

A. I. Nº - 279459.0039/20-6  
AUTUADO - MARY KAY DO BRASIL LTDA.  
AUTUANTE - FERNANDO ANTÔNIO CANDIDO MENA BARRETO  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 19.04.2021

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

**ACÓRDÃO JJF Nº 0013-05/21-Vd**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Restou evidenciado nos autos que o contribuinte desenvolve atividade de venda direta, também denominada de venda “porta a porta” ou “marketing direto”, estando suas operações submetidas ao regime da substituição tributária, havendo inclusive Termo de Acordo firmado com o Estado da Bahia regendo essas operações. Nessas circunstâncias, a lei afasta a obrigação de recolhimento do ICMS antecipação parcial, não cabendo, por via reflexa, a exigência de multa se esse recolhimento deixou de ser realizado na etapa de entradas dos produtos. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 14/09/2020, para exigir 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.

Ocorrência verificada entre os meses de maio a dezembro de 2016 e de janeiro a dezembro de 2017. Enquadramento legal da infração: art. 12-A da Lei nº 7.014/96. Multa capitulada no art. 42, inc. II, letra “d” do mesmo diploma legal. Valor principal exigido: R\$924.008,29. Demonstrativos analíticos (fls. 8 a 28) e planilhas gravadas em DVD (mídia digital – fl. 29).

Acrescentou o autuante, na peça acusatória que as mercadorias deste contribuinte não pertencem à substituição tributária, conforme Anexo I, do RICMS 2012, não sendo obrigado, portanto, a fazer a “antecipação tributária” e nem a substituição tributária. Frisou ainda que a Antecipação Parcial é “um imposto que antecede a saída da mercadoria, já que ele é calculado pelas entradas das mercadorias no estabelecimento com pagamento até o dia 25 do mês para contribuintes credenciados”. Fez ainda transcrições de trechos da legislação tributária do Estado da Bahia relacionados com esta obrigação.

Contribuinte notificado do lançamento via DTE (Domicílio Tributário Eletrônico), com ciência expressa ocorrida em 06/11/2020, ingressa com defesa administrativa protocolada em 27/11/2020, através de petição subscrita por advogado, habilitado a atuar neste PAF através dos instrumentos de representação anexados às fls. 68/69.

Na peça defensiva apensada entre as fls. 41 a 55, o contribuinte afirma, inicialmente, ser empresa dedicada à importação, aquisição no mercado interno e revenda de cosméticos, por meio de venda direta, conforme consta no seu estatuto social. Em razão do exercício normal e regular de suas atividades, a Impugnante é contribuinte de uma série de tributos, dentre os quais o ICMS.

Passou a defesa em seguida a definir a atividade de venda direta no Brasil. Afirmou, a partir de informações extraída do “site da ABEVD (Associação Brasileira de Empresas de Vendas Diretas) que: “A venda direta é um sistema de comercialização de bens de consumo e serviços

*diferenciado, baseado no contato pessoal, entre vendedoras e compradores, fora de um estabelecimento fixo.*" Por meio dessa modalidade de venda, as pessoas físicas (vendedoras/consultoras) adquirem produtos das empresas e os revendem aos seus clientes, de uma forma mais próxima, pois, geralmente, os clientes mantêm relações de amizade ou parentesco com os vendedores.

De acordo com a ABEVD, no ano de 2019 o volume total de negócios foi de **R\$45.000.000.000,00 (quarenta e cinco bilhões de reais)** sendo que, o número de revendedores de todo o setor – ou seja, somando profissionais autônomos atuantes em empresas associadas e não associadas–, foi da ordem e 4.000.000 (quatro milhões).

No Brasil, o mercado de cosméticos, ramo de atuação da Impugnante, em sua grande maioria é formado por empresas que utilizam a forma de comercialização denominada "*Door to door*" ou "*porta a porta*", em que a Consultora de Beleza Independente vai até a residência ou local de trabalho do consumidor final, demonstra e revende os produtos. Algumas revendedoras mais empreendedoras têm os produtos de maior procura para a pronta entrega. Isso se dá pelo fato de que, além do grande número de consumidores existentes no país, as características geográficas/continentais, permitem uma maior penetração em todas as regiões.

Sob a ótica do revendedor, a venda direta permite aos seus participantes a complementação de sua renda mensal, pois aufera lucro na comercialização dos produtos que revende.

Em seguida discorreu que sobre essas operações ocorre a incidência de diversos tributos federais e estaduais, com destaque para o imposto de renda que alcança o lucro auferido nessa atividade e o ICMS cujo fato gerador ocorre na saída das mercadorias do estabelecimento do remetente, calculado sobre o valor das mercadorias remetidas.

No tocante ao ICMS a defesa fez observar que para as empresas não há dificuldades para o cumprimento dessas formalidades exigidas na legislação de regência desse tributo, entretanto, para os revendedores há muita dificuldade para o cumprimento das formalidades, em virtude de seu pouco conhecimento das leis tributárias e do custo financeiro que teriam que suportar.

Em razão desse fato, existe no Brasil um instituto tributário chamado de "substituição tributária", através da qual o industrial ou comerciante atacadista fica obrigado a recolher o ICMS devido nas operações subsequentes, em relação às mercadorias revendidas pelos revendedores.

No caso concreto, a substituição tributária na venda direta encontra-se atualmente regulamentada pelo Convênio ICMS nº 45, de 23.07.1999, do CONFAZ – Conselho Fazendário (órgão firmado pelo Ministro da Fazenda e os Secretários da Fazenda dos Estados e do Distrito Federal).

Em razão de tal regulamentação, as empresas celebram com as Secretarias da Fazenda dos Estados um Termo de Acordo ou Regimes Especiais (uma espécie de contrato), onde são estabelecidas as formalidades a serem cumpridas pelas partes para o cálculo e recolhimento do ICMS devido pelas revendedoras domiciliares.

Assim, as empresas se obrigam a escriturar os livros fiscais relativos às operações das revendedoras domiciliares, recolher o imposto devido e cumprir outras formalidades em nome das revendedoras domiciliares. Estas, por sua vez, recebem um número de inscrição coletivo, que abrange a todas, ficando desobrigadas, pessoalmente, do cumprimento de qualquer formalidade, inclusive emissão de notas fiscais.

Desta forma, as empresas assumem a total responsabilidade pelo recolhimento do ICMS devido pela atividade comercial das revendedoras domiciliares, podendo, inclusive, ser processadas administrativa e judicialmente, caso não cumpram as obrigações assumidas.

No caso do Estado da Bahia a defesa detalhou que para o período em questão (exercícios fiscais de 2016 e 2017), a Impugnante possui 02 acordos – Regimes Especiais – nos quais são fixadas as seguintes regras referentes à apuração e recolhimento do ICMS-próprio e ICMS-ST:

Para o artigo 3º-C do Decreto no. 7.799/00:

A SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA, neste ato representada pelo Diretor de Planejamento da Fiscalização, e a empresa MARY KAY DO BRASIL LTDA., estabelecida na ESTRADA CAMPINAS PIRAJÁ, nº 1068, GALPÃO 11, SALA 01, inscrita no cadastro de contribuintes do ICMS do Estado da Bahia sob o nº 131.139.011 e no CNPJ (MF) 00.223.046/0006-84 a partir deste momento, designada ACORDANTE, neste ato representada pelo seu representante legal Sr. ALVARO MIGUEL POLANCO, resolvem firmar o presente TERMO DE ACORDO, mediante o exposto nas cláusulas seguintes:

**Cláusula primeira** - Fica a ACORDANTE habilitada como beneficiária do tratamento tributário previsto no art. 3º-C do Decreto nº 7.799, de 09 de maio de 2000.

**TEXTO NORMATIVO:** "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 (LGL 1999|755), 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".

Para o artigo 2º do Decreto no. 7.799/00:

A SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA, neste ato representada pelo Diretor de Planejamento da Fiscalização, e a empresa MARY KAY DO BRASIL LTDA., estabelecida na ESTRADA CAMPINAS PIRAJÁ, nº 1068, GALPÃO 11, SALA 01, inscrita no cadastro de contribuintes do ICMS do Estado da Bahia sob o nº 131.139.011 e no CNPJ (MF) 00.223.046/0006-84 a partir deste momento, designada ACORDANTE, neste ato representada pelo seu representante legal Sr. ALVARO MIGUEL POLANCO, resolvem firmar o presente TERMO DE ACORDO, mediante o exposto nas cláusulas seguintes:

**Cláusula primeira** - Fica a ACORDANTE habilitada como beneficiária do tratamento tributário previsto no art. 2º do Decreto nº 7.799, de 09 de maio de 2000.

**TEXTO NORMATIVO:** "Art. 2º - O contribuinte inscrito sob um dos códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto poderá lançar a crédito, no período de apuração respectivo, o valor equivalente a 16,667% (dezesseis inteiros, seiscentos e sessenta e sete milésimos por cento) do valor do imposto incidente nas operações interestaduais que realizar com qualquer mercadoria."

Assim, observa a defendente, para as operações nas quais a Impugnante remete as mercadorias para suas Consultoras, para posterior revenda, à empresa compete apuração e recolhimento do ICMS-ST (ICMS Substituição Tributária).

Analizando a autuação, a impugnante observa que a fiscalização entende que a empresa deveria ter efetuado a antecipação do ICMS, tendo por fundamento legal, o disposto no inciso I alíneas "a" e "b" e II, do § 4º, do artigo 8º, da Lei nº 7.014/96 e inciso I, artigo 4º do mesmo diploma normativo.

Afirmou que normalmente o Estado da Bahia exige a antecipação do ICMS na entrada interestadual de mercadorias sujeitas (i) ao ICMS-ST (ii) e mercadorias destinadas a contribuintes não inscritos, contribuintes desabilitados ou sem destinatário certo. No caso específico, conforme já frisado anteriormente, a Impugnante firmou com o Estado da BAHIA 02 (dois) regimes especiais que regulamentam suas atividades nesta localidade, seguindo o regramento contidos no artigo 3º-C do Decreto 7.799/00, para o ICMS-ST, já referenciado.

Portanto, o Acordo firmado com o Estado da Bahia que define a tributação pelo ICMS se encerra na saída de seus produtos que estão contemplados no regime de substituição tributária.

Resumindo as operações que desenvolve neste Estado a defesa apresenta o seguinte quadro:

- a. Mary Kay, na grande maioria de suas atividades no Estado da Bahia, atua como atacadista no setor de venda porta-a-porta;
- b. Referidas operações estão contempladas no regime de substituição tributária em função do Convênio ICMS nº 45/99;
- c. Mary Kay recebe mercadorias por meio de transferência de estoque de suas filiais, ou aquisição junto a fornecedores;

- d. Mary Kay possui acordo com o Estado da Bahia no qual lhe foi conferido o tratamento previsto no artigo 3º-C do Decreto no. 7.799/00;
- e. Referido artigo prevê o encerramento da tributação do ICMS em relação às saídas subsequentes que a Mary Kay der a seus produtos;

Pondera, portanto, que a premissa, segundo a qual a tributação do ICMS se encerra nas saídas que a Impugnante der aos seus produtos é de extrema relevância para o bom deslinde da questão, visto que a submissão das atividades da Impugnante ao artigo 3º C do Decreto no. 7.799/00, o qual prevê o encerramento da tributação, está entre as operações excepcionadas do regime de antecipação do ICMS, conforme expressa determinação do inciso III do § 1º do artigo 12-A da Lei n.º 7.014/96, o qual dispõe:

*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.*

Conforme se observa, o encerramento da tributação do ICMS-ST é uma das exceções veiculadas no § 1º, do artigo 12-A da Lei n.º 7.014/96 ao regime de antecipação parcial do ICMS, de modo que, não havia e não há obrigatoriedade à Impugnante do recolhimento desta parcela do ICMS, por expressa disposição legal e por expressa autorização do Estado, já que este concedeu autorização à Impugnante, por meio do regime especial já mencionado.

Frisou, na sequência, que o Conselho da Fazenda da Bahia, em diversas oportunidades, fixou o entendimento favorável no sentido de não ser obrigatória a antecipação do recolhimento do ICMS em casos em que o contribuinte está albergado por regime especial. Neste sentido transcreveu ementas dos seguintes acórdãos:

**SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA**

**2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO N° 0378-12.18**

**AI N° 279115.0006/17-8**

**DATA DO JULGAMENTO: 10/12/2018**

**EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RETIDO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Comprovado nos autos que o contribuinte não é obrigado ao recolhimento do ICMS ST quando da realização de operações de compra e venda com as empresas que possuíam regime especial à época dos fatos geradores, que as dispensavam da retenção antecipada do ICMS nos termos dos Protocolos 99/09 e 105/09. Infrações insubstinentes. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

**SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DA BAHIA**

**2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO N° 0282-12.17**

**AI N° 213080.1035/16-2**

**DATA DO JULGAMENTO: 02/08/2017**

**EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS PARA CONTRIBUINTE LOCALIZADO NO ESTADO DA BAHIA. FALTA DE RECOLHIMENTO.** Comprovado nos autos que o destinatário das mercadorias possui Termo de Acordo que o habilita ao regime especial de tributação previsto no Decreto 11.872/09, sendo, portanto, o responsável pelo recolhimento do imposto nos termos do referido Acordo. Exigência insubstiente quanto ao remetente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

Nessa mesma linha de entendimento destacou que até mesmo os Julgadores de 1<sup>a</sup> instância deste CONSEF reconhecem a improcedência de autuações em casos que o contribuinte está albergado por regime especial em suas operações, conforme decisão a seguir transcrita:

**ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PEÇAS E ACESSÓRIOS PARA VEÍCULOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Ficou comprovado que na data de lavratura do Auto de Infração a Secretaria da Fazenda já havia deferido o pedido de Regime Especial para recolhimento do imposto até o quinto dia após a entrada das mercadorias no estabelecimento do autuado. Auto de Infração IMPROCEDENTE. Decisão unânime. FAZ/BA 0409-03/2 – 25/11/2002.

Em razões complementares a defesa declarou que ainda que seja reconhecida a procedência da presente a autuação, **o que a impugnante admite apenas e tão somente para efeitos de argumentação**, nítido estaria configurado o comportamento contraditório da Administração Pública que ensejaria a aplicação do parágrafo único do artigo 100 do CTN, o qual dispõe:

*“Art. 100 - São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:*

*(...)*

**Parágrafo único:** A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição das penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.”

Em relação a este específico aspecto, o contribuinte relatou que após reuniões com a SEFAZ/BA, e em razão do regime especial que lhe foi conferido, tem claro e definido que está contemplada pela exceção veiculada inciso III, do § 1º, do artigo 12-A da Lei n.º 7.014/96, ou seja, adotou a conduta apontada e definida pelo Estado para apuração e recolhimento do ICMS.

Todavia, a Administração Pública ao exigir a multa em razão do contribuinte não ter recolhido a antecipação parcial do ICMS contradiz completamente sua orientação inicial, no sentido de conferir regime especial à Impugnante, o qual autoriza a não antecipação do imposto nas aquisições ou transferências interestaduais.

Portanto, afirma a impugnante, caracterizada a dúvida na interpretação das normas dispositivas do tema, **admitindo essa dúvida apenas e tão somente para efeitos de argumentação**, já que no entender do contribuinte sua conduta de não recolher o tributo de forma antecipada (antecipação parcial) foi e está correta, requer que seja julgado o pedido subsidiário ao principal, cancelando-se a multa e demais consectários legais nos termos do parágrafo único do artigo 100 do CTN.

A defesa formulou ao final os seguintes pedidos:

- a. Reconhecimento de que o regime especial, ao prever a aplicação do artigo 3ºC do Decreto no. 7.799/00, com *encerramento da tributação do ICMS nas saídas de produtos que a Impugnante realizar*, traz a desnecessidade de recolhimento de antecipação do recolhimento do ICMS nos termos inciso III, do § 1º, do artigo 12-A da Lei n.º 7.014/96;
- b. Após o reconhecimento do enquadramento da operação inciso III, do § 1º, do artigo 12-A da Lei n.º 7.014/96 a Impugnante requer o cancelamento integral da exigência da multa veiculada no Auto de Infração;
- c. Não obstante, apenas e tão somente para efeitos de argumentação, admitindo-se como obrigatória a retenção, a Impugnante requer a aplicação do parágrafo único do artigo 100 do CTN ao caso, resultando, pois, no cancelamento da exigência fiscal em sua integralidade.

INFORMATIVO FISCAL prestado pelo autuante através da peça processual juntada às fls. 88/89 dos autos, protocolada em 22/12/2020. Declarou que diferentemente do que foi alegado pela defesa,

contribuintes com CNAE Fiscal de comércio de atacadista de cosméticos e produtos de perfumaria, fazem regularmente recolhimento do ICMS antecipação parcial, conforme relação de DAES (documentos de arrecadação estadual), dos exercícios de 2016 de 2017, documentos anexos (fls. 90/93). Por uma questão de sigilo fiscal declarou ter omitido os dados de identificação dos contribuintes constantes das relações de DAES juntadas nesta etapa do processo. Voltou a destacar que as mercadorias que compõem a presente autuação não estão incluídas no regime da ST, conforme ANEXO I, do RICMS/12, razão pela qual o autuado não se encontrava obrigado a fazer antecipação ou substituição tributária total. No entanto, inafastável é a exigência da antecipação tributária parcial, que deveria ter sido calculada e recolhida por ocasião das entradas das mercadorias no estabelecimento, até o dia 25 do mês subsequente às aquisições, para os contribuintes previamente credenciados perante a SEFAZ-Ba. Transcreveu na peça informativa trechos da legislação tributária, contidos no RICMS/Ba (Decreto nº 13.780/12) e na Lei nº 7.014/96, para fundamentar seu entendimento de que o contribuinte deixou de cumprir a obrigação fiscal perante o erário legalmente prevista.

## VOTO

Inicialmente, cabe a este órgão julgador apreciar as questões formais e preliminares do processo, ainda que o contribuinte não tenha suscitado vícios que pudessem inquinar de nulidade o presente Auto de Infração.

Na nossa avaliação, o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas no RPAF/99. As bases imponíveis do lançamento foram demonstradas em atendimento aos procedimentos previstos na legislação regente da matéria. Os valores se encontram contidos nos demonstrativos de débito de fls. 08/09 do PAF, com detalhamento das operações na Mídia Digital juntada à fl. 29. O inteiro teor das peças processuais foi entregue ao contribuinte, quando da notificação do lançamento. Por sua vez, houve a indicação correta do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além da menção dos dispositivos da legislação considerados infringidos. Registre-se ainda que a descrição da infração na peça acusatória foi clara e determinada.

Os princípios processuais administrativos foram observados, garantindo-se ao contribuinte o pleno exercício do direito de defesa.

Por sua vez, em relação ao sujeito passivo, não identificamos problemas quanto a representação legal.

Desnecessidade também de realização de diligências, considerando que os elementos fático-probatórios já se encontram presentes nos autos.

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/12, 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 defendant:

*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.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 279459.0039/20-6, lavrado contra MARY KAY DO BRASIL LTDA.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras 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.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de fevereiro de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

PAULO DANILLO REIS LOPES - JULGADOR