

A. I. N° - 206888.0045/13-2
AUTUADO - NESTLÉ BRASIL LTDA.
AUTUANTES - JOSÉ OLIVEIRA DE ARAÚJO e CARLOS ROBERTO DE CARVALHO
ORIGEM - IFEP - DAT/NORTE
INTERNET - 10/03/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0044-03/15

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 fatos modificativos. 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. Pagamentos realizados. Alteração do 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, na adesão ao REFIS 2013 indicado pelos autuantes, pelo sujeito passivo, após a ação fiscal. Pedido indeferido. Art. 90 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\$966.269,27, 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 31/03/2013. 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, juntada 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 quilograma 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\$966.269,28, 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\$224.368,00, referente aos meses de: Jan: R\$6.610,18; Fev: R\$16.886,55; Mar: R\$23.121,95; Abr: R\$11.167,40; Mai: R\$23.433,77; Jun: R\$26.375,49; Jul: R\$14.115,45; Ago: R\$24.541,89; Set: R\$18.490,83; Out: R\$11.016,81; Nov: R\$23.706,84; Dez: R\$25.000,84.

EXERCÍCIO DE 2009 -R\$175.637,10, referente aos meses de: Jan: R\$11.651,99; Fev: R\$13.884,78; Mar: R\$9.434,08; Abr: R\$13.713,81; Mai: R\$14.293,59; Jun: R\$13.697,96; Jul: R\$24.280,15; Ago: R\$9.857,58; Set: R\$21.597,14; Out: R\$15.955,04; Nov: R\$15.075,10; Dez: R\$12.195,88.

EXERCÍCIO DE 2010 -R\$215.934,02, referente aos meses de: Jan: R\$12.245,14; Fev: R\$14.274,43; Mar: R\$21.601,29; Abr: R\$11.614,76; Mai: R\$22.762,10; Jun: R\$14.762,35; Jul: R\$21.517,42; Ago: R\$18.646,92; Set: R\$21.380,46; Out: R\$14.469,93; Nov: R\$19.853,62; Dez: R\$20.805,60.

EXERCÍCIO DE 2011 -R\$231.641,93, referente aos meses de: Jan: R\$10.059,27; Fev: R\$10.360,64; Mar: R\$26.196,95; Abr: R\$18.163,94; Mai: R\$11.994,20; Jun: R\$25.681,11; Jul: R\$41.700,34; Ago: R\$21.601,58; Set: R\$15.522,36; Out: R\$22.858,40; Nov: R\$900,86; Dez: R\$26.602,28.

EXERCÍCIO DE 2012 – R\$96.532,90, referente aos meses de: Jan: R\$7.525,72; Fev: R\$9.152,07; Mar: R\$8.665,02; Abr: R\$7.306,67; Mai: R\$12.621,98; Jun: R\$6.091,27; Jul: R\$11.251,38; Ago: R\$5.879,45; Set: R\$8.446,10; Out: R\$3.928,86; Nov: R\$6.459,18; Dez: R\$6.205,20.

EXERCÍCIO DE 2013 –R\$56.743,72, referente aos meses de: Jan: R\$7.206,67; Fev: R\$5.165,67; Mar: R\$9.682,98.

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'.

Nesta data foi entregue ao contribuinte CD contendo todas as planilhas que integram o presente Auto de Infração.

O autuado interpõe impugnação tempestiva às fls. 24/38, através de advogados constituídos, conforme instrumento de mandato, fl. 41. 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. 80/84, no valor histórico do ICMS de R\$527.616,97 (quinhentos e vinte e sete mil seiscentos e dezesseis reais e noventa e sete centavos), antes de tratar da improcedência parcial da autuação.

Contesta parte do lançamento tributário das operações listadas no demonstrativo da autuação, nas quais ocorreram erros de cálculo pela desconsideração de pagamentos 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 março 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. 39/40, nos termos do art. 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 nas fls. 33/34 operações destinadas a Microempresas e Empresas de Pequeno Porte constantes do levantamento dos autuantes e junta planilha, na qual relaciona essas operações consideradas, de forma indevida, no levantamento fiscal.

Suscita diligência aos autuantes para confirmação sobre a desconsideração de pagamentos quando do levantamento fiscal, demonstrada à fl. 36.

Requer a improcedência de parte 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, nas fls. 91/120, 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\$527.616,97 e acréscimos legais, totalizando R\$551.199,79, conforme documento acostado à fl. 84.

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 aplicada a alíquota de 17%, de modo a permitir a incidência do art. 173, inciso I, do CTN. Transcrevem 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, em face da sua Cláusula Terceira.

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\$418.250,28 do Auto de Infração, conforme valores a seguir discriminados:

"EXERCÍCIO DE 2008 - R\$101.316,75, referente aos meses de: Jan: R\$1.507,70; Fev: R\$8.644,59; Mar: R\$8.751,03; Abr: R\$7.254,39; Mai: R\$9.262,49; Jun: R\$11.361,23; Jul: R\$7.848,45; Ago: R\$10.984,27; Set: R\$8.636,32; Out: R\$6.851,71; Nov: R\$9.055,39; Dez: R\$11.154,18.

EXERCÍCIO DE 2009 - R\$93.268,10, referente aos meses de: Jan: R\$6.162,79; Fev: R\$4.770,13; Mar: R\$6.288,80; Abr: R\$7.302,49; Mai: R\$8.066,65; Jun: R\$5.744,57; Jul: R\$12.824,43; Ago: R\$6.897,45; Set: R\$10.820,54; Out: R\$9.053,21; Nov: R\$9.406,40; Dez: R\$5.930,65.

EXERCÍCIO DE 2010 - R\$98.318,54, referente aos meses de: Jan: R\$5.738,58; Fev: R\$7.674,44; Mar: R\$12.831,98; Abr: R\$5.973,10; Mai: R\$9.788,92; Jun: R\$6.188,91; Jul: R\$8.248,46; Ago: R\$8.295,69; Set: R\$7.459,37; Out: R\$9.618,09; Nov: R\$8.645,29; Dez: R\$7.855,70.

EXERCÍCIO DE 2011 - R\$ 125.346,39, referente aos meses de: Jan: R\$5.753,58; Fev: R\$4.980,31; Mar: R\$12.128,77; Abr: R\$9.726,72; Mai: R\$7.848,91; Jun: R\$11.498,88; Jul: R\$24.340,72; Ago: R\$11.290,57; Set: R\$9.512,96; Out: R\$11.658,82; Dez: R\$16.606,64".

No que diz respeito a não consideração de valores pagos no procedimento fiscal, os autuantes acolhem as razões defensivas, exclusivamente, relativas ao exercício de 2010, no total de R\$11.752,98, na seguinte forma:

Jan: R\$782,79; Fev: R\$652,38; Mar: R\$731,40; Abr: R\$783,86; Mai: R\$715,25; Jun: R\$1.026,28; Jul: R\$1.263,49; Ago: R\$1.135,87; Set: R\$1.484,73; Out: R\$1.073,15; Nov: R\$864,67; Dez: R\$1.239,10.

Concluem pela redução do Auto de Infração em tela em R\$430.003,26, referente às vendas para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e pagamentos realizados pelo autuado. Pedem a procedência parcial do feito no valor total de R\$536.266,03.

Às fls. 121/122, 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, além de considerar os valores pagos no período fiscalizado e requer a elaboração de novo demonstrativo a indicar valores remanescentes da autuação, através de diligência fiscal. Fls. 129/132.

Os autuantes juntam CD- ROM, fl. 135, contendo demonstrativo de débito após a defesa, conforme Recibo de Arquivos Eletrônicos na fl. 136.

Após nova intimação, o impugnante, nas fls. 143/147, 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. 149/152, constam relatórios com detalhes de pagamento de ICMS, referentes à adesão ao Programa de Recuperação Fiscal - REFIS 2013.

Em 22/10/2014, a 4ª JJF deste Conselho de Fazenda deliberou diligência para que os autuantes elaborassem demonstrativo contendo os valores remanescentes por data de ocorrência lançada, considerando as exclusões suscitadas na defesa e acolhidas, além dos pagamentos decorrentes da adesão ao REFIS - 2013, com intuito de indicar a liquidez do crédito tributário, fl.154.

Ao cumprirem a diligência formulada, os autuantes informam o valor total pago de R\$527.616,97 decorrente do REFIS 2013, na forma discriminada do "NOVO DEMONSTRATIVO DE DÉBITO APÓS EXCLUSÕES DECORRENTES DA DEFESA E DILIGÊNCIA", fls. 161/162, além do valor final, no total de R\$536.266,03, decorrente das exclusões acolhidas no curso deste PAF e, remanescente por data de ocorrência.

Afirmam a existência de saldo a favor do sujeito passivo e, a favor da Fazenda Pública Estadual totalizando R\$8.649,06. Após compensação dos saldos, sugerem a manutenção desse valor, ainda que tal procedimento não comporte na legislação do ICMS, por não ser razoável a cobrança de R\$8.810,59 e ao mesmo tempo a restituição de R\$161,53 ao impugnante, fls. 159/160.

Ato contínuo, o impugnante, ao produzir nova manifestação, fls. 169/170, afirma persistirem os equívocos no lançamento tributário, que levam a manutenção de exigência remanescente indevida e pleiteia a extinção integral do crédito tributário lançado.

À fl. 184, um dos autuantes informa que o sujeito passivo não acrescentou fatos novos e mantém a autuação nos termos do relatório da diligência fiscal.

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 acrescentado)

Ocorre que o legislador baiano tratou de prever prazo distinto, de acordo com a norma acima mencionada. 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, são 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 acrescido)

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.

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 ocorrida a decadência do direito de lançar o crédito relativo às operações tributárias inerentes ao período de 01/01/2008 a 19/11/2008.

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, inciso I, 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, fls.19, discriminado no demonstrativo acostado às fls. 20/21, 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. Assim, deve prevalecer a confissão promovida pelo próprio sujeito passivo ao aderir, de forma voluntária, aos termos do REFIS 2013.

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 31/03/2013 foram reconhecidos e pagos pelo impugnante, tendo em vista o seu demonstrativo nas fls. 20/21, parte integrante do Termo de Confissão de Dívida, cujos valores estão incluídos no DAE, fl. 83, e comprovante na fl. 84.

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 31/01/2008 a 31/10/2011 e 31/12/2011, com base no demonstrativo elaborado pelos autuantes, às fls. 121/122, após reconhecerem os fatos modificativos interpostos, quais sejam a realização, pelo impugnante - equiparado a industrial - de saída de mercadoria destinada a Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, bem como a respeito do cômputo, no levantamento fiscal, dos pagamentos realizados anteriores à ação fiscal do tributo no período de 31/01/2010 a 31/12/2010.

Saliento que o impugnante não se insurgiu, de forma específica, contra os dados constantes do demonstrativo juntado pelos autuantes após a diligência, fls. 161/162, conforme abaixo. Apenas, mencionou a manutenção de equívocos no procedimento administrativo, sem indicar elementos específicos para afastar a acusação fiscal.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - FLS. 161/162					
Ocorrência	Vencimento	Base Calculo	Aliq.	Débito Histórico	Valor Final Julgado
31/01/2008	09/02/2008	38.883,41	17,00	6.610,18	5.100,48
28/02/2008	09/03/2008	99.332,64	17,00	16.886,55	8.241,96
31/03/2008	09/04/2008	136.011,47	17,00	23.121,95	14.370,92
30/04/2008	09/05/2008	65.690,58	17,00	11.167,40	3.910,01
31/05/2008	09/06/2008	137.845,70	17,00	23.433,77	14.171,28
30/06/2008	09/07/2008	155.149,94	17,00	26.375,49	15.014,26
31/07/2008	09/08/2008	83.032,05	17,00	14.115,45	6.267,00
31/08/2008	09/09/2008	144.364,05	17,00	24.541,89	13.557,62
30/09/2008	09/10/2008	108.769,58	17,00	18.490,83	9.854,51
31/10/2008	09/11/2008	64.804,76	17,00	11.016,81	4.165,10
30/11/2008	09/12/2008	139.452,00	17,00	23.706,84	14.651,45
31/12/2008	09/01/2009	147.063,76	17,00	25.000,84	13.846,66
31/01/2009	09/02/2009	68.541,11	17,00	11.651,99	5.489,20
28/02/2009	09/03/2009	81.675,17	17,00	13.884,78	9.114,65
31/03/2009	09/04/2009	55.494,58	17,00	9.434,08	3.145,28
30/04/2009	09/05/2009	80.669,47	17,00	13.713,81	6.411,32
31/05/2009	09/06/2009	84.079,94	17,00	14.293,59	6.226,94
30/06/2009	09/07/2009	80.576,23	17,00	13.697,96	7.953,39
31/07/2009	09/08/2009	142.824,41	17,00	24.280,15	11.455,72
31/08/2009	09/09/2009	57.985,76	17,00	9.857,58	2.960,13
30/09/2009	09/10/2009	127.042,00	17,00	21.597,14	10.776,60
31/10/2009	09/11/2009	93.853,17	17,00	15.955,04	6.901,83
30/11/2009	09/12/2009	88.677,05	17,00	15.075,10	5.668,70
31/12/2009	09/01/2010	71.740,47	17,00	12.195,88	6.265,23
31/01/2010	09/02/2010	72.030,23	17,00	12.245,14	5.723,77
28/02/2010	09/03/2010	83.967,23	17,00	14.274,43	5.947,61
31/03/2010	09/04/2010	127.066,41	17,00	21.601,29	8.037,91
30/04/2010	09/05/2010	68.322,11	17,00	11.614,76	4.857,80
31/05/2010	09/06/2010	133.894,70	17,00	22.762,10	12.257,93
30/06/2010	09/07/2010	86.837,35	17,00	14.762,35	7.547,16
31/07/2010	09/08/2010	126.573,05	17,00	21.517,42	12.005,47
31/08/2010	09/09/2010	109.687,76	17,00	18.646,92	9.215,36
30/09/2010	09/10/2010	125.767,41	17,00	21.380,46	12.436,36
31/10/2010	09/11/2010	96.881,94	17,00	16.469,93	5.778,69
30/11/2010	09/12/2010	116.786,00	17,00	19.853,62	10.343,66
31/12/2010	09/01/2011	122.385,88	17,00	20.805,60	11.710,80
31/01/2011	09/02/2011	59.172,17	17,00	10.059,27	4.305,69
28/02/2011	09/03/2011	60.944,94	17,00	10.360,64	5.380,33
31/03/2011	09/04/2011	154.099,70	17,00	26.196,95	14.068,18
30/04/2011	09/05/2011	106.846,70	17,00	18.163,94	8.437,22

31/05/2011	09/06/2011	70.554,11	17,00	11.994,20	4.145,29
30/06/2011	09/07/2011	151.065,35	17,00	25.681,11	14.182,23
31/07/2011	09/08/2011	245.296,11	17,00	41.700,34	17.359,62
31/08/2011	09/09/2011	127.068,11	17,00	21.601,58	10.311,01
30/09/2011	09/10/2011	91.308,00	17,00	15.522,36	6.009,40
31/10/2011	09/11/2011	134.461,17	17,00	22.858,40	11.199,58
30/11/2011	09/12/2011	5.299,17	17,00	900,86	900,86
31/12/2011	09/01/2012	156.484,00	17,00	26.602,28	9.995,64
31/01/2012	09/02/2012	44.268,94	17,00	7.525,72	7.525,72
28/02/2012	09/03/2012	53.835,70	17,00	9.152,07	9.152,07
31/03/2012	09/04/2012	50.970,70	17,00	8.665,02	8.665,02
30/04/2012	09/05/2012	42.980,41	17,00	7.306,67	7.306,67
31/05/2012	09/06/2012	74.246,94	17,00	12.621,98	12.621,98
30/06/2012	09/07/2012	53.478,05	17,00	9.091,27	9.091,27
31/07/2012	09/08/2012	66.184,58	17,00	11.251,38	11.251,38
31/08/2012	09/09/2012	34.585,00	17,00	5.879,45	5.879,45
30/09/2012	09/10/2012	49.682,94	17,00	8.446,10	8.446,10
31/10/2012	09/11/2012	23.110,94	17,00	3.928,86	3.928,86
30/11/2012	09/12/2012	37.995,17	17,00	6.459,18	6.459,18
31/12/2012	09/01/2013	36.501,17	17,00	6.205,20	6.205,20
31/01/2013	09/02/2013	42.392,17	17,00	7.206,67	7.206,67
28/02/2013	09/03/2013	30.386,29	17,00	5.165,67	5.165,67
31/03/2013	09/04/2013	56.958,70	17,00	9.682,98	9.682,98
TOTAL		5.683.936,60		966.269,27	536.266,03

Destarte, a infração subsiste em parte, cujo valor histórico resta alterado de R\$966.269,27 para R\$536.266,03, de acordo com os cálculos refeitos pelos autuantes, nas fls. 161/162, consignados na coluna denominada de "valor_final" do demonstrativo.

No que diz respeito ao valor excedente pago pelo sujeito passivo, indicado pelos autuantes, esclareço que não cabe a este Órgão Julgador considerar a sugestão dos autuantes, tendo em vista que o pagamento realizado, através do REFIS 2013, realizado após a ação fiscal, deve ser homologado pelo órgão competente, conforme art. 90 do RPAF/99.

Portanto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em epígrafe, devendo ser homologado o recolhimento efetivamente realizado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206888.0045/13-2**, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$536.266,03**, 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 efetivamente 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, 03 de março de 2015.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA