

**PROCESSO** - A. I. Nº 299131.0133/13-2  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - NOG FERRAGENS E MATERIAIS P/ CONSTRUÇÃO E REPRESENTAÇÕES LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 5ª JF nº 0185-05/14  
**ORIGEM** - INFAZ SANTO ANTONIO DE JESUS  
**INTERNET** - 18.12.2014

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0382-12/14

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. No presente lançamento de ofício, verifica-se que a acusação fiscal carece de provas que a fundamente de forma contundente. Não configurando o ilícito fiscal, a infração é improcedente. Mantida a Decisão. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a”, item 1, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 5ª JF, através do Acórdão nº 0185-05/14, por ter julgado procedente em parte o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para exigir o ICMS no valor de R\$561.025,13, em razão de seis infrações, sendo objeto deste Recurso de Ofício apenas a sexta exação, a saber:

INFRAÇÃO 6 – Deixou de proceder a retenção do ICMS, no valor de R\$486.982,33, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Consta da descrição dos fatos que o sujeito passivo é detentor de Regime Especial nº 01355120119 com permissão de deslocamento da cobrança da substituição tributária para o momento que ocorrer as operações internas a contribuintes, sendo detectado simulação de venda a consumidor final, quando na realidade constatou-se que os destinatários são estabelecimentos comerciais, caracterizando assim, vendas tributadas para microempresa e consequentemente falta de retenção do ICMS substituto.

A Decisão recorrida, inicialmente, julgou a infração 1 subsistente e destacou que as infrações 2 a 5 foram reconhecidas pelo autuado, julgando-as também subsistentes. Quanto à sexta infração, por decisão não unânime, a mesma foi julgada improcedente, em razão das seguintes considerações:

[...]

*Compulsando as documentações acostadas aos autos às fls. 548 à 553 (fotos) de estabelecimentos que diz terem sido o destino final das mercadorias adquiridas pelas 7 pessoas físicas acima citadas, não me apresenta contundente para acatar afirmação do autuante de que as mercadorias adquiridas pelos mesmos foram entregues nos endereços destacados nas fotos, apenas pelo fato de que, quando do desenvolvimento de diligência para apurar o possível ilícito fiscal, uma das pessoas físicas destinatária das mercadorias, Sr. Lourival Souza Mota (CPF 168.536.445-49) estava no estabelecimento de I.E. nº 96.586.720, e ter dito que “hoje a empresa pertence a outra pessoa”; ou que a pessoa física, o Sr. Humberto Barreto dos Santos (CPF 123.679.825-20), seja esposo de Regina, que é a proprietária do estabelecimento de I.E. 79.606.131; ou que a pessoa física, o Sr. Andre Luiz Peixoto Costa (CPF 977.824.755-20) seja filho do proprietário do estabelecimento de I.E. 29.586.145; ou que a pessoa física, o Sr. Alan Mendes de Menezes (CPF 046.781.665-48) seja filho do Sr. Vanilton Caldas um dos sócios do estabelecimento I.E. 55.325.361; ou que a pessoa física, o Sr. Gilvan de Jesus Costa (CPF 025.265.345-93) seja um dos funcionários do estabelecimento de I.E. 49.727.966, ou que a pessoa física, o Sr. Andre Eloy de Abreu (CPF 011.972.825-72) seja uma pessoa que está ligado a diversas empresas na cidade, e que o estabelecimento de I.E. 38.265.268, nome de fantasia RECOMPRAL, vai de uma rua a outra, e que, segundo um funcionário, “a Rua Barão do Rio Branco é a que fica nos fundos da loja e é por lá que as mercadorias são descarregadas”.*

*Associado a essas considerações, é de se observar que o demonstrativo de débito que fundamenta a infração 6 acostado aos autos às fls. 42 a 241, são discriminadas operações de vendas de mercadorias não menos que 200 (duzentos) ou mais pessoas físicas, sem acostar qualquer outro elemento probante de que são estabelecimentos comerciais, o que não me apresenta assertivo afirmar que essas vendas são simulações de operações de vendas*

*a consumidores finais, para o sujeito passivo desobrigar do recolhimento do ICMS acobertado pelo instituto da substituição tributária, na qualidade de sujeito passivo, conforme depreende os termos do Regime Especial nº 01355120119, que é detentor.*

*Mesmo porque, poder-se-ia ter um indício de uma simulação de venda a consumidor final, quando na realidade seria uma operação de venda a estabelecimento comercial, caso se constatasse que as vendas praticadas, constante do demonstrativo e débito que fundamenta a infração 6 acostado aos autos às fls. 42 a 241, apresentasse uma regularidade temporal (mensal, bimestral, quiçá trimestral ou semestral) para uma mesma pessoa física associado à quantidade de produto comercializado, que dispersasse de uma linha normal aceitável de consumo. Neste aspecto, não observo qualquer desvio de normalidade de venda a um consumidor final para o tipo de mercadoria – ferragens e materiais de construção - objeto da autuação, que venha desabonar a operação, e que por isso estaria o sujeito passivo simulando venda a consumidor final, para desobrigar dos termos do Regime Especial nº 01355120119, que é detentor.*

*Aliás, mesmo os casos de vendas (fls. 538) destacados pelo Agente Fiscal, que diz caracterizar a acusação de simulação de venda a consumidor final, observo que o volume de vendas praticados de forma individual está dentro da margem aceitável de consumo de uma pessoa física, para os tipos de mercadorias transacionadas – ferragens materiais de construção – bem assim não vejo, nos autos, nenhum demonstrativo, nem tampouco qualquer argumento elucidativo do autuante, relacionado ao elemento temporal da efetivação dessas operações de vendas, que possa caracterizar uma operação de venda com fins de comercialização, conforme posto na descrição dos fatos da autuação.*

*Em sendo assim, não vejo que se possa caracterizar a simulação de venda a consumidor final apenas acostando aos autos um demonstrativo relacionando operações de vendas a mais de 500 (quinhentos) pessoas físicas (fls. 22/540), sem tampouco apresentar uma amostra significativa de elementos probantes de que essas operações seriam simulações de vendas a consumidor final, exceto quanto a 7 pessoas físicas, sobretudo, por quanto os elementos acostados aos autos, relacionados as essas 7 pessoas físicas, não são contundentes para se afirmar, em relação a elas mesmas, que foram com objetivo de comercialização. Infração 6 não caracterizada.*

**Por sua vez, o voto divergente foi exarado com o seguinte texto:**

*Peço vênia para discordar do ilustre relator só quanto à conclusão do seu voto no tocante à infração nº 6. É que a fundamentação construída pelo sr. relator está calcada basicamente na ausência ou insuficiência de elementos probatórios para respaldar a acusação fiscal.*

*Em diversos trechos da decisão está revelada essa circunstância da ausência ou da falta de provas mais robusta quanto aos fatos motivadores da autuação. Vejamos então, a partir de transcrições do texto construído pelo próprio relator:*

*"Compulsando as documentações acostadas aos autos às fls. 548 à 553 (fotos) de estabelecimentos que diz terem sido o destino final das mercadorias adquiridas pelas 7 pessoas físicas acima citadas, não me apresenta contundente para acatar afirmação do autuante de que as mercadorias adquiridas pelos mesmos foram entregues nos endereços destacados nas fotos, apenas pelo fato de que, quando do desenvolvimento de diligência para apurar o possível ilícito fiscal, uma das pessoas físicas destinatária das mercadorias, Sr. Lourival Souza Mota (CPF 168.536.445-49) estava no estabelecimento de I.E. nº 96.586.720, e ter dito que "hoje a empresa pertence a outra pessoa"; ou que a pessoa física, o Sr. Humberto Barreto dos Santos (CPF 123.679.825-20), seja esposo de Regina, que é a proprietária do estabelecimento de I.E. 79.606.131; ou que a pessoa física, o Sr. Andre Luiz Peixoto Costa (CPF 977.824.755-20) seja filho do proprietário do estabelecimento de I.E. 29.586.145; ou que a pessoa física, o Sr. Alan Mendes de Menezes (CPF 046.781.665-48) seja filho do Sr. Vanilton Caldas um dos sócios do estabelecimento I.E. 55.325.361; ou que a pessoa física, o Sr. Gilvan de Jesus Costa (CPF 025.265.345-93) seja um dos funcionários do estabelecimento de I.E. 49.727.966, ou que a pessoa física, o Sr. Andre Eloy de Abreu (CPF 011.972.825-72) seja uma pessoa que está ligado a diversas empresas na cidade, e que o estabelecimento de I.E. 38.265.268, nome de fantasia RECOMPRAL, vai de uma rua a outra, e que, segundo um funcionário, "a Rua Barão do Rio Branco é a que fica nos fundos da loja e é por lá que as mercadorias são descarregadas".*

*"Associado a essas considerações, é de observar que o demonstrativo de débito que fundamenta a infração 6 acostado aos autos às fls. 42 a 241, são discriminadas operações de vendas de mercadorias não menos que 200 (duzentos) ou mais pessoas físicas, sem acostar qualquer outro elemento probante de que são estabelecimentos comerciais, o que não me apresenta assertivo afirmar que essas vendas são simulações de operações de vendas a consumidores finais, para o sujeito passivo desobrigar do recolhimento do ICMS acobertado pelo instituto da substituição tributária, na qualidade de sujeito passivo, conforme depreende os termos do Regime Especial nº 01355120119, que é detentor".*

*(...) "não vejo, nos autos, nenhum demonstrativo, nem tampouco qualquer argumento elucidativo do autuante, relacionado ao elemento temporal da efetivação dessas operações de vendas, que possa caracterizar uma operação de venda com fins de comercialização, conforme posto na descrição dos fatos da autuação".*

*"Em sendo assim, não vejo que se possa caracterizar a simulação de venda a consumidor final apenas acostando aos autos um demonstrativo relacionando operações de vendas a mais de 500 (quinhentos)*

*peças físicas (fls. 22/540), sem tampouco apresentar uma amostra significativa de elementos probantes de que essas operações seriam simulações de vendas a consumidor final, exceto quanto a 7 pessoas físicas, sobretudo, por quanto os elementos acostados aos autos, relacionados as essas 7 pessoas físicas, não são contundentes para se afirmar, em relação a elas mesmas, que foram com objetivo de comercialização. Infração 6 não caracterizada".*

*Frente à fundamentação acima transcrita entendo ser mais adequado se declarar a nulidade do item 6 do Auto de Infração, com fundamento no art. 18, inc. IV, letra "a", do RPAF/99, visto que o lançamento de ofício, neste específico item, não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração e o infrator.*

*Ante o exposto, voto pela NULIDADE do item 6 do Auto de Infração.*

Por fim, a JJF recorre de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

## VOTO

Examinando as peças que integram os autos depreendo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação, no tocante ao débito total exonerado pela JJF, relativo à sexta infração, ao julgá-la improcedente, em que pese ser uma decisão não unânime, objeto do Recurso de Ofício interposto.

Ressalte-se que a acusação fiscal se lastreia unicamente na presunção de que ocorreu “*simulação de venda a consumidor final, quando na realidade constatou-se que os destinatários são estabelecimentos comerciais, caracterizando assim, vendas tributadas para microempresa e conseqüentemente falta de retenção do ICMS substituto*”, pois, o fato de o preposto fiscal relacionar inúmeras notas fiscais emitidas em operações de vendas a consumidor final, inclusive a maior parte delas consignando quantidades e valores condizentes com o consumo, conforme demonstrativo às fls. 42 a 241 dos autos, não servem para fundamentar a imputação, salvo se provada, de forma cabal, a existência de intuito comercial dos adquirentes, a exemplo de habitualidade e quantidade que viessem a caracterizar o ato da mercancia, o que não ocorreu no caso concreto deste processo, ou a entrega a destinatário diverso que não o adquirente (consumidor final), mas, sim, contribuinte do ICMS com atividade comercial no ramo de materiais de construção, o que não restou comprovado.

Sendo assim, corroboro o entendimento exarado no voto do relator da Decisão recorrida de que as documentações acostadas aos autos não se apresentam contundentes para sustentar a acusação, não se configurando o ilícito fiscal, sendo improcedente a sexta infração.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício no sentido de manter inalterada a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299131.0133/13-2**, lavrado contra **NOG FERRAGENS E MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$74.042,80**, acrescido das multas de 60% sobre R\$73.656,62 e 150% sobre R\$386,18, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e V, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 4 de dezembro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS