

A. I. N° - 298947.0006/06-4
AUTUADO - ANDREA ALMEIDA SUPERMERCADO
AUTUANTE - ZELMA BORGES DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ BRUMADO
INTERNET - 04/12/2006

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0343-03/06

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA PARA CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. A lei atribui ao atacadista a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo referente à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/06/2006, refere-se à exigência de R\$3.893,82 de ICMS, acrescido da multa de 60%, por falta de retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Não realizou a retenção do ICMS referente às notas fiscais de vendas de mercadorias a contribuintes não inscritos, em quantidades que configuram o objetivo de revenda, nos meses de janeiro a agosto de 2005.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 157 a 162), alegando que os administradores públicos não podem agir fora dos parâmetros indicados na legislação, ou seja, não podem agir ao seu livre arbítrio, devendo apurar o tributo de acordo com os fatos reais. Diz que o fisco está pretendendo transferir a sua obrigação de provar aquilo que não conseguiu na ação fiscal, invertendo o ônus da prova. O defendente entende que não há evidência da real infração, tendo em vista que não existe dispositivo legal prevendo que um comércio varejista só pode realizar vendas a consumidor até certo valor, e a autuante considerou notas fiscais com valores irrisórios como se fossem correspondentes a vendas para atacadistas, a exemplo das notas fiscais de números 835, no valor de R\$173,35, 840, no valor de R\$180,25, 841, no valor de R\$132,65, 856, no valor de R\$85,05, e tantas outras que fazem parte do levantamento fiscal. Argumenta que, se não forem suficientes os documentos fiscais acostados aos autos para elidir a autuação, que seja determinado um Auditor Fiscal estranho ao feito para fazer a necessária apuração no estabelecimento autuado, para que fique comprovado que não houve vendas a contribuintes. Afirma que existem casos em que a presunção legal é incontestável, a exemplo do art. 2º, § 3º, inciso IV, do RICMS-BA. Entende que no presente caso, a autuante não observou o princípio da legalidade, que estabelece que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei”. Finaliza, dizendo que espera que a autuante, ao produzir a sua informação fiscal, possa revisar o seu ato e concordar com as razões de defesa. Pede a improcedência do presente Auto de Infração.

A autuante, em sua informação fiscal às fls. 165 a 169 dos autos, em relação ao argumento do autuado de que jamais vendeu mercadorias para contribuintes, diz que as próprias notas fiscais

constantes do PAF demonstram o contrário, a exemplo das NFs de fls. 131, 132, 133, 136, 138, 141, 142, 144, 145, 146, 147, 149 e 152. Assegura que essas notas fiscais foram emitidas para restaurantes e pizzaria; apresentam valores altos e quantidades de mercadorias que caracterizam aquisições para revenda. Prossegue, afirmando que as notas as notas fiscais às fls. 57, 62, 64, 65, 66 e 68 foram emitidas para restaurantes que vão preparar alimentos, e esses estabelecimentos têm a obrigação de estar inscritos. Quanto à alegação do autuado de que algumas notas fiscais têm valores menores, observa que apesar de a nota fiscal ser de pequeno valor, a quantidade de mercadoria nela consignada demonstra o intuito comercial do adquirente, a exemplo das notas fiscais às fls. 14 a 16. Diz que o autuado afirma que a NF 856, tem o valor de R\$85,05, mas o mencionado documento à fl. 21, foi emitido no valor total de R\$444,55 e se refere a 04 pacotes de creme dental, 02 caixas de cera líquida e 12 pacotes de aparelho Prestobarba Excel. Em seguida, a autuante relaciona às fls. 167 a 169 outras notas fiscais que apresentam itens com quantidades que caracterizam o objetivo de revenda pelos adquirentes, e não, venda a consumidor. Finaliza, dizendo que não há razão para o julgamento de improcedência da autuação, considerando as evidências das irregularidades apuradas. Pede que o presente Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Inicialmente, quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência por Auditor Fiscal estranho ao feito, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide, diante dos demonstrativos elaborados pela autuante, com base nas notas fiscais acostadas aos autos, inexistindo qualquer dúvida quanto aos cálculos efetuados no levantamento fiscal.

No mérito, o presente Auto de Infração, refere-se à exigência de ICMS, por falta de retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. O autuado não fez a retenção do ICMS referente às notas fiscais de vendas de mercadorias a contribuintes não inscritos, em quantidades que configuram o objetivo de revenda, conforme demonstrativos às fls. 06 a 13.

Para comprovar a irregularidade apurada, a autuante acostou aos autos fotocópias das notas fiscais, fls. 14 a 152, nas quais se constata que foram adquiridas mercadorias em nome de pessoas físicas em quantidades expressivas, a exemplo de 05 fardos de papel higiênico neutro (NF 843), 50 Kg de salsicha congelada granel (NF 893), 15 caixas de água sanitária (NF 0283). Algumas notas fiscais constam como destinatários, restaurantes e pousadas, sem qualquer indicação de inscrição estadual e no CNPJ.

Observo que se caracteriza uma determinada pessoa como contribuinte do ICMS o fato de essa pessoa preencher os requisitos do art. 36 do RICMS/97, que estabelece: “contribuinte do ICMS é qualquer pessoa física ou jurídica que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”.

O autuado alega que não há evidência da real infração; não existe dispositivo legal prevendo que um comércio varejista só pode realizar vendas a consumidor até certo valor, e a autuante considerou notas fiscais com valores irrisórios como se fossem correspondentes a vendas para comerciantes. Entretanto, não são acatadas as alegações defensivas, haja vista que a autuação não é decorrente dos valores consignados nos documentos fiscais, e sim das quantidades das

mercadorias, que evidenciam o intuito de comercial dos destinatários, conforme prevê o dispositivo regulamentar acima reproduzido.

De acordo com o art. 353, I, do RICMS/97, o contribuinte que efetuar saída de mercadorias a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes, é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, e por isso, deve fazer a retenção do imposto nas operações internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo correspondente às operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes.

No caso em exame, conforme salientou a autuante em sua informação fiscal, as próprias notas fiscais constantes do PAF demonstram que as mercadorias foram adquiridas por contribuintes não inscritos, a exemplo das NFs de números 0355, 0356, 357, 361, 362, 376, 382 fls. 131 a 137. Quanto às notas fiscais que foram emitidas para restaurantes e pizzarias, não constam nos documentos fiscais a inscrição estadual e no CNPJ desses estabelecimentos, por isso, deve ser efetuada a retenção do imposto, na forma adotada pela autuante.

Em relação à NF 856, que o autuado alega ter o valor de R\$85,05, a autuante esclareceu, e está comprovado nos autos, que o mencionado documento à fl. 21, foi emitido no valor total de R\$444,55. Portanto, não assiste razão ao autuado, que alegou se tratar de valor insignificante, constando inclusive a venda de 12 pacotes de aparelho Prestobarba, o que demonstra que não foi adquirido para consumo. Dessa forma, não se trata de presunção como entendeu o autuado, considerando a comprovação por meio dos documentos fiscais acostados aos autos.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298947.0006/06-4**, lavrado contra **ANDREA ALMEIDA SUPERMERCADO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$3.893,82**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de outubro de 2006

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR