



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

SUJEITO PASSIVO: PANIFICADORA NORDESTE LTDA EPP

ENDEREÇO: AMAZONAS, 2614 - NOVA PORTO VELHO - PORTO VELHO/RO - CEP: 78906-000

PAT Nº: 20212700100255

DATA DA AUTUAÇÃO: 04/08/2021

CAD/CNPJ: 02.767.006/0001-14

CAD/ICMS: 00000000918920

DECISÃO PROCEDENTE Nº: 2021/1/216/TATE/SEFIN

1. Realizar, no período fiscalizado, recolhimentos declarados de ICMS a menor. Defesa tempestiva. 3. Infração não ilidida. 4. Auto de infração procedente.

1 - RELATÓRIO

O sujeito passivo foi autuado, em procedimento de fiscalização vinculado à DFE nº 20202500600091, pois, após cruzamentos no SITAFE (conta corrente - valores declarados) e SPED/EFD, apurou-se em Conta Gráfica diferenças de ICMS a recolher a menor, conforme demonstram as planilhas, em anexo. Especificamente a planilha: RESUMO DA APURAÇÃO DO ICMS A RECOLHER EM CONTA GRAFICA DOS DOCUMENTOS FISCAIS EXTRAIDOS DOS BANCOS DE DADOS DAS NOTAS FISCAIS eletrônicas DE ENTRADAS E SAÍDAS a NFe/NFCe - PERÍODO FISCALIZADO DE 01/01/2018 a 31/12/2018.

Foi indicado para dispositivo legal infringido o art. 117, caput, c/c. art. 52 e 53, c/c art. 96, c/c arts. 310, e 311, c/c art. 318, todos do RICMS/RO - Dec. 8321/98, e para a penalidade aplicada o art. 77-IV-a-1 da Lei 688/96.

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

Tributo ICMS	R\$ 588.185,44
Multa	R\$ 751.132,38
Juros	R\$ 276.682,99
Atualização Monetária	R\$ 246.406,20
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 1.862.407,01

O sujeito passivo foi notificado do auto de infração via DET, em 13.08.2021, apresentando defesa tempestiva em anexo.

Consta Termo de Atribuição de Responsabilidade solidária pelo pagamento do presente crédito tributário para o sócio administrador F CFP nº

2 - DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

Na defesa apresentada, o sujeito passivo requereu que seja declarado nulo o presente auto de infração sob a alegação das seguintes questões preliminares:

1 - Que a norma utilizada pelo autuante em 04.08.02021, data da lavratura do auto, não mais existe e nem existia à época da ciência do auto de infração, em 13.08.2021, momento no qual nasce o lançamento fiscal e se inicia o processo administrativo fiscal, já que o atual Decreto nº 22.271/2018 do RICMS, com vigência a partir de 1º.05.2018, revogou, expressamente, o disposto no antigo RICMS (Decreto nº 8.321/98), nos termos do seu artigo 4º.

2 - Que a insegurança na determinação da infração, supostamente não especificada nos termos do art. 142 do CTN, teria lhe acarretado cerceamento no seu direito de defesa, pois, na alegação de recolhimento a menor do ICMS por constar diferenças em conta gráfica, o nobre Auditor não verificou, em atenção à verdade material dos fatos, a que se referem tais notas, as quais poderiam ensejar várias hipóteses que não gerariam qualquer prejuízo ao erário, como casos de devoluções de compras, bonificação, aquisição de produtos para uso e consumo, emissão em que não foram recebidos os produtos e fora solicitado a emissão de outra e que não houve o trânsito da mercadoria da primeira nota fiscal, simples remessa, devolução de compra recusada, entre outras.

3 - Que teria havido descumprimento do prazo 60 (sessenta dias) para execução da DFE, conforme previsto no art. 9º da IN 11/2008/GAB/CRE, c/c o art. 94-§2º da Lei 688/96, ensejando vício insanável.

Que o início do procedimento fiscal se deu há mais de 90 dias após a emissão da DFE, que teria se dado somente em 2020, e além disso, como consta do relatório fiscal, houveram duas prorrogações, uma em 06-06-2021 e outra em 13-08-2021, porém, uma vez que o prazo já teria sido extrapolado, a DFE deveria ter sido cancelada e emitida outra, sendo que tal prorrogação não ocorreu através de notificação ao autuado.

Em socorro à suposta causa de nulidade do auto, colacionou a Súmula 473 do STF, REsp. Nº 666.277, Ministra Eliana Calmon, D.J de 21.11.2005 e os Acórdãos 54 e 145/2018 da 2ª

CÂMARA/TATE/SEFIN.

4) E que multa de 90% aplicada no auto de infração em comento seria inconstitucional e ilegal, pois se mostra confiscatória, desproporcional e contraria frontalmente à jurisprudência do STF (ADI 551, RE 492842-RN, de 21.22.2006, RE 239.964, DE 09.05.2003, RE 220.284, DE 10.08.2000) e legislação estadual.

E em sede de Repercussão Geral (ARE 1216078, Plenário, Dje de 25.09.2019), o STF definiu que não podem ser exigidos juros e correção monetária pelos Estados em percentuais superiores aos estabelecidos pela União.

3 - FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO

Conforme consta na peça básica, o sujeito passivo foi autuado, em decorrência dos trabalhos da DFE nº 20202500600010, sob a acusação fiscal de ter deixado de pagar o ICMS relativo às saídas elencadas nas notas fiscais eletrônicas (NF-e e NFC-e) arroladas no relatório em anexo (mídia eletrônica) no exercício de 2018, ao se apurar em Conta Gráfica diferenças de ICMS a recolher a menor, omitindo-se no dever de providenciar junto à Coordenadoria da Receita Estadual o lançamento e recolhimento do imposto devido.

O sujeito passivo, regularmente notificado da infração, por sua vez, por entender serem suficientes para requerer a nulidade do auto de infração, sem adentrar no mérito, limitou-se a arguir 4 (quatro) questões preliminares que, adiante se enfrenta e, de plano, restam não acolhidas, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidos.

Quanto à primeira alegação, verifica-se que se trata apenas de erro do autuante na capitulação legal da infração, porém, não é causa de nulidade do auto de infração, podendo tal erro ser corrigido pelo Tribunal nesta fase de julgamento (conforme previsto no art. 107 c/c o 108 da Lei 688/96), o que ora se corrige para arts. 33, 57 e 87 do novo RICMS-RO, e 106 e 107 do Anexo XIII do novo RICMS-RO.

A alegação de incerteza na determinação da infração não tem procedência, pois, ao contrário, o lançamento levado a efeito por meio da determinação da matéria tributável, cálculo do montante do tributo devido, bem como a identificação do sujeito passivo, estão perfeitamente de acordo com o art. 142 do CTN, e as situações suscitadas pela defesa de hipóteses de não tributação do imposto (bonificação, devolução de compra recusada, etc), não teve qualquer comprovação nos autos, de modo a modificar a base de cálculo do imposto apurado, sendo seu encargo tal demonstração (art. 373-II do CPC).

Não procede também o argumento de descumprimento do prazo 60 (sessenta dias) para execução da DFE, posto que a contagem do prazo ocorreu a partir da ciência que se deu em **15.04.2021** (art. 9º-§§2º-I da IN 11/2008/GAB/CRE), cujo prazo final seria **15.06.2021** (vencendo em **13.08.2021**), sendo que a 1ª prorrogação foi feita em 07.07.2021, e a 2ª prorrogação em 05.08.2021, ou seja, tudo de acordo a legislação pertinente (art. 10 da IN 11/2008/GAB/CRE), não se encaixando ao caso concreto a jurisprudência colacionada (os Acórdãos 54 e 145/2018 da 2ª CÂMARA/TATE/SEFIN).

A alegação de efeito confiscatório da penalidade aplicada também não tem procedência, é que a jurisprudência trazida à baila pela defesa, que se referem a multas punitivas, atualmente restam superadas, e neste sentido, a jurisprudência do STF já firmou o entendimento segundo o qual multas fixadas em patamar superior a 100% (cem por cento) do próprio tributo é que assumem o viés confiscatório por ofensa ao art. 150-IV da CF/88, o que não é o caso da multa cominada em 90% (noventa por cento) do valor do imposto no presente processo prevista no art. 77-IV-a-1 da Lei 688/96. (Precedentes: AgReg no RE 833.106/GO, AgReg no RE 754.554/GO, AgReg no RE 657.372/RS).

Quanto à suposta abusividade da atualização monetária, assim como dos juros moratórios aplicados ao caso concreto, que estariam em índices superiores aos índices federais, entendo que não restou demonstrada, e os arts. 56 e 57 do RICMS-RO, à época vigentes, e que tratam da matéria (atualização monetária e juros moratórios, respectivamente, estão de acordo com o uso da competência legislativa concorrente para legislar sobre direito financeiro pelo Estado de Rondônia (art. 24-I da CF/88).

Ademais disso, é vedado no âmbito do julgamento no TATE, afastar a aplicação de lei ou a declaração de inconstitucionalidade, à exceção das hipóteses legais previstas, nos termos do art. 16-II-III da Lei 4.929/2020, *in verbis*:

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

III - a declaração de inconstitucionalidade, salvo no caso da inconstitucionalidade ter sido proclamada em ação direta de inconstitucionalidade ou tratar-se de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal ou a Assembleia Legislativa tenha suspenso a execução do ato normativo.

Neste sentido, é certo que não há obrigatoriedade de o julgador administrativo seguir o posicionamento do STF ou STJ, em sede de repercussão geral ou pela sistemática dos recursos repetitivos, respectivamente, como pretende a autuada em sede do ARE 1216078 colacionado (art. 16-§1º da Lei 4929/2020).

Quanto ao mérito, não atacado pela defesa, verifico que o acervo probatório juntado pelo autuante comprovam a materialidade da acusação descrita no auto de infração (recolhimento a menor na saída das mercadorias vendidas no valor de **R\$ 588.185,44**), conforme se vê da planilha “RESUMO DA APURAÇÃO DO ICMS A RECOLHER EM CONTA GRÁFICA DOS DOCUMENTOS FISCAIS EXTRAÍDOS

DOS BANCOS DE DADOS DAS NOTAS FISCAIS ELETRONICAS DE ENTRADAS E SAIDAS E NFCe/CTCe - PERÍODO FISCALIZADO DE 01/01/2018 A 31/12/2018”, em que meses como julho, agosto e setembro, entre outros, mesmo com imposto apurado a recolher, o sujeito passivo nada recolheu à receita estadual.

Dessa forma, em vista dos fatos, e considerando as provas carreadas em mídia ótica-DVR-R enviadas via DET do contribuinte pelo autor do feito, na forma da Resolução Conjunta nº 002/2017/GAB/CRE/TATE, comprovam a efetiva ocorrência da infração indicada na peça básica, decido pela procedência do presente auto de infração.

Quanto à pretendida atribuição ao sócio administrador F
CFP nº _____ como responsável solidário pelo pagamento do crédito tributário do presente auto de infração, **afasto**, vez que não restou caracterizada hipótese aplicável ao previsto no art. 11-A, 11-B e 11-C da Lei 688/96, ademais disso, se por um lado, a reponsabilidade administrativa pela infração tributária da empresa é objetiva, art. 75 da Lei 688/96, c/c o 136 do CTN, em relação ao sócio administrador, a regra geral no Direito Tributário é que os administradores das pessoas jurídicas não respondem pessoalmente pelo tributos devidos pela mesma, exceto se tais obrigações tributárias forem decorrentes de atos dolosamente praticados com excesso de poder ou infração de lei vigente ou ao estatuto social (art. 135-III do CTN), o que não é a situação sob exame.

No presente caso, de fato, entendo que o autuante não logrou êxito em comprovar nos autos que o sócio administrador se enquadre, em qualquer das hipóteses previstas no art. 11-A-XII-a-b-c-d-e-f-g da Lei 688/96, e em relação ao interesse comum no fato gerador do sócio administrador, art. 11-A-XIV da Lei 688/96, que significa participação ativa, individual e unida com a autuada, também não restou provas dessa atuação conjunta, com vistas ao efetivo recolhimento, intencional, a menor do imposto devido apurado na ação fiscal.

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\$ 1.862.407,01 , devendo o mesmo ser atualizado na data do efetivo pagamento.

Considerando que no presente auto de infração foi eleito(s) terceiro(s) como responsável(eis) solidário(s), neste ato decido a responsabilidade solidária conforme abaixo:

CPF/CNPJ	Nome	Decisão da Resp. Solidária
	F	AFASTAR

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, 05/12/2021.

Elder Basílio e Silva

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

Elder Basílio e Silva, Auditor Fiscal,

Data: **05/12/2021**, às **22:49**.

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