

GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS

PROCESSO: N.º 20182700100483
RECURSO N.º 926/21
VOLUNTÁRIO:
RECORRENTE: HERBALIFE INTERNATIONAL DO BRASIL LTDA
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR: ANTÔNIO ROCHA GUEDES
RELATÓRIO: N.º 307/2021 – 1.ª CÂMARA/TATE/SEFIN

02. – VOTO

02.1 – Versa o presente PAT sobre ação fiscal movida contra o Contribuinte acima qualificado foi autuado em 03.10.2018, através do Auto de Infração N.º **20182700100483**, por deixar de apurar e pagar o ICMS-ST das mercadorias referente as notas fiscais eletrônicas conforme tabela anexa aos autos no ano de 2015, infringindo assim anexo V, tabela XXIX, item 44, O; art. 542; art. 547 todos do RICMS/RO aprov . pelo Dec. 8321-98 e convênio ICMS 45/99 e sujeitando-se a penalidade imposta no art. 77, inciso IV, alínea “a”, item 1 da Lei 688/96. Importando o presente Auto de Infração o valor de R\$26.970,64 (vinte e seis mil, novecentos e setenta reais e sessenta e quatro centavos).

02.2 – Em sua defesa o sujeito passivo alega: que ao contrario do que afirmou a fiscalização, a análise das notas fiscais autuadas permite constatar que os produtos autuados não são destinados à venda posterior ao consumidor final, que são na verdade produtos promocionais e brindes, vendidos ou concedidos aos “consultores independentes”, para que estes utilizem como instrumento de venda; que no caso da remessa de brindes e produtos promocionais aos consultores herbalife, não haverá a etapa futura da comercialização, razão pela qual é indevida a cobrança da substituição tributária; que os produtos

promocionais aqui referenciados não podem compor a presente autuação fiscal, seja pelo fato de que não são destinados ao consumidor final do mercado porta-a-porta, seja pela correção na forma pela qual as operações foram tributadas; que houve encerramento da cadeia mercantil na saída promovida pela impugnante, não há que se falar na exigência do ICMS/Substituição Tributária, por total ausência de fato gerador futuro. Ao final requer a improcedência do auto de infração.

02.3 – A autoridade julgadora de instância singular faz um relato dos autos, e fundamenta sua decisão no que segue: que as operações com o CFOP 5102 no ano de 2015 não se enquadram no conceito de brindes ou presentes, ou produtos promocionais, como tratado pelo sujeito passivo, pois a saída dos aludidos produtos não se destinam a entrega a consumidor final, mas efetivamente, aos revendedores independentes, conforme constatada pela fiscalização levada a efeito; que além disso a legislação citada nos autos, não deixa dúvidas quanto à aplicação da substituição tributária; que se sabe que tais produtos são vendidos pela Herbalife (filial de porto velho – RO) aos seus revendedores independentes, de acordo com afirmação do próprio sujeito passivo, fls 24, e que não são consumidores finais, mas replicadores de venda, que ao receberem os produtos da filial Herbalife que irão realizar a venda porta-a-porta exclusivamente à consumidor final, utilizando-se do sistema de marketing direto para comercialização dos seus produtos; que o sujeito passivo não se desincumbiu da prática da infração; que foram observados todos os requisitos legais previstos na legislação tributária de regência. Sendo assim, Determina seja notificado o sujeito passivo do teor desta decisão.

02.4 – Em seu Recurso Voluntário contra a Decisão de Primeira Instância, o sujeito passivo reitera o que fora dito em primeira defesa e acrescenta que houve equívoco por parte do Julgador, no entendimento da operação “vendidos ou concedidos aos consumidores independentes”, pois ao invés de utilizar a expressão utilizada pela recorrente (consultores independentes), equivocadamente fez menção ao termo “consumidores independentes” expressão jamais empregada na impugnação; que a referida expressão não corrobora com o entendimento ludibriado do ilmo. Julgador, que ao utilizar esse

fragmento como justificativa para incidência de ICMS-ST no caso em tela, desconfigura a operação fielmente demonstrada pela recorrente em sua defesa. Ao final requer a reforma da Decisão do julgador de primeira instância para julgar improcedente o auto de infração.

02.5 - Da análise dos autos, infere-se que o sujeito passivo foi acusado de por deixar de apurar e pagar o ICMS-ST das mercadorias referente as notas fiscais eletrônicas conforme tabela anexa aos autos no ano de 2015, contrariando a Legislação Tributária Estadual, motivo pelo qual foi lavrado o presente Auto de Infração, para cobrança do tributo devido, acrescido dos demais encargos legais aplicáveis.

Ação fiscal realizada sob o comando da DFE 20182500100037, tendo como escopo fiscalização de Malha Fiscal – Auditoria Especifica Conta Gráfica junto ao estabelecimento do contribuinte, indicado nos autos.

Vejamos o que determinam os dispositivos legais apontados como infringido e penalidade aplicada, anexo V, tabela XXIX, item 44, O; art. 542; art. 547 todos do RICMS/RO aprov . pelo Dec. 8321-98 e convênio ICMS 45/99 e sujeitando-se a penalidade imposta no art. 77, inciso IV, alínea “a”, item 1, como segue:

Art. 542. A base de cálculo do imposto, para fins de substituição tributária, será o valor correspondente ao preço de venda a consumidor, constante de tabela estabelecida por órgão competente ou, na falta desta, o preço sugerido pelo fabricante ou remetente, assim entendido aquele constante em catálogo ou lista de preços de sua emissão, acrescido, em ambos os casos, do valor do frete quando não incluído no preço (Convênio ICMS 45/99, cláusula terceira).(NR dada pelo Dec. 12310, de 10.07.06 – efeitos a partir de 1º.04.06 – Conv.ICMS 06/06)

Art. 547. Deverá o contribuinte inscrito no Estado de Rondônia, que destine mercadorias a revendedores que efetuem venda porta-a-porta exclusivamente a consumidor final e que se utiliza do sistema de marketing direto para comercialização dos seus produtos adotar este regime de substituição tributária também para as operações internas realizadas nas mesmas condições previstas nesta seção (Convênio ICMS 45/99, cláusula sexta). (NR dada pelo Dec.10477, de 02.05.03 – efeitos a partir de 05.05.2003) .

Anexo V – Tabela XXIX- RICMS?RO

Item 44 - Outros produtos comercializados pelo sistema de marketing direto porta-a-porta a consumidor final não relacionados em outros itens desta tabela

Lei 688/96

Art. 77. As infrações e as multas correspondentes são as seguintes:

Nota: Nova Redação Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15

IV - infrações relacionadas ao pagamento, retenção ou apuração do ICMS:

Nota: Nova Redação Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15

a) multa de 90% (noventa por cento):

1. do valor do imposto não pago, por deixar de pagá-lo ou contribuir para que o sujeito passivo deixe de pagá-lo, mediante ação ou omissão que resulte na falta de pagamento, nas hipóteses para as quais não haja previsão de penalidade específica;

Acusa o Fisco autuante que a empresa autuada opera a comercialização dos seus produtos a partir de sua sede em São Paulo que transfere os produtos para sua filial em Rondônia, que em seguida efetua a venda para os distribuidores independentes. Afirma que a empresa opera com produtos de venda direta ou porta a porta sujeita ao pagamento do imposto através do instituto da Substituição Tributária, conforme Convênio 45/99 e dos Arts. 77-E, 540 a 547 e da tabela XXIX do Anexo V, do RICMS/RO, aprovado pelo Decreto 8321/98. Constatou a fiscalização que a empresa remetente dos produtos de São Paulo efetua o recolhimento do ICMS antecipado. Acusa o Fisco autuante que o sujeito passivo utilizou o CFOP 5101 e 5102 e não recolheu o ICMS/ST para os produtos sujeitos a esse tipo de tributação, inclusive valor agregado, na forma da legislação Tributária Estadual, para " outros produtos comercializados pelo sistema de marketing direto porta a porta a consumidor final não relacionados em outros itens deste anexo" (Anexo V, Tabela XXI, item 999.0(2017) e item 44.0(demais anos) do RICMS/RO. Desta feita conclui o auditor autuante: " efetuamos a cobrança do ICMS/ST com Margem de Valor Agregado(MVA)..."

Defende-se o sujeito passivo que os produtos autuados são produtos promocionais e brindes, vendidos ou concedidos aos consultores independentes, para que utilizem como instrumento de venda, não ocorrendo a etapa futura de comercialização, razão pela qual não pode ser adotada a sistemática da Substituição tributária, em que a antecipação do imposto ocorre na etapa subsequente. Cita alguns produtos típicos promocionais, utilizados pelos revendedores para captação de clientes(incluídos camisetas, manuais e

outros). Assevera o sujeito passivo que na remessa de mercadorias enviadas para Rondônia efetuou o recolhimento do ICMS/ST, incluído o MVA, conforme protocolos firmados entre os Estados de SP e RO. Insiste em que os produtos promocionais não podem ser incluídos na presente autuação pois não são destinados a consumidor final, e tiveram tributação normal na operação de remessa, encerrando a fase de tributação. Ao final requer o cancelamento do crédito tributário.

Para dirimir dúvida ainda existente, o julgador singular requereu diligência junto ao autor do feito para analisar as questões levantadas pelo autuado, fl.135 e 135, sobretudo quanto à inclusão de produtos não sujeitos ao regime da substituição tributária ns base de cálculo do crédito tributário, tendo o mesmo confirmado à fl. 136, que na forma como foram encaminhados os produtos para Rondônia, esta patente que tinham sim o fim comercial, todos enquadrados na modalidade da substituição tributaria. Este mesmo entendimento foi confirmado pelo julgador singular, que assim se manifestou à fl.149, dos autos, como segue: “[...] nas operações internas com os produtos objeto da autuação(Art. 547 do RICMS/RO c/c a Clausula 6.ª do Conv. ICMS 45/99),sistema porta a porta , ainda mais quando se sabe que tais produtos são vendidos pela Herbalife Internacional do Brasil(filial de Porto Velho-RO)aos seus revendedores independentes, de acordo com a afirmação do próprio sujeito passivo,às fl. 24, e que neste caso, como demonstrado, não são consumidores finais, mas replicadores de venda (revendedores independentes), como na presente autuação, que ao receberem os produtos da Filial Herbalife que irão realizar a venda porta a porta exclusivamente a consumidor final, utilizando-se de marketing direto para comercialização dos seus produtos.....”

Assevera o Fisco que o sistema operacional da empresa, na modalidade venda porta a porta, consiste em repassar os produtos para seus representantes e estes contratam outros representantes que irão revender os produtos da marca, inclusive os denominados brindes promocionais, portanto gerando uma cadeia de sucessão de negócios, por esta razão adota-se a tributação através da cobrança do ICMS/ST.

No que pese todo o trabalho fiscal realizado pelo Fisco, não deve prevalecer a ação fiscal baseada na falta de recolhimento do ICMS relativo a mercadoria sujeita à substituição tributária, venda a consumidor final no sistema porta-a-porta, conforme Convênio ICMS 45/99, realizada por centro de distribuição localizado no Estado de Rondônia, relativo a produtos fornecidos aos revendedores para seu uso e consumo, que não são destinados a revenda aos consumidores finais, portanto, não tributáveis por substituição tributária. Além do que a empresa já recolheu o ICMS normal incidente na operação.

Desta feita há que ser reformada a decisão de instância singular, que decidiu pela procedência da ação fiscal, em razão de não haver se confirmado operação sucessiva de revenda dos produtos, encerrando-se a fase de tributação, no que concerne à incidência do ICMS/ST.

Resta concluir que a presente ação fiscal observou os trâmites legais, em consonância com os princípios que norteiam o PAT, inclusive foi assegurado ao sujeito passivo o direito ao contraditório e ampla defesa, tendo o mesmo carreado ao autos argumentos ou provas capazes de ilidir o feito fiscal.

02.6 – Face ao exposto e por tudo mais que dos autos consta, conheço do recurso voluntário interposto, para ao final dar-lhe provimento, reformatando-se a decisão de primeira instância, que julgou procedente para improcedente o Auto de Infração.

Porto Velho, 25 de outubro de 2021

ANTONIO ROCHA GUEDES
JULGADOR/RELATOR

GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS – TATE

PROCESSO : Nº. 20182700100483
RECURSO : VOLUNTÁRIO Nº. 926/21
RECORRENTE : HERBALIFE INTERNATIONAL DO BRASIL LTDA
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.
RELATOR : JULGADOR – ANTÔNIO ROCHA GUEDES

RELATÓRIO : Nº307/2021/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN.

ACÓRDÃO Nº. 333/21/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN.

EMENTA : ICMS/ST/MULTA - OPERAÇÃO INTERNA – VENDA DE MERCADORIA PORTA-A-PORTA – CONVENIO ICMS 45/99 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO — INOCORRÊNCIA – Não deve prevalecer a ação fiscal baseada na falta de recolhimento do ICMS relativo a mercadoria sujeita à substituição tributária, venda a consumidor final no sistema porta-a-porta, conforme Convênio ICMS 45/99, realizada por centro de distribuição localizado no Estado de Rondônia, relativo a produtos fornecidos aos revendedores para seu uso e consumo, que não são destinados a revenda aos consumidores finais, portanto, não tributável por substituição tributária. Empresa já recolheu o ICMS normal incidente na operação. Reformada a decisão de primeira instância de procedente para improcedente a ação fiscal. Recurso Voluntário provido. Decisão Unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os membros do **EGRÉGIO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE**, por unanimidade em conhecer do Recurso Voluntário interposto, para ao final dar-lhe provimento, reformando a decisão de Primeira Instância que julgou procedente para **IMPROCEDENTE** o auto de infração, conforme Voto do Julgador Relator, constante dos autos, que faz parte integrante da presente decisão. Participaram do julgamento os Julgadores: Roberto Valladão de Carvalho, Leonardo Martins Gorayeb e Antônio Rocha Guedes e Fabiano Emanuel Fernandes Caetano.

TATE, Sala de Sessões, 25 de outubro de 2021.

~~Anderson~~ **Aparecido Arnaut**
Presidente

~~Antônio~~ **Rocha Guedes**
Julgador /Relator