

PROCESSO - A.I. Nº 298624.0013/17-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - SA ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0214-04/18
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/08/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0219-12/19

EMENTA: ICMS. PROTOCOLO ICMS Nº 14/06 (BEBIDAS QUENTES). SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS ORIUNDAS DO DISTRITO FEDERAL. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Uma vez evidenciado que a substituição tributária em questão somente se tornou eficaz no âmbito do Distrito Federal a partir de 01/04/2015, resta inatacável a Decisão de piso que afastou a incidência para períodos anteriores. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso de Ofício interpostos em face do Acórdão nº 0214-04/18, da lavra da 4ª JJF deste CONSEF, que concluíra em 28/11/2018 pela procedência parcial da autuação, lançada historicamente no valor de R\$1.558.100,21, acrescido de multa de 60% (fl. 02). O órgão julgador de primeiro grau concluiu por acolher em parte a defesa da contribuinte implicando desoneração da ordem de R\$2.069.928,03, aí já computados juros e demais acréscimos, como se depreende do demonstrativo de fl. 78.

A infração única de que cuidava o Auto de Infração, foi a seguinte:

Infração 01 – 08.32.03: Deixou de proceder a retenção de 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.

O demonstrativo de fls. 04 e 05 aponta ocorrências entre **31/01/2013** e **30/09/2016**, e o demonstrativo de fls. 07 a 10 aponta operações com bebidas diversas (do Capítulo “22”, posições “04”, “05”, “06” e “08” da NCM), sendo certa a caracterização do sujeito passivo como “atacadista”.

Foi apontado enquadramento legal no art. 10 da Lei nº 7.014/96; e nas Cláusulas primeira, e terceira a sexta, do Protocolo ICMS nº 14/06, além de aplicada multa de 60% por incursão no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Cientificado regularmente da lavratura do Auto de Infração em 18/01/2018, o autuado apresentou tempestivamente suas razões de impugnação às fls. 18 a 27, nas quais aduziu em síntese que a) o auto de infração seria nulo por erro de sujeito passivo (art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99 por não ser aplicável o Protocolo ICMS do CONFAZ nº 14/06 entre os períodos de apuração situados de 01/01/2013 a 31/03/2015; e b) que, por não ter, o Protocolo ICMS do CONFAZ nº 14/06, aplicabilidade perante o Distrito Federal, unidade da federação em cujo território está sediado o sujeito passivo autuado, se não somente após 01/04/2015.

Há nos autos duas informações fiscais.

A primeira, de fls. 38 e 39, acata a exclusão da ocorrência apenas atinente jan/2013 e fev/2013 por entender que “o ‘despacho 256/12’ abaixo transcrito [...] que inclui o DF a partir de 01 de março de 2013, tornando o despacho redundante, sendo uma simples repetição do anterior não gerando efeito algum, já que continua em vigor o despacho anterior 256/12”.

A segunda informação fiscal (fls. 62 e 63), posterior à petição protocolizada pelo sujeito passivo em 14/05/2018 com o título de “Recurso” (fls. 43 e 53), acata a alegação do sujeito passivo,

reconhecendo que perante o Distrito Federal o Prot. ICMS CONFAZ nº 14/06 somente teve aplicabilidade a partir de 01/04/2015, o que implica na improcedência do auto de infração no que se refere às ocorrências apontadas no Auto de Infração entre 01/01/2013 a 31/03/2015.

Em julgamento realizado em 28/11/2018 (fls. 72 a 74) a 4ª JJF acolheu parcialmente as alegações do sujeito passivo para julgar Parcialmente Procedente o Auto de Infração, sob os fundamentos a seguir transcritos:

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.

A 4ª JJF recorrer de ofício de sua Decisão sob fundamento no art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99. Regularmente intimada (fl. 82), o recorrido quedou-se inerte.

VOTO

O recurso *ex officio* é cabível e adequado (art. 169, inciso I, alínea “a” do Decreto nº 7.629, de 9.7.1999 em sua atual redação – RPAF/99), por isso, dele conheço.

A matéria de cognição cinge-se, portanto, a verificar o período de vigência de norma que impute ao sujeito passivo, sediado no Distrito Federal, a posição de responsável por substituição tributária quando da realização de operações mercantis interestaduais tendo por destinatários contribuintes sediados nos limites do Estado da Bahia.

Inicialmente, os Srs. Auditores Fiscais autuantes quiseram aparentemente crer que desde a edição do Protocolo CONFAZ ICMS 14, de 14/09/2006, tanto o sujeito passivo estaria compelido a reter e recolher, quanto o Estado da Bahia estaria autorizado a exigir do sujeito passivo, o ICMS por substituição tributária nas operações interestaduais com bebidas.

O sujeito passivo, após duas manifestações, logrou convencer tanto os Srs. Auditores Fiscais autuantes quanto a 4ª JF que a sua posição de sujeito passivo por substituição, em face do Estado da Bahia, somente surgiu a partir de 01/04/2015.

O busílis reside nas edições de atos normativos pelo chefe do Poder Executivo do Distrito Federal que expressamente prorrogaram a eficácia jurídica do Protocolo CONFAZ ICMS 14, de 14/09/2006 (Prot. ICMS 14/06), para tornar-se aplicável apenas a partir de 01/04/2015. Senão, vejamos.

Malgrado editado em 2006, o Distrito Federal denunciou tal Protocolo conforme Despacho nº 101/08, efeitos a partir de 01/12/2008. Todavia, por força do Protocolo ICMS CONFAZ nº 78, de 22/06/2012, revigoraram-se os efeitos do Prot. ICMS 14/06 para ter efeitos a partir de data prevista em ato do Poder Executivo distrital (cláusula segunda).

O sujeito passivo logrou demonstrar que o primeiro ato do Poder Executivo distrital pertinente ao caso, o Dec. 33.997/12, editado no DODF em **28/11/2012**, declarava que a substituição em comento (prevista no Prot. ICMS 14/06, recepcionada pela legislação distrital nos itens 30 e 31 do Caderno I do Anexo IV do Dec. nº 18.955/97) passariam a ter eficácia em 01/03/2013; entretantes, no DODF de **08/02/2013** (antes do início da eficácia jurídica do ato anterior, portanto), foi publicado o Dec. 34.144/13, prorrogando a eficácia do anterior para 01/07/2013; que, no entanto, foi objeto em publicação no DODF de **28/06/2013** (mais uma vez antes do início da eficácia jurídica do ato anterior) do Dec. 34.494/13, prorrogando a eficácia do ato anterior para 01/02/2015.

O sujeito passivo ainda observou que outros decretos distritais ainda suspenderam a eficácia do Prot. ICMS 14/06 para além de maio/2015, de modo incompatível com o disposto no Despacho do Secretário Executivo do CONFAZ nº 22, de 03/02/2015 (DOU de 04/02/2015).

Destaque-se que o que torna a cognição trabalhosa é a ausência de homogeneidade entre os veículos introdutórios da norma jurídica no âmbito das unidades da federação e no âmbito do CONFAZ. Até seria justificável a diligência demandada pelo sujeito passivo no seu “recurso” anterior à decisão da 4ª JF (fl. 53), se não fora a sua pretensão acatada, sem irresignação via Recurso Voluntário.

Nesse sentido, creio que a questão foi suficientemente bem apreciada pela 4ª JF. Sou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

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 manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298624.0013/17-0**, lavrado contra **SA ATACADISTA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$264.413,78**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE- REPR. DA PGE/PROFIS