

PROCESSO : 20212700300011 – EPAT 04.004
RECURSO : DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO Nº 006/2023
RECORRENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA : ATACADAO S.A.
JULGADOR : AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA
RELATÓRIO : Nº 0251/23/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

02 - VOTO DO RELATOR

O auto de infração foi lavrado, no dia 20/03/2021, em razão de o sujeito ter deixado de recolher o ICMS, devido por substituição tributária, em operações interestaduais que transitaram na entrada do Estado, no período de 01/01/2017 a 31/12/2017, conforme demonstrativos constantes dos autos.

Diante disso, foi lançado o imposto devido e aplicada a multa de 90% do valor do imposto retido na fonte, por contribuinte substituto, e não recolhido no prazo legal – a penalidade prevista no artigo 77, IV, “a”, item 3, da Lei 688/96.

O sujeito passivo foi notificado pelo DET, com ciência em 27/05/2021, apresentou peça defensiva tempestivamente alegando que o procedimento fiscal é inconsistente, porque não analisou a documentação, pois em diversas notas fiscais autuadas as mercadorias sujeitas ao ICMS-ST, o imposto foi recolhido na origem pelos fornecedores, outras não estão sujeitas à substituição tributária; destaca que a fiscalização deixou de analisar a documentação, especificamente as operações/notas fiscais autuadas, que indicam a sistemática de recolhimento do imposto, se isento, sujeitas à Substituição Tributária, não observando a data da operação e a legislação então vigente.

Em razão dos argumentos da defesa, o PAT foi encaminhado ao Autor do feito, que em sua manifestação excluiu do lançamento mercadorias isentas e outras que não estavam submetidas ao regime de substituição tributária. Com essas exclusões, o imposto lançado foi reduzido de R\$ 98.730,15 para R\$ 54.408,25.

Submetido a julgamento de primeira Instância, o julgador singular, após analisar os autos e a peça impugnativa, afastou a nulidade apontada pela defesa, porque a empresa não apresenta fatos que contrariem o que está descrito na autuação e provado pela autoria do feito fiscal. No mérito, considerou os ajustes feitos pelo autuante, com as exclusões de item isento e não tributado por substituição tributária, decidindo, ao final, pela parcial procedência da ação fiscal. Por não estar devidamente caracterizada a relação direta da pessoa indicada como responsável solidário no fato gerador, afastou a responsabilidade tributária solidária indicada pelo Fisco.

Por ser a decisão contrária à Fazenda Pública, recorreu de ofício à Câmara de Julgamento de Segunda Instância, nos termos do art. 132 da lei 688/96. E em

virtude do disposto no § 3º do artigo 132 da Lei nº 688/96, o processo foi encaminhado ao autor do feito. O Autuante se manifestou contrário à decisão de primeira instância, porque houve alteração do valor do crédito tributário do que foi definido na diligência realizada, em que esse Crédito foi reduzido para R\$ 207.372,89 e decisão concluiu por um crédito tributário no montante de R\$ 181.712,33 (cento e oitenta e um mil, setecentos e doze reais e trinta e três centavos).

A empresa foi notificada pelo DET, com ciência em 03/08/2022, por discordar da decisão proferida, interpôs recurso voluntário alegando em preliminar a nulidade da decisão proferida, por não ter sido analisada a documentação apresentada pela defesa, afirma ter demonstrado, ainda que por amostragem, que parte das mercadorias já tiveram o imposto recolhido pelo fornecedor, que outras foram devolvidas, e outras sofreram tributação normal, por não serem tributadas por substituição tributária. Em síntese, a empresa alega que 1) alguns produtos já tiveram sua tributação na origem, o ICMS-ST está destacado na Nfe de entrada; 2) existe no lançamento produtos não sujeitos a substituição tributária; 3) operação que não ocorreu (devolvida/estornada ao/pelo remetente); 4) alguns produtos são material de uso e consumo e 5) constam produtos isentos. Ao final, requer que seja reconhecida a nulidade da decisão recorrida, provido o recurso como o cancelamento da exigência fiscal (principal, multa e juros), com o conseqüente arquivamento deste processo. Subsidiariamente, requer que o processo seja convertido em diligência, para comprovar ser indevido o crédito tributário imputado.

Numa análise preliminar dos documentos fiscais, pode ser verificado que os argumentos apresentados se mostravam verídico, demonstrando a necessidade de o processo ser encaminhado para diligência. No Despacho, foi determinado que para o primeiro ponto, o Auditor deve consultar a Nfe e se confirmado o argumento, que o ICMS-ST foi destacado, excluir essas notas do levantamento. Para o segundo, verificar na EFD/SPED a situação tributária da saída, caso a saída desses produtos tenha sido tributada, excluí-los. No terceiro, consultar as notas fiscais de “estorno” feitas pelo fornecedor, da mesma forma, se confirmado, excluí-los. No quarto, verificar na EFD/SPED, se houve a destinação da mercadoria para uso e consumo e se, na apuração, foi recolhido o diferencial de alíquotas, se imposto tiver sido pago, excluí-los. Para o quinto e último ponto, verificar na legislação (RICMS/RO) se os produtos são contemplados pela isenção, se confirmada, excluí-los.

Além da necessidade de notificação da empresa após a conclusão do trabalho, pelo fato de o autor do feito, em duas ocasiões, já ter se manifestado no processo, no Despacho, foi sugerido que o Delegado designasse um outro AFTE para realizar a diligência, destacando-se que o trabalho deveria ser executado na forma como indicada em cada um dos pontos acima especificados (art. 118, Lei 688/96).

Dessa forma, foi designado um outro AFTE que realizou a análise dos documentos, porém, limitou-se seu trabalho às indicações feitas pela empresa, deixando de analisar 116 itens. Da diligência feita, foram excluídos os itens das operações com o imposto pago, ou sem incidência (isento), reduzindo o ICMS para o valor de R\$ 37.162,30, e o Crédito Tributário para o valor de R\$ 124.427,09.

A empresa foi notificada do resultado da diligência, se manifesta reiterando os argumentos apresentados na impugnação ao Auto de Infração, manifestando concordância parcial quanto ao resultado da diligência, na parte em que foi cancelada a exigência fiscal, requereu, por fim, a realização de nova diligência, para que comprove a improcedência do crédito tributário.

É o breve relato.

02.1- Da análise dos autos e fundamentos do voto.

A exigência tributária decorreu do fato de o sujeito ter, segundo a Autoridade fiscal, deixado de recolher o ICMS devido por substituição tributária, em operações interestaduais que transitaram na entrada do Estado, no período de 01/01/2017 a 31/12/2017, conforme demonstrativos constantes dos autos.

O dispositivo da penalidade indicada (art. 77, IV, "a", item 3, da Lei 688/96) estabelece a multa de 90% do valor do imposto retido na fonte, por contribuinte substituto, e não recolhido no prazo legal.

Na instância singular, o julgador considerou parcial procedente o Auto de Infração, com a exclusão das mercadorias isentas e não tributadas por substituição tributária, destacando que as exclusões dos itens foram feitas pelo Autor do feito, após a defesa da empresa.

Na segunda diligência, o AFTE realizou uma análise dos argumentos trazidos excluindo 237 itens, por não existirem tributos a pagar, mantendo o lançamento para 178 itens (116 não questionados na diligência e 62 questionados, mas indeferidos). Com isso, o valor o ICMS foi reduzido para R\$ 37.162,30, e o do Crédito Tributário para R\$ 124.427,09.

Analisando a ação fiscal, verifica-se que tanto a parte do imposto considerada indevida na decisão singular, como a excluída na diligência feita, seja porque o imposto já tinha sido pago ou porque as mercadorias eram isentas, tais exclusões devem ser ratificadas. Destaca-se que foram comprovados por documentos apresentados pela empresa. Ou seja, essa parte do lançamento deve ser considerado improcedente.

Com essa ratificação, passa-se a análise dos 178 itens, em que a empresa, em sua manifestação, apresenta documentos e solicita uma nova diligência para comprovar ser indevido o lançamento.

Em consulta ao SISMONITORA DA SEFIN, na função consulta nota fiscal eletrônica, verificou-se que dos 62 itens indicados pela defesa e indeferidos, na diligência, razão assiste à autuada. Pois dois foram lançados pelo Fronteira (imposto pago), dois não estão submetidos à substituição tributária e foram tributados pela empresa, dez foram estornados pelo fornecedor, e quarenta e oito o ICMS foi destacado na Nota fiscal e retido pelo substituto tributário (remetente). O argumento que indeferiu esses últimos, de que não foi encontrado o pagamento da GNRE, não torna a autuada responsável pelo pagamento que é, conforme a lei, do remetente das mercadorias. Ressalta-se que o ICMS ST foi retido, incluído no documento fiscal, e cobrado da autuada, junto com o valor das mercadorias.

Na consulta realizada, constatou-se que, dos 116, sem uma indicação específica da defesa, e que apesar do Despacho ter determinado sua análise, não foi analisado pela diligência. Desses itens, 21 (vinte e um) foram lançados no Fronteira e o imposto foi pago, logo, esses itens devem também ser excluídos do lançamento. Já em relação aos demais itens, 95 (noventa e cinco) foram lançados no Fronteira como ICMS antecipado, a empresa pagou e se utilizou desse crédito para deduzir os débitos da saída, porém, classificou esses produtos, em sua escrita fiscal, (EFD/SPED) como compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, dando sua saída sem tributação. Nesse sentido, não houve tributação para tais mercadorias, havendo, dessa forma, a indicada falta de pagamento do ICMS, que motivou procedimento fiscal. Logo, o lançamento, para esses produtos, é devido.

Assim, pela consulta realizada sobre cada um dos itens que compõem o lançamento, inclusive sobre aqueles que a defesa não apresentou argumentos, torna desnecessária uma nova diligência, razão pela qual indefere-se a solicitação da defesa.

Com as provas apresentadas e reconhecidas na diligência, que reduziu o valor do crédito tributário, o argumento apresentado pelo Autor do feito, que discordou da decisão singular proferida, além de ser apenas sobre os acréscimos legais, restaram prejudicados, porque as exclusões aqui reconhecidas superam os valores da decisão singular.

Diante das exclusões feitas e com a manutenção do crédito tributário relativo aos produtos sujeitos a substituição tributária e que não houve pagamento do ICMS, o crédito tributário deve ser recalculado, deduzindo do valor originalmente lançado de R\$ 328.210,99 para R\$ 76.014,96, conforme quadro demonstrativo abaixo:

Crédito Tributário	Original	Excluído	Devido
Tributo ICMS	98.730,15	76.132,90	22.597,25
Multa de 90% - Valor do imposto	126.097,66	97.236,54	28.861,12
Juros	62.004,75	6.918,83	15.085,92
Correção Monetária	41.378,43	31.907,76	9.470,67
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	328.210,99	252.196,03	76.014,96

Diante do fato de a autuada não ter feito retenção de ICMS-ST, uma vez que a sua conduta foi deixar de pagar o imposto devido, como medida saneadora para evitar nulidade, nos termos do art. 108 da Lei 688/96, mantendo-se a multa de 90% do valor do imposto, de ofício, recapitula-se o artigo legal, alterando do item 3 para o item 1, para que conste do Auto de Infração o art. 77, IV, a, item 1, da Lei 688/96.

Tal alteração está sendo feita nos termos do dispositivo legal (art. 108 da Lei 688/96) que define que estando o processo em fase de julgamento, os erros de fato e os de **capitulação da infração ou da penalidade** serão corrigidos pelo órgão de julgamento, de ofício ou em razão de defesa ou recurso, não sendo causa de decretação de nulidade, desde que da correção resulte penalidade de valor igual ou inferior ao constante no auto de infração, o que ocorre no presente caso, em que a penalidade foi mantida na multa de 90% do valor do imposto.

Quanto à responsabilidade solidária atribuída no Auto de Infração, além de não estar devidamente caracterizada a relação direta da pessoa indicada como responsável solidário no fato gerador, por não existir uma indicação precisa da conduta dentre as especificadas na lei, que possa caracterizá-la, fica excluída a responsabilidade indicada, na forma como já decidida na instância singular.

Consigna-se, por fim, que em razão da correção do dispositivo legal, conste da notificação da decisão a concessão de prazo para pagamento com desconto da multa, nos termos do § 2º do Art.108, da Lei 688/96.

De todo o exposto e por tudo que dos autos consta, conheço dos recursos de ofício e voluntário interpostos para, em parte dar-lhes provimento, mantendo a decisão singular que julgou parcial o Auto de infração, porém, reduzindo o crédito tributário, conforme quadro demonstrativo, de R\$ 328.210,99 para **R\$ 76.014,96**.

É como VOTO.

Porto Velho, 13 de novembro de 2023.

AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA
AFTE Cad. 3000
RELATOR/JULGADOR

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

PROCESSO : 20212700300011 - E-PAT 004.004
RECURSO : DE OFÍCIO E VOL. Nº. 006/2023
RECORRENTE : FPE E ATACADÃO S.A.
RECORRIDA : ATACADÃO S.A. E FPE
RELATOR : AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA

RELATÓRIO : Nº 0251/23/1.ª CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO Nº 0286/2023/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

EMENTA : **ICMS/MULTA – FALTA DE PAGAMENTO DE IMPOSTO DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - OCORRÊNCIA** - Restou provado, nos autos, que a empresa, sobre partes das mercadorias, deixou de pagar ICMS- ST. Excluídos do lançamento os produtos isentos, os que não estavam sujeitos ao regime de substituição tributária, os que tiveram o imposto retido pelo fornecedor (substituto) e os que foram pagos pela empresa no extrato, em decorrência do lançamento feito no FRONTEIRA. Afastada a responsabilidade solidária, por não existir no processo uma indicação precisa da conduta dentre as especificadas na lei, que possa caracterizá-la. Infração ilidida em parte. Mantida a decisão que julgou parcial procedente o Auto de Infração, com redução do crédito tributário. Recurso Voluntário parcialmente provido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os membros do **EGRÉGIO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE**, à unanimidade em conhecer dos recursos interpostos para no final dar parcial provimento ao Recurso Voluntário e negar provimento ao Recurso de Ofício, mantendo a decisão de primeira instância de **PARCIAL PROCEDENTE** o auto de infração, com ajuste do valor do crédito tributário, conforme Voto do Julgador Relator Amarildo Ibiapina Alvarenga, acompanhado pelos julgadores Dyego Alves de Melo, Leonardo Martins Gorayeb e Armando Mário da Silva Filho .

CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINAL

DATA DO LANÇAMENTO 20/03/2021: R\$ 328.210,99

*CRÉDITO TRIBUTÁRIO REMANESCENTE

*R\$ 76.014,96

*CRÉDITO TRIBUTÁRIO REMANESCENTE DEVE SER ATUALIZADO NA DATA DO SEU EFETIVO PAGAMENTO.

TATE, Sala de Sessões, 13 de novembro de 2023.

Anderson Aparecido Arnaut
Presidente

Amarildo Ibiapina
Julgador/Relator