

**A. I. Nº** - 207095.1004/13-3  
**AUTUADO** - MENENDEZ AMERINO & CIA. LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSÉ PEDRO ROBERTSON DE SOUSA  
**ORIGEM** - INFAZ FEIRA DE SANTANA  
**INTERNET** - 15/04/2014

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0068-03/14

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. NÃO EXIBIÇÃO À FISCALIZAÇÃO DOS DOCUMENTOS DE ARRECADAÇÃO CORRESPONDENTES. Está patente nos autos que o crédito fiscal foi utilizado sem a apresentação ao fisco dos DAEs - Documentos de Arrecadação Estadual que lhe daria direito ao crédito. Infração caracterizada. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RETIDO. A mercadoria é tributada normalmente, com a inclusão do IPI na base de cálculo, conforme previsto na legislação estadual. Existência de Ação na esfera judicial. Defesa prejudicada quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria se encontra *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário. A exigibilidade do crédito tributário, entretanto, deve ficar suspensa, nos termos do § 1º do art. 117 do RPAF/99. Defesa PREJUDICADA, em relação às infrações 02 e 03 e **PROCEDENTE** quanto à infração 01. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 18/11/2013, exige crédito tributário no valor de R\$64.830,19, em razão das seguintes irregularidades:

1. utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, mercadoria diferida referente às notas fiscais 16213 e 16214, no mês de janeiro de 2008 no valor de R\$18.279,99 acrescido da multa de 60%;
2. reteve e recolheu a menos o ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo as operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro de 2008 a maio e dezembro de 2010, no valor de R\$44.734,88 acrescido da multa de 60%;
3. deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo as operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de setembro e outubro de 2010, no valor de R\$1.815,32 acrescido da multa de 150%;

O autuado impugna tempestivamente o lançamento de ofício, fls.37/46. Reproduz as infrações que lhe foram imputadas. Diz que o fato que teria levado o Fisco proceder ao lançamento do crédito tributário em epígrafe, não constitui violação a legislação invocada.

Argui a decadência do lançamento. Diz que em relação às notas fiscais nº 16213 e nº 16214 emitidas em 10/01/2008 pela ERMOR TABARAMA TABACOS DO BRASIL LTDA., e lançadas pela defendente em seus livros e documentos fiscais dentro do mesmo período, foram alcançadas pelo

fenômeno jurídico da decadência, razão pela qual o respectivo crédito tributário se encontra extinto à luz do art. 156, V, do CTN.

Afirma que o ICMS é um tributo sujeito ao lançamento por homologação nos termos do art. 150 do Código Tributário Nacional. Sendo assim, a decadência do referido imposto se encontra definida no disposto do §4º do art. 150 do CTN, dispositivo que transcreve, na medida em que parte do referido imposto apurado no período havia sido pago na forma da legislação de regência.

Diz que não havendo fraude ou simulação devidamente comprovados, como no caso vertente, considera-se homologado o lançamento e, conseqüentemente extinto o crédito tributário. Frisa que por questão de cautela, argui também, o princípio da não-cumulatividade como corolário da insurgência da defendente em relação ao lançamento de crédito tributário ora impugnado, atinentes aos créditos constantes da suposta infração do item 1. Sobre a não cumulatividade do ICMS reproduz o art. 155 da Constituição Federal de 1988 e o art. 19 da Lei Complementar nº 87, de 13/09/1996.

Menciona ser irrelevante que a mercadoria ou o serviço de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação gozem, nas operações subsequentes, de incentivos fiscais, imunidade, isenção, não incidência, suspensão ou diferimento. Prevalece intacto, por conseguinte consoante expressamente outorgado pela Carta da República e pela Lei Complementar nº 87/1996, o direito de o contribuinte compensar dos débitos do ICMS devido nas operações ou prestações subsequentes, os créditos próprios decorrentes das operações ou prestações antecedentes.

Conclui ter ilidido a toda evidência, o lançamento de crédito tributário constante do item I do auto de infração impugnado, isto porque, não só alcançado pela decadência e conseqüente extinção do crédito tributário (arts. 150, §4º e 156, V, do CTN), mas também e principalmente ante a segurança jurídica que se depreende do disposto no art. 155, II, §2º, I da Constituição Federal e art. 19 da Lei Complementar nº 87/96, que consagram o princípio da não cumulatividade em relação ao ICMS como direito do contribuinte.

Relativamente às infrações 2 e 3, afirma que igualmente, também não procedem as supostas infrações do aludido auto de infração. Aduz que estas infrações referem-se a não inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS no regime de substituição tributária no período compreendido entre janeiro de 2008 a outubro de 2010. Pelos mesmos fundamentos expostos na infração 01 argui a decadência e conseqüente extinção do crédito tributário à luz do art. 150, § 4º e 156, V do CTN, no que se referem aos supostos créditos tributários atinentes ao período compreendido entre janeiro a novembro de 2008.

No mérito, afirma que não procede a alegação do Fisco no sentido de vislumbrar a incidência do ICMS sobre o montante relativo ao IPI, nas operações realizadas entre contribuintes, relativo a produto destinado à industrialização ou comercialização, configurando fato gerador de ambos os impostos, nos termos do art. 155, §2º, XI, da Constituição Federal e no art. 13, §2º, da Lei Complementar nº 87/96.

Enfatiza que tal direito de a defendente não incluir na base de cálculo do ICMS o montante relativo ao IPI já se encontra confirmado por sentença judicial transitada em julgado. Informa ter ajuizado mandado de segurança preventivo nº 140.03.007.826-9 com tramitação perante a 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, BA, *“com vista a impedir que ela seja obrigada a pagar o ICMS substituição tributária incluindo o valor do IPI na sua base de cálculo, nas operações com derivados do fumo (charutos e Cigarilhas) em que se configurar fato gerador dos dois impostos”*. (conforme petição inicial anexa).

Menciona que em 20 de janeiro de 2004 a referida ação mandamental fora julgada procedente em toda a sua inteireza para conceder a segurança em definitivo. (Sentença Anexa). Diz que contra a referida sentença de primeiro grau o Estado da Bahia ingressou com recurso de apelação, tendo a Câmara Especializada do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em 29 de agosto de 2005, negado provimento ao referido recurso, mantendo intacta a sentença de primeiro grau em venerando acórdão que transcreve.

Informa que o Estado da Bahia interpôs ainda Embargos de Declaração e Recurso Especial, restando este primeiro rejeitado e o segundo negado seguimento. Interposto ainda Agravo de Instrumento nº 941.402 perante o Superior Tribunal de Justiça, restou ele não conhecido por despacho do ministro Barros Monteiro, tendo finalmente o referido recurso transitado em julgado em 28/09/2007.

Conclui que a lavratura deste Auto de Infração se configura em desobediência à ordem judicial, pois, decisão judicial não se contesta, se cumpre, sob pena de incorrer o Agente Público em crime de desobediência.

Requer seja acolhida a defesa administrativa para julgar o auto de infração improcedente em todos os seus termos, desonerando assim a defendente do lançamento de crédito tributário dele decorrente.

Solicita que de todos os atos processuais seja o signatário intimado no endereço indicado, sob a pena de nulidade absoluta do respectivo ato: Alameda Madeira, 258, Sala 506, Alphaville Industrial, CEP 06454-010, Barueri, SP.

O autuante presta a informação fiscal fls.103/106. Sintetiza os termos da defesa. Explica que a matéria-prima fumo em folhas está inserida no benefício fiscal do diferimento, art. 342 e seguintes do RICMS/BA.

Afirma que nas operações de aquisição acobertadas pelas notas fiscais 16213 e 16214, fls. 23/24, embora houvesse destaques dos valores do ICMS, descumpriram-se as exigências regulamentares dos art. 346 e 348 do RICMS/BA. Ou seja, diz que para os créditos do imposto ser validados, como deseja a autuada, deveriam ter sido pagos através de documentos de arrecadação e anexados às notas fiscais correspondentes, o que não aconteceu, portanto, não há que se falar de decadência e de não-cumulatividade.

A respeito das infrações 02 e 03, reproduz os argumentos defensivos. Informa que o demonstrativo anexado ao PAF – fls. 18/22, apresenta no quadro apuração, a omissão de recolhimento nos meses de set e out/2010, e recolhimento a menos nos demais meses do período fiscalizado, relativos à substituição tributária do ICMS nas operações internas do produto enquadrado no item 1, inc. II, do art. 353 do RICMS/BA.

Esclarece que a base de cálculo do ICMS para aquelas operações está disciplinada no inc. II do art. 61 também do RICMS/BA. Reproduz inúmeras Decisões do CONSEF a respeito da matéria, a exemplo do Acórdão 2ª JF nº 0336-02/07, Acórdão CJF nº 0247-12/09, Acórdão 3ª JF nº 0317-03/06, Acórdão CJF nº 0187-12/07. Pede a procedência das infrações tributárias elencadas no PAF.

## VOTO

No presente lançamento está sendo exigido ICMS em decorrência de 03 (três) infrações à legislação tributária: (1). utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito; retenção e recolhimento a menos e falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, infrações (2) e (3) respectivamente.

Sobre a infração 01, o autuado arguiu como preliminar de nulidade, a decadência do lançamento, sob o argumento de que as notas fiscais nº 16213 e nº 16214 emitidas em 10/01/2008 e lançadas pela defendente em seus livros e documentos fiscais dentro do mesmo período, foram alcançadas pelo fenômeno jurídico da decadência e de igual forma, argui nulidade da infração 02, atinente ao período compreendido entre janeiro a novembro de 2008, lançamentos que entende fulminados pela decadência, razão pela qual o respectivo crédito tributário se encontraria extinto.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição da nulidade arguida pelo autuado, uma vez que conforme os artigos 173, I, do CTN e 107-B do COTEB/BA., o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário não decaiu, conforme as considerações que faço a seguir.

As disposições do artigo 173, I, do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB (Lei 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS/97, prevêm que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Já o § 5º do artigo 107-B do mesmo COTEB acima referido, estabelece que se considera 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.

Portanto, o prazo para constituição do crédito tributário ou homologação do lançamento tem a sua contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte, conforme os artigos 173, I, do CTN e 107-B do COTEB acima citados, não podendo prosperar a arguição defensiva, haja vista que, no presente caso, o período autuado alcança o exercício de 2008, valendo dizer que a contagem iniciou-se em 01/01/2009, com termo final em 31/12/2013.

Assim, como o auto de infração foi lavrado em 18 de novembro de 2012 e o contribuinte tomou ciência em 19 de novembro de 2013, portanto, dentro do prazo de 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, não há que se falar em homologação tácita do lançamento e, por consequência, em decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, conforme arguido pelo impugnante.

Diante do exposto, não acolho a arguição de extinção do crédito tributário por ocorrência de decadência ou homologação tácita do lançamento.

Verifico que não se encontra no presente PAF violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, na informação fiscal, bem como na narrativa dos fatos e correspondentes infrações, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

No mérito, sobre a infração 01, o autuado arguiu que a autuação não teria respeitado o princípio da não-cumulatividade, ao glosar o crédito fiscal atinente às notas fiscais referidas nesta infração.

Da análise da acusação fiscal e descrição dos fatos no que tange a esta infração, verifico que a autuação decorreu da utilização de crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. A Autuada adquiriu através das NF 0016213 e 0016214, matéria prima, fumo em folhas, (inc. LIII do art. 343 do RICMS/97), da empresa Ermor Tabacos do Brasil Ltda./BA, lançou no livro Registro de Entradas nº 08, a título de créditos R\$17.252,55 e R\$1.027,45, sem recolhimento do imposto devido, infringindo o §3º do art. 348, também do RICMS/BA, registrando os créditos no seu conta-corrente fiscal, em total descompasso com a legislação do ICMS.

Observo que nesta infração, ao contrário do alegado pelo defendente, não está sendo negada a aplicação do princípio tributário da não – cumulatividade. Para elidir a acusação fiscal, bastaria a apresentação dos referidos documentos comprovando o recolhimento do imposto, considerando que as mercadorias ali consignadas estavam sob regime de diferimento, encerrando-se esta fase, com a entrada destas no estabelecimento industrial do autuado. Como o defendente não trouxe aos autos o documento necessário capaz de elidir a acusação fiscal, concluo que a infração 01 encontra-se devidamente caracterizada.

Relativamente às infrações 02 e 03, o autuante constatou que o sujeito passivo quando da apuração do ICMS devido por substituição tributário nas operações subsequentes internas, deixou de incluir o IPI na apuração da base de cálculo do imposto devido. O contribuinte não observou o inc. II do art. 61 c/c item 1 do inciso II do art. 353 do RICMS/BA, que determina a inclusão do IPI na base de cálculo da substituição tributária, conforme dispositivo que reproduzo abaixo:

*Art. 61. A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subsequentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é:*

*II - na falta da fixação de preço referida no inciso anterior, o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) relativa às operações subsequentes, de acordo com o percentual previsto:*

*a) no Anexo 88, a ser determinado em função de ser industrial, atacadista ou importador o estabelecimento fornecedor ou remetente, tratando-se das mercadorias de que cuidam os incisos II e IV do art. 353;*

Da análise dos elementos que compõe o PAF, observo que o demonstrativo anexado – fls. 18/22, apresenta no quadro apuração, a omissão de recolhimento nos meses de set e out/2010, e recolhimento a menos nos demais meses do período fiscalizado, relativos à substituição tributária do ICMS nas operações internas, com fumo (tabaco) e seus derivados manufaturados em decorrência da não inclusão do IPI na base de cálculo para apuração do imposto.

O defendente alegou em fase de defesa, que a não inclusão na base de cálculo do ICMS, do montante relativo ao IPI, era procedimento que já se encontraria confirmado por sentença judicial transitada em julgado. Informa ter ajuizado mandado de segurança preventivo nº 140.03.007.826-9 com tramitação perante a 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador - BA, “*com vista a impedir que seja obrigado a pagar o ICMS substituição tributária incluindo o valor do IPI na sua base de cálculo, nas operações com derivados do fumo (charutos e Cigarilhas) em que se configurar fato gerador dos dois impostos*”, cópia da sentença judicial, fls.85/97.

Ante a constatação da existência de ação na esfera judicial, a defesa fica prejudicada quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria se encontra *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário. A exigibilidade do crédito tributário, entretanto, deve ficar suspensa, nos termos do § 1º do art. 117 do RPAF/99. Defesa PREJUDICADA, em relação às infrações 02 e 03.

No tocante ao pedido que de todos os atos processuais seja o signatário intimado no endereço indicado: Alameda Madeira, 258, Sala 506, Alphaville Industrial, CEP 06454-010, Barueri, SP, nada obsta o atendimento ao seu pleito. O Órgão Competente desta Secretaria poderá enviar as comunicações sobre o presente processo no endereço indicado.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA da infração 01, restando prejudicada a análise da defesa relativamente às infrações 02 e 03 do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, declarar prejudicada a análise da defesa em relação as infrações 2 e 3, e julgar **PROCEDENTE**, quanto a infração **01**, o Auto de Infração **nº 207095.1004/13-3**, lavrado contra **MENENDEZ AMERINO & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$64.830,19**, acrescido das multas de 60%, R\$ 63.014,87, e de 150% sobre R\$ 1.815,32, previstas no inciso VII, alínea “a”, II “e” do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário em relação as infrações 2 e 3, até a decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2014.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR