

**A. I. N °** - 299689.0025/07-2  
**AUTUADO** - XELABONG COMÉRCIO E CONFECÇÕES DE ROUPAS LTDA.  
**AUTUANTE** - ALBA MAGALHÃES DAVID  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/SUL  
**INTERNET** - 17.05.2007

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF N° 0146-01/07**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS DESTINADAS A CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS NO CADASTRO ESTADUAL. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. A lei atribui ao contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro contribuinte não inscrito a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS na condição de sujeito passivo por substituição. O volume de mercadorias adquiridas pelo comprador, mesmo não inscrito no CAD/ICMS, caracteriza intuito comercial. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 19/01/2007, imputa ao autuado o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de falta de retenção do imposto devido por substituição tributária na saída de mercadorias destinada a estabelecimento comercial não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS no Estado da Bahia, sendo exigido ICMS no valor de R\$600,59, acrescido da multa de 60%. Consta na “Descrição dos Fatos” se referir ao fornecimento de 499 calças jeans, para comercialização, encontradas na Auto Viação Camurujipe em Ilhéus, a contribuinte não inscrito no cadastro deste Estado, acompanhadas da Nota Fiscal nº. 003, sem a retenção do ICMS devido por substituição tributária. Consta, ainda, que o fornecedor é microempresa realizando operação de atacadista.

O autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls.13/17), na qual afirma que a autuante partiu de uma presunção sem respaldo legal algum, por não existir em lei qualquer determinação de que o comerciante varejista esteja obrigado a vender determinada quantidade de mercadorias. Reporta-se à presunção de má-fé, citando e transcrevendo ensinamento doutrinário de Celso Antônio Bandeira de Melo relativo à matéria, para reforçar o seu entendimento. Reporta-se, ainda, à liberdade de trabalho da empresa consagrada nos artigos 5º, XIII e 170 da Constituição Federal, bem como do devido processo legal, desdobrado no contraditório e ampla defesa por ter sido coagido a pagar o imposto exigido.

Prosseguindo, sustenta que existe distinção entre atacadista e varejista apenas quanto à destinação, haja vista que o atacadista vende para outro atacadista ou comerciante varejista e que, no presente caso, o destinatário é consumidor por não possuir inscrição no Cadastro de Contribuinte do ICMS.

Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração, ou, que seja suspenso o depósito da mercadoria, tendo em vista que o fisco dispõe de meios legais para efetuar a cobrança de seus créditos sem necessitar de meios coercitivos, arbitrários e ilegais.

O Auditor Fiscal designado para prestar a informação fiscal (fls.21/23), afirma que não se trata de presunção de má-fé do contribuinte, tendo a autuante observado a disposição do artigo 36, do RICMS/BA, na autuação.

Assevera que o Auto de Infração reclama o ICMS que deveria ter sido retido pelo remetente como sujeito passivo por substituição, na venda a contribuinte não-inscrito no CAD-ICMS, de acordo com o artigo 353, I, do RICMS/97.

Manifesta o entendimento de que a exigência deve estar limitada ao imposto devido por antecipação pelo destinatário, pois o imposto normal seria utilizado como crédito na apuração e corresponderia ao imposto apurado em razão da receita bruta do contribuinte. Assim sendo, afirma que a base de cálculo da operação subsequente seria obtida pela aplicação da MVA de 20% sobre o valor da operação que resulta na base de cálculo de R\$588,82 com ICMS de R\$100,10.

## **VOTO**

O Auto de Infração em lide atribui ao contribuinte o cometimento de irregularidade, decorrente de falta de retenção do ICMS devido por substituição tributária, na operação de saída de mercadorias destinadas a estabelecimento comercial não inscrito no cadastro de contribuintes do ICMS no Estado da Bahia, realizada por microempresa comercial.

Inicialmente, no que concerne à nulidade do lançamento de ofício argüida pelo autuado, por ofensa ao devido processo legal, desdobrado no contraditório e ampla defesa, verifico que o autuado atacou a acusação fiscal em todos os seus pontos, inclusive, dentro do prazo de 30 (trinta) dias estabelecido no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal -RPAF/99, não existindo dúvidas quanto a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário. Quanto à alegação de coação para exigência do imposto mediante a apreensão das mercadorias, cabe observar que o artigo 947 do RICMS/97 estabelece que a entrega definitiva ou sob condição das mercadorias ou bens apreendidos ao interessado será feita mediante Termo de Liberação, se o contribuinte ou responsável for inscrito no cadastro de contribuintes deste Estado, estando em situação cadastral regular, e for apresentado requerimento firmado pelo titular do estabelecimento autuado ou por seu representante legal, em que requeira a liberação das mercadorias ou bens.

Nessa situação, o pagamento do débito tributário, inclusive multas e demais acréscimos, poderá ser feito no prazo de 30 dias a contar da intimação do Auto de Infração ou após o julgamento definitivo na esfera administrativa, se procedente a autuação, no caso de vir a apresentar defesa. Não consta nos autos, requerimento do autuado para liberação das mercadorias, conforme previsto no artigo 947 acima referido. Rejeito, portanto, a nulidade argüida.

No respeitante ao mérito da autuação, o artigo 8º da Lei 7.014/96, atribui a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, ao contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito, desde que as tenha recebido sem a cobrança antecipada do imposto.

Assim, no presente caso, torna-se indispensável para deslinde da questão que seja identificada a existência ou não de responsabilidade do remetente para efetuar a retenção e recolhimento do imposto exigido no lançamento de ofício sob exame.

Conforme se verifica existem três condições para atribuição da responsabilidade pela retenção do imposto ao remetente nos casos que tais. A primeira que o remetente (vendedor) seja inscrito no Cadastro de Contribuintes -CAD/ICMS. A segunda que o destinatário (comprador) seja contribuinte não-inscrito. A terceira que a mercadoria não tenha a cobrança antecipada do imposto pelo recebedor (autuado).

A primeira condição não resta dúvida está preenchida, haja vista que o autuado é inscrito no CAD/ICMS sob o nº. 69774065, na qualidade de microempresa, valendo registrar, que o artigo 8º da Lei n. 7.014/96 não estabelece qualquer diferenciação para atribuição da responsabilidade, se microempresa, empresa de pequeno porte ou normal.

Quanto à segunda condição entendo que também está preenchida, tendo em vista que o volume adquirido pelo comprador - 499 calças jeans- indica aquisição de mercadorias com o intuito de comercialização, por não ser razoável que uma só pessoa adquira tantas calças para uso próprio.

Vale registrar, que a Lei Complementar 87/96 estabelece no seu artigo 4º, que contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria.

Com relação à terceira condição, a mercadoria objeto da autuação - calças jeans - não tem a exigência da cobrança antecipada do imposto pelo adquirente, significando dizer, que também preenche a condição para a exigência fiscal levada a efeito pela autuante.

Assim, conclusivamente, não resta dúvida que cabe ao autuado a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, estando correta a exigência do imposto no valor de R\$600,59, na forma realizada pela autuante.

Quanto à alegação do autuado de que o destinatário das mercadorias não é contribuinte por não estar inscrito no CAD/ICMS, certamente o artigo 182 do RICMS/97 espanca qualquer dúvida a esse respeito, ao dispor que o que caracteriza ser determinada pessoa contribuinte do ICMS não é o fato de estar ou não inscrito no cadastro estadual, e sim o preenchimento dos requisitos do art. 36.

Diante do exposto, a autuação é totalmente subsistente.

Voto pela procedência do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração nº **299689.0025/07-2**, lavrado contra **XELABONG COMÉRCIO E CONFECÇÕES DE ROUPAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$600,59**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “e”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de maio de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR