

PROCESSO - A. I. Nº 279459.0039/20-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MARY KAY DO BRASIL LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5º JJF nº 0013-05/21-VD
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/09/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0195-12/21-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO. MULTA SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO. Trata-se de contribuinte com atividade de venda sob marketing direto, que conforme Convênio ICMS 45/99, e Termo de Acordo firmado com o Estado da Bahia, tais operações sujeitam-se ao regime da substituição tributária, o que afasta a obrigação de recolher ICMS antecipação parcial, e, por via reflexa, a exigência da multa, sob análise. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, por ter a Decisão recorrida, através do Acórdão nº 0013-05/21-VD, desonerado o sujeito passivo do crédito tributário originalmente exigido, em valor superior a R\$200.000,00, conforme previsto no art. 169, I, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, pelo qual, se exige a multa no valor de R\$924.008,29, correspondente ao percentual de 60% sobre o ICMS que deixou de ser pago por antecipação parcial, referente às entradas de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas com fim de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, inerente aos meses de maio a dezembro de 2016 e de janeiro a dezembro de 2017.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Improcedente, diante das seguintes razões de mérito:

VOTO

[...]

Passemos então ao exame das questões de mérito que compõem a presente lide fiscal.

O Auto de Infração sob exame, é composto de única imputação fiscal descrita na peça acusatória nos seguintes termos: “Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às entradas de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente”.

Complementou o autuante, que as mercadorias que compõem este lançamento de ofício não estão enquadradas no regime da substituição tributária, conforme Anexo I do RICMS/Ba (Decreto 13.780/12), razão pela qual, o contribuinte não se encontrava obrigado a fazer o recolhimento da antecipação do imposto (ICMS-ST), com encerramento da fase de tributação nas saídas subsequentes, cabendo nessas circunstâncias, o pagamento do ICMS antecipação parcial, na etapa de entrada dos produtos, por força do disposto no art. 12-A da Lei nº 7.014/96. Todavia, essa obrigação tributária, segundo o autuante, somente foi cumprida posteriormente, quando das saídas dos produtos revendidos pela empresa para suas consultoras (pessoas físicas), razão pela qual foi aplicada a penalidade de 60% do imposto que deixou de ser recolhido, conforme previsto no art. 42, inc. II, letra “d” do mesmo diploma legal já acima referenciado.

Nos Demonstrativos que integram o Auto de Infração, inseridos na mídia digital acostada à fl. 29 dos autos, verifica-se que todas operações foram acobertadas por notas fiscais, originárias de transferências de outras unidades da empresa autuada, situadas nos Estados de Pernambuco, São Paulo e Minas Gerais, registradas com o CFOP 2152 – código que representativo de “entradas de mercadorias recebidas em transferência de outro estabelecimento da mesma empresa, para serem comercializadas”.

Também consta nos autos, que o estabelecimento autuado opera na atividade de venda direta, através da qual seus produtos, em sua maior parte concentrados no segmento de cosméticos e perfumaria, são vendidos para

pessoas físicas (vendedoras/consultoras de beleza), que os revendem a seus clientes.

Nessa modalidade de comércio, denominada “marketing direto” ou “venda porta a porta” (**Door to Door**), as empresas fabricantes/distribuidoras são obrigadas a recolher o ICMS devido nas operações subsequentes promovidas pelas revendedoras/consultoras, pessoas físicas, na condição de substitutos tributários.

Essas operações são reguladas pelas disposições do Convênio ICMS nº 45/1999, e na legislação interna da Bahia, previstas no RICMS/Ba, no art. 333, com a seguinte redação:

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).

Acrescente-se, que no caso concreto, o estabelecimento autuado, na condição de central de distribuição estabelecido neste Estado, além de ser substituto tributário nas operações de revenda das mercadorias objeto de seu negócio, realizadas na sistemática de “marketing direto”, é também detentor de Termos de Acordo firmados com o Estado da Bahia, para recolher o ICMS normal e o ICMS-ST, auferindo os benefícios do Decreto nº 7.799/2000. Cópias reprográficas dos referidos Termos de Acordo, foram anexados este PAF entre as folhas 64 a 67.

Estes são os fatos sobre os quais devemos nos debruçar, para firmar a nossa Decisão nesta lide administrativa.

Fazendo uma síntese do que foi apresentado pelas partes nos autos, constata-se que:

a) a empresa autuada opera neste Estado como atacadista no setor de vendas “**porta a porta**”, estando os produtos comercializados nessa modalidade de negócio submetidos integralmente ao regime de substituição tributária por força das disposições do Convênio ICMS nº 45/99 e do RICMS-Ba (art. 333);

b) as operações desenvolvidas pela empresa, que compõem o presente lançamento de ofício, são originárias de transferências de estoque de suas filiais, localizadas em outras Unidades da Federação, acobertadas por notas fiscais com CFOP 2152, conforme se identifica na mídia digital juntada pelo autuante (doc. fl. 29);

c) o contribuinte é também detentor de Termos de Acordo com o Estado da Bahia que estabelece condições a serem preenchidas para que o mesmo possa gozar dos benefícios da redução da carga tributária, previstos no Decreto 7.799/2000, estando previsto no art. 3º-C, dessa norma, também a obrigatoriedade de retenção do ICMS, por substituição tributária, na modalidade de venda por “marketing direto”, com encerramento da fase de tributação nas saídas subsequentes.

Vejamos então o que prescreve o art. 12-A, § 1º, inc. III da Lei nº 7.014/96, ao tratar do ICMS antecipação parcial (**destaques em negrito**):

Art. 12-A - Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.

Importante também fazer a transcrição da norma contida no art. 3º - C do Decreto Estadual nº 7.799/2000, que reforça o argumento sustentado pela defendente:

Art. 3º-C - Na saída realizada por central de distribuição estabelecida neste Estado que opere sob a modalidade de marketing direto, a que se refere o Convênio ICMS 45/99, a base de cálculo da operação engloba a das saídas subsequentes, ficando encerrada a fase de tributação, sem prejuízo da redução prevista no art. 3º-B, se for o caso”

Considerando, portanto, as disposições normativas contidas na legislação do ICMS do Estado da Bahia, não remanesce dúvida para esta Relatoria, que as operações objeto deste lançamento não estavam submetidas à obrigação de pagamento do ICMS antecipação parcial, visto que o inc. III, do § 1º, art. 12-A da Lei nº 7.014/96, apresenta regramento específico, afastando essa imposição para as mercadorias e atividades enquadradas no regime da ST.

As operações desenvolvidas pelo estabelecimento autuado, na modalidade de venda “porta a porta” (**marketing direto**), estão sujeitas, na forma da legislação vigente, ao pagamento do imposto pelo regime de substituição tributária.

Nessas circunstâncias, a penalidade decorrente do não recolhimento do ICMS antecipação parcial na etapa de

entrada dos produtos comercializados pela autuada, deve ser afastada.

Ante o acima exposto, nosso voto é pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Diante de tais considerações a Decisão da JJF foi pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração, recorrendo de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

É o relatório.

VOTO

Examinando as peças que integram os autos, depreendo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação quando da análise do Recurso de Ofício interposto, inerente ao Acórdão de nº 0013-05/21-VD.

Trata-se de exação no valor de R\$924.008,29, decorrente da multa percentual de 60% sobre o ICMS que deixou de ser pago por antecipação parcial, quando das entradas de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, com saída posterior tributada normalmente.

Como bem consignado na Decisão recorrida, trata-se de estabelecimento com atividade de venda direta, denominada “marketing direto” ou “venda porta a porta”, pela qual as empresas fabricantes / distribuidoras são obrigadas a recolher o ICMS devido nas operações subsequentes promovidas pelas revendedoras/consultoras, pessoas físicas, na condição de substitutos tributários, nos termos regulados pelo Convênio ICMS 45/1999, normas estas recepcionadas pelo art. 333 do Decreto nº 13.780/12 (RICMS/BA), os quais estabelecem, respectivamente, 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 subsequentes saídas realizadas pelo revendedor.*

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).*

O fato de se tratar de estabelecimento com atividade de venda direta é incontestável, especialmente em razão do Termo de Acordo firmado com o Estado da Bahia (fls. 64/65), no qual, em sua cláusula primeira, o habilitou como beneficiário do tratamento tributário, previsto no art. 3º-C do Decreto nº 7.799/00, o qual estabelece que:

Art. 3º-C *Na saída realizada por central de distribuição estabelecida neste Estado que opere sob a modalidade de marketing direto, a que se refere o Convênio ICMS 45/99, a base de cálculo da operação engloba a das saídas subsequentes, ficando encerrada a fase de tributação, sem prejuízo da redução prevista no art. 3º-B, se for o caso.*

Sendo assim, como bem consignado na Decisão recorrida, o estabelecimento autuado, na condição de distribuidor estabelecido neste Estado, na base de cálculo da operação, também engloba a das saídas subsequentes, ficando encerrada a fase de tributação, o que implica a substituição tributária nas operações de revenda das mercadorias, objeto de seu negócio, realizadas na sistemática de “marketing direto”.

Em consequência, nos termos do art. 12-A, § 1º, inc. III da Lei nº 7.014/96, abaixo transcrito, a JJF acertadamente concluiu, que as operações sob análise, na modalidade de venda de marketing direto, não estavam submetidas à obrigação de pagamento do ICMS antecipação parcial, já que tal regramento afasta essa imposição para as mercadorias e atividades enquadradas no regime da substituição tributária, e, nessa circunstância, a penalidade decorrente do não recolhimento do ICMS antecipação parcial na etapa de entrada dos produtos comercializados pela autuada, deve

ser afastada, do que concordo:

Art. 12-A - Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 279459.0039/20-6, lavrado contra MARY KAY DO BRASIL LTDA.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de julho de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS