

**A.I. Nº** - 298624.0008/19-2  
**AUTUADO** - HERBALIFE INTERNATIONAL DO BRASIL LTDA.  
**AUTUANTES** - JOSÉ MACÊDO DE AGUIAR e WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS  
**ORIGEM** - IFEP – COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 29.06.2020

**2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0066-02/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDA PARA CONTRIBUINTE ESTABELECIDO NA BAHIA. CONVÊNIO ICMS 45/99. RETENÇÃO A MENOS. Nos termos do Convênio ICMS 45/99, c/c o art. 333 do RICMS/2012, cabe ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, efetuar a retenção e o consequente recolhimento do imposto. Autuada não elidiu a infração. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, foi lavrado em 15/06/2019, para exigir o ICMS no valor histórico de R\$46.041,84, acrescido de multa de 60%, pela constatação da infração a seguir descrita:

**INFRAÇÃO 01 – 08.14.02** – Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, referente ao período de junho a dezembro de 2014, janeiro de 2015 a dezembro de 2017.

Enquadramento legal: art. 10 da Lei nº 7.014/96, c/c a Cláusula terceira do Convênio ICMS 45/99.

Multa tipificada no artigo 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96.

A autuada através de seus advogados impugna o lançamento, fls. 17 e 24, onde após um breve relato dos fatos, afirma que o auto de infração deve ser cancelado, tendo em vista que não há que se falar na aplicação do regime de substituição tributária sobre as operações objeto da autuação.

Da leitura dos autos, deduz que o autuante considerou o não recolhimento do ICMS-ST sobre determinadas mercadorias vendidas aos consultores independentes HERBALIFE, uma vez que a filial situada em São Paulo, remeteu grande variedade de mercadorias aos consultores estabelecidos na Bahia, para posterior comercialização ou consumo próprio, conforme diagrama explicativo que expõe.

Explica que contrariamente a afirmação do Fisco, da análise das notas fiscais arroladas na autuação, pode-se constatar que os produtos não são destinados à revenda para consumidor final, pois, diz tratar-se de produtos promocionais e brindes, vendidos ou concedidos aos consultores independentes, para utilização como instrumento de promoção de venda.

Informa que no intuito da divulgação da marca HERBALIFE, são desenvolvidas campanhas regulares que estimulam a utilização dos produtos pelos consultores independentes que atuam no mercado porta-a-porta, para atrair e envolver novos clientes.

Apresenta como exemplo a campanha “USE, VISTA E FALE” – Doc. 04, cujo objetivo é incentivar os consultores a utilizar camisetas, pins, shakeiras etc., da marca HERBALIFE, como estratégia de venda e captação de novos clientes.

Relaciona alguns produtos promocionais que foram incluídos indevidamente na autuação fiscal, tendo sido exigido, ilegalmente, o ICMS-ST incidente sobre operação futura inexistente, afirma.

Anexa imagens das citadas mercadorias e afirma ser possível verificar que se trata de produtos utilizados pelos revendedores como ferramenta de atração de clientes, não sendo destinados à revenda no mercado porta-a-porta, o que afasta a aplicação do regime de substituição tributária.

Ensina que na sistemática da substituição tributária ocorre a antecipação da exigência do imposto incidente na etapa subsequente. Contudo, no caso da remessa de brindes e produtos promocionais não haverá a etapa futura da comercialização, razão pela qual é indevida a cobrança da substituição tributária.

Ressalta que a tributação das mercadorias ocorreu com o recolhimento do ICMS ao estado de origem, bem como pelo recolhimento do diferencial de alíquota ao Estado da Bahia, não havendo que se falar na ausência de recolhimento de imposto que pudesse ensejar a constituição do crédito tributário ora discutido.

Conclui restar evidenciado que os produtos promocionais não podem compor a presente autuação fiscal, seja pelo fato de que não são destinados ao consumidor final do mercado porta-a-porta, seja pela correção na forma pela qual as operações foram tributadas, não podendo falar em exigência do ICMS-SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, por total ausência de fato gerador futuro, sendo improcedente o lançamento, garante.

Por fim requer o acolhimento da presente impugnação, devendo ser cancelado integralmente o crédito tributário, inclusive, no que se refere à multa imposta, já que ficou devidamente demonstrado que a cobrança não merece prosperar.

Adicionalmente requer ainda que todas as intimações relativas ao feito sejam realizadas no estabelecimento da autuada, no endereço que indica, sob pena de nulidade.

Um dos autuantes presta a informação fiscal às fls. 106 e 107, onde reproduz os argumentos da defesa e destaca que o RICMS/2012 considera no art. 388, brinde ou presente, a mercadoria que não constituindo objeto normal da atividade do contribuinte, tenha sido adquirida para distribuição gratuita a consumidor ou usuário final.

Afirma que a autuada infringiu o Regulamento do ICMS, uma vez que vende todos os produtos e admite que eles se destinam a comercialização, conforme fl. 18.

Acrescenta que as operações de remessa em bonificação, doação ou brinde, deveriam indicar nos documentos fiscais o CFOP 6.910, contudo, as operações foram realizadas com o CFOP 6.102 que corresponde a venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros.

Destaca que a autuada era detentora de regime especial, conforme Termo de Acordo – Processo 146165/2013-2 a partir de 20/08/2013, agregando MVA de 30%, prevista na Cláusula segunda, em vendas para o estado da Bahia, sendo que esse regime especial foi revogado em março de 2017, através do Processo nº 029316/2017-6.

Tendo sido revogado o regime especial, a tributação das operações deve seguir o previsto no Convênio ICMS 45/1999, Cláusula primeira, copiada.

Frisa que a defesa tenta confundir o Fisco no intuito de produzir algum tipo de economia tributária e afirma que “*notou que nem o remetente nem os clientes sabem diferenciar, os produtos usados para uso e consumo dos que revenderão ou que mostraram aos seus potenciais clientes*”.

Por fim solicita a sua total procedência.

É o relatório.

## VOTO

O lançamento em análise, constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte do sujeito passivo.

Compulsando os autos, verifico que os autuantes, quando do lançamento, descreveram com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos

infringidos, a previsão legal da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99, razão pela qual inexistem questões preliminares a serem apreciadas.

Constatou também que a autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, tanto assim que abordou todos os aspectos da infração, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, com precisão, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, bem como foram atendidos os demais princípios inerentes ao processo administrativo fiscal.

No mérito a acusação decorre da constatação pela autoridade fiscal da retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado na Bahia.

A autuada é contribuinte inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia, na condição de SUBSTITUTO/RESPONSÁVEL ICMS DESTINO, com atividade econômica principal 639701 – COMÉRCIO ATACADISTA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS EM GERAL e secundária 4646001 – COMÉRCIO ATACADISTA DE COSMÉTICOS E PRODUTOS DE PERFUMARIA.

No demonstrativo analítico elaborado pelos autuantes, gravado em mídia – CD, fl. 12, constam listados todos os documentos fiscais considerados na autuação, contendo a planilha todos os elementos necessários a identificação deles, inclusive a chave de acesso de cada documento.

Todas as notas fiscais foram emitidas para pessoas físicas, não inscritas no Cadastro de Contribuintes do ICMS, localizados no Estado da Bahia, em operações com o CFOP 6.102 que corresponde a VENDA DE MERCADORIA ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS, que serve para classificar as vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros para industrialização ou comercialização, que não tenham sido objeto de qualquer processo industrial no estabelecimento.

A Cláusula primeira do Convênio ICMS 45/99, autoriza os Estados, 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 ICMS devido nas subsequentes saídas realizadas pelo revendedor.

O Regulamento do ICMS da Bahia, vigente na época dos fatos, incorporou a regra do citado convênio, conforme previsto no art. 333, *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).*

A base de cálculo do imposto está prevista no §2º do citado artigo do RICMS/2012:

*§ 2º A base de cálculo do imposto para fins de substituição tributária, nas hipóteses deste artigo, é o valor correspondente ao preço de venda a consumidor constante em tabela estabelecida por órgão competente ou, em sua falta, o preço sugerido pelo fabricante ou remetente, assim entendido aquele constante em catálogo ou lista de preços de sua emissão, acrescido, em ambos os casos, do valor do frete, quando não incluído no preço.*

Da leitura dos dispositivos transcritos e à vista do levantamento anexado pelos autuantes, considero correta a exigência, haja vista que a defesa não carreou aos autos provas que serviriam de suporte aos argumentos apresentados, cabendo aplicar o disposto nos artigos 142 e 143 do RPAF/99, a seguir transcritos:

*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.*

*Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*

Por derradeiro, refiro-me ao pedido para que todas as intimações relativas ao feito sejam realizadas no estabelecimento da autuada, no endereço que indica, sob pena de nulidade.

Lembro que as intimações, notificações e comunicações acerca do andamento, tramitação e decisões referentes aos processos administrativos fiscais, devem seguir o previsto nos artigos 108 e 110 do RPAF/99, e em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional – CTN, art. 127, a orientar, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Portanto, sendo praticado tais atos em obediência as normas legais, não há que se falar em nulidade.

Por tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298624.0008/19-2**, lavrado contra **HERBALIFE INTERNATIONAL DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$46.041,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR