



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

SUJEITO PASSIVO: ANTONIO DAIRTON RABELO EIRELI

ENDEREÇO: RUA BUENOS AIRES, 2560, EMBRATEL - PORTO VELHO/RO - CEP: 76820-876

PAT Nº: 20222700100157

DATA DA AUTUAÇÃO: 05/07/2022

CAD/CNPJ: 11.109.654/0001-74

CAD/ICMS: 00000002919648

DECISÃO PARCIAL Nº: 2023/1/42/TATE/SEFIN

1. Não registrar NFC-e de saída tributada.
2. Defesa tempestiva
3. Auto de infração parcial procedente
- 4.

1 - RELATÓRIO

O sujeito passivo, no ano de 2017, omitiu a escrituração de (NFC-e) notas fiscais de consumidor eletrônica tributadas, resultando em apuração/recolhimento menor que o devido. Período de junho a dezembro de 2017.

Infração e penalidade capituladas no art. 77, X, b, 1, da Lei 688/96.

Demonstrativo da base de cálculo: ICMS = R\$ 64.179,45; atualização monetária = R\$ 36.790,48; juros = R\$ 37.791,65; multa = R\$ 579.408,80 x 15% = R\$ 86.911,32; total = R\$ 225.672,90.

O sujeito passivo foi notificado via DET (13292150), no dia 06.07.2022, tendo apresentado defesa tempestiva conforme documentos juntados ao E-PAT.

2 - DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

A impugnante inicia sua argumentação defendendo a decadência de parte do crédito tributário. De acordo com sua tese seria o caso de aplicação do artigo 150, § 4º do CTN.

Que o fisco desconsiderou o fato de o I.C.M.S ser tributo apurado MENSALMENTE, com escrituração MENSAL de créditos e PAGAMENTO MENSAL de tributo.

No entendimento do Superior Tribunal de Justiça, apenas se houvesse a OMISSÃO DE TODAS AS OPERAÇÕES DO CONTRIBUINTE é que NÃO se aplicaria o artigo 150, §4º, do C.T.N, e sim o artigo 173, I, do mesmo Código, pois, assim, não se teria nenhuma 'antecipação de pagamento', gerando a necessidade de um novo lançamento.

A notificação de lançamento ocorreu em 06.07.2022, assim, para o período anterior a 06/07/2017, o lançamento é manifestamente improcedente, pois ele se deu em prazo superior ao quinquênio legal deferido ao fisco para dar vazão ao seu direito.

Considera que há nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração com cerceamento de defesa.

O auditor não verificou que em várias hipóteses não gerariam qualquer prejuízo ao erário. Como nos casos de devoluções de vendas, bonificação, 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 NF, simples remessa, ...

O contribuinte não foi notificado a apresentar o motivo de não ter efetuado o lançamento das notas fiscais.

Fora apontada como infração a própria multa aplicada, o que configura cerceamento do direito de defesa. Ausente, portanto, a capitulação legal da infração.

Somente em diligência ampla e específica o fisco teria condições de provar que ocorreu o fato gerador da obrigação tributária, e assim, especificá-la na forma do Art. 142, do Código Tributário Nacional.

Que no caso em questão o auditor não observou o princípio da verdade material.

Alega ausência de DFE válida para autuação. A fiscalização iniciou-se com a DFE (Designação de Fiscalização de Estabelecimento) de nº 20212500100089 emitida para o período de 01 a 12 de 2017. A intimação do auto de infração ocorreu em 06.07.2022. Não consta a DFE juntada no presente auto de infração

A ação fiscal deveria ser concluída no prazo de 60 dias, art. 94, § 2º, da Lei 688/96, mas o procedimento se iniciou 90 dias após a emissão. O relatório fiscal cita que houve prorrogação em 20.05.2022, mas não consta o documento nos autos.

O auditor tem prazo para o devido cumprimento da designação, contudo, tal prazo restou extrapolado, motivo pelo qual a mesma deveria ter sido cancelada e emitida outra. Não houve alteração da mesma e quando efetuado o termo de prorrogação, não ocorreu através de notificação ao ora autuado. Cita ainda, a SÚMULA 473 do STF e decisões do TATE sobre nulidade de atos administrativos com vícios.

Que há erro na aplicação da penalidade. Também considera a multa confiscatória e desproporcional contrariando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Que os juros e a correção monetária foram cobrados em patamar superior à Taxa SELIC, contrariando entendimento do STF que não podem ser exigidos juros e correção monetária pelos Estados em percentuais superiores aos estabelecidos pela União.

Por todo exposto e por tudo o mais que consta nos autos, a impugnante REQUER, seja declarado nulo o auto de infração.

3 – FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

A autuação ocorreu por omissão de registro de NFC-e tributadas nos meses de junho a dezembro de 2017. Ação fiscal realizada com origem na DFE 20212500100089.

Dispositivos apontados como infringidos e penalidade::

Lei 688/96:

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)

X - infrações relacionadas a livros fiscais, arquivos magnéticos ou eletrônicos de registros fiscais: (NR dada pela Lei nº 3756, de 30.12.15)

b) multa de 15% (quinze por cento) do valor da operação ou da prestação:

1. pela falta da escrituração, no livro Registro de Saídas, de documento fiscal relativo à saída de mercadorias ou prestação de serviços, excetuadas as hipóteses previstas no item 2 desta alínea e na alínea “d” deste inciso;

Trata a presente questão sobre a omissão do sujeito passivo no registro de NFC-e tributadas, por ele emitidas no ano de 2017.

A defesa alega decadência parcial do crédito tributário. De acordo com sua tese seria o

caso de aplicação do artigo 150, § 4º do CTN, pois se trata de imposto declarado mensalmente pelo contribuinte. No entendimento do Superior Tribunal de Justiça, apenas se houvesse a OMISSÃO DE TODAS AS OPERAÇÕES DO CONTRIBUINTE é que NÃO se aplicaria o artigo 150, §4º, do C.T.N, e sim o artigo 173, I, do mesmo Código, pois, assim, não se teria nenhuma 'antecipação de pagamento', gerando a necessidade de um novo lançamento. A notificação de lançamento ocorreu em 06.07.2022, assim, para o período anterior a 06/07/2017, o lançamento é manifestamente improcedente, pois ele se deu em prazo superior ao quinquênio legal deferido ao fisco para dar vazão ao seu direito.

O argumento da defesa se aplica ao caso. Como se verifica nas EFDs anexadas aos autos por este julgador, a omissão dos lançamentos não se efetivou em sua totalidade, o sujeito passivo registrou, ainda que parcialmente, suas operações, nesse caso o prazo decadencial inicia na ocorrência do fato gerador, incidindo as disposições do artigo artigo 150, §4º, do C.T.N. A notificação do auto de infração ocorreu em 06.07.2022, quando houve a constituição definitiva do credito tributário, portanto a parte do crédito tributário anterior a essa data sofreu decadência.

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Não assiste razão ao sujeito passivo quando argumenta insegurança na determinação da infração com cerceamento de defesa. A descrição possui clareza solar quanto à infração praticada pelo sujeito passivo, ou seja, omissão de registro de NFC-e de mercadorias tributadas, que resultou em recolhimento de ICMS menor que o devido. Quanto ao fato de ter indicado como infração e penalidade o mesmo dispositivo, não há cerceamento de defesa à medida que a conduta do sujeito passivo, no caso, omissão de registro de operações é a mesma descrita na penalidade.

Ressalta-se que a Lei 688/96 art. 100, V teve sua redação alterada para exigir apenas a citação expressa do dispositivo legal que define a infração cometida e comina a penalidade. Como no caso a infração e penalidade são as mesmas, fica dispensada a indicação de outros dispositivos.

V - citação expressa do dispositivo legal que define a infração cometida e lhe comina penalidade; (NR Lei nº 2376, de 28.12.10 – efeitos a partir de 29.12.10)

Segundo a defesa, o auditor não verificou que em várias hipóteses não gerariam qualquer prejuízo ao erário. Como nos casos de devoluções de vendas, bonificação, 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 NF, simples remessas. Após analisar a planilha com os dados das notas fiscais que estão contidas no auto de infração, verifico que as mesmas são referente saídas tributadas. A defesa ao questionar a possível inclusão de devolução ou qualquer outra situação que supõe não tenha configurado fato gerador do ICMS deveria apresentar a comprovação do que alegou.

Alega que o contribuinte não foi notificado a apresentar o motivo de não ter efetuado o lançamento das notas fiscais. No entanto, o fisco não está obrigado a notificar o sujeito passivo a apresentar justificativas antes de iniciar o processo de fiscalização. Lei 688/96:

Art. 97. Verificada qualquer infração à Legislação Tributária, deverá ser iniciado o Processo Administrativo Tributário - PAT, por intermédio da lavratura de Auto de Infração, observada as exceções previstas nos §§ 3º e 4º. (NR dada pela Lei nº 4891/20 – efeitos a partir de 27.11.2020).

Desnecessária diligência para provar que ocorreu o fato gerador da obrigação tributária. Os documentos acostados aos autos (EFD e Planilha retificada excel) demonstram a omissão das operações e a consequente apuração a menor do ICMS.

Inexiste violação ao princípio da verdade material quando devidamente comprovada a infração, como no presente caso.

Sem fundamentos a alegada ausência de DFE válida para autuação. Nos termos da IN 011/2008 art. 9º o prazo de execução é 60 dias contados a partir da lavratura do termo de procedimento, independente da ciência pelo sujeito passivo, quando o procedimento não envolver a visita a estabelecimento. O termo de início foi lavrado no dia 01.04.2022, fl. 08, portanto, o prazo de 60 dias passa a fluir a partir dessa data. Frisa-se que a DFE foi prorrogada no dia 20.05.2022, documentos comprobatórios fls. 09/10. A DFE 20212500100089 foi acostada aos autos na fl. 07.

O sujeito passivo foi notificado do termo de encerramento da ação fiscal no dia 06.07.2022, fl. 22, DET 13292150, dentro do prazo de conclusão que se estendeu com a prorrogação para 30.07.2022.

O efeito confiscatório da multa não pode ser apreciado no âmbito administrativo. Nos termos do artigo 90 da Lei 688/96 é vedado aos órgãos julgadores declarar a inconstitucionalidade de normas que estejam vigentes.

Os juros e a correção monetária foram cobrados nos termos da legislação vigente à época dos fatos e com as alterações posteriores. Como já dito em tópico anterior, não cabe ao julgador declarar a inconstitucionalidade de norma. A redação do artigo 46-A da Lei 688/96 previa que após atualização monetária nos termos do artigo 46, seria acrescido de juros de mora, não capitalizáveis, de 1% (um por cento) ao mês ou fração. Somente com a edição da Lei 4952/21 – efeitos a partir de 1º.02.21) a redação passou a exigir a atualização pela TAXA SELIC.

A omissão foi devidamente comprovada, no entanto, parte do crédito tributário não pode ser cobrado, pois sofreu decadência. (período anterior a 06.07.2021).

Crédito procedente:

ICMS R\$ 56.228,96

At. Monetária: R\$ 32.232,91

Juros: R\$ 33.052,64

Multa: R\$ 76.188,47

Total: 197.702,98

Crédito improcedente:

ICMS R\$ 7.950,49

At. Monetária: R\$ 4.557,57

Juros: 4.739,01

Multa: R\$ 10.722,85

Total: 27.969,92

4 – CONCLUSÃO

De acordo com a atribuição disposta no art. 79, II, do Regimento Interno deste Tribunal

Administrativo Tributário – TATE, aprovado pelo Decreto nº 9157 de 24/07/00, julgo **PARCIAL PROCEDENTE** a ação fiscal e declaro devido o crédito tributário no valor de R\$. R\$ 197.702,98 (Cento e noventa e sete mil, setecentos e dois reais e noventa e oito centavos), devendo ser atualizado até a data do pagamento.

Deixo de recorrer de ofício, desta decisão à Câmara de 2ª Instância, nos termos do artigo 132, § 1º, I, da Lei 688/96.

5 – ÓRDEM 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 apresentar Recurso Voluntário à Câmara de Julgamento de Segunda Instância, no mesmo prazo, conforme artigo 134, da Lei 688/96, sob pena de inscrição em Dívida Ativa do Estado e consequente execução fiscal.

Porto Velho, 01/02/2023 .

Eduardo de Sousa Marajó

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

Eduardo de Sousa Marajó, Auditor Fiscal,

, Data: **01/02/2023**, às **15:56**.

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