

PROCESSO - A. I. Nº 206888.0045/13-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e NESTLÉ BRASIL LTDA.
RECORRIDOS - NESTLÉ BRASIL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0044-03/15
ORIGEM - IFEP - DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 14/04/2016

RETIFICAÇÃO DE ACÓRDÃO

Retificação do Acórdão nº 0041-11/19, de 22 de março de 2016, com base no art. 164, § 3º, do RPAF/99, para correção da Resolução tendo em vista a existência de erro material no tocante a liquidez do valor do débito julgado. Retificação realizada com fulcro no § 3º do Art. 164 do RPAF-BA/99 e em atendimento a solicitação constante do SIPRO nº 083931/2016-0.

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0041-11/16A

EMENTA: ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO DO VALOR. COMPOSTO LÁCTEO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. As reduções feitas pela primeira instância decorreram da verificação de operações de saída para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, aplicação do art. 16, I, "c" e § 1º, I, da Lei nº 7.014/96, bem como de pagamentos realizados antes da autuação. Alteração do valor do imposto devido. Diligência dos fiscais autuantes demonstrou a existência de equívocos no lançamento originário. Após a retificação, considerando os pagamentos já realizados pelo sujeito passivo, não remanesceram valores a ser exigidos. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0044-03/15, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, "a", do RPAF/99 e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, com base no art. 169, I, "b", do mesmo regulamento.

O Auto de Infração lavrado em 19/11/2013, acusa o sujeito passivo do recolhimento a menor do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Período de 31/01/2008 a 31/03/2013. Valor: R\$966.269,27. Multa: 60%.

Consta na descrição dos fatos que: *"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 nº 28/2007, editada pelo MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PESCA E ABASTECIMENTO, consta a expressão 'COMPOSTO LÁCTEO NÃO É LEITE EM PÓ'".*

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 3ª JJF proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 189/197):

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. 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 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.

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 acrescido)

[...]

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 Tolstoi 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.

De ofício, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu da Decisão prolatada, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a" do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância interpõe o Autuado Recurso Voluntário, às fls. 212/221, com o propósito de modificar o acórdão guerreado.

Destaca que a Fiscalização reconheceu que houve erro no cálculo do crédito tributário, uma vez que lançou a integralidade dos valores de ICMS tidos como devidos nessas operações (aplicação da alíquota efetiva de 10%), sem considerar os valores que foram destacados e escriturados pelo recorrente nas operações com os aludidos compostos lácteos (aplicação de alíquota efetiva de 7% de ICMS).

Entende que para anular os efeitos desse equívoco e, assim, evitar a cobrança de valores indevidos, os autuantes deveriam ter excluído da autuação os valores que foram destacados e escriturados pelo recorrente nas aludidas operações (alíquota efetiva de 7%), de modo que restariam apenas as diferenças tidas como devidas nessas operações (que consistiriam no ICMS calculado à alíquota de 3%).

Sustenta que ao elaborar o novo demonstrativo no que se refere ao exercício de 2010, a Fiscalização acabou por excluir do lançamento a diferença entre (i) os valores que foram destacados e escriturados pelo recorrente nas operações (alíquota efetiva de 7%); e (ii) os valores que efetivamente seriam devidos na autuação, (calculado à alíquota de 10%).

Apresenta o seguinte quadro para demonstrar como a Fiscalização recalculou o ICMS tido como devido:

Nota Fiscal	BC Lançada	BC Apurada	RED BC	Alíquota utilizada	ICMS lançado (A)	Alíquota correta	ICMS Apurado (B)	ICMS remanescente (C) = (B) - (A)	vl. reclamado (D) = (B) - (C)	Valor excluído pela Fiscalização
127898	67,55	164,03	41,18%	17,00	11,48	10%	16,40	4,92	11,48	6,56

Valor que deveria ter ser excluído da Autuação (alíquota de 7%)

Valor recolhido pela Requerente (alíquota 7%)

Valor cobrado originalmente na Autuação (Alíquota 10%)

Valor recolhido na Anistia (alíquota efetiva de 3%)

Alíquota de 4%

Explica que a Fiscalização deveria ter excluído da autuação os valores de ICMS que foram escriturados e destacados pelo recorrente na época da realização das operações (cálculo à alíquota de 7% - coluna D do quadro acima), que correspondem justamente à diferença entre (i) o valor lançado no Auto de Infração (aplicação da alíquota efetiva de 10% - coluna B do quadro acima); e (ii) o valor da diferença de ICMS que deveria ter sido cobrado na Autuação (aplicação da alíquota efetiva de 3% - coluna C do quadro acima).

Repisa que a Fiscalização excluiu os valores de ICMS correspondentes à aplicação da alíquota de 4%, de modo a exigir os 3% remanescentes (isto é, valores calculados mediante a aplicação da alíquota efetiva de 7% – valores calculados à aplicação da alíquota de 4%).

Aduz que refez os cálculos da autuação, levando em consideração o montante que deveria ter sido excluído da autuação, ou seja, o montante que foi efetivamente recolhido pelo recorrente.

Sustenta que os lançamentos feitos pelo recorrente (mediante aplicação da alíquota efetiva de 7%), somado aos pagamentos efetuados sob a égide da anistia concedida pelo Estado da Bahia, levam ao recolhimento integral do ICMS tido como devido nas operações que compõem o crédito tributário, o que afastaria, portanto, a manutenção de qualquer exigência remanescente.

A PGE/PROFIS em Parecer da lavra da Dr. Maria Helena Mendonça Cruz às fls. 259/261 opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, por considerar que o recorrente não traz prova nem argumentos jurídicos capazes de promover a modificação do julgado de primeira instância.

Pontua que a insurgência do recorrente quanto a existência de erros no demonstrativo elaborado pelos autuantes após a diligência fiscal já foram apresentados na manifestação de fls. 172/181 e não foram acatados pela primeira instância.

Em assentada de julgamento, esta Câmara de Julgamento Fiscal deliberou pela conversão do processo em diligência aos Autuantes, para que refizesse o demonstrativo de débito, de modo que fosse excluído do valor devido aquele efetivamente destacado e escriturado pelo contribuinte, utilizando a seguinte fórmula: *"Valor da operação - 41,18% = Base reduzida x 17% - valor lançado pelo Recorrente (7% sobre o valor da base de cálculo) = diferença devida"*.

Após a adoção deste procedimento, que fosse abatido dos valores apurados acima aqueles efetivamente recolhidos quando da anistia, indicando se há diferenças a recolher.

Em cumprimento a diligência, fls. 269/270, os autuantes observaram a existência de equívoco na coluna "S" "ICMS_APURADO", que foi lançado no Auto de Infração como valor reclamado sem considerar o crédito do valor recolhido na escrituração fiscal.

Esclarece que *"quando da defesa apresentada pela Contribuinte, foi aceita a alegação que o valor reclamado estava incorreto, mas ao realizar o cálculo a comparação Icms recolhido a menor foi feita com os valores da coluna "Q" - "ICMS_LANÇADO" ao invés da coluna "ICMS_APURADO", que foram os valores efetivamente lançados no Auto de Infração"*.

Conclui que após a correção dos equívocos, remanesce um valor credor de R\$161,47 (cento e sessenta e um reais e quarenta e sete centavos).

Instada a se manifestar do resultado da diligência, fls. 281/282, o recorrente manifesta sua concordância em relação às informações fiscais prestadas pela Fiscalização, requerendo a extinção integral do crédito.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado parcialmente o sujeito passivo do débito originalmente exigido, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange à exigência do ICMS, em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo.

Inicialmente passo a apreciar o Recurso de Ofício.

Em sua defesa, o recorrente aduziu que parte das saídas internas foi desonerada da incidência do ICMS não por conta do tratamento tributário dispensado aos leites em pó, mas por se tratar de operações destinadas a microempresas e empresas de pequeno porte, as quais estão efetivamente sujeitas à alíquota reduzida de 7%, conforme previsto no art. 51, I, “c”, do antigo RICMS/BA, que reproduziu as disposições contidas no art. 16, I, “c”, da Lei nº 7.014/96, abaixo transcrito:

“Art. 16. 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% (sete por cento) nas operações com:

(...)

c) mercadorias saídas de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste Estado e destinadas a empresas de pequeno porte, microempresas e ambulantes, quando inscritas no cadastro estadual, exceto em se tratando das mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição tributária e das mercadorias relacionadas nas alíneas ‘a’ a ‘j’ do inciso II;”

Considerando que as operações autuadas foram realizadas com destino a Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, bem como que o recorrente se trata de empresa atacadista filial de indústria, equiparada a estabelecimento industrial, razão assiste à recorrente que efetuou suas vendas com destino aos contribuintes citados, aplicando a alíquota de 7%, nos termos da legislação acima transcrita.

Ato contínuo, o sujeito passivo observou que foram desconsiderados valores de ICMS já pagos em relação a parte das operações autuadas.

Ao prestar informação fiscal, os autuantes reconheceram o equívoco e exclui da autuação os valores cobrados a maior em relação às notas fiscais que constam da planilha apensada à defesa.

Ante ao exposto, as desonerações realizadas pela 1ª instância, decorreram das vendas para ME e EPP, no montante de R\$418.250,28, bem como do erro na apuração do valor devido, no valor de R\$11.752,98, remanescendo a quantia de R\$536.266,03.

Sem reparos a fazer na Decisão “*a quo*”.

Passo a análise do Recurso Voluntário.

A insurgência do recorrente se dá quanto ao valor subsistente, pois, no seu entender, os autuantes deveriam ter excluído da autuação os valores que foram destacados e escriturados pelo recorrente nas aludidas operações (alíquota efetiva de 7%), de modo que restariam apenas as diferenças tidas como devidas nessas operações (que consistiriam no ICMS calculado à alíquota de 3%), haja vista que dispõe dos benefícios contidos no Decreto Estadual nº 7.799/2000, resultando na aplicação da alíquota efetiva de ICMS de 10%.

Aduz, ainda, que refez os cálculos da autuação, levando em consideração o montante que deveria ter sido excluído da autuação, ou seja, o montante que foi efetivamente recolhido pelo recorrente, o que demonstraria não haver imposto remanescente.

Diante das alegações do sujeito passivo, esta Câmara de Julgamento Fiscal deliberou pela

conversão do processo em diligência aos autuantes, para que refizesse o demonstrativo de débito de modo que fosse excluído do valor devido aquele efetivamente destacado e escriturado pelo contribuinte, utilizando a seguinte fórmula: "*Valor da operação* – 41,18% = *Base reduzida* x 17% – *valor lançado pelo recorrente* (7% sobre o valor da base de cálculo) = *diferença devida*".

Em cumprimento a diligência, fls. 269/270, os autuantes acolheram as razões do recorrente, reconhecendo a existência de equívoco na coluna "S" "ICMS_APURADO", que foi lançado no Auto de Infração como valor reclamado sem considerar o crédito do valor recolhido na escrituração fiscal.

De acordo com os documentos de fls. 80/84, o recorrente reconheceu parte do débito exigido no presente Auto de Infração, com o benefício preconizado pela Lei nº 12.903/2013 e efetuou o pagamento do valor parcial em 29/11/2013.

Deste modo, não remanescem valores para ser exigidos na presente autuação.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo o PAF ser remetido à repartição fiscal de origem para homologação do pagamento e arquivamento do processo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206888.0045/13-2**, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, no valor de **R\$527.616,97**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo o recorrente ser cientificado desta Decisão e os autos encaminhados à repartição de origem para homologação dos valores efetivamente recolhidos, de acordo com os benefícios da Lei nº 12.903/13 (anistia fiscal), conforme docs. de fls. 83, 84 e 87 e posterior arquivamento do processo.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de junho de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS