

PROCESSO - A. I. Nº 206847.0023/06-6
RECORRENTE - VEDACIT DO NORDESTE S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 1ª CJF nº 0386-11/08
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 14/04/2009

1ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0057-11/09

EMENTA: ICMS. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. Constitui requisito de admissibilidade do Pedido de Reconsideração da Decisão da Câmara, a reforma no mérito da Decisão de Primeira instância e a existência de matéria de fato ou fundamento de direitos argüidos pelo impugnante e não apreciados nas fases anteriores de julgamento. Requisitos não preenchidos no caso concreto. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração, manejado pelo recorrente como incurso na regra do art. 169, I, “d” do RPAF/99, contra a Decisão da 1ª CJF, proferida através do Acórdão nº 0386-11/08, que deu provimento parcial ao Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da JJF - proferida através do Acórdão nº 0092-04/07 – que havia julgado procedente o Auto de Infração em epígrafe, e que atribui ao contribuinte falta de retenção e recolhimento do imposto, na condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

A Decisão recorrida ao apreciar o Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, entendeu procedente o pedido de exclusão da exigência fiscal apenas do produto argamassa, reformando a Decisão de Primeira Instância para julgar parcialmente procedente o Auto de Infração, com os seguintes fundamentos, “*in verbis*”:

“...Quanto ao produto “Argamassa”, realmente, não está enquadrado no regime de substituição tributária, consoante já demonstrado e didaticamente esclarecido através do Parecer nº. 1007/2002, a seguir transcrito em parte:

Nº Parecer : 1007/2002 Data Parecer :09/04/2002 03:24:00 PM

Ementa :ICMS. Consulta. Substituição tributária. Convênio ICMS 74/94. Art. 353, II, 16.11.5 e 16.15.5. Argamassa, rejuntas e similares não estão na substituição tributária.

A empresa formula Consulta desejando informações referentes à ARGAMASSA para saber se esse produto encontra-se na substituição tributária. Apresenta os seguintes códigos dos produtos NCM 1073001, 106001000 e 32149000.

Enviado o processo a GERSU, houve esclarecimento de que os números 1073001 e 106001000 não constam da tabela NCM. Explica que para o produto argamassa os códigos NCM são:

- 1) 3824.50.00 - argamassas e concretos (betões), não refratários;*
- 2) 3816.00.10 - cimentos e argamassas refratários;*
- 3) 3214.90.00 - outros produtos da posição 3214 (mastique de vidraceiro, cimentos de resina e outros mastiques; indutos utilizados em pintura; indutos não refratários do tipo dos utilizados em alvenaria).*

A GERSU esclarece que os produtos elencados nas posições 3824.50.00 - argamassas e concretos (betões), não refratários e 3816.00.10 - cimentos e argamassas refratários não estão na substituição tributária. Quanto ao item 3214.90.00, se for impermeabilizante e massa plástica estão na substituição tributária por força do art. 353, inciso II, itens 16.11.5 e 16.15.5. Quanto aos demais produtos não estão na substituição tributária porque o Convênio ICMS 74/97 não elencou os produtos da posição 3214.90.100 da NBM/SH. Com o surgimento da NCM e a utilização dos seus códigos pela NBM/SH, a posição 3214.90.00 absorveu o código 3214.90.0100, que não estava no Convênio ICMS 74/94. Conclui afirmando categoricamente que argamassa, rejuntas e produtos similares não estão elencados no regime de substituição tributária, mesmo enquadrados na posição 3214.90.00 da NCM.

Dos produtos constantes da posição NCM 3214.90.00, o Regulamento do ICMS no art. 353, inciso II só inclui na substituição tributária "outros impermeabilizantes (exceto tinta em pó)" e "massa plástica". Portanto, argamassas e concretos (betões) não refratários, cimentos e argamassas refratários, rejuntas e produtos similares não estão na substituição tributária, por força do Convênio ICMS 74/94."

Em consequência, analisando os demonstrativos às fls. 14 a 235 dos autos, cujos valores apurados foram transportados para o Auto de Infração, se comprova que, efetivamente, o produto "argamassa" compõe o levantamento fiscal destinado à cobrança do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, conforme consignado na peça vestibular, cujos valores foram excluídos do lançamento do crédito tributário, conforme diligência realizada pela ASTEC às fls. 417 e 418 dos autos, do que remanesceu o débito de R\$194.964,78, após a devida correção...

Quanto aos demais produtos: Adiment; Alvenarit, Cemix, Desmol, Retard VZ, Expansor, Supercimentol, V-1 Grauth S, Vedacit Rápido, Vedajá e Vedalit, corroboro com a Decisão recorrida e o Parecer da PGE/PROFIS de que os mesmos estão discriminados no item 16 do inciso II do art. 353 do RICMS/97, estando o contribuinte obrigado a fazer a retenção do imposto nas citadas operações de saídas internas destinadas para contribuintes, para fim de antecipação do imposto relativo às operações subsequentes.

No tocante à inclusão do IPI na base de cálculo do tributo, está correto o procedimento fiscal, conforme preconiza o artigo 61, II, do RICMS/BA, pois, no caso concreto, na falta da fixação de preço único ou máximo de venda adotado pelo contribuinte substituído, fixado ou sugerido pelo fabricante ou pelo importador ou fixado pela autoridade competente, a base de cálculo do imposto é o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) relativa às operações subsequentes.

É válido ressaltar que, de acordo com o § 2º do art. 13 da LC 87/96, não integra a base de cálculo do imposto o montante do IPI, quando a operação realizada entre contribuinte e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configurar fato gerador de ambos os impostos. No caso presente, as empresas comerciais adquirentes dos produtos não se enquadram como contribuinte do IPI e em consequência deve o IPI integrar a base de cálculo do imposto para efeito de antecipação do ICMS, relativo às operações subsequentes por eles realizadas.

Por fim, comungo com o entendimento da PGE/PROFIS de que não é cabível a aplicação do art. 159 do RPAF concernente à possibilidade de dispensa ou redução da multa por infração à obrigação tributária principal ao apelo de equidade, tendo em vista que o autuado não fundamentou o pedido em quaisquer das circunstâncias exibidas nos incisos I a IV, nem comprovou o pagamento do principal e seus acréscimos, como previsto no § 2º, todos do art. 159 do RPAF, cuja competência é da Câmara Superior deste CONSEF."

Cientificado da Decisão da 1ª CJF, o sujeito passivo interpõe o presente Pedido de Reconsideração - fls.464 a 467 dos autos - onde inicialmente consigna que entende cabível o seu pedido, asseverando que é inegável que a Decisão da Câmara de Julgamento Fiscal reformou o mérito da Decisão de Primeira Instância, e ainda que é inegável que a Decisão de primeiro grau desconsiderou as alegações fáticas e jurídicas por ele aduzidas, sendo certo que somente após a interposição de Recurso Voluntário foram os autos convertidos em diligência com vistas a aferir as alegações do contribuinte, o que ensejou o julgamento pela procedência parcial do Auto de Infração.

No mérito, alega que muito embora a Decisão da CJF tenha constado em seu corpo o Parecer GECOT Nº 1007/2002, o qual menciona expressamente que, com base no art. 352, II, 16.11.5 e 16.15.5, os produtos argamassa, rejuntas e similares não estão na substituição tributária, desconsiderou a Decisão materiais similares à argamassa e manteve a autuação fiscal nesse particular,

contrariando o referido Parecer e até mesmo o RICMS, já que os produtos 1 Grauth TIX – NCM 3816.00.19 e Vedajá – NCM 3824.50.00, são similares à argamassa, já excluída do presente Auto de Infração, conforme descrição da utilidade do produto que induz à similaridade com a argamassa, conforme descritivo que anexa.

Assim, conclui que os três produtos têm características semelhantes ou similares, o que traz como consequência a exclusão dos mesmos do Auto de Infração, o que requer expressamente, eis que não sujeitos à substituição tributária.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo de fls. 473 e 474 - opina pelo Não Conhecimento do Pedido de Reconsideração, por falta de preenchimento de todos os requisitos exigidos na alínea “d”, inciso I do art. 169 do RPAF/BA, visto que, conforme se depreende da leitura dos autos, as questões apresentadas na peça recursal foram exaustivamente discutidas quando do julgamento em primeira e segunda instâncias administrativas.

VOTO

O Pedido de Reconsideração é tratado pela legislação baiana como espécie recursal, a qual impõe, conforme art. 169, inciso I, “d”, do RPAF/BA, a preexistência de condições básicas para a sua admissibilidade, condições estas cumulativas, ressalte-se, quais sejam:

- I. reforma de mérito da Decisão de primeira instância por uma das Câmaras de Julgamento Fiscal e,
- II. versar sobre matéria de fato ou fundamento de direito argüidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento;

Da análise do processo, verifica-se que a primeira condição, de fato, como bem pontuou a PGE/PROFIS em seu opinativo de fls. 473 e 474, restou preenchida, posto que em sede de Recurso Voluntário, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal lhe deu provimento parcial, reformando, assim, no mérito, a Decisão de primeira instância.

Quanto à segunda condição exigida para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração, no entanto, não foi preenchida pelo recorrente, posto que todas as razões apresentadas pelo sujeito passivo na Impugnação foram apreciadas tanto no Julgado de Primeira Instância como pela Segunda Instância.

E, de fato, conforme se extrai da leitura do voto proferido pela JJF – fls. 382 a 384 – o Relator de primeiro grau se pronunciou sobre a sujeição ou não dos produtos objeto da autuação no regime de substituição tributária, conforme o seguinte excerto do seu voto:

“Analisando os produtos constante da consulta formulada pelo autuado, folha 740, os quais foram objeto da infração em lide, os mesmo encontram-se listado no item 16 do inciso II acima transcrito, quais sejam:

“16 - tintas, vernizes, ceras de polir, massas de polir, xadrez, piche, impermeabilizantes, removedores, solventes, aguarrás, secantes, catalisadores, corantes e demais mercadorias da indústria química a seguir especificadas, obedecida a respectiva codificação segundo a NCM (Convs. ICMS 74/94 e 28/95):

16.4 - tintas:

16.4.1 - à base de óleo □ **NCM 3210.00.10;**

16.4.2 - à base de betume, piche, alcatrão ou semelhante □ **NCM 3210.00.10;**

16.4.3 - qualquer outra - **NCM 3210.00.10;**

16.6 - preparações concebidas para solver, diluir ou remover tintas e vernizes:

16.6.1 - solventes e diluentes compostos para vernizes ou produtos semelhantes □ **NCM 3807.00.00;**

16.11 - impermeabilizantes:

16.11.4 - preparação antiácida ou impermeabilizante para cimento □ **NCM 3824.40.00;**

16.11.5 - outros impermeabilizantes - NCM 2715.00.00, 3214.10.10, **3214.90.00** (exceto tinta em pó), 3506.99.00 e 3824.90;" (grifo nosso).

Ao observar os produtos autuados, apresentados no demonstrativo de fls. 14 a 235, constatee que os mesmos estão discriminados no inciso II, item 16 do art. 353 do RICMS/BA. Assim, o contribuinte está obrigado a fazer a retenção do imposto nas operações de saídas internas que efetuar para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes."

Por sua vez, também a 1ª CJF, se pronunciou sobre a matéria trazida pelo sujeito passivo, tanto em sede de defesa como em sede recursal, conforme se extrai do voto proferido, transcrito acima no relatório deste acórdão.

Do exposto, à míngua de preenchimento dos requisitos exigidos pela legislação processual administrativa para admissibilidade do presente Recurso, somos pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO CONHECER** o Pedido de Reconsideração apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206847.0023/06-6**, lavrado contra **VEDACIT DO NORDESTE S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$194.964,78**, 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, 19 de março de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS