

PROCESSO - A. I. Nº 207494.0009/10-7
RECORRENTE - ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA. (O ATACADÃO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JF nº 0163-03/11
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 15/03/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0050-11/13

EMENTA: ICMS. 1. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. UTILIZAÇÃO DE ALÍQUOTA INCORRETA. Infração caracterizada e parcialmente reconhecida. 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. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. O recorrente trouxe aos autos documentos que comprovam o recolhimento de parcela do imposto em data anterior à ação fiscal. Infração parcialmente caracterizada. 3. CRÉDITO INDEVIDO. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração parcialmente elidida e parcialmente reconhecida. Negado o pedido de perícia. Alterada a capitulação da penalidade referente à infração 3. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 3ª 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 de ICMS no valor de R\$7.990,91 e multa de 60%, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta na descrição dos fatos que o tributo foi recolhido a menos por erro na aplicação da alíquota interna do ICMS nas saídas de mercadorias com emissão de documentos por equipamentos emissores de cupom fiscal – ECF, nos meses de janeiro a março de 2010, conforme os demonstrativos de fls. 06 a 10 e documentos de fls. 14 a 17;

INFRAÇÃO 2 - falta de recolhimento, no mês de março de 2010, do ICMS no valor de R\$11.668,11 devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA. Consta, na descrição dos fatos, que se trata de falta de recolhimento de ICMS nos meses de janeiro a março de 2010, nas aquisições de mercadorias em operações com CFOP 2403 -

compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária conforme demonstrativo às fls. 11 e 12 e mídia CD-R à fl. 13 e documentos e planilhas de cálculos do ICMS devido por substituição fornecidos pela empresa (fls. 14 a 17).

INFRAÇÃO 3 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$1.870,51, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária. Consta, na descrição dos fatos, que se trata de compras com CFOP 1102 – compra para comercialização nos meses de janeiro a março de 2010, conforme demonstrativos às fls. 11 e 12 e mídia CD-R à fl. 13, entregues ao contribuinte e documentos às fls. 14 a 17.

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

“Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, da impugnação ao lançamento de ofício, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa, inclusive pronunciando-se quanto ao mérito das imputações, reconhecendo-as em parte. Argüição de nulidade rejeitada.

Ainda preliminarmente, observo que o contribuinte, descumprindo o quanto previsto no artigo 145 do RPAF/99, ao pedir a realização de perícia nos termos aqui transcritos não formula quesitos a serem respondidos. Assinalo, ainda, que a realização da mencionada perícia, e mesmo de nova diligência, é desnecessária em razão de que os documentos constantes nestes autos são suficientes para a formação de meu convencimento. Pedido de perícia indeferido nos termos dos artigos 145, parágrafo único, e 147, inciso II, alínea “a”, ambos do RPAF/99.

No que pertine às alegações de desproporcionalidade e inconstitucionalidade da multa aplicada, que teria efeito confiscatório, e da Taxa SELIC, não cabe na seara administrativa a discussão ou Decisão sobre o tema, nos termos do artigo 167 do RPAF, além do que a multa aplicada, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mas especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB), com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00. Ressalto que o contribuinte pode, caso deseje, ingressar com pedido para redução de multa por descumprimento da obrigação principal, dirigido à Câmara Superior deste CONSEF, nos termos do artigo 159 do RPAF/99, inexistindo previsão normativa para sua apreciação nesta instância de julgamento administrativo fiscal, motivo pelo qual não o analiso.

Quanto à taxa SELIC, ao contrário do quanto alega o impugnante, já é entendimento firmado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que essa 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 artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional - CTN, 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, como citado acima, e sobre tal ato normativo não há qualquer pecha de inconstitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de constitucionalidade, e de legalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS em razão das três imputações descritas no Relatório que antecede este voto.

Quanto à Infração 01, recolhimento a menos de ICMS no valor de R\$7.990,91, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas constando, na descrição dos fatos, que o tributo foi recolhido a menos por erro na aplicação da alíquota interna do ICMS nas saídas de mercadorias com emissão de cupons fiscais por equipamentos Emissores de Cupom Fiscal – ECF nos meses de janeiro a março/2010, conforme demonstrativos de fls. 06 a 10 e documentos de fls. 14 a 17, verifico que o contribuinte a reconhece em parte, e quanto à parte reconhecida não há lide a ser apreciada por este Conselho. Quanto à parte impugnada, observo que o contribuinte não é fabricante, e sim empresa comercial que atua como distribuidora de alimentos, conforme seu registro no cadastro de contribuintes nesta SEFAZ. Portanto, assiste razão ao autuante quando afirma que o disposto no artigo 506-G do RICMS/BA, citado pelo contribuinte, não se aplica ao caso em tela, em relação ao produto mistura para bolo, elaborado com farinha de trigo. Dispõe o artigo 506-G do RICMS/BA:

art. 506-G. O documento fiscal referente às operações com os produtos compreendidos nas posições 1901, 1902 e 1905 da NCM, realizadas pelos fabricantes, elaborados com farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo já objeto de antecipação tributária, conterà o destaque do ICMS em valor equivalente a 12% (doze por cento) do valor da operação, exclusivamente para compensação com o imposto incidente nas operações subseqüentes.

Quanto ao produto canjiquinha, igualmente assiste razão ao preposto fiscal quanto à devida aplicação da alíquota de 17% e não de 7%, na operação, porquanto “Canjiquinha Yoki” é produto preparado para a fabricação de canjica, e não fubá de milho, este sim produto descrito no artigo da cesta básica, de acordo com artigo 51, inciso I, alínea “a”, do RICMS/BA:

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;

No que tange à Infração 02, esta trata de falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$11.668,11, devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA constando, na descrição dos fatos, que trata-se de falta de recolhimento de ICMS nos meses de janeiro a março de 2010, nas aquisições de mercadorias em operações com CFOP 2403 - compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária conforme demonstrativo à fl. 11 e mídia CD-R à fl. 13, entregues ao contribuinte conforme documento anexo e planilhas de cálculos do ICMS devido por substituição fornecida pela empresa, documentos de fls. 14 a 17. Demonstrativo às fls. 11 e 12. Data de ocorrência 31/03/2010.

Observe que o contribuinte alega o pagamento do imposto lançado anteriormente à lavratura do Auto de Infração, a costa como base de sua alegação a cópia de Documento de Arrecadação Estadual – DAE à fl. 55 sem identificação de notas fiscais e nem das operações específicas a que se refere tal pagamento, pelo que não está comprovado que refira-se a fato gerador objeto da imputação.

Infração 02 procedente.

No quanto pertinente à imputação 03, esta versa sobre utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$1.870,51, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária constando, na descrição dos fatos, que trata-se de compras com CFOP 1102 – compra para comercialização nos meses de janeiro a março de 2010, conforme demonstrativo à fl. 12 e mídia CD-R à fl. 13, entregues ao contribuinte conforme documento anexo às fls. 14 a 17. Demonstrativo às fls. 11 e 12.

O contribuinte reconhece ser devido o valor de R\$1.792,42, impugnando o débito relativo a R\$78,07 por se tratar de operações com as mercadorias “escova aço/escova rastelo”, sujeitas ao regime normal de tributação, pelo que de fato lhe assiste o direito do uso do crédito fiscal pelas operações respectivas. Tal fato foi igualmente reconhecido pelo autuante.

Infração 03 procedente em parte no valor de R\$1.792,42, conforme tabela a seguir, baseada no demonstrativo fiscal de fl. 68 dos autos:

DATA OCORRÊNCIA	ICMS
31/01/2010	642,60
28/02/2010	363,80
31/03/2010	786,02
TOTAL	1.792,42

Assinalo, ainda, que a multa indicada no Auto de Infração está prevista no inciso II, alínea “c”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e não no inciso VII, alínea “a”, do mesmo artigo 42, indicado no Auto de Infração. O percentual de 60% permanece, não houve prejuízo para o contribuinte, nem para o erário, em razão da indicação equivocada do dispositivo legal, e o contribuinte defendeu-se no mérito, o que assegura o perfeito entendimento da acusação fiscal.

Face a tudo quanto exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$21.451,44.

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, no que se refere à infração 1, o seguinte:

1. o produto “mistura de bolo” goza do benefício da redução de base de cálculo previsto no artigo 506-G e o Protocolo ICMS 46/00 (carga tributária de 12%), não sendo exclusivo das empresas fabricantes, como entenderam os julgadores, em face dos princípios da igualdade e não cumulatividade do imposto. Diz que, se a base de cálculo do imposto é reduzida na origem, a mesma carga tributária deve ser extensiva às operações subsequentes e, dessa forma, o tratamento tributário se aplica às suas operações;
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*”.

Quanto à infração 2, diz que efetuou o pagamento de R\$11.278,57, relativo ao mês de março de 2010, no dia 22/09/10, portanto, antes do início da ação fiscal, remanescendo, assim, apenas o valor de R\$389,54.

Acrescenta que apresentou, por ocasião da defesa, uma planilha com a data do fato gerador, o número dos documentos fiscais, a razão social do fornecedor, o estado de origem, a base de cálculo e o imposto para comprovar a sua assertiva.

Discorre sobre o princípio da não cumulatividade e cita a doutrina a respeito. Alega que a multa de 60% aplicada nas infrações 1, 2 e 3 é exorbitante e inconstitucional, uma vez que não leva em consideração a proporcionalidade entre o dano e o ressarcimento. Transcreve a doutrina a respeito.

Argumenta, 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 a autuação, bem como a homologação dos pagamentos efetuados, no montante de R\$133.445,61 com os acréscimos legais. Protesta pela juntada posterior de documentos e pede a realização de perícia contábil.

A PGE/PROFIS, por meio da Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, aduzindo que o recorrente não trouxe ao PAF argumentos capazes de modificar o julgado de primeira instância.

Prossegue dizendo que as multas aplicadas são adequadas às imputações e se encontram expressamente consignadas no artigo 42 da Lei nº 7.014/96. Quanto à taxa SELIC, afirma que sua adoção como índice para cálculo dos acréscimos moratórios encontra-se prevista no artigo 102 do Código Tributário da Bahia (COTEB).

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.

Rejeito o pedido de perícia fiscal, uma vez que o contribuinte não apresentou os quesitos necessários à sua realização e, além disso, se há alguma prova a ser carreada aos autos, cabia ao contribuinte trazê-la ao PAF porque é parte de sua própria escrituração.

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 saídas internas de “mistura de bolo” e de “canjiquinha” (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 nas operações internas dos produtos “mistura de bolo” e “canjiquinha”, revendidos pelo recorrente.

O artigo 506-G do RICMS/97 é muito claro, ao dispor que a carga tributária incidente sobre os produtos compreendidos nas posições 1901, 1902 e 1905 da NCM (isto é, algumas preparações à base de farinha de trigo) será de 12% somente quando as operações forem realizadas por fabricantes. Observo que todo o capítulo em que se insere o dispositivo regulamentar acima referido se relaciona às atividades de empresas transformadoras do trigo em grãos e da farinha de trigo, nada tendo a ver com os contribuintes que se dedicam à revenda dos produtos daí resultantes.

Vejamos o dispositivo citado:

Art. 506-G. O documento fiscal referente às operações com os produtos compreendidos nas posições 1901, 1902 e 1905 da NCM, realizadas pelos fabricantes, elaborados com farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo já objeto de antecipação tributária, conterà o destaque do ICMS em valor equivalente a 12% (doze por cento) do valor da operação, exclusivamente para compensação com o imposto incidente nas operações subsequentes.

Dessa forma, concluo que está correta a autuação, haja vista que o contribuinte reduziu indevidamente a base de cálculo nas operações de saídas de “mistura de bolo”.

Quanto ao produto “canjiquinha”, o recorrente alega que se trata de milho triturado, merecendo, portanto, ser comercializado 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 descaracterizar 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”, segundo o próprio autuante, 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 sítio 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 reconheceu, como incluídos na cesta básica em operações internas (artigo 51, inciso I, alínea “a”, do RICMS/97) os seguintes produtos fabricados pela 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 Bijú;
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, conforme previsto no artigo 51, inciso I, alínea “a”, do RICMS/97. Consequentemente, os valores relativos às diferenças apontadas nesse item devem ser excluídos da autuação (demonstrativo às fls. 6 a 11), remanescendo na infração 1 os seguintes valores de débito:

Data	Débito exigido	Valor excluído	Débito remanescente
31/01/10	1.911,50	25,41	1.886,09
28/02/10	1.566,93	31,75	1.535,18
31/03/10	4.512,48	52,57	4.459,91
Total Infração 1			7.881,18

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\$7.881,18.

Relativamente à infração 2, verifico, da análise da planilha e fotocópia do DAE anexadas pelo contribuinte juntamente com o Recurso Voluntário (fls. 173 a 176), em contraposição ao demonstrativo elaborado pelo autuante (fls. 11 e 12), que tem razão o recorrente quando alega que deve ser excluído do lançamento o valor de R\$11.278,57, recolhido em 22/09/10, portanto, antes do início da ação fiscal, embora fora do prazo legal.

Isso porque as notas fiscais e produtos que constam da planilha do autuado são os mesmos inseridos nas notas fiscais relacionadas pelo preposto do Fisco. A diferença básica entre ambos os demonstrativos é que o contribuinte acrescenta os algarismos “99” a cada nota fiscal, porém o fornecedor é o mesmo, as datas de emissão são as mesmas e os valores de ICMS, em muitos casos, são idênticos, podendo, as diferenças existentes, ser atribuídas a erros na apuração da base de cálculo e do imposto.

Em consequência, o valor do débito da imputação nº 2 deve ser reduzido de R\$11.668,11 para R\$389,54.

Quanto às alegações de que as multas aplicadas nas infrações 1, 2 e 3 são exorbitantes e que é ilegal a taxa SELIC, ressalto que as primeiras estão previstas no artigo 42 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

AGRAVO 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. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

AgRg no REsp 828815 / MG

AGRAVO 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. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Entretanto, devo fazer uma retificação no acórdão recorrido, por ter a Junta de Julgamento Fiscal recapitulado a penalidade relativa à infração 3 (60%) para a alínea “c” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, como abaixo transcrito:

Art. 42.

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

c) quando houver destaque, no documento fiscal, de imposto em operação ou prestação não tributada, que possibilite ao adquirente a utilização do crédito fiscal;

Lembro que a imputação 3 deste Auto de Infração foi descrita como “*utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária*”.

Ora, é óbvio que o dispositivo legal acima transcrito e aplicado pelo órgão julgador de Primeira Instância somente pode ser aplicado ao vendedor de mercadorias que destaca indevidamente o ICMS na nota fiscal de saída, possibilitando ao adquirente o uso do valor destacado como crédito fiscal, o que não é a situação destes autos, que trata de aquisição, pelo recorrente, de mercadorias enquadradas na substituição tributária com o imposto pago antecipadamente.

Por outro lado, também está incorreta a capitulação feita pelo autuante na peça inicial de acusação - artigo 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, que se refere à hipótese de uso indevido de crédito sem repercussão no valor do tributo a pagar, como a seguir descrito:

Art. 42.

VII - 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno:

a) quando da utilização indevida de crédito fiscal; (grifos não originais)

Nesta autuação, restou demonstrado, uma vez que não foi trazida nenhuma prova que contradissesse a acusação, que o uso do crédito fiscal reduziu indevidamente o valor mensal do ICMS a recolher (obrigação principal). Dessa forma, deve ser aplicada a multa no mesmo percentual de 60%, mas prevista no artigo 42, inciso VII, alínea “f”:

Art. 42.

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

(...)

f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal; (grifos não originais)

Por fim, constato que o contribuinte recolheu, após a lavratura do Auto de Infração, em 27/01/2011, o montante histórico de R\$4.572,63, consoante os documentos de fls. 57 e 58 – anexados juntamente com a peça impugnatória -, por ter reconhecido os valores de R\$2.780,21 e R\$1.792,42 concernentes, respectivamente, às infrações 1 e 3. A Junta de Julgamento Fiscal também se equivocou ao não indicar expressamente no acórdão recorrido que os valores deveriam ser homologados pela repartição competente.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, alterando a Decisão recorrida a fim de reduzir o débito da infração 1 para R\$7.881,18; da infração 2 para R\$389,54 e para retificar a capitulação da multa indicada na infração 3. Os valores efetivamente recolhidos pelo contribuinte devem ser homologados pela repartição competente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 207494.0009/10-7, 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\$10.141,23**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e VII “f”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

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