

PROCESSO	- A. I. N° 207494.0008/10-0
RECORRENTE	- ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA. (O ATACADÃO)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0237-02/11
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
INTERNET	- 18/02/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0012-11/13

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração parcialmente elidida. Excluído o item “canjiquinha” por se encontrar na “cesta básica”, com alíquota reduzida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Contestada apenas a multa, a qual é devida, nos termos do art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96. 3. MULTA PERCENTUAL APLICADA SOBRE O VALOR DO IMPOSTO DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. Comprovada a tributação regular nas operações subsequentes. Nesta condição, é devida a aplicação da multa equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96. Infração parcialmente elidida. Não acolhidas as alegações de nulidade das multas e da taxa SELIC. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, no qual se imputa ao contribuinte o cometimento de três ilícitos tributários, sendo objeto do presente Recurso todas as infrações, como a seguir descrito:

INFRAÇÃO 1 – recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$29.393,02, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias, através de ECF, regularmente escrituradas, no período de janeiro a março de 2010, conforme demonstrativo às fls. 07 a 11 e CD à fl. 18. Em complemento consta o seguinte: “*ICMS RECOLHIDO A MENOR POR ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA INTERNA DO ICMS NAS SAÍDAS DE MERCADORIAS POR ECF'S, NOS MESES DE JANEIRO A MARÇO DE 2010, CONFORME DEMONSTRATIVOS DE AUDITORIA (FLS.06 A 11) E CD-R (FL.18), ENTREGUES AO CONTRIBUINTE CONFORME DOCUMENTO ANEXO (FL. 19 a 23)*”;

INFRAÇÃO 2 - falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$101.352,72, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (CFOP 2403) provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, nos meses de janeiro e março de 2010, conforme demonstrativo às fls. 12 a 15 e CD à fl.18;

INFRAÇÃO 3 - multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no período de janeiro a março de 2010, conforme demonstrativos às fls. 16 e 17 e CD à fl.18. Multa no valor de R\$13.017,05.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide administrativa nos seguintes termos:

"Preliminarmente analisando a alegação defensiva de que o presente lançamento de ofício violou o princípio da legalidade por estar eivado de vícios insanáveis, verifico que não assiste razão ao defendant, tendo em vista que:

a) o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, cujas multas exigidas estão fundamentadas em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam cada item da autuação.

b) a acusação fiscal constante da peça inicial está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do Auto de Infração, inclusive constando o devido esclarecimento sobre o procedimento fiscal e a origem da cada infração apurada, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal. Os demonstrativos elaborados pelo autuante identificam de forma bastante clara as infrações, tendo em vista que estão identificados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto dos levantamentos que geraram as exigências tributárias em questão.

c) nas informações fiscais o autuante justificou satisfatoriamente todas as questões levantadas nas defesas, anexando documentos e refazendo demonstrativo do débito, e o sujeito passivo teve a oportunidade de se manifestar no prazo legal.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou comprovação do não cometimento das infrações, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

Rejeito o pedido de perícia formulado pelo autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos de minha convicção e, além disso, tal providência é desnecessária em vista das outras provas produzidas, de acordo com o artigo 147, inciso I, alínea "a" e inciso II, alínea "b", do RPAF/99.

No mérito, após analisar detidamente as peças que compõem o presente PAF, constatei o que segue.

Consoante o que foi relatado, dos três itens contemplados no Auto de Infração, o autuado reconheceu integralmente o débito relativo ao item 2, no valor de R\$101.352,72, inclusive já comprovou o devido recolhimento, juntamente com parte das infrações 01 e 03, conforme comprova o DAE às fls. 53 e 54.

Desta forma, ante o reconhecimento do autuado considero subsistente o item 02, referente a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (CFOP 2403) provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, ficando a lide restrita aos itens impugnados, senão vejamos.

Infração 01

A acusação fiscal diz respeito a constatação de recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$29.393,02, em razão de erro na aplicação da alíquota interna nas saídas de mercadorias, através de ECF, regularmente escrituradas, no período de janeiro a março de 2010, conforme demonstrativo às fls.06 a 11 e CD à fl.18.

De acordo com as planilhas às fls. 06 a 11, para as mercadorias BOLSA DE PRAIA, BOLSA DE VIAGEM, DESODORANTE REXONA, EMBALAGEM OU PAPEL DE ALUMINIO, FILME PVC, GELATINA, MARMITEX, LEITE EM PÓ e MARGARINA, não foi recolhido nenhum valor a título de ICMS, haja vista que foi considerada alíquota "zero", tendo a autuação exigido o imposto à alíquota de 17%.

Para a mercadoria CANJIQUINHA, consta que o autuado utilizou a alíquota de 7%, enquanto que a fiscalização entende que a alíquota correta é de 17%.

Já para a mercadoria MISTURA DE BOLO, o autuado a tributou à alíquota de 12%, enquanto que a fiscalização aplicou a alíquota de 17%.

Considerando que o autuado em sua defesa se manifestou apenas em relação às mercadorias BOLSA DE VIAGEM, GELATINA, CANJIQUINHA e MISTURA DE BOLO, passo a analisar a lide exclusivamente em relação a tais mercadorias. Ressalto que o autuado reconheceu e recolheu o débito no valor de R\$2.511,55.

BOLSA DE VIAGEM

O argumento defensivo é que este produto está enquadrado no regime da substituição tributária. Não assiste razão ao sujeito passivo, visto que os produtos listados no Anexo Único do Protocolo ICMS 109/09 e no Anexo Único do Protocolo ICMS 28/10 (art. 353, II, Item 38, do RICMS), citado na defesa, tratam-se de produtos de papelaria, e no caso, a mercadoria é Bolsa para Viagem, e portanto, é devida a alíquota de 17% conforme aplicado pela fiscalização.

GELATINA

O lançamento foi impugnado sob alegação de que os produtos são FRALDA T. M. NOTURNA. De fato, o produto Fralda está enquadrado no regime da substituição tributária no art. 353 do RICMS. Contudo, verifico que não foi apresentado na defesa qualquer elemento de prova desta alegação. Por outro prisma, na planilha elaborada pelo autuante estão especificadas as saídas dos diversos tipos de gelatinas com códigos diferenciados, descrição específica, identificação do tipo e marca, e respectivas notas fiscais. Assim, foi correta a tributação à alíquota de ICMS de 17%.

CANJIQUINHA

Acompanho, também, a conclusão do autuante no que concerne a este produto, no sentido que não pode ser equiparado ao fubá de milho, para o qual há previsão de redução na base de cálculo de 100% nas operações internas, conforme consta no art. 87, inciso XXX do RICMS/BA. Ou seja, vale consignar que este produto não se encontra nominalmente relacionado no art. 51, § 3º, II do RICMS, que indica quais os itens que se encontram inseridos no gênero fubá de milho. Deste modo, está correta a exigência fiscal nas saídas internas à alíquota de 17%, pois se trata de um preparado para canjica.

MISTURA DE BOLO

Também não está correto o entendimento do sujeito passivo de que as Misturas de Bolo, de diversas marcas, inseridas na planilha fiscal, gozam do benefício de redução de base de cálculo. O benefício da redução da base de cálculo previsto no artigo art. 506-G e Protocolo nº. 46/00, é concedido nas operações realizadas pelos fabricantes.

Infração 03

Quanto ao item 03, a infração imputada ao contribuinte diz a falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial sobre as aquisições, para comercialização, de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, sendo aplicada multa percentual, no valor de R\$13.017,05, sobre o imposto que deveria ter sido recolhido por antecipação parcial, sobre aquisições devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro a março de 2010.

A obrigatoriedade no recolhimento do ICMS, a título de antecipação parcial, sobre as aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, entrou em vigor a partir de 01/03/2004, através do artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, acrescentado pela Lei nº 8.967/03.

A redação original, com efeitos até 27/11/2007, do § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, era: "§ 1º No caso de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração que deixar de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, mas que, comprovadamente, houver recolhido o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea "d" do inciso II."

Pelos termos da defesa, o autuado não questiona a sua obrigação em efetuar o recolhimento por antecipação parcial sobre as mercadorias adquiridas para fins de comercialização, porém, no presente caso, reconheceu o recolhimento a menor no mês de fevereiro, e recolheu a multa no valor de R\$2.635,60. Quanto aos meses de janeiro e março, alegou que recolheu de forma correta o ICMS-Antecipação Parcial, e apresentou como elemento de prova os DAEs fls.87 e 88, nos valores de R\$258.979,89 e R\$236.149,01, acompanhados das respectivas planilhas (fls.72 a 86).

Analizando tais planilhas, como bem observou o autuante, realmente as notas fiscais objeto da autuação relacionadas às fls.16 a 17 não estão nelas inseridas.

Quanto a comprovação em relação à Nota Fiscal nº 101719, o autuante concordou com a defesa e retirou a multa correspondente, resultando na diminuição do valor da multa para R\$ 2.039,02, no mês de fevereiro.

Desta forma, considerando que o autuado elidiu parcialmente a acusação fiscal, a exigência fiscal deste item fica parcialmente subsistente.

Com relação ao argumento de que a multa de 60%, aplicada em todos os itens, é desproporcional, com base no fundamento de que inexistiu ilegalidade no seu procedimento fiscal, fica consignado, que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àquele relativo à aplicação da aludida multa, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

No que concerne à redução da multa, o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas às multas por descumprimento de obrigações acessórias, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA.

Esta discricionariedade, portanto, permite que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo a infração por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

A imposição de penalidades pelo descumprimento de obrigação acessória, existe em virtude da possibilidade de inobservância pelo sujeito passivo das determinações legais, e além do seu caráter educativo, visa preservar o crédito tributário. Nessa situação, quando o contribuinte descumpre as suas obrigações de caráter acessório está passível de aplicação de penalidades, a exemplo da que cuida o Auto de Infração em exame.

No presente caso, considerando a ocorrência das infrações imputadas neste processo, e não elididas, bem como a inexistência de demonstração da não ocorrência de dolo, não há como contemplar o pedido do impugnante de redução ou cancelamento da multa.

Por último, quanto a atualização dos débitos tributários pela taxa SELIC, a mesma é prevista no art. 102, § 2º, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Este órgão julgador não pode declarar a constitucionalidade da legislação do Estado (art. 167, do RPAF/BA).

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$140.135,26, ficando o demonstrativo de débito da infração 03 modificado conforme abaixo:

INFRAÇÕES	VL.LANÇADOS	VL.RECONHECIDOS E RECOLHIDOS	VL.JULGADOS
1	29.393,02	2.511,55	29.393,02
2	101.352,72	101.352,72	101.352,72
3	13.017,05	2.635,60	9.389,52
SOMA	143.762,79	106.499,87	140.135,26

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
31/1/2010	9/2/2010	3.398,37	0	60	2.039,02	3
28/2/2010	9/3/2010	331,12	0	60	198,67	3
31/3/2010	9/4/2010	11.919,72	0	60	7.151,83	3
			TOTAL		9.389,52	"

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário argumentando que foi vulnerado o princípio da legalidade, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e “somente à lei é dado estabelecer ou disciplinar obrigações tributárias, definir infrações e cominar penalidades”, não podendo fazê-lo os decretos regulamentares.

No mérito, alega o seguinte, no que se refere à infração 1:

1. o produto “bolsa de viagem” está enquadrado no regime da substituição tributária de responsabilidade do remetente, nos termos do item 38 do inciso II do artigo 353 do RICMS/97, como materiais de papelaria destinados a estudantes, classificado na NCM/SH 4202.9 e, portanto, listado no Anexo Único do Protocolo ICMS 109/09 e no Anexo Único do Protocolo ICMS 28/10, não havendo que se cogitar de diferença de imposto;
2. o produto “canjiquinha” faz parte da cesta básica, tributado à alíquota de 7% (artigo 51, inciso I, alínea “a”, do RICMS/97), porque na verdade é um milho triturado e, por conseguinte, suas características permanecem como um produto natural acondicionado em uma embalagem para fins de comercialização. Acrescenta que o Parecer GECOT nº 543/99 “respondeu que o referido produto faz parte da cesta básica”;
3. o produto “gelatina”, na verdade, corresponde à mercadoria denominada “fralda T. Moni Noturn-ST”, conforme a nota fiscal de entrada e o cupom fiscal que anexou, enquadrado, assim, no regime da substituição tributária, nos termos do previsto no item 13.16 do inciso II do artigo 353 do RICMS/97 que trata de “fraldas descartáveis ou não – NBM 4818.40.10; 5601.10.00; 6111 e 6209.

Quanto à infração 3, afirma que no período de janeiro a março de 2010 recolheu corretamente o ICMS devido por antecipação parcial, não cabendo, assim, a aplicação da penalidade indicada na autuação.

Argumenta que a multa de 60% apontada nas infrações 1 e 2 é exorbitante e inconstitucional, uma vez que não leva em consideração a proporcionalidade entre o dano e o resarcimento. Transcreve a doutrina a respeito.

Afirma, por fim, que a aplicação da SELIC como taxa de juros é inconstitucional e inaplicável aos débitos tributários, como decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 215.881/DJU 19/06/2000. Requer a reforma da Decisão guerreada para julgar improcedente parte da autuação.

A PGE/PROFIS, por meio da Dra. Maria Dulce Baleiro Costa, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, aduzindo que o item “bolsa de viagem” não pode ser enquadrado como material escolar, não havendo, portanto, previsão legal de inclusão do item na substituição tributária. Afirma, ainda, que o produto “canjiquinha” não pode ser entendido como fubá de milho, mercadoria esta incluída na substituição tributária. Quanto a “fralda descartável”, diz que não há provas de que o recorrente promoveu operações de saída desse produto como se fosse “gelatina”.

No tocante à taxa SELIC, diz que a sua adoção como índice para cálculo dos acréscimos moratórios encontra-se prevista no artigo 102 do Código Tributário da Bahia (COTEB) e é amplamente aceita na jurisprudência dos tribunais pátrios. Transcreve o teor da Decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 2005/0132861-2, publicado no Diário de Justiça de 06/03/06.

VOTO

Inicialmente, ressalto que o presente lançamento encontra-se fundamentado na legislação regente e foram entregues ao autuado os demonstrativos necessários ao exercício de sua defesa, não havendo nulidade a ser declarada.

No presente Auto de Infração foi lançado o ICMS que foi recolhido a menos ou deixou de ser recolhido em duas situações: a) por erro na aplicação da alíquota cabível nas operações de saída de “bolsa de viagem”, “canjiquinha” e “gelatina” (infração 1); b) na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação (infração 2).

Com referência à infração 1, cabe-me identificar qual a carga tributária incidente sobre os produtos “bolsa de viagem”, “canjiquinha” e “gelatina”, revendidos pelo recorrente.

O contribuinte alega que “bolsa de viagem” é um produto enquadrado na substituição tributária, constante do item 38 do inciso II do artigo 353 do RICMS/97, como material de papelaria destinado a estudantes, classificado na NCM/SH nº 4202.9 e, portanto, listado no Anexo Único do Protocolo ICMS 109/09 e no Anexo Único do Protocolo ICMS 28/10.

Vejamos o que estabelecem os diplomas legais citados:

1. RICMS/97:

Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

(...)

38 - produtos de papelaria listados no anexo único do Protocolo ICMS 109/09 e no anexo único do Protocolo ICMS 28/10;

2. Anexo único dos Protocolos ICMS 109/09 e 28/10:

4202.1	Maletas e pastas para documentos e de estudante, e artefatos semelhantes
4202.9	

Pela análise da legislação vigente, resta patente que o item “bolsa de viagem” não pode ser identificado como maleta ou pasta para documentos e de estudante, ou artefato semelhante, como deseja o recorrente, não estando enquadrado, assim, na substituição tributária.

Quanto ao produto “canjiquinha”, o recorrente alega que se trata de milho triturado, apenas acondicionado em uma embalagem para comercialização, merecendo, portanto, ser tributado à alíquota de 7% por se tratar de milho – produto constante na cesta básica.

O artigo 51, inciso I, alínea “a”, do RICMS/97 prevê o seguinte:

Art. 51. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

I - 7% nas operações com:

- a) arroz, feijão, **milho**, macarrão, sal de cozinha, farinha e **fubá de milho** e farinha de mandioca; (grifos não originais)

§ 3º Para efeito do disposto na alínea "a" do inciso I deste artigo, considera-se, desde que não se apresente sob a forma de massa fresca ou com preparo, tempero ou cozimento de qualquer espécie:

(...)

II - fubá de milho:

- a) fubá de milho propriamente dito;
b) fubá ou flocos de milho pré-cozido;
c) creme de milho;
d) flor de milho.

Trata-se, neste caso, de uma questão de prova: a de que o produto comercializado pelo recorrente sob a denominação de “canjiquinha” não sofre nenhum processo de industrialização, sendo meramente o milho triturado, como alegado no apelo recursal.

A DITRI/GECOT em diversos pronunciamentos, a exemplo dos Pareceres nºs 18536/2011 e 05453/2007, a fim de facilitar a análise sobre a tributação relativa a produtos de milho, adotou o seguinte entendimento:

“A alíquota reduzida de 7% (sete por cento), estabelecida no RICMS-BA/97, art. 51, inciso I, alínea "a", alcança apenas as operações internas com produtos que se caracterizam como produtos da cesta básica, não se aplicando a produtos adicionados de ingredientes que resultem em sofisticação ou que venha a descharacterizar sua essencialidade como alimento a ser consumido pela população.”

Nessa linha de raciocínio, o entendimento dessa DITRI/GECOT é no sentido de que apenas o milho em estado natural acondicionado em embalagens de apresentação, ou seja, o milho que é simplesmente embalado após o seu debulhamento, é tributado com a alíquota reduzida de 7% (sete por cento), estabelecida no RICMS-BA/97, art. 51, inciso I, alínea "a".”

O autuante, em sua informação fiscal (fl. 141) atestou que o objeto da autuação é o produto “Canjiquinha Yoki 333 1x1 500g”, com código NCM/SH 11031300 – Grumos e sêmolas de milho, tratando-se, segundo ele, de preparado para canjica e sujeito, portanto, à tributação normal nas operações internas de saída.

A NCM/SH ou Nomenclatura Comum do Mercosul é um algarismo de oito dígitos estabelecido pelo Governo Brasileiro para identificar a natureza das mercadorias, baseado em um método internacional de classificação (SH – Sistema Harmonizado) que contém uma estrutura de códigos com a descrição de características específicas dos produtos como, por exemplo, origem do produto, materiais que o compõem e sua aplicação.

Dos oito dígitos que compõem a NCM/SH, os seis primeiros são classificações do SH e os dois últimos dígitos fazem parte das especificações próprias do Mercosul, como a seguir demonstrado:



Assim, para que se tenha uma melhor compreensão sobre o produto a ser examinado, o código constante na Tabela de NCM/SH deve ser “dissecado” em seus vários níveis de agrupamento.

A “canjiquinha”, como dito anteriormente, está classificada na NCM/SH 11031300 que pode ser desmembrada da seguinte forma:

1. Capítulo - código 11 – produtos da indústria de moagem, amidos e féculas, inulina;
2. Posição – código 1103 – grumos, sêmolas e pellets, de cereais;
3. Subposição - código 110313 – grumos e sêmolas;
4. Item e subitem - código 11031300 – grumos e sêmolas, de milho.

Em consulta ao sitio da empresa fabricante (YOKI) na internet, constatei que o produto referido pelo preposto fiscal é comercializado com o nome de “canjiquinha ou xerém” em embalagens de 500g, produto muito conhecido na região Sudeste do Brasil e que, segundo o Dicionário Michaelis, significa “*Milho pilado, grosso, que não passa na peneira*”.

O mesmo dicionário define:

1. “grumo”, como “*grânulo; nódulo*”;
2. “sêmola”, como “*substância granulosa feita de grãos de trigo ou de outros cereais e usada para fazer macarrão e outras massas alimentícias*”.

Assim, não restam dúvidas, a meu ver, de que o produto objeto deste lançamento de ofício é o próprio milho triturado, utilizado para elaborar pratos da culinária brasileira, sem a adição de nenhum condimento.

O contribuinte ainda trouxe aos autos o Parecer GECOT nº 543/99 (fls. 200 a 231) em resposta a diversas consultas formuladas pela empresa YOKI ALIMENTOS S/A, em que a Diretoria de Tributação reconhece, como incluídos na cesta básica em operações internas (artigo 51, inciso I, alínea “a”, do RICMS/97) os seguintes produtos fabricados pelo consulente:

1. Arroz Integral Mais Vita;
2. Arroz Cateto;
3. Farofa Pronta de Milho;
4. Sêmola de Milho;
5. Sal Marinho Mais Vita;
6. Feijão Branco;
7. Feijão Azuki Mais Vita;
8. Farinha de Mandioca;
9. Farinha de Mandioca Crua;
10. Farinha de Mandioca Keri;
11. Farinha de Mandioca Torrada;
12. Farinha de Mandioca Biju;
13. Farofa Pronta de Mandioca;
14. Farofa Pronta de Mandioca Suave;
15. Canjica Amarela;
16. Canjica Cristal;
17. Canjica Keri;
18. Mungunzá;
19. **Xerém Yoki**;
20. **Canjiquinha**.

Restou demonstrado, portanto, que a canjiquinha objeto deste lançamento é o resultado da moagem do milho natural, razão pela qual deve incidir a alíquota reduzida de 7% nas operações internas de saída prevista no artigo 51, inciso I, alínea “a”, do RICMS/97. Consequentemente, os valores relativos a diferenças nesse item devem ser excluídos da autuação (demonstrativo às fls. 6 a 11), remanescendo na infração 1 os seguintes montantes de débito:

Data	Débito exigido	Valor excluído canjiquinha	Débito remanescente
31/01/10	12.838,76	82,47	12.756,29
28/02/10	9.182,06	162,67	9.019,39
31/03/10	7.372,20	196,16	7.176,04
Total Infração 1			28.951,72

Entretanto, relativamente ao item “gelatina”, verifico que os documentos juntados aos autos não comprovam a alegação recursal, de que o recorrente promoveu operações de saídas de “fraldas descartáveis” como se fossem “gelatina”.

Pelo exposto, modifico a Decisão recorrida para excluir da autuação o produto “Canjiquinha Yoki 333 1x1 500g”, com código NCM/SH 11031300, julgando procedente em parte a infração 1, no valor total de R\$28.951,72.

Relativamente à infração 3, o contribuinte não trouxe no apelo recursal nenhum documento capaz de modificar a Decisão recorrida, limitando-se a alegar que recolheu corretamente o ICMS devido por antecipação parcial, o que não restou comprovado.

Quanto às alegações de que as multas de 60% indicadas nas infrações 1 e 2 são exorbitantes e que é ilegal a taxa SELIC, ressalto que as primeiras estão previstas no artigo 42, inciso II, alíneas “a” e “d”, da Lei nº 7.014/96 e a segunda, no artigo 102 do COTEB, não podendo este CONSEF negar validade aos dispositivos legais vigentes.

Ademais, inúmeras decisões judiciais demonstram a aceitação, por parte do Poder Judiciário, da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora na atualização dos débitos tributários pagos em atraso. Transcrevo, como exemplo, dois julgados do Superior Tribunal de Justiça:

AgRg no REsp 1062374 / MG

AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 2008/0117461-4

Relator(a) - Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124)

Órgão Julgador - T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento - 26/10/2010

Data da Publicação/Fonte - DJe 08/11/2010

Ementa TRIBUTÁRIO. SERVIDOR APOSENTADO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXIGIBILIDADE. RESTITUIÇÃO. NATUREZA TRIBUTÁRIA. JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC NA REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE TRIBUTOS ESTADUAIS A PARTIR DA DATA DE VIGÊNCIA DA LEI ESTADUAL QUE PREVÊ A INCIDÊNCIA DE TAL ENCARGO SOBRE O PAGAMENTO ATRASADO DE SEUS TRIBUTOS. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1ª SEÇÃO, NO RESP 1111189/SP, DJE DE 25/05/2009, SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1ª SEÇÃO, NO RESP 1086935/SP, DJE DE 24/11/2008, TAMBÉM JULGADO SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC. ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DESSES PRECEDENTES (CPC, ART. 543-C, § 7º), QUE IMPÕE SUA ADOÇÃO EM CASOS ANÁLOGOS, OBSERVADA A VEDAÇÃO À REFORMATIO IN PEJUS. AGRADO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

AgRg no REsp 828815 / MG

AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 2006/0054690-2

Relator(a) - Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124)

Órgão Julgador - T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento - 25/05/2010

Data da Publicação/Fonte - DJe 15/06/2010

Ementa PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. SERVIDORES APOSENTADOS. CUSTEIO DE PENSÕES. INEXIGIBILIDADE. NATUREZA TRIBUTÁRIA. RESTITUIÇÃO. PREScriÇÃO. OBSERVÂNCIA DAS DISPOSIÇÕES DO CTN E NÃO DO CÓDIGO CIVIL. JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC NA REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE TRIBUTOS ESTADUAIS A PARTIR DA DATA DE VIGÊNCIA DA LEI ESTADUAL QUE PREVÊ A INCIDÊNCIA DE TAL ENCARGO SOBRE O PAGAMENTO ATRASADO DE SEUS TRIBUTOS. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1ª SEÇÃO, NO RESP 1111189/SP, DJE DE 25/05/2009, SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC. ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DESSE PRECEDENTE (CPC, ART. 543-C, § 7º), QUE IMPÕE SUA ADOÇÃO EM CASOS ANÁLOGOS. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reduzir o débito da infração 1 para R\$28.951,72, conforme detalhado neste voto, devendo os valores efetivamente recolhidos ser homologados pela repartição competente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207494.0008/10-0, lavrado contra **ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA. (O ATACADÃO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$130.304,44**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$9.389,52**, prevista no art. 42, II, “d”, do citado diploma legal, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos pelo contribuinte por meio do DAE anexado à fl. 54 dos autos.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de janeiro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS