

A.I. Nº - 129712.0007/18-6
AUTUADO - ETNA COMÉRCIO DE MÓVEIS E ARTIGOS PARA DECORAÇÃO S.A.
AUTUANTE - MARIA CRISTINA ALVES CORREIA SANTOS
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 02.12.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0218-02/19

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente. Em cumprimento a diligência, foram refeitos levantamentos e demonstrativos, reduzindo o valor inicialmente exigido. Infração parcialmente subsistente. Afastado preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 06/06/2018, exige crédito tributário no valor histórico de R\$114.033,34, acrescido da multa de 60%, em razão da constatação da infração a seguir.

INFRAÇÃO 01 – 01.02.06 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2014. ICMS exigido acrescido de multa tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

A autuada impugna o lançamento, consoante defesa apensa aos autos às fls. 194 a 201, onde afirma, inicialmente, que as supostas infrações constantes no auto de infração e as penalidades aplicadas não merecem prosperar.

Ressalta a tempestividade e o cabimento da defesa administrativa, citando e transcrevendo o artigo 22, § 1º e artigo 123 do RPAF/99 e com fundamento no art. 151, inciso III do CTN, reproduzido, lembra o efeito suspensivo da exigibilidade do crédito tributário como consequência da impugnação.

Explica que, de acordo com o previsto no art. 38 do RPAF/99, somente devem ser lavrados autos de infração para cobrança de crédito tributário de valor igual ou superior a R\$39.720,00. Portanto, entende que o presente lançamento contém erro insanável, por contrariar o citado dispositivo legal e consequentemente o mesmo deverá ser cancelado em observância ao artigo 47 do mesmo regulamento.

Assevera que a acusação fiscal não tem fundamento, porquanto os pagamentos do imposto foram realizados, como comprovam as cópias dos DAES quitados com o código de receita 2175 – ANTECIPAÇÃO PARCIAL, quando o correto seria o código 1006, que diz juntar aos autos.

Assim, deduz que os créditos fiscais utilizados na época estavam de acordo com a legislação tributária, haja vista que as mercadorias adquiridas não estavam sujeitas ao regime de substituição tributária conforme consta na acusação.

Ressalta que os produtos relacionados na autuação não se enquadram no regime de substituição tributária, pois suas características não correspondem aos atributos de materiais de construção e assemelhados, como já decidido por várias Secretarias de Fazenda.

Requer a juntada de demais comprovantes de pagamentos, no prazo de 30 (trinta) dias, em razão dos mesmos estarem guardados em “arquivo morto” da empresa.

Requer também:

- a) O reconhecimento da tempestividade da impugnação;
- b) O cancelamento do auto de infração, por conter vício insanável;
- c) O reconhecimento do efeito suspensivo do auto de infração, em razão da impugnação;
- d) Que seja o auto de infração convertido em diligência para apuração da verdade material, oportunidade que indica como assistente técnico o Sr. Raimundo Dantas da Silva Júnior;
- e) Que se retifique os códigos de receita dos DAES para fazer constar o código correto 1006 em substituição ao código 2175;
- f) A concessão do prazo de 30 (trinta) dias para juntada dos demais DAES comprovantes dos pagamentos efetuados;
- g) Que se verifique se as afirmações, documentos, apurações e demonstrativos anexados, representam a verdade dos fatos;
- h) Que todas as intimações sejam feitas em nome de Raimundo Dantas da Silva Júnior e o Sr. Sérgio Antônio Eller, Advogados, cujos endereços e e-mails indica.

A autuante presta a informação fiscal, às fls. 226 e 227, onde inicialmente confirma integralmente o procedimento fiscal e destaca que o lançamento totaliza a cobrança de R\$114.033,34, superior ao valor estabelecido no art. 38 do RPAF/99, descabendo a solicitação de cancelamento, feita pela defesa.

Salienta que a defesa se apresenta inconsistente por não apresentar nenhum argumento que tenha relação com a acusação, tampouco não foi apresentada planilha que sirva de subsídio a alegação que justifique a apreciação do argumento, inclusive o DVD, anexado à fl. 202, encontra-se “vazio”.

Esclarece que o está sendo cobrado no auto de infração é o crédito fiscal indevido, decorrente da aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e não decorrente da constatação do uso de códigos de receitas “invertidos” nos DAES, que, caso ficasse comprovado, o valor a ser exigido seria maior.

Destaca que a autuada se refere de forma genérica, sem determinar quais mercadorias, alcançadas pela autuação, não estão sujeitas ao regime de substituição tributária.

Grifa que a retificação dos códigos de receitas dos DAES segue um procedimento administrativo específico, fugindo do escopo do processo administrativo fiscal, devendo o contribuinte apresentar os dados comprobatórios que permitam a SEFAZ proceder a retificação, se devida.

Por fim, reafirma como válido o procedimento fiscal.

Na assentada de julgamento, em 12/11/2018, foi constatada a necessidade esclarecer a efetiva sujeição das mercadorias, incluídas no levantamento efetuado pela autuante, às fls. 22 e 22-v a 75 e 75-v, ao regime de substituição tributária, conforme Anexo I ao RICMS/2012, fato determinante para caracterização da utilização indevida do crédito fiscal do ICMS, núcleo da acusação.

Os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal decidiram converter o processo em diligência à INFAZ de origem, fls. 232 e 233, com a finalidade de a autuante revisar o enquadramento de todos os itens arrolados no levantamento, quanto a sua sujeição ao regime de Substituição Tributária – ST, excluindo, se for o caso, os valores que porventura não estejam sujeitos ao regime.

Foi solicitado ainda, da autuante, certificar se as saídas, correspondentes as notas fiscais onde não consta destaque de ICMS-ST, foram tributadas e refazer o levantamento e demonstrativo de débito, se necessário.

Em cumprimento à diligência, a autuante procedeu a revisão e concluiu pela exclusão de itens cujos NCMs não constam no Anexo I ao RICMS/2012, que foram inicialmente incluídas no levantamento.

Assim, refez os levantamentos, fls. 239 a 259, e demais relatórios complementares, resultando nos novos demonstrativos anexados, inclusive gravados em mídia – CD, cuja cópia foi entregue ao contribuinte, restando como devidos os seguintes valores: R\$47.866,50, para o exercício de 2013 e R\$34.863,76 para 2014.

Cientificada da revisão efetuada pela autuante, fl. 261, a autuada se manteve silente.

Pautado para julgamento na 1ª Junta de Julgamento Fiscal, em 25/07/2019, foi constatado que permaneciam dúvidas quanto a efetiva sujeição de algumas mercadorias ao regime de substituição tributária, conforme Anexo I ao RICMS/2012, mantidas no levantamento, mesmo após diligência, cumprida pela autuante.

Dessa forma, os membros da 1ª JJF decidiram converter o processo em nova diligência, fls. 268 a 271, para que a autuante, mais uma vez, revisasse o enquadramento de todos os itens arrolados no levantamento, quanto a sua sujeição ao regime de Substituição Tributária – ST, informando a norma que inclui o item na ST, citando inclusive a posição constante no Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, excluindo os valores que porventura não estejam sujeitos ao regime de ST; refazer o levantamento e demonstrativo de débito, se for o caso e emitir parecer final.

Em cumprimento à diligência, a autuante informa, na fl. 276, que excluiu do levantamento fiscal os itens classificados nas NCMs: 9403, 3505, 7323.92, 7323.93, 7323.94, 7323.99, 6304.99, 5702.10 e 7608.20.10.

Afirma ter procedido uma revisão em todos os itens listados no levantamento para fins de verificação do correto enquadramento dos mesmos no regime de substituição tributária, com base no Anexo 1 do RICMS/2012, vigente em 2013 e 2014, donde concluiu ser pertinente a exclusão de itens não inclusos no citado anexo, resultando em novos demonstrativos, relatórios que ora anexa aos autos, assim como cópias gravadas em mídia – CD, restando como devidos os seguintes valores: R\$37.927,45, para o exercício de 2013 e R\$30.578,80 para 2014.

Intimada a tomar ciência do resultado da diligência, fl. 247, a autuada apresenta manifestação às fls. 350 a 352, alegando que a intimação foi remetida para o endereço da loja em Salvador-BA, consequentemente, os seus Advogados não foram notificados no endereço indicado na defesa, em São Paulo.

Explica, pela razão exposta, que os Advogados somente tomaram conhecimento da intimação em 12/09/2019, sendo que os demonstrativos, relatórios e levantamentos somente chegaram nas mãos dos patronos em 19/09/2019, por conta da greve dos CORREIOS, não lhes restando tempo hábil para analisar o conteúdo dos arquivos gravados no CD.

Requer, pelos fatos expostos, a extensão do prazo concedido de 10 dias, a ser contado a partir de 19/09/2019, para que não seja prejudicado seu direito de defesa.

Reitera seu pedido para que as intimações sejam dirigidas aos seus Advogados identificados na manifestação.

É o relatório.

VOTO

O auto de infração em lide imputa ao sujeito passivo a acusação de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, cuja fase de tributação foi encerrada, conforme prevê o art. 9º da Lei nº 7.014/96.

Verifico que foram observados os requisitos do art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, na lavratura do auto de infração, inclusive a entrega de todos os demonstrativos e planilhas elaboradas na autuação.

Quanto ao pedido de diligência, ressalto que, por duas oportunidades, o processo foi convertido em diligência, com o propósito de estabelecer a verdade material e retificar possíveis equívocos nos levantamentos fiscais. Tais diligências foram cumpridas em observância às normas do RPAF/99, tendo sido, em ambas oportunidades, oportunizado ao sujeito passivo se manifestar tendo este, conhecimento das alterações promovidas pela autoridade fiscal, que resultou na redução do imposto exigido.

Destarte, resta comprovado que a fiscalização procedeu de forma correta, atendendo aos ditames legais, demonstrando de forma clara e segura as infrações, o infrator, os fatos geradores, os valores devidos e acostou aos autos os demonstrativos e provas, inclusive relatórios extraídos da Escrituração Fiscal Digital – EFD, transmitida pelo contribuinte, e entregou todos os elementos necessário para que o mesmo exercesse amplamente seu direito de defesa.

Ressalto que o presente lançamento exige o crédito tributário no valor de R\$114.033,34, muito superior ao limite estabelecido no art. 38 do RPAF/99, descabendo, portanto, a arguição defensiva de erro insanável, que deve, assim, ser preliminarmente afastada.

Não pode também ser acolhido o argumento defensivo de que o lançamento deverá “*ser cancelado em observância ao artigo 47 do mesmo RPAF/99*”, pois não constato a existência de erro não passível de correção.

O § 1º do art. 18 do RPAF/99 prevê que eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do lançamento, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo, tal como ocorreu no presente processo.

Registro que não foi acostada, aos autos, nenhuma prova que possa se contrapor às acusações, sequer cópias dos documentos de arrecadação – DAES, mencionados na defesa, foram apensados, tanto em papel ou gravados no CD/DVD anexo, que, conforme registra a autuante, se encontra vazio.

As alegações não apresentam nexos com a acusação de utilização indevida de crédito fiscal decorrente da entrada de mercadorias sujeitas a substituição tributária, cuja fase de tributação se encerra exatamente com a substituição tributária, consoante prevê o art. 9º da Lei nº 7.014/96.

A vedação da utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária, está expressa no art. 290 do RICMS/2012.

Art. 290. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, **sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente**, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária. (Grifo nosso).

Assim, da leitura do dispositivo citado, a utilização do crédito fiscal decorrente da entrada de mercadorias, sujeitas ao regime de substituição tributária constitui infração, se praticada pelos contribuintes, fato comprovado pela autuação com base na EFD da autuada.

Quanto ao pedido de retificação dos códigos de receita utilizados nos recolhimentos realizados pela autuada, constantes nos Documentos de Arrecadação Estadual – DAES, fica o mesmo prejudicado, por não ter pertinência com a acusação, tampouco aos documentos que a defesa afirma ter apensado aos autos, sem que tenha assim procedido.

Ademais, o pedido de retificação de código de receita, em recolhimentos através de DAE, deve ser precedido de requerimento direcionado as unidades de atendimento da Secretaria da Fazenda, onde serão fornecidas todas as orientações e segue um procedimento administrativo próprio, conforme as orientações contidas nas “INSTRUÇÕES A SEREM OBSERVADAS NOS PROCESSOS DE INTERVENÇÃO NO SISTEMA DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS PARA CORREÇÃO DE DADOS”, descabendo qualquer análise no âmbito do CONSEF.

Na assentada de julgamento, foi constatada a necessidade de esclarecer a efetiva sujeição das mercadorias incluídas no levantamento efetuado pela autuante, às fls. 22 a 75-v, no regime de substituição tributária conforme Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente em 2013 e 2014.

Em cumprimento à diligência, a autuante procedeu a revisão e concluiu pela exclusão de itens cujos NCMs não constam no Anexo 1 ao RICMS/2012, que foram incluídos no levantamento. Refez os levantamentos, fls. 22 a 52 e 124 a 152, demais relatórios complementares, resultando nos novos demonstrativos, sobre os quais a autuada não se manifestou, mesmo cientificada.

Em cumprimento a uma segunda diligência, com a mesma finalidade da primeira, a autuante procedeu a uma nova revisão, excluindo diversos itens do levantamento fiscal, restando como devidos os valores R\$37.927,45, para o exercício de 2013 e R\$30.578,80, para 2014, conforme demonstrativos de débito, às fls. 289 e 290, revisão que acolho após proceder ao exame dos levantamentos e relatórios.

Quanto ao pedido de concessão do prazo de 30 (trinta) dias para juntada dos demais DAEs comprovantes dos pagamentos efetuados, ressalto que a defesa foi protocolizada em 27/08/2018, sem que, até a presente data, tenha a autuada apresentado quaisquer documentos para juntada aos autos, inclusive após notificada do resultado da primeira diligência.

Quanto ao pedido para que as intimações relacionadas ao presente PAF sejam encaminhadas para endereço dos Advogados indicados, de certo que não existe óbice para o seu cumprimento. No entanto, o não atendimento à solicitação, não caracteriza nulidade do auto de infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108, do RPAF/99.

Registro que, na última manifestação, a autuada requer a prorrogação do prazo de dez dias a ser contado da data de recebimento, pelos Advogados, dos demonstrativos, levantamentos e relatórios elaborados na última diligência, ocorrida em 19/09/2019. Ou seja, se concedida a prorrogação, a autuada teria o prazo até 30/09/2019, para se manifestar.

A unidade fazendária, responsável pelo preparo do PAF, não se pronunciou sobre tal requerimento, tendo remetido o processo para a Secretaria do CONSEF em 23/09/2019.

Sobre a questão, cabe registrar que a intimação para a autuada tomar ciência do resultado da diligência ocorreu em total observância ao que determina o art. 108 do RPAF/99 e art. 127, inc. II do CTN, *in verbis*.

Art. 127. Na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário, na forma da legislação aplicável, considera-se como tal: (...)

II - quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou às firmas individuais, o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento;

Portanto, a intimação foi endereçada à sede do estabelecimento do sujeito passivo, conforme consta registrado o endereço no Cadastro de Contribuintes, descabendo quaisquer argumentos quanto a possíveis irregularidades no procedimento adotados pela unidade da SEFAZ em notificar a autuada.

Dessa forma, não houve cerceamento do direito de defesa, haja vista que a notificação foi entregue na sede da empresa pelos CORREIOS, em 06/09/2019, conforme cópia do “AVISO DE RECEBIMENTO – AR”, fl. 348, cabendo a mesma providenciar meios para informar aos seus Advogados.

Pelo exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **129712.0007/18-6**, lavrado contra **ETNA COMÉRCIO DE MÓVEIS E ARTIGOS PARA DECORAÇÃO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$68.506,25**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR