

A. I. - 233038.0006/16-4  
AUTUADO - NESTLÉ NORDESTE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.  
AUTUANTE - CARLOS ROBERTO DE CARVALHO  
ORIGEM - IFEP NORTE  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 21. 09. 2017

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0154-01/17**

**EMENTA:** ICMS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Autuado elidiu parcialmente a autuação ao comprovar descaber a exigência fiscal quanto às notas fiscais arroladas na autuação, cujas operações de saídas ocorreram indevidamente com redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/99, haja vista que emitiu Notas Fiscais eletrônicas complementares da base de cálculo, antes do início da ação fiscal. O próprio autuante na Informação Fiscal acatou a alegação defensiva e excluiu do levantamento as referidas notas fiscais, o que resultou no refazimento dos cálculos e redução do débito. Quanto aos valores remanescentes, o autuado não se incumbiu de colacionar aos autos elementos comprobatórios de que o ICMS devido nos meses remanescentes da autuação, de fato, seria reduzido em face do Programa DESENVOLVE. Infração parcialmente subsistente. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 18/02/2016, formaliza a exigência de ICMS no valor total histórico de R\$7.679.107,19, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Período de ocorrência: maio, julho, agosto, outubro e novembro de 2011, janeiro, agosto a dezembro de 2013, janeiro e fevereiro de 2014, março e junho de 2015.

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 13 a 20). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação.

Reconhece que não goza do benefício de redução da base de cálculo previsto no Decreto 7.799/2000. Alega que, por um equívoco, inicialmente se aproveitou indevidamente da referida redução de base de cálculo sobre saídas de mercadorias ocorridas no período de maio, julho, agosto, outubro e novembro de 2011, janeiro de 2013, agosto de 2013 a fevereiro de 2014, março e junho de 2015.

Ressalta, entretanto, que ao identificar o equívoco e com o intuito de regularizar a tributação dessas operações, emitiu em fevereiro de 2014, notas fiscais complementares referentes a grande parte das operações que foram indevidamente tributadas no período autuado. Afirma que essa

providência levou, por consequência, a complementação da tributação dessas operações, acarretando, assim, o recolhimento de boa parte dos valores exigidos na autuação.

Salienta que a emissão das NFes complementares ocorreu antes da lavratura do Auto de Infração, o que significa que a situação da maioria das operações autuadas já estava regularizada quando o Fisco efetuou o lançamento tributário.

Sustenta que essas circunstâncias impõem o imediato reconhecimento da improcedência dos valores de ICMS cobrados em relação às operações que foram objeto das referidas NFes complementares, já que tais documentos foram emitidos para ajustar as bases de cálculos daquelas operações e, assim, corrigir sua tributação. Acrescenta que, diante disso, deve ser determinada a extinção, ainda que parcial, do crédito tributário.

Alega a existência de dois motivos para cancelamento da exigência fiscal.

O primeiro, pela tributação adequada de grande parte das operações objeto da autuação com a emissão de NFes complementares.

Observa que a exatidão do valor do imposto destacado no documento fiscal é de responsabilidade do contribuinte, sendo que, na hipótese de o ICMS não ter sido destacado ou de ter sido destacado a menos, o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, Decreto nº 13.780, prevê que o contribuinte deve regularizar sua situação mediante a emissão de NFe complementar para adequação do imposto devido. Neste sentido, reproduz o art. 309, § 6º, do referido RICMS/BA/12.

Consigna que, conforme explicado, as NFes emitidas originalmente para refletir as operações autuadas contiveram o destaque de valores incorretos de ICMS, uma vez que reduziu a base de cálculo valores do imposto com base nas regras do Decreto 7.799/00, o qual, contudo, não se aplica ao seu estabelecimento.

Diz que ao identificar o equívoco, emitiu em fevereiro de 2014, na forma do art. 309, § 6º, do RICMS/BA/12, NFes complementares para retificar a base de cálculo do imposto devido em grande parte das operações autuadas. Acrescenta que, por consequência, promoveu o recolhimento do imposto devido em decorrência de cada NFe complementar que foi emitida.

Destaca que pode ser afirmado que as diferenças de imposto tidas como devidas para grande parte das operações autuadas foram devidamente recolhidas, em virtude da emissão das competentes NFes complementares, de tal forma a tornar indevida a acusação de que essas operações não foram integralmente tributadas pelo ICMS.

Registra que, nesse sentido, apresenta os seguintes documentos, a fim de evidenciar o alegado: (i) NFes complementares relativas às saídas indevidamente tributadas no período de agosto de 2013 a fevereiro de 2014 (doc. 6); (ii) comprovantes de recolhimento do imposto devido por conta das NFe's complementares relativas às saídas ocorridas no período de agosto de 2013 a fevereiro de 2014 (doc. 7); e (iii) planilha com a correlação entre as saídas indevidamente tributadas no ano de 2011 e as respectivas NFe's complementares que foram emitidas para readequar a tributação dessas operações (doc. 8).

Assevera que, dessa forma, conforme detalhado no gráfico que apresenta e comprovado na documentação acostada a peça de defesa, é inequívoco que complementou, por meio da emissão de NFes complementares o ICMS apurado inicialmente com a base de cálculo reduzida. Observa que essas NFes complementares comprovadamente se referem a saídas de mercadorias promovidas nos meses de agosto, outubro e novembro de 2011 e no período de agosto de 2013 a fevereiro de 2014 objeto da autuação.

Afirma que os documentos trazidos comprovam que 92% do valor de principal exigido no Auto de Infração está quitado e, mais do que isso, está devidamente comprovado que as NFes complementares foram regularmente emitidas antes de qualquer procedimento de fiscalização.

Conclusivamente, diz que, dessa forma, resta inequivocamente provada a improcedência parcial e substancial do Auto de Infração, o qual deve ser drasticamente reduzido, em face das provas apresentadas.

O segundo motivo, é de que os valores remanescentes têm a possibilidade de pagamento com os benefícios do Programa DESENVOLVE.

Aduz que, conforme já consignado, a legitimidade e a liquidez do Auto de Infração está comprometida pela desconsideração dos valores que já foram declarados e quitados, consubstanciados nas operações objeto das mencionadas NFes complementares.

Diz que, no entanto, não detectou todas as operações promovidas com indevida redução de base de cálculo de ICMS antes da autuação, o que significa, logo, que nem todas foram objeto de NFes complementares. Admite que, de fato, estima que haveria um valor de principal remanescente na autuação de aproximados R\$655.000,00, que se referiria a operações ocorridas em maio e julho de 2011, janeiro de 2013, março e junho de 2015. Apesar disso, manifesta o entendimento de que a exigência desses valores não pode ignorar o fato de que conta com incentivos fiscais concedidos no âmbito do Programa DESENVOLVE.

Alega que como é de conhecimento da Fiscalização, as operações promovidas pela empresa contam com redução de base de cálculo do ICMS de 81%, o que acarreta a redução da carga tributária das saídas promovidas, justamente por se tratar de unidade industrial incentivada pelo Programa DESENVOLVE.

Salienta que, nesse contexto, não restam dúvidas de que os valores exigidos por conta das operações autuadas deveriam considerar essa tributação reduzida, sob pena de se ignorar o incentivo fiscal que foi concedido pelo próprio Fisco baiano.

Afirma que em se determinando a aplicação da redução da base de cálculo prevista no Programa DESENVOLVE, os valores de principal exigidos para as operações não objeto das NFes complementares seria considerável e adequadamente reduzido, dados os termos dos incentivos que foram concedidos à empresa.

Destaca que os valores de ICMS que foram recolhidos por conta da emissão das NFes complementares não levaram em consideração essa redução de base de cálculo prevista no Programa DESENVOLVE, de modo que, na prática, promoveu pagamento de imposto em valor superior ao devido.

Sustenta que, a par disso, é inequívoco que os valores remanescentes a serem cobrados devem considerar o benefício do Programa DESENVOLVE a que tem direito, fato que resultará na redução do montante de principal tido como devido para as operações que não foram objeto das NFes complementares.

Conclusivamente, diz que essa é mais uma circunstância que denota a necessidade de reformulação do lançamento, sendo que, caso se entenda que as informações contidas no próprio Auto de Infração não são suficientes para se auferir o seu direito à aplicação do benefício do Programa DESENVOLVE nas operações autuadas, requer a conversão do julgamento em diligência, a fim de que tais informações sejam devidamente prestadas, para se evitar o prosseguimento de cobrança manifestamente indevida.

Finaliza a peça defensiva requerendo improcedência do Auto de Infração. Protesta pela posterior juntada de documentos que se façam necessários para o correto julgamento da lide. Indica o endereço para recebimento das intimações relativas a este processo administrativo: Lobo & de Rizzo Advogados: Avenida Brigadeiro Faria Lima, 3900, 3º andar, Itaim Bibi, CEP 04538-132, São Paulo, Capital, aos cuidados do senhor Marcelo Bez Debatin da Silveira e da senhora Laura Caravello Baggio de Castro.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 88 a 90). Afirma que o pedido de improcedência total do Auto de Infração não se sustenta, haja vista o próprio reconhecimento pelo impugnante de que comprova 92% do valor do ICMS exigido pela Fiscalização.

Salienta que, no entanto, nas notas fiscais emitidas para a correção do erro, no campo DADOS ADICIONAIS - informações complementares constam as notas fiscais que foram corrigidas e que aceitou as exclusões, porém, não chega ao percentual pretendido de 92% do crédito tributário exigido.

Diz que, além disso, conforme novo demonstrativo de débito que elaborou acostado aos autos, tendo como base os relatórios de notas fiscais remanescentes e excluídas, comprova que não atinge o percentual de 92%, tendo em vista que as notas fiscais apresentadas no referido doc. 06 não são suficientes para solucionar a lide.

Observa que o refazimento do novo demonstrativo que elaborou, gravado em CD e em papel, tem como base o seguinte:

a - na coluna - débito - foram lançados os valores a recolher extraídos da planilha excel gravada em CD, referentes as notas fiscais não comprovadas por emissão complementar;

b - na coluna - A. Moratório - permaneceram os valores lançados no Auto de Infração, tendo em vista que não foram pagos os referidos encargos quando da emissão das notas fiscais em fevereiro de 2014;

c - na coluna - multa - foram calculados sobre os valores dos débitos 60%, que é o percentual previsto na Lei 7014.

Finaliza a peça informativa mantendo parcialmente o Auto de Infração no valor total de R\$ 4.477.221,47.

O autuado cientificado da Informação Fiscal se manifestou (fls. 98 a 100). Diz que, apesar do acerto do autuante em acolher parte substancial dos argumentos defensivos apresentados, não devem prosperar as alegações trazidas pelo autuante pela manutenção parcial do Auto de Infração, pois não só denotam a ausência de análise dos documentos e fundamentos apresentados, como também estão eivados de equívocos de interpretação.

Afirma que resta claro que o pronunciamento do autuante não pode prevalecer, já que nenhum dos argumentos defensivos apresentados foi satisfatoriamente afastado, fato que, por sua vez, impõe o reconhecimento da ilegitimidade da exigência.

Finaliza a Manifestação reiterando os fundamentos apresentados na Defesa inicial para que seja julgado totalmente improcedente o Auto de Infração, com a consequente extinção do crédito tributário correlato.

Auditor Fiscal designado para se pronunciar sobre a Manifestação do autuado, em face da ausência do autuante, opinou (fl. 108) pela manutenção do novo demonstrativo elaborado pelo autuante de fl. 92 dos autos. Consigna que na Manifestação o impugnante não apresentou qualquer elemento ou planilha que elidisse a Informação Fiscal. Ressalta que a nova planilha apresentada pelo autuante discrimina de forma analítica todos os documentos fiscais que foram corrigidos pelo autuado excluindo-os e, por outro lado, os que não foram alcançados pela correção do contribuinte, motivo pelo qual foi mantida a parte remanescente da autuação.

Finaliza dizendo que não havendo nenhum novo levantamento analítico efetuado pelo autuado após a Informação Fiscal, opina pela manutenção integral do novo demonstrativo de débito acostado à fl. 92 dos autos.

## VOTO

Verso o Auto de Infração em exame sobre exigência de ICMS, em razão de recolhimento a menos do imposto, decorrente de erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Conforme relatado, o próprio autuado reconheceu que não gozava do benefício de redução da base de cálculo prevista no Decreto 7.799/2000. Justificou dizendo que isso decorreu de um equívoco, tendo se aproveitado indevidamente da referida redução de base de cálculo sobre saídas de mercadorias ocorridas no período de maio, julho, agosto, outubro e novembro de 2011, janeiro e agosto de 2013, fevereiro de 2014, março e junho de 2015.

Entretanto, alega a existência de dois motivos para cancelamento da exigência fiscal.

O primeiro motivo, pela tributação adequada de grande parte das operações objeto da autuação com a emissão de NFes complementares.

Verifica-se que assiste razão ao impugnante quanto ao alegado primeiro motivo. De fato, o impugnante se incumbiu a contento em comprovar que descabe a exigência fiscal quanto às notas fiscais arroladas na autuação, cujas saídas ocorreram indevidamente com redução da base de cálculo na forma prevista no Decreto nº 7.799/99, por não ser signatário de Termo de Acordo neste sentido.

Isso porque, identificou o referido equívoco e providenciou a devida regularização, em momento anterior ao início da ação fiscal, emitindo as Notas Fiscais eletrônicas complementares para regularização do imposto devido.

Relevante observar que o próprio autuante na Informação Fiscal acatou, acertadamente, as alegações defensivas atinentes às Notas Fiscais eletrônicas complementares. Excluiu os valores das notas fiscais arroladas na autuação correspondentes às Notas Fiscais complementares emitidas pelo autuado, o que implicou no refazimento dos cálculos e redução do valor exigido para R\$4.477.221,47, conforme novo demonstrativo que elaborou acostado aos autos em papel e em CD, cujas cópias foram entregues ao autuado, consoante comprovante de recebimento acostado aos autos.

Quanto ao segundo motivo, o impugnante alega que os valores remanescentes têm a possibilidade de pagamento com os benefícios do Programa DESENVOLVE. Diz que deve ser considerado o benefício do Programa DESENVOLVE a que tem direito, fato que resultará na redução do montante de principal tido como devido para as operações que não foram objeto das NFes complementares.

No que tange a essa alegação, observo que o impugnante não apresentou qualquer elemento de prova que pudesse confirmar o alegado. Na realidade, o impugnante apenas alegou. Não identificou nos meses que remanesceram na exigência fiscal qualquer repercussão ou relação com o Programa DESENVOLVE, do qual é beneficiário, que possibilitasse a confirmação de que haveria redução do valor exigido.

Certamente que, no presente caso, cabia ao autuado colacionar aos autos elementos comprobatórios de que o ICMS devido nos meses remanescentes na autuação, de fato, seria reduzido em face do Programa DESENVOLVE. Isto não foi feito. É cediço que o Programa DESENVOLVE concede benefício de diferimento do imposto e dilação de prazo para pagamento do ICMS devido referente às operações incentivadas, inexistindo regramento específico concedendo redução da base de cálculo.

É certo que, a teor do art. 147, I, “b”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, descabe a realização de diligência quando for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos, razão pela qual, inclusive, indefiro o pedido de diligência formulado pelo impugnante.

Diante do exposto, acolho o resultado apresentado pelo autuante na Informação Fiscal, sendo a infração parcialmente subsistente no valor de ICMS devido de R\$4.477.221,47, conforme novo demonstrativo elaborado pelo autuante de fl. 92 dos autos.

Quanto à indicação do impugnante do endereço para recebimento das intimações relativas ao presente processo, no caso Lobo & de Rizzo Advogados: Avenida Brigadeiro Faria Lima, 3900, 3º andar, Itaim Bibi, CEP 04538-132, São Paulo, Capital, aos cuidados do senhor Marcelo Bez Debatin da Silveira e da senhora Laura Caravello Baggio de Castro, cumpre observar que inexiste óbice para que o órgão competente da repartição fazendária atenda a solicitação. Entretanto, vale observar que o não atendimento não implica em nulidade, haja vista que a forma de intimação do contribuinte se encontra prevista no art. 108 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233038.0006/16-4**, lavrado contra **NESTLÉ NORDESTE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 4.477.221,47**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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, 06 de setembro de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR