

A. I. Nº - 279919.0006/09-3  
AUTUADO - PRUDENTE REFEIÇÕES LTDA.  
AUTUANTE - JOSIAS MENEZES NETO  
ORIGEM - INFAS VAREJO  
INTERNET - 09.03.10

#### 4º JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0055-04/10

**EMENTA:** ICMS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. REFEIÇÕES. O Decreto nº 10.072/06, de 15/08/06, DOE de 16/08/06, efeitos a partir de 16/08/06, processou a Alteração nº 80 do RICMS, que, entre outras determinações, revogou o art. 32-B. Não acolhida a argüição de inconstitucionalidade do Decreto nº 10.072/06. Rejeitada a argüição de nulidade e ilegalidade. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 19/06/2009, exige ICMS, no valor histórico de R\$ 155.432,79, acrescido da multa de 50%, decorrente de falta de recolhimento no prazo regulamentar do ICMS relativo a comercialização de refeições, apurado com base no Regime de Apuração em Função da Receita Bruta. Utilizou benefício do Convênio ICMS 26/03 e Art. 32-B do Decreto 6.284/97, revogado pela Alteração nº 80 do RICMS a partir de 16/08/2006, cuja aplicabilidade dependia da edição de portaria conjunta das Secretarias da Fazenda e da Administração (que não chegou a ser publicada). A condição resolutiva para aplicabilidade não foi satisfeita.

O autuado apresentou defesa, fls. 68 a 74, requer nulidade do lançamento alegando que o autuante inovou quando aplicou indevidamente multa fiscal de 50% sobre os débitos, em total desacordo com o Princípio do Direito Tributário. Entende que a multa de 50% é totalmente inócuia e desprovida de embasamento legal, ferindo lei aplicável, o Código Tributário, citando decisão do Superior Tribunal de Justiça para embasar seu argumento.

Quanto à taxa SELIC, diz que não se presta como índice de atualização monetária dos débitos tributários, uma vez que a UFIR, mecanismo próprio para sua cobrança, foi extinta, desde a estabilização do valor da moeda nacional. Relativamente ao índice de juros moratórios, uma vez que o Código Tributário determina que os juros sobre débitos tributários devem ser os de simples mora, não os de caráter remuneratório. A taxa SELIC tem natureza remuneratória que incorpora a correção monetária, a recuperação de custos pela custódia dos títulos públicos e a remuneração do capital investido.

Assevera que, com relação à UFIR, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu com jurisprudência e saber jurídico que todas TR, TR de UFIR são ilegais, aplica-se o IPC ou INPC.

Aduz que, quando o Auditor Fiscal aplicou o Decreto nº 10.072/06, contrariou frontalmente o princípio da reserva legal, transcrevendo o inciso II do artigo 5º da Constituição Federal.

Ao finalizar, requer nulidade do Auto de Infração alegando que o mesmo contrariou a legislação aplicável e a realidade dos fatos.

O auditor autuante, fls. 100 e 101, ao prestar a informação fiscal, destaca que o contribuinte não contesta o conteúdo do processo administrativo fiscal.

Salienta que o contribuinte atua no ramo de fornecimento de refeições coletivas, como opção pelo regime de apuração Receita Bruta, e que o mesmo deixou de optar por esse regime desde dezembro de 2004, nas alíquotas vigentes na legislação do ICMS.

cobrados os valores não recolhidos, com acréscimos moratórios e multa prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Diz que, na peça contestatória, não sendo questionada a cobrança do tributo, o contribuinte requereu nulidade do lançamento argumentando que: ‘aplicou indevidamente multa fiscal de 50% (cinquenta por cento), correção monetária, sobre os débitos, em total desacordo com o princípio do direito tributário ...’.

Aduz que, quanto à multa, a Lei Estadual 7.014/96 estatui no art. 42, o recolhimento do ICMS, no prazo ou formas estabelecidas pelo Regulamento, com atualização do débito não recolhido, inclusão das multas e dos acréscimos tributários, vinculando-se o valor de cada parcela aos índices inflacionários verificados no período – parágrafo primeiro.

Salienta que, quanto aos acréscimos moratórios, a taxa SELIC, utilizada pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais e Municipais, para atualização dos débitos tributários desde o exercício de 2001, é também utilizada para atualização de valores de indébitos, quando da devida restituição ao contribuinte. Encontra previsão legal no CTN, no Código Tributário do Estado da Bahia – Lei 3.956/81 e na Lei nº 7.014/96, cujo Art. 42, I, “a” tipifica a infração e aplica multa de 50% (cinquenta por cento).

Ressalta que não houve aplicação da UFIR ao processo fiscal sendo infundado o questionamento e jurisprudência apresentados pela defesa.

Assevera que, quanto ao princípio da reserva legal, o argumento é inconsistente e que a lavratura foi embasada na legislação em vigor.

Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação, acrescido da multa e dos encargos moratórios.

## VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto decorrente de falta de recolhimento no prazo regulamentar do ICMS relativo a comercialização de refeições, apurado com base no Regime de Apuração em Função da Receita Bruta. Utilizou benefício do Convênio ICMS 26/03 e Art. 32-B do Decreto 6.284/97, revogado pela Alteração nº 80 do RICMS a partir de 16/08/2006, cuja aplicabilidade dependia da edição de portaria conjunta das Secretarias da Fazenda e da Administração (que não chegou a ser publicada). A condição resolutiva para aplicabilidade não foi satisfeita.

Em sua defesa o sujeito passivo não nega o mérito da autuação. Entretanto questiona a aplicação da multa de 50%, da taxa SELIC, os juros e constitucionalidade do Decreto nº 10.072/06.

Quanto à argüição de constitucionalidade do Decreto nº 10.072/06, de 15/08/06, DOE de 16/08/06, efeitos a partir de 16/08/06, que processou a Alteração nº 80 do RICMS, que, entre outras determinações, revogou o art. 32-B, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstendo de manifestar a respeito.

Devo ressaltar que o Convênio ICMS 26/03 é uma norma autorizativa, ou seja, fica a critério de cada Estado conceder a isenção ou não. A possibilidade de concessão da referida isenção foi incorporada ao Regulamento do ICMS do Estado da Bahia pela Alteração nº 46, mediante Decreto nº 8665 de 27 e 28/09/03, publicado no Diário Oficial do Estado em 29/09/03, sendo posteriormente renumerado para art. 32-B pela Alteração nº 47 (Decreto nº 8666 de 29/09/03, DOE de 30/09/03).

O referido convênio autorizou os estados signatários a conceder isenção de ICMS nas operações ou prestações internas, relativas à aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias. O regulamento do ICMS Estado da Bahia reproduziu as condições previstas no convênio para a fruição do benefício fiscal da isenção e acrescentou que deveria ser observado as condições Secretários da Fazenda e da Administração, ato normativo que não

Created with

Portanto, mesmo quando estava em vigor o Art. 32-A, o benefício fiscal não poderia ser usufruído pelo sujeito passivo antes de ser atendida a condição prevista no próprio artigo, qual seja, publicação de ato normativo conjunto dos Secretários da Fazenda e da Administração. Como já ressaltei acima, o citado artigo do regulamento foi revogado pelo Decreto nº 10.072/06, não podendo ser acolhido a arguição de constitucionalidade do mesmo, uma vez que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

Quanto à arguição de nulidade, alega o autuado que a multa de 50% é ilegal e por essa razão o Auto de Infração seria nulo. Essa alegação não pode ser acolhida, pois a multa aplicada encontra-se prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, fato que afasta o argumento defensivo. Também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação. Devo ressaltar que o Auto de Infração encontra-se revestidos das formalidades legais, não existindo nenhuma causa motivada para que fosse decretada sua nulidade como requereu o sujeito passivo.

No que concerne à aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC e aos juros questionados pela defesa, ao contrário do quanto alega o recorrente, já é entendimento firmado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que ela pode ser utilizada como índice para o cálculo dos juros dos débitos tributários apontados a partir de 1º de janeiro de 1996, a exemplo da Decisão do STF no AgRgno Resp. nº 722595/PR, além do que a norma do Art. 161, § 1º, do CTN, referenciado pelo recorrente, tem natureza supletiva, aplicando-se apenas quando não haja lei disposta de modo diverso, não sendo esta a hipótese dos autos, já que a legislação estadual prevê a aplicação da taxa SELIC no cálculo dos acréscimos moratórios, Art. 102, § 2º, II da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB), com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00, e sobre tal ato normativo não há qualquer pecha de constitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário.

Saliento que o sujeito passivo não apresentou nenhum questionamento em relação aos levantamentos que embasaram a constituição do lançamento tributário, nem questionou os números consignados no Auto de Infração. Como já ressaltei acima, o sujeito passivo não apresentou nenhum questionamento relativo ao mérito da autuação, tendo em sua defesa apenas apresentado questões relativa a constitucionalidade e nulidade que já foram analisadas e afastadas no início do voto.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279919.0006/09-3, lavrado contra **PRUDENTE REFEIÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$155.432,79**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de março de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR