

A. I. Nº - 298624.0021/17-2
AUTUADO - SA ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTES - WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 02/08/2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0086-04/19

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMIDORES FINAIS. BEBIDAS ALCOÓLICAS. FALTA DE INCLUSÃO DO ADICIONAL DE ATÉ DOIS PONTOS PERCENTUAIS NA ALÍQUOTA DE ICMS APLICÁVEL ÀS OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES, DESTINADO AO FINANCIAMENTO DOS FUNDOS ESTADUAIS E DISTRITAL DE COMBATE À POBREZA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Excluídos do lançamento às operações que se destinaram a contribuintes do imposto. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência teve sua expedição ocorrida em 27/12/2017 para exigir crédito tributário no montante de R\$42.719,45 sob a seguinte acusação: *“O remetente e/ou prestador localizado em outra unidade da federação deixou de recolher o ICMS devido ao Estado da Bahia em função da EC nº 87/15, em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final não contribuinte localizado neste Estado. Contribuinte não efetuou a retenção de ICMS relativa ao adicional do fundo de pobreza devido em vendas destinadas a não contribuintes”*.

Tempestivamente o autuado ingressou com Impugnação ao lançamento, conforme fls. 15 a 21, onde inicialmente reconhece sua obrigação de recolher a parcela do ICMS que pertence ao Estado da Bahia apenas em relação às operações realizadas com não contribuintes do ICMS, entretanto localizou na planilha elaborada pelos autuantes vários contribuintes desse imposto, sobre os quais não deveria incidir tal exigência, conforme segue:

- 1 – ATIVO AGRO CORRETORA DE MERCADORIAS E NEGÓCIOS LTDA – EPP – CNPJ 15.021.589/0001-81;
- 2 – DANIELLE FERNANDEES PORTO – CNPJ 11.941.474/0002-35 – IE 103490714;
- 3 – FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA., - CNPJ 02.119.258/0002-18; IE 47640612;
- 4 – HAMBURGUERIA E CHOPPERIA BURGUERBEER LTDA – ME – IE 128413597;
- 5 – SEVERO & LUNA LTDA. – ME – CNPJ 23.565.595/0001-99 – IE 126175710.

Pontua que a exigência pela repartição de receita em relação aos contribuintes acima listados não tem base legal, o que macula todo o procedimento fiscal, razão pela qual deve o mesmo ser revisto para que se procedam as devidas exclusões.

Em seguida transcreveu a Clausula quarta do Convênio ICMS 93/2015 para destacar que com base nela sempre observou o que determina a legislação tributária do estado de destino da mercadoria, seja para definição da alíquota interestadual como para o que seja contribuinte do imposto. Neste sentido e após citar a definição de quem é contribuinte do ICMS à luz das Leis nº 4.825/89 e 6.447/92, sustenta que de acordo com o Art. 10 da Lei nº 4.825/89 *“contribuinte do ICMS é qualquer pessoa física ou jurídica que realize operação de circulação de mercadorias ou prestação de serviços descritos como fato gerador do imposto”*.

Nesse rumo, acrescentou que o § 1º do mesmo artigo, em seus incisos I a XI definem taxativamente quem seria o contribuinte do imposto, ao tempo em que os contribuintes Edilson Santos, Eliane Batista Silva, Gustavo Gonzaga, Henilton Gomes da Silva, Israel Pereira dos

Santos, Joice Aglae Brindani, Lucilene Pereira da Silva e outros não nominados, adquirem regularmente, com habitualidade e quantidade mercadorias em seu estabelecimento, razão pela qual não podem ser considerados como não contribuintes, razão pela qual requer que os mesmos sejam excluídos da exigência tributária em discussão.

Passo seguinte passou a se reportar a cobrança do imposto em duplicidade na medida em que através do Auto de Infração nº 298624.0019/17-8 também foi autuado sobre cobrança do DIFAL em operação com não contribuinte do ICMS, abrangendo o mesmo período ora autuado, citando como exemplo a Nota Fiscal nº 463772 que tem como destinatário Weslei Ferreira Quinteiro, emitida em 31/05/2016, que consta nos dois autos de infração. Requer que em ambos os procedimentos sejam anulados.

Em conclusão requer que todo aquele contribuinte que adquiriu mercadorias por três meses ou mais, de forma consecutiva, seja excluído da exigência fiscal, pois ficou caracterizada a habitualidade, requerendo ainda a exclusão das operações relacionadas aos contribuintes que nominou no item III.1 da pela defensiva, bem como as notas fiscais que considera que ocorreu a duplicidade de tributação, sendo, ao final, o Auto de Infração julgado Improcedente.

Os autuantes produziram a Informação Fiscal de fls. 32 e 33, onde destacaram que o presente Auto de Infração reclama o ICMS em razão da falta de pagamento pelo autuado do imposto devido ao Estado da Bahia em função da EC 87/15, em operações que destinaram bebidas quentes a consumidor final não contribuinte localizado neste estado, quanto a parcela correspondente ao adicional do fundo de pobreza.

Consideram ser inócuo o argumento defensivo de que algumas das operações não se destinaram a consumidores finais já que a cobrança do ICMS adicional é devido em função da mercadoria comercializada e não sobre a condição do destinatário da mercadoria ser ou não inscrito.

Apontam que o motivo da autuação com base na EC 87/15 deveu-se ao fato de que o autuado reteve o ICMS “partilha” nas mesmas operações, indicando tratamento devido a não contribuintes, enquanto que nas vendas destinadas a contribuintes também haveria incidência da cobrança do adicional de 2% com o agravante de que o imposto seria devido por substituição tributária, cuja carga é superior àquela cobrada a título de partilha.

Após afirmarem que não houve a alegada cobrança em duplicidade já que em um auto de infração foi exigido o imposto referente à partilha do mesmo que foi retido e não recolhido enquanto este se refere ao adicional do fundo de pobreza.

Mantiveram a autuação na íntegra,

Em 20/07/2018 o presente Auto de Infração foi convertido em diligência à Infaz de origem nos seguintes termos:

O Auto de Infração em referência foi lavrado para exigir crédito tributário no montante de R\$42.719,45 sob a seguinte acusação: “O remetente e/ou prestador localizado em outra unidade da federação deixou de recolher o ICMS devido ao Estado da Bahia em função da EC nº 87/15, em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final não contribuinte localizado neste Estado. Contribuinte não efetuou a retenção de ICMS relativa ao adicional do fundo de pobreza devido em vendas destinadas a não contribuintes”.

O Convênio ICMS 93/15 citado pelos autuantes no enquadramento legal da infração, dispõe sobre os procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada.

Em sua defesa o autuado alega que foram incluídos no lançamento a exigência de imposto relacionada a operações destinadas a contribuintes do ICMS, indicando-os.

Em vista disto, decidi esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, por converter o presente processo em diligência aos autuantes para que, após se certificarem a respeito da condição de contribuintes dos destinatários das mercadorias citados na peça defensiva, elaborem nova planilha do débito, com as respectivas exclusões.

Em seguida o autuado deverá ser cientificado deste pedido de diligência e do seu resultado, com a entrega das respectivas cópias, oportunidade em que deverá ser-lhe concedido o prazo de 10 (dez) dias para se pronunciarem, se assim o desejar.

Atendidas as solicitações acima o PAF deverá retornar ao CONSEF para conclusão da instrução processual e posterior julgamento.

Em atendimento os autuantes se pronunciaram à fl. 40 citando que em relação a condição dos destinatários citados na defesa, após as consultas que efetuaram confirmaram que se tratam de estabelecimentos inscritos na SEFAZ, enquanto que a condição de consumidores finais foi informada pelo próprio autuado que inclusive efetuou o destaque do ICMS partilha previsto na Emenda 87/15.

Observam, entretanto, que para a infração em apreço tal condição é irrelevante, pois o adicional de 2% destinado ao Fundo de Combate a Pobreza é devido tanto nas operações destinadas a consumidores finais como naquelas incluídas no regime de substituição tributária, por se tratar de operações com bebidas alcoólicas.

Concluem destacando que inobstante tais ressalvas elaboraram novas planilhas excluindo as operações destinadas aos contribuintes citados na peça de defesa conforme solicitado no pedido de diligência.

O autuado foi cientificado do resultado da diligência, com concessão de prazo para pronunciamento, fls. 45/46, porém não se manifestou.

VOTO

O Auto de Infração sob lide foi lavrado para exigir crédito tributário no montante de R\$42.719,45 sob a seguinte acusação: *“O remetente e/ou prestador localizado em outra unidade da federação deixou de recolher o ICMS devido ao Estado da Bahia em função da EC nº 87/15, em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final não contribuinte localizado neste Estado. Contribuinte não efetuou a retenção de ICMS relativa ao adicional do fundo de pobreza devido em vendas destinadas a não contribuintes”*.

Inicialmente observo que conforme pode ser visto através do texto acusatório, acima reproduzido, a autuação relaciona-se apenas ao adicional de dois pontos percentuais aplicáveis as operações envolvidas na presente autuação, diferentemente da exigência contida no Auto de Infração nº 2986240019/17-8 citado pelo autuado, no qual se exige o imposto relacionado à partilha do ICMS que não foi repassada ao Estado da Bahia. Portanto, não existe exigência em duplicidade conforme alegado pela defesa, pois se tratam de situações distintas, razão pela qual fica afastado o pedido de nulidade do lançamento.

O Convênio ICMS 93/2015 utilizado para efeito de consubstanciar o presente lançamento, dispõe sobre os procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada.

No que diz respeito à exigência contida no presente lançamento, o referido Convênio em sua Cláusula segunda, § 4º assim dispõe:

§ 4º O adicional de até dois pontos percentuais na alíquota de ICMS aplicável às operações e prestações, nos termos previstos no art. 82, §1º, do ADCT da Constituição Federal, destinado ao financiamento dos fundos estaduais e distrital de combate à pobreza, é considerado para o cálculo do imposto, conforme disposto na alínea “a” dos incisos I e II, cujo recolhimento deve observar a legislação da respectiva unidade federada de destino.

§ 5º No cálculo do imposto devido à unidade federada de destino, o remetente deve calcular, separadamente, o imposto correspondente ao diferencial de alíquotas, por meio da aplicação sobre a respectiva base de cálculo de percentual correspondente:

I - à alíquota interna da unidade federada de destino sem considerar o adicional de até 2% (dois por cento);

II - ao adicional de até 2% (dois por cento).

De maneira que, à luz do quanto acima disposto, não se vislumbra nestes autos controvérsia quanto à aplicação do adicional de dois pontos percentuais incidente sobre as operações abrangidas pelo presente lançamento já que o autuado não se insurgiu especificamente quanto a este ponto. A questão que se discute diz respeito apenas ao alcance da aplicação deste percentual já que os procedimentos devem estar adstritos às operações que destinem bens a consumidores finais não contribuintes do ICMS.

Dito isto vejo que a irresignação de fundo do autuado diz respeito à inclusão pelos autuantes, para efeito da exigência fiscal, operações que se destinaram a contribuintes do imposto, listando-os, inclusive citando alguns clientes pessoas físicas que não possuem inscrição estadual como contribuintes do ICMS.

Tal fato ocasionou a remessa dos autos em diligência no sentido de que os autuantes, após as devidas verificações cadastrais, excluíssem tais contribuintes da exigência fiscal. E isto foi feito conforme se verifica através das novas planilhas anexadas aos autos através do CD de fl. 42 e amostragens de fls. 43 e 44, elementos estes que foram submetidos ao autuado para se pronunciar acerca dos mesmos, entretanto não houve manifestação deste a respeito das exclusões levadas a efeito pelos autuantes.

Quanto a citação dos autuantes que a exigência se manteria mesmo no caso de que as operações fossem destinadas à contribuintes do impostos pelo fato das mercadorias se encontrarem submetidas ao regime de substituição tributária não é condizente com a autuação que diz respeito a questão da partilha do ICMS com base no regramento estabelecido pelo Convênio ICMS 93/15.

Em relação aos clientes do autuado que não estão inscritos como contribuintes do ICMS, citados na peça defensiva, há de se ressaltar que para comprovar a condição dos mesmos como contribuintes diversos aspectos deverão de ser levados em consideração, como por exemplo, a habitualidade e as quantidades de mercadorias envolvidas nas operações e que poderiam comprovar o intuito comercial, o que não ocorreu nestes autos. Não se pode perder de vista que é comum pessoas físicas adquirirem significativas quantidades de bebidas para confraternizações e outras celebrações sem que isto os consagrem como contribuintes do ICMS.

Em conclusão acolho os novos demonstrativos elaborados pelos autuantes e voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração no valor de R\$42.481,52 conforme totalização constante à fl. 44.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298624.0021/17-2**, lavrado contra **SA ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo o autuado ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$42.481,52**, acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96 e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de junho de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR