

GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE

PROCESSO : Nº 20212700100148 - EPAT 4712
RECURSO : VOLUNTÁRIO Nº 026/21
RECORRENTE : MODENA & SILVA LTDA.
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR : JULGADOR – LEONARDO MARTINS GORAYEB

RELATÓRIO : Nº 031/23/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO Nº 0135/2023/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

EMENTA : ICMS/MULTA – UTILIZAR-SE DE CRÉDITO FISCAL DE VALORES DE ICMS CONSTANTES NAS NOTAS FISCAIS DE PRODUTOS SUJEITO AO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – OCORRÊNCIA – Demonstrado nos autos que o sujeito passivo se apropriou indevidamente de créditos de ICMS sobre mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, materiais de uso e consumo, dentre outros na apuração da Escrituração Fiscal Digital – EFD, operações que não geram direito ao crédito tributário no exercício de 2017. Afastada a responsabilidade dos solidários. Mantida a decisão singular de procedência do auto de infração. Infração fiscal não ilidida. Recurso Voluntário Desprovido. Decisão Unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os membros do **EGRÉGIO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE**, à unanimidade em conhecer do recurso interposto para negar-lhe provimento, mantendo a decisão de Primeira Instância que julgou **PROCEDENTE** o auto de infração, conforme Voto do Julgador Relator Leonardo Martins Gorayeb, acompanhado pelos julgadores Dyego Alves de Melo, Reinaldo do Nascimento Silva e Amarildo Ibiapina Alvarenga.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINAL
FATOR GERADOR EM 24/05/2021: R\$988.001,42.
***CRÉDITO TRIBUTÁRIO PROCEDENTE DEVE SER ATUALIZADO NA DATA DO SEU EFETIVO PAGAMENTO**

TATE, Sala de Sessões, 17 de maio de 2023.

~~Anderson Aparecido Arnaut~~
Presidente

~~Leonardo Martins Gorayeb~~
Julgador/Relator

PROCESSO : Nº 20212700100148 EPAT 4712
RECURSO : VOLUNTÁRIO Nº 026/21
RECORRENTE : MODENA & SILVA LTDA.
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR : JULGADOR – LEONARDO MARTINS
GORAYEB
RELATÓRIO : Nº 031/23/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

VOTO

DOS FATOS

O sujeito passivo acima identificado foi autuado, em atendimento à DFE nº 20212500100011, por ter utilizado de crédito tributário em desacordo a legislação tributária ao se creditar de valores de ICMS constantes em notas fiscais de compra de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, materiais de uso e consumo, entre outros na apuração da Escrituração Fiscal Digital do ano de 2018. Conforme provas em anexo. por infringir a art. 77, inc. V, letra a 1, art. 11-A, art. 33, inciso I, 35 e 36, 38 da Lei 688 -96 e Lei Complementar 87-96. O crédito tributário, à época da lavratura, segundo o agente autuante é do TOTAL: R\$ 988.001,42.

O Sujeito passivo apresenta sua impugnação inicial, suscitando as seguintes teses; Questiona a taxa de juros utilizadas para atualização do débito, não podendo exceder a taxa SELIC, ocorrendo a inconstitucionalidade da aplicação dos juros, Que a fiscalização ultrapassou o prazo legal de 60 dias conforme demonstrado na Instrução normativa 11/08, causando a nulidade do auto de infração; Questiona a metodologia utilizada na apuração do imposto devido, conforme o Artigo 142 do CTN, por fim requer que seja dada a improcedência do auto de infração ou mesmo dado parcial provimento ao recurso apresentado.

O Julgador Singular, após análise dos autos, decide com base nos seguintes fundamentos; Dada a expressa disposição legal, cumprida pelo PAT, não há de aceitar o argumento da defesa da empresa autuada, de que os juros são inconstitucionais, desproporcional e desrespeitam a norma tributária; muito ao contrário, o seu lançamento respeitou e cumpre exatamente o que a norma legal determina. Quanto a DFE, o início da fiscalização ocorreu em 30/03/2021, tendo assim seu vencimento de 60 dias esse encerrando 29/05/2021. Como houve concordância ao pedido de prorrogação antes mesmo do vencimento, no dia 24/05/2019, dando mais 60 dias, não ficando claro a data do pedido, porém não tendo importância a análise. De qualquer forma termo de encerramento em 24/05/2021 e a lavratura do Auto de Infração em 24/05/2021 estariam ainda dentro do 1º prazo de vencimento, que era de 29/05/2021. Somando a isso tudo, o §3º do Artigo 12º da IN 11/2008 expressamente estabelece que a ciência do Termo de

Encerramento da ação fiscal, pessoalmente, por AR. ou por edital, supre a eventual ausência de ciência das prorrogações ocorridas, ratificando seus efeitos Considerando a lavratura do Termo de Encerramento da Ação Fiscal e da sua ciência através Notificação através do termo de recebimento do Auto de Infração em 25/05/2021. Assim com a sujeito passivo, inexistente irregularidade no procedimento realizado pelo Fisco. Quanto a alegação da metodologia utilizada, a defesa da empresa autuada não esclarece, os elementos no auto de infração que desobedeceram aos Artigos 142º do Código Tributário Nacional, apontando que metodologia como esse elemento da ação fiscal, sem esclarecer do que trata, sem demonstrar a claramente sua exigência na legislação. Entendo que o conjunto probatório formado pela descrição da infração, provas anexas; Demonstrativo da Base de Cálculo e Origem do Crédito Tributário e Relatório de Auditoria. Tem elementos substanciais e com clareza para formar uma certeza da infração. E que cumprir a legislação estadual. Dada a expressa disposição legal, cumprida pelo PAT, não aceita o argumento da defesa da empresa autuada, que presente PAT desrespeitam a norma tributária; muito ao contrário, o seu lançamento respeitou e cumpre exatamente o que a norma determina. Por fim Julga pela Procedência do feito fiscal.

O Sujeito Passivo, apresenta seu Recurso Voluntário, com as mesmas teses já apresentadas em sua impugnação inicial.

DO MÉRITO DO VOTO

Tem-se que o sujeito passivo utilizou de crédito tributário em desacordo a legislação tributária ao se creditar de valores de ICMS constantes em notas fiscais de compra de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, materiais de uso e consumo, entre outros na apuração da Escrituração Fiscal Digital do ano de 2018.

Compulsando os autos, ficou demonstrado que o sujeito passivo creditou-se indevidamente e recolheu o ICMS a menor do que era devido, o trabalho foi realizada por meio da reconstituição da conta gráfica, conforme relatório fiscal às fls.33 a 57, especificamente Às fls.47, está demonstrado o ilícito tributário imputado ao sujeito passivo. Quanto ao seu Recurso Voluntário, a defendente adentra no mérito da autuação. Conforme a Lei 87/96, os créditos de mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento, só darão direito ao crédito a partir de 1º de janeiro de 2023.

Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

I – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir

de 1º de janeiro de 2033; (Redação dada pela Lei Complementar nº 171, de 2019)

Consta nos autos o Parecer da Representação fiscal, ao qual entende que deverá ser mantido o crédito fiscal original, segue o entendimento do representante fiscal “ A recorrente alega, também, que o crédito tributário foi levantado de forma indevida, pois não apurou seu valor através de “reconstituição da conta gráfica”, sem considerar os créditos do sujeito passivo. Ora, o sujeito passivo apropriou-se de um crédito indevidamente, o que significa dizer; promoveu redução do valor do imposto em desacordo com a legislação tributária. Mas, para considerar suas arguições, garantindo a ampla defesa e buscando da verdade material, privilegiando a solidez do crédito reclamado, busquei na conta corrente da autuada, todos os valores apurados no exercício auditado. Com base nesses dados, observei que houve recolhimento de imposto todos os meses do período (saldo devedor) e que, portanto, quando a recorrente lançou mão de créditos que não lhe pertenciam, recolheu ICMS a menor. A reconstituição da conta gráfica, excluindo créditos indevidos, culmina na cobrança lançada na peça básica. **Razão pela qual, essa exação é procedente”.**

Da suposta extrapolação de prazo nos serviços de fiscalização: Consta nos autos a DFE nº 20212500100011, tendo seu início contando a partir da intimação do sujeito passivo em 30/03/2021, sendo esse o prazo inicial de conclusão previsto para até 30/05/2021, ocorre que o autuante fez a solicitação de prorrogação de prazo para conclusão dos trabalhos dentro do prazo determinado pela Instrução Normativa n.11/2008, o deferimento foi realizado pelo Delegado da 4ª DRE em 24/05/2021, conforme fls.44, portanto, não há nada que macule tal trabalho fiscal.

Art. 9º A Designação de Fiscalização de Estabelecimento (DFE) e a Designação de Serviço Fiscal (DSF) terão prazo de até 60 (sessenta) dias para sua execução.

§ 1º A contagem do prazo para execução da Designação de Serviço Fiscal (DSF) far-se-á a partir da data de sua entrega ao Auditor Fiscal de Tributos Estaduais designado para realizá-la.

§ 2º A contagem do prazo para execução da Designação de Fiscalização de Estabelecimento (DFE) far-se-á:

I - a partir da data de sua ciência pelo contribuinte/responsável;

II - a partir da data da lavratura do termo de início do procedimento, independentemente de sua ciência pelo sujeito passivo, quando:

Art. 10. O prazo de que trata o artigo 9º poderá ser prorrogado pela autoridade outorgante, a seu critério, tantas vezes quantas necessárias, por período igual ou inferior ao prazo inicialmente estipulado, mediante solicitação devidamente justificada pelo AFTE designado.

§ 1º A prorrogação de que trata o “caput” poderá ser feita por intermédio de registro eletrônico efetuado pela respectiva autoridade outorgante, cuja informação estará disponível ao contribuinte mediante acesso ao sítio eletrônico da Secretaria de Estado de Finanças na Internet, mediante utilização da numeração de identificação e controle prevista no inciso I do artigo 3º, observado o disposto no § 5º do mesmo artigo.

§ 2º Na hipótese do § 1º, o Auditor Fiscal de Tributos Estaduais responsável pelo procedimento fiscal fornecerá ao sujeito passivo, quando do primeiro ato de ofício praticado junto ao mesmo após a prorrogação, o Demonstrativo de Emissão e Prorrogação, contendo a designação emitida e as prorrogações efetuadas, reproduzido a partir das informações apresentadas na Internet, conforme modelo constante do Anexo III.

§ 3º O prazo da prorrogação de que trata este artigo, contar-se-á a partir do dia imediatamente seguinte àquele em que se encerrou o prazo anterior para conclusão da Designação de Fiscalização de Estabelecimento (DFE) ou da Designação de Serviço Fiscal (DSF), observado o disposto no artigo 11.

Da Nulidade do auto por Vício Formal, tal tese não deve prevalecer, o auto de infração seguiu todos os ditames leis conforme determina a legislação em seu Artigo 100 da Lei 688/96:

Art. 100. São requisitos de Auto de Infração: (NR Lei nº 2376, de 28.12.10 – efeitos a partir de 29.12.10) Redação Original: Art. 100. São requisitos de Auto de Infração e da representação:

I - a origem da ação fiscalizadora;

II - o dia, a hora e o local da lavratura;

III - a qualificação do sujeito passivo, observado o disposto no § 4º do artigo 83; (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

IV - relato objetivo da infração;

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)

Redação Original: V - citação expressa do dispositivo legal infringido e a indicação da penalidade aplicada;

VI - o valor do imposto, quando devido, demonstrado em relação a cada mês ou período considerado;

VII - o valor da penalidade aplicada;

VIII - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo legal;

IX - o nome do Auditor Fiscal de Tributos Estaduais atuante, sua assinatura e número de matrícula; (NR Lei nº 2376, de 28.12.10 – efeitos a partir de 29.12.10)

Da improcedência da penalidade aplicada, impossibilidade de aplicação da multa.

Quanto da alegação da aplicação da multa de ser confiscatório e infringir os Princípios Constitucionais da Razoabilidade e Proporcionalidade, este tribunal em especial os Julgadores não tem competência para tal análise, conforme determina o Artigo 90 da Lei 688/96.

Art. 90. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, salvo no caso da inconstitucionalidade ter sido proclamada: (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

I - em ação direta de inconstitucionalidade; e

II - por 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.

Da improcedência da exigência de juros e atualização monetária ao patamar superior da taxa SELIC, não há o que questionar, nem reparos a fazer, esta aplicação está em conformidade com o que preceitua o art. 46-A da Lei 688/96 em plena vigência à época dos fatos, portanto, não podendo ser substituída pela taxa Selic.

SEÇÃO II-A

DO JURO DE MORA

(AC pela Lei nº 3583, de 9 de julho de 2015 - efeitos a partir de 01/07/15)

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)

Parágrafo único. Os juros previstos neste artigo serão contados:

I - a partir da data em que expirar o prazo de pagamento;

II - no caso de parcelamento, da data do vencimento do respectivo crédito tributário até o mês da celebração do respectivo termo de acordo e, a partir daí, nova contagem até o mês do efetivo pagamento de cada parcela; e

III - a partir da data da autuação em relação à parcela do crédito tributário correspondente à multa, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 80.

Este entendimento quando a multa e a aplicação dos Juros e da Atualização Monetária, deverá ser mantido uma vez que o entendimento para aplicação da taxa Selic, só poderá ocorrer aos créditos tributários referentes a data do vencimentos após 31 de janeiro de 2021, portanto, aplica-se nos casos a partir de 1º de Fevereiro de 2021, conforme Lei 4952.

Lei Nº 4952 DE 19/01/2021

Art. 7º Os créditos tributários com data de vencimento até 31 de janeiro de 2021 estarão sujeitos, até essa data, às regras de atualização monetária e de juros de mora aplicáveis até então, sendo submetidos às disposições desta Lei, a partir de 1º de fevereiro de 2021, pelo seu valor atualizado segundo as regras aplicáveis até 31 de janeiro de 2021.

Por fim, entendo que deverá ser mantida a decisão proferida pelo julgador singular pela Procedência do auto de infração e sendo devido o valor do crédito tributário no valor de R\$ 988.001,42.

IMPOSTO	R\$ 313.272,86.
MULTA	R\$ 400.110,79.
JUROS	R\$ 143.322,98.
AT.MONETÁRIA	R\$ 131.294,72.
TOTAL	R\$ 988.001,42.

Conforme já exposto pelo Julgador Singular, não havendo elementos nesta ação fiscal que possam indicar a falta de capacidade econômica e financeira da empresa atuada, para assim que os sócios ou acionistas controladores sejam considerando solidariamente responsáveis neste momento, ou mesmo que justifique da responsabilidade como sucessores, deverá ser afastada a Responsabilidade Solidária imputada aos Senhores **FLÁVIO** e **NATANAEL CESAR**

DO VOTO - CONCLUSÃO

Este Relator, conhece do presente Recurso Voluntário para negar-lhe provimento, no sentido que seja mantida a decisão de Primeira Instância que decidiu pela Procedência do auto de infração, assim julgo.

Porto Velho-RO, 17 de maio de 2023.

LEONARDO MARTINS GORAYEB

CONSELHEIRO DA 1ª CAMARA DE JULGAMENTO DE 2ª INSTÂNCIA