SUJEITO PASSIVO:	GONÇALVES IND. E COM. DE ALIMENTOS LTDA (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL)
ENDEREÇO:	RUA ABUNÃ C/GONÇALVES DIAS, S/N – BAIRRO OLARIA – PORTO VELHO/RO
PAT Nº:	20202700100153
DATA DA AUTUAÇÃO:	10/06/2020
CNPJ Nº:	06 225.625/0005-61
CAD/ICMS Nº:	126358-7
INTIMAÇÃO:	RODRIGO TOTINO/OAB/SP Nº. 305.896/OAB/RO Nº. 6.338
ENDEREÇO:	AV*.* CARLOS GOMES, Nº. 513 – BAIRRO CAIARI, SALA 05, 2º. ANDAR – PORTO VELHO/RO – CEP 76.801-166

DECISÃO Nº 2021.07.17.01.0489/TATE/SEFIN

Ementa: 1.ICMS – 2. Apropriar-se indevidamente de valores de créditos fiscais do Imposto na EFD – escrituração com erro - materiais de uso/consumo - irregularidades comprovadas - 3. Defesa tempestiva 4. Infração fiscal não ilidida. 5. Ação fiscal procedente.

(I). RELATÓRIO.

Observa-se nos autos, cujos procedimentos fiscais foram deflagrados no âmbito da GEFIS/CRE/SEFIN, com espeque na DFE nº. 20192500100107 (fls. 18), terem os autores, para o seu desiderato, lançado mão do libelo acusatório fiscal (fls. 02), uma vez que constataram como fundamento fático ensejador, que o sujeito passivo se utilizou indevidamente de valores dos créditos fiscais do imposto em sua escrita fiscal/EFD, no tocante a materiais de uso e/ou consumo em seu estabelecimento.

Infração fiscal incursa nos *arts. 77, Inciso V, "a-1" da Lei nº. 688/96 c/c art. 39, § 1º, III do RICMS/RO, aprovado pelo Decreto nº. 8321/98. Penalidade* (multa fiscal) cominada no *art. 77, Inciso V, alínea "a", item 1 da Lei 688/1996/ICMS/RO;* Consolidou-se o crédito tributário no montante de R$ 31.863,59; Colhida a ciência, viaECT (fls. 22), em 25/06/2020; Defesa tempestiva, recepcionada em 24/07/2020 (fls. 23).

Período fiscalizado: 19/03/2016 a 31/12/2017.

É o sucinto relato.

(II). ESCORÇO DEFENSÓRIO (Instrumento de fls. 25 a 37).

Em síntese, vejamos as argumentações trazidas à baila (a*rts. 119/120121 da Lei nº. 688/96).*

(fls. 25 a 29). Da Administração Judicial de massa falida; Síntese acusatória e tempestividade da defesa (fls. 29/30).

(fls. 29 a 32). DO MÉRITO. (I). Aplicação dos juros – da necessidade de aplicação da taxa Selic -. Aduz, se tratar de competência da União Federal legislar acerca do direito financeiro (art. 24/CF/88); Que, o Estado de Rondônia encontra-se em descompasso com as decisões dos tribunais superiores nesse sentido, vez que, os juros aplicados devem se ater àqueles parâmetros utilizados pela União, como norma geral; Que, o Judiciário tem decidido atualmente pela aplicação à espécie, a incidência da taxa Selic;

(fls. 32 a 37). (II). Da aplicação da Multa – Ofensa ao Princípio da Proporcionalidade - . Que a multa fiscal aplicada causa lesão ao Princípio da Proporcionalidade, ante o seu caráter arrecadatório, tornando-a, incoerente com o sistema, cujo Poder Judiciário tem rechaçado tal prática por considerá-la inconstitucional (colaciona julgados).

(fls. 37). DO PEDIDO. Requer seja recebida, conhecida e provida a presente impugnação, reduzindo-se os juros de mora, bem como da penalidade aplicada.

Estes são, pois, os argumentos defensórios. Passa-se às análises aos fundamentos jurídico-tributários legais (de Fato e de Direito) atinentes ao caso aqui guerreado.

3 – FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO.

A autoridades fiscais, no exercício legal de suas funções lançaram mão da lavratura do presente Auto de Infração, objeto desta lide, pela alegada infringência por parte do sujeito passivo qualificado à epígrafe, às disposições legais expressas nos *arts. 77, Inciso V, "a-1" da Lei nº. 688/96 c/c art. 39, § 1º, III do RICMS/RO, aprovado pelo Decreto nº. 8321/98. Penalidade* (multa fiscal) cominada no *art. 77, Inciso V, alínea "a", item 1 da Lei 688/1996/ICMS/RO.*

É o que se denota de vistas à peça inaugural (libelo acusatório fiscal de fls. 02).

(III). NO MÉRITO.

EM FASE DE EXAME DA MATERIALIDADE DA INFRAÇÃO E DA SUA CONFORMAÇÃO AOS DISPOSITIVOS LEGAIS EM VIGOR, - SUBSUNÇÃO DOS EVENTOS FACTUAIS ÀS NORMAS JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS -.

Cuida-se, no caso presente, de ação fiscal perpetrada pela GEFIS/CRE, com supedâneo legal na DFE Nº. 20192500100107, com o escopo "Auditoria Geral".

Vejamos, como se desenrolou o iter da contenda.

PROCEDIMENTOS PERPETRADOS PELA ACUSATÓRIA FISCAL.

Os autores do feito, gravaram na peça inaugural (libelo acusatório fiscal fls. 02), corroborado com Relatório Fiscal Circunstanciado (fls. 03 a 14), bem como da exposição em CD/Mídia eletrônica (fls. 17), utilizando como elemento fático, ter o sujeito passivo se apropriado indevidamente de valores dos créditos fiscais do imposto (ICMS), porquanto, lançou mão em sua EFD – Escrituração fiscal digital -, de créditos fiscais gravados sobre aquisições de materiais de uso e/ou consumo em seu estabelecimento.

Culminou, assim com a lavratura do Auto de Infração nº 20202700100153 (fls. 02).

Impõe-se, assim, lançar-se os tipos jurídico-tributários manejados na questão, quanto à capitulação legal da infração fiscal. Vejamos a dicção:

> **LEI Nº. 688/96/ICMS/RO**
>
> *Art. 77. As infrações e as multas correspondentes são as seguintes: (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)*
>
> *V - infrações relacionadas ao crédito do ICMS: (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)*
>
> *a) multa de 90% (noventa por cento):*
>
> *1. do valor do crédito fiscal apropriado indevidamente, ressalvado o disposto nas alíneas "b" e "d" deste inciso; e*
>
> **RICMS/RO, aprovado pelo Decreto nº. 8321/98**
>
> *Art. 39. Constitui crédito fiscal para fins de compensação do imposto devido: (NR dada pelo Dec. 12419, de 19.09.06 – efeitos a partir de 1º.08.01)*
>
> *§ 1º. Na aplicação deste artigo, observar-se-á o seguinte: (Lei 688/96, art. 33)*
>
> *Redação original: III - relativamente à aquisição de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, o contribuinte poderá creditar-se do imposto nas aquisições a partir de 1º de janeiro de 2020.*

Para a penalidade (multa fiscal), os do *art. 77, Inciso V, "a", Item 1 da Lei nº. 688/96,* retro transposto.

INSURGÊNCIAS MANIFESTADAS PELA DEFESA DO SUJEITO PASSIVO.

Alega a defesa da autuada, em suma, os seguintes pontos:

(I). Se verem aplicados na autuação fiscal, os juros legais, estes, não se encontram em consonância com as decisões dos tribunais superiores, os quais, pendem para a aplicação tão somente da taxa Selic;

(II). Que, a multa fiscal lançada se vê exacerbada, uma vez que afronta ao Princípio da Proporcionalidade, dado o seu caráter arrecadatório se constituir em efeito de confisco.

Em sendo assim, assevera não se sustentar a autuação fiscal, tal como perpetrada pelos autores do feito fiscal.

DO ENFRENTAMENTO ÀS QUESTÕES POSTAS (EVENTOS FÁTICOS E DA SUA PRETENSA SUBSUNÇÃO LEGAL - FATOS ÀS NORMAS -).

De todo o compulsar dos autos, há que se prescrutar com agudeza acerca dos gravames da autuação fiscal imputados ao sujeito passivo, bem como dos seus consectários legais e dos argumentos defensórios acostados aos autos.

Num giro inicial, Impende, às análises das questões materiais da autuação fiscal propriamente dita, qual seja, o envolvimento dos eventos fáticos ocorridos, em tese, e da sua conformação aos tipos jurídico-tributários pertinentes à matéria, tal qual, desnudados através do libelo acusatório fiscal (fls. 02).

Para o seu desiderato, os autores do feito fiscal lançaram mão dos dispositivos legais já especificados na autuação fiscal (procedimentos perpetrados pela acusação fiscal) desta decisão, no que pertine à descrição da infração fiscal.

Na dicção esmiuçada no relatório fiscal circunstanciado da fiscalização (fls. 03 a 14), extrai-se que, a autuação fiscal calca-se no fato de ter o sujeito passivo adquirido materiais para acondicionar seus produtos em embalagens de apresentação para venda ao consumidor final (bobinas fundo estrela e embalagens saco de papel kraft p/pão francês), este, os considerou como sendo integrantes de uma etapa de industrialização, porquanto, seriam passíveis de creditamento do imposto (ICMS) proveniente das etapas anteriores (aquisições). Ato contínuo, lançou mão da apropriação dos valores dos créditos fiscais do ICMS em sua EFD/SPED FISCAL.

Ocorre que, como bem dito, esses produtos não se incorporam àqueles oferecidos aos consumidores. Tão somente, os acondicionam. Não se constituem dessa forma, integrados e/ou agregados ao produto final à disposição dos clientes (consumidores finais).

Nesse andor, tais créditos fiscais, uma vez informados na EFD/SPED FISCAL como apropriáveis, não o são, conquanto, a legislação tributária estadual de regência obsta tais práticas, como se dessume de vistas ao *art. 39, caput e § 1º do RICMS/RO, aprovado pelo Decreto nº. 832/98.* Veja-se o teor do referido diploma legal:

RICMS/RO, aprovado pelo Decreto nº. 8321/98.

Art. 39. Constitui crédito fiscal para fins de compensação do imposto devido: (NR dada pelo Dec. 12419, de 19.09.06 – efeitos a partir de 1º.08.01)

§ 1º Na aplicação deste artigo, observar-se-á o seguinte:

*III – **relativamente à aquisição de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, o contribuinte poderá creditar-se do imposto nas aquisições a partir de 1º de janeiro do ano 2020.** (NR dada pelo Dec. 15986, de 20.06.11 – efeitos a partir de 1º.01.11) (grifo nosso).*

Reflexo disso, tal creditamento do imposto, houve-se de maneira indevida pelo sujeito passivo, vez que impeditivo, causando, dessa forma, a diminuição no saldo devedor do imposto a recolher nos períodos de apuração considerados (19/03/2016 a 31/12/2016).

Fato este, incontestável. Tanto é verdade, que a defesa do sujeito passivo quedou-se inerte, neste quesito. Acerca da materialidade da infração não se manifestou.

Convém emprestar à causa a dicção do art. 344, caput do CPC/2015.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/LEI Nº. 13.105/2015

Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.

É por demais consabido que, no vasto campo que compõe o Direito Tributário, ramo do direito público, vige a máxima de que, a prova invariavelmente se constituirá na prova real, ou seja, a documental. Razão porque, se impõe ao Fisco, enquanto órgão de controle e fiscalização do tributo, no caso, o ICMS estadual, coligir para os autosda persecução fiscal, sem que pairem quaisquer dúvidas, as provas robustas dos eventos fáticos ocorridos, de modo a conformá-los às prescrições legais previstas nashipóteses de incidência tributária (fatos geradores da obrigação tributária).

Diga-se, de passagem, para o bom ato legal de constituição de obrigações tributárias, mormente em se tratando de gravames tributários imputados ao sujeito passivo, via o Auto de Infração, urge que a prova produzida no curso da persecução fiscal seja robusta, extreme de dúvidas.

Muito embora se vislumbre na dicção subsidiária aplicada ao caso vertente, do art. 344, caput do CPC/2015, um espectro da presença da revelia, mesmo que parcial, neste caso debatido, vez que a defesa da autuada silenciou sobre o quesito material da acusação fiscal a ela imputada, aquela, por se revestir de caráter de presunção relativa, porquanto, admite a prova em contrário, não se verificou.

A materialidade da infração restou caracterizada de maneira cristalina.

Num segundo giro, impõe analisar acerca das insurgências trazidas à baila pela defesa do sujeito passivo, quais sejam:

(I). **No tocante à aplicação dos juros legais**.

Nessa toada, vislumbra-se não assistir razão à defesa do sujeito passivo, uma vez que, por se tratar de aplicação, por parte do julgador, de normativo legal (***Lei nº. 688/96 – art. 46, caput***), há impeditivos de ordem legal, por força das disposições legais expressas no *art. 16, Inciso II da Lei nº. 4929/2020*. Vejamos a dicção:

> **LEI Nº. 4929, de 17 de Dezembro de 2020.**
>
> *Art. 16. Não compete ao TATE:*
>
> *II - a negativa de aplicação de lei ou de ato normativo emanado do Governo de Rondônia, Secretário de Estado de Finanças ou do Coordenador-Geral da Receita Estadual; e*

Resta, por conseguinte, afastada a questão como tal suscitada pela autuada.

(II). **Quanto à aplicação da multa fiscal** (penalidade do *art. 77, Inciso V, alínea "a", item 1 da Lei nº. 688/96*), como rechaça a defesa do sujeito passivo, o tema segue o mesmo caminho do item anterior. Há óbice legal ao julgador imiscuir-se na questão.

Dessa forma, esgotam-se as análises aos quesitos objeto da presente demanda administrativa.

DECIDE-SE.

Ante tudo o que se demonstrou retro, do arcabouço jurídico-tributário desnudado (tipos legais subitem da acusação fiscal desta decisium) aplicados à ação fiscal, bem como das manifestações da impugnante (fls. 25 a 37), malgrado todo o esforço expendido pela defesa da autuada, resta, de clareza solar, que a ação fiscal, de cujos procedimentos administrativos culminaram com lavratura do presente Auto de Infração, deverá seguir avante.

Isto, se fez, de cujas análises com agudeza ao cômputo probatório constante dos autos do feito, resultou no eclodir da presente decisão.

Eis que, a defesa do sujeito passivo não logrou comprovar documentalmente as suas alegações e, por via de consequência, não obteve êxito em seu mister, qual seja, o de desconstituir/modificar o direito do autor (Estado/Fisco).

Impõe-se, assim, espelhar as disposições legais previstas no *art. 373, Incisos I e II do CPC/2015.* Veja-se o que reza tal diploma legal:

> *Art. 373. O ônus da prova incumbe:*
>
> *I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;*

> *II* ***- ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.*** *(grifo nosso).*

O sujeito passivo, portanto, não carreou para os autos do feito tais elementos hábeis e idôneos que tivessem o condão de impedir/modificar e/ou extinguir o direito dos autores (Fisco/Estado).

Uma vez que se vê configurada a tipicidade tributária, cujas irregularidades fiscais se veem acima expostas, impõe-se à espécie, o amoldamento ao disposto *no art. 75, §§ 1º, 2º e 3º da Lei nº. 688/96.*

> **LEI Nº. 688/96/ICMS/RO.**
>
> *Art. 75. Constitui infração, para os efeitos desta Lei, toda ação ou omissão que importe em inobservância pelo contribuinte, responsável ou terceiros, da legislação tributária relativa ao imposto. (NR dada pela Lei nº 3930, de 21.10.16 - efeitos a partir de 21.10.16)*
>
> *§ 1º Respondem pela infração, conjunta ou isoladamente, todos os que de qualquer forma concorrem para a sua prática ou dela se beneficiarem.*
>
> *§ 2º. A responsabilidade por infrações à legislação tributária relativa ao imposto, independe da intenção do contribuinte, responsável ou terceiro e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato. (NR dada pela Lei nº 3930, de 21.10.16 - efeitos a partir de 21.10.16)*
>
> *§ 3º. A prática das condutas definidas como infrações neste Capítulo implicará a lavratura de auto de infração e a imposição da penalidade correspondente, sem prejuízo da adoção do mesmo procedimento em relação a outras condutas vedadas pela legislação tributária ou por ela definidas como infrações. (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)*

Por via de consequência, os gravames da exação guardam espeque no disposto no art. 97, caput do citado diploma legal. Veja-se:

> *Redação anterior: Art. 97. Verificada qualquer infração à Legislação Tributária deverá ser iniciado o Processo Administrativo Tributário - PAT, através da lavratura de Auto de Infração, observada a exceção prevista no § 3º. (NR dada pela Lei 2109, de 07.07.09 – efeitos a partir*

Por fim, salientar que a presente decisum se vê amoldada ao disposto no *art. 489 e incisos do CPC/2015.*

4 – CONCLUSÃO

Assim, de acordo com o previsto no *artigo 15, Inciso I da Lei nº 4929, de 17/12/2020,* no uso da atribuição disposta no *artigo 79, II, do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo Tributário – TATE, aprovado pelo Decreto nº 9157, de 24 de julho de 2000*, **JULGO PROCEDENTE** a ação fiscal e, por reflexo, considerar **DEVIDO** o montante do crédito tributário de **R$ 31.863,59**, o qual deverá ser atualizado monetariamente na data do pagamento.

5 – ORDEM DE INTIMAÇÃO

Intime-se o sujeito passivo, para, efetivar o recolhimento do montante do crédito tributário devido, resultante desta decisão administrativa singular nº. 2021.07.17.01.0489/TATE/SEFIN, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência, ressalvando-lhe do direito de recurso à Câmara de Julgamento de Segunda Instância desta Tribunal, no mesmo prazo, sob pena de consolidação e inscrição do débito fiscal na Dívida Ativa do Estado de Rondônia e consequente execução fiscal (lei Federal nº. 6.830/80)

Porto Velho/RO/TATE/UJ/1ª Instância, 22 de Julho de 2021.