

PROCESSO : N° 20212700100152 EPAT-4706
RECURSO : VOLUNTÁRIO N° 0124/22
RECORRENTE : MODENA&SILVA LTDA.
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR :JULGADOR – LEONARDO MARTINS GORAYEB
RELATÓRIO : N° 035/23/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

VOTO

DOS FATOS

Fora lavrado auto de infração n. 20212700100152- contra o contribuinte em epígrafa, por apropriar-se indevidamente de créditos de ICMS sobre serviços de frete em junho, julho e setembro de 2018 onde ele não era o tomador de serviço.

Os Artigos utilizados como base legal da autuação no art. 4, inciso IX do RICMSRO, bem como ao art. 77, inciso V, alínea “b”, art. 35, 36 e 38 todos da Lei 688/96. A intimação foi feita pessoalmente. O sujeito passivo apresentou sua defesa tempestivamente. O crédito tributário é de R\$ 142.450,50

O Sujeito passivo apresenta sua impugnação inicial suscitando as seguintes teses: Que há ocorrência de ilegalidade quanto da cobrança de juros e correção monetária superior à taxa Selic; Que ocorreu a extrapolação do prazo para a conclusão do trabalho de fiscalização – Instrução Normativa 11/2008; - Que houve erro na apuração do cálculo do imposto; Conclui pelo pedido de improcedência do auto de infração.

O Julgador de Primeira Instância, decide com fundamentos: Que ao analisar as provas apresentados autos, verificamos que o autuante construiu uma tabela no excel com quase 450 notas fiscais de prestação de serviço não tomadas pelo sujeito passivo nos meses de junho, julho e setembro de 2018, mas que foram indevidamente apropriadas pelo mesmo. Não apresenta nenhuma argumentação em sua defesa que afastasse o fato materializado de descumprimento da obrigação tributária principal de ter se apropriado do ICMS sobre frete que não tenha sido o tomador do serviço. Em relação à jurisprudência do STF a respeito do teto da atualização monetária e da cobrança de juros, onde diz que os entes tributários estaduais e municipais não podem aplicar percentuais superiores ao da União, entendo que o Estado de Rondônia já se adequou desde o início de 2021 a esse entendimento, ao alterar a redação da lei 688/96, nos artigos 46 e 46-A e 46-B. Nesse sentido, não cabe guarida ao argumentado levantado pelo sujeito passivo, pois no cálculo da autuação já foi feito o lançamento do imposto e multa de acordo com esse entendimento, ou seja, 1% a.m. e a multa menor até do que esse valor pois se for considerar a atualização da UPF de um ano para outro, que é o momento de sua revisão, o acumulado não chega a 12% o que já seria menor do que o acumulado dos juros compostos, equivalente a taxa 1% a.m. durante 12 meses. Sobre a suposta ilegalidade pela extrapolação do prazo para conclusão da auditoria A ação fiscal, em seus aspectos

formais, obedeceu às disposições legais e regulamentares a ela inerentes. Foi realizada com expressa designação da autoridade administrativa competente, conforme a DFE nº 20212500100011, tendo seu início contando a partir da intimação do sujeito passivo em 30/03/2021 sendo o prazo inicial de conclusão previsto para até 30/05/2021 (60 dias). Diferentemente do que foi alegado pelo sujeito passivo em sua defesa, antes dessa data de 30/05/2021, a autoridade fiscal protocolou pedido de prorrogação de prazo para concluir os trabalhos por mais 60 dias, alegando o grande volume dos documentos fiscais a serem verificados, o que foi deferido pelo seu responsável imediato em 24/05/2021 (fl. 14). Essa possibilidade de prorrogação da ação fiscal está prevista no art. 94 da Lei 688/96 que foi citada pelo próprio sujeito passivo em sua defesa. Logo, havendo comprovado nos autos que houve o pedido e o deferimento da prorrogação da ação fiscal, não há o que se dizer que houve desrespeito às formalidades legais previstas no art. 100 da Lei 688. Sobre o suposto erro na apuração do cálculo do imposto O sujeito passivo alegou que o cálculo do imposto estaria errado porque alega que deveria na verdade “reconstituir a conta gráfica, subtraindo o valor dos créditos tributários e identificar o valor do ICMS que deixou de ser pago em razão da apropriação indevida”. Acontece que o sujeito passivo já fez isso lá atrás em sua EFD incluindo os valores de prestação de serviços como se fossem tomados, deixando de pagar esse valor. Logo, o autuante listou o imposto que deveria ter sido recolhido pelo contribuinte, mas que por apropriação indevida do crédito, acabou sendo camuflada a sua obrigação perante o fisco. Logo, o crédito tributário referente ao tributo ICMS não pago, está lançado corretamente pelo autuante, não cabendo guarida a argumentação de defesa do sujeito passivo. Sendo assim, entendemos que o sujeito passivo não conseguiu afastar a materialização da infringência relatada nos autos, Julgando Procedente, sendo devido o crédito tributário de R\$ 142.450,50.

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 apropriou-se indevidamente de créditos de ICMS sobre serviços de frete em junho, julho e setembro de 2018 onde ele não era o tomador de serviço.

Compulsando os autos, ficou demonstrado que o sujeito passivo se apropriou indevidamente dos créditos do ICMS sobre o serviço de transporte ao qual não era o tomador do serviço, nos meses de junho, julho e setembro de 2018, conforme demonstrado pelo autuante em seu relatório fiscal, em nenhum momento a defendente adentra no mérito da autuação.

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 autuante, 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.

IMPOSTO	R\$ 43.207,20.
MULTA	R\$ 61.315,63.
JUROS	R\$ 19.819,24.
AT.MONETÁRIA	R\$ 18.108,43.
TOTAL	R\$ 142.450,50.

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\$ 142.450,50.

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, 19 de Abril de 2022.

LEONARDO MARTINS GORAYEB

CONSELHEIRO DA 1ª CAMARA DE JULGAMENTO DE 2ª INSTÂNCIA

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

PROCESSO : Nº 20212700100152
RECURSO : VOLUNTÁRIO Nº 0124/22
RECORRENTE : MODENA&SILVA LTDA.
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR : RELATOR - LEONARDO MARTINS GORAYEB

RELATÓRIO : Nº. 035/2023/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN.

ACÓRDÃO Nº. 0104/2023/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN.

EMENTA : ICMS/MULTA – APROPRIAR-SE INDEVIDAMENTE DE CRÉDITOS DE ICMS SOBRE SERVIÇOS DE TRANSPORTE – CONHECIMENTO DE TRANSPORTE INDICANDO OUTRO TOMADOR DO SERVIÇO – OCORRÊNCIA – Demonstrado nos autos que o sujeito passivo apropriou-se indevidamente de créditos de ICMS sobre o serviço de transporte do qual não era o tomador do serviço, nos meses de junho, julho e setembro de 2018. 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 no final negar-lhe provimento, mantendo a decisão de primeira instância de **PROCEDENTE** o auto de infração, conforme Voto do Julgador Relator Leonardo Martins Gorayeb, acompanhado pelos julgadores Dyego Alves de Melo, Amarildo Ibiapina Alvarenga e Reinaldo do Nascimento Silva.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINAL
FATOR GERADOR EM 24/05/2021: R\$142.450,50.
*CRÉDITO TRIBUTÁRIO EXTINTO PELO PAGAMENTO.

TATE, Sala de Sessões, 19 de abril de 2023.

Anderson Aparecido Arnaut
Presidente

Leonardo Martins Gorayeb
Julgador/Relator