

PROCESSO	- A. I. Nº 279463.0005/10-2
RECORRENTE	- ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA. (O ATACADÃO)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0221-05/11
ORIGEM	- IFEP - DAT/SUL
INTERNET	- 18/02/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0016-11/13

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Acolhida parte das razões recursais. Exigência parcialmente subsistente. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Exigências parcialmente subsistentes. Rejeitadas as alegações de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, no qual se imputa ao contribuinte o cometimento de cinco ilícitos tributários, sendo objeto do presente Recurso as infrações 2 e 4, como a seguir descrito:

INFRAÇÃO 2 – utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$8.715,45, referente à aquisição de mercadorias com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2009;

INFRAÇÃO 4 - recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$72.655,41, em razão de erro na classificação tributária e aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias por meio de equipamentos emissores de cupom fiscal (ECF), nos meses de janeiro a dezembro de 2009.

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

“Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o débito no total de R\$ 84.071,66, relativo a cinco irregularidades, sendo a primeira e terceira infrações objeto de reconhecimento pelo contribuinte, logo, não fazendo parte da lide, sendo, no entanto, procedentes as citadas infrações. Assim, a contenda se restringe apenas às infrações 02, 04 e 05.

Inicialmente, indefiro o pedido de prova pericial, aqui entendida como diligência, nos termos do art. 147 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, diante dos elementos existentes nos autos, por considerá-los suficientes para a formação da convicção dos julgadores deste Colegiado.

Também vislumbro que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, visto que o sujeito passivo atacou a matéria, objeto da autuação, com muita clareza e precisão, o que demonstra inexistir cerceamento ao direito de defesa.

Ainda há de se ressaltar que, conforme previsto no art. 19 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99,

“A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal”.

Por fim, quanto à multa de 60% e à aplicação da taxa de SELIC, entendo que estão de acordo com a previsão legal, não sendo este tribunal administrativo o fórum adequado para discussão sobre legalidade, mas, sim, para o cumprimento do dispositivo legal. Ademais, através do Recurso Especial nº 586039, o STJ já declarou a legalidade da aplicação da taxa SELIC em matéria tributária.

No mérito, quanto à segunda infração, a qual se refere à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 8.715,45, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, verifico que o sujeito passivo, em sua impugnação ao lançamento de ofício, reconheceu como devida à quantia de R\$ 1.116,48 e apresentou impugnação da parte remanescente de R\$ 7.598,97 em razão de que os produtos não estão sujeitos ao regime da substituição tributária, mas, sim, em face do princípio da especificidade, ao regime normal de tributação, e, em consequência, ao direito de utilizar o correspondente crédito fiscal, do que cita:

- “AUTO. ADITIVO P/ RADIADOR – NCM 29053100”, pois não está inserido no Convênio ICMS 110/2007, que trata do regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo;
- “AUTOM. CAPA P/ CARRO – NCM 63079090”, pois não faz parte do Protocolo ICMS 41/2008, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais.
- “BEB. CHOPP & VINHO LECKER; CAF-GAS CARBÔNICO e CATUABA”, pois também não estão inseridos no Decreto nº. 11.462/2009, que procedeu à alteração nº 116 ao RICMS/BA e alterou o art. 353, II, item 2, do RICMS/BA.

Por outro lado, os autuantes, em sua informação fiscal, mantém integralmente a cobrança para os produtos, sob as seguintes razões:

- aditivos, por entenderem que é substituído junto com combustíveis e lubrificantes;
- capas para banco e para carro, por classificarem como acessórios para veículos;
- chopp e vinho, por se tratarem de bebidas e, à época, sujeitos ao regime de substituição tributária;
- gás carbônico, por se tratar de insumo de refrigerante servido no sistema post mix;
- ave codorna, por se tratar de ave abatida sujeita a substituição tributária.

Da análise da legislação pertinente e das espécies em questão, vislumbro que cabe razão parcial aos autuantes, pois, à época dos fatos geradores, encontravam-se sujeitos ao regime de substituição tributária e, como tal, o autuado não poderia se utilizar dos créditos fiscais, quando da entrada de aditivo (cláusula primeira , § 1º, I, “a”, do Conv. ICMS 110/07); chopp e vinho; gás carbônico e ave abatida (art. 353, II, itens: “2”, “4” e “9”, do RICMS, Decreto nº 6.284/97).

Contudo, quanto aos itens “capa para banco” e “capa para carro”, cabe razão ao autuado, uma vez que a redação atual do art. 353, II, item “30”, do RICMS, vigente para os fatos geradores ocorridos no exercício de 2009, dada pela Alteração 102 (Decreto nº. 11089, de 30/05/08), determina a substituição tributária para peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores.

Porém, o art. 1º, inciso XXXI, do referido Decreto nº 11089/08, dispõe que:

XXXI - o item 30 do inciso II do art. 353, produzindo efeitos a partir de 1º de junho de 2008 (Prot. ICMS 41/08): “30 – peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores;”

Por sua vez, o aludido Protocolo ICMS 41/08, no qual a Bahia é signatária, prevê em sua cláusula primeira que:

Cláusula primeira. Nas operações interestaduais com peças, partes, componentes, acessórios e demais produtos listados no Anexo Único deste protocolo, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas signatárias deste protocolo, fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, relativo às operações subsequentes.

Já os produtos listados no Anexo Único deste protocolo, os itens que mais se aproximam de “capa para banco” e “capa para carro”, são “Tapetes e revestimentos, mesmo confeccionados”, sob NCM/SH nº 4016.99.90 e 5705.00.00, como também “Tecidos impregnados, revestidos, recobertos ou estratificados, com plástico”, sob código 5903.90.00 (itens 9 e 10).

No entanto, como nos autos os autuantes não fundamentaram a acusação fiscal de que os itens “capa para banco” e “capa para carro” se incluem sob tais códigos de NCM/SH, previstos no Anexo Único do Protocolo 41/08, apesar de duas diligências nesse sentido, como também não destituíram o código da NCM 63079010, citado pelo autuado à fl. 165 dos autos, para o produto “AUTOM. CAPA P/ CARRO AUTO FÁCIL GD”, considero que não ficou comprovada a obrigatoriedade da substituição tributária destes produtos, devendo os correspondentes valores, listados às fls. 16 a 30 do PAF, serem excluídos dos montantes exigidos na infração 2, remanescendo os seguintes valores:

DATA	Vlr ICMS cfme Auto de Infração	Vlr. ICMS a Excluir	ICMS Devido	Notas Fiscais	Fonte Fls.
Ocorrência	Vencmtº				

31/01/09	15/02/09	396,95	55,13	341,82	295551;3119112	16/17
28/02/09	09/03/09	255,59	114,90	140,69	5021;20944;328327;334061	17/18
31/03/09	09/04/09	352,68	78,76	273,92	21042;	18/19
30/04/09	09/05/09	643,23	206,82	436,41	10620;21194;21341	19/20
31/05/09	09/06/09	411,62	178,14	233,48	21390;394371	20/21
30/06/09	09/07/09	767,55	45,68	721,87	281;18069;419698;16797	21/22
31/07/09	09/08/09	460,67	92,61	368,06	3003;3014;21877	23
31/08/09	09/09/09	495,66	89,79	405,87	3512;3513;4534	24
30/09/09	09/10/09	540,07	96,31	443,76	4892;27332;27581	25
31/10/09	09/11/09	1.471,09	37,85	1.433,24	8149	26
30/11/09	09/12/09	1.292,76	-	1.292,76	-	27
31/12/09	09/01/10	1.627,58	62,52	1.565,06	16294;18046	28/29
TOTALS:		8.715,45	1.058,51	7.656,94		

Portanto, subsiste em parte a infração 2, no montante de R\$ 7.656,94.

No tocante à quarta infração, a qual reclama o valor de ICMS de R\$ 72.655,41, em decorrência de erro na classificação tributária e consequentemente na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias consignadas no ECF, o autuado, em sua defesa, reconheceu como devida a quantia de R\$ 6.037,05 e, quanto à parte impugnada, apresentou diversas alegações.

Das alegações de defesa, os autuantes acolhem e excluem os valores correspondentes aos produtos: Old Cesar 88; Pitu Cola; Sapupara Limão e Villa Velha, por se tratarem de aguardente composta; MD Polvilho A. Séptico Granado, por entenderem que seja medicamento e não talco; gelatina, doce Teta Nega e "Pc Esc Cab Marco Boni Mad", por erro no arquivo magnético. Contudo, mantêm os itens: chocolate granulado e cobertura de chocolate, por não se tratar de guloseima pronta para o consumo (Parecer GETRI 15.718/08); mistura para bolo, por se tratar à alíquota de 12% de mero destaque (art. 506-G); milho de pipoca, por não se tratar de milho à alíquota de 7%; Sidra Cereser, por ser à época com tributação normal, e pirulito mastigável com chocolates, por se tratar de pirulito com tributação normal, resultando na redução do ICMS exigido para R\$ 60.786,99, conforme mídia eletrônica à fl. 172 dos autos, cuja cópia foi fornecida ao autuado, consoante recibo à fl. 182 dos autos, o qual reitera todas suas alegações.

Da análise da aludida mídia, precisamente do arquivo "Contestação_83", verifico que procede a exigência relativa do ICMS relativo aos itens chocolate granulado e cobertura de chocolate; mistura para bolo; milho de pipoca; Sidra Cereser e pirulito mastigável com chocolates, por se tratarem de produtos sujeitos à tributação normal do imposto, à época, conforme considerado na informação fiscal, remanescendo o valor de R\$ 60.786,99, consoante a seguir:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 04

Data da Ocorrência	Data de Vencimento	Base de Cálculo	Alíq. (%)	Multa (%)	ICMS Devido
31/01/09	09/02/09	6.797,82	17%	60%	1.155,63
28/02/09	09/03/09	24.872,18	17%	60%	4.228,27
31/03/09	09/04/09	31.075,35	17%	60%	5.282,81
30/04/09	09/05/09	41.425,94	17%	60%	7.042,41
31/05/09	09/06/09	30.752,47	17%	60%	5.227,92
30/06/09	09/07/09	34.047,82	17%	60%	5.788,13
31/07/09	09/08/09	28.923,47	17%	60%	4.916,99
31/08/09	09/09/09	32.617,71	17%	60%	5.545,01
30/09/09	09/10/09	31.252,47	17%	60%	5.312,92
31/10/09	09/11/09	34.380,35	17%	60%	5.844,66
30/11/09	09/12/09	28.544,06	17%	60%	4.852,49
31/12/09	09/01/10	32.880,88	17%	60%	5.589,75
TOTAL					60.786,99

Assim, subsiste parcialmente a infração 4, no valor de R\$ 60.786,99.

Inerente à quinta infração, por ficar constatado que se trata de infração similar à infração 4, diferenciando apenas pelas saídas através de notas fiscais, como também de que na aludida infração 4 os autuantes acataram e excluíram os valores relativos aos produtos bebidas alcoólicas, gelatina e "Pc Esc Cab Marco Boni Mad", produtos esses constantes também entre os relacionados na infração 5, conforme planilhas às fls. 106 a 134 dos autos, a exemplo de: "BEB. CACHAÇA SAPUPARA LIMÃO" (fls. 112/119); "TEQUILA SAUZA OURO" (fls. 113/116/117), "CACHAÇA VILLA VELHA" (fls. 113/114), gelatina (fl. 118), macarrão (fl. 123), etc., foi determinado, por duas vezes, às fls. 202 e 208 dos autos, que os autuantes aplicassem à infração 05, por equidade, o mesmo tratamento dispensado à quarta infração, ou seja, excluíssem do levantamento fiscal os

produtos acatados (bebidas alcoólicas, gelatina, e macarrão). Contudo, nas duas oportunidades o preposto fiscal que prestou a informação fiscal se silenciou sobre a determinação, consoante se pode constatar às fls. 205 e 210 dos autos.

Assim, diante da recusa de se apurar a liquidez da quinta infração, por parte de um dos autuantes, deveria declarar NULA a infração 5, nos termos do art. 18, inciso IV, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a liquidez da infração. Contudo, por ter o sujeito passivo reconhecido parte do débito a ela inerente, no valor de R\$ 513,55, conforme demonstrativo à fl. 138 dos autos, a considero parcialmente subsistente, nos valores recolhidos pelo autuado.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 69.843,01, sendo R\$ 779,48, relativo à infração 1, conforme lançamento original; R\$ 7.656,94, à infração 2, conforme demonstrado acima; R\$ 106,05, à infração 3, conforme lançamento original; R\$ 60.786,99, à infração 4, conforme demonstrado acima, e R\$ 513,55, à infração 5, conforme demonstrado à fl. 138, devendo homologar os valores recolhidos (fls. 137/138 e 174/178).”

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 2, que os produtos abaixo relacionados não estão enquadrados na substituição tributária e, portanto, tem direito ao crédito fiscal que foi “glosado” pelo autuante. Acrescenta o seguinte:

1. os produtos “bebidas Chopp e vinho Lecker” – NCM 2206 estão “inseridos no Decreto nº 11.806 de 26/10/2009, com vigência a partir da data de 01/01/2010 (Prot. ICMS 107/09, que procedeu à alteração nº 126 ao RICMS/BA e alterou o art. 353, II, item 2, do RICMS/BA”;
2. o produto “CAF gás carbônico” – NCM 2106.9010 é tributado normalmente por não se tratar de concentrado destinado ao preparo de refrigerantes em máquinas (pré-mix e post-mix) e sim o gás carbônico utilizado para gaseificar a mistura, estando inserido no Decreto nº 11.462/09, que procedeu à alteração nº 116 ao RICMS/97 e modificou o artigo 353, inciso II, item 2, do citado diploma legal;
3. o item “ave codorna” tem o NCM 0208.9000, o que não foi observado pela fiscalização.

No que tange à infração 4, refuta a acusação fiscal, aduzindo que o autuante cometeu diversos equívocos, como a seguir explanado:

1. em referência a “mistura de bolo” de diversas marcas, alega que os produtos gozam do benefício da redução de base de cálculo previsto no artigo 506-G e no Protocolo ICMS 46/00 (com carga tributária de 12%), já que não é 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. em relação aos produtos “chocolate granulado DORI 51106 1x1 1 kg”, “cobertura chocolate Garoto BLEND 1x1 1 kg”, “cobertura chocolate Harald gotas leite 1x1 1 kg”, cobertura chocolate Nestlé meio amargo 4451 1x1 1 kg”, “cobertura Garoto chocolate branco 339 1x1 1 kg”, “cobertura confeiteiro leite 1x1 5 kg”, “cobertura Harald forn. pizza leite 1x1 1 kg”, “cobertura Harald raspar/cobrir branco 1x1 5 kg”, “cobertura mil cores premium leite 1x10 1 kg”, “G. U. chocolate granulado Mavalerio 4072 1x10 1 kg”, “G. U. cobertura Garoto meio amargo 43 1x1 2500 g” e “pirulito Dori mast. chocolate 1x1 50 unid”, diz que são comercializados na forma “pronto para consumo” e, por conseguinte, estão enquadrados na substituição tributária de acordo com o artigo 353, inciso II, item 8.5, do RICMS/97, e, ainda, que o Parecer GETRI nº 15.718/08 citado pelo autuante se refere ao granulado colorido que tem a NCM 17049020;

3. quanto ao produto “sidra Cereser zero 1x1 660 ml”, afirma que é um refrigerante de maçã (NCM 22021000), enquadrado, assim, no regime de substituição tributária, nos termos do artigo 353, inciso II, item 2.4, do RICMS/BA, não havendo que se falar em diferença de imposto a pagar;
4. no que tange ao produto “milho pipoca” assegura que faz parte da cesta básica, tributado à alíquota de 7% (artigo 51, inciso I, alínea “a”, do RICMS/97), porque, na verdade, é o milho natural que não sofre nenhum processo de industrialização.

Argumenta que a multa de 60% aplicada é exorbitante e inconstitucional, uma vez que não leva em consideração a proporcionalidade entre o dano e o ressarcimento. 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 a autuação.

A PGE/PROFIS, por meio da Dra. Maria Dulce Baleiro Costa, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, aduzindo que “*as alegações de que os produtos CHOPP, VINHO, CODORNA ABATIDA E CAF GÁS CARBÔNICO não fazem parte da substituição tributária não merecem acolhimento, pois a d. JJF, assim como o autuante, fundamentaram uma a uma a previsão da inserção da mercadoria no regime de substituição*”.

Prossegue afirmando que “*o mesmo ocorre em relação aos produtos CHOCOLATES e CERESER, pois a DITRI, inclusive, já se manifestou pela tributação normal, já que não são produtos prontos para o consumo (chocolates e outros – Parecer GECOT 754/2002) e não haver previsão à época (sidra cereser)*”.

Diz que concorda com os autuantes, de que a alíquota de 12% referente ao produto MISTURA PRONTA PARA BOLO é apenas um mero destaque da indústria, e o MILHO PARA PIPOCA não é o mesmo milho constante da cesta básica, o qual é tributado à alíquota de 7%.

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, além disso, a Lei nº 9.250/95 prevê, nos termos da autorização do artigo 161 do CTN, que esse será o instrumento para aplicação dos juros de mora.

Comenta que a taxa SELIC é amplamente aceita na jurisprudência dos Tribunais pátrios, transcrevendo 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.

No mérito, constato que, no presente Auto de Infração, foi lançado o ICMS que foi recolhido a menos ou deixou de ser recolhido em duas imputações, como a seguir explanado.

Na **infração 2**, o ICMS foi cobrado por utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com pagamento do ICMS por antecipação tributária.

Cabe-me, assim, identificar se os produtos “bebidas Chopp e vinho Lecker”, “CAF gás carbônico” e “ave de codorna” estavam enquadrados no regime da substituição tributária como indicado na acusação fiscal, hipótese em que se considera indevido o uso do imposto destacado nas notas fiscais de entradas das mercadorias.

Vejamos a legislação regente à época:

“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:

2 - bebidas, a saber: (efeitos de 01/04/09 a 31/12/09)

2.1 - vermutes e outros vinhos de uvas frescas aromatizados por plantas ou substâncias aromáticas, classificados na posição NCM 2205; (efeitos de 01/04/09 a 31/12/09) (grifos não originais)

2.2 - classificadas na posição NCM 2208, exceto aguardente de cana (caninha), aguardente de melão (cachaça), aguardente simples de agave ou de outras plantas (tequila e semelhantes), aguardente simples de frutas (de cidra, de ameixa, de cereja, etc.) e outras aguardentes simples;" (efeitos de 01/04/09 a 06/05/09)

2.3 - cervejas e chopes - NCM 2203; (grifos não originais)

Consoante a redação acima transcrita do artigo 353, inciso II, item 2, do RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores (julho a dezembro de 2009), verifico que o produto denominado “bebida chopp” foi classificado na NCM 2203 (item 2.3 do inciso II do artigo 353 do RICMS/97) e, portanto, encontrava-se enquadrado no regime de substituição tributária por antecipação, não se admitindo o crédito do imposto destacado no documento de entrada.

Relativamente ao produto “vinho Lecker”, considero que está classificado na NCM 2205 (item 2.3 do inciso II do artigo 353 do RICMS/97) e, portanto, encontrava-se enquadrado no regime de substituição tributária por antecipação, também não se admitindo o crédito do imposto destacado no documento de entrada.

Ressalto que não foi trazida aos autos pelo recorrente nenhuma prova de que o item “vinho Lecker” não se trata mesmo de vermute ou vinho de uvas frescas, mas de “outra bebida fermentada”, classificada na posição NCM 2206.00 (item 2.4 do inciso II do artigo 353 do RICMS/97), como alegado na peça recursal, mercadoria que somente foi incluída no regime de substituição tributária a partir de 01/01/10 por conduto do Decreto nº 11.806/09 (Alteração nº 126). Veja-se, a respeito, o RICMS/97 a partir de 01/01/10:

“Art. 353. ...

(...)

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

2 - bebidas, a saber: (efeitos a partir de 01/01/10)

(...)

2.4 - outras bebidas fermentadas (sidra, perada, hidromel, por exemplo); misturas de bebidas fermentadas e misturas de bebidas fermentadas com bebidas não alcoólicas, não especificadas nem compreendidas em outras posições – NCM 2206.00;

Correta a autuação nesta parte.

Quanto ao produto “CAF gás carbônico”, o autuante afirma que se trata de “insumo de refrigerante servido no sistema de *post mix*” (fl. 170), enquanto que o recorrente alega que não se trata de concentrado destinado ao preparo de refrigerantes em máquinas (pré-mix e post-mix).

O artigo 353, inciso II, item 4, do RICMS/97 tinha a seguinte redação, à época dos fatos geradores:

“Art. 353.

(...)

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

(...)

4 - extratos concentrados destinados ao preparo de refrigerantes em máquinas (“pré-mix” e “post-mix”), em qualquer acondicionamento, independentemente de volume - NCM 2106.90.10;

Sendo assim, resta patente que o gás carbônico, ainda que utilizado na preparação de refrigerantes, não se encontra listado no artigo 353, inciso II, como mercadoria sujeita à substituição tributária, uma vez que não se trata de “extrato concentrado destinado ao preparo de

refrigerantes em máquinas”. Consequentemente, é legítimo o crédito fiscal utilizado pelo contribuinte, devendo ser excluídos os seguintes valores desta autuação: R\$1,79 (setembro/09) e R\$3,57 (outubro/09).

Em referência ao item “ave codorna”, o recorrente alegou que não se encontra no regime de substituição tributária, uma vez que está classificado na NCM/SH sob o nº **0208.9000 (OUTRAS)** o que não teria sido observado pelo autuante. Vejamos o que prevê o artigo 353, inciso II, item 9, do RICMS/97 com redação a partir de 01/10/05:

“Art. 353.

(...)

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

(...)

9 - produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino, e suíno, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos, salgados ou temperados, exceto charque - NCM 0201, 0202, 0203, 0206, 0207, 0209.00 e 0210 (Lei nº 7.753/00);

Em consulta à Tabela de Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM/SH), verifiquei que os números NCM relacionados no item 9 do inciso II do artigo 353 do RICMS/97, acima transcrito, referem-se às seguintes mercadorias:

02.01	Carnes de animais da espécie bovina, frescas ou refrigeradas.
02.02	Carnes de animais da espécie bovina, congeladas.
02.03	Carnes de animais da espécie suína, frescas, refrigeradas ou congeladas.
02.06	Miudezas comestíveis de animais das espécies bovina, suína, ovina, caprina, cavalar, asinina e muar, frescas, refrigeradas ou congeladas.
02.07	Carnes e miudezas, comestíveis, frescas, refrigeradas ou congeladas, das aves da posição 01.05.
01.05	Galos, galinhas, patos, gansos, perus, peruas e galinhas-d'angola (pintadas), das espécies domésticas. (grifos não originais)
02.09	Toucinho sem partes magras, gorduras de porco e de aves, não fundidas nem extraídas de outro modo, frescos, refrigerados, congelados, salgados ou em salmoura, secos ou defumados.
02.10	Carnes e miudezas, comestíveis, salgadas ou em salmoura, secas ou defumadas; farinhas e pós, comestíveis, de carnes ou de miudezas.

Resta indubioso, portanto, que a codorna abatida, apesar de ser uma ave, não está inserida no regime da substituição tributária, devendo, por conseguinte, ser excluídos desta autuação os seguintes valores: R\$269,83 (janeiro/09), R\$77,10 (março/09), R\$231,29 (abril/09), R\$34,57 (junho/09), R\$219,42 (julho/09), R\$165,96 (setembro/09), R\$711,45 (outubro/09), R\$459,00 (novembro/09) e R\$1.318,32 (dezembro/09).

Pelo exposto, modifico a Decisão recorrida para excluir do lançamento de ofício os produtos “CAF gás carbônico” e “ave codorna”, julgando parcialmente procedente a infração 2, no valor total de R\$5.223,15, conforme o demonstrativo abaixo:

Data	Débito exigido	Valor excluído gás carbônico	Valor excluído ave codorna	Débito remanescente
31/01/09	396,95	0,00	269,83	127,12
28/02/09	255,59	0,00	0,00	255,59
31/03/09	352,68	0,00	77,10	275,58
30/04/09	643,23	0,00	231,29	411,94
31/05/09	411,62	0,00	0,00	411,62
30/06/09	767,55	0,00	34,57	732,98
31/07/09	460,67	0,00	219,42	241,25
31/08/09	495,66	0,00	0,00	495,66
30/09/09	540,07	1,79	165,96	372,32
31/10/09	1.471,09	3,57	711,45	756,07
30/11/09	1.292,76	0,00	459,00	833,76
31/12/09	1.627,58	0,00	1.318,32	309,26
Total da infração 2				5.223,15

Na **infração 4**, o ICMS está sendo exigido sob a acusação de erro na classificação tributária e na aplicação da alíquota cabível nas operações de saídas internas de diversas mercadorias, cabendo-me, então, identificar qual a carga tributária incidente sobre as operações promovidas pelo recorrente.

1. “MISTURA DE BOLO” de diversas marcas:

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/SI - 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 citado 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, como é o caso do autuado, ora recorrente.

Transcrevo 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, conterá 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 internas de “mistura de bolo”.

2. “MILHO PIPOCA” de diversas marcas:

Quanto ao produto “milho pipoca”, o recorrente alega que se trata de milho natural que não sofre nenhum processo de industrialização, merecendo, portanto, ser tributado à alíquota de 7% (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 comprovar se o produto comercializado pelo recorrente sob a denominação de “milho pipoca” sofre, ou não, algum processo de industrialização, caso em que deixa de ser milho natural e deve ser tributado à alíquota de 17% nas operações internas de saídas.

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".

Dessa forma, tem-se que o milho destinado à preparação de pipoca, cuja constituição contém apenas o amido duro ou cristalino, com a propriedade de estourar quando submetido ao aquecimento, não sendo adicionado de qualquer produto químico, e simplesmente embalado após o seu debulhamento, deve ser tributado com aplicação da alíquota de 7% (RICMS-BA/97, art. 51, inciso I, alínea "a"). Tratamento distinto deve ser aplicado ao milho para pipoca de microondas, que não é milho em estado natural, mas um composto de milho de pipoca e gordura vegetal hidrogenada, e tributado normalmente à alíquota de 17%, nas operações internas (RICMS-BA/97, art. 50, inciso I, alínea "a"); e 12%, nas operações interestaduais destinadas a contribuintes do imposto (RICMS-BA/97, art. 50, inciso II)."

Após exame do demonstrativo de fls. 44 a 105, verifico que foram incluídos na presente ação fiscal os seguintes produtos, com NCM/SH 1005.9010, que se refere a "outras espécies de milho, em grãos":

MILHO PIPOCA CAMPO BELO 1x1 2KG	10059010
MILHO PIPOCA DULAR 1x1 500G	10059010
MILHO PIPOCA DULAR 1x20 500G	10059010
MILHO PIPOCA KERI 328 1x1 500G	10059010
MILHO PIPOCA KERI 328 1x24 500G	10059010
MILHO PIPOCA KERI 328 1x3 500G	10059010
MILHO PIPOCA KERI 328 8x3 500G	10059010
MILHO PIPOCA PREMIUM YOKI 5698 1x1 500G	10059010
MILHO PIPOCA PREMIUM YOKI 5698 1x24 500G	10059010
MILHO PIPOCA PREMIUM YOKI 5698 1x3 500G	10059010
MILHO PIPOCA PREMIUM YOKI 5698 8x3 500G	10059010

Em pesquisa na internet, no sítio de Marina Motomura, encontrei a seguinte explicação para o milho de pipoca:

"Todo grão de milho tem três partes: o embrião, onde fica o material genético, o endocarpo e o pericarpo, compostos principalmente de amido e água. A diferença do milho de pipoca é que ele tem menos água (cerca de 14,5%) do que o milho verde e seu pericarpo tem uma casca quatro vezes mais resistente que a dos milhos que usamos para comer e fazer canjica."

Ao colocar a pipoca na panela ou no microondas, o calor faz com que a água de dentro do grão se transforme em vapor, que tenta sair e empurra a casca do pericarpo. Ao mesmo tempo, o amido, antes sólido, começa a virar uma espécie de gelatina, aumentando de tamanho. Somadas, a pressão do vapor d'água e do amido chegam a 10 kg/cm², cinco vezes mais que a de um pneu de carro!

A pressão é tanta que a casca estoura! Em contato com o ar, o amido gelatinizado se solidifica e se transforma na espuma branca que comemos. Quando o pericarpo tem rachaduras ou é pouco duro, o vapor d'água escapa, a pipoca não vinga e surge o piroá. Outro motivo para a pipoca não estourar é quando o grão tem água a mais ou a menos na composição."

Segundo o sítio da empresa Yoki Alimentos S/A na internet, o milho de pipoca se divide em dois tipos: apenas grãos de milho natural e grãos para microondas: o primeiro tipo comercializado com as marcas "pipoca Yoki" e "pipoca premium Yoki", esta última constante da autuação. A pipoca usada em microondas é denominada de "Popcorn" e comercializada em diversos sabores.

Ainda em pesquisa na internet, verifiquei que o "milho pipoca Keri 328" é um produto fabricado pela Yoki Alimentos S/A e contém apenas o milho em grãos sem a adição de quaisquer outros componentes.

Também verifiquei na internet que o "milho pipoca Campo Belo" é comercializado sob a forma de grãos de milho, enquanto que o milho de pipoca a ser utilizado em microondas é revendido pela empresa sob a denominação de "Popcorn".

O "milho pipoca Dular" também se apresenta na forma de grãos de milho sem a adição de nenhum componente industrializado.

Pelo exposto, entendo que ficou demonstrado que o milho para pipoca das diversas marcas acima referidas é comercializado sob a forma de grãos de milho, sem nenhuma forma de

industrialização, podendo ser revendido pelo recorrente à alíquota de 7% por ser um produto da cesta básica (artigo 51, inciso I, alínea “a”, do RICMS/97), devendo, por conseguinte, ser excluído desta autuação.

3. “SIDRA CERESER ZERO”:

Quanto ao produto “sidra Cereser zero 1x1 660 ml” e “sidra Cereser zero 1x12 660 ml”, o recorrente alegou que se trata de refrigerante de maçã (NCM 2202.1000), enquadrado, assim, no regime de substituição tributária com saída posterior não tributada, nos termos do artigo 353, inciso II, item 2.4, do RICMS/BA, enquanto que os autuantes afirmaram que é uma bebida alcóolica com tributação normal.

No sitio da empresa Cereser, encontrei a informação de que a sidra zero é uma bebida feita a partir de diversas frutas sem a adição de álcool.

Vejamos o que prevê o artigo 353, inciso II, item 2, do RICMS/97, à época dos fatos geradores (outubro a dezembro de 2009):

“Art. 353. ...

(...)

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

2 - bebidas, a saber: (efeitos de 01/04/09 a 31/12/09)

2.1 - vermutes e outros vinhos de uvas frescas aromatizados por plantas ou substâncias aromáticas, classificados na posição NCM 2205; (efeitos de 01/04/09 a 31/12/09)

2.2 - classificadas na posição NCM 2208, exceto aguardente de cana (caninha), aguardente de melão (cachaça), aguardente simples de agave ou de outras plantas (tequila e semelhantes), aguardente simples de frutas (de cidra, de ameixa, de cereja, etc.) e outras aguardentes simples;” (efeitos de 01/04/09 a 06/05/09)

2.3 - cervejas e chopes - NCM 2203;

Portanto, depreende-se da leitura da legislação regente à época que, somente a partir de 01/01/10, com a edição do Decreto nº 11.806/09 (Alteração nº 126) é que o item 2 do inciso II do artigo 353 do RICMS/97 passou a incluir a “sidra” no regime da substituição tributária (no subitem 2.4 do item 2 do inciso II do artigo 353 do RICMS/97), como a seguir transrito:

“Art. 353. ...

(...)

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

2 - bebidas, a saber: (efeitos a partir de 01/01/10)

(...)

2.4 - outras bebidas fermentadas (sidra, perada, hidromel, por exemplo); misturas de bebidas fermentadas e misturas de bebidas fermentadas com bebidas não alcoólicas, não especificadas nem compreendidas em outras posições – NCM 2206.00;

Em conclusão, o autuado deveria ter tributado normalmente as operações de saída no território baiano, até 31/12/09, do produto “sidra Cereser zero”, por não se tratar, a meu ver, de refrigerante, mas de bebida fermentada de frutas. Correta a autuação nesse item.

4. “COBERTURA DE CHOCOLATE” e “CHOCOLATE GRANULADO” de diversas marcas e “PIRULITO MASTIGÁVEL DE CHOCOLATE” da marca Dori:

Os produtos de chocolate, mencionados na planilha de fls. 44 a 105, são aqueles relacionados abaixo, com seus respectivos números na NCM/SH:

CHOC.GRANULADO DORI 51106 1x1 1KG	18069000
CHOC.GRANULADO MAVALERIO 4972 1x1 150G	18069000
CHOC.GRANULADO TRAD.GB 1x1 1KG	18069000
CHOC.GRANULADO TRAD.T.MONICA GB 1x1 130G	2071300
COBERT.CHOC.BEL PEDACOS 1x1 1KG	34029090
COBERT.CHOC.GAROTO BLEND 1x1 1KG	18062000

COBERT.CHOC.HARALD GOTAS BRANCO 1x1 1KG	17049010
COBERT.CHOC.HARALD GOTAS LEITE 1x1 1KG	18069000
COBERT.CHOC.HARALD GOTAS M. AMARGO 1x1 1KG	18069000
COBERT.CHOC.HARALD TOP BRANCO 1x1 1KG	17049010
COBERT.CHOC.HARALD TOP LEITE 1x1 1KG	18063210
COBERT.CHOC.HARALD TOP M. AMARGO 1x1 1KG	18063210
COBERT.CHOC.HARALD TRAD.BRANCO 1x1 1KG	17049010
COBERT.CHOC.HARALD TRAD.LEITE 1x1 1KG	18063210
COBERT.CHOC.HARALD TRAD.M. AMARGO 1x1 1KG	18063210
COBERT.CHOC.NESTLE LEITE 4450 1x1 1KG	18063210
COBERT.CHOC.NESTLE M. AMARGO 4451 1x1 1KG	18063210
COBERT.CHOC.NESTLE MARFIM 4425 1x1 2300G	17049010
COBERT.GAROTO CHOC.BCO 339 1x1 1KG	17049010
COBERT.GAROTO LEITE 308 1x1 1KG	18063210
COBERT.GAROTO M. AMARGO 30 1x1 1KG	18063220
COBERT.HARALD CONFEITEIRO LEITE 1x1 5KG	18062000
COBERT.HARALD FORN.PIZZA BRANCO 1x1 1KG	19012000
COBERT.HARALD FORN.PIZZA LEITE 1x1 1KG	19012000
COBERT.HARALD RASPAR E COBRIR LEITE 1x1 5KG	18062000
COBERT.HARALD RASPAR/COBRIR BRANCO 1x1 5KG	17049090
COBERT.MIL CORES PREMIUM LEITE 1x1 1KG	18063220
COBERT.MIL CORES PREMIUM LEITE 1x10 1KG	18063220
COBERT.NESTLE HIDROGENADA 1x1 115G	18063210
G.U.CHOC.GRAN.MAVALERIO 4072 1x1 1KG	18069000
G.U.CHOC.GRAN.MAVALERIO 4072 1x10 1KG	18069000
G.U.COBERT.CHOC.BEL COBERTOP LTE*FL 1x1 1KG	4061090
G.U.COBERT.GAROTO CHOC.BCO 436 1x1 2500G	17049010
G.U.COBERT.GAROTO LEITE 435 1x1 2500G	18062000
G.U.COBERT.GAROTO M. AMARGO 43 1x1 2500G	18062000
PIRULITO DORI MAST.CHOC. 1x1 50UND	18069000
PIRULITO DORI MAST.CHOC. 1x12 50UND	18069000

Vejamos o que estabelece o artigo 353, inciso II, item 8.5, do RICMS/97 no período de janeiro a dezembro de 2009:

"Art. 353. ...

(...)

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

(...)

8.5 - chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de outras preparações de confeitoraria, recheados ou não, desde que prontas para o consumo - NCM 1704.90.10, 1806.31.10, 1806.31.20, 1806.32.10, 1806.32.20 e 1806.90.00; (efeitos de 18/07/00 a 31/01/09)

e

8.5 - chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitoraria, recheados ou não, desde que prontas para o consumo - NCM 1704.90.10, 1806.31.10, 1806.31.20, 1806.32.10, 1806.32.20 e 1806.90.00; (efeitos a partir de 01/02/09)

Pela análise dos dispositivos acima transcritos, verifico que estão enquadrados no regime da substituição tributária os produtos a seguir elencados, que nada mais são do que chocolate em forma de barra, pirulito ou granulado, que podem ser consumidos imediatamente ou ser utilizados como cobertura para bolos:

1. "CHOCOLATE GRANULADO" das marcas Dori, Mavalerio e GB; "COBERT. CHOC. HARALD GOTAS LEITE", "COBERT. CHOC. HARALD GOTAS M. AMARGO" e "PIRULITO DORI MAST. CHOC.", todos classificados na posição 1806.90.00 da NCM/SH;
2. "COBERT. CHOC. HARALD GOTAS BRANCO", "COBERT. CHOC. HARALD TOP BRANCO", "COBERT. CHOC. HARALD TRAD. BRANCO", "COBERT. CHOC. NESTLE MARFIM" e "COBERT. GAROTO CHOC. BCO", classificados na tabela NCM sob o código 1704.90.10;
3. "COBERT.CHOC.HARALD TOP LEITE", "COBERT.CHOC.HARALD TOP M. AMARGO", "COBERT.CHOC.HARALD TRAD.LEITE", "COBERT. CHOC. HARALD TRAD. M. AMARGO", "COBERT. CHOC. NESTLE LEITE", "COBERT.CHOC. NESTLE M. AMARGO" e "COBERT. GAROTO

LEITE”, classificados na NCM sob o número 1806.32.10;

4. “COBERT. GAROTO M. AMARGO” e “COBERT. MIL CORES PREMIUM LEITE”, classificados na NCM sob o código 1806.32.20;
5. “COBERT. NESTLE HIDROGENADA”, classificada na NCM sob o código 1806.32.10.

Dessa forma, tais mercadorias devem ser excluídas da infração 4, uma vez que a tributação pelo ICMS ocorre, por antecipação, nas entradas dos referidos produtos, sendo desoneradas as saídas posteriormente realizadas.

As demais mercadorias, por não estarem enquadradas na substituição tributária, deveriam ter sido tributadas normalmente pelo contribuinte nas operações de saídas de seu estabelecimento. São elas: “COBERT. CHOC. BEL PEDACOS” – NCM 34029090; “COBERT. CHOC. GAROTO BLEND” – NCM 18062000; “COBERT. HARALD CONFEITEIRO LEITE” – NCM 18062000; “COBERT. HARALD FORN. PIZZA BRANCO” e “COBERT. HARALD FORN. PIZZA LEITE” – NCM 19012000; “COBERT. HARALD RASPAR E COBRIR LEITE” – NCM 18062000; “COBERT. HARALD RASPAR/COBRIR BRANCO” – NCM 17049090 e “CHOC. GRANULADO TRAD. T. MONICA GB” – NCM 2071300.

Por tudo quanto foi exposto, modifico a Decisão recorrida para excluir da autuação o “milho pipoca” e os produtos de chocolate cujos códigos na NCM estão mencionados explicitamente no artigo 353, inciso II, item 8.5, do RICMS/97, como detalhado neste voto, julgando parcialmente procedente a infração 4 no valor total de R\$22.883,58, de acordo com o demonstrativo abaixo:

Mês/Ano	Débito exigido	Valor excluído milho pipoca/chocolates	Débito remanescente
31/01/09	2.065,94	1.410,17	655,77
28/02/09	5.112,21	3.583,30	1.528,91
31/03/09	5.619,29	3.478,94	2.140,35
30/04/09	7.846,23	4.468,37	3.377,86
31/05/09	6.331,49	4.432,73	1.898,76
30/06/09	7.044,47	4.810,86	2.233,61
31/07/09	5.913,18	4.103,16	1.810,02
31/08/09	6.385,35	4.342,49	2.042,86
30/09/09	6.228,03	4.391,16	1.836,87
31/10/09	6.976,75	4.899,29	2.077,46
30/11/09	6.249,89	4.877,48	1.372,41
31/12/09	6.882,58	4.973,88	1.908,70
Total da infração 4			22.883,58

Quanto às alegações de que as multas de 60% indicadas das 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 2 para R\$ R\$5.223,15 e da infração 4 para R\$22.883,58, devendo os valores efetivamente recolhidos 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 279463.0005/10-2, 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\$29.505,81**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “e” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, com os devidos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de janeiro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS