

A. I. Nº - 298624.0013/17-0
AUTUADO - SA ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS e JOSÉ MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 03.01.2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0214-04/18

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado que a eficácia do Protocolo ICMS nº 14/06, no âmbito do Distrito Federal só prevaleceu a partir de 01/04/2015, razão pela qual foram excluídas da autuação as parcelas anteriores a este período. Não acolhida a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração sob análise teve sua expedição ocorrida em 21/12/2017 objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$1.558.100,21 mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso III, alínea “e” da Lei nº 7.014/96 em decorrência da seguinte acusação: *“Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia”*. Foi elaborada planilha de cálculo para efeito de apuração do imposto reclamado na forma exemplificada às fls. 07 a 10 destes autos.

Notificado do lançamento o autuado ingressou com a Impugnação de fls. 18 a 27 onde preliminarmente argui a nulidade do Auto de Infração *“por erro do sujeito passivo”*, destacando que o fundamento para a cobrança foram as Cláusulas primeira, terceira e sexta do Protocolo ICMS nº 14/06, sendo que o levantamento fiscal abrangeu o período 01/01/2013 a 30/09/2016 enquanto que de acordo com o despacho do Secretário Executivo do CONFAZ, que transcreveu, a aplicação das regras inerentes ao referido Protocolo só começou a ser aplicada no Distrito Federal a partir de 01/04/2015, portanto, no período compreendido entre 01/01/2013 a 31/03/2015 as regras deste Protocolo não eram aplicadas ao Distrito Federal.

Ao ingressar nas razões do Direito reportou-se ao Art. 155, § 2º, XII, “b” da Constituição Federal e a Lei Complementar 87/96, Art. 6º, que dispõem sobre a substituição tributária, enquanto que a referida Lei Complementar para efeito de implementação da ST, em seu Art. 9º, exige que sejam celebrados acordos específicos pelos Estados.

Passou a discorrer a respeito do Convênio ICMS 81/93 que estabelece as normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, destacando a sua Cláusula segunda onde se atribui a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto a favor do Estado destino das operações, argumentando em conclusão que devem ser observadas duas regras para efeito de definição do substituto tributário, se o estado remetente, neste caso o Distrito Federal, é signatário do Protocolo ICMS 14/06 e a partir de que data e se o contribuinte localizado naquela unidade federativa está relacionado como substituto tributário, sendo que, faltando uma dessas regras, o procedimento fiscal é nulo.

Nesta linha de argumentação pontuou que o DF é signatário do Protocolo ICMS 14/06, no entanto, conforme o despacho nº 22 do CONFAZ, as regras deste Protocolo só valeriam para o DF a partir de 01/04/2015. Com isso, sustenta que parte da exigência fiscal é nula.

Como segunda regra consiste em verificar se o contribuinte localizado no DF está relacionado como substituto tributário. A este respeito cita que nos termos do Protocolo ICMS 14/06, Cláusula primeira, que define quem é o sujeito passivo por substituição originário são o industrial, importador e o arrematante de mercadoria impositada e apreendida.

Em seguida refere-se à Cláusula terceira que também trata da atribuição da condição de substituto tributário, definindo que a responsabilidade pela substituição tributária é do remetente, sendo que, na sua condição de distribuidor / estabelecimento atacadista a autuação encontra amparo somente a partir de 01/04/15 não encontrando amparo legal os fatos geradores compreendidos entre 01/2013 a 03/2015.

Em conclusão requer a improcedência total do lançamento e, caso não aceita, 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 atribuição do remetente da sua condição de sujeito passivo por substituição tributária.

Os autuantes prestaram a Informação Fiscal de fls. 38 e 39, mencionando que a atribuição do autuado como substituto tributário está amparada pela Cláusula terceira do Protocolo 14/06 bem como na Cláusula segunda do Convênio 81/93, não havendo qualquer dúvida, desta maneira, quanto a responsabilidade do autuado.

Pontuam que a questão de fundo reside na indicação do período de cobrança onde o autuado sustenta que de acordo com o Despacho 22/15 do CONFAZ o DF adere ao Protocolo 14/06 a partir de 01/04/2014. Entretanto, de acordo com o Despacho 256/12 do CONFAZ, que transcreveram, o DF foi incluído nas retro mencionadas regras a partir de 01/03/2013 tornando o despacho 22/15 redundante, seno uma simples repetição do anterior, não gerando efeito algum, já que continua em vigor o Despacho 256/12.

Com isso, opinam pela manutenção parcial do Auto de Infração, excluindo-se apenas os valores anteriores a 01/03/2013, ou seja, jan/13 R\$108.679,10 e fev/13 R\$57.786,33.

O autuado se pronunciou a respeito da Informação Fiscal conforme fls. 43 a 53, onde, na prática reiterou os argumentos já apresentados através da peça inicial de impugnação, acrescentando tão somente um detalhamento acerca da eficácia da alteração ocorrida na legislação tributária do Distrito Federal, onde está localizado, cuja quinta e última ocorreu em 30/03/15.

Neste sentido afirmou que só a partir de 01/04/15 foi que a legislação do DF recepcionou as regras concernentes ao Protocolo ICMS 14/06, não havendo qualquer redundância nos despacho do Secretário Executivo do CONFAZ, razão pela qual deverá ser revista a decisão de manter o Auto de Infração, mesmo de forma parcial, pelo fato de não ter amparo legal a exigência do ICMS por substituição tributária para o período compreendido entre 01/2013 e 03/2015.

Conclui pugnando pela Improcedência do Auto de Infração.

Através do pronunciamento de fls. 62 e 63 os autuantes sustentam que compulsando a legislação apresentada concordam que a efetiva vigência do Protocolo 14/06 ocorreu a partir de 01/04/2015 conforme Despacho nº 22 do CONFAZ. Desta forma, excluíram da autuação os valores correspondentes aos períodos anteriores, remanescendo o débito no valor de R\$264.413,78 conforme indicado à fl. 63, e opinam pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

De acordo com os documentos de fls. 65 a 68 o autuado foi cientificado do novo pronunciamento pelos autuantes, porém não voltou a se manifestar.

VOTO

O presente Auto de Infração trata de exigência de ICMS no valor de R\$1.558.100,21 em decorrência da acusação de que o autuado *“Deixou de proceder a 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”*. De

acordo com os dados constantes nos autos a autuação abrangeu o período compreendido a partir de 31/01/2013 até 30/09/2016.

Os autuantes tomaram como base para a autuação o Art. 10 da Lei nº 7.014/96 que prevê que nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas, além da norma prevista pelas Cláusulas primeira e terceira do Protocolo ICMS nº 14/06, destacando ainda, em sua Cláusula segunda que *“nas operações interestaduais realizadas por contribuintes com as mercadorias 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”*.

Inicialmente o autuado argui a nulidade do Auto de Infração *“por erro de indicação sujeito passivo”*. Não assiste razão ao autuado em seu argumento. O Auto de Infração atribuiu ao sujeito passivo a responsabilidade pela falta de retenção e de recolhimento do ICMS por substituição tributária, com base no Protocolo ICMS nº 14/06. Portanto, a questão a ser enfrentada, isto é, se o autuado era o responsável tributário para as operações envolvidas no período autuado se reveste em questão de mérito, e, como tal, será analisada.

Nesse sentido, vejo que o autuado traz como argumento de fundo que a aplicação do Protocolo ICMS 14/06 só começou a ter eficácia no âmbito do Distrito Federal a partir de 01/04/15, por força do Despacho nº 22 do Secretário Executivo do CONFAZ, publicado no DOU em 04/02/2015, situação esta que em um primeiro momento os autuantes discordaram, entretanto, quando da segunda manifestação nos autos pelos mesmos, estes aquiesceram e acolheram o argumento defensivo.

De maneira que estão transcritos nos autos os seguintes Decretos da lavra do Governo do Distrito Federal: nº 33.997 de 28/11/12, 34.144 de 08/02/13, nº 34.494 de 28/06/13 e 36.333 de 29/01/15, sendo que este último dispõe que a eficácia do referido Protocolo no âmbito do Distrito Federal ocorre a partir de 01/04/2015, situação esta que reflete os termos contidos no citado Despacho nº 22, razão pela qual acolho o pleito defensivo e, consequentemente as exclusões levadas a efeito pelos autuantes relacionadas aos períodos de 01/01/2013 até 31/03/2015, remanescendo o débito na quantia de R\$264.413,78 na forma demonstrada à fl. 63, em face da situação de atacadista/estabelecimento distribuidor na qual ele se enquadra.

Isto posto voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração.

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 **298624.0013/17-0** lavrado contra **SA ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$264.413,78** acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso 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 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões de julgamento do CONSEF em 28 de novembro de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR