

**A. I. N° - 232131.0004/11-2**  
**AUTUADO - TERRA VIVA COMÉRCIO DE EMBALAGENS E HORTIFRUTAS LTDA.**  
**AUTUANTE - JOÃO MANOEL BAHIA MENEZES**  
**ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA**  
**INTERNET - 23/12/2011**

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0284-03/11**

**EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. VENDAS A PESSOAS NÃO INSCRITAS NO CADASTRO DE CONTRIBUINTES EM QUANTIDADES QUE CARACTERIZAM INTUITO COMERCIAL.** Fato demonstrado nos autos. Refeitos os cálculos, em virtude de não ter sido observada a orientação do § 9º do art. 3º da Resolução CGSN 51/08, com a redação dada pela CGSN 61/09, segundo o qual, em relação ao ICMS devido por substituição tributária pelas microempresas ou empresas de pequeno porte optantes pelo simples nacional, o imposto corresponderá à diferença entre *a*) o valor resultante da aplicação da alíquota interna sobre o preço máximo de venda a varejo fixado pela autoridade competente ou sugerido pelo fabricante, ou sobre o preço a consumidor usualmente praticado (inciso I), e *b*) o valor resultante da aplicação da alíquota interna ou interestadual sobre o valor da operação própria do substituto tributário (inciso II), ou seja, o imposto a ser retido pelo contribuinte optante pelo simples nacional, na condição de substituto tributário, deve corresponder à diferença entre o tributo relativo às operações futuras a serem efetuadas pelo contribuinte substituído (débito) e o imposto da operação própria efetuada pelo substituto tributário (crédito). Reduzido o valor do imposto a ser lançado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 2/9/11, acusa falta de retenção de ICMS pelo autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes não inscritos no cadastro estadual em quantidades que caracterizam intuito comercial, sendo lançado imposto no valor de R\$ 110.524,49, com multa de 60%.

O contribuinte defendeu-se (fls. 880/888) sustentando que o lançamento é nulo por inobservância da legalidade, pois não existe previsão para que se presuma que as vendas das mercadorias objeto desta autuação – sacos de lixo – sejam destinadas ao comércio pelos adquirentes, pois constitui prática usual das famílias adquirirem sacos plásticos para lixeiros de sanitários, lixeiros de cozinha e sacos de maior porte para acomodar lixo mais grosso resultante dos descartes das residências que serão posteriormente coletados pelos caminhões compactadores do sistema público de coleta de lixo, e portanto falta nos autos prova de que as mercadorias não tivessem sido destinadas a

consumidores finais, como de fato foram, não se podendo exigir o pagamento de tributo que supostamente deveria ter sido retido. Considera que a exigência fiscal é abusiva.

Quanto ao cálculo do imposto, reclama que não foram observadas as regras dos §§ 8º e 9º [do art. 3º] da Resolução CGSN nº 51/08, pois o fiscal calculou o imposto lançando o débito à alíquota de 17% sem a concessão do respectivo crédito fiscal, contrariando o regramento da legislação do simples nacional. Transcreve resposta a Consulta ao fisco estadual nesse sentido.

Conclui requerendo a revisão do lançamento por fiscal estranho ao feito. Pede que, sendo ultrapassada a preliminar suscitada, o Auto seja declarado procedente em parte, reduzindo-se o valor do imposto para R\$ 18.420,75, conforme demonstra na peça de defesa. Juntou documentos.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 933-934) contrapondo que o autuado realizou vendas a contribuintes não inscritos no cadastro de contribuintes, tendo como endereço “A vender em trânsito”, conforme cópias das Notas Fiscais anexas, e por isso considera afastado o argumento de nulidade arguído pelo autuado.

Quanto ao mérito, reconhece que a defesa tem razão, haja vista que, por erro na fórmula contida na planilha do levantamento fiscal, foi deixado de computar o crédito do ICMS a que o autuado tinha direito. Propõe que o valor do imposto seja reduzido para R\$ 18.420,75, conforme novas planilhas anexadas aos autos.

## VOTO

O lançamento em discussão cuida de ICMS que deixou de ser retido pelo autuado, na qualidade de *sujeito passivo por substituição*, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes não inscritos no cadastro estadual em quantidades que caracterizam intuito comercial.

O autuado alega falta de prova, nos autos, de que as mercadorias objeto desta autuação – sacos de lixo – fossem destinadas ao comércio pelos adquirentes. Aduz que constitui prática usual das famílias adquirirem sacos plásticos para lixeiros de sanitários, lixeiros de cozinha e sacos de maior porte para acomodar lixo mais grosso resultante dos descartes das residências que serão posteriormente coletados pelos caminhões compactadores do sistema público de coleta de lixo.

De acordo com as Notas Fiscais acostadas aos autos, as quantidades vendidas são realmente consideráveis, indicando intuito comercial. Não considero usual uma família adquirir, por exemplo, 700 kg de sacos plásticos para descarte de uso doméstico. As quantidades são de 700, 380, 200, 950, 600 kg... Considero superada essa objeção.

Quanto ao cálculo, o contribuinte tem razão. *O ICMS é um tributo não cumulativo*. Mesmo em se tratando de contribuinte optante pelo chamado “simples nacional”, se o que se cobra é a título de ICMS, não há como negar o crédito, pois *do contrário não se trataria de ICMS*, seria outro tributo.

Os Estados abriram mão de sua competência para legislar sobre ICMS relativamente aos contribuintes optantes pelo regime do simples nacional. Quem cuida da normatização dos aspectos tributários nesse sentido é o Comitê Gestor do Simples Nacional (CGSN), vinculado ao Ministério da Fazenda. De acordo com o § 9º do art. 3º da Resolução CGSN 51/08, com a redação da Resolução CGSN 61/09, em relação ao ICMS devido por substituição tributária pelas microempresas ou empresas de pequeno porte optantes pelo simples nacional, o imposto corresponderá à diferença entre *a*) o valor resultante da aplicação da alíquota interna sobre o preço máximo de venda a varejo fixado pela autoridade competente ou sugerido pelo fabricante, ou sobre o preço a consumidor usualmente praticado (inciso I), e *b*) o valor resultante da aplicação da alíquota interna ou interestadual sobre o valor da operação própria do substituto tributário (inciso II).

Ou, em linguagem simples, o *imposto a ser retido* pelo contribuinte optante pelo simples nacional, na condição de substituto tributário, corresponderá à *diferença* entre o tributo relativo às

*operações futuras* a serem efetuadas pelo contribuinte substituído (*débito*) e o imposto da *operação própria* efetuada pelo substituto tributário (*crédito*).

Em face dos elementos apresentados pela defesa, o fiscal autuante reconheceu que se equivocou no cálculo do imposto, atribuindo o erro à fórmula contida na planilha do levantamento. Propõe que o valor do imposto seja reduzido para R\$ 18.420,75, conforme novas planilhas anexadas aos autos.

Não foi dada ciência da revisão ao contribuinte, e de fato neste caso tal medida é desnecessária, pois o resultado dos cálculos coincide integralmente com os cálculos apresentados pela defesa, deixando de haver lide nesse aspecto. Quanto à questão relativa à caracterização ou não dos adquirentes como consumidores finais ou como comerciantes, a informação fiscal não aduziu nada de novo, ficando a definição nesse sentido a cargo do órgão julgador, e isso já foi decidido.

Acato o resultado da revisão do lançamento. O demonstrativo do débito deverá ser refeito com base nos elementos discriminados à fl. 935.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232131.0004/11-2, lavrado contra **TERRA VIVA COMÉRCIO DE EMBALAGENS E HORTIFRUTAS LTDA.**, devendo o autuado ser intimado a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 18.420,75**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA