



**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:** *Av. Ceará, 3163 - Jardim Nazle - Rio Branco/AC - CEP: 69918-084*

**PAT Nº:** *20212700100161*

**DATA DA AUTUAÇÃO:** *27/05/2021*

**CAD/CNPJ:** *05.394.853/0002-50*

**CAD/ICMS:** *00000000963976*

**DECISÃO PARCIAL C/ RECURSO OFÍCIO Nº: 2021/1/4/TATE/SEFIN**

1. Erro na determinação da BC
2. Defesa Tempestiva
3. Infração Parcialmente Ilidida
4. Auto de infração Parcial Procedente

**1 – RELATÓRIO**

Auto de Infração lavrado em 27/05/2021 na 2ª DRRE, no qual o autuante descreve como infração, resumidamente, que *“O Sujeito Passivo acima identificado, realizou, no período de 10/2016 e 11/2016, operações de saída de mercadorias classificadas sob o CFOP 6116 (VENDA DE PRODUÇÃO DO ESTABELECIMENTO ORIGINADA DE ENCOMENDA PARA ENTREGA FUTURA), utilizando-se para tais operações o CST-ICMS (CÓDIGO DE SITUAÇÃO TRIBUTÁRIA) 041 (NÃO TRIBUTADA), deixando de informar, nos documentos fiscais, a base de cálculo, a alíquota e o valor do ICMS incidente sobre as operações, apurando, assim, o valor do imposto a menor em tais documentos fiscais...”*

**Período Fiscalizado:** *“01/01/2016 a 31/12/2016”*. **Capitulação Legal:** **Infração:** *“Art. 2º, inc. I, art. 17 inc. I, 18 inc. I ambos da Lei Estadual 688/96 c/c Art. 1º da Resolução do Senado Federal n. 22/1989”* **Multa:** *“Artigo 77, inciso IV, alínea “a”, item 4 da Lei 688/96”*. **Base de Cálculo:** **Tributo:** *“1143685,38”* **Multa:** *“137.242,24”*

Composição do Crédito Tributário lançado:

TRIBUTO:	R\$ 137.242,24
MULTA: 90,00%	R\$ 187.106,80
JUROS:	R\$ 107.385,12
A. MONETÁRIA:	R\$ 70.654,22
<b>TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO</b>	<b>R\$ 502.388,38</b>

## **2 – DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA**

O sujeito passivo apresentou defesa administrativa na qual traz, resumidamente, as seguintes alegações:

- que *“Conforme se verifica da documentação anexa, ocorreu mero erro formal no cumprimento de obrigação acessória. As notas fiscais que ensejaram o lançamento foram, de fato, produzidas com indicação equivocada do CFOP, mas tais documentos não materializaram saída de mercadorias, mas, sim, encomendas para entregas futuras, que deveriam ser escrituradas com o CFOP 6.922”*

- que *“A Autuada emitiu Notas Fiscais, que deveriam ter sido escriturada com o CFOP 6922, apenas como faturas para entrega futura. Conforme se infere nos documentos anexos, tais operações ensejaram efetiva circulação posterior com notas fiscais que expressamente fazem referência à sua vinculação com a “Nota mãe”, que nada mais fazia do que representar o*

*compromisso para entrega futura.”*

- que *“A documentação anexa evidencia que as notas de efetivas saídas posteriormente emitidas se referem expressamente a “NF Origem”. Portanto, o que ocorreu foi tão somente a escrituração da Nota Fiscal de Origem com a indicação do CFOP errado.”*

- que *“Portanto, a despeito de serem escrituradas com a indicação equivocada do CFOP, tais documentos não materializam operações de efetiva circulação. Ocorreu, tão somente, falha no cumprimento de obrigação acessória. As notas para entrega futura foram escrituradas com indicação do CFOP da efetiva nota de saída. A efetiva circulação ocorreu em momento posterior e com o devido destaque do ICMS”*

- que *“Noutra quadra, algumas Notas referem-se a operações que efetivamente não se concretizaram, não ensejaram efetiva circulação de mercadorias, conforme evidenciam os documentos anexos. Houve o compromisso para entrega futura, mas o comprador desistiu da operação”*

- que *“Não obstante tenha ocorrido falha no não cancelamento de tais notas, o que se verifica é que foram escrituradas notas para entrega futura e a operação acabou não se concretizando. A documentação anexa evidencia que tais documentos não ensejaram efetiva movimentação, não ensejaram circulação, não transitaram no posto fiscal, não ensejaram aviso de frete, etc. Há tão somente a autorização da Nota Fiscal e nenhuma movimentação posterior.”*

- que *“Um desses casos é a Nota 61851, que se referia a venda para entrega futura para o empreendimento Terras Alphaville no Estado do Acre, operação que não se concretizou. Neste contexto, juntamos documento do Fisco do Estado do Acre que evidencia a inexistência de internalização.”*

- que *“Exatamente como as outras Notas nesta não ocorreu qualquer movimentação após a sua autorização.”*

- que *“Em suma, se verifica que a Autuação ocorreu em relação a Notas Fiscais que, a despeito de serem faturamentos para entrega futura, foram contabilizadas com CFOP equivocado e em relação a Notas referentes a operações que não se concretizaram”*

- que *“Destarte, não tendo havido efetiva circulação de mercadoria, não merece prosperar a Autuação.”*

E conclui requerendo *“que o Auto de Infração 20212700100161 seja julgado totalmente improcedente”* e *“que todas as intimações, atos e publicações referentes a este procedimento sejam também informados no e-mail edsonrigaud.adv@gmail.com”*

### **3 – DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO**

#### **3.1 DA AUTUAÇÃO**

Trata-se de auto de infração lavrado na 2ª DRRE, em atendimento a DFE nº 20202500100023, referente a “PLANEJAMENTO MALHAS FISCAIS 2020 – AUDITORIA ESPECÍFICA – CONTA GRÁFICA”, na qual restou constatado pelo autuante, após a realização do procedimento descrito no relatório fiscal anexo (fls. 05 a 15 do PAT físico), que o sujeito passivo teria realizado no período de 10/2016 e 11/2016, *“operações de saída de mercadorias classificadas sob o CFOP 6116 (VENDA DE PRODUÇÃO DO ESTABELECIMENTO ORIGINADA DE ENCOMENDA PARA ENTREGA FUTURA), utilizando-se para tais operações o CST-ICMS (CÓDIGO DE SITUAÇÃO TRIBUTÁRIA) 041 (NÃO TRIBUTADA), deixando de informar, nos documentos fiscais, a base de cálculo, a alíquota e o valor do ICMS incidente sobre as operações, apurando, assim, o valor do imposto a menor em tais documentos fiscais.”*

Com base nas informações levantadas na auditoria realizada, o autuante elaborou a Planilha - ANEXO I, na qual demonstra os dados dos referidos documentos fiscais, bem como realiza a

apuração dos valores do ICMS devido, sendo que as Chaves de Acesso dos documentos encontram-se na Planilha ANEXO II, atendendo o disposto na RC 002/2017/GAB/SEFIN/CRE/TATE, relativamente às provas eletrônicas.

### 3.2 DA DEFESA

A defesa administrativa apresentada pelo sujeito passivo, como podemos observar no item 2, tem como alegação principal a de que os documentos fiscais objeto do presente auto de infração foram emitidos com “erro formal no CFOP”, tendo sido utilizado o CFOP 6116 quando o correto seria a utilização do CFOP 6922, pois tais Notas Fiscais seriam apenas o compromisso de venda para entrega futura (“Nota Mãe”), e que não ensejaram a saída efetiva das mercadorias na ocasião das respectivas emissões.

Conforme relatado pelo sujeito passivo, após as emissões das NFe's objeto da autuação (que deveriam ter sido emitidas com o CFOP 6922), parte das operações não teria se concretizado, pois teria havido o compromisso para entrega futura, mas os compradores desistiram das operações, e portanto não teria ocorrido a efetiva circulação das mercadorias.

Em relação as tais operações, constantes de uma planilha no item 10 da defesa, o sujeito passivo, admite que *“tenha ocorrido falha no não cancelamento de tais notas”,* mas que *“não ensejaram efetiva movimentação, não ensejaram circulação, não transitaram no posto fiscal, não ensejaram aviso de frete, etc.”* e que nos correspondentes documentos eletrônicos constaria *“tão somente a autorização da Nota Fiscal e nenhuma movimentação posterior”*.

No intuito de comprovar tais alegações, o sujeito passivo junta aos autos o “ANEXO II – NOTAS NÃO AUTORIZADAS.PDF”, no qual traz as respectivas consultas às Notas Fiscais eletrônicas, constando apenas o evento da “Autorização de Uso”.

Não obstante as alegações do sujeito passivo neste ponto, realizamos em 26/09/2021 a consulta às 27 (vinte e sete) Chaves de Acesso das Notas Fiscais indicadas pelo sujeito passivo

como “Não Utilizadas”, no sítio <http://www.sefaznet.ac.gov.br/sefazonline/servlet/painelchave>, e constatamos que 20 (vinte) delas foram internalizadas no Estado do Acre, conforme quadro abaixo:

Data Emissão	Nº NFe	UF	CFOP	Data Intern.
03/10/2016	61520	AC	6116	02/11/2016
17/10/2016	61667	AC	6116	16/11/2016
18/10/2016	61679	AC	6116	17/11/2016
18/10/2016	61684	AC	6116	17/11/2016
20/10/2016	61724	AC	6116	19/11/2016
24/10/2016	61759	AC	6116	23/11/2016
25/10/2016	61783	AC	6116	24/11/2016
25/10/2016	61788	AC	6116	24/11/2016
26/10/2016	61789	AC	6116	25/11/2016
27/10/2016	61805	AC	6116	26/11/2016
03/11/2016	61874	AC	6116	03/12/2016
03/11/2016	61883	AC	6116	03/12/2016
07/11/2016	61919	AC	6116	07/12/2016
07/11/2016	61920	AC	6116	07/12/2016

10/11/2016	61977	AC	6116	10/12/2016
10/11/2016	61979	AC	6116	10/12/2016
10/11/2016	61980	AC	6116	10/12/2016
10/11/2016	61984	AC	6116	10/12/2016
10/11/2016	61986	AC	6116	10/12/2016
10/11/2016	61987	AC	6116	10/12/2016

Conforme demonstrado, em relação as NFe's constantes do quadro acima, não se aplicam as alegações do sujeito passivo de que as mesmas não teriam sido utilizadas, uma vez que houve as respectivas internalizações no Estado do Acre, não se tratando apenas de “falha no não cancelamento”, e portanto, não existindo outra justificativa plausível, está correta a cobrança do ICMS devido, tendo em vista a comprovação da efetiva saída das mercadorias.

Em relação as outras 7 (sete) NFe's, descritas no quadro abaixo, cujas respostas as consultas de internalização foram negativas, entendemos que devem ser excluídas da autuação, pois como bem explicitado pelo autuante no item 10 de seu relatório fiscal, o momento da ocorrência do fato gerador do ICMS é a saída efetiva das mercadorias, e o auto de infração foi lavrado sob a acusação de que o sujeito passivo “realizou, nos períodos de 10/2016 e 11/2016, operações de saída de mercadorias classificadas sob o CFOP 6116”, e não resta comprovada a efetiva realização da operação, somente com a emissão da NFe.

Data Emissão	Nº NFe	UF	CFOP
19/10/2016	61702	AM	6116
24/10/2016	61758	AC	6116

25/10/2016	61776	AC	6116
01/11/2016	61851	AC	6116
03/11/2016	61870	AC	6116
04/11/2016	61898	AC	6116
09/11/2016	61959	AC	6116

Nesse sentido, em nosso entendimento, não seria aplicável a presunção da ocorrência das operações, pois não foi objeto da autuação o levantamento fiscal do estoque, não sendo a situação em análise, uma das previstas nos Artigos 72 e 73 da Lei 688/96, cabendo portanto ao Fisco na condição de acusador, fazer prova inequívoca do cometimento da infração.

Não se comprovando a efetiva saída, e não sendo passível de presunção nos termos da Legislação, não pode ser descartada a hipótese de erro na emissão dos referidos documentos fiscais alegada pelo sujeito passivo, que apesar de se constituir também de uma infração à legislação tributária, seria apenas em relação a obrigação acessória, pois não ensejaria a cobrança do ICMS, tendo em vista que trata-se da alegação da utilização equivocada do CFOP 6116, quando deveria ser utilizado o CFOP 6922, para o qual não se prevê o destaque do imposto.

No tocante as demais 19 (dezenove) Notas Fiscais objetos da autuação, abaixo relacionadas, entendemos que se comprova o erro na utilização do CFOP, pois o sujeito passivo junta aos autos, no documento intitulado ANEXO III.pdf, as Notas Fiscais “filhas”, emitidas com o CFOP 6116, com destaque do ICMS e com a informação adicional fazendo referência as respectivas NFe’s, trazendo as suas numerações e datas de emissão como “NFe’s de Origem”, devendo portanto serem excluídas da autuação. Cabendo tão somente a autuação por descumprimento à obrigação acessória, como esclarecido anteriormente.

Nos cabe ressaltar que fizemos as consultas das NFe’s derivadas (filhas) apresentadas pelo sujeito passivo, e as mesmas encontram-se devidamente escrituradas nas suas EFD’s, nos

períodos de 10/2016 a 02/2017, de acordo com suas datas de emissão/saída.

Data Emissão	Nº NFe	UF	CFOP
19/10/2016	61701	AC	6116
10/10/2016	61703	AC	6116
25/10/2016	61763	AC	6116
26/10/2016	61798	AC	6116
27/10/2016	61804	AC	6116
29/10/2016	61834	AC	6116
01/11/2016	61852	AC	6116
01/11/2016	61853	AC	6116
01/11/2016	61854	AC	6116
01/11/2016	61856	AC	6116
01/11/2016	61858	AC	6116
01/11/2016	61860	AC	6116
01/11/2016	61865	AC	6116
04/11/2016	61887	AC	6116
08/11/2016	61941	AC	6116
09/11/2016	61962	AC	6116
09/11/2016	61963	AC	6116

09/11/2016	61964	AC	6116
10/11/2016	61983	AC	6116

Diante de todo o exposto, entendemos que deve permanecer cobrado no auto de infração em análise o ICMS incidente sobre as 20 (vinte) NFe's que, apesar da alegação do sujeito passivo de que não teriam sido utilizadas, tiveram comprovadas a internalização no Estado do Acre através da consulta ao SEFAZONLINE, sendo excluídos os valores relativos as demais NFe's pelos motivos já expostos, corrigindo-se assim a composição do crédito tributário:

Composição do Crédito Tributário corrigido:

TRIBUTO:	R\$ 8.627,62
MULTA: 90,00%	R\$ 11.762,31
JUROS:	R\$ 6.812,67
A. MONETÁRIA:	R\$ 4.441,62
<b>TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO</b>	<b>R\$ 31.644,22</b>

### 3.3 DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

O autor do feito, quando da lavratura do auto de infração em análise, atribui a Responsabilidade Solidária pelo pagamento do crédito tributário lançado, às pessoas físicas abaixo relacionadas, que fazem parte do quadro societário da empresa autuada, com base na alínea "b" do Art. 11-A da Lei 688/96:

De acordo com o item 34 do Relatório Fiscal elaborado pelo autuante, *“houve a prática de atos com a natureza de dissimular os elementos constitutivos da obrigação tributária, por meio da estruturação fraudulenta de operações mercantis, mediante a emissão de notas fiscais de entrada contra pessoa jurídica, contrariando a legislação tributária e reduzindo o montante do tributo devido.”*

Ocorre que não verificamos, na situação em análise, a referida dissimulação dos elementos constitutivos da obrigação tributária.

Ainda que as operações tivessem de fato ocorrido como descrito na autuação, o não destaque do ICMS em uma NFe com CFOP 6116, poderia até proporcionar ao sujeito passivo um “ganho econômico”, mas tal fato não pode ser enquadrado como uma “dissimulação”, tanto pelo fato de poder ser decorrente de um “erro”, como demonstrada a ocorrência em parte das NFe’s, como pelo fato de que é passível de verificação com um simples cruzamento de informações.

No intuito de dirimir dúvidas acerca da atribuição da Responsabilidade Tributária Solidária trazida no Art. 124 do CTN, a Receita Federal do Brasil elaborou o Parecer Normativo nº 4, de 10/12/2018, no qual se colocam alguns conceitos que podem ser aplicados ao caso em análise:

*“26.Preliminarmente, esclareça-se um fato: não é qualquer ilícito que pode ensejar a responsabilidade solidária. Ela deve conter um elemento doloso a fim de manipular o fato vinculado ao fato jurídico tributário...”*

*“26.1.O elemento doloso, por sua vez, constitui-se na vontade consciente de realizar o elemento do tipo ilícito. Seria a fraude, no sentido lato da palavra.”*

*“26.2.Como exaustivamente visto no presente parecer, o mero interesse econômico não pode ensejar a responsabilização solidária.”*

*“27. Não é o objetivo do presente Parecer Normativo proceder a um conceito fechado dos ilícitos tributários a ensejar a responsabilização solidária nem citá-los de forma exaustiva. A sua configuração demanda análise criteriosa no caso concreto. Entretanto, pode-se dizer que os ilícitos tributários que acarretam uma sanção, não só na esfera administrativa (como multas), mas também na penal, são ilícitos passíveis de responsabilização solidária. Por isso algumas ilicitudes na seara tributária podem ser citadas para fins de responsabilização solidária.”*

Pelo exposto, entendemos que não existe nos autos a comprovação de elementos suficientes para sustentar a atribuição da Responsabilidade Solidária dos Sócios, com base no Art. 11-A da Lei 688/96, como pretendido pelo autuante.

#### **4 – CONCLUSÃO**

Nos termos do disposto no Art. 79, II, do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo Tributário – TATE, aprovado pelo Decreto nº 9157, de 24 de julho de 2000, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração, declarando INDEVIDO o crédito tributário lançado no valor de R\$ 470.744,16 (Quatrocentos e setenta mil, setecentos e quarenta e quatro reais e dezesseis centavos), e DEVIDO o crédito tributário corrigido, no valor total de R\$ 31.644,22 (Trinta e um mil, seiscentos e quarenta e quatro reais e vinte e dois centavos), devendo o mesmo ser atualizado até a data do efetivo pagamento.

**AFASTO** a responsabilidade solidária atribuída aos sócios W. CPF: \_\_\_\_\_, L \_\_\_\_\_, CPF: \_\_\_\_\_, e M. \_\_\_\_\_, CPF: \_\_\_\_\_, pelos fatos expostos no item 3.3.

Por ser decisão em parte contrária à Administração Tributária, interponho Recurso de Ofício à Câmara de Julgamento de Segunda Instância, nos termos do Art. 132 da Lei nº 688/96.

Em face do disposto no § 3º desse mesmo artigo, encaminhe-se o processo ao autor do feito para ciência dos fundamentos da decisão, podendo a seu critério apresentar manifestação fiscal contrária.

## 5 – ORDEM DE INTIMAÇÃO

Fica o sujeito passivo intimado da Decisão de Primeira Instância, garantido o direito de vistas e apresentação de Recurso Voluntário à Câmara de Segunda Instância.

*Porto Velho, 30/09/2021 .*

*Jamily Costa Moldero*

***JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA***



Documento assinado eletronicamente por:

**Jamily Costa Moldero, Auditora Fiscal,**

, Data: **30/09/2021**, às **17:21**.

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