

PROCESSO - A. I. Nº 2810660008/19-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - DE MILLUS S. A. - INDÚSTRIA E COMÉRCIO
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0128-03/20-VD
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 24/01/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0364-11/21-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 efetuam venda porta-a-porta. Infração insubstancial. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de Recurso de Ofício na forma do art. 169, inc. I, letra “a” do RPAF/99, em razão do Acórdão nº 0128-03/20-VD, da 3ª JJF, que julgou improcedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 02/12/2019, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$ 209.911,17, e multa de 60%, no seguinte termo:

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.

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.

Após a devida instrução processual assim decidiu a 3ª JJF:

“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 expedito, resta indubidoso 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 inquinar 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 excede 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 sobreponem 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 efetuam 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.

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 efetuam 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 indvidoso 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 N° 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 insubstiente a acusação fiscal.

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

A 3ª JJF recorre de ofício da presente decisão, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

VOTO

Como consignado no voto condutor que deu azo à Decisão recorrida, a única infração cobrada no presente PAF, apontada pela Autuante, diz respeito pela falta de recolhimento do ICMS-ST 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 à fl. 15.

Preliminarmente foi suscitada a nulidade do AI ora guerreado, pela ausência de motivação, ao qual foi negada no julgamento da 3ª JJF, que demonstrou 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, sendo devida, portanto, a retenção prevista no Convênio ICMS 45/99, sendo estes destinatários inscritos no CAD-ICMS-BA como Micro Empresários Individuais - MEIs.

Desta forma, cabe razão aos julgadores nesse ponto.

No mérito, se discute à luz da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 45/99, se a autuada seria responsável por reter e recolher o ICMS-ST nas vendas realizadas para revendedores localizados na Bahia a Microempreendedor Individual, no sistema de venda porta-a-porta.

A acusação fiscal foi baseada nas informações colhidas no INC- Informações do Contribuintes ICMS, onde constam os MEIs que declararam a forma de atuação como sendo de venda porta a porta, postos móveis ou ambulantes.

A 3ª JJF carreou aos autos a informação de outra autuação lavrada contra a mesma empresa, em que foi julgada improcedente a parte da acusação fiscal que se refere às mesmas alegações trazidas no presente feito, onde menciona o parecer da PROFIS acolhido no voto constante do Acórdão da 1ª CJF, atinente ao julgamento dos Recursos de Ofício e Voluntário, do Acórdão JJF nº 0123-02/19, que julgou o Auto de Infração nº 2810660001/18-6.

A PROFIS, através do Parecer PGE nº 2020013414-0, assim se posicionou sobre o tema:

“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 óbvio, seria remar a própria lógica de arrecadação do regime da substituição tributária.”

De tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para 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 manter a Decisão recorrida que julgou IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº **2810660008/19-9**, lavrado contra **DE MILLUS S/A. - INDÚSTRIA E COMÉRCIO**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FRANCISCO AGUIAR DA SILVA JÚNIOR – RELATOR

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