

A. I. Nº - 923680-5/02
AUTUADO - ALEX ANDRADE DE OLIVEIRA
AUTUANTE - ALBA MAGALHÃES DAVID
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNETE - 27.06.02

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0208-01/02

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS A CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Não se deve confundir “contribuinte não inscrito” com “pessoa não inscrita”. Na legislação do ICMS, entende-se por contribuinte a pessoa cujo negócio ou atividade corresponda à descrição dessa figura jurídica na legislação. Há dois fatores que determinam se certa pessoa é ou não contribuinte: que a prática das atividades referidas na norma jurídica sejam habituais, ou que o volume dos bens em circulação (ou dos serviços prestados) indique intuito comercial. O que define se determinada pessoa é ou não contribuinte não é o fato de ela estar ou não inscrita no cadastro estadual, e sim o preenchimento ou não dos requisitos legais que caracterizam o sujeito passivo tributário. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 15/1/2002, acusa a realização de operação de venda a contribuinte não inscrito no cadastro estadual “sem a retenção da antecipação tributária do ICMS” [*sic*]. Imposto exigido: R\$ 521,58. Multa: 60%.

O contribuinte defendeu-se dizendo que é microempresa, e que as operações preenchem os requisitos exigidos pela legislação. Considera que a cobrança de ICMS nesse caso com multa de 60%, sob pretexto de falta de retenção da antecipação, fere o próprio Regulamento do imposto. Aduz que as Notas Fiscais emitidas na venda de mercadorias por microempresa não geram sequer crédito do tributo. Pede a anulação do Auto de Infração.

A auditora responsável pelo procedimento prestou informação dizendo que o Regulamento do ICMS determina que as microempresas devem fazer a retenção do imposto na operação interna subsequente [*sic*]. Comenta que a obrigação da antecipação tributária nas vendas a contribuinte não inscrito envolve qualquer mercadoria. Considera que as exceções à antecipação tributária não se aplicam ao caso em tela, de modo que persiste a obrigação do autuado no sentido de antecipar o ICMS devido nas operações de venda subsequente a contribuinte não inscrito. Opina pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Segundo a descrição do fato no Auto de Infração, o fisco apura a realização de operação de venda a contribuinte não inscrito no cadastro estadual “sem a retenção da antecipação tributária do ICMS”. Ao prestar a informação, a auditora responsável pelo procedimento explica que o Regulamento do ICMS “determina que as microempresas deverão fazer a retenção do imposto na operação interna subsequente”.

A partir das expressões reproduzidas entre aspas, deduz-se que a autuação fiscal teve por motivo a falta de retenção do ICMS devido a título de antecipação tributária (não se “retém” a antecipação tributária), nas vendas efetuadas a pessoas consideradas contribuintes, porém não inscritas no cadastro estadual, estando previsto no Regulamento do ICMS que seja feita a retenção do imposto relativo à operação interna subsequente (note-se que a retenção do imposto não é feita “na operação interna subsequente”...).

Estou fazendo esses comentários porque nas expressões assinaladas se encontra a chave para a compreensão das razões que levaram a nobre auditora a supor que uma microempresa seria obrigada a reter o imposto “na operação interna subsequente”.

O art. 353, I, do RICMS/97 – um dos dispositivos em que se baseou a ilustre auditora – prevê a responsabilidade pela retenção do imposto “relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes”, quando o contribuinte efetuar saída de mercadorias “destinadas outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes”. Quando o Regulamento fala de contribuinte que efetua saída de mercadorias destinadas outro não inscrito, cumpre indagar o que é esse “outro” não inscrito. É evidente que se trata de “outro contribuinte”.

Chega-se aqui ao cerne da questão. Não se deve confundir “contribuinte não inscrito” com “pessoa não inscrita”. Todo contribuinte é pessoa, mas nem toda pessoa é contribuinte. Por contribuinte, em se tratando de ICMS, entende-se unicamente a pessoa cujo negócio ou atividade corresponda à descrição contida no art. 36 do RICMS/97. Há dois fatores que determinam se certa pessoa é ou não contribuinte: que a prática das atividades referidas no citado dispositivo sejam habituais, e que o volume dos bens em circulação indique intuito comercial. Como arremate a essa orientação, o art. 151 aviva: o que determina se uma pessoa é ou não contribuinte do imposto não é o fato de estar ou não estar inscrita no cadastro estadual, e sim o preenchimento ou não dos requisitos estipulados no art. 36.

O Regulamento não manda que se faça a retenção do imposto “na operação interna subsequente”, nem tampouco que se faça a retenção se o adquirente não é inscrito. A retenção do imposto a que se refere o inciso I do art. 353 do Regulamento é devida apenas quando a venda é feita a *contribuinte* não inscrito, e o imposto retido diz respeito às *futuras operações a serem realizadas pelo adquirente*. Se o adquirente não é contribuinte, se as mercadorias não se destinam a futuras operações mercantis tributáveis pelo ICMS, não é devida a retenção do tributo – e isso é dito claramente no art. 355.

Examinando as Notas Fiscais anexadas aos autos pela nobre auditora como elementos de prova, concluo, sem hesitar, que não há razão para se exigir a retenção do imposto neste caso. Tomo por exemplo a primeira Nota Fiscal, nº 1536 (fl. 4). Essa Nota Fiscal documenta a venda de 1 porta-cebola, 1 porta-alho, 2 xícaras, 4 porta-fósforo, 1 jogo de cond. (condimentos?) e 1 urna. Isso não é venda para “contribuinte”. Observe-se agora a Nota Fiscal, nº 1535 (fl. 6). Através dessa Nota Fiscal, foram vendidas as seguintes mercadorias: 1 travessa, 1 bule, 1 saleiro, 4 potes de manteiga, 1 jogo com 6 xícaras e 1 pote para bombom. Já a Nota Fiscal 1534 (fl. 7) diz respeito à venda de 1 porta-sabão, 1 saleiro, 1 suporte para condimento, 5 potes de condimento, 3 conjuntos

de pratos, 3 descansos de panela, 1 conjunto de xícaras e 3 açucareiros. E assim por diante. Trata-se de típicas vendas a consumidores finais. O RICMS/97, no art. 355, VII, é claro: não se faz retenção do imposto nas vendas a consumidor final. Há algumas Notas Fiscais em que as quantidades são maiores (até 10 unidades), envolvendo produtos como coquetel de cabelo, creme de pepino, creme para barriga, óleo perfumado, creme contra rachaduras, óleo corporal, creme facial, loção adstringente, leite de amêndoas. Essas mercadorias, como é do conhecimento de todos, são também vendidas a “salões de beleza”, para emprego na prestação de serviços. Embora salões de beleza não sejam consumidores finais, também não é devida a retenção do imposto, pois o art. 355, IV, excetua a antecipação do tributo nas vendas efetuadas a estabelecimento prestador de serviço de qualquer natureza, quando as mercadorias forem destinadas a emprego na prestação, a menos que se trate de serviço em que o fornecimento de mercadorias, de acordo com lei complementar, esteja sujeito ao imposto estadual.

O autuado, em sua defesa, em termos simples, consentâneos com a sua condição de microempresa, pondera que a cobrança de ICMS nesse caso, sob pretexto de falta de retenção, fere o próprio Regulamento do imposto. Concorro plenamente com o contribuinte.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **923680-5/02**, lavrado contra **ALEX ANDRADE DE OLIVEIRA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2002.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – JULGADOR