

**PROCESSO** - A. I. Nº 207494.0008/10-0  
**RECORRENTE** - ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA. (O ATACADÃO)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 1ª CJF nº 0012-11/13  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 26/12/2013

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0412-11/13**

**EMENTA:** ICMS. INADMISSIBILIDADE DE RECURSO. Acórdão de piso reformado em favor do contribuinte. Inexistência de matéria de fato ou fundamento de direito que não tenham sido apreciados no julgamento reconsiderando. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Pedido de Reconsideração interposto contra o acórdão em referência, proferida em 18 de janeiro de 2013, através da qual esta Câmara de Julgamento Fiscal deu Provimento Parcial ao Recurso Voluntário apresentado pelo então Recorrente para reformar a Decisão de primeira instância e reduzir o débito consubstanciado no item 1 do Auto de Infração de R\$ 29.393,02 para R\$ 28.951,72, mantendo íntegro o decisório de piso relativamente aos itens 2 e 3 do Auto de Infração no valor histórico de R\$ 110.742,24.

Na oportunidade assim decidiram os membros integrantes desta Câmara de Julgamento Fiscal:

**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.*

*Vejam os 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 subseqüentes 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:**

4202.14202.9	Maletas e pastas para documentos e de estudante, e artefatos
--------------	--

semelhantes

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:

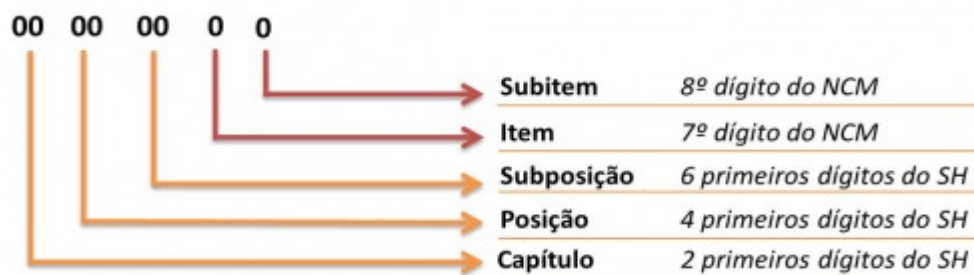
“A alíquota reduzida de 7% (sete por cento), estabelecida no RICMS-BA/97, art. 51, inciso I, alínea “a”, alcança apenas as operações internas com produtos que se caracterizam como produtos da cesta básica, não se aplicando a produtos adicionados de ingredientes que resultem em sofisticação ou que venha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

**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.*

*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.*

Com fulcro no disposto no artigo 169 I, alínea “d” do RPAF, o sujeito passivo pleiteia a reconsideração do julgado, afim de que sejam modificados os termos a Decisão recorrida e julgados parcialmente procedente a exigência consubstanciada no item 01 e improcedente a relativa ao item 03.

Para dar sustentação ao seu pedido alega o recorrente que a 1ª CJF deixou de examinar parte da matéria de fato e fundamento de direito arguida pelo sujeito passivo. No que passa a descrever as supostas omissões e contradições.

Traz a baila o princípio da legalidade, inferindo que a Decisão recorrida desconsiderou a fundamentação legal arguida pelo sujeito passivo da obrigação tributária, o que fez questão de frisar: art. 5º, inciso II da Constituição Federal, art. 97, inciso V do CTN.

No mérito, no que se refere à infração 01 (*recolhimento a menor 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*) o recorrente ratifica os argumentos apresentados no Recurso no sentido de que:

1. O produto BOLSA DE VIAGEM se esquadra no regime de substituição tributária de responsabilidade do remetente, nos termos do art. 38, inciso II do art. 353 do RICMS/97, como material de papelaria destinado 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 diferença de imposto;
2. O produto GELATINA, sob alegação de que este corresponde à mercadoria denominada Fralda T. Moni Noturn-ST, registrados na nota fiscal de entrada e cupom fiscal anexados na defesa e Recurso, enquadrada, assim, no regime de substituição tributária, conforme previsto no item 13.16, inciso II do art. 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, aduz que no período compreendido entre os meses de janeiro e março de 2010 recolheu corretamente o ICMS devido por antecipação parcial que sustenta já ter colacionado aos autos, sendo descabida, portanto, a aplicação da penalidade indicada na autuação.

Instada a se manifestar (fl. 290) a Nobre Representante da PGE/PROFIS opinou pelo não conhecimento do Pedido de Reconsideração formulado, uma vez que, no seu entender, este carece do pressuposto legal de admissibilidade previsto no art. 169 do RPAF.

## VOTO

Como cediço, o Pedido de Reconsideração das decisões proferidas pelas Câmaras de Julgamento Fiscal integrantes do CONSEF tem previsão de interposição na alínea “d”, inciso I do artigo 169 do RPAF, *in verbis*:

**Art. 169** – *Caberão os seguintes Recursos, com efeito suspensivo, das decisões em processo administrativo fiscal:*

*I – para as Câmaras de Julgamento do CONSEF:*

.....

*d) 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;*

Conforme se constata da análise do dispositivo acima transcrito, o Recurso em análise se submete ao atendimento de dois requisitos de admissibilidade que devem ser atendidos de forma concomitantes, quais sejam: (i) a Decisão recorrida, cujo termos o sujeito passivo pretende sejam reconsiderados, deve ter promovido a reforma do acórdão de primeira instância em seu desfavor e, além disto, (ii) a referida Decisão deve versar sobre matéria de fato ou fundamento de direito apresentados pelo sujeito passivo que não tenham sido apreciados em fases anteriores ao julgamento.

No presente caso, a Decisão de Primeira Instância julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, tendo sido ela parcialmente reformada por esta CJF em favor do contribuinte. Ademais, todos os argumentos de fato e fundamento de direito apresentados na oportunidade da impugnação foram exauridos tanto na primeira quanto na segunda instância de julgamento, de

forma que restaram plenamente esgotadas as esferas administrativas da discussão, sendo garantido ao ora recorrente o pleno exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório.

Destarte, verificando não terem sido atendidos os requisitos de admissibilidade, com fulcro no artigo 173, V do RPAF Não Conheço o Pedido de Reconsideração apresentado, homologando em todos os seus termos o acórdão recorrido.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **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, bem como multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$9.389,52**, prevista no art. 42, II, “d”, da mencionada Lei, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.387/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – RELATORA

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