

A. I. Nº - 207109.0012/20-8
AUTUADO - DE MILLUS S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO
AUTUANTE - JOÃO KOJI SUNANO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/12/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0224-04/21-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 Estado do Rio de Janeiro, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas operações de vendas interestaduais de mercadorias com marketing direto, para destinatários localizado no Estado da Bahia, com atividade comercial que se enquadra como “venda porta-a-porta”, efetuar a retenção e o consequente recolhimento do imposto. No caso presente, 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

Cuidam os presentes autos, de exigência de ICMS no montante de R\$182.392,19, mais multa de 60%, com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96, relativamente ao exercício de 2019, em decorrência da seguinte acusação: *“Deixou de proceder a 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. Contribuintes que efetuam vendas porta a porta, exclusivamente a consumidor final nas operações de saídas no Estado da Bahia, conforme Demonstrativo de Apuração do ICMS ST Não Retido – anexo 1 e Demonstrativo Geral – Resumo Mensal – anexo 2, que fazem parte deste PAF”*.

O autuado, por intermédio de seu representante legal, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 158 a 170, onde, inicialmente, faz uma breve descrição dos fatos, ressaltando que recentemente, este CONSEF, através do Acórdão CJF nº 0148-11/20, anexo, acolhendo parecer da PGE/Profis-NCA nº 20200134414-4, cópia juntada às fls. 182 a 192, julgou improcedentes autuações feitas em face da ora Impugnante, sob os mesmos fundamentos do presente Auto de Infração, reconhecendo o Estado da Bahia que não é devido o ICMS-ST nas vendas que realiza para MEIs, razão pela qual não merece prosperar a autuação.

Em seguida passou a arguir a nulidade do Auto de Infração, por ausência de motivação, sob a alegação de que o mesmo não contém qualquer motivação que explicita porque poderia ser considerada substituta tributária nas operações autuadas, acrescentando que não basta dizer que deixou de efetuar as retenções do Convênio ICMS 45/99, era necessário que tivesse sido apontada a razão pela qual este Convênio, que é relativo a mercadorias objeto de venda pelo sistema porta a porta, seria aplicável ao caso.

Com efeito, sustentou que das 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, ao contrário, em muito delas se verifica a adoção de nome de fantasia, o que não faz sentido algum nas vendas porta a porta. Ressaltou que recolheu no exercício autuado aproximadamente

R\$8.216.000,00 de ICMS-ST para o Estado da Bahia, e, na condição de indústria remete mercadorias para este Estado para venda no próprio estabelecimento do destinatário, sem ser pelo regime porta-a-porta.

Desta maneira, disse que não foi demonstrado infração alguma, já que não foi apontado qualquer venda porta-a-porta das mercadorias, e nem foi explicitado porque foram considerados que as microempendedoras individuais para as quais remeteu as mercadorias objeto da autuação, efetuaram vendas porta-a-porta exclusivamente a consumidor final, violando, assim, o art. 142 do CTN.

Após citar decisões oriundas de outros Tribunais Pátrios, concluiu este tópico sustentando que o Auto de Infração 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 45/99.

Voltou a se referir a questão já pacificada no âmbito deste CONSEF através da decisão unânime oriunda da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão CJF nº 0148-11/20-VD, acolhendo parecer da PGE/Profis, que julgou Improcedente auto de infração de origem praticamente idêntica ao ora impugnado, transcrevendo trecho da decisão.

Acrescentou que em decorrência do mesmo parecer da PGE, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal proferiu o Acórdão nº 0128-03/20-VD no qual julgou Improcedente outro Auto de Infração, também lavrado contra si, sob os mesmos fundamentos.

Destacando que resta reconhecido pelo CONSEF que, como estas MEI são contribuintes regularmente inscritas e se submetem ao Simples Nacional, recolhendo o ICMS próprio na Guia Única de Arrecadação, não há fundamento a justificar a cobrança do ICMS-ST através do Auto de Infração em lide, pois incidente sobre as mesmas operações de remessas de mercadorias às MEIs.

No tópico seguinte apontou que os destinatários vendem as mercadorias em seus estabelecimentos, destacando que o Convênio 45/99 só autoriza a responsabilidade do remetente, caso o destinatário da nota fiscal seja: *(i)* um contribuinte não inscrito que promova a revenda das mercadorias para consumidor final (sistema porta-a-porta) e *(ii)* um contribuinte inscrito que também use o sistema de marketing direto, ou seja, promova revenda das mercadorias para revendedores não inscritos que, por sua vez, vão revender para consumidor final, hipóteses estas não ocorridas, e, desta maneira, de acordo com o Convênio nenhum ICMS-ST lhe pode ser exigido.

Se referiu ao Termo de Acordo TARE SAT/DPF nº 33406/2018, vigente a partir de 05/10/2018, que celebrou com o Estado da Bahia, o qual não foi sequer mencionado no Auto de Infração, viola o Convênio já que não permite que lhe considere substituta quando remete mercadorias para MEI que promove venda diretamente a consumidor final.

Após tecer outras considerações a este respeito, concluiu asseverando que não é 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 pela LCP 123 para este tipo de contribuinte no Simples Nacional, razão pela qual pugnou pela Improcedência do Auto de Infração.

O autuante apresentou a Informação Fiscal e fls. 210 a 213, destacando 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 da substituição tributária.

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

Pontuou que diante das alegações apresentadas pelo autuado, retirou do Auto de Infração os microempresários que especificamente não se inscreveram como vendedores porta-a-porta,

acrescentando que segundo o Termo de Acordo assinando entre o autuado 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 subsequentes saídas realizadas pelo revendedor”*.

Destacou que o autuado afirmou que todos os destinatários teriam local próprio para venda e revenda de mercadorias, entretanto, conforme consulta no cadastro de contribuintes deste Estado, constatou que a maioria quase absoluta dos MEI's inscritos optaram claramente pelo regime de venda porta-a-porta, conforme relatórios do Sistema INC anexados ao PAF quando da autuação.

No tocante a alegação acerca da Lei nº 7.014/96, em seu art. 8º, VIII, que estabelece que somente poderá ser retido o ICMS-ST destinadas a microempreendedor individual, em relação aos valores excedentes a 20% no mesmo exercício da receita bruta, defende que não se aplica ao presente caso, pois se trata de legislação interna e o Protocolo 45/99 é soberano ao estabelecer que os contribuintes que efetuem venda porta-a-porta deverão ter retenção do ICMS-ST, citando o art. 295 do RICMS/BA que, ao seu entendimento, corrobora que o Convênio 45/99 se sobrepõe ao estabelecer: *“Nas operações interestaduais, a substituição tributária rege-se conforme o disposto nos convênios e protocolos para esse fim celebrados entre a Bahia e as demais unidades da Federação interessadas”*, transcrevendo, em seguida, o disposto na Cláusula Primeira no multicitado Convênio.

Citou, a favor do seu entendimento, a decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal através do Acórdão JJF nº 0037-02/20, cuja ementa assim se apresenta:

“EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. CONVÊNIO 45/99. FALTA DE RETENÇÃO. Venda interestadual, para destinatário cuja atividade comercial se enquadra como “VENDA PORTA A PORTA”, EXIGE RETENÇÃO DO ICMS. Acusação fiscal não elidida. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime”.

Concluiu pugnando pela Procedência do Auto de Infração.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Drª. Maria Eduarda Custódio Radusewski, OAB/RJ nº 215.906, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

A acusação posta nos presentes autos para efeito de exigência de ICMS no montante de R\$182.392,19, relativamente ao exercício de 2019, assim se apresenta: *“Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Contribuintes que efetuam vendas porta a porta, exclusivamente a consumidor final nas operações de saídas no Estado da Bahia, conforme Demonstrativo de Apuração do ICMS ST Não Retido ...”*.

O autuado iniciou sua defesa, arguindo a nulidade do Auto de Infração por “ausência de motivação” que explicate porque poderia ser considerada substituta tributária em relação às operações objeto da autuação.

É sabido que a descrição objetiva dos motivos de fato e de direito que serviram de fundamento para execução do lançamento tributário, consiste na indicação clara dos fatos que ensejaram a prática do ato do lançamento tributário.

No caso em tela, ao meu entender, a motivação está explícita, de forma clara, na medida em que a exigência tributária recaiu na falta de retenção do ICMS, na qualidade de substituto tributário, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, operações estas, que estão detalhadas através dos anexos elaborados pelo autuante.

Registre-se, que de acordo com excerto extraído do Voto proferido pelo i. Relator Dr. Fernando Antônio Brito de Araújo, em sede do Acórdão nº 0148-11/20-VD, anexado aos autos pelo próprio autuado, esta questão relacionada à ausência de motivação já fora analisada e afastada, consoante se verifica abaixo, no trecho aqui reproduzido:

Quanto à ausência de motivação na acusação fiscal da razão pela qual o recorrente poderia ser considerado substituto tributário, há de registrar que foi consignado na descrição da infração que “Deixou de efetuar a retenção nas vendas dos produtos constantes nas notas fiscais do Anexo 01.1, sendo esta retenção prevista no Convênio 45/99.”

Contudo, a motivação está clara, pois o sujeito passivo foi considerado substituto tributário em decorrência de realizar operações interestaduais de mercadorias para revendedores que efetuam vendas porta-a-porta e consumidor final, como previsto no referido Convênio ICMS 45/99, a saber:

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 (...).***

Portanto, ao meu entender, o autuante, ao efetuar o lançamento tributário, atendeu plenamente ao estabelecido pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, e por igual, ao quanto contido no Art. 142 do CTN, portanto, a motivação está posta e devidamente delineada, não havendo razão para se declarar a nulidade do Auto de Infração.

Quanto ao mérito do lançamento, o autuado se referiu que esta é uma questão com entendimento já pacificado neste órgão julgador administrativo, através da decisão unânime oriunda da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão CJF nº 0148-11/20-VD, que acolhendo parecer da PGE/Profis, julgou Improcedente auto de infração de origem praticamente idêntica ao ora impugnado.

Pontuou também, que em decorrência do mesmo parecer da PGE, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal proferiu o Acórdão nº 0128-03/20-VD, no qual julgou Improcedente outro Auto de Infração, também lavrado contra si, sob os mesmos fundamentos, destacando, assim, que resta reconhecido pelo CONSEF, que como as MEI são contribuintes regularmente inscritas e se submetem ao Simples Nacional, recolhendo o ICMS próprio na Guia Única de Arrecadação, não há fundamento a justificar a cobrança do ICMS-ST através do Auto de Infração em lide, pois incidente sobre as mesmas operações de remessas de mercadorias às MEIs.

O autuante, por sua vez, manteve inalterado o lançamento, ao argumento de que diante das alegações apresentadas pelo autuado, não incluiu no Auto de Infração os microempresários que especificamente não se inscreveram como vendedores porta-a-porta, acrescentando que segundo o Termo de Acordo assinado entre o autuado 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”, destacando que conforme consulta no cadastro de contribuintes deste Estado, constatou que a maioria quase absoluta dos MEI’s inscritos, optaram claramente pelo regime de venda porta-a-porta, conforme relatórios do Sistema INC anexados ao PAF quando da autuação.

Observou ainda o autuante, que a alegação defensiva da Lei nº 7.014/96, em seu art. 8º, VIII, que estabelece que somente poderá ser retido o ICMS-ST destinadas a microempreendedor individual, em relação aos valores excedentes a 20% no mesmo exercício da receita bruta, não se aplica ao presente caso, pois se tratar de legislação interna, e o Convênio 45/99 é soberano ao estabelecer que os contribuintes que efetuem venda porta-a-porta deverão ter retenção do ICMS-ST, e concluiu citando a decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0037-02/20, que julgou procedente Auto de Infração da mesma natureza do que ora se aprecia,

lavrado contra o mesmo autuado.

Analizando os fatos e documentos presentes nestes autos, vejo como elemento importante, a afirmativa do autuante no sentido de que não incluiu no Auto de Infração os microempresários que especificamente não se inscreveram como vendedores porta-a-porta. Isto significa que a autuação recaiu sobre microempreendedores individuais, que na visão do autuante, estavam inscritos com a atividade econômica específica de vendedores porta-a-porta.

Assim, é que de acordo com os dados cadastrais dos contribuintes de fls. 39 a 149, todos se encontram inscritos no regime do Simples Nacional, na condição de MEI, apesar de dentre as formas de atuação dos mesmos, constar a indicação de que também exercem a atividade de venda porta-a-porta, não de forma exclusiva.

Foram anexadas e/ou mencionados nos autos pelo autuado, as decisões pertinentes aos Acórdãos 0123-02/19 da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente em Parte Auto de Infração da mesma natureza ao que ora se aprecia, decisão esta, que foi objeto de Recursos de Ofício e Voluntário, julgados pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, que por intermédio do Acórdão nº 0148-11/20-VD, reformou a decisão de 1ª Instância, julgando o Auto de Infração Improcedente, cuja ementa assim se apresenta:

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. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Auto de Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

Citou também o autuado, o Acórdão nº 0128-03/20-VD, da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, cuja ementa é a seguinte:

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.

Observe-se que tais decisões datam de 06 de julho de 2020, e 09 de julho de 2020, respectivamente, enquanto que a decisão constante do Acórdão JJF nº 0037-20/20-VD, da 3ª JJF, citada pelo autuante, cuja ementa se encontra acima transcrita, é de 03 de março de 2020, a qual não é definitiva, por ser de 1ª Instância, e também, ser anterior às acima mencionadas.

De maneira, que conforme acima assinalado, todos os destinatários das mercadorias objeto da autuação, por serem inscritos no regime do Simples Nacional, na condição de MEI, considero que a fundamentação esposada pelo i. Relator da 1ª CJF reflete situação idêntica à que aqui se analisa, razão pela qual, considero importante transcrever abaixo excerto de tal decisão, cujo teor passa integrar o presente Voto:

*Quanto à alegação de que vários destinatários são contribuintes com estabelecimento varejista regularmente inscrito no Estado da Bahia e que vendem as mercadorias em tal local, não se caracterizando como revendedores pelo sistema porta-a-porta, verifica-se nos autos **que os destinatários se encontram inscritos na condição Micro Empreendedor Individual**, fato este confirmado na informação fiscal quando afirma “Diante das alegações apresentadas pelo autuado, retiramos do Auto de Infração os micros empresários que especificamente não se inscreveram como vendedores de porta a porta”, como também que “... conforme consulta ao cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, constatamos que a maioria quase*

absoluta dos MEI's Inscritos optaram claramente pelo regime de venda porta a porta, conforme relatórios do Sistema INC – Informações do contribuinte, que ora anexamos (Anexo 01 – Informação Fiscal).

*Assim, comprovado que os destinatários se tratam de MEI, como também que a condição sine qua non prevista no Convênio ICMS 45/99 para estabelecer a responsabilidade como substituto tributário é que as mercadorias se destinem a revendedores que **efetuem venda porta-a-porta**, acolho o opinativo da PGE/PROFIS no sentido de que:*

- 1. a opção do empreendedor pelo regime MEI (Micro Empreendedor Individual) o enquadra 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;*
- 2. o argumento para sustentação da exação de que a maioria das vendas realizadas para a MEI tiveram como destino endereços residenciais não desnatura a operação como se fora para estabelecimento fixo, visto que o art. 18-A, § 25 da LC nº 123/06 permite ao MEI utilizar sua residência como sede do estabelecimento. Assim, também neste caso deve prevalecer o sistema do Simples Nacional, como se aplicou ao estabelecimento fixo, por se tratar de adquirente sujeito ao citado regime de exceção à regra de tributação;*
- 3. a falta de higidez do lançamento contido no Auto de Infração se confirma através do regime diferenciado de tributação conferido aos MEI no seu art. 18-A da LC nº 123/06, pelo qual poderá optar pelo recolhimento dos impostos e contribuições abrangidos pelo Simples Nacional em valores fixos mensais, independentemente da receita bruta por ele auferida no mês, (...);*

Diante de tais considerações, concordo com a tese recursal de que “... no âmbito do Convênio ICMS 45/99 o revendedor último é um não inscrito e por isso tem que ser substituído, pois não tem inscrição individual”. No caso, os destinatários se encontram inscritos na condição Micro Empreendedor Individual, sujeitos ao regime diferenciado de tributação previsto no Simples Nacional.

Do exposto, consubstanciado no Parecer da PGE/PROFIS, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração. (...).”

Em conclusão, e tendo em vista o quanto acima exposto, voto pela Improcedência do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207109.0012/20-8**, lavrado contra **DE MILLUS S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “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, 26 de outubro de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR