

A. I. N° - 206888.0048/13-1
AUTUADO - NESTLÉ BRASIL LTDA.
AUTUANTES - JOSÉ OLIVEIRA DE ARAUJO e CARLOS ROBERTO DE CARVALHO
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 16.09.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0180-04/14

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO DO VALOR. COMPOSTO LÁCTEO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Restou comprovado o uso indevido do benefício fiscal previsto no art. 87, inciso XXI, do RICMS/97 e no art. 268, inciso XXV, do Decreto n° 13.780/12 nas operações de saída de composto lácteo. Interposição de fato modificativo. Operações de saída para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Aplicação do art. 16, I, "c" e § 1º, I, da Lei n° 7.014/96. Alterado o valor do imposto devido. DECADÊNCIA. Preliminar de mérito rejeitada. Art. 173, I, do CTN. Art. 4º da Lei n° 12.903/13. Valor excedente pago demonstrado pelos autuantes. Incompetência do Órgão Julgador. Art. 79 do RPAF/99. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 19/11/2013, exige ICMS no valor histórico de R\$1.063.328,94, em decorrência da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01 - 03.02.06 – "Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo". Período de 31/01/2008 a 30/06/2013. Multa proposta de 60%.

Consta, nas fls. 10/11, relatório dos autuantes acerca do lançamento promovido, a seguir transcrito: "INFRAÇÃO - Utilização indevida de redução de base de cálculo nas saídas de COMPOSTO LÁCTEO em pó, que o contribuinte classificou como LEITE EM PÓ. Ocorre que na própria embalagem do produto, em cumprimento de exigência contida no item 9.3 da Instrução normativa n° 28/2007, editada pelo MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PESCA E ABASTECIMENTO, consta a expressão 'COMPOSTO LÁCTEO NÃO É LEITE EM PÓ'.

Em correspondência de 27/04/2012, junta ao processo, foi informada pela empresa a composição ou RECEITA como é chamada pelo industrial, que o COMPOSTO LÁCTEO COM ÓLEO VEGETAL tem o seguinte espelho de fórmula Book composto lácteo, para kilograma do referido produto: SNF (sólido não gorduroso) 40,6; Gordura láctea 16,6%; Maltodextrina Big Bag 1000kg - 24,0%; Açúcar branco INCUMSA 420 padrão - 3,5%; Óleo de Soja 0917-921 g/l- 0,3%. A matéria do COMPOSTO LÁCTEO é regulamentada pela INSTRUÇÃO NORMATIVA n° 28, de 12 de julho de 2007, editada pelo MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PESCA E ABASTECIMENTO que segue anexa ao presente processo, GABINETE DO MINISTRO em que faz constar no item 9.3 o que segue: 'NO COMPOSTO LÁCTEO NA COR BRANCA deve constar em qualquer parte da embalagem do rótulo ou rotulagem do produto, que seja de fácil visualização para o consumidor, em caracteres uniformes, em cor sem intercalação dizeres ou desenhos, letras em caixa alta e em negrito a expressão: COMPOSTO LÁCTEO NÃO É LEITE EM PÓ ou ESTE PRODUTO NÃO É LEITE EM PÓ'. A autuada optou pela primeira opção, ou seja, fez constar no rótulo de seu produto a expressão 'COMPOSTO LACTEO NÃO É LEITE EM PÓ'.

Assim, em decorrência da classificação equivocada do contribuinte que considerou COMPOSTO LÁCTEO COMO LEITE EM PÓ, a empresa promoveu saídas de COMPOSTO LÁCTEO com o

aproveitamento da Redução de Base de Cálculo no percentual de 58,825%, estabelecida no inciso XXI, do artigo 87, do RICMS, PREVISTA PARA LEITE EM PÓ, resultando em recolhimento a menor do ICMS no valor total de R\$1.063.328,94, nos exercícios, meses e valores constantes das planilhas e demonstrativo de débito do auto de infração que se integram ao presente processo formando um todo único e indivisível, conforme abaixo:

EXERCÍCIO DE 2008 -R\$42.165,37 , referente aos meses de: Jan: R\$1.757,72; Fev: R\$3.027,25; Mar: R\$2.858,64; Abr: R\$2.694,54; Mai: R\$3.789,45; Jun: R\$3.239,86; Jul: R\$3.796,69; ago: R\$4.545,89; Set: R\$3.788,69; Out: R\$4.295,94; Nov: R\$3.972,57; Dez: R\$4.398,13.

EXERCÍCIO DE 2009 -R\$51.329,57, referente aos meses de: Jan: R\$3.911,13; Fev: R\$3.212,51; Mar: R\$3.634,87; Abr: R\$4.589,24; Mai: R\$4.448,55; Jun: R\$4.735,02; Jul: R\$4.758,98; Ago: R\$4.541,47; Set: R\$4.704,15; Out: R\$4.318,50; Nov: R\$3.347,59; Dez: R\$4.127,56.

EXERCÍCIO DE 2010 -R\$356.054,06, referente aos meses de: Jan: R\$16.115,73; Fev: R\$28.908,05; Mar: R\$41.072,47; Abr: R\$25.118,83; Mai: R\$35.014,40; Jun: R\$29.908,52; Jul: R\$24.384,25; Ago: R\$29.076,15; Set: R\$40.682,23; Out: R\$25.529,87; Nov: R\$29.933,18; Dez: R\$31.009,71.

EXERCÍCIO DE 2011 -R\$440.675,83 , referente aos meses de: Jan: R\$18.579,65; Fev: R\$20.407,48; Mar: R\$32.430,23; Abr: R\$32.618,88; Mai: R\$28.877,98; Jun: R\$35.490,75; Jul: R\$48.946,53; Ago: R\$46.357,70; Set: R\$37.822,76; Out: R\$39.610,22; Nov: R\$42.486,75; Dez: R\$57.046,90.

EXERCÍCIO DE 2012 – 116.360,39, referente aos meses de: Jan: R\$8.961,99; Fev: R\$10.584,82; Mar: R\$10.801,88; Abr: R\$8.737,10; Mai: R\$11.995,94; Jun: R\$11.305,56; Jul: R\$13.038,64; Ago: R\$8.125,10; Set: R\$10.453,29; Out: R\$6.422,41; Nov: R\$7.843,68; Dez: R\$8.089,96.

EXERCÍCIO DE 2013 –56.743,72, referente aos meses de: Jan: R\$7.517,82; Fev: R\$6.997,70; Mar: R\$7.625,98; Abr: R\$12.140,72; Mai: 10.082,55; Jun: R\$12.379,15.

Nesta data foi entregue ao contribuinte CD- ROM contendo todas as planilhas que integram o presente auto de infração.

OBS. OS VALORES CONSTANTES DO AUTO DE INFRAÇÃO E DESTE RELATÓRIO FORAM EXTRAÍDOS DA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE E REFEREM-SE AOS VALORES DAS SAÍDAS DE COMPOSTO LACTEO IDEAL, COMPOSTO LACTEO MOLICO E COMPOSTO LACTEO NINHO FASES, CLASSIFICADOS ERRONEAMENTE COMO LEITE EM PÓ, CONFORME DEMONSTRATIVO CONSOLIDADO DENOMINADO 'RECOLHIMENTO MENOR ICMS CLASSIFICAÇÃO COMPOSTO LACTEO COMO LEITE EM PÓ '.

O autuado interpõe impugnação tempestiva às fls. 24/35, através de advogados constituídos, conforme instrumentos de mandato, fls. 38/39. Ao resumir a acusação fiscal, refuta o procedimento realizado, em virtude do equívoco dos autuantes ao ignorarem o fato da existência de operações de saída destinadas a microempresas e empresas de pequeno porte, cuja tributação enseja a aplicação da alíquota de 7%.

Relata a adesão ao Programa de Recuperação Fiscal - REFIS 2013, instituído pela Lei nº 12.903, de 05 de setembro de 2013, conforme Termo de Confissão de Dívida e demonstrativo de débito apresentado, fls. 77/81, no valor histórico do ICMS de R\$636.755,05 (seiscentos e trinta e seis mil, setecentos e cinquenta e cinco reais e cinco centavos), antes de tratar da improcedência parcial da autuação.

Contesta parte do lançamento tributário das operações listadas no demonstrativo gravado em CD-ROM, fl. 82 e informa que o valor recolhido ao aderir ao Programa conferido pela Lei nº 12.903/13 corresponde ao imposto cobrado pela Fiscalização das operações não consignadas nesse demonstrativo. Assim, o sujeito passivo pleiteia a extinção parcial do Auto de Infração lavrado.

Suscita a extinção parcial do crédito tributário com base no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, reproduzido em sua peça, pela ocorrência da decadência, por entender que parte da cobrança transcorreu mais de 5 anos entre os fatos geradores ocorridos e a exigência do ICMS correlato por meio da lavratura do Auto de Infração, com a devida ciência em 20/11/2013.

Argumenta o impugnante a ocorrência da decadência em face do direito da Fazenda Estadual de exigir os valores de ICMS não quitados e que tiveram operação de saída de compostos lácteos com redução de base de cálculo ocorrida entre 01/01/2008 e 19/11/2008. Logo, tendo em vista da data de ciência do Auto de Infração, a Fiscalização somente poderia ter exigido valores do imposto tidos como não recolhidos a partir de 20/11/2008. Relata que em virtude da inércia do sujeito ativo, ocorreu a homologação tácita para o mencionado período.

Para corroborar o entendimento sobre a aplicação do art. 150, § 4º do CTN colaciona o impugnante ementa do REsp 973.733/SC, excertos do AgRg nos EREsp. 216.758/SP e do AgRg nos EREsp 1.199.262/MG. Registra que sua conduta não foi voltada à prática de dolo, fraude ou simulação, haja vista que o aproveitamento de créditos de ICMS obedeceu à legislação tributária, além do recolhimento de valores de ICMS aos cofres públicos nos meses de janeiro de 2008 a junho de 2013, de modo a não deixar dúvidas de que houve pagamento antecipado de parte do imposto devido, o que impõe a ocorrência da decadência, com base no art. 150, § 4º do CTN, em consonância com os julgados apresentados.

Reitera, com base na jurisprudência, para o impugnante, pacífica e uníssona do STJ, que o direito de a Fiscalização cobrar valores de ICMS relativos a fatos geradores ocorridos entre 01/01/2008 e 19/11/2008 foi extinto pela decadência, nos termos dos arts. 150, § 4º e 156, inciso V, do CTN.

Refuta a acusação fiscal no que diz respeito a operações de saída interna com redução de base de cálculo destinadas a Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e que, de forma indevida, constam do levantamento fiscal. Transcreve o art. 51, inciso I, alínea “c”, do RICMS/BA - vigente na época da ocorrência dos fatos geradores de janeiro de 2008 a março de 2012 - e artigo 16, inciso I, alínea “c”, da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, para comprovar o cumprimento da legislação vigente quando das efetivas saídas para os mencionados estabelecimentos, tendo em vista ser equiparado a industrial, conforme comprovantes às fls. 36/37, nos termos do 9º, inciso III, do Regulamento do Imposto sobre Produto Industrializado - RIPI - vigente, aprovado pelo Decreto nº 7.212, de 15 de junho de 2010, reproduzido na sua peça.

Demonstra na fl. 33 operações destinadas a Microempresas e Empresas de Pequeno Porte constantes do levantamento dos autuantes e junta CD-ROM, à fl. 82, no qual relaciona essas operações consideradas, de forma indevida, no levantamento fiscal. Suscita diligência aos autuantes caso o demonstrativo elaborado não seja inteligível.

Requer a improcedência de parte do procedimento fiscal, pelos argumentos acima aduzidos e indica endereço Lobo & de Rizzo Advogados: Avenida Brigadeiro Faria Lima, 3900, 3º andar, Itaim Bibi, CEP 04538-132, São Paulo, Capital, aos cuidados do Senhor Eduardo Martinelli Carvalho, para recebimento das intimações relativas a este processo administrativo.

Os autuantes, fls. 88/115, ao prestarem a informação fiscal, realizam síntese do fato imputado e trazem seus argumentos quanto às alegações do impugnante a seguir discriminados.

Registram inicialmente o pagamento parcial do auto de infração, no valor principal de R\$ 636.755,05 e acréscimos legais, totalizando R\$663.128,38, conforme documento acostado à fl. 84, referente às operações que não estão listadas no demonstrativo do CD-ROM da fl. 82.

Afastam o argumento defensivo quanto à decadência, já que os valores lançados foram apurados por meio de lançamento de ofício, modalidade de lançamento passível de ser aplicada a qualquer tributo. Explicam que o lançamento de ofício é resultante da ação exclusiva da autoridade fiscal, sem qualquer colaboração do sujeito passivo tributário, inclusive, colacionam conceito doutrinário sobre o tema. Afirmam a inexistência de recolhimento antecipado total ou parcial do imposto, diante da apuração direta promovida pelos prepostos fiscais. Dessa forma, consideram correta a aplicação do art. 173, inciso I, do CTN ao presente caso.

Entendem que a regra da decadência prevista no art. 150, § 4º, do CTN, é aplicada quando o contribuinte apura o imposto não o recolhe ou o recolhe parcialmente, sendo pacífico o

entendimento tanto a doutrina como a jurisprudência. Afirmam não ser o caso em tela, pois houve lançamento de ofício, além do lançamento já homologado, pela apuração e recolhimento realizado pelo sujeito passivo.

Explicam que o lançamento de ofício realizado possui suporte na escrituração fiscal do contribuinte apresentada com erros, ao aplicar alíquota de 7% nas operações de saída, quando deveria ser a aplicada a alíquota de 17%, de modo permitir a incidência do art. 173, inciso I, do CTN. Transcreve decisões do Poder Judiciário e de Órgão Administrativo para justificar seus argumentos e afirmam a improcedência da alegação do sujeito passivo sobre a ocorrência da decadência do lançamento tributário, relacionado aos meses de jan/08 a nov/08, já que o prazo, segundo os autuantes, começou a fluir a partir de 1º de janeiro de 2009.

Esclarecem que o termo *a quo* do procedimento fiscal é datado de 01/10/2013, fl. 09, com a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, encerrando os trabalhos de fiscalização em 21/11/2013, com a ciência do preposto Rivaldo Alves de Farias, procurador do sujeito passivo, conforme Instrumento de Procuração. Fl. 13.

Transcrevem o art. 122 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, trechos de decisões do Poder Judiciário, o art. 156, inciso I, do CTN e art. 267 do Código do Processo Civil, para afirmarem a extinção do PAF, em virtude da adesão do impugnante ao Programa de Recuperação Fiscal - REFIS 2013, instituído pela Lei nº 12.903, de 05 de setembro de 2013, conforme Termo de Confissão de Dívida, demonstrativo de débito apresentado e pagamento dos valores reclamados, fls. 77/81. Salientam que a conduta do sujeito passivo impede a apreciação da prejudicial de mérito aventada por falta de interesse processual, com base, inclusive, na disposição do art. 4º da Lei nº 12.903/13.

Ressaltam que a interposição da impugnação em 20/12/2013, ignorando o Termo de Confissão de Dívida assinado pelo contribuinte em 29/11/2013, fere os princípios da boa-fé e lealdade processual.

Quanto à insurgência relacionada com erro na apuração do ICMS lançado, em virtude da redução da alíquota na saída dos produtos destinados a Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, os autuantes reconhecem a procedência da alegação defensiva, ao admitirem o argumento de que, nos termos da legislação do IPI, o estabelecimento autuado, por ser filial atacadista de estabelecimento industrial, equipara-se a industrial. Reproduzem a legislação estadual e federal vigentes.

Em decorrência do reconhecimento, informam a exclusão da importância de R\$428.573,87 do auto de infração, conforme valores a seguir discriminados:

"EXERCÍCIO DE 2010 - R\$188.200,78, referente aos meses de: Jan: R\$4.870,31; Fev: R\$17.117,28; Mar: R\$26.328,11; Abr: R\$13.645,56; Mai: R\$19.953,91; Jun: R\$13.819,06; Jul: R\$11.368,57; Ago: R\$13.517,79; Set: R\$22.951,81; Out: R\$13.349,83; Nov: R\$14.354,58; Dez: R\$15.323,98.

EXERCÍCIO DE 2011 - R\$ 240.373,09, referente meses de: Jan: R\$6.729,56; Fev: R\$8.577,24; Mar: R\$17.264,02; Abr: R\$17.425,80; Mai: R\$12.244,88; Jun: R\$19.646,65; Jul: R\$28.098,49; Ago: R\$26.775,95; Set: R\$21.319,45; Out: R\$23.810,25; Nov: R\$23.978,86; Dez: R\$34.501,93".

Concluem pela redução do Auto de Infração em tela em R\$428.573,87, referentes às vendas para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Mencionam que ao somarem os valores de R\$636.755,05, recolhidos e de R\$428.573,05, excluídos, resultam na importância de R\$1.065.328,92, de modo a superar em R\$1.999,98 o valor original do auto de infração de R\$1.063.328,94.

Às fls. 116/118, os autuantes juntam o "NOVO DEMONSTRATIVO DE DÉBITO APÓS AS EXCLUSÕES DECORRENTES DA DEFESA".

Intimado a produzir manifestação, o impugnante reitera seu pedido de desistência da discussão administrativa e que seja reconhecida a extinção parcial do auto de infração. Informa o

reconhecimento pelos autuantes das razões defensivas relacionadas com o erro na apuração do ICMS lançado, em virtude da redução da alíquota na saída dos produtos destinados a Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e requer a extinção integral do crédito tributário nos termos da sua defesa somados ao pagamento realizado no âmbito da anistia estadual. Fls. 124/125.

Os autuantes juntam CD-ROM, fl. 129, contendo demonstrativo de débito após a defesa, conforme Recibo de Arquivos Eletrônicos na fl. 130.

Após nova intimação, o impugnante, na fl. 136, reitera os termos da sua Defesa e Manifestação para que reconheça a extinção integral do crédito tributário lançado no auto de infração em questão.

Às fls. 138/141, constam relatórios com detalhes de pagamento de ICMS referentes à adesão ao Programa de Recuperação Fiscal - REFIS 2013.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal - PAF está revestido das formalidades legais no que preceitua o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999, tendo sido apurados o imposto, a multa e a respectiva base de cálculo, conforme demonstrativos e documentos juntados aos autos. Há, inclusive, clareza quanto à indicação do nome, endereço, qualificação fiscal do sujeito passivo e da conduta típica do ilícito administrativo, bem como o nítido exercício, pelo impugnante, do direito de defesa e do contraditório.

Em que pese os argumentos defensivos aduzidos respaldados em lições da doutrina e apresentação de julgados do Poder Judiciário e decisão de Órgão Administrativo, quanto aos valores cobrados relativos ao período de 01/01/2008 a 19/11/2008, incorre em equívoco o sujeito passivo ao pugnar pela declaração de decadência, vez que o Código Tributário do Estado da Bahia - Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981 - fixa período decadencial distinto daquele previsto no Código Tributário Nacional - CTN, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. De fato, ainda que este último diploma normativo fixe o marco temporal de cinco anos, após a ocorrência do fato gerador, essa regra somente se aplica na hipótese de vácuo legal, conforme seu § 4º do art. 150.

Art. 150. ...

[...]

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (grifo acrescido)

Ocorre que o legislador baiano tratou de prever prazo distinto, de acordo com a norma acima mencionada, para efetivação do lançamento, estabelecido pelo § 1º do art. 28 do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, *in verbis*:

Art. 28. Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa.

§ 1º Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte à efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.

Assim, a norma especial, contida no código baiano, afasta a incidência da norma genérica prevista no CTN. O que nos leva a concluir que no dia 19/11/2013 (data da lavratura do presente auto de infração) não havia ainda ocorrido a decadência do direito de lançar o crédito relativo às operações tributárias inerentes ao período de 01/01/2008 a 19/11/2008.

Verifico, ainda, as disposições do COTEB, no art. 107-A, que transcreve o art. 173 do CTN, vigente no ordenamento jurídico tributário e no art. 107- B, §5º, a respeito das regras atinentes à constituição do crédito tributário aplicáveis ao caso em tela.

Código Tributário Nacional - CTN

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; (grifo acrescentado).

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB

Art. 107-A. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado:

Nota 1: O art. 107-A foi acrescentado pela Lei nº 8.534, de 13/12/02, DOE de 14 e 15/12/02, efeitos a partir de 14/12/02.

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; (grifo acrescentado)

[...]

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Art. 107-B. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

Nota 1: O art. 107-B foi acrescentado pela Lei nº 8.534, de 13/12/02, DOE de 14 e 15/12/02, efeitos a partir de 14/12/02.

[...]

§ 5º Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

No sentido do art. 107-A do COTEB, o Regulamento do ICMS - RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997, versa no seu art. 965.

Art. 965. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado; (grifo acrescentado)

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Neste diapasão, há decisões reiteradas no âmbito do Conselho Estadual de Fazenda - CONSEF. A exemplo, tem-se excerto do voto do ilustre Relator Tolstói Seara Nolasco, no Acórdão nº 0205-

05/13, da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, que reproduz entendimento a respeito do prazo decadencial, proferido pelo Conselheiro Classista Nelson Antônio Daiha Filho.

"Convém também pontuar, quanto a esta matéria, que o entendimento acima explanado é o adotado pelo CONSEF em reiteradas decisões, com amparo em Pareceres da Procuradoria Estadual (PGE), a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05 e 0004-11/06, inclusive, em decisões mais recentes. Nesse sentido o Acórdão CJF nº 0009-12/08, cujo voto do eminente relator, representante das classes empresariais, Nelson Antônio Daiha Filho, é reproduzido parcialmente abaixo, a título ilustrativo:"

'Inicialmente, passarei a enfrentar o Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, em especial quanto à preliminar de decadência reiterada pelo sujeito passivo em segunda instância.

Rejeito a referida preliminar.

Este CONSEF tem firmado cristalinamente o entendimento de que o caso em apreço se refere a lançamento de ofício, devendo, por tal razão, ser cumprido o quanto disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, e estabelece o prazo de decadência de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ademais, como ressaltado no primeiro Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, o STJ, através do Resp 63.529-2/PR, dentre outros julgados, vem decidindo nessa diretiva, sem prejuízo do fato de que o COTEB prevê em seu art. 28, de forma expressa, um prazo diferenciado, razão pela qual deve ser rechaçada a preliminar suscitada pelo autuado.'

Logo, ao caso concreto, não opera o instituto da decadência arguido pelo impugnante, notadamente, pela vigência da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981 - Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB na ordem tributária, com fulcro no art. 173, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional - CTN, de modo a afastar a aplicação do termo *a quo* estipulado no art. 150, §4º desse código.

Ademais, o Programa REFIS, instituído pela Lei nº 12.903, de 05 de setembro de 2013, estabelece reconhecimento expresso da procedência da autuação, conforme art. 4º.

Art. 4º - Para formalização de pedido de quitação ou parcelamento, o sujeito passivo deverá reconhecer, expressamente, a procedência da autuação que tenha dado origem ao procedimento, ficando condicionada à:

I - desistência de eventuais ações ou embargos à execução fiscal, com renúncia, nos autos judiciais, ao direito sobre o qual se fundam e ao pagamento das despesas judiciais respectivas;

II - desistência expressa de eventuais impugnações, defesas e recursos apresentados no âmbito administrativo.

Cabe o registro de que o crédito tributário, relativo aos lançamentos do período de 01/01/2008 a 19/11/2008, consta do Termo de Confissão de Dívida de 29/11/2013, fl. 19, discriminado no demonstrativo acostado à fl. 20, peças inerentes da adesão ao mencionado Programa. Logo, ao suscitar a ocorrência do Instituto da Decadência, em 18/12/2013, o impugnante faz surgir contradição ao comportamento adotado.

Ex positis, rejeito a prejudicial de mérito suscitada.

No mérito, a não incidência, prevista no inciso XXI, do artigo 87, do RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 e no art. 268, inciso XXV, do Decreto nº 13.780/12, alcançava exclusivamente operações internas com leite em pó até 31/07/2013. Logo, a acusação fiscal é pertinente.

Neste sentido, os lançamentos do período de 31/01/2008 a 31/12/2009 e 31/01/2012 a 30/06/2013 foram reconhecidos e pagos, de forma integral, pelo impugnante, tendo em vista o demonstrativo nas fls. 20/21, cujos valores estão incluídos no DAE, fl. 80, e comprovante na fl. 81.

Todavia, em virtude do art. 16, inciso I, alínea "c" e § 1º, inciso I, da Lei nº 7.014/96, acolho os argumentos defensivos a respeito da alteração dos valores relativos aos lançamentos do período de 31/01/2010 a 31/12/2011, com base no demonstrativo elaborado pelos autuantes, às fls. 116/118, após reconhecerem o fato modificativo interposto, qual seja a realização, pelo impugnante - equiparado a industrial - de saída de mercadoria destinada a Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Saliento que o impugnante não se insurgiu contra os dados constantes desse novo demonstrativo.

Destarte, a infração subsiste em parte, cujo valor histórico resta alterado de R\$1.063.328,94 para R\$634.755,07, no sentido dos cálculos refeitos pelos autuantes.

No que diz respeito ao valor excedente pago pelo sujeito passivo, demonstrado pelos autuantes, informo que este Órgão Julgador não possui competência para avaliar a questão, em consonância com art. 79 do Regulamento do RPAF/99.

Portanto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do auto de infração em epígrafe, devendo ser homologado o recolhimento realizado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206888.0048/13-1**, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$634.755,07**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o recolhimento realizado.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de setembro de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO– RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR