



GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS
UNIDADE DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

SUJEITO PASSIVO: *M. S. M. INDUSTRIAL LTDA*

ENDEREÇO: *Avenida Ceará, 3163 - Jardim Nazle - Rio Branco/AC - CEP: 69918-084*

DADOS PARA INTIMAÇÃO: *lkradvogados.ac@gmail.com*

DADOS PARA INTIMAÇÃO DOS SÓCIOS:

PAT Nº: *20212700100118*

DATA DA AUTUAÇÃO: *12/04/2021*

CAD/CNPJ: *05.394.853/0002-50*

CAD/ICMS: *00000000963976*

DECISÃO PROCEDENTE Nº: 2021/1/48/TATE/SEFIN

1. Apropriação indevida de crédito Fiscal. 2. Defesa tempestiva 3. Infração não ilidida 4. Auto de infração procedente.

1 - RELATÓRIO

Em atendimento à DFE 20202500100023, foi constatado que sujeito passivo acima identificado, apropriou-se indevidamente de crédito fiscal originados de 31 (trinta e uma) NF-e de emissão própria, nos períodos de 02/2016 a 12/2016, sem o devido amparo legal (ANEXO I), sendo que a legislação tributária não permite a emissão de NF-e de entrada para contribuinte do icms, salvo no caso de recusa do recebimento pelo adquirente da mercadoria, o que não foi o caso pois foi alegado "ERRO OPERACIONAL" para emissão das mesmas, sendo que das 31, 19 (dezenove) delas poderiam ter sido canceladas extemporaneamente, comprovada a não circulação das mercadorias (ANEXO II) e as outras 12 (doze), por ter ultrapassado o período de 30 (trinta) dias, solicitado a restituição, caso fossem comprovados os requisitos legais (ANEXO III)

A capitulação legal indicada para a infração foi o art. 50-I e 201-I, ambos do RICMS/98,

aprov. pelo Decreto 8321/1998, e para a multa o art. 77-V-a-1 da Lei nº 688/96.

O crédito tributário, à época da lavratura, tem a seguinte composição:

Tributo ICMS	R\$ 201.924,67
Multa	R\$ 275.182,48
Juros	R\$ 161.432,86
Atualização Monetária	R\$ 103.833,67
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 742.373,68

O sujeito passivo foi notificado do auto de infração via DET, e apresentou defesa tempestiva em anexo.

Consta Termo de Atribuição de Responsabilidade solidária pelo pagamento do presente crédito tributário para os sócios _____, CPF _____, L _____, CPF _____ E W _____, CPF _____, SC _____, CPF _____

2 - DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

Em sua defesa apresentada o sujeito passivo alegou, inicialmente, que as notas de saída em que as operações não se concretizaram (e por consequência foi adotado o procedimento de emitir uma respectiva nota de entrada), foram todas emitidas contra empresas de construção civil, prestadoras de serviço, conforme se infere nos documentos anexos.

Que não se tratava de empresas obrigadas à emissão de documento fiscal referente ao ICMS, mas de consumidores finais que não poderiam emitir nota de saída “devolvendo” as mercadorias.

Que a própria Autoridade Fiscal, certamente ciente da inexistência de efetiva circulação, elenca os procedimentos adequados para que a Autuada formalizasse o cancelamento das operações e o “estorno” dos débitos respectivos. Entretanto, há de se considerar que as operações de circulação de mercadoria de fato não ocorreram, razão pela qual não é devida a constituição do crédito nos moldes adotados. Há, de fato, falha formal, as notas poderiam ter uma descrição mais clara na parte das observações, por exemplo, mas isso não permite a tributação sobre base econômica que não existiu.

Que muita embora tenha ocorrido falha formal, seria excessiva e desproporcional a imputação constante no auto, pois inviabiliza a empresa em função de um equívoco procedimental de seu setor contábil. Repita-se: o próprio Auditor percebe que a circulação não ocorreu e indica os

caminhos adequados para que a empresa cancelasse a nota ou pedisse a restituição. Não há como se entender como razoável que esta falha acarrete o lançamento de tributo e multa sobre uma base econômica que jamais se verificou.

Que além da inexistência de circulação da mercadoria para o Estado do Acre pode ser aferida pela própria ausência de trânsito do produto no Posto Fiscal do Estado de Rondônia, caso persista alguma dúvida, o Autuado requer, com fulcro no artigo 116, da Lei 688/96, a realização de diligência junto ao Fisco do Estado do Acre a fim de confirmar a veracidade das informações ora apresentadas, ou seja, que tais notas jamais foram internalizadas no Estado dos pretensos adquirentes da mercadoria.

Que o autuado diligenciou esta prova junto ao Fisco do Estado do Acre. Entretanto, conforme se infere na documentação anexa, o Auditor Fiscal acreano, Dr. Rodrigo Bartoli Machado, matrícula 9315306-1, negou-se a emissão do documento sob o argumento de que a prova da ocorrência ou não do desembaraço somente poderia ser solicitada pela empresa destinatária.

Destarte, a fim de viabilizar a máxima efetividade do princípio da capacidade contributiva, da proporcionalidade e da razoabilidade, requer-se a realização de diligência para extirpar qualquer dúvida quanto a inexistência de circulação, bem como o julgamento pela insubsistência do Auto, que se funda em fato gerador inexistente.

Que corroborando tal afirmação de inexistência de circulação, carrou aos autos extratos da situação das notas extraídas no sistema de nota fiscal eletrônico da Receita Federal, documentos que evidenciam que tais notas jamais evoluíram da situação de “autorizada”. Não há nos referidos extratos nenhuma outra situação em relação a tais notas, mas, tão somente, a autorização de uso.

E que não teria ocorrido circulação de mercadoria, de fato a escrituração do débito de ICMS referente às notas de saída era indevida. Não obstante a falha formal verificada, tal circunstância não pode ensejar a oneração do patrimônio da Autuada sobre base econômica que jamais existiu.

Por todas estas razões, o Contribuinte/Autuado requer que o auto de infração 20212700100118 seja julgado totalmente improcedente, e para melhor garantia da ampla defesa e contraditório, esclarecemos que todas as intimações, atos e publicações referentes a este procedimento sejam também informados no e-mail lkradvogados.ac@gmail.com.

Quanto à defesa dos sócios M. [redacted] (que também é Contadora da empresa), CPF [redacted] -00, L [redacted], CPF [redacted] e W. [redacted], CPF [redacted] -68 de fls. 81/101, no que se referem à suas Responsabilidades solidárias pelo pagamento do presente crédito tributário,

aduzem que o autuante não informou nenhuma ação ou omissão específica ou conduta dolosa individualizada que possa ser atribuída aos sócios, impedindo, assim, de apresentarem defesa adequada à solidariedade pretendida.

Trazendo o argumento de que é pacífico o entendimento de que o inadimplemento do tributo pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade do sócio gerente, entendimento este já consolidado na Súmula 430 do Superior Tribunal de Justiça.

Que, dessa maneira, não havendo indicação individualizada de qualquer conduta de quaisquer dos sócios, condutas dolosas que pudessem atrair a incidência do art. 135 do CTN e art. 11-A da Lei 688/96, o auto deveria ser julgado totalmente improcedente em relação aos sócios.

Quanto ao mérito da constituição do crédito, reitera-se como se aqui estivessem transcritas todas as alegações de defesa apresentadas pela MSM INDUSTRIAL LTDA.

Por estas razões, não havendo indicação individualizada de qualquer conduta dolosa por parte dos sócios da contribuinte, circunstância que impede o próprio exercício da ampla defesa e contraditório, devendo, assim a atribuição de responsabilidade ser julgada improcedente.

E que todas as intimações, atos e publicações referentes a este procedimento sejam também informados no e-mail edsonrigaud.adv.@gmail.com.

3 - FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO

Conforme consta na peça básica, o sujeito passivo foi autuado em cumprimento à DFE 20202500100023, após ser detectado que o mesmo se apropriou indevidamente de crédito fiscal originados de 31 (trinta e uma) NF-e de emissão própria, nos períodos de 02/2016 a 12/2016, sem o devido amparo legal (ANEXO I), sendo que a legislação tributária não permite a emissão de NF-e de entrada para contribuinte do ICMS, salvo no caso de recusa do recebimento pelo adquirente da mercadoria, o que não foi o caso, pois foi alegado "ERRO OPERACIONAL" para emissão das mesmas, sendo que das 31, 19 (dezenove) delas poderiam ter sido canceladas extemporaneamente, comprovada a não circulação das mercadorias (ANEXO II) e as outras 12 (doze), por ter ultrapassado o período de 30 (trinta) dias, solicitado a restituição, caso fossem comprovados os requisitos legais (ANEXO III).

Feita a regulamentar notificação ao sujeito passivo, o processo veio devidamente instruído com as provas da acusação e com a defesa tempestiva aduzindo o sujeito passivo que as notas de saídas em que as operações não se concretizaram (e por consequência foi adotado o

procedimento de emitir uma respectiva nota de entrada), foram todas emitidas contra empresas de construção civil, prestadoras de serviço, não obrigadas à emissão de documento fiscal referente ao ICMS, conforme se infere nos documentos anexos (teria havido apenas falha formal).

No que se refere à Atribuição de Responsabilidade solidária pelo pagamento do presente crédito tributário a defesa dos sócios entendeu ser aplicável ao caso a Súmula 430 do STJ, uma vez que não teria havido individualização da suposta conduta dolosa.

Posto isso, após a análise detida dos autos, que inclui o Relatório Circunstanciado do auto de infração de fls. 05/18 e seus Anexos, verifico que a acusação está corretamente posta, atendendo a todos os requisitos previstos na norma para a prática do lançamento de ofício do crédito tributário levado a efeito, nos termos do art. 149-V do CTN.

Com efeito, conforme bem detalhado no aludido Relatório Circunstanciado, a apropriação indevida do crédito fiscal relativo às 31 (trinta e uma) notas fiscais de entrada (TIPO 0) ocorreu após a verificação no campo informações, **a indicação das notas fiscais de saída**, informando **“ERRO OPERACIONAL”**, mas sem especificar qual era o erro, apenas de forma genérica, levando, assim, a fiscalização a concluir que não se tratava de operações com mercadoria.

Verifica-se que, diante de tal circunstância, de fato, o contribuinte poderia ter solicitado o cancelamento de forma extemporânea de 19 (dezenove) notas fiscais de saída emitidas com “Erro Operacional” com base na IN nº 008/2014/GAB, demonstradas no **ANEXO II – NFE DE SAÍDA COM EMISSÃO DE NFE DE ENTRADA PARA APRORIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL DO ICMS ESCRITURADAS NA EFD ICMS/IFI E GIAM – 2016 (PRAZO INFERIOR A 30 DIAS)**, já que não excedia o prazo de 30 (trinta) dias e não teria ocorrido a circulação da mercadoria, e em relação às outras 12 (doze) notas fora desse prazo, referentes ao anos de 2013, 2014 e outras de 2016, demonstradas no **ANEXO III NFE DE SAÍDA COM EMISSÃO DE NFE DE ENTRADA PARA APRORIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL DO ICMS ESCRITURADAS NA EFD ICMS/IFI E GIAM – 2016 (PRAZO SUPERIOR A 30 DIAS)**, e já que não era caso de estorno, de acordo com o art. 50-I-Parágrafo único do RICMS-RO à época vigente, preenchidos os requisitos legais e comprovado o suposto “Erro Operacional”, caberia o pedido de restituição, nos termos dos artigos 901 a 908 do RICMS-RO, porém, tais providências não foram adotadas pelo sujeito passivo, infringindo, assim, o art. 50-I e 201-I, ambos do RICMS/98, aprov. pelo Decreto 8321/1998, sendo que as provas eletrônicas juntadas aos autos pelo autuante, conforme RC nº 002/2017/GAB/ SEFIN/CRE/TATE, comprovam os fatos imputados.

A principal razão apresentada pelo sujeito passivo em nada confronta a autuação, pelo contrário, apenas corroboram que a conduta adotada infringiu o art. 201-I e 50-I-Parágrafo único, ambos do RICMS/98, pois, ao afirmar que a emissão das respectivas notas fiscais de

entrada, foram todas emitidas contra empresas de construção civil, prestadoras de serviço, não obrigadas à emissão de documento fiscal, por si só, já revela a infração cometida, pois não se trata da hipótese prevista no RICMS-RO no art. 201-I, *in verbis*, para emissão de NF-e de entrada, ou seja, **não são mercadorias remetidas a qualquer título pelas empresas de construção civil**, e muito menos caso de devolução por não entrega ao destinatário, mas, segundo o próprio sujeito passivo, foi devido a “Erro Operacional” a aludida emissão, que, contudo, não tem o condão de ilidir o auto de infração, mas tal erro era objeto de outras providências, não seguidas pelo autuado, como já retro mencionado:

*Art. 201. Os contribuintes, excetuados os produtores agropecuários e os extratores não equiparados a comerciantes ou industriais, **emitirão Nota Fiscal sempre que no estabelecimento entrarem bens ou mercadorias, real ou simbolicamente** (Convênio S/No SINIEF, de 15/12/70, art. 54).*

*I – novos ou usados, **remetidos a qualquer título** por particulares, produtores agropecuários ou pessoas físicas ou jurídicas não obrigados à emissão de documentos fiscais;*

(...)

IV – em retorno de remessas feitas para venda fora do estabelecimento, inclusive por meio de veículos;

(...)

VI – em outras hipóteses previstas na legislação. (G.n.)

Portanto, a conduta do sujeito passivo na utilização de crédito fiscal indevido, restou comprovada, resultando em infração a legislação tributária pertinente, à época vigente (arts. 50-I e 201-I, ambos do RICMS/98, aprov. pelo Decreto 8321/1998), sujeitando-se, assim, à cobrança do imposto devido, com aplicação da penalidade cabível, e demais consentâneos, nos termos do presente auto de infração sob exame.

No que tange ao pedido de diligência para extirpar qualquer dúvida quanto a inexistência de circulação de mercadoria, decido pelo **indeferimento de tal pedido**, tendo em vista que este Julgador está convencido de que não houve, de fato, tal circulação, e a eventual confirmação do Fisco do Acre atestando que a mercadoria não ingressou naquele Estado, só viria, apenas, a corroborar a questão, o que não descaracterizaria a acusação fiscal de apropriação indevida de crédito fiscal do ICMS.

Quanto à pretendida atribuição aos sócios M. _____, CPF _____, L. _____, CPF _____, e W. _____, CPF _____, de fls. 81/101, como responsáveis solidários pelo pagamento do crédito tributário do presente auto de infração, decido **manter** apenas em relação à sócia M. _____, CPF _____, que, além de sócia, também é

Contadora da empresa, e vez que restou caracterizada hipótese aplicável prevista no art. 11-A-XIV-§1º-II-a da Lei 688/96, *in verbis*, considerando que as aludidas notas fiscais de entrada são consideradas inidôneas, nos termos do art. 177-§2º-2 do RICMS-RO à época vigente, e, além disso, houve supressão do ICMS, circunstâncias de pleno conhecimento da Contadora, ou que era sua obrigação tal conhecimento:

Art. 11-A. São responsáveis pelo pagamento do crédito tributário: (AC pela Lei nº 3583, de 9 de julho de 2015 - efeitos a partir de 01.07.16)

(...)

*XIV - solidariamente, a pessoa que tenha interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária principal e acessória, **inclusive o contabilista definido no § 3º** ou a organização contábil; (NR dada pela Lei nº 3692, de 14.12.15 – efeitos a partir de 01.07.16)*

§ 1º. Presume-se interesse comum previsto no inciso XIV deste artigo: (AC pela Lei nº 3583, de 9 de julho de 2015 - efeitos a partir de 01.07.16)

(...)

II - em relação ao contabilista ou organização contábil quando: (AC pela Lei nº 3692, de 14.12.15 – efeitos a partir de 01.07.16)

*a) **constar na escrituração fiscal** ou informar ao fisco **dados ou valores divergentes aos constantes nos documentos fiscais de entrada** ou saída **que resultarem na supressão** ou redução do imposto;*

Quanto aos sócios _____, CPF _____ e W.

_____, CPF _____, decido **afastar** a pretensão de responsabilidade solidária

pelo pagamento do crédito tributário por acatar, ao presente caso, a incidência do entendimento consolidado na Súmula 430 do Superior Tribunal de Justiça “*O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente*”, com fundamento no art. 16-§1º-IV, *in verbis*, visto que, realmente, como alegou a defesa, não restou provado a indicação individualizada de qualquer conduta destes sócios, que pudesse atrair a incidência do art. 11-A da Lei 688/96:

Art. 16.....:

(...)

§ 1º O Tribunal poderá aplicar em suas decisões o entendimento resultante de:

(...)

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e tributária e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e tributária.

Dessa forma, cumpridos todos os requisitos legais para atuação por parte do autuante, e considerando que o sujeito passivo não se desincumbiu da acusação fiscal imputada, decido

pela procedência do presente auto de infração

4 - CONCLUSÃO

De acordo com o previsto no artigo 12, I, da Lei nº 912, de 12 de julho de 2000, 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** o auto de infração e **DEVIDO** o crédito tributário de R\$ 742.373,68, devendo o mesmo ser atualizado na data do efetivo pagamento.

Considerando que no presente auto de infração foram eleitos terceiros como responsáveis solidários, neste ato decido a responsabilidade solidária conforme abaixo:

5 - ORDEM DE INTIMAÇÃO

Fica o sujeito passivo intimado a recolher o crédito tributário devido no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência deste, garantido o direito de recurso voluntário à Câmara de Segunda Instância, no mesmo prazo, sob pena de inscrição em dívida ativa do Estado e conseqüente execução fiscal.

Porto Velho, 12/09/2021 .

Elder Basílio e Silva

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

Elder Basílio e Silva, Auditor Fiscal,

, Data: **12/09/2021**, às **20:22**.

Conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.