

PROCESSO - A. I. Nº 281066.0001/18-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DE MILLUS S.A. - INDÚSTRIA E COMÉRCIO
RECORRIDOS - DE MILLUS S.A. - INDÚSTRIA E COMÉRCIO e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0123-02/19
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09.09.2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0148-11/20-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. MARKETING DIRETO. VENDA PORTA A PORTA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS-ST. Nos termos do Convênio ICMS 45/99, cabe ao remetente, localizado no Rio de Janeiro, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas operações de vendas interestaduais de mercadorias com marketing direto, para destinatários na Bahia, com atividade comercial que se enquadra como “venda porta-a-porta”, efetuar a retenção e o consequente recolhimento do imposto. No caso, os destinatários se encontram inscritos na condição Micro Empreendedor Individual, sujeitos ao regime diferenciado de tributação previsto no Simples Nacional, não se caracterizando como revendedores que efetuem venda porta-a-porta. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão nº 0123-02/19, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito originalmente exigido, consoante art. 169, I, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte que inconformado com a referida Decisão apresenta a peça recursal, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF.

O presente Auto de Infração exige ICMS no montante de R\$614.976,69, acrescido da multa de 60%, inerente aos exercícios de 2014/2015, sob a acusação de “*Deixou de proceder à 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*”.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$465.728,05, 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.

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado para exigir à cobrança de ICMS pela constatação de que a Impugnante deixou de proceder a retenção do ICMS-ST, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas interestaduais realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia relativas a mercadorias a que se refere o Convênio 45/99.

Passando a abordar acerca da alegação defensiva de que o auto de infração não contém qualquer motivação que explicita por que a Impugnante poderia ser considerada substituta tributária em tais operações autuadas, verifiquei que a acusação fiscal está calcada nas operações a que se referem o Convênio ICMS 45/99 que autorizou aos Estados e o Distrito Federal a estabelecerem o regime de substituição tributária nas operações

interessaduais que destinassem mercadorias a revendedores que efetuassem venda porta-a-porta.

Pois bem, entendo que sendo esta a acusação, significa que está implícito que a Impugnante foi considerada substituta tributária em decorrência do referido convênio ICMS, estando implícita a motivação na Cláusula primeira:

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.

Portanto, o que interessa agora é saber se as provas constantes dos autos confirmam ou não esta condição de substituta tributária na situação fática descrita na cláusula primeira do Conv. 45/99. Assim considero inócua esta alegação defensiva.

Passando a analisar à alegação da autuada acerca da regra contida no inciso VIII do artigo 8º da Lei 7.014, que estabelece que somente poderá ser retido o ICMS-ST de mercadorias destinadas a microempreendedor individual, em relação aos valores excedentes no mesmo exercício à 20% do limite da receita bruta, concordo com as Autuantes quando explicaram que este regramento não se aplica ao caso, pois se trata de legislação que pretende alcançar as operações internas, já o Protocolo 45/99 trata de operações interestaduais, e este não faz a mesma restrição apontada na legislação interna do Estado da Bahia, apenas estabelece que os contribuintes que efetuem venda porta a porta, deverão sofrer retenção de ICMS-ST, pelos seus fornecedores, quando adquirirem mercadorias em outras unidades da federação.

Ademais, a legislação interna só seria aplicável aos contribuintes sediados em outras unidades da federação na medida em que o Convênio 45/99 reconhecesse textualmente essa possibilidade, esta é a inteligência do art. 102 do CTN, reproduzido abaixo:

CTN

Art. 102. A legislação tributária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios vigora, no País, fora dos respectivos territórios, ***nos limites em que lhe reconheçam extraterritorialidade os convênios de que participem***, ou do que disponham esta ou outras leis de normas gerais expedidas pela União. Grifei.

Contudo, não se verifica no conteúdo normativo do Convênio 45/99 nenhuma regra que permita efeitos extraterritoriais à norma interna do Estado da Bahia. Deste modo afastado esse argumento defensivo.

Em relação as alegações de que a Impugnante também remete mercadorias para o Estado da Bahia para fins de venda no próprio estabelecimento do destinatário, e que as Autuantes não apontaram qualquer venda porta a porta das mercadorias, o que violaria o art. 142 do CTN, verifiquei que as Autuantes diante destas alegações apresentadas pelo autuado, retiraram do Auto de Infração os micros empresários que especificamente não se inscreveram como vendedores de porta a porta.

Cuidaram ainda as Autuantes, diante da afirmativa da defesa de que todos os destinatários teriam local próprio para venda e revenda de mercadorias, de procederem consulta ao cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, onde constataram que a maioria quase absoluta dos MEI's Inscritos optaram claramente pelo regime de venda porta a porta, conforme relatórios do Sistema INC – Informações do contribuinte, que tiveram o cuidado de anexar aos autos às fls. 90 a 560v.

Nessa esteira, consta dos autos que as Autuantes, de posse dos relatórios do Sistema do INC Fiscal da Secretaria da Fazenda, excluíram do lançamento em tela todos os MEIs que se cadastraram como forma de atuação: estabelecimento fixo, sendo que estas exclusões representaram no ano de 2016, a diminuição do valor autuado em R\$74.796,43 e no ano de 2017 o valor de R\$74.451,54. Tudo conforme detalhamento dos valores excluídos mensalmente dos anos de 2016 a 2017 (fls. 565 a 601).

Destarte, verifico que este procedimento das Autuantes adequaram o lançamento do crédito tributário em tela ao que estabelecem os pareceres GECOT/DITRI nº 3677/2005 em vigor até 31.05.2015 e Parecer SAT/DPF nº 6581/2015.

Quanto às arguições em relação a multa aplicada devo registrar que falece competência a esta instância de julgamento administrativo a análise e juízo de valor quanto a este tipo de exação, sobretudo por ter base em Lei.

Deste modo, voto pela procedência parcial do presente Auto de Infração, aquiescendo com a redução propostas pelas Autuantes que resultou na sua redução de R\$614.976,69 para R\$465.728,05, conforme demonstrativos constantes das fls. 562.

Diante de tais considerações a Decisão da JJF foi pela Procedência Parcial do Auto de Infração, no valor histórico de R\$465.728,05, recorrendo de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal

do CONSEF.

Não se conformando com a Decisão de 1ª Instância, o sujeito passivo apresentou, às fls. 632 a 646 dos autos, Recurso Voluntário onde aduz que, em que pese o reconhecimento da improcedência de parte da exigência, no tocante às mercadorias que foram remetidas a pessoas não inscritas com a atividade de “vendedores porta a porta”, o que importou em uma redução no valor original de R\$614.976,69 para R\$465.728,72, ainda assim, mesmo quanto à parte que a fiscalização entendeu que deveria ser mantida, não tem como subsistir o lançamento de ofício, do que reitera suas alegações de defesa, nos termos a seguir descritos, em síntese.

Inicialmente, aduz que o Auto de Infração não contém qualquer motivação que explicita por que o recorrente poderia ser considerado substituto tributário em tais operações, pois entende que não basta dizer que deixou de efetuar as retenções do Convênio ICMS 45/99, sendo necessário que tivesse sido apontada a razão pela qual este Convênio, que é relativo a mercadorias objeto de venda pelo sistema porta-a-porta, seria aplicável ao caso.

Aduz se tratar de indústria e que também remete mercadorias para o Estado da Bahia para venda no próprio estabelecimento do destinatário, sem ser pelo regime porta-a-porta, tendo recolhido, em 2014 e 2015, aproximadamente R\$9.000.000,00 de ICMS-ST para o Estado da Bahia.

Assim, entende que as autuantes não demonstraram infração alguma, já que não apontou, relatou, qualquer venda porta-a-porta das mercadorias, violando, assim, o art. 142 do CTN.

Registra que o “*enquadramento legal*” somente consta o art. 10 da Lei nº 7.014/96 e as cláusulas primeira a terceira do Convênio ICMS 45/99, sendo que o art. 10 estabelece várias hipóteses para a substituição tributária, não tendo sido descrito qualquer situação que pudesse ser enquadrada em tal dispositivo. Já o Convênio ICMS 45/99 só autoriza a responsabilidade da remetente, caso o destinatário da nota fiscal promova a revenda das mercadorias pelo sistema porta-a-porta.

Diz que nada impede que o Estado destinatário restrinja o alcance da substituição tributária do Convênio ICMS 45/99, dado que ele é meramente autorizativo e a cláusula segunda deixa claro que as regras sobre o assunto serão fixadas pela unidade federada de destino da mercadoria.

Afirma que, no presente caso, a substituição tributária está sujeita aos limites dos Termos de Acordo celebrados entre o Estado e o recorrente (Termo de Acordo – Parecer GECOT/DITRI nº 3677/2005, em vigor até 31.05.2015, e Termo de Acordo – Parecer SAT/DPF nº 6581/2015, em vigor a partir de 31.05.2015), cujas cláusulas primeiras de ambos os Termos de Acordo estabelecem que a substituição tributária nas remessas de mercadorias ao revendedor do Estado da Bahia somente ocorrerá quando este mesmo revendedor efetuar a revenda porta-a-porta **exclusivamente** a consumidor final, sendo única exceção no caso da venda em banca de jornal e de revista.

Aduz que tal exceção decorre do fato das bancas de jornais e revistas não possuírem inscrições estaduais, pois o sistema de venda porta-a-porta se caracteriza pelo fato de a última etapa da venda ser realizada por contribuinte não inscrito.

Destaca que, nada se lê no Auto de Infração sobre a comercialização das mercadorias pelo sistema de venda porta-a-porta pelos destinatários das notas fiscais e que de outra forma não poderia ser, dado que as mercadorias não se submeteram a este regime de venda, já que tais destinatários são contribuintes com estabelecimento regularmente inscrito no Estado da Bahia, varejistas, e que vendem as mercadorias em tal local, onde expostas, e não pelo sistema de venda porta-a-porta.

Salienta que vários destinatários, inclusive, adotam nome de fantasia para os respectivos estabelecimentos, como se verifica nos cartões de CNPJ. Por exemplo, Luciane Lopes de Oliveira Coelho adotava o nome de fantasia AN COELHO (doc. 07). O mesmo pode ser observado em outros varejistas objeto da presente autuação, que também adotavam nomes de fantasia, conforme cópias dos cartões de CNPJ (doc. 8 a 12), o que somente corrobora o exercício de suas atividades no próprio estabelecimento.

Assim, segundo o apelante, a substituição tributária tratada nos Termos de Acordo não é aplicável

às operações objeto do Auto de Infração, em que a mercadoria foi remetida para contribuinte com estabelecimento regular, onde expostas e vendidas, sem deslocamento para domicílio de cliente, eis que o simples fato de o destinatário da nota fiscal ser empresário individual não autoriza presumir que ele revende as mercadorias pelo sistema porta-a-porta, diante do acima exposto.

Portanto, cabe aos próprios destinatários o recolhimento do ICMS sobre as próprias saídas, uma vez que o recorrente não tem como efetuar retenção do ICMS-ST de forma indiscriminada, pois isto o colocaria em desvantagem face aos concorrentes e não foi isso estabelecido nos Termos de Acordo e na Lei nº 7.014.

No tocante a uma das fundamentações da Decisão recorrida de que as MEI mantidas na autuação selecionaram a opção de venda porta-a-porta como forma de atuação, diz que isso também não descaracteriza a atividade de varejo, pois o que o Convênio ICMS 45/99 estabelece de forma clara na cláusula 1ª é que a substituição tributária do ICMS tem por base o “valor devido nas subsequentes saídas realizadas pelo revendedor”. Isso porque, no âmbito do Convênio ICMS 45/99 o revendedor último é um não inscrito e por isso tem que ser substituído, pois não tem inscrição individual.

Aduz que, no caso das MEI, estas são contribuintes inscritas e vendem para o consumidor final, que é a última etapa da cadeia de vendas, não havendo operação subsequente alcançada pelo Convênio ICMS 45/99. As MEI, independente da forma de atuação apontada em seu cadastro junto à SEFAZ-BA, vendem para os consumidores finais, se igualando assim a uma loja de varejo.

Contudo, ainda que tais destinatários efetuassem a venda porta-a-porta, o que só para argumentar diz admitir, não estariam, de toda forma, sujeitos à retenção alguma de ICMS-ST, em razão do art. 8º, VIII, da Lei nº 7.014, que limitou de toda forma, no Estado da Bahia, o alcance do Convênio ICMS 45/99, como se passa a expor.

Com efeito, os destinatários objeto da autuação são quase todos microempreendedores individuais enquadrados no Simples Nacional, consoante resultado de “*Consulta Pública ao Cadastro do Estado da Bahia*” e CNPJ. E atento para esta condição especial do microempreendedor individual, estabeleceu o art. 8º, VIII da Lei nº 7.014 que:

“Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

(...)

VIII - o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a microempreendedor individual, em relação aos valores que excederem no mesmo exercício a 20 % (vinte por cento) do limite de receita bruta previsto na Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006.”

Diz que a especialidade desta regra claramente visou a evitar que os destinatários, substituídos tributários, no Simples Nacional, acabassem tendo os benefícios deste reduzidos quanto ao ICMS, caso sofressem uma retenção de ICMS-ST incompatível com a carga tributária prevista para as vendas por eles feitas. Assim, o dispositivo em questão criou uma espécie de piso no valor das operações de vendas para os MEI, somente a partir do qual seria admissível a retenção do ICMS-ST.

Ou seja, a contrário senso, se conclui que, como não há nada relatado no sentido de que as vendas feitas pelo recorrente para MEI tiveram valor que excedesse, em cada exercício, a 20% do limite da receita bruta prevista no LC 123 com relação a cada uma delas, não é cabível retenção de ICMS-ST algum, ainda que estas MEI tivessem promovido a venda porta-a-porta (o que não correu).

E, mesmo que tivesse sido excedido tal piso e que as mercadorias tivessem sido revendidas pelo sistema porta-a-porta, o valor do ICMS-ST ainda assim, seria muito inferior ao lançado.

Logo, não há como se exigir retenção alguma de ICMS-ST, mesmo nas hipóteses tratadas nos Termos de Acordo, quando a destinatária é microempreendedora individual, por mais esta razão.

Portanto, ao contrário do que restou consignado no Acórdão recorrido, a Lei nº 7.014 do Estado da

Bahia se aplica sim às mercadorias provenientes do Rio de Janeiro que sejam remetidas à Bahia para venda porta-a-porta, porque o Convênio ICMS 45/99, em sua cláusula segunda, determina a observância da legislação local quanto a operacionalização da sistemática de substituição tributária por ele prevista, ou seja, a Lei nº 7.014, conforme dispõe o art. 102 do CTN.

Sendo assim, quando o Estado da Bahia exige o ICMS-ST do recorrente, situada no Rio de Janeiro, por ter entendido aplicável a sua legislação local sobre o assunto, invocando o Convênio ICMS 45/99, tem que ser observado, sim, o art. 8º, VIII, da Lei nº 7.014, que restringe o valor da retenção quando as mercadorias são remetidas para MEI.

Salienta que o Convênio ICMS 45/99 não obriga os Estados a adotarem a substituição tributária nas hipóteses nele previstas, mas apenas os autoriza a fazê-lo. O Estado da Bahia não estava, pois, obrigado a exaurir a autorização emanada do aludido convênio, podendo deixar de aplicar a substituição tributária em hipóteses que essa aplicação era autorizada pelo convênio. E foi o que fez o legislador baiano como o art. 8º da Lei nº 7.014. Não há, portanto, conflito algum entre esse dispositivo e o Convênio ICMS 45/99, não justificando que a Decisão recorrida não o tenha aplicado.

Sustenta ser o artigo 8º, VIII da Lei nº 7.014 um dispositivo da maior importância, pois impede que o mesmo fato gerador sofra tributação pelo Simples Nacional e outra pela substituição tributária. Ao se negar a aplicá-lo, a decisão recorrida viola, não só a lei baiana a que ele pertence, como a Lei Complementar nº 123/06, que disciplina o regime de tributação pelo Simples Nacional.

Diz que acolher o Acórdão recorrido importará na grave incoerência de a Fazenda aplicar multa prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014, apesar de o Convênio ICMS 45/99 não conter cláusula cominando penalidade idêntica, mas se recusar a respeitar o art. 8º VIII, da mesma lei, sob tal argumento. Assim, a prevalecer tal raciocínio, então deverá ser cancelada a multa aplicada.

Não aplicar o art. 8º, VIII da Lei nº 7.014, nas remessas feitas às MEI, importa, ainda, flagrante violação à isonomia e discriminação em função da origem, pois, a prevalecer esta teoria, as MEI que recebem mercadorias de outro estado sofrerão retenção do ICMS-ST independentemente da receita auferida, enquanto seus concorrentes, que comprarem no próprio Estado da Bahia, somente sofrerão tal retenção quanto aos valores que excederem 20% do limite de receita bruta da LC 123, no mesmo exercício. Tal situação, inclusive, pode ocorrer para uma mesma MEI, que adquira parte das mercadorias de fornecedor localizado na Bahia e parte de fornecedor de outro Estado.

Reitera que o Convênio ICMS 45/99 busca tributar a etapa da venda realizada por contribuinte não inscrito para o consumidor final, uma vez que o Estado não consegue cobrar o ICMS do não inscrito a cada operação realizada por este. No caso do presente Auto de Infração, não é que não exista tributação sobre as vendas realizadas pela MEI para o consumidor final, mas sim que tal tributação é satisfeita pela guia única de arrecadação mensal paga pela MEI.

Assim, não é devido ICMS-ST com relação às operações objeto do Auto de Infração, seja porque as mercadorias não foram objeto de venda pelo sistema porta-a-porta, mas sim de venda no próprio estabelecimento dos destinatários, seja porque nas vendas realizadas pelo MEI para o consumidor final incide uma tributação distinta daquela que incide nas vendas realizadas pela pessoa física não inscrita para o consumidor final, seja porque o valor das vendas a cada um destes destinatários não excedeu em 20% o limite de receita prevista na LC 123 para este tipo de contribuinte no Simples Nacional, pois, não há qualquer relato nos autos em sentido contrário de forma a motivar a autuação.

Por fim, requer seja cancelado o Auto de Infração e, caso assim não se entenda, seja mantida apenas a cobrança no patamar reduzido de R\$465.728,72, conforme manifestação das autuantes, cancelando-se ainda a cobrança da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, caso prevaleça o raciocínio equivocado da Fazenda, pois, o que vale para o art. 8º, VIII, também deve valer para o art. 42, II, “e”, e a multa cominada ao recorrente deve ser cancelada.

Na sessão de julgamento ocorrida em 29/01/2020, os membros da 1ª CJF acordaram em encaminhar

o PAF à PGE/PROFIS para emissão de parecer jurídico, quanto à matéria e às razões recursais apresentadas, opinando sobre a abrangência das normas ao caso concreto, acerca da ocorrência do fato gerador e consequentemente incidência do ICMS-ST, objeto de exação, ora em análise.

Às fls. 668 a 677 dos autos, consta Parecer PROFIS-NCA, de lavra do Procurador do Estado Dr. José Augusto Martins Junior, após definir o conceito de Micro Empreendedor Individual, transcrevendo os artigos 966 a 971 do Código Civil, como também de que a opção do empreendedor pelo regime MEI o enquadra automaticamente no Simples Nacional e nos benefícios que a LC nº 123/06 trouxe, conforme disposto nos incisos IV a VI do art. 18-A da citada Lei, os quais transcreve, concluiu que:

O autuante expurgou do lançamento originário as operações realizadas com destinatários, em regra MEI, com estabelecimento fixo, por entender que contribuintes com estabelecimentos fugiram ao molde de revendedores do sistema porta-a-porta.

Parece-nos que a inteligência realizada pelos autuantes, de fato, é a melhor inteligência para o caso em epígrafe, senão vejamos.

A venda porta-a-porta é uma espécie de chamada venda direta, ou melhor, venda por relacionamento.

Essa modalidade de venda se constitui uma operação de comercialização específica, desenvolvida em círculos sociais, fora de estabelecimentos comerciais, sendo um modelo distinto do desenvolvido pelo comércio varejista em estabelecimentos fixos.

Conforme a definição dada pela Associação Brasileira das Empresas de Venda Direta – ABEVD, a 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.

No lançamento em epígrafe, poder-se-ia argumentar que a maioria das vendas realizadas para a MEI – Microempreendedor Individual, tiveram como destino endereços residenciais, entretanto tal nuance não desnatura a operação como se fora para estabelecimento fixo, uma vez que a Lei Complementar nº 123 permite ao MEI utilizar sua residência como sede do estabelecimento.

Assim dispõe o art. 18-A, § 25, da Lei Complementar nº 123/06, verbis:

[...]

Neste ponto já poderíamos fechar nosso opinativo sobre a impossibilidade da cobrança do regime ST dos remetentes de produtos para comercialização sob regime porta-a-porta, quando os revendedores tiverem um registro de estabelecimento fixo, entretanto, existe algo que também confirma a falta de higidez do lançamento neste particular, qual seja, o regime diferenciado de tributação conferido aos Microempreendedores individuais – MEI pela Lei Complementar nº 123/06, precisamente no seu art. 18-A, verbis:

[...]

Assim, tratando-se o micro sistema do Simples Nacional dum regime de exceção à regra de tributação, por imposição constitucional, não se faz lógica a validação de regime ST para operações comerciais futuras não alcançadas pelo regime de tributação normal do ICMS.

Pensar de forma contrária, por obvio, seria remar contrariamente a própria lógica de arrecadação do regime da substituição tributária.

É o parecer, encaminhe-se o presente à Procuradora Assistente do PGE/PROFIS/NCA para análise.

Às fls. 678 dos autos, consta o Despacho PROFIS-NCA, subscrito pela Procuradora Assistente, Dr.^a Paula Gonçalves Morris Matos, acolhendo o pronunciamento de fls. 668/677, da lavra de Dr. José Augusto Martins Junior.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo de parte do débito exigido na única infração do lançamento de ofício, no montante superior a R\$200.000,00, conforme previsto no art. 169, I, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF.

Quanto ao Recurso de Ofício, verifica-se que a desoneração do valor exigido de R\$614.976,69 ao montante de R\$465.728,05 decorreu da anuência das autuantes à alegação de defesa, após a devida

análise dos relatórios do Sistema do INC Fiscal da Secretaria da Fazenda, excluindo do levantamento fiscal todos os valores de operações destinadas às empresas inscritas como MEI e que se cadastraram como *estabelecimento fixo*, por concluírem não se caracterizarem como revendedores que efetuem venda porta-a-porta exclusivamente a consumidor final, condição *sine qua non* à responsabilidade como substituto tributário pelas empresas que se utilizem do sistema de marketing direto para comercialização dos seus produtos, nos termos do Convênio ICMS 45/99, cuja exclusão foi acolhida pela JJF por entender que este procedimento adequa o lançamento do crédito tributário ao que estabelecem os pareceres GECOT/DITRI nº 3677/2005, em vigor até 31.05.2015, e SAT/DPF nº 6581/2015.

Assim, entendo correta a Decisão recorrida e não dou provimento ao Recurso de Ofício.

Quanto às razões do Recurso Voluntário, verifica-se que o apelante, localizado no Estado do Rio de Janeiro, na condição de substituto tributário, sustenta não ser devido ICMS-ST, previsto no Convênio ICMS 45/99, em síntese, diante às seguintes teses:

- a) Ausência de motivação por que o recorrente poderia ser considerado substituto tributário;
- b) Porque as mercadorias não foram objeto de venda pelo sistema porta-a-porta, mas sim de venda no próprio estabelecimento dos destinatários, seja porque nas vendas realizadas pelo MEI para o consumidor final incide uma tributação distinta daquela que incide nas vendas realizadas pela pessoa física não inscrita para o consumidor final, seja porque o valor das vendas a cada um destes destinatários não excedeu em 20% o limite de receita prevista na LC 123 para este tipo de contribuinte no Simples Nacional, pois, não há qualquer relato nos autos em sentido contrário de forma a motivar a autuação.
- c) No âmbito do Convênio ICMS 45/99 o revendedor último é um não inscrito e por isso tem que ser substituído, pois não tem inscrição individual;
- d) Afirma que, no presente caso, a substituição tributária está sujeita aos limites dos Termos de Acordo celebrados entre o Estado e o recorrente (Termo de Acordo – Parecer GECOT/DITRI nº 3677/2005, em vigor até 31.05.2015, e Termo de Acordo – Parecer SAT/DPF nº 6581/2015, em vigor a partir de 31.05.2015), cujas cláusulas primeiras de ambos os Termos de Acordo estabelecem que a substituição tributária nas remessas de mercadorias ao revendedor do Estado da Bahia somente ocorrerá quando o revendedor efetuar a revenda porta-a-porta **exclusivamente** a consumidor final, sendo única exceção no caso da venda em banca de jornal e de revista.
- e) Cancelamento da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, caso prevaleça o raciocínio equivocada da Fazenda para deixar de aplicar o art. 8º, VIII, da citada Lei, pois, o que vale para o aludido dispositivo legal também deve valer para o art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, devendo a multa cominada ao recorrente ser cancelada.

Quanto à ausência de motivação na acusação fiscal da razão pela qual o recorrente poderia ser considerado substituto tributário, há de registrar que foi consignado na descrição da infração que *“Deixou de efetuar a retenção nas vendas dos produtos constantes nas notas fiscais do Anexo 01.1, sendo esta retenção prevista no Convênio 45/99.”*

Contudo, a motivação está clara, pois o sujeito passivo foi considerado substituto tributário em decorrência de realizar operações interestaduais de mercadorias para revendedores que efetuam vendas porta-a-porta a consumidor final, como previsto no referido Convênio ICMS 45/99, a saber:

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.

Quanto à alegação de que vários destinatários são contribuintes com estabelecimento varejista regularmente inscrito no Estado da Bahia e que vendem as mercadorias em tal local, não se caracterizando como revendedores pelo sistema porta-a-porta, verifica-se nos autos **que os**

destinatários se encontram inscritos na condição Micro Empreendedor Individual, fato este confirmado na informação fiscal quando afirma “*Diante das alegações apresentadas pelo autuado, retiramos do Auto de Infração os micros empresários que especificamente não se inscreveram como vendedores de porta a porta*”, como também que “*... conforme consulta ao cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, constatamos que a maioria quase absoluta dos MEI's inscritos optaram claramente pelo regime de venda porta a porta, conforme relatórios do Sistema INC – Informações do contribuinte, que ora anexamos (Anexo 01 – Informação Fiscal).*” .

Assim, comprovado que os destinatários se tratam de MEI, como também que a condição *sine qua non* prevista no Convênio ICMS 45/99 para estabelecer a responsabilidade como substituto tributário é que as mercadorias se destinem a revendedores que **efetuem venda porta-a-porta**, acolho o opinativo da PGE/PROFIS no sentido de que:

1. a opção do empreendedor pelo regime MEI (Micro Empreendedor Individual) o enquadra automaticamente no Simples Nacional e nos benefícios que a LC nº 123/06, conforme disposto nos incisos IV a VI, do art. 18-A da citada Lei;
2. o argumento para sustentação da exação de que a maioria das vendas realizadas para a MEI tiveram como destino endereços residenciais não desnatura a operação como se fora para estabelecimento fixo, visto que o art. 18-A, § 25 da LC nº 123/06 permite ao MEI utilizar sua residência como sede do estabelecimento. Assim, também neste caso deve prevalecer o sistema do Simples Nacional, como se aplicou ao estabelecimento fixo, por se tratar de adquirente sujeito ao citado regime de exceção à regra de tributação;
3. a falta de higidez do lançamento contido no Auto de Infração se confirma através do regime diferenciado de tributação conferido aos MEI no seu art. 18-A da LC nº 123/06, pelo qual poderá optar pelo recolhimento dos impostos e contribuições abrangidos pelo Simples Nacional em valores fixos mensais, independentemente da receita bruta por ele auferida no mês, (...) ;

Diante de tais considerações, concordo com a tese recursal de que “*... no âmbito do Convênio ICMS 45/99 o revendedor último é um não inscrito e por isso tem que ser substituído, pois não tem inscrição individual*”. No caso, os destinatários se encontram inscritos na condição Micro Empreendedor Individual, sujeitos ao regime diferenciado de tributação previsto no Simples Nacional.

Do exposto, consubstanciado no Parecer da PGE//PROFIS, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281066.0001/18-6**, lavrado contra **DE MILLUS S.A. - INDÚSTRIA E COMÉRCIO**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de julho de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

FERNANDO A. BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS