

PROCESSO - A. I. Nº 298624.0019/17-8
RECORRENTE - SA ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0150-04/19
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04.11.2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0211-11/20-VD

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMIDORES FINAIS NÃO CONTRIBUENTES DO ICMS, LOCALIZADOS NESTE ESTADO. FALTA DE REPASSE, AO ESTADO DA BAHIA, DA PARCELA DEVIDA EM FUNÇÃO DA EC nº 87/15. O próprio sujeito passivo, em suas notas fiscais, destacou o ICMS a título de partilha, por considerar a condição dos destinatários como não contribuintes do ICMS, por não haver inscrição no Cadastro de ICMS da Bahia, apesar de não repassar ao nosso Estado, nos termos previstos na cláusula quarta do Convênio ICMS 93/15. Razões recursais incapazes à reforma da Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 4ª JJF, através do Acórdão nº 0150-04/19, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, o qual foi lavrado para exigir o débito de R\$124.074,23, sob a acusação de: *“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. Reteve o ICMS partilha em vendas a não contribuintes e não efetuou o recolhimento”*.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$123.305,55, após consignar que:

VOTO

A acusação que versa nos presentes autos, e que resultou na exigência do imposto no valor de R\$124.074,23, está posta nos seguintes termos: “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. Reteve o ICMS partilha em vendas a não contribuintes e não efetuou o recolhimento”.

Em sua defesa, item III.1, o autuado disse reconhecer sua obrigação de recolher a parcela do ICMS pertencente ao Estado da Bahia apenas em relação as operações destinadas a não contribuintes do ICMS, e apontou alguns clientes que, ao seu entender, se enquadram como contribuintes deste imposto, solicitando a exclusão dos mesmos do lançamento fiscal.

Já no item III.2 da peça defensiva, questionou também a inclusão, pelos autuantes, na exigência fiscal de diversos não contribuintes os quais, dado a habitualidade e a quantidade de compras efetuadas devem ser considerados como contribuintes à luz do Art. 10 da Lei nº 4.825/89 com a alteração dada pela Lei nº 6.447/92.

Ponderou, ainda, no item III.3 a existência de cobrança em duplicidade visto que foram lavrados dois autos de infração para o mesmo período com operações destinadas a não contribuintes, solicitando, desta maneira, a exclusão das exigências repetidas.

Quando da Informação Fiscal, os autuantes não acolheram o primeiro e segundo argumentos defensivos sob a justificativa de que foi o próprio autuado quem procedeu a cobrança do imposto a título de ICMS partilha, e nesta condição, ao entendimento deles, uma vez efetuada a retenção/cobrança do imposto, torna-se obrigatório seu recolhimento ao Estado da Bahia.

No tocante à terceira alegação defensiva, explicaram que não houve cobrança em duplicidade e ponderaram que o autuado se equivocou na medida em que o Auto de Infração nº 298624002/17-2 diz respeito a exigência do ICMS relativo ao adicional do fundo de pobreza, diferentemente da matéria tratada no presente Auto de

Infração.

Tendo em vista os enfoques iniciais acima, o PAF foi convertido em diligência para que os autuantes após se certificarem a respeito da condição de contribuintes dos destinatários das mercadorias citados na peça defensiva, elaborassem nova planilha do débito, com as respectivas exclusões”.

A diligência requerida não foi atendida na forma acima indicada, razão pela qual o processo foi novamente convertido em diligência para que os autuantes atendessem ao quanto solicitado no pedido de fl. 43, acima descrito, tendo estes informado que:

A EC 87/15 determinou o partilhamento do ICMS devido em operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte, ao tempo em que, quando da emissão da nota fiscal eletrônica, devem os emitentes consignarem na mesma o valor devido ao estado de destino, neste caso, a Bahia, procedimento este adotado pelo autuado, valor este que empregaram o termo “reteve” na descrição da infração, ainda que o mesmo não conste do mencionado Convênio.

Explicaram que o cálculo da “retenção” se refere aos totais mensais registrados na coluna “RETIDO” e correspondem a mero somatório mensal dos valores informados pelo contribuinte nas notas fiscais eletrônica. Com isso, informaram que elaboraram nova planilha com as operações destinadas a contribuintes inscritos nesta SEFAZ, registrando que dela constam os adquirentes DANIELLE FERNANDES PORTO (IE 103490714), FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA (IE 47640612), HAMBURGUERIA E CHOPPERIA BURGUERBEER LTDA (IE 128413597) e SEVERO & LUNA LTDA (IE 126175710), enquanto que o destinatário ATIVA AGRO CORRETORA DE MERCADORIAS E NEGÓCIOS LTDA não foi incluído por não ser contribuinte e não ter inscrição no cadastro estadual da SEFAZ, e que as processaram as exclusões acima e elaboraram nova planilha, em substituição àquela constante à fl.04, sendo que, como resultado, reduziram o imposto reclamado de R\$ 124.074,23 para R\$123.305,55.

Feitas as ponderações acima, observo, inicialmente, que conforme pode ser visto através do texto acusatório, acima reproduzido, a presente autuação exige o imposto relacionado à partilha do ICMS que não foi repassada ao Estado da Bahia, nas operações de vendas interestaduais destinadas a não contribuintes do imposto estadual, enquanto que o outro Auto de Infração citado pelo autuado, de nº 298624.0021/17-2 relaciona-se, apenas, ao adicional de dois pontos percentuais aplicáveis as operações envolvidas na naquela autuação, previsto na cláusula segunda §§ 4º e 5º do Convênio 93/2015, portanto, são situações distintas e não há cobrança em duplicidade.

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

Tal fato ocasionou a remessa dos autos em diligência, em duas oportunidades, no sentido de que os autuantes, após as devidas verificações cadastrais, excluíssem da autuação aqueles destinatários que efetivamente comprovassem que são contribuintes do ICMS contribuintes da exigência fiscal. E isto foi feito, conforme se verifica através das novas planilhas anexadas aos autos às fls. 49 a 51, elementos estes que foram submetidos ao autuado para se pronunciar acerca do resultado, entretanto não houve manifestação deste a respeito das exclusões levadas a efeito pelos autuantes.

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 haverão de ser levados em consideração e devidamente comprovados, o que não ocorreu nos presentes autos, como por exemplo a dita habitualidade e as quantidades de mercadorias envolvidas nas operações, mesmo porque para se considerar como contribuinte do imposto há de se configurar que houve o pagamento desse imposto nas operações internas subsequentes o que não ocorreu.

Em conclusão, e levando em consideração que os novos demonstrativos de débito revisados pelos autuantes não foram impugnados pelo autuado, apesar de regularmente cientificado nesse sentido, acolho o resultado da revisão levada a efeito pelos autuantes e voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração no valor de R\$123.305,55 conforme totalização constante à fl. 51 destes autos.

Inconformado com a referida Decisão, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, às fls. 77 a 103 dos autos, onde aduz que a sua obrigação é recolher a parcela de ICMS que pertenceria ao Estado da Bahia somente em operações com NÃO CONTRIBUINTES DO ICMS.

Diz que o Relator da Decisão recorrida afirma que foram excluídos dos demonstrativos os contribuintes listados quando da impugnação. No entanto, quanto àqueles que, devido à quantidade e habitualidade, se enquadram como contribuintes do ICMS, não foram excluídos, conforme relato do nobre julgador, o qual transcreve.

Salienta que o art. 4º da LC nº 87/96 define que é contribuinte do ICMS “qualquer pessoa física ou jurídica que realize, com habitualidade ou em volume que caracteriza intuito comercial”. Então,

para ser considerado contribuinte é necessário que haja habitualidade ou volume que caracterize o intuito comercial.

Alega o recorrente que, apesar de terem sido excluídos, somente, os contribuintes do ICMS listados pelo recorrente, a empresa DGO REPRESENTAÇÕES LTDA., inscrita no CNPJ sob nº 06.280.953/0001-37 e Inscrição Estadual nº 147.746.317, também deveria ser excluída.

Invoca o art. 10, § 1º, inciso XII da Lei nº 4.825/99 (já revogado) que incluía entre os contribuintes do imposto “qualquer pessoa indicada nos incisos anteriores que, na condição de consumidor final, adquira bens ou serviços em operações interestaduais”, do que, às fls. 83 a 100 dos autos, relaciona nome de adquirentes e dos valores de aquisições no sentido de demonstrar, através dos volumes e habitualidade, tratem-se de contribuintes.

Em seguida, às fls. 101 dos autos, relaciona adquirentes que apresentam características de contribuintes do ICMS, seja em volume ou em habitualidade, por realizarem operações acima de R\$100.000,00, a exemplo de Luciene Pereira da Silva, que adquiriu R\$1.192.146,30 num período de um ano, cabendo, portanto, à destinatária ser cobrado o imposto devido e não ao recorrente, como quer o Fisco, sob a alegação de que não houve pagamento na operação subsequente.

Destaca que o § 2º, do art. 10 da Lei nº 4.825/89 (já revogado) é taxativo quanto à condição para serem considerados contribuintes do imposto, ou seja, a habitualidade.

Assim, segundo o recorrente, para que sejam obedecidas as regras impostas pelo Convênio ICMS 93/15 e pela legislação tributária baiana, necessário se faz que sejam excluídas do demonstrativo denominado “COM PARTILHA”, todas as pessoas que realizaram operações com o recorrente, com habitualidade, conforme definido no art. 4º da LC nº 87/96 e no art. 10 e incisos da Lei nº 4.825/89, em especial aquelas que fizeram aquisições acima de R\$100.000,00, durante o ano de 2016, do que requer a improcedência do Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1ª instância que julgou Procedente em Parte, no valor de R\$123.305,55, o lançamento de ofício, o qual foi lavrado para exigir o débito de R\$124.074,23, sob a acusação de que *“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. Reteve o ICMS partilha em vendas a não contribuintes e não efetuou o recolhimento”*.

Foram dados como infringidos: inciso IV do art. 2º, c/c o inciso II do seu § 4º; § 7º do art. 15 e art. 49-B da Lei nº 7.014/96, c/c art. 99 do ADCT da CF/88, acrescido pela EC nº 87/2015 e Convênio ICMS 93/15.

A tese recursal é de que a sua obrigação é recolher a parcela de ICMS que pertenceria ao Estado da Bahia somente em operações com NÃO CONTRIBUINTES DO ICMS e que o art. 4º da LC nº 87/96 define que é contribuinte do ICMS “qualquer pessoa física ou jurídica que realize, com habitualidade ou em volume que caracteriza intuito comercial”, logo, para ser considerado contribuinte é necessário que haja habitualidade ou volume que caracterize o intuito comercial, do que, às fls. 83 a 101 dos autos, relaciona nome de adquirentes e dos valores de aquisições no sentido de demonstrar, através dos volumes e habitualidade, tratem-se de contribuintes, cabendo, portanto, à destinatária ser cobrado o imposto devido e não ao recorrente.

A Emenda Constitucional nº 87/15 determinou que deve ser partilhado do ICMS devido em operações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada, cabendo ao remetente, quando da emissão da nota fiscal eletrônica, consignar o valor devido ao estado de destino, consoante regras postas no Convênio ICMS 93/15, recepcionadas na Lei nº 7.014/96, conforme enquadramento na peça vestibular.

Verifica-se da análise da coluna “ICMS UF Dest” do levantamento fiscal - constante na mídia digital (CD) à fl. 5 dos autos, como também dos termos consignados na informação fiscal (e não rechaçado pelo recorrente) - que foi o próprio autuado, ao emitir as notas fiscais, **que procedeu**

destaque do ICMS a título de partilha, *por considerar a condição dos destinatários como não contribuintes do ICMS*, por não haver inscrição no Cadastro de ICMS do Estado da Bahia, com exceção dos destinatários já excluídos pela Decisão recorrida, sendo tal partilha uma atitude contraditória com **a alegação recursal** de habitualidade e volume que caracterizam intuito comercial e, por isso, tratavam-se de contribuinte do ICMS, nos termos do art. 4º da LC nº 87/96.

Há de ressaltar que, por motivos óbvios, para os adquirentes comprovadamente enquadrados na condição de contribuinte do ICMS não haveria de se fazer partilhas e muito menos exigir ICMS à alíquota interna do Estado de destino, o que valeria e só se justificaria apenas para consumidor final não contribuinte do ICMS, conforme ocorreu e foi considerado pelo próprio recorrente, quando da emissão das notas fiscais.

Ademais, em que pese a alegação recursal se fundar na previsão legal ínsita no art. 4º da LC nº 87/96 de que contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, há de ressaltar que, no caso presente, tal equiparação não se aplica, uma vez que a previsão da EC nº 87/15, como também o Convênio ICMS 93/15, estabelecem a partilha do ICMS nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada, logo, a expressão “consumidor final **não contribuinte do ICMS**”, por dedução lógica, diz respeito aos adquirentes que **não possuam inscrição ativa no Estado de destino**, como entendeu o próprio recorrente ao destacar nos seus documentos fiscais e exigir do adquirente o valor do “ICMS UF Dest”, nos termos previstos na cláusula décima, inciso I, alínea “a” do Convênio ICMS 93/15, ou seja, 40% do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual (que deve ser partilhado entre as unidades federadas de origem e de destino), **em que pese não ter repassado ao Estado da Bahia**, conforme previsto na cláusula quarta do citado Convênio, objeto do Auto de Infração ora em análise, fato este inquestionável pelo recorrente.

Quanto a alegação recursal de que também deveria ser excluída da exação a empresa DGO REPRESENTAÇÕES LTDA, inscrita no CNPJ sob nº 06.280.953/0001-37 e Inscrição Estadual nº 147.746.317, verifica-se descaber tal pretensão eis que, conforme Consulta ao Cadastro do ICMS da Bahia, a data de inclusão do contribuinte ocorreu em 02/04/2018, tendo as operações ora exigidas ocorridas em 13 de outubro de 2016, época que não havia inscrição no CAD-ICMS/BA.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298624.0019/17-8**, lavrado contra **SA ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$123.305,55**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de agosto de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS