

PROCESSO - A. I. Nº 129712.0007/18-6
RECORRENTE - ETNA COMÉRCIO DE MÓVEIS E ARTIGOS PARA DECORAÇÃO S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0218-03/19
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/08/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0150-12/21-VD

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 à diligência, foram refeitos os levantamentos e demonstrativos, reduzindo o valor inicialmente exigido. Infração parcialmente subsistente. Decretada, de ofício, a decadência referente aos meses de janeiro a maio de 2013. Afastada a preliminar de nulidade. Modificada a Decisão recorrida com acolhimento da decadência. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto em razão do acórdão proferido pela 2ª JJF, que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 06/06/2018, para exigir 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 2ª JJF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transcrito, julgado Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe.

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 nexo 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 às 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 ARRECAÇÃO 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.

Inconformada com a decisão de piso, a recorrente interpôs Recurso Voluntário tecendo as seguintes alegações defensivas.

Diz que relator de piso entendeu que não merece guarida os argumentos da ora Recorrente, pois, segundo ele, ficou ultrapassado o limitem estabelecido no art. 38 RPAF, de R\$39.720,00. Contudo, afirma que não foi este o questionamento da ora Recorrente.

Salienta que o que se questionou, e se questiona, é que não resta qualquer valor, em conjunto no Auto de Infração, de valor superior ao previsto no já mencionado art. 38 do RPAF, logo que pese nosso profundo respeito a decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, com ela não podemos concordar.

Salienta que os julgadores de piso confirmaram que a recorrente expediu documento expresso para que todas as intimações relacionadas ao processo fossem feitas diretamente para os advogados da ora recorrente, em seus endereços eletrônicos ou comercial, não obstante ter sido às fls. 350 a 352 formalmente informado pela ora recorrente, que não foi cumprida a referida solicitação.

Relata ser patente o cerceamento de defesa no caso concreto, a uma, em razão do próprio Nobre Julgador confirmar os pedidos expressamente feitos pela ora recorrente, relacionados às intimações dos atos processuais, a duas, em razão do mesmo Nobre Julgador confirmar que não foram cumpridas as solicitações feitas e reiteradas, e a três, em razão de que não se questionou, em momento algum, a nulidade do auto de infração pelo não cumprimento dos pedidos relacionados às intimações, o que se questionou foi, a nulidade dos atos processuais pelo não cumprimento dos pedidos relacionados às intimações.

Requer para se evitar a nulidade do presente processo administrativo, e de rigor que seja devolvido o prazo, para que a ora recorrente possa apresentar sua competente manifestação à Diligência de fls. 247, ou, alternativamente, se declare a nulidade do acórdão ora guerreado.

No mérito aduz que o principal argumento defensivo não foi validado ou contrariado, qual seja: todas as mercadorias autuadas não estavam, e não foram submetidas ao regime de substituição tributária.

Aponta que as mercadorias autuadas não foram submetidas ao regime de substituição tributária e requer a análise das DANFE's apontadas na autuação para se observar que em nenhuma delas foi praticada a sistemática da Substituição Tributária, ou seja, os créditos nas operações foram tomados exatamente em razão de não se ter praticado a ST.

Por amor à argumentação, mesmo que alguma mercadoria estivesse sujeita a sistemática de Substituição Tributária, a sua não aplicação estaria sujeita a outra penalidade, e não a glosa da tomada de crédito em operação onde não se praticou a Substituição Tributária.

Requer seja atribuído o efeito suspensivo aos valores lançados no Auto de Infração que foi objeto da Decisão ora Recorrida em razão da apresentação do presente Recurso Voluntário, nos termos da Lei e a conversão do julgamento em diligências afim de se comprovar a Verdade Material bem como se concretize os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Requer, finalmente, que todas as intimações, em especial as realizadas na imprensa oficial, via eletrônica ou postal, sejam feitas em nome do Dr. RAIMUNDO DANTAS DA SILVA JUNIOR, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, sob o nº 182.215, endereço eletrônico dantas@wsmoduli.com.br e Dr. SERGIO ANTONIO ELLER, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, sob o nº 240.542 endereço eletrônico sergio.eller@wsmoduli.com.br, com endereço comercial situado à Rua Faustino Paganini, 726, sala 02, Chácara Cruzeiro do Sul, São Paulo, SP, CEP.: 03732-010, telefone comercial (11) 2501-0857, sob pena de nulidade absoluta.

Este é o relatório.

VOTO

O presente Recurso Voluntário, visa combater infração única atribuída ao contribuinte, quanto à exigência do ICMS, em razão da utilização indevida de 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.

De logo, sinalizo que o Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN, e 39 do RPAF/99.

A recorrente suscita preliminar de nulidade, por entender que no nosso Processo Administrativo Fiscal, não se permite a lavratura de Auto de Infração para constituição e cobrança de crédito tributário de valor inferior a R\$39.720,00.

Analizando a referida preliminar de nulidade, verifico que o RPAF/99 assim determina em seu artigo 48:

“Art. 48. A Notificação Fiscal constitui o instrumento pelo qual será feito o lançamento de ofício para exigência de crédito tributário de valor inferior a R\$ 39.720,00 (trinta e nove mil setecentos e vinte reais), sempre que for constatada infração à legislação tributária, quer se trate de descumprimento de obrigação principal, quer de obrigação acessória”.

O presente Auto de Infração, exige crédito tributário no valor histórico de R\$114.033,34, acrescido da multa de 60%. Logo, se observado o limite acima mencionado, conclui-se que o crédito tributário apurado originalmente na empresa autuada, superou em muito o valor de R\$ 39.720,00.

Pelo exposto, ainda que se julgue improcedente o Auto de Infração, a lavratura do mesmo seguiu os preceitos legais para sua constituição, e apresenta-se regular da forma realizada.

Ainda em sede de preliminar, alega a recorrente, que expediu documento expresso para que todas as intimações relacionadas ao Processo Administrativo Fiscal fossem feitas e diretamente encaminhadas para os advogados substabelecidos pela empresa, e que a referida demanda não foi cumprida, ensejando a nulidade do acórdão.

Analizando o acima exposto, verifico que o art. 108 e 109 do RPAF assim mencionam:

Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

Art. 109. Considera-se efetivada a intimação: I - quando pessoal, na data da aposição da ciência do sujeito passivo ou do interessado, seu representante ou preposto, no instrumento ou expediente; II - quando por

remessa via postal: a) tratando-se de correspondência com “Aviso de Recebimento” (AR), na data de entrega consignada no AR;(grifo nosso).

Observe, portanto, que a empresa autuada tomou conhecimento do julgamento da JJF, conforme notificação encaminhada para sua sede, via CORREIOS, em 06/09/2019, conforme cópia do “AVISO DE RECEBIMENTO – AR”, fl. 348, tendo sido, por conseguinte, efetivada legalmente a intimação realizada.

Indefiro, de logo, o pedido de diligência, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a formação da minha convicção, nos termos do artigo 147 do RPAF/99. Ademais, o presente PAF foi convertido por duas vezes em diligência, mantendo-se a recorrente silente diante dos novos valores apurados, sem anexar ou apontar para qualquer novo elemento ou falhas específicas no processo realizado, mesmo em sede de Recurso Voluntário.

Conforme pontuado pela decisão de piso, “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”.

Desde o início do referido processo fiscal, o contribuinte teve por diversas vezes a oportunidade de colacionar as provas que entendesse necessárias para o deslinde da presente lide, contudo, e nem mesmo em sede de Recurso Voluntário, apresentou quaisquer novos documentos, inclusive após notificada do resultado das referidas diligências.

Não há, em sede de recurso, qualquer alegação específica quanto ao enquadramento das mercadorias na substituição tributária. A recorrente não aponta falhas no levantamento apurado pelo fiscal autuante em sua Nova Informação Fiscal. Pelo exposto, interpreto esse silêncio como reconhecimento tácito do novo valor reclamado.

Decretada, de ofício, declaro a decadência dos meses de janeiro a maio de 2013, referente aos valores, respectivamente, R\$5.763,25; R\$5.691,01; R\$2.908,51; R\$3.094,75; R\$3.755,95. Remanescendo o valor de R\$47.292,78.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, e de ofício, modifico a decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, modificar a Decisão recorrida e 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 recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$47.292,78**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de maio de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS