

PROCESSO	- A. I. N° 269197.0001/12-9
RECORRENTE	- ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO - Acórdão 3ª CJF nº 0249-13/13
ORIGEM	- IFEP - DAT/SUL
INTERNET	- 26.12.2013

### 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0531-13/13

**EMENTA: ICMS.** PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. FALTA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À SUA INADMISSIBILIDADE. Apesar de ter havido a reforma da Decisão de primeira instância pela Câmara de Julgamento Fiscal, não foi arguida matéria de fato ou fundamento de direito desde a impugnação que não tenha sido apreciado em ambas as instâncias de julgamento. Inadmissível, portanto, a utilização do Pedido de Reconsideração, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea "d", do RPAF/99. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração, interposto pelo contribuinte contra a Decisão da 3ª CJF, proferida através do Acórdão CJF 0249-13/13, que deu Provimento Parcial ao Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 1ª JJF - proferida através do Acórdão JJF 0255-01/12 - que havia julgado Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir ICMS em razão das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1. Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativo a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, devidamente registrada na escrita fiscal e com saída posterior tributada normalmente. Período: junho a dezembro de 2010. Multa de 60% no valor de R\$ 1.558,51.

INFRAÇÃO 2. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias. Período: Exercício fechado de 2010. Valor: R\$ 9.366,54. Multa: 100%.

INFRAÇÃO 3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária. Período: junho a dezembro de 2010. Valor: R\$ 2.800,82. Multa: 60%.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, em síntese, assim decidiu o mérito da lide da seguinte forma:

*No mérito, quanto à Infração 1, o autuado assevera que a exigência fiscal não procede quanto às mercadorias “CAPA AUTOMOTIVA (AUTOM. CAPA P/CARRO AUTO FACIL – NCM 6307.90.10)”, “CAPA PARA VOLANTE – NCM 3926.90.90” e “AVE CODORNA (RF. AVE CODORNA CONG. 1x1 3KG – NCM 0208.90.00)”, pois não estão enquadrados no regime de substituição tributária.*

*Certamente não pode prosperar tal argumentação defensiva, haja vista que sendo o Estado da Bahia signatário do Protocolo 41/08, nas aquisições de peças automotivas indicadas no anexo único do Protocolo 41/08, oriundas de um dos Estados signatários, caberá ao remetente efetuar a substituição tributária, recolhendo o ICMS para o Estado da Bahia, através de GNRE, que acompanhará a Nota Fiscal, ou no dia 09 do mês subsequente, caso tenha inscrição de substituto tributário (ST) na Bahia.*

*Contudo, cabe-me consignar que as referidas mercadorias também estão enquadradas no regime de substituição tributária pela legislação interna, consoante previsto no art. 353, inciso II, item 30, do RICMS-BA/97, cuja redação atual, dada através da alteração nº 102 (Decreto nº 11089, de 30/05/08, DOE de 31/05/08 a 01/06/08), efeitos a partir de 01/06/08, assim dispõe:*

[...]

*Desse modo, no âmbito do Estado da Bahia, todas as mercadorias caracterizadas como peças, componentes e*

acessórios para uso em veículos automotores, estão enquadradas no regime de substituição tributária. Ou seja, tratando-se de aquisições interestaduais de peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores, mesmo que não indicadas no Protocolo 41/08, estão sujeitas à substituição tributária, por força da legislação interna, no caso, o art. 353, inciso II, item 30, do RICMS-BA/97, acima aduzido.

Diante disso, as capas para volante de automóvel e as capas para veículos são acessórios automotivos e, portanto, estão incluídas no regime de substituição tributária, não merecendo qualquer reparo a autuação quanto a estes itens de mercadorias.

[...]

A Infração 02 trata de falta de pagamento de imposto, tendo sido a irregularidade apurada por meio de levantamento quantitativo de estoques. Em sua defesa, o autuado afirma que o autuante não adotou os procedimentos previstos na Portaria 445/98, tendo sido aplicada linearmente a alíquota de 17%.

Esses argumentos defensivos não se sustentam, pois, ao contrário do afirmado na defesa, o levantamento quantitativo foi realizado em conformidade com a Portaria 445/98, tendo sido o imposto apurado com a aplicação da alíquota correspondente às mercadorias incluída no levantamento quantitativo. Uma análise dos demonstrativos de fls. 25 a 56 deixa claro que não houve a suposta aplicação linear da alíquota de 17%, conforme foi alegado na defesa. Do mesmo modo, comprova que não houve exigência de imposto sobre omissão de saída de mercadoria isenta ou com o imposto pago por substituição tributária.

O demonstrativo de fls. 57 a 64 atesta que o preço unitário médio foi apurado, o que afasta o argumento defensivo de que o autuante não tinha calculado esse dado.

Considerando que os argumentos defensivos não se mostram capazes de elidir a omissão de operações de saídas, resta comprovada a ocorrência de operações de saídas de mercadorias sem o respectivo documento fiscal. Salienta que a diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível.

Quanto à Infração 03, a qual se refere à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$2.800,82, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, observo que o autuado reconheceu como devido o valor de R\$530,52 e impugnou o restante da exigência fiscal sob o argumento de que a mercadoria, “CAPA AUTOMOTIVA (AUTOM. CAPA P/CARRO AUTO FACIL – NCM 6307.90.10)”, não faz parte do Protocolo ICMS 41/2008, e que a mercadoria “AVE CODORNA (RF. AVE CODORNA CONG. 1x1 3KG – BCM 0208.90.00)”, não está inclusa no art. 353, II, “9”, do RICMS-BA/97.

No caso dessa infração aplica-se integralmente o que foi dito na análise da infração 01, ou seja, todas as mercadorias caracterizadas como peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores, estão enquadradas no regime de substituição tributária, seja por força do Protocolo nº 41/08, seja por força da legislação interna, no caso, o art. 353, inciso II, item 30, do RICMS-BA/97. Quanto à ave codorna, se enquadra na posição 0207, como outras aves abatidas e, desse modo, está elencada no artigo 353, inciso II, item “9”, do RICMS-BA/97.

Esta 3ª Câmara de Julgamento Fiscal dirimiu a lide administrativa, em síntese, da seguinte forma:

Considerarei em conjunto as infrações 1 e 3, que se referem, respectivamente, a falta de recolhimento de ICMS que deveria ter sido pago por antecipação tributária, relativo a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária.

Toda celeuma gira em torno de verificar se as mercadorias objeto da autuação estão ou não sujeitas ao regime da substituição tributária.

Os Protocolos ICMS 41/08 e 97/10, que dispõem sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas que celebraram este protocolo, do qual a Bahia é signatária, atribuíram ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS, relativo às operações subsequentes.

A NCM que o Recorrente informa como de Capa Automotiva, nº. 6307.90.10, realmente não está nos protocolos citados, e nem poderia, haja vista que o capítulo 63 trata-se de outros artefatos têxteis confeccionados; sortidos; artefatos de matérias têxteis, calçados, chapéus e artefatos de uso semelhante, usados; trapos, conforme tabela abaixo:

[...]

Do mesmo modo a NCM3926.90.90, não pode ser indicada para capa para volante, pois o capítulo 39 é de Plásticos e suas obras, mediante tabela abaixo:

[...]

Assim, o que deve ser considerado não é a NCM indicada na nota fiscal e sim a descrição da mercadoria. Pela descrição, percebe-se claramente que os produtos capa automotiva e capa para volante fazem parte do anexo

*dos Protocolos ICMS 41/08 e 97/10, por serem acessórios automotivos e, portanto, estão incluídas no regime de substituição tributária.*

*Ademais, vale observar que, conforme bem pontuou a JJF, as referidas mercadorias também estão enquadradas no regime de substituição tributária pela legislação interna, consoante previsto no art. 353, inciso II, item 30, do RICMS-BA/97, in verbis:*

[...]

*No que tange a infração 2, as alegações trazidas no Recurso não são suficientes para elidir a infração. Observo que o Recorrente em nada inova em relação aos argumentos apresentados em sede do Recurso Voluntário, na medida em que, repete todas as arguições da impugnação inicial, que foram corretamente enfrentadas e afastadas pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal.*

*O levantamento quantitativo foi efetuado em consonância com a Portaria nº 445/98 e pelos demonstrativos colacionados aos autos não resta dúvida que inexiste aplicação linear da alíquota de 17%, bem como não houve exigência de imposto sobre omissão de saída de mercadoria isenta ou com o imposto pago por substituição tributária.*

[...]

Inconformado com a Decisão, o autuado interpôs Pedido de Reconsideração, no qual afirma que a 3ª CJF deu provimento parcial ao Recurso Voluntário interposto, porém, ao deixar de examinar parte da matéria de fato ou fundamento de direito arguida pelo sujeito passivo, manteve parte da exigência fiscal que justifica a revisão do julgamento, a fim suprir supostas omissões e contradições do julgado, bem como para emprestar efeito modicativo ao referido Acórdão com a consequente exclusão do crédito tributário em discussão.

Após descrever as infrações que compõem o lançamento de ofício, o recorrente afirma que não foram acolhidos os argumentos recursais em relação às mercadorias a seguir listadas que não fazem parte do rol daquelas enquadradas no regime da substituição tributária em razão da sua especificidade, levando-se em consideração a NCM do produto como requisito exigível para os fins de tributação.

Assevera que os produtos “*CAPA AUTOMOTIVA (AUTOM. CAPA P/CARRO AUTO FACIL - NCM 6307.90.10)*” e “*CAPA PARA VOLANTE – NCM 3926.90.90*” não fazem parte dos Protocolos nºs 41/08 e 97/10, que dispõem sobre a substituição tributária nas operações interestaduais com autopeças.

Menciona que, em processo com idêntico lançamento, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal excluiu da autuação tais produtos, por entender que não estão sujeitos ao regime da substituição tributária. Transcreve a ementa do Acórdão JJF 0160-04/12.

Salienta que teve o cuidado de elaborar planilha com a descrição e NCM/SH dos produtos, a fim de demonstrar que não estavam sujeitos ao regime da substituição tributária em face do princípio da especificidade. Afirma que as mercadorias em questão estão fora do campo de abrangência do Convênio ICMS 110/07, Protocolo 41/08, Dec. 11.462/09 e art. 353, II, do RICMS/BA.

Diz que a legislação tributária exige a classificação taxativamente para fins de enquadramento do produto no regime da substituição tributária, tudo de acordo com as regras de interpretação do Sistema Harmonizado, especialmente seu art. 3º, “b”, cujo teor transcreveu.

Sustenta que, em respeito ao princípio da especificidade, deve ser reformada a Decisão recorrida, para excluir o referido produto da base de cálculo do imposto apurado, pois sem amparo legal.

Quanto à Infração 2, diz que a autuação foi mantida sob o fundamento de que foram adotados os procedimentos previstos na Portaria 445/98, e, nas razões recursais, não houve inovação.

Aduz que levou ao conhecimento desta 3ª CJF a ementa do Acórdão JJF 0234-03/12, que declarou a nulidade de lançamento em face do descumprimento do disposto na Portaria 445/98. Transcreve a ementa desse citado acórdão.

Pontua que, na defesa, sustentou que o autuante tinha deixado de fornecer elemento suficiente e seguro para se determinar com segurança o imposto, conforme trecho da defesa que transcreve.

Tece considerações sobre o princípio da estria legalidade e, em seguida, afirma que a 3ª CJF se equivocou ao manter parte da autuação desconsiderando a fundamentação legal arguida pelo sujeito passivo, especialmente quanto às diversas situações tributárias expostas na defesa e no

recurso voluntário. Sustenta que o Auto de Infração é improcedente e que todas as razões apresentadas pela Fiscalização são inconsistentes, tendo em vista que os argumentos expendidos na defesa justificam seu acolhimento. Para embasar seus argumentos, transcreve dispositivos da Constituição Federal e do Código Tributário Nacional.

Ao finalizar, solicita que seja reconsiderada a Decisão recorrida, para que seja excluído da autuação o valor do crédito tributário mantido pela 3<sup>a</sup> Câmara no Acórdão CJF nº 0249-13/13.

## VOTO

Ao tratar das hipóteses recursais, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, no seu artigo 169, inciso I, alínea “d”, estabelece dois requisitos ou pressupostos para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração:

1. que a Decisão da Câmara de Julgamento Fiscal tenha reformado, no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal;
2. que o pedido de reconsideração verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

Da análise dos autos, facilmente se observa que, apesar de a Decisão da Câmara de Julgamento Fiscal ter reformado, no mérito, a da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0255-01/12), não foi ventilada, desde a impugnação, matéria de fato ou argumento de direito que não tenha sido devidamente apreciado nas duas instâncias de julgamento. Assim, constata-se que o Pedido de Reconsideração interposto não atende ao segundo requisito de admissibilidade.

Da leitura do voto proferido na decisão de primeira e de segunda instâncias, verifica-se que os argumentos recursais atinentes aos produtos “CAPA AUTOMOTIVA (AUTOM. CAPA P/CARRO AUTO FACIL - NCM 6307.90.10)” e “CAPA PARA VOLANTE – NCM 3926.90.90” foram ali expressamente tratados nas Infrações 1 e 3. Quanto à Infração 2, a argumentação recursal que foi a mesma trazida na defesa foi devidamente apreciada e afastada na Decisão recorrida.

Dessa forma, não restou comprovada a presença do segundo requisito de admissibilidade do Pedido de Reconsideração. Em conformidade com o disposto no art. 173, inc. V, do RPAF/99, não há como se tomar conhecimento desse citado Pedido.

Voto, portanto, pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> 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 269197.0001/12-9, lavrado contra ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO, COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$25.280,16, acrescido das multas de 100% sobre R\$9.366,54 e 60% sobre R\$15.913,62, previstas no art. 42, incisos III, II, “a” e VI, “a”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de R\$1.465,75, prevista no inciso II, “d”, do artigo e Lei acima referidos, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados dos valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. PGE/PROFIS