

PROCESSO - A. I. Nº 207351.0204/14-3
RECORRENTE - ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA. (ATACADÃO S.A. [O ATACADÃO])
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 2ª CJF nº 0011-12/17
ORIGEM - IFEP - DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/09/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0288-12/17

EMENTA: ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. Constituem requisitos para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração da Decisão da Câmara, a reforma no mérito da primeira instância e a existência de matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento. Em que pese à ocorrência da reforma da decisão de piso, no caso concreto, inexistente matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo e não apreciados nos julgamentos anteriores. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração, nos termos do art. 169, I, “d” do RPAF/99, contra a Decisão da 2ª CJF – Acórdão nº 0011-12/17 (fls. 438 a 457), que Proveu Parcialmente o Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo (fls. 397 a 427), modificando a Decisão da Primeira Instância (Acórdão JJF nº 0124-05/16 que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração, no valor de R\$101.345,40) e, por decisão por maioria em relação ao composto lácteo (Infração 5), o julgou Procedente em Parte no valor de R\$94.272,87, cujo lançamento de ofício, no valor original de R\$116.033,79, decorre da constatação de seis infrações.

Em seu Recurso Inominado à Câmara Superior, às fls. 466/481 dos autos, com base no art. 169, II, do RPAF, recebido como Pedido de Reconsideração em consonância com o princípio da fungibilidade recursal, o recorrente diz que, no presente caso, o acórdão recorrido deixou de apreciar e consignar, expressamente, o verdadeiro motivo determinante para a não concessão do benefício fiscal de redução de base de cálculo do produto Composto Lácteo, previsto no art. 87, XXI, do RICMS/97, de forma que a carga tributária corresponda a 7%, já que tal redução foi contemplada mediante a alteração da redação do art. 268, XXV, do Decreto nº 13.780/12, por meio do Decreto nº 16.151/12, situação vigente à época da lavratura do auto de infração e que permanece até a presente data, em atenção ao que dispõe o art. 106, II, do CTN.

Diz que também a Câmara de Julgamento Fiscal deixou de tecer parecer a respeito da divergência interna sobre a tributação do produto Composto Lácteo, especialmente, entre decisões de 2ª e 3ª Câmara de Julgamento Fiscal, no que se refere à redução da base de cálculo do produto Composto Lácteo (leite em pó).

Assim, diante de tais considerações, o recorrente entende que o Acórdão recorrido merece reforma *“por divergir de decisões interna proclamadas pelas suas Câmaras de Julgamento Fiscal; da inteligência do art. 268, do RICMS/BA e do art. 106, II do Código Tributário Nacional.”* (sic), posto que foi proclamada por voto de apertada maioria em face de fundamentação de *“voto divergente, por contrariar dispositivos da legislação tributária, pareceres e acórdão proferidos por esse CONSEF/BA”*.

Em seguida, passa a descrever que o Acórdão proferido na 5ª JJF foi procedente em parte e que houve interposição de Recurso Voluntário, tendo permanecido inalterada a referida decisão sobre o correto tratamento tributário a que deve ser dado ao produto Composto Lácteo, considerando os diversos julgados de “Órgão Colegiado” com fundamentações divergentes, o que, segundo o

recorrente, revela a falta de uniformização de entendimento no âmbito interno sobre a matéria, gerando assim uma insegurança jurídico-tributário ao sujeito passivo da obrigação tributária.

Defende que o caso mereça um exame mais aprofundado sobre a matéria posta, para que se chegue a uma pacificação jurisprudencial, levando-se em consideração que a atual legislação interna permite a redução de base de cálculo do produto Composto Lácteo.

Reitera suas alegações de que o Composto Lácteo (leite em pó) tem base de cálculo reduzida em 58,825%, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%, nos termos do art. 87, XXI, do RICMS/BA, e que não obstante a ação fiscal ter atingido o período de 01/01/2011 a 31/12/2011, a redução de base de cálculo do ICMS nas operações com Composto Lácteo em pó foi permitida legalmente a partir do mês de agosto de 2013 pelo art. 268 do RICMS/BA, ou seja, “tempo depois do lançamento de ofício que só ocorreu na data de 22/12/2014”, quando já vigorava o benefício fiscal, devendo contemplar as operações fiscais realizadas com amparo no art. 106, II, do CTN que permite a retroatividade da lei para beneficiar o contribuinte, sobre ato ou fato passado.

Aduz, ainda, que de acordo com as informações gerais colhidas no site do fabricante do produto, o composto lácteo é um leite parcialmente desnatado que contém em sua composição química a presença da lactose, minerais, vitaminas, etc., próprio para o consumo humano, do que transcreve o voto (divergente) ínsito no Acórdão CJF nº 0289-13/13.

Por fim, requer a reforma da Decisão da 2ª CJF e que se declare a concessão do benefício de redução de base de cálculo do ICMS para o produto Composto Lácteo, com amparo no art. 87, XXI e art. 268 do RICMS/BA ou que seja julgado improcedente o lançamento de ofício com arrimo no art. 106, II, do CTN.

VOTO

Inicialmente, há de esclarecer que o Recurso Inominado à Câmara Superior foi recebido como Pedido de Reconsideração de acordo com o princípio da fungibilidade recursal, uma vez não haver previsão legal de qualquer recurso do sujeito passivo à Câmara Superior do CONSEF, sendo de competência exclusiva da PGE, consoante previsto no art. 169, II, “d”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também por considerar que a aludida peça processual foi protocolizada no prazo de vinte dias, conforme previsto no art. 171 do RPAF, assim como que houve reforma no mérito da Decisão de 1ª instância. Assim, diante de tais considerações, a referida petição deve ser recebida como Pedido de Reconsideração, previsto no art. 169, “d”, do RPAF/99, de competência das Câmaras de Julgamento Fiscal para os juízos de admissibilidade e de mérito.

No caso presente, o Pedido de Reconsideração não deve ser conhecido por não preencher um dos requisitos de admissibilidade previstos no art. 169, I “d”, do RPAF, pois, em que pese à decisão da Câmara de Julgamento Fiscal ter reformado, no mérito, a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, inexistente matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

Reza o art. 169, I, “d”, do RPAF que caberá, com efeito suspensivo, para as Câmaras de Julgamento do CONSEF, pedido de reconsideração da Decisão de Câmara que tenha reformado no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal, desde que verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

Já, o inciso V, do art. 173, do mesmo RPAF, preconiza que não se conhecerá o Recurso sem a demonstração de existência de matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo e não apreciados em decisões anteriores, com referência ao pedido de reconsideração previsto na alínea “d” do inciso I do art. 169.

No presente caso, em que pese a Decisão da Câmara de Julgamento Fiscal ter reformado, no mérito, a de Primeira Instância, dando provimento parcial ao Recurso Voluntário e, em consequência, reduzindo a exigência fiscal, não ocorreu matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo e não apreciados nas fases anteriores de julgamento, pois, ao revés do quanto

alegado como fundamento pelo contribuinte em relação ao Composto Lácteo fora apreciado tanto na primeira instância quanto na segunda instância administrativa, como se observa da leitura de ambos os votos constantes às fls. 383/384 e 454/455 dos autos.

Alega o recorrente que o acórdão recorrido deixou de apreciar e consignar, expressamente, o verdadeiro motivo determinante para a não concessão do benefício fiscal de redução de base de cálculo do produto Composto Lácteo, previsto no art. 87, XXI, do RICMS/97, já que tal redução foi contemplada mediante a alteração da redação do art. 268, XXV, do Decreto nº 13.780/12, por meio do Decreto nº 16.151/12, situação vigente à época da lavratura do auto de infração e que permanece até a presente data, em atenção ao que dispõe o art. 106, II, do CTN.

Entretanto, no Acórdão CJF nº 0146-11/16, cuja Decisão recorrida se reportou para espelhar o entendimento assentado, ainda que não unânime nesta Corte Administrativa, é cristalina ao esclarecer que a redução da base de cálculo contida na legislação, à época dos fatos geradores, restringia-se às operações com leite em pó, mercadoria distinta do composto lácteo, não somente em sua denominação e na rotulagem, mas, sobretudo, em sua composição, cuja distinção restou evidenciada pela alteração normativa, a partir de agosto de 2013, cujo texto regulamentar passou a prever o composto lácteo, acréscimo que não se faria necessário se se tratasse de mesma mercadoria, sendo impertinente a tentativa do recorrente de alargar o alcance do texto normativo por não se compatibilizar com o disposto no art. 111, inciso II, do CTN, o qual impõe interpretação restritiva de norma que outorga isenção, gênero da espécie da redução da base de cálculo.

Ainda o recorrente alega que a Câmara de Julgamento Fiscal deixou de tecer parecer a respeito da divergência interna sobre a tributação do produto Composto Lácteo, especialmente, entre decisões de 2ª e 3ª Câmara de Julgamento Fiscal, no que se refere à redução da base de cálculo do produto Composto Lácteo (leite em pó).

Melhor sorte não cabe ao apelante, primeiro porque a Câmara de Julgamento Fiscal não emite “parecer” e sim Acórdãos; segundo porque toda “Divergência Jurisprudencial” que diz existir refere-se, na verdade, a um voto divergente exarado no Acórdão CJF nº 0289-13/13, em que pese a Decisão recorrida consignar a efetiva jurisprudência pela manutenção da exação, conforme Acórdãos CJF nºs: 0347-11/15, 0408-12/15, 0244-11/16, 0221-11/16, 0218-12/16 e 0041-11/16A.

Assim, concluo que inexistente matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo e não apreciados em Decisões anteriores, pois, no que concerne aos fatos alegados no Pedido de Reconsideração, restou comprovado que tanto a Junta de Julgamento Fiscal, quanto a Câmara de Julgamento Fiscal, apreciaram as alegações do sujeito passivo.

Do exposto, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **207351.0204/14-3**, lavrado contra **ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA. (ATACADÃO S.A. [O ATACADÃO])**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$94.272,87**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de agosto de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS