

A. I. N° - 281066.0008/19-9
AUTUADO - DE MILLUS S. A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO
AUTUANTES - VERA LUCIA ANDION CORTIZO e FÁTIMA FREIRE DE OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 26/08/2020

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0128-03/20-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. Infração insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 02/12/2019, refere-se à exigência de R\$209.911,17 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da Infração **08.14.03** – 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2018. Demonstrativo às fls. 08 a 13, mídia CD a fl. 15.

Em complemento, consta “Deixou de efetuar a retenção nas vendas de produtos constantes nas notas fiscais do Anexo 01.1, sendo esta retenção prevista no Protocolo 45/99. Estas notas fiscais foram emitidas por contribuintes que efetuam a venda pelo sistema porta a porta previsto, portanto, de retenção pelo Protocolo 45/99 e inscritos no cadastro da SEFAZ como Micro empresários individuais - MEIs”.

O Autuado apresenta impugnação às fls. 23 a 31, alinhando os argumentos na forma, a seguir resumidos.

Depois de reproduzir o teor da acusação fiscal, afirma que o Auto de Infração não contém, como se verifica, qualquer motivação que explicita por que poderia ser considerada substituta tributária em tais operações. Pondera que não basta dizer que deixou de efetuar as retenções do Convênio ICMS 45/99, era necessário tivesse sido apontada a razão pela qual esse Convênio, que é relativo a mercadorias objeto de venda pelo sistema porta a porta, seria aplicável ao caso.

Observa que nas inscrições das destinatárias no CNPJ consta como objeto social o comércio varejista, mas isto não autoriza a presunção de que fazem venda porta a porta. Diz que muitas delas indicam a adoção do nome de fantasia indicado nos respectivos CNPJ, o que não faz sentido algum nas vendas porta a porta. Continua frisando que o mesmo ocorre nas consultas às

inscrições no SINTEGRA, pois não há nenhuma atividade de venda porta a porta especificamente cadastradas. Assinala que o próprio auto reconhece que as MEIs emitiram notas fiscais.

Informa que também remete mercadorias para o Estado da Bahia para venda no próprio estabelecimento do destinatário, sem ser pelo regime porta-a-porta.

Sustenta que o Auto de Infração não demonstrou infração alguma, já que não apontou, relatou, qualquer venda porta a porta das mercadorias, violando o art. 142, do CTN.

Revela que o CPC/15, aplicável aos processos administrativos, sequer reconhece como motivada sentença que se *“limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”* ou que *“empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”* (arts. 15 e 489, §1º, I e II). Diz que esta linha de raciocínio também deve ser aplicada na aferição da fundamentação de lançamentos de ofício.

Registra que a acusação ao se limitar a relatar que não efetuou a retenção do ICMS-ST nas vendas realizadas para contribuinte no Estado da Bahia, nos termos do Convenio ICMS Nº 45/99, o auto nada contém de motivação que permita a aferição da aplicabilidade deste convênio às operações autuadas, incorrendo nas mesmas hipóteses apontadas no CPC para que se considere inexistente a fundamentação, pois se limitou a repetir tipo legal da hipótese de substituição tributária, e apontou nesse sentido decisão do CARF no Processo nº 10670.001256/2007-80, reproduzindo seu excerto, cita e reproduz o art. 3º da Lei 12.209, do Estado da Bahia e art. 129 do Código Tributário do Estado.

Remata que a autuação não identifica qualquer infração, dado que não demonstra em que as operações autuadas se relacionariam com a venda porta a porta, esta sim, objeto do Convênio ICMS 45/99.

Observa que o Auto de Infração apontou no “enquadramento legal” somente o art. 10, da Lei 7.014/96 e as cláusulas primeira, segunda e terceira do Convênio 45/99.

Destaca que o art. 10, da Lei 7.014/96, estabelece vários pressupostos e hipóteses para a substituição tributária, não tendo a fiscalização descrito qualquer situação que pudesse ser enquadrada em tal dispositivo.

Esclarece que o Convênio ICMS 45/99, só autoriza a responsabilidade da remetente, em determinados casos a depender do destinatário e de acordo com o Convênio nenhum ICMS-ST lhe pode ser exigido.

Ressalta que os Termos de Acordo celebrados com o Estado da Bahia, que sequer foram mencionados nos autos, violam o Convênio, já que esse último não permite que seja considerada substituta quando remete mercadorias para MEIs que promove venda diretamente a consumidor final.

Reproduz o teor da Cláusula Primeira dos Termos de Acordo - TARE celebrado com o Estado da Bahia para destacar que alteram a substituição tributária do Convênio, de forma ilegal.

Afirma que vários destinatários, inclusive, adotam nome de fantasia para os respectivos estabelecimentos, consoante se verifica nos cartões de CNPJ, conforme cópias dos cartões de CNPJ em anexo (doc. 07 a 12), assinalando que isto somente corrobora o exercício de suas atividades no próprio estabelecimento.

Menciona que a venda porta a porta demanda o deslocamento de revendedores aos domicílios de clientes finais para oferecer os produtos de determinada empresa, onde o que atrai o cliente não é a fachada de uma loja, de um estabelecimento, mas sim a própria marca do produto a ser vendido. Assim, pergunta: *“que utilidade teria o nome de fantasia numa venda porta a porta?”*, ao tempo que respondeu: *“Nenhuma”*.

Registra que a substituição tributária tratada nos Termos de Acordo não é aplicável às operações objeto do auto, em que a mercadoria foi remetida para contribuinte com estabelecimento regular,

onde expostas e vendidas, sem deslocamento para domicílio de cliente algum e frisa que o simples fato de o destinatário da nota fiscal ser empresário individual não autoriza presunção de que ele revende as mercadorias pelo sistema porta a porta, diante do acima exposto, donde concluiu que cabe aos próprios destinatários o recolhimento do ICMS sobre as próprias saídas.

Esclarece que não teria 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 7.014/96.

Arremata frisando que como os Termos de Acordo impõem a retenção nos casos de o destinatário promover “venda porta-a-porta exclusivamente a consumidor final”, e isto não é o que ocorreu nas operações objeto do auto de infração, tanto que o auto não contém qualquer informação neste sentido em seu relato, impõe-se o seu cancelamento.

Revela que se tais destinatários efetuassem a venda porta a porta, não estariam sujeitos à retenção alguma de ICMS-ST, em razão do art. 8º, VIII, da Lei 7.014, que limitou no Estado da Bahia, o alcance do Convênio 45/99, pois explica que os destinatários são quase todos microempreendedores individuais enquadrados no Simples Nacional, consoante resultado de “*Consulta Pública ao Cadastro do Estado da Bahia*” e CNPJ, em anexo, tendo o art. 8º, VIII, da Lei da Lei 7.014, estabelecido 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.”

Afirma 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.

Assevera que, como não há nada relatado no sentido de que as vendas para MEI tiveram valor que excedesse a 20% do limite da receita bruta prevista no LC nº 123/06 com relação a cada uma delas, não é cabível retenção de ICMS-ST algum, ainda que estas MEIs tivessem promovido a venda porta a porta (o que não correu).

Explica que 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.

Reafirma não haver 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.

Sustenta que não pode o Estado ficar no melhor de dois mundos, cobrar ICMS-ST e também receber ICMS dos destinatários quanto às vendas que estes promovem, sem sequer fiscalizar os destinatários para ver o que ocorre em seus estabelecimentos.

Assevera não ser 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 o valor das vendas a cada um destes destinatários não excedeu em 20% o limite de receita prevista na LC Nº 123/06 para este tipo de contribuinte no Simples Nacional.

Conclui pugnando pela improcedência da ação fiscal.

As autuantes prestam informação fiscal às fls. 81 a 84, depois de reproduzirem o teor da acusação fiscal e resumir as alegações da Defesa alinham os argumentos que se seguem.

Afirmam que os trabalhos de fiscalização recaíram sobre a verificação da ocorrência de pagamento do ICMS-ST retido nas notas fiscais e incidentes sobre operações com mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária.

Destacam que a ação fiscal transcorreu na mais estrita observância aos dispositivos legais contidos na legislação tributária vigente, particularmente onde se fundamenta a autuação.

No que diz respeito a alegação da Defesa de que não se configura a infração, já que nada se lê do auto sobre a comercialização de mercadorias pelo sistema porta a porta pelos destinatários das notas fiscais, observa que deve ter havido um engano por parte do contribuinte já que à fl. 01 do Auto de Infração está discriminada a sua motivação. Frisa que ao citar o Convênio ICMS 45/99, explica que nesse convênio está previsto a retenção para contribuintes do ICMS-ST que efetuem venda porta a porta, como é o caso dos discriminados no referido anexo que optaram especificamente por este tipo de atuação no Sistema de Cadastro da SEFAZ.

Esclarece que segundo o termo de acordo assinado entre o impugnante e a SEFAZ, a Cláusula Primeira especifica:

“A acordante fica responsável como contribuinte substituto nas operações que destinem mercadorias a “revendedores” localizados neste Estado, inscritos ou não no cadastro de Contribuintes do estado da Bahia – CAD-ICMS/BA, que efetuem venda porta-a-porta exclusivamente a consumidor final, pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas subseqüentes saídas realizadas pelo revendedor.”

Mencionam que o Autuado afirma que todos os destinatários teriam local próprio para venda e revenda de mercadorias. Informam que conforme consulta ao cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, constataram que a maioria quase absoluta dos MEIs Inscritos optaram claramente pelo regime de venda porta a porta, conforme relatórios do Sistema INC - Informações do contribuinte, que anexaram, (Anexo 01 - Informação Fiscal, fls. 86 a 338.

Quanto à alegação do autuado acerca do inciso VIII, do art. 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, apresentam o entendimento de que não se aplica ao Auto, pois se trata de legislação interna, e o Convênio ICMS 45/99 é soberano ao estabelecer que os contribuintes que efetuem venda porta a porta, deverão ter retenção de ICMS-ST.

Observam que o Dec. 13.780/2012 - RICMS/BA, no seu art. 295, corrobora que o Convênio 45/99 e se sobrepõe ao estabelecer:

“Nas operações interestaduais, a substituição tributária reger-se-á conforme o disposto nos convênios e protocolos para esse fim celebrados entre a Bahia e as demais unidades da Federação interessadas.”

Já o Convênio 45/99, estabelece que:

“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.

§ 1º O disposto no “caput” aplica-se também às saídas interestaduais que destinem mercadorias a contribuinte inscrito.”

Concluem pugnando procedência do Auto de Infração.

VOTO

O Defendente suscitou a nulidade da autuação por ausência de motivação, por entender que para ser considerada substituta tributária não basta dizer que deixou de efetuar as retenções do Convênio ICMS 45/99.

Depois de compulsar os elementos que constituem e formalizam o presente Auto de Infração, constato que não assiste razão ao Autuado, uma vez que restou claramente evidenciada a natureza da acusação fiscal ao constar expressamente na descrição da infração que as notas fiscais arroladas no levantamento fiscal foram remetidas para contribuintes que efetuam vendas pelo sistema porta a porta prevista, portanto, a retenção no Convênio ICMS 45/99 e são inscritos no CAD-ICMS-BA como Micro Empresários Individuais - MEIs.

Logo, não há que se falar em falta de motivação, uma vez que a conduta tida como irregular foi descrita, com seu embasamento legal, a multa devidamente indicada, a autoridade fiscal detentora de plena capacidade para constituir o crédito tributário, enfim, o ato se apresenta perfeito e acabado, robustecida na farta documentação probante acostada aos autos, o que não quer dizer que, na análise do mérito não venha a ser modificado em prol do contribuinte, ou extinto pelo julgamento, acaso seja tido como improcedente.

Pelo expendido, resta indubitoso que a motivação se encontra devidamente presente, o que concorre para a rejeição do argumento posto.

Ademais, afiguram-se presentes todos os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos, o Autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário exigido.

Rejeito as nulidades suscitadas, pois o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses preconizadas pela legislação de regência, precipuamente pelo art. 18, do RPAF-BA/99, que pudesse inquirir de nulidade da autuação.

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à falta de retenção do ICMS prevista no Convênio ICMS 45/99, 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2018, consoante demonstrativo acostado à fls. 08 a 13, e mídia CD à fl. 15.

Em sede de defesa o Impugnante, para se eximir da acusação fiscal de falta de retenção do imposto na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária com relação às operações arroladas no Auto de Infração, concentrou seus argumentos na alegação de que as mercadorias não foram objeto de venda pelo sistema porta-a-porta, mas sim de venda no próprio estabelecimento dos destinatários, e de que o valor das vendas a cada um destes destinatários não excedeu em 20% o limite de receita prevista na Lei Complementar nº 123/06 para este tipo de contribuinte no Simples Nacional.

As autuantes, ao procederem à informação fiscal mantiveram a autuação, reproduziram a Cláusula primeira do Convênio ICMS 45/99 e rebateram a alegação da defesa de que somente poderá ser retido o ICMS-ST de mercadorias destinadas a microempreendedor individual, relação a valores excedentes no mesmo exercício à 20% do limite da receita bruta preconizada no inciso VIII, do art. 8º, da Lei 7.014/99, apresentando o entendimento de que, ao teor do art. 295, do RICMS-BA/12, as normas emanadas no referido Convênio se sobrepõem nas operações interestaduais em relação substituição tributária. Colacionaram também as autuantes à Informação fiscal, fls. 86 a 338, cópia dos “Dados Cadastrais” emitidos pelo sistema INC-SEFAZ dos destinatários das mercadorias objeto da autuação, nos quais constam a condição deles de Microempresário Individual - MEI, do Simples Nacional e a “Forma de Atuação” como sendo “Porta a Porta, Postos Móveis ou por Ambulante.

Assim, do contraditório instalado, na forma acima sintetizada, resta patente que, para se elidir o questionamento decorrente da acusação fiscal, se torna imperativo definir, à luz da legislação de regência, se nas operações arroladas no levantamento fiscal que destinam a Microempresário Individual - MEI, do Simples Nacional deste Estado mercadorias oriundas do Estado do Rio de Janeiro o remetente e ora autuado, é responsável pela retenção e o consequente recolhimento do ICMS.

Consta da acusação fiscal que o Impugnante foi considerado substituto tributário em decorrência do Convênio ICMS 45/99, 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.*

Logo, 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 Convênio ICMS 45/99.

Se depreende dos elementos constantes dos autos que os destinatários preenchem uma das condições preconizada pelo Convênio ICMS 45/99 para estabelecer a responsabilidade como substituto tributário, ou seja, que as mercadorias remetidas se destinem a revendedores que efetuem venda porta-a-porta a consumidor final, como consta nos “Dados Cadastrais” dos destinatários, no campo “Forma de Atuação”. Esse é um dos aspectos da questão.

Assim, entendo que, no âmbito da Cláusula primeira do Convênio ICMS 45/99, ao se referir a “revendedores”, pela natureza da operação que abrange as operações de venda porta a porta, seu objetivo é alcançar pessoas que atuam com vendas informalmente, ou seja, não inscritos no CAD-ICMS, e que não tem inscrição individual e, nessa condição, sem qualquer controle, por parte administração tributária. E nesses casos, o remetente de outro Estado deve proceder à retenção do imposto.

Por outro lado, também se comprova nos autos que os destinatários se tratam de MEI, ou seja, são empreendedores do regime Micro Empreendedor Individual que os enquadram 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, que podem optar pelo recolhimento dos impostos e contribuições abrangidos pelo Simples Nacional em valores fixos mensais, independentemente da receita bruta por ele auferida no mês. Portanto, o MEI atua vinculado a esse regime de tributação que se configura em uma exceção à regra geral de tributação do imposto.

Em suma, no presente caso, resta indubitado que os destinatários se encontram efetivamente inscritos na condição Micro Empreendedor Individual, portanto, sujeitos ao regime exclusivo e diferenciado de tributação previsto no Simples Nacional.

Consigno que esse entendimento, afigura-se convergente com o posicionamento manifestado em parecer da PROFIS, e acolhido no voto constante do Acórdão da 1ª CJF, atinente ao julgamento dos Recursos de Ofício e Voluntário relativo ao Acórdão JJF Nº 0123-02/19, que julgou o A.I. N.º 281066.0001/18-6, também lavrado contra o estabelecimento, ora autuado.

Assim, por não se configurarem como meros “revendedores”, como consta expressamente na Cláusula primeira do Convênio ICMS 45/99, os destinatários das operações interestaduais objeto da autuação, eis que, devidamente inscritos no CAD-ICMS-BA, entendo não ser devida a retenção do imposto por parte do remetente autuado.

Logo, resta insubsistente a acusação fiscal.

Face ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281066.0008/19-9**, lavrado contra **DE MILLUS S. A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, alterado pelo Dec. nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 09 de julho de 2020

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA