

**PROCESSO** - A. I. Nº 206888.0047/13-5  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e NESTLÉ BRASIL LTDA.  
**RECORRIDOS** - NESTLÉ BRASIL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0057-05/15  
**ORIGEM** - IFEP – DAT/NORTE  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 30/08/2017

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0202-11/17

**EMENTA:** ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. REDUÇÃO INDEVIDA NAS SAÍDAS DE COMPOSTOS LÁCTEOS, CLASSIFICADOS COMO LEITE EM PÓ. Restou comprovado que uma parcela do valor lançado foi recolhida antes da ação fiscal e outra sob os auspícios da Lei de Anistia nº 12/903/2013. A quantia remanescente no lançamento de ofício foi calculada ou lançada de forma equivocada. Acolhido o pleito de diligência. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Auto de Infração *Procedente em Parte*. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício, em razão de a Decisão proferida por meio do Acórdão da 5ª JJF nº 0057-05/15 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; Decreto nº 7.629/1999), e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte com respaldo no art. 169, I, “b” do mencionado Regulamento.

O Auto de Infração foi lavrado no dia 19/11/2013 para exigir ICMS no montante de R\$12.230.383,29, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/1996, sob a acusação de recolhimento a menor, em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo nas saídas de compostos lácteos em pó, equivocadamente classificados como leite em pó.

A Junta de Julgamento Fiscal apreciou a lide no dia 24/03/015 e decidiu pela Procedência Parcial, nos termos a seguir transcritos:

#### *"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. 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 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 números 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 30/06/2013 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 "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 31/12/2008; 31/08/2009 e 31/10/2009 a 31/10/2010, 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 31/01/2008 a 31/12/2011.*

*Saliento que o impugnante não se insurgiu, de forma específica, contra os dados constantes do demonstrativo juntado pelos autuantes após a diligência, fls. 162/163. Apenas, mencionou a manutenção de equívocos no procedimento administrativo, sem indicar elementos específicos para afastar a acusação fiscal. Logo, não acolho o argumento genérico aduzido.*

*Destarte, a infração subsiste em parte, cujo valor histórico resta alterado de R\$12.230.383,29 para R\$9.723.742,49, de acordo com os cálculos refeitos pelos autuantes, nas fls. 162/163, consignados na coluna denominada de "valor\_final" do demonstrativo abaixo.*

*(Planilha de fls. 199/200).*

*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".*

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite estatuído no art. 169, I, "a" do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 5ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão JJF nº 0057-05/15.

O contribuinte ingressa com Recurso Voluntário às fls. 214 a 220, no qual inicia informando que apresentou impugnação apenas parcial na primeira instância administrativa, uma vez que pagou parte dos valores exigidos com os benefícios da Lei de Anistia nº 12.903/2013.

Em relação às quantias remanescentes, teria comprovado à JJF que: (i) determinadas operações foram corretamente tributadas a 7%, porquanto destinadas a microempresas e empresas de pequeno porte (artigos 51, I, "c" do RICMS-BA/1997 e 16, I, "c" da Lei nº 7.014/1996); (ii) em alguns casos, o Fisco lançou o imposto com a aplicação direta da alíquota cabível (10%), olvidando-se de deduzir os montantes efetivamente recolhidos a 7%.

Admitindo os equívocos, os autuantes, segundo o recorrente, apresentaram revisão com o valor residual a recolher de R\$561.024,07, que resulta da diferença entre aquele originalmente lançado, o recolhido com a Lei de Anistia e os acima referidos (itens i e ii). O item i foi acatado pela Junta. Entretanto, conforme alega, relativamente ao item ii, os demonstrativos continuam equivocados no que diz respeito aos montantes de 2011, de acordo com as explicações presentes nos tópicos 23 e 24 de fl. 218.

Não obstante isso, a Primeira Instância não acolheu os argumentos e julgou a autuação Parcialmente Procedente, no total de R\$9.723.742,49, com a determinação de que fossem homologados os valores pagos por meio da anistia. Como já havia recolhido R\$9.162.718,43, no contexto da citada anistia, remanesceu o montante a pagar de R\$561.024,07, o mesmo da planilha de revisão dos autuantes, com o qual não concorda.

Requer diligência, fornece endereço para correspondências processuais e conclui pleiteando o provimento da irresignação.

No Parecer de fls. 237 a 239, tendo em vista os erros apontados pelo recorrente, a PGE/PROFIS sugere a conversão do feito em diligência aos autuantes.

No dia 25/02/2016 (fls. 241/242), a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal acolheu a solicitação da Procuradoria e requereu diligência.

Às fls. 244/245, um dos auditores reconhece que o autuado pagou R\$9.799,68 a mais do que o imposto inicialmente lançado, o que ficou demonstrado nos levantamentos de fls. 246/247.

O sujeito passivo se manifesta às fls. 255/256, reitera os termos do apelo e concorda com a última informação fiscal.

No Parecer de fls. 260/261, a PGE/PROFIS reconhece o pagamento a maior, efetuado pelo contribuinte, e admite não existir mais nada a ser cobrado.

## VOTO

Não ingressarei no tema da decadência, pois, de acordo com os documentos de fls. 19 a 21, o imposto efetivamente devido no exercício de 2008 foi recolhido sob os auspícios da Lei de Anistia nº 12/903/2013, cujo art. 4º assim dispõe:

*"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".*

As diferenças entre os montantes constantes das planilhas de fls. 20/21 e os originalmente lançados não são devidas, de acordo com o que restará explicitado nos parágrafos a seguir.

No presente lançamento de ofício exige-se o ICMS de R\$12.230.383,29, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a" da Lei nº 7.014/1996, sob a acusação de recolhimento a menor, em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo nas saídas de compostos lácteos em pó, equivocadamente classificados como leite em pó.

Uma diligência já foi efetuada a pedido desta CJF e não é necessário realizar outra. Todos os elementos necessários para a formação da convicção dos membros deste colegiado estão presentes nos autos, o que decido com fulcro no art. 147, I, "a" do RPAF-BA/1999.

Quanto ao endereço para correspondências processuais, nada impede que seja utilizado aquele fornecido pelo recorrente. Todavia, em se tratando de processo administrativo fiscal na Bahia, desde que observados os comandos dos artigos 108 a 110 do RPAF-BA/1999, nenhuma irregularidade há de ser aventada.

A remessa necessária decorre do fato de o órgão julgador da instância de origem, corretamente, acolhendo a revisão de fls. 122 a 124, ter deduzido os valores atinentes a erros de cálculo (desconsideração de valores pagos antes da ação fiscal; coluna "Erro\_Cálculo") e às operações efetuadas sob a alíquota de 7% entre o fiscalizado (equiparado a indústria), microempresas e empresas de pequeno porte, em conformidade com o artigo 51, I, "c" do RICMS-BA/1997, cuja redação é similar à do artigo 16, I, "c" da Lei nº 7.014/1996.

*"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 31/12/2008; 31/08/2009 e 31/10/2009 a 31/10/2010, 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 31/01/2008 a 31/12/2011".*

*RICMS-BA/1997. 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: (...) c) mercadorias saídas de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste Estado cujo imposto seja calculado pelo regime normal de apuração, destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, quando inscritas como tais no cadastro estadual, exceto em se tratando de mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição tributária (art. 353, II e IV) e de mercadorias consideradas supérfluas (alíneas "a" a "j" do inciso II do presente artigo); (...)"*

Quanto à irresignação, restou efetivamente demonstrado que os autuantes, conforme as explicações dos tópicos 23 e 24 de fl. 218, ao efetuarem a revisão antes do julgamento da instância originária (fls. 122 a 124), não consideraram como devido o ICMS correspondente ao percentual de 3% sobre a base de cálculo (10% - 7%) no exercício de 2011, o que foi admitido na informação de fls. 244/245 (resultante da diligência solicitada pela CJF) e no demonstrativo a ela anexado.

Julgo a autuação Procedente em Parte, no valor de R\$ 9.152.918,78, conforme demonstrativo de fls. 246/247.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, com a recomendação para homologação das quantias já pagas.

## 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 para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206888.0047/13-5**, lavrado contra **NESTLÉ BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor **R\$9.152.918,78**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados dos valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de julho de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

