), cobrando diferenças de ICMS por substituição tributária devido a operações interestaduais de saídas de mercadorias com destino a contribuintes localizados na Bahia, no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2016. O Recorrente informa que está sendo cobrado pela mesma suposta infração, eis que o presente Auto de Infração engloba o período de novembro a dezembro de 2015, isto é, tanto a empresa remetente das mercadorias (Larru's) quanto a destinatária (a Recorrente) estão sendo cobradas pela mesma suposta infração. Requer que o presente recurso seja convertido em diligência para que seja apurado se o Auto de Infração nº 206912.0009/17-8 está sendo cobrado do remetente o mesmo que está sendo cobrado da ora Recorrente. Quanto a este pedido, vale ressaltar que a diligência, mais do que qualquer coisa, é prerrogativa dos julgadores, diante do seu entendimento, ou da necessidade de coligir ao feito elementos que aclarem a discussão da lide, o que não é o caso do presente feito.

Em relação à solicitação para que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seus advogados, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento do processo para

o endereço apontado. Entretanto, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no CTN, em seu art. 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210674.0001/16-3** lavrado contra **COMERCIAL IMPERIAL EIRELI – ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$278.978,80**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 04 de abril de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUIZ AUGUSTO FERNANDES DOURADO – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS