



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

SUJEITO PASSIVO: *A.J. DA SILVA JUNIOR COM. DE PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA*

ENDEREÇO: *Av. Presidente Dutra, 427 - Pioneiros - Pimenta Bueno /RO - CEP: 76970-000*

PAT Nº: 20222703600015

DATA DA AUTUAÇÃO: 04/05/2022

CAD/CNPJ: 31.982.260/0001-33

CAD/ICMS: 00000005225272

DECISÃO PROCEDENTE Nº: 2023/1/207/TATE/SEFIN

1. Apropriação indevida de crédito Fiscal oriundo de devoluções de vendas de mercadorias.
2. Defesa Tempestiva
3. Infração Não Ilidida
4. Auto de infração Procedente

1 – RELATÓRIO

Conforme descrito no auto de infração 20222703600015, lavrado em 04/05/2022 (fl. 02 - documento do volume do Auto), constatou-se que “O Sujeito Passivo, acima identificado, apropriou-se INDEVIDAMENTE de créditos de ICMS oriundo de DEVOLUÇÕES de vendas de mercadorias, porém, NÃO cumpriu o exigido na legislação que rege a matéria, especificamente: Art. 152, Inc. I e § 2º, c/c, Art. 153, Incisos I ao IV, c/c, Art. 154 e 155, todos do Novo RICMS/RO - Dec. 22.721/2018. Onde esses dispositivos legais, determinam que nos documentos fiscais de devolução deve constar no campo: Informações Complementares, o número, a data da emissão e o valor da operação do documento original, bem como: PROVA CABAL DA DEVOLUÇÃO e COMPROVAÇÃO DO DEVIDO RETORNO DAS MERCADORIAS, ora devolvidas, conforme acima citado. Período de 01/01/2020 a 31/12/2020. Infringindo o disposto no Art. 152, Inc. I e § 2º, c/c, Art. 153, Incisos I ao IV, c/c, Art. 154 e 155, todos do Novo RICMS/RO - Dec. 22.721/2018. Penalidade Art. 77, V, alínea “a”, item 1, da Lei 688/96. Origem da Ação Fiscal: DFE nº 20222503600001 e Ação Fiscal nº 20221203600001”.

A infração foi capitulada no “Art. 152, Inc. I e § 2º, c/c, Art. 153, Incisos I ao IV, c/c, Art. 154 e 155, todos do Novo RICMS/RO - Dec. 22.721/2018”. A multa foi capitulada no Artigo 77, inciso V, alínea "a", item 1 da Lei 688/96 - (fl. 02 - documento do volume do Auto).

O crédito tributário, à época da lavratura, foi lançado com a seguinte composição:

Descrição	Crédito Tributário
Tributo:	R\$ 160.109,38
Multa 90%	R\$ 193.956,48
Juros	R\$ 32.641,88
A. Monetária	R\$ 55.397,90
Total do Crédito Tributário	R\$ 442.105,64

A fiscalização foi realizada pela 6ª DRRE de Ariquemes (fls. 02 do volume 1 do auto), autorizada pela DFE nº 20222503600001 e Ação Fiscal nº 20221203600001, referente ao período a ser fiscalizado de 01/01/2019 a 31/12/2020 - (fl. 07 - documento do volume do Auto), com ciência do Termo de Início de Ação Fiscal e do Termo de Intimação em 05/04/2022, através do Domicílio Eletrônico Tributário - DET - (fl. 08 e 09 - documento do volume do Auto). A fiscalização solicitou Prorrogação da DFE em 23/05/2022, com início do novo prazo em 04/06/2022 - (fl. 10, 11 e 12 - documento do volume do Auto). Sendo apresentada a defesa Tempestiva conforme consta no e-PAT em 08/08/2022 e no Volume anexado pela defesa.

2 - DAS ARGUIÇÕES DA DEFESA

O sujeito passivo apresentou defesa tempestiva, na qual, em resumo, expõe o seguinte argumento:

2.1 – Preliminares:

2.1.1. Requer que o procedimento fiscal está eivado de nulidade, por

não ter oportunizado ao estabelecimento contribuinte a possibilidade de auto regularização. Que o Decreto 23.856/19 instituiu o Fisconforme com a finalidade de estabelecer procedimentos visando ao cumprimento espontâneo das obrigações tributárias principais e acessórias. Cita os parágrafos §1º e §2º do artigo 97 da Lei 688/96 e os artigos 1º e 2º do Decreto 25.856/19 - (fls. 02 e 03 do volume da defesa).

2.1.2. Que desde janeiro de 2021, a legislação estadual, não há mais a cumulação de juros e correção monetária atrelada a UPF. A lei do Estado de Rondônia adequou o posicionamento do STF sobre a impossibilidade de entes federados legislarem sobre atualização monetária em índices superiores ao estabelecidos pela União. Que no caso em apreço, sujeitam-se em partes à lei revogada, o que impõe que seja reconhecido, mesmo neste período, a aplicação da Taxa SELIC - (fls. 03 e 04 do volume da defesa).

2.2 Do Mérito:

2.2.1 Alega a nulidade e improcedência do auto de infração por ausência de comprovação da infração e que seja os valores cobrados a título de encargos moratórios, ajustados aos parâmetros ficados pela Corte Suprema - (fls. 04 do volume da defesa).

E por fim, pede a nulidade e improcedência do auto de infração - (fls. 04 do volume da defesa).

3 – FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Baseado na argumentação e pedido da defesa descrito no item anterior, passo à análise dos fatos trazidos aos autos:

3.1. – Das Preliminares:

3.1.1 - Em relação à alegação contida no item 2.1.1, em que a defesa alega que o procedimento fiscal está eivado de nulidade, por não ter oportunizado ao estabelecimento contribuinte a possibilidade de auto regularização. Cita os parágrafos §1º e §2º do artigo 97 da Lei 688/96 e os artigos 1º e 2º do Decreto 25.856/19 - (fls. 02 e 03 do volume da defesa).

O Princípio da Presunção de Legitimidade ou da veracidade consiste em que os atos praticados pela administração pública são verdadeiros quanto à certeza dos fatos, pois, em tese a administração age dentro dos limites da lei (princípio da legalidade). Em sentido amplo, esse Princípio goza de presunção de legitimidade, ou seja, que os atos praticados pela administração pública estão em conformidade com a lei. Entretanto, lembramos que o princípio da presunção é relativo e que nesse caso, é possível a sua desconstituição por prova contrária e que a legislação tributária permite novos critérios de apuração ou processos de fiscalização.

Por isso, o Processo Administrativo deve contemplar todas as

verdades. E, levando em consideração o princípio da verdade material ou real, o julgador deve tomar as decisões com base na realidade dos fatos apresentado, não considerando apenas as alegações apresentadas pelas partes. Assim, no tocante as provas, o julgador pode analisar e produzi-las desde que obtidas por meios lícitos, conforme o inciso LVI do art. 5º da CF.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

O contribuinte foi notificado via DET nº 13133599 (fls 08 e 09 - documento do volume do Auto) para apresentar documentos e livros fiscais. Além disso, a fiscalização prorrogou a Designação de Fiscalização de Estabelecimento por mais 60 dias para que o contribuinte pudesse regularizar o descumprimento das obrigações acessórias - (fls 10 - documento do volume do Auto), conforme determina artigo 71 da Lei 688/96, vejamos:

Art. 71. O movimento real tributável realizado pelo estabelecimento em determinado período poderá ser apurado por meio de levantamento fiscal, em que poderão ser considerados, isolados ou conjuntamente, os valores das mercadorias entradas, das mercadorias saídas, dos estoques inicial e final, dos serviços recebidos e dos prestados, das despesas, dos outros encargos e do lucro do estabelecimento, bem como de outros elementos informativos.

§ 6º Caso o Auditor Fiscal de Tributos Estadual - AFTE apure descumprimento de obrigação acessória no decorrer do levantamento fiscal previsto no *caput*, que não foi objeto de notificação via Sistema Fisconforme ou DET, deverá conceder o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável uma única vez por igual período, a pedido do sujeito passivo, para que este regularize a pendência, salvo se, durante a concessão do prazo, ocorrer a decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário.

Como não ocorreu regularização pelo contribuinte dentro do prazo estipulado na legislação tributária, os auditores realizaram a autuação conforme prever a legislação tributária.

O auto de infração em análise foi realizado devido apropriação indevida de créditos de ICMS oriundo de DEVOLUÇÕES de vendas de mercadorias, sem cumprir o exigido na legislação. Portanto, trata-se de não realização de obrigação principal e não acessória. Por isso, o autuante não é obrigado a conceder o prazo de trinta dias para que o contribuinte regularize a infração tributária. A Lei 688/96 é bem clara ao mencionar no § 6º do artigo 71, que o objeto da regularização é referente a obrigação acessória e não a principal.

Nesse mesmo sentido acompanha o Decreto número 23856/19, que institui o Sistema Fisconforme e seus procedimentos, no âmbito da Secretaria de Estado de Finanças do Estado de Rondônia - SEFIN e o *Decreto número 24202/19, que padroniza os procedimentos de fiscalização anteriores ao início da implantação do sistema Fisconforme*, altera e acrescenta dispositivos do Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - RICMS/RO, aprovado pelo Decreto nº 22.721, de 5 de abril de 2018.

O Fisconforme foi feito para verificar de forma genérica a situação dos contribuintes. Não é uma malha para identificar um contribuinte específico, pois se fosse,

estaria ferindo o princípio da impessoalidade, da finalidade e da isonomia. Por esse princípio, o administrador público tem como objetivo o interesse público, de sorte que todo ato que tiver caminho diverso estará suscetível a invalidação por desvio de finalidade. A administração pública deve agir sem discriminações, de modo a atender a todos os administrados e não a certos membros em detrimento de outros.

O sistema Fisconforme não foi feito para verificar uma empresa direcionada, portanto, teremos diversas situações fiscais não contempladas pelo Fisconforme e que deverão ser verificadas pelos auditores no momento da fiscalização. Além disso, o Fisconforme trabalha com as inconsistências apuradas mediante cruzamento de informações constantes em bancos de dados da Administração Tributária. Portanto, não existe nulidade do auto de infração, devido a defesa alegar que não foi oportunizado ao estabelecimento do contribuinte a possibilidade de auto regularização, pois estamos falando de infração principal e não acessória. Vejamos Anexo XII do RICMS - Dec. 22.721/2018:

Art. 115. O contribuinte que denunciar espontaneamente o descumprimento de obrigação pertinente ao imposto, não ficará sujeito às multas de mora e às penalidades, previstas, respectivamente, nos artigos 46-B e 77 da Lei 688, de 30 de dezembro de 1996, desde que a irregularidade seja sanada de imediato ou no prazo estipulado pelo Fisco. **(NR dada pelo Dec. 24405, de 30.10.19 – efeitos a partir de 30.10.19)**

§ 1º. O início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, afasta a possibilidade da ocorrência de denúncia espontânea, salvo no caso previsto no § 2º.

§ 2º. Será considerado espontaneamente denunciado o descumprimento de obrigação tributária integralmente sanada, em prazo estipulado na notificação previamente expedida pelo Fisco por meio do DET com prazo certo para regularização, referente a inconsistências apuradas mediante cruzamento de informações constantes em bancos de dados da Administração Tributária. **(NR dada pelo Dec. 24405, de 30.10.19 – efeitos a partir de 30.10.19)**

§ 7º. O cruzamento de dados de que trata o § 2º, alcança qualquer procedimento fiscal, ainda que necessária informação prévia do contribuinte. **(AC pelo Dec. 24202, de 28.08.19 – efeitos a partir de 28.08.19)**

O sujeito passivo ao citar o Fisconforme e o respectivo prazo para regularização da infração principal tenta na verdade se beneficiar de uma conduta, de um erro que ele cometeu e que é contrário a legislação tributária e as normas legais. Com isso, tenta usar o famoso princípio da própria Torpeza. Portanto, a alegação do contribuinte não prospera devido a não comprovação do enquadramento do fato a norma, devido a constatação de infrações relativas à obrigação tributária principal e devido a DFE não ter origem nas malhas e cruzamento de informações constantes em bancos de dados do Fisconforme, desenvolvido pela Administração Tributária. Vejamos artigo 1º do Decreto 23.856/2019 – Fisconforme:

Art. 1º Fica instituído no âmbito da Secretaria de Estado de Finanças - SEFIN, o Sistema Fisconforme que consiste na verificação automatizada das declarações prestadas pelo contribuinte, bem como no cruzamento dessas declarações com os registros armazenados por outros sistemas administrados pela SEFIN, para apurar indícios de irregularidades ou de não conformidade com a legislação tributária estadual e incentivar o cumprimento espontâneo das obrigações tributárias principais e acessórias, mediante a autorregularização.

Parágrafo único. O Sistema de que trata o caput deste artigo será gerido pela Gerência de Fiscalização da Coordenadoria da Receita Estadual - GEFIS/CRE.

Vejamos o artigo 11 do RICMS/RO e § 1º do artigo 113 do CTN:

Art. 11. A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. (CTN, art. 113, § 1º)

3.1.2 - Em relação a alegação contida no item 2.1.2., que desde janeiro de 2021, a legislação estadual, não há mais a cumulação de juros e correção monetária atrelada a UPF. A lei do Estado de Rondônia adequou o posicionamento do STF sobre a impossibilidade de entes federados legislar sobre atualização monetária em índices superiores ao estabelecidos pela União. Que no caso em apreço, sujeitam-se em partes à lei revogada, o que impõe que seja reconhecido, mesmo neste período, a aplicação da Taxa SELIC - (fls. 03 e 04 do volume da defesa).

Em relação alegação da defesa, da não cumulação de juros e correção monetária atrelada a UPF e da solicitação de aplicação da SELIC. É importante esclarecer que o artigo 46 e 46-A a lei 688/96 do Estado de Rondônia, em vigor à época dos fatos geradores, estabelecia que o valor do crédito tributário, para efeito de atualização monetária, será convertido em quantidade de Unidades Padrão Fiscal do Estado de Rondônia – UPF/RO e que o crédito tributário, não pago até o dia fixado pela legislação tributária, exceto o decorrente de multa de mora, após atualização monetária, seria acrescido de juros de mora, não capitalizáveis, de 1% (um por cento) ao mês ou fração, norma vigente à data da ocorrência do fato gerador. Vejamos:

Redação Anterior: Art. 46. O valor do crédito tributário, para efeito de atualização monetária, será convertido em quantidade de Unidades Padrão Fiscal do Estado de Rondônia – UPF/RO, na data do vencimento, fazendo-se a reconversão em moeda corrente pelo valor daquele indexador na data do efetivo pagamento. (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

Redação original: Art. 46-A. O crédito tributário que não for pago até o dia fixado pela legislação tributária, exceto o decorrente de multa de mora, após atualização monetária nos termos do artigo 46, será acrescido de juros de mora, não capitalizáveis, de 1% (um por cento) ao mês ou fração. (AC pela Lei nº 3583, de 9 de julho de 2015 - efeitos a partir de 01/07/15)

Assim, nos termos do art. 144 do CTN, o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada, o que se deu nesse caso, em que o lançamento se reporta a fatos ocorridos em 2019 e, somente a partir da edição da Lei nº 4952/21 – com efeitos a partir de 01/02/21, como a nova redação dada ao artigo 46-A e artigo 46-B da Lei 688/96-RO, o crédito tributário será acrescido de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC e à multa de mora de 0,33% (trinta e três centésimos por cento) ao dia, limitada a 20% (vinte por cento), sobre o valor do imposto.

Artigo 144 do CTN:

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

Artigos da Lei 688/96 RO:

Art. 46. Para efeito de lançamento de multa calculada de acordo com os incisos II e III do art. 76, o valor da base de cálculo da multa será convertido em quantidade de Unidades Padrão Fiscal do estado de Rondônia - UPF/RO, na data inicial indicada no § 2º, fazendo-se a reconversão em moeda corrente pelo valor daquele indexador na data do lançamento da multa. (NR dada pela Lei 4952/21 – efeitos a partir de 1º.02.21)

Art. 46-A. O valor do crédito tributário não quitado na data do vencimento será acrescido de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento até o último dia do mês anterior ao do pagamento.

§ 1º Os juros serão de 1% (um por cento) no mês do pagamento, exceto se esse for o do vencimento original da obrigação.

§ 2º Não incidem juros sobre a multa de mora indicada no art. 46-B.

§ 3º Na inscrição em dívida ativa e no parcelamento, os juros de mora incidirão da data do vencimento do respectivo crédito tributário até o mês da inscrição em dívida ativa ou da celebração do termo de acordo de parcelamento, respectivamente, e, a partir daí, nova contagem até o mês do efetivo pagamento de cada parcela.

§ 4º Para fins de cálculo dos juros, considera-se data do vencimento das multas lançadas por meio de auto de infração aquela da lavratura do auto de infração, ressalvado o disposto no § 4º do art. 80.

Art. 46-B. O crédito tributário, quando não recolhido no prazo fixado pela legislação tributária, fica sujeito à multa de mora de 0,33% (trinta e três centésimos por cento) ao dia, limitada a 20% (vinte por cento), sobre o valor do imposto, independentemente da lavratura de auto de infração.

No caso em análise foi aplicada a UPF até janeiro-2021 e a partir de 01/02/2021 a atualização do lançamento tributário, foi corrigido pela taxa SELIC, - correção mais os juros - até a data da autuação 04/05/2022, na forma da legislação tributária. Portanto, o contribuinte não tem razão na alegação realizada.

3.2. – Do Mérito:

3.2.1 - Em relação a alegação da nulidade e improcedência do auto

de infração por ausência de comprovação da infração e que seja os valores cobrados a título de encargos moratórios, ajustados aos parâmetros ficados pela Corte Suprema - (fls. 04 do volume da defesa).

As alegações feitas no mérito são as mesmas das preliminares. Portanto, elas já foram amplamente analisadas e afastadas por este Julgador.

Em relação a atribuição realizada pelos auditores de responsabilização de A CPF pela autoria do feito fiscal, como responsável solidário (fls. 03 - documento do volume do Auto). Esclarecemos que os artigos 124 e 125 do CTN, dispõe que os sócios-gerentes e os administradores que constam em contratos de gestão ou mesmo no contrato social no estatuto da empresa já são eleitos de acordo com a lei, como responsáveis tributários, Vejamos:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Art. 125. Salvo disposição de lei em contrário, são os seguintes os efeitos da solidariedade:

I - o pagamento efetuado por um dos obrigados aproveita aos demais;

II - a isenção ou remissão de crédito exonera todos os obrigados, salvo se outorgada pessoalmente a um deles, subsistindo, nesse caso, a solidariedade quanto aos demais pelo saldo;

III - a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, favorece ou prejudica aos demais.

A legislação no inciso III do art. 135 do CTN prevê a responsabilização do sócio, na hipótese de ele praticar atos com excesso de poderes ou contrário à lei, que afetem diretamente a ocorrência do fato gerador do tributo. Não existem provas nos autos, que o sócio ou o administrador praticou atos com excesso de poderes em relação ao estatuto social e, nem mesmo contribuído diretamente ou por omissão, para apropriação indevida de créditos de ICMS oriundos de devoluções de vendas de mercadorias com consequente diminuição do pagamento de ICMS. Vejamos:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

A lei 688/96 tratou desse mesmo assunto, nos incisos XIV e XV do artigo 11-A, vejamos:

Art. 11-A. São responsáveis pelo pagamento do crédito tributário:

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; Nova Redação Lei nº 3692, de 14/12/15 – efeitos a partir de 01/07/16

XV - solidariamente, todo aquele que concorrer para a sonegação do imposto, inclusive o servidor encarregado do controle da arrecadação, ressalvadas as hipóteses previstas nos incisos anteriores.

Artigo 75 da Lei 688/96:

Artigo 136 do CTN:

Após análise dos fatos, das provas dos autos e das considerações da defesa apresentada, concluímos que o auto de infração deve ser declarado procedente, conforme legislação demonstrada acima.

No uso da atribuição disposta no artigo 79, II, do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo Tributário – TATE, aprovado pelo Decreto nº 9.157, de 24 de julho de 2000 e no inciso IV do artigo 131 da Lei 688/1996 e de acordo com o previsto no artigo 15, I, da Lei 4.929 de 17 de dezembro de 2020, JULGO PROCEDENTE a ação fiscal e declaro devido o crédito tributário no valor de R\$ 442.105,64 (Quatrocentos e quarenta e dois mil, cento e cinco reais e setenta e quatro centavos), devendo o mesmo ser atualizado na data do efetivo pagamento.

Em relação a atribuição ao sócio administrador, A
CPF nº _____ feita pelos autuantes, decido por afastar a responsabilidade
solidária eleita, por considerar que o administrador/sócio da empresa já se encontra no rol de
responsável tributário conforme legislação prevista na lei civil e tributária e, por não existirem
provas nos autos, que comprovem a prática de atos com excesso de poderes ou que tenha se
omitido na apropriação dos créditos indevidos.

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.

De acordo com o inciso V e parágrafo único do artigo 131, com o artigo 134 e artigo 146 da Lei 688/96, fica o sujeito passivo intimado a recolher o crédito tributário no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência deste, garantindo o direito de recurso voluntário à Câmara de Segunda Instância, no mesmo prazo, sob pena de inscrição em Dívida Ativa do Estado e consequente execução fiscal.

Porto Velho, 09/02/2023 .

Augusto Barbosa Vieira Junior

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

Augusto Barbosa Vieira Junior, Auditor Fiscal,

Data: **09/02/2023**, às **12:30**.

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