

A. I. N° - 298624.0014/17-6
AUTUADO - SA ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA
AUTUANTES - WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFEPE COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 17/08/2018

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0127-03/18

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO ESTABELECIDO NO ESTADO DO DISTRITO FEDERAL. OPERAÇÕES COM MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DESTINADAS A CONTRIBUINTES SITUADOS NO ESTADO DA BAHIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Indeferido o pedido de diligência. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração parcialmente comprovada de acordo com os demonstrativos retificados pelos autuantes, após exclusão das operações não previstas no Protocolo 15/06, que somente passou a vigorar para o DF em 01 de abril de 2015. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 21/12/2017, exige do autuado o valor histórico de R\$128.385,44, mais multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS, nos meses janeiro a dezembro de 2013; janeiro a março e maio a dezembro de 2014; janeiro a dezembro de 2015 e fevereiro, março, e maio a agosto de 2016:

INFRAÇÃO 1- 08.47.03: Deixou de proceder à retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Enquadramento Legal: Cláusula primeira a sexta do Protocolo ICM nº 15/06. Multa Aplicada: art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresenta impugnação, às fls. 18 a 26, inicialmente abordando a tempestividade da mesma e fazendo uma breve síntese da autuação.

Em seguida, argui como preliminar de nulidade erro na identificação do sujeito passivo. Transcreve o art. 18, do RPAF/BA, dizendo que o fundamento para a cobrança foram as Cláusulas, primeira a sexta, do Protocolo ICMS nº 15/06, no período de 01/01/2013 a 31/08/2016, mas que o mencionado Protocolo só começou a ter aplicação para o Distrito Federal a partir de 01/05/2015.

Traz em colação despacho do Secretário-Executivo do CONFAZ, visando comprovar que até a data acima mencionada os contribuintes do DF não estavam sujeitos ao cumprimento de qualquer regra relativa à substituição tributária nas operações interestaduais.

Em relação ao direito, faz breve exposição sobre o tema da substituição tributária, citando o art. 155, §2º, “b”, da CF, art. 6º e parágrafos, e art. 9º, da Lei Complementar 87/96, além de algumas Cláusulas do Convênio ICMS 81/93, com o intuito de demonstrar que para a implementação do regime em questão, em operações interestaduais, há necessidade de que sejam celebrados acordos específicos pelos Estados.

Explica que duas regras devem ser observadas pelo Fisco Baiano: Se o Distrito Federal é signatário do Protocolo ICMS 14/06, a partir de que data, e se o contribuinte localizado no Distrito Federal está relacionado como substituto tributário. Alega que faltando uma dessas regras, nulo é o procedimento fiscal.

Em relação à primeira regra diz que o Distrito Federal é signatário do Protocolo ICMS 14/06, que transcreve na peça defensiva, mas que conforme despacho nº 22 do Secretário-Executivo do CONFAZ, publicado no DOU de 04/02/2015, as regras do citado Protocolo só valeria para o Distrito Federal a partir de 01/04/2015.

Quanto à segunda regra, aduz que o contribuinte localizado no Distrito Federal está relacionado como substituto tributário, nos termos do Protocolo ICMS 15/06, preenchendo a regra, mas que somente a partir de 01/04/2015, quando o Protocolo passou a valer para o Distrito Federal.

Conclui que não tem amparo legal a cobrança do ICMS por substituição tributária da empresa em questão, no período compreendido entre 01/2013 a 03/2015.

Ao final, pede a insubsistência e improcedência total do lançamento, e que caso não seja acatado o pedido que sejam excluídos dos demonstrativos os valores referentes ao período compreendido entre 01/01/2013 a 31/03/2015, por falta de previsão legal para a atribuição do remetente da sua condição de sujeito passivo por substituição tributária.

Os autuantes prestam informação fiscal, às fls. 37/38, inicialmente dizendo que a atribuição do autuado como substituto tributário é amparada na Cláusula terceira do protocolo 15/06 e cláusula segunda do convênio de normas gerais, que transcrevem:

“Nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se referem os correspondentes Convênios ou Protocolos, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente”.

Isto posto, enfatizam que não há nenhuma dúvida quanto a responsabilidade tributária do autuado para as operações em questão.

No que diz respeito à aplicação do período da cobrança, mencionam que o autuado cita o Despacho 22/15 que indica que o DF adere ao protocolo 15/06 a partir de 01/04/2015.

Todavia, transcrevem o Despacho 256/12, dizendo que este inclui o DF a partir 01 de março de 2013. Consideram que tal fato torna o despacho 22/15 redundante, uma simples repetição do anterior, sem gerar efeito, porque entendem que continua em vigor o despacho anterior, ou seja, o 256/12.

DESPACHO DO SECRETÁRIO EXECUTIVO

Em 29 de novembro de 2012

Publicado no DOU de 30.11.12.

Informa sobre aplicação no Distrito Federal dos Protocolos ICMS 72/12, 78/12, 79/12 e 83/12.

Nº 256 - O Secretário Executivo do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ , no uso de suas atribuições que lhe são conferidas pelo inciso IX, do art. 5º do Regimento desse Conselho e tendo em vista o disposto no inciso I da Cláusula décima quinta do Convênio ICMS 81/93, de 10 de setembro de 1993, torna público, em atendimento à solicitação da Secretaria de Estado de Fazenda do Distrito Federal, que por força do Decreto Distrital nº 33.997, de 27 de novembro de 2012, publicado no Diário Oficial do Distrito Federal nº 240, de 28 de novembro de 2012 - Págs. 2 e 3, somente aplicar-se-á no Distrito Federal as disposições contidas nos Protocolos ICMS abaixo listados a partir de 1º de março de 2013.

Protocolo 72/12, de 22 de junho de 2012, publicado no DOU de 28.06.12, que dispõe sobre a adesão do Distrito Federal ao Protocolo ICMS 15/06, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com aguardente;

Ao final, opinam pela manutenção parcial do Auto de Infração, excluindo apenas os valores anteriores a 01 de março de 2013 (jan/13- R\$ 2.383,72 / fev/13- R\$ 2.878,78).

O autuado em manifestação, às fls. 42 a 52, aduz que de fato foi publicado Despacho do Secretário Executivo do CONFAZ nº 256 de que as disposições contidas no protocolo 15/06, dentre outros, valeria a partir de 01/03/2013. No entanto, explica que o Distrito Federal editou Decretos Distritais prorrogando a entrada em vigor dos mesmos e, que tal fato foi comunicado ao CONFAZ, razão pela qual foi editado o despacho nº 22, que foi desconsiderado pelos autuantes.

Após transcrever o Despacho 22/15 discorda do entendimento dos autuantes de que o mesmo é redundante, dizendo que Lei específica sobrepõe a Lei Geral, e que ato mais recente sobrepõe ato mais antigo.

Explica que o protocolo ICMS 15/06 foi recepcionado pelo Decreto 18.955/97 e consta no item 30 do Caderno I do Anexo IV, e que a primeira alteração da eficácia do item 30 foi feita pelo Decreto nº 33.997, de 27/11/2012, publicada no DODF de 28/11/2012.

Aduz que a segunda alteração da eficácia do item 30 foi feita pelo Decreto 34.144, de 07/02/2013, publicada no DODF de 08/02/2013, que também traz a colação nos autos.

Expõe que a terceira alteração da eficácia do item 30 foi feita pelo Decreto 34.494, de 27/06/2013, publicada no DODF de 28/06/2013.

Relata que a quarta alteração da eficácia do item 30 foi feita pelo Decreto 36.333, de 28/01/2015, publicada no DODF de 29/01/2015.

Menciona que, finalmente, veio a última alteração do item 30 feita pelo Decreto 36.424, de 27 de março de 2015, publicado no DODF de 30/03/2015, alterando a data da eficácia para 01/04/2015, que a exemplo das demais transcreve nos autos.

Dessa forma, afirma que segundo as regras, o protocolo citado somente passou a valer para o Distrito Federal, e por consequência para seus contribuintes, somente a partir de 01/04/2015, quando foi, efetivamente, recepcionado na Legislação interna do Distrito Federal.

Ressalta que com as publicações dos Decretos Distritais acima mencionados que adiaram a eficácia do Protocolo ICMS 15/06, restou comprovado que não existe redundância nos despachos do Secretário Executivo do CONFAZ, entendendo que a decisão de manter, mesmo de forma parcial, o auto de infração, deve ser revista.

Conclui dizendo que não tem amparo legal a cobrança do ICMS por substituição tributária da empresa em questão, no período compreendido entre 01/2013 a 03/2015.

Ao final, volta a pedir a improcedência da autuação, e caso não acatado que sejam excluídos dos demonstrativos os valores referentes ao período compreendido entre 01/01/2013 a 31/03/2015, bem como seja feita diligência junto à SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA DO DISTRITO FEDERAL para que seja confirmada a data efetiva da entrada em vigor do Protocolo ICMS 15/06.

Os autuantes em nova informação, às fls. 61/62, dizem que o autuado juntou em sua defesa recorrentes decretos do Distrito Federal (fls. 45/50) e Despacho nº 22 do CONFAZ (fl. 50), que adiaram a eficácia do mencionado acordo interestadual para 01 de abril de 2015.

Aduzem que, analisando a legislação apresentada, concordam que a efetiva vigência do Protocolo 15/06 se dá a partir de 01/04/2015, conforme o Despacho nº 22 do CONFAZ, e que dessa forma excluem da reclamação fiscal os valores correspondentes ao período anterior.

Ao final, enfatizam que tal entendimento coincide com o pleito do contribuinte, e opinam pela procedência parcial do Auto de Infração, conforme demonstrativo que anexaram à fls. 62, onde o valor exigido foi reduzido para R\$17.937,57.

O autuado foi intimado (fls. 64/65), para tomar ciência da última informação fiscal, porém não se manifestou.

VOTO

O Auto de Infração em exame exige ICMS do autuado, sob acusação do mesmo ter deixado de proceder à retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no período de 01/01/2013 a 31/08/2016, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante, tendo em vista que o

procedimento fiscal atende às disposições do art. 39, do RPAF/BA – Decreto nº 7.629/99, apresentando a descrição dos fatos considerados infrações das obrigações de forma clara, precisa e sucinta. Estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada. Vale ainda ressaltar, que descabe a ilegitimidade passiva suscitada na peça defensiva, uma vez que a atribuição do autuado como substituto tributário é amparada na cláusula terceira do Protocolo 15/06 e na cláusula segunda do Convênio 81/93, que estabelece as normas gerais que devem ser aplicadas ao regime tributário em questão.

Também não acolho o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo em sua segunda manifestação, haja vista que os elementos acostados aos autos se apresentam suficientes para formação do meu convencimento e decisão da lide, de acordo com o que prevê o art. 147, I, “a”, do RPAF/99.

No mérito, o cerne da lide se resume ao questionamento sobre a data em que o Distrito Federal, Estado em que o autuado está sediado, passou a aplicar as disposições contidas no Protocolo ICMS 15/06, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com aguardentes.

Da análise dos elementos constitutivos do processo verifico que o Distrito Federal efetivamente é um dos Estados que fazem parte do Protocolo acima referido. Todavia durante o período de sua vigência, o DF denunciou e voltou a aderir ao protocolo em algumas oportunidades, sendo sua última adesão através do Protocolo ICMS 72/12, abaixo transscrito:

PROTOCOLO ICMS 72, DE 22 DE JUNHO DE 2012

- Publicado no DOU de 28.06.12, pelo Despacho 111/12.
- Vide quanto à aplicação no Distrito Federal o Despacho 256/12.

Dispõe sobre a adesão do Distrito Federal ao Protocolo ICMS 15/06, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com aguardente.

Os Estados de Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Sergipe e Tocantins e o Distrito Federal, neste ato representados pelos seus respectivos Secretários de Estado de Fazenda, de Receita e Controle e Gerente de Receita, reunidos em Maceió, AL, no dia 22 de junho de 2012, considerando o disposto nos arts. 102 e 199 do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966), e no art. 9º da Lei Complementar nº 87/96, de 13 de setembro de 1996, resolvem celebrar o seguinte:

PROTÓCOLO

Cláusula primeira: Fica o Distrito Federal incluído nas disposições contidas no Protocolo ICMS 15/06, de 7 de julho de 2006.

Cláusula segunda: Este protocolo entra em vigor na data da sua publicação no Diário Oficial da União, **produzindo efeitos na data prevista em ato do Poder Executivo distrital.** (grifo nosso)

Nesta última adesão, resta claro na sua cláusula segunda que os efeitos somente seriam produzidos na data prevista em ato do Poder Executivo distrital.

Diante dessa condição, a adesão ao Protocolo ICMS 15/06, somente começou a ter aplicação para o Distrito Federal a partir de 01/04/2015, por intermédio do Despacho do nº 22/15, abaixo transscrito:

- Publicado no DOU de 04.02.15.

Informa sobre aplicação no Distrito Federal dos Protocolos ICMS 72/12, 78/12, 79/12 e 83/12.

Nº 22 - O Secretário-Executivo do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo inciso IX, do art. 5º do Regimento desse Conselho, e tendo em vista o disposto no inciso III da Cláusula décima quinta do Convênio ICMS 81/93, de 10 de setembro de 1993, torna público, em atendimento à solicitação da Secretaria de Estado da Fazenda do Distrito Federal, que por força do Decreto Distrital nº 36.333, de 28 de janeiro de 2015, publicado no Diário Oficial do Distrito Federal nº 22, de 29/01/2015, Suplemento, pág. 5, aplicar-se-ão no Distrito Federal as disposições contidas nos Protocolos ICMS abaixo listados a partir de 1º de abril de 2015:

Protocolo 72/12, de 22 de junho de 2012, publicado no DOU de 28.06.12, que dispõe sobre adesão do Distrito Federal ao Protocolo ICMS 15/06, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com aguardente.

Protocolo 78/12, de 22 de junho de 2012, publicado no DOU de 28.06.12, que dispõe sobre a reinclusão do Distrito Federal nas disposições do Protocolo ICMS 14/06, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com bebidas quentes.

Protocolo 79/12, de 22 de junho de 2012, publicado no DOU de 28.06.12, que dispõe sobre a inclusão do Distrito Federal nas disposições do Protocolo ICMS 14/07, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com bebidas quentes.

Protocolo 83/12, de 22 de junho de 2012, publicado no Dou de 28.06.12, que dispõe sobre a adesão do Estado do Sergipe e do Distrito Federal ao Protocolo ICMS 13/06, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com vinhos e sidras.

Portanto, assiste razão ao autuado, quando em um dos seus pleitos, solicitou que fossem excluídos da autuação os valores referentes ao período compreendido entre 01/01/2013 a 31/03/2015, por falta de previsão legal para atribuir ao sujeito passivo a responsabilidade por substituição tributária.

A referida exclusão foi, inclusive, acatada pelos autuantes em sua última informação fiscal, quando elaboraram novo demonstrativo de débito (fl. 62), mantendo apenas os valores exigidos para o período de 30/04/2015 a 31/08/2016, culminando com a redução da autuação para R\$17.937,55, com o que concordo.

Vale ainda ressaltar, que o autuado foi intimado (fls. 64/65), para tomar ciência da última informação fiscal, e do novo demonstrativo de débito apresentado, porém não se manifestou, o que caracteriza sua concordância com a redução efetivada.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, mantendo apenas as exigências do período de 30/04/2015 a 31/08/2016, conforme demonstrativo de débito à fl. 62.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298624.0014/17-6, lavrado contra SA ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.937,55**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA