



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

SUJEITO PASSIVO: KOMBATO COMERCIO ATACADISTA E VAREJISTA DE PRODUTOS E UTENSILIOS DOMES

ENDEREÇO: AVENIDA LUCIO COSTA , 3600 - BARRA DA TIJUCA - Rio de Janeiro/RJ - CEP: 22630-010

PAT Nº: 20212700100129

DATA DA AUTUAÇÃO: 04/05/2021

CAD/CNPJ: 35.470.779/0001-93

CAD/ICMS: 00000005529913

DECISÃO PROCEDENTE Nº: 2022/1/75/TATE/SEFIN

1. Deixar de pagar o imposto durante o período de cancelamento de regime especial.
2. Defesa tempestiva.
3. Infração não ilidida.
4. Auto de infração procedente.

1 – RELATÓRIO

O sujeito passivo ora fiscalizado foi autuado tendo em vista que no ano de 2020, realizou operações de importação de mercadorias, utilizando o diferimento para saídas interestaduais e o benefício fiscal de crédito presumido de 85% do valor do imposto, previsto na Lei 1473/2005, ocorre que no período de 07/2020 a 12/2020, o regime especial da empresa encontrava-se cancelado, e, portanto, ficando tais operações fora da abrangência do referido benefício fiscal, ensejando a lavratura do presente auto de infração para lançamento do ICMS incidente nas referidas operações de importação, com o ICMS calculado por dentro, aplicando-se a alíquota interna de 17,5%, e abatendo-se os valores recolhidos pelo contribuinte no período.

Para a capitulação legal da infração foram indicados os arts. 2º-§ único-I, 17- IX e art. 57-V, todos da Lei 688/96, c/c art. 57-III do novo RICMS-RO, e para a penalidade o art. 77-IV-a-1 da Lei 688/96.

O crédito tributário, à época da lavratura, tem a seguinte composição:

| | |
|-------------------------------|----------------|
| Tributo ICMS | R\$ 353.003,16 |
| Multa 90% (noventa por cento) | R\$ 394.792,75 |
| Juros | R\$ 18.464,72 |
| Atualização monetária | R\$ 85.655,49 |

| | |
|-----------------------------|----------------|
| TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO | R\$ 851.916,12 |
|-----------------------------|----------------|

O sujeito passivo foi notificado do auto de infração via DET em 12.05.2021, e apresentou sua defesa tempestivamente.

2 – DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

Em sua defesa o sujeito passivo trouxe o contexto, reconheceu que a atualização do valor da caução em UPF de 2019 para 2020, que importa em R\$ 7.580,00, deveria, de acordo com a lei 1473/2005, ter sido paga até 31.03.2020, mas foi feito apenas em 28.10.2020, e que foi este o motivo do cancelamento do regime especial do qual era beneficiário.

Que o dito cancelamento ocorreu em 03.09.2020, por meio do Ato nº 84/GAB/CRE/2020 (DOE nº 172 de 03.09.2020), com ciência via DET em 09.09.2020, e que por esta razão as operações consideradas como fora do benefício pelo autuante ocorridas nos dias 14 e 23.07.2020 e 19.08.2020, devem ser excluídas, pois o cancelamento ocorreu após estas datas.

Que a não ciência pelo próprio sujeito passivo tornaria o auto de infração nulo, vez que o Contador não possui relação direta com a obrigação principal para tanto, e que apesar de ser tal circunstância prevista no 83-§4º-II da Lei 688/96, a competência para atribuição de sujeição passiva e constituição de crédito tributário é reserva de lei complementar (art. 183 do CTN e art. 146-III-a-b da CF/88).

Que nos termos dos arts. 134 do CTN e 6º da LC 87/96, o contador não é nem o contribuinte do imposto ou depositário, sendo neste sentido o RE 562276/PR trazido à baila, e considerando que o art. 90-II da Lei 688/96, autoriza aos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade incidental, e, sendo, portanto, inconstitucional o 83-§4º-II da Lei 688/96, o presente auto de infração, assim, seria nulo por ausência de notificação ao sujeito passivo.

Que no RE 583.849 o STF, sob a sistemática de repercussão geral, reconheceu o direito dos contribuintes à restituição do ICMS recolhido a maior, nos casos em que ocorre diferença entre a base de cálculo presumida e a base de cálculo efetiva, como previsto no art. 150-§7º da CF/88, dessa forma, os cálculos dos supostos valores devidos não estando albergados pelo regime especial, estariam no regime de tributação normal (conta gráfica), como prevê a regra do art. 40-I do RICMS-RO, e que, neste caso, teria direito à restituição de crédito de ICMS de R\$ 237.045,47, com fundamento nos arts. 150-§7º da CF/88 e 10 da LC 87/96, para se evitar a morte da empresa, em vista da perda do regime especial.

Que a multa aplicada de 90%, com base no art. 77-IV-a-1 da Lei 688/96, seria excessiva e desproporcional, supondo que a Kombato teria deixado de pagar determinado valor do ICMS, por ação ou omissão, entretanto, a imputação excessiva se deu em virtude da perda do regime especial, motivada pelo não recolhimento de uma diferença de caução, por conta de impedimentos de funcionamento seja no atendimento ao público, seja na autorização de funcionamento das empresas em geral, no momento crítico da pandemia de março a setembro/2020.

Que caberia, embora não considere correto, se fosse atendendo à razoabilidade, e fosse devido ICMS ao Estado, a multa de 15%, por situação cadastral irregular, como previsto no art. 77-c-1 da Lei 688/96, em conformidade com o entendimento do STF no RE 582.461-SP, com efeito de repercussão geral, consignando que a multa tributária de caráter moratório em patamar de 20% sobre o valor do débito tributário atende ao princípio da razoabilidade e não representa violação à proibição do confisco, trazido à colação.

Por todo o exposto, requereu a declaração incidental de inconstitucionalidade do 83-§4º-II da Lei 688/96, com fundamento no art. 90-II desta mesma Lei e na jurisprudência colacionada do STF (RE 562276-PR, de repercussão geral), julgando, por consequência, improcedente o lançamento do crédito tributário do auto de infração, por ausência de notificação do sujeito passivo direto, inexistindo, assim, quaisquer tipo de exação, pois, estando no regime normal

de conta gráfica, na apuração entre débitos e créditos teria saldo credor de R\$ 237.045,47.

E que, superados os pedidos de cancelamento do presente auto de infração, seja reduzida a multa de 90% para 15% (com base no art. 77-1-c da Lei 688/96), atendendo o melhor critério da razoabilidade, evitando-se a adoção extrema de encerramento das atividades da impugnante em Rondônia.

3 - FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Conforme consta na peça básica, a autuação ocorreu porque o sujeito passivo, no período de 07/2020 a 12/2020, realizou operações de importação de mercadorias, utilizando o diferimento para saídas interestaduais e o benefício fiscal de crédito presumido de 85% do valor do imposto, previsto na Lei 1473/2005, sendo que o regime especial da empresa se encontrava cancelado no citado período, pois o sujeito passivo não recolheu uma diferença de atualização de caução de 2019 para 2020, no valor de R\$ 7.580,00, dentro do prazo previsto no Parágrafo único do art. 3º da Lei 1473/2005, que era até 31.03.2020.

Regularmente notificado, o sujeito passivo requereu a nulidade do auto de infração, sob o fundamento de ausência de notificação ao sujeito passivo, requereu a declaração incidental de inconstitucionalidade do 83-§4º-II da Lei 688/96, com fundamento no art. 90-II desta mesma Lei e no RE 562276-PR (STF), com julgamento improcedente do auto de infração, pois, segundo entende, estando enquadrada o regime normal de conta gráfica (apuração de débitos e créditos), restar-lhe-ia saldo credor, e superados os pedidos anteriores, requereu que fosse reduzida a multa de 90% para 15%, como previsto no art. 77-1-c da Lei 688/96 (situação cadastral irregular).

Inicialmente, quanto à alegação preliminar de nulidade do auto de infração por suposta falta de notificação ao sujeito passivo, resta não acatada, por se considerar descabida sua fundamentação, pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 83-§4º-II da Lei 688/96, apoiada no art. 90-II desta mesma Lei e no RE 562276-PR (STF), pois, de um lado tal dispositivo em referência não foi proclamado inconstitucional em ADI, e também não teve suspensão sua execução pelo Senado Federal ou Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia (condições de exceção necessárias para declaração de inconstitucionalidade pelo TATE, conforme art. 90-I-II da Lei 688/96), e de outro, o RE 562276-PR (STF), se refere a casos de responsabilidades tributária criadas sem a observância da exigência do art. 128 do CTN (vínculo de terceira pessoa ao fato gerador da obrigação, ao se atribuir responsabilidade pelo crédito tributário).

Deve-se ressaltar, ainda, ser inegável a relação, no presente caso, do contador da Kombato, Sr. Í de Lima, CPF _____, com o fato gerador do imposto que deveria ter sido recolhido no período de julho a dezembro/2020 sem os benefícios da Lei 1473/2005, já que o regime especial se encontrava suspenso, fls. 12/13, e o Inciso II do § 4º do art. 83 da Lei 688/96 é bem claro “...*Considera-se **sujeito passivo**: (...) II - **responsável**, quando não revestido da condição de contribuinte, **sua obrigação esteja prevista nos artigos 11-A, 11-B e 11-C.**”, sendo que é neste sentido o art. 11-A-XIV-§1º-II-a da Lei 688/96 (**contabilista** revestindo a condição de sujeito passivo, por força de Lei), *in verbis*:*

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;

(...)

§ 1º. **Presume-se interesse comum previsto no inciso XIV deste artigo:**

(...)

II - em relação ao contabilista ou organização contábil quando:

a) **constar na escrituração fiscal ou informar ao fisco dados ou valores divergentes aos constantes nos documentos fiscais de entrada ou saída que resultarem na supressão ou redução do imposto;** (G.n.)

Não se olvidando que, nos termos do art. 13 do ANEXO X, *in verbis*, que trata dos regimes especiais, operações e sistemas especiais de tributação, **regime especial suspenso** fls.12/13 dos autos **não permite a fruição dos benefícios decorrentes do mesmo pelo detentor deste**, devendo **ser observado o regime normal de tributação:**

Art. 13. Os detentores de regimes especiais suspensos não poderão usufruir do benefício a ele atrelado enquanto perdurar a suspensão e deverão observar as normas aplicáveis às operações que promoverem sem a incidência do benefício
. (G.n.)

Acrescente-se o fato de que o sujeito passivo tem plena consciência de que a perda do regime especial se deu em razão da pendência em relação ao não recolhimento tempestivo de diferença de caução atualizada em 2020 (cujo prazo para recolhimento era até 31.03.2020, de acordo com o art. 3º-Parágrafo da Lei 1473/2005, porém, só foi pago em 28.10.2020, comprovante em anexo), **sendo que neste caso, o cancelamento independe de notificação ao detentor**, conforme se extrai do art. 16-II-§1º do ANEXO X do novo RICMS-RO, *in verbis*:

Art. 16. Os regimes especiais serão cancelados:

(...)

II - não regularizar as pendências que geraram a suspensão pelo prazo superior a 30 (trinta) dias;

(...)

§1º O cancelamento em razão do disposto no inciso II será realizado independentemente de notificação. (G.n.)

Portanto, a par dos dispositivos retro mencionados, resta demonstrado que além do sujeito passivo direto, o contador, mesmo sem ser o contribuinte, revestindo-se da condição de sujeito passivo, **em decorrência de previsão legal** (art. 83-§4º-II da Lei 688/96), pode tomar a ciência do presente auto de infração, afastando, assim, a alegação de ausência de notificação ao sujeito passivo do auto de infração, assim como também, afasta o pedido de exclusão das operações ocorridas nos dias 14 e 23.07.2020 e 19.08.2020, já que o cancelamento ocorreu em **01.07.2020**, fls. 13, cuja motivação independe de notificação (art. 16-II-§1º do ANEXO X do novo RICMS-RO), logo, tanto o contador, quanto o contribuinte, não podem alegar que não sabiam que a partir de **01.07.2020**, não poderiam mais usufruir dos benefícios do regime especial, devendo as operações de **julho a dezembro/2020** terem sido recolhidas sob a alíquota do ICMS de 17,5%, sem qualquer benefício, o que não ocorreu, até por que *“Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”*(art. 3º da LINDB).

Pois bem, superada a preliminar de nulidade trazida à baila pelo sujeito passivo, após a análise dos autos,

pode-se adiantar que razão não lhe assiste, pelos motivos a seguir aduzidos.

A conduta faltosa do sujeito passivo, como já visto, restou comprovada, isto é, encontrando-se com o regime especial suspenso, e depois cancelado em 01.07.2020, fls. 12/13, vez que deixou recolher no prazo legal, até 31.03.2020, conforme previsto no Parágrafo único do art. 3º da Lei 1473/2005, uma diferença de atualização de caução no valor de R\$ 7.580,00, os benefícios decorrentes da Lei 1473/2005 não mais poderiam ser usufruídos no período de cancelamento detectado, julho a dezembro/2020, situação que ensejou a cobrança de ofício do imposto devido, sem nenhum benefício, bem como a aplicação da penalidade cabível prevista no art. 77-IV-a-1 da Lei 688/96.

Em relação à alegação de suposto saldo credor de R\$ 237.045,47 decorrente de apuração de débitos e créditos, não tem cabimento, visto que o resultado da apuração pretendida deveria ter sido feito tempestivamente no período de julho a dezembro de 2020, o que não foi feito, dando margem, assim, ao lançamento de ofício pelo autuante por meio da DFE nº 20212500100025, após revisão, nos termos do art. 149-V do CTN.

Quanto ao pedido de redução da multa de 90% para 15%, como previsto no art. 77-1-c da Lei 688/96 (situação cadastral irregular), não tem amparo legal, até por que a hipótese aplicável à espécie, de fato, é a do art. 77-IV-a-1 da Lei 688/96.

Dessa forma, em vista dos fatos e das provas acostadas que comprovam a materialidade da infração imputada, decido pela procedência do presente auto de infração.

4 – CONCLUSÃO

De acordo com o previsto no artigo 12, I, da Lei nº 912, de 12 de julho de 2000, no uso da atribuição disposta no artigo 79, II, do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo Tributário – TATE, aprovado pelo Decreto nº 9157, de 24 de julho de 2000, **JULGO PROCEDENTE** o auto de infração e DEVIDO o crédito tributário de R\$ 851.916,12, devendo o mesmo ser atualizado na data do efetivo pagamento.

5 – ORDEM 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 recurso voluntário à Câmara de Segunda Instância, no mesmo prazo, sob pena de inscrição em dívida ativa do Estado e conseqüente execução fiscal.

Porto Velho, 01/02/2022.

Elder Basílio e Silva

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente |

Elder Basílio e Silva, Auditor Fiscal,

, Data: **02/02/2022**, às **0:57**.

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