

**A. I. N°** - 093310.0054/06-8  
**AUTUADO** - LAMARC COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTE** - GILBERTO RABELO SANTANA  
**ORIGEM** - INFAZ INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 20. 06. 2007

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0170-01/07

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS A CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. A legislação estabelece que é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS o contribuinte que efetuar saída de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, em relação às saídas subseqüentes, destinadas a outro não inscrito no cadastro de contribuintes. Não acolhida a arguição preliminar de nulidade, nem apreciada a alegação de inconstitucionalidade, por não se incluir na competência do órgão julgador na esfera administrativa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 08/03/2007, refere-se à exigência de ICMS no valor de R\$ 3.698,79, acrescido da multa de 60%, tendo em vista que foi constatada a falta de retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em relação às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado [de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária], nos meses de junho a agosto e outubro a dezembro de 2006. Acrescenta-se que apesar do contribuinte ter emitido as notas fiscais em nome de pessoas físicas, as quantidades constantes em cada nota fiscal evidenciam que se destinavam à revenda.

O autuado, através de representante legalmente constituído, apresentou impugnação às fls. 44 a 46, alegando que a infração supostamente apurada teria decorrido do fato das notas fiscais terem sido emitidas em nome de pessoas físicas. Argüi que a interpretação do fisco para esse fato foi extremamente parcial, por supor que em decorrência das quantidades das mercadorias comercializadas, as mesmas se destinavam à revenda, ocorrendo exação tributária.

Salienta que as decisões administrativas devem ser fundamentadas de forma clara e precisa, apontando objetivamente as irregularidades detectadas, bem como as provas correspondentes. Desse modo, referidas decisões não podem estar pautadas em “achismos” ou interpretações equivocadas, desprovidas de qualquer fundamento fático ou legal.

Argumenta que o seu objeto social é a comercialização de gelo e que em decorrência do porte e da estrutura de seu estabelecimento, existem pouquíssimas diferenças entre as quantidades de gelo comercializadas para pessoas físicas e aquelas vendidas para pessoas jurídicas. Manifesta o entendimento de que, assim, a entidade tributária jamais poderia lançar dúvidas quanto ao teor das notas fiscais ou suprimir, ainda que de forma parcial, o tributo estadual nos moldes preconizados na Lei nº 8.137/90.

Desse modo, requer a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista a falta de indicação de indícios de irregularidades, limitando-se a fiscalização a lançar suposições e conjecturas sem qualquer fundamentação legal, sob a alegação de que as quantidades de mercadorias eram elevadas por serem destinadas a pessoas físicas.

Ressalta que o ordenamento jurídico tributário veda a utilização do tributo com fins confiscatórios, através do princípio da vedação ao confisco, representando a exigência tributária uma flagrante ilegalidade e abuso do exercício da fé pública, que é atribuída aos órgãos e servidores públicos, o que é passível de revisão pelo Poder Judiciário.

O autuante, através de informação fiscal prestada às fls. 49/50, contesta o pedido de nulidade da autuação, argüindo ser o mesmo descabido por falta de respaldo legal.

Tratando dos fatos motivadores do lançamento, salienta que ao analisar as notas fiscais de saída emitidos pelo impugnante, constatou que diversas notas fiscais (fls. 10 a 38), se referiam à comercialização de gelo, produto de sua fabricação, nas quais as quantidades evidenciavam saídas para revenda. Por se tratar de mercadoria sujeita à substituição tributária por antecipação, nas saídas internas, constatou que o contribuinte deixara de proceder à retenção do ICMS devido naquelas operações, conforme planilha anexada às fls. 06/07.

Observa que não tem fundamento a alegação defensiva de que a autuação se baseou nos adquirentes dos produtos, desde quando foi fundamentada nas notas fiscais e respectivas quantidades das mercadorias. Transcreve o art. 36 do RICMS/97, que define quem é contribuinte do ICMS, destacando o trecho que se refere à caracterização da operação com intuito comercial, de acordo com o volume das mercadorias envolvidas na operação mercantil.

Argüi que o Auto de Infração está seguramente amparado em fato concreto, que é a venda de gelo em quantidades que caracterizam o intuito comercial, caso em que a legislação tributária determina a obrigatoriedade da retenção do imposto nas saídas desse tipo de produto (art. 353, inciso II, item 6, do RICMS/BA).

Sugere a procedência do Auto de Infração.

## **VOTO**

Observo que o lançamento tributário em questão decorreu da falta de retenção e recolhimento do ICMS pelo contribuinte, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações internas subseqüentes, nas vendas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, relacionadas no art. 353, inciso II, item 6, do RICMS/97.

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e aquele referente à multa aplicada à irregularidade apurada, tendo sido acostados aos autos os demonstrativos, bem como as cópias reprográficas das notas fiscais que deram causa ao presente lançamento. Assim, constato que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não se encontrando presentes no processo os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, que poderiam implicar em sua nulidade.

Quanto à arguição de inconstitucionalidade da imposição tributária, sob o entendimento de que a mesma é confiscatória, ressalto que, com base no art. 167, I do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade. Saliento, no entanto, que a referida exigência foi aplicada com base na previsão contida na Lei nº. 7.014/96, que fundamenta o ICMS.

No mérito, muito embora o autuado tenha se insurgido contra a imposição fiscal, argüindo que seu estabelecimento exerce atividade puramente comercial, verifico que em seus dados cadastrais, extraídos do INC – Informações do Contribuinte/SEFAZ, sua atividade econômica principal se refere à fabricação de gelo comum. Ademais, as argumentações apresentadas não se fizeram acompanhar da comprovação documental pertinente.

Saliento que de acordo com o já citado inciso II, item 6 do art. 353 do RICMS/97, que transcrevo em seguida, estão obrigados a recolher o ICMS, por antecipação, os contribuintes que

promoverem saídas internas das mercadorias sujeitas à substituição tributária, isto em relação às operações subsequentes.

*“Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:*

...

*II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:*

...

*6 - gelo - NCM 2201.90.00;”*

Por outro lado, de acordo com as notas fiscais arroladas pela fiscalização, foram efetuadas vendas de mercadorias pelo autuado sem constar a inscrição estadual dos adquirentes no campo próprio dos documentos fiscais, porém em quantidades (a exemplo de 600, 900, 1.200 e 1.800 sacos de gelo) que demonstram o intuito de comercialização das mesmas pelos destinatários. Ressalto que, nestes casos, o art. 36 do RICMS/97, ao caracterizar quem é contribuinte do ICMS, toma por base tanto a habitualidade como o volume das mercadorias comercializadas.

Quanto ao fato de o autuado estar inscrito como microempresa, esclareço que em decorrência do fato de se dedicar à atividade industrial, de acordo com o art. 393-A do RICMS/97, que transcrevo em seguida, nas operações que ele efetuar com mercadorias sujeitas à substituição tributária, assume a condição de sujeito passivo por substituição tributária..

*“Art. 393-A. A microempresa e a empresa de pequeno porte que se dediquem à atividade industrial, quando produzirem mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, sempre que efetuarem a saída dessa mercadoria, assumem a condição de sujeito passivo por substituição.”*

Concluo pela subsistência da exigência fiscal, tendo em vista que está caracterizada a necessidade de o autuado efetuar a retenção do imposto, conforme previsto na legislação.

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 **093310.0054/06-8**, lavrado contra **LAMARC COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 3.698,79**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alínea “e” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de junho de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR