



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

SUJEITO PASSIVO: ARGAFORTE INDUSTRIA E COMERCIO DE ARGAMASSA LTDA

ENDEREÇO: Rodovia BR 364, s/n - Zona Rural - Cacoal/RO - KM 233 CEP: 76960-970

PAT Nº: 20212700400054

DATA DA AUTUAÇÃO: 26/11/2021

CAD/CNPJ: 04.334.842/0001-30

CAD/ICMS: 00000000904082

DECISÃO PARCIAL Nº: 2022/1/147/TATE/SEFIN

1. Não recolhimento do ICMS | venda de mercadoria subfaturada - erro de apuração | art. 77, IV, a, 1, Lei 688/96.
2. Defesa tempestiva
3. 4. Auto de infração parcial procedente.

1 - RELATÓRIO

O sujeito passivo sofreu fiscalização em DFE 20212500400026, sendo autuado por ter praticado subfaturamento nas emissões de notas fiscais de forma a suprimir/omitir valores a pagar do ICMS/ST devido, durante o exercício de 2019. A apuração fiscal se deu em planilha que acompanha a peça acusatória inicial. A infração foi capitulada no artigo 5º; c/c artigos 9º; 10, 12 e 14; c/c Parte II, Tab. XI, itens 2, 3 e 4, do Anexo VI; c/c art. 9, I; e art. 11, do Anexo VIII; todos do RICMS/RO/2018. A penalidade foi tipificada no artigo 77, inciso IV, alínea "a", item 1, da Lei 688/96.

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

Tributo ICMS	R\$ 336.341,45
Multa	R\$ 393.703,59

Juros	R\$ 95.494,46
Atualização Monetária	R\$ 101.107,06
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 926.646,56

O sujeito passivo foi notificado da autuação pelo DET, em 14/12/2021, tendo apresentado defesa tempestiva a qual passo a analisar.

2 - DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

A defesa apresenta, em síntese, os seguintes argumentos:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

I) Preliminarmente – Duplicidade de Cobrança do ICMS sobre Transferência de Mercadorias: Alega que parte das mercadorias listadas nos anexos do auto de infração nº 20212700400058 referem-se a transferências de mercadorias da matriz (Cacoal) para a filial (Porto Velho). Sobre estas não deveria haver tributação do ICMS.

II) Arbitramento – Ausência de indicativo da forma de cálculo utilizada para o lançamento tributário – Base de Cálculo deveria ser o Preço Praticado pelo Remetente – Nulidade: Indica não haver na auditoria o indicativo da forma de cálculo do valor apurado pela fiscalização para o arbitramento de valores ensejando nulidade absoluta do lançamento realizado, transcrevendo os textos normativos que permitem o arbitramento fiscal. Questiona se o arbitramento ocorreu “com base no preço médio de mercado?”, ou aplicação de “percentual máximo previsto em lei?”, ou “pelo custo da mercadoria fabricada e comercializada?”, ou “por um outro critério diverso daqueles trazidos pela legislação?”. Indica que os preços variam no mercado, sendo praticados segundo a variação existente, oscilando positiva ou negativamente. Afirma que os preços indicados nas notas fiscais são os efetivamente praticados nas operações.

III) Ausência de prova da acusação fiscal. Vício Material. Inexistência de Vendas Subfaturadas: A auditoria teria deixado de indicar como chegou à conclusão de que a empresa teria realizado venda com valor abaixo daquele devido. Haveria vício material pela ausência probante da acusação. Argumento que a receita líquida foi superior ao custo de fabricação e comercialização dos produtos, afastando o subfaturamento. O lançamento tributário seria indevido.

IV) Não Incidência do ICMS/ST na Venda Direta a Consumidor Final e nas Operações Interestaduais: Reclama de que não deveria haver tributação sobre as operações de venda a consumidor final e nas operações interestaduais.

V) Irregularidade de Cobrança de ICMS nas Transferências entre Estabelecimentos do mesmo Titular – Matriz e Filial – Súmula 166 STJ: A defesa repete o argumento inicial, trazendo como inovação a citação da súmula 166 do STJ que impede a cobrança do ICMS nas operações de transferências de mercadorias.

VI) Ilegalidade dos Juros Aplicados – Respeito ao Patamar da Taxa SELIC – Violação do art. 46-A da Lei 688/96: A impugnante entende que apenas a taxa SELIC poderia corrigir o imposto apurado. Os juros computados ultrapassariam em muito a taxa SELIC. Requer cumprimento do artigo 46-A da Lei 688/96.

VI) Erro na Capitulação da Multa Punitiva – Ausência de Correspondência do Fato à Norma – Redução para empresa Enquadrada no Simples Nacional: O dispositivo legal utilizado na capitulação da multa não se aplicaria ao caso presente, pois os fatos narrados na acusação fiscal não corresponderiam ao texto legal, no entender da impugnante. O teor normativo não indicaria “venda de produto subfaturado”.

VII) Da Ilegal Imputação de Responsabilidade Tributária – Ausência de Prova da Infração Legal: Não haveria prova da participação do Sr. GERLES MARTINS, para imputação de responsabilidade solidária. Não haveria prova de que ele teria agido com excesso de poderes ou infração à lei. Já que não haveria subfaturamento, também não haveria que se imputar a prática ao sócio administrador.

Pede, ao final, pelos reconhecimentos de nulidade do auto de infração, em decorrência de vício formal; de ausência de provas; de erros de composição da base de cálculo e de enquadramento da multa; do excesso na aplicação dos juros; e da ausência de responsabilidade tributária ao administrador, Sr. GERLES, com consequente exclusão do polo passivo da obrigação.

3 - FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO

O sujeito passivo foi autuado por teria promovido a emissão de documentos fiscais com subfaturamento, no intuito de omitir/suprimir valores de “ICMS/Substituição Tributária” a ser pago. Esta é a síntese da acusação fiscal que pesa contra a impugnante.

Acerca da tese defensiva primeira, a impugnante afirma que parte das mercadorias listadas nos anexos do Auto de Infração nº 20212700400058 referem-se a transferências de mercadorias da matriz (Cacoal) para a Filial, sediada em Porto Velho. Temos duas considerações a fazer. Primeiro, que o auto de infração que está sendo analisado não é o citado na defesa. Segundo, que o auto de infração 20212700400054 (sob análise) refere-se ao ICMS/ST, o que significa dizer que o imposto que está sendo cobrado não é o que incidiria sobre a operação de transferência, mas o ICMS devido pela cadeia comercial futura, cuja responsabilidade é do contribuinte substituto, no caso o industrial, ora impugnante. O substituto tributário deveria reter o ICMS/ST da cadeia comercial futura, cuja responsabilidade a impugnante sabe existir.

Acerca de arbitramento (segunda tese da defesa), este julgador diligenciou junto ao autor do feito resultando que este informou, em relatório, que os valores utilizados para base de cálculo da tributação foram os constantes de outras notas fiscais de emissão da própria impugnante para o mesmo produto. Não se trata, portanto de “arbitramento”, mas de simples constatação de que os produtos foram subfaturados. Utilizando o exemplo citado pelo autuante, neste relatório, observou-se “subfaturamento” que variava em 533% nos valores destacados nas notas fiscais (de R\$1,50 a R\$ 9,50):

PLASTIFICANTE PARA ARGAMASSA 20 KG,

onde o mesmo praticou valores unitários de R\$ 1,50, R\$3,50, R\$3,65, R\$3,75, R\$6,50, R\$6,70, R\$ 6,90, R\$ 7,00, R\$ 7,12, R\$ 7,15, R\$ 7,25, R\$7,30, 7,50, R\$8,00, R\$8,25, R\$8,50, R\$8,80, R\$9,00, e R\$ 9,50, preços

praticados para o mesmo produto, mesmo período de venda e sempre para os mesmos destinatários. Caracterizando com isso a prática de vendas da denominada “meia nota”, para com isso praticar os ilícitos de sonegação fiscal, subfaturando os valores dos produtos, que com base nas informações constantes nos documentos fiscais relacionados na citada planilha o fisco procedeu ao arbitramento do valor médio de R\$ 7,50, cobrando-se o imposto sobre a diferença que deveria constar nos documentos fiscais emitidos pelo mesmo no período fiscalizado de 2019 e 2020.

Ora, convenhamos, os fatos ocorreram recentemente (2019/2020) e documentos fiscais consignarem o valor de R\$ 1,50 para um saco de 20 Kg. de argamassa? Mesmo na indústria é gritante a evidência de subfaturamento. Com este valor (R\$ 1,50) talvez, mas improvavelmente, se consiga comprar um (01 kg.) quilograma deste produto.

O lançamento fiscal, portanto, é baseado na simples constatação de subfaturamento, com base em outros documentos fiscais de emissão do próprio contribuinte. Não se trata de arbitramento com base em preços de mercado ou aplicação de margem sobre o custo da mercadoria.

Constatação pura. O cálculo apurado pelo fisco, efetuado com base na média dos próprios preços da impugnante, é a praxe fiscal.

A prova da acusação fiscal, portanto, é evidente, há vendas subfaturadas, pois no mercado inexistiu variação de preços dessa monta (533% para um mesmo produto. Nem há vício material no procedimento fiscalizatório, pois foi apurado na própria escrita fiscal da autuada, constando das planilhas elaboradas pela fiscalização, anexas ao presente PAT. Afasto de pronto as duas primeiras teses defensivas.

O fato de a impugnante estar enquadrada no “Simples Nacional” (terceiro argumento) não exige que o lançamento tributário seja efetuado nos moldes da LC 123/06. A razão é porque, em decorrência deste “subfaturamento” a empresa não deveria estar enquadrada no Simples Nacional. Aliás, essa é uma das razões para ter havido o “subfaturamento”. A impugnante teria ultrapassado a faixa de enquadramento. Não procede a tese. O benefício fiscal de tributação simplificada não pode ser aplicado pela irregularidade cometida e evidenciada.

Lei 688/96. Art. 4º. As isenções, incentivos e benefícios fiscais do imposto serão concedidos e revogados mediante deliberação com os demais Estados, nos termos da alínea "g", do inciso XII, do § 2º, do artigo 155, da Constituição Federal.

*§ 1º. As isenções, incentivos e **benefícios fiscais do imposto ficam condicionados à regularidade na emissão e escrituração de documentos fiscais e, quando for o caso, ao recolhimento do imposto devido**, nos prazos previstos na legislação tributária.*

Acerca da “Ilegalidade do Juros / Não respeito à SELIC”, ressaltamos que a atualização dos créditos tributários a partir data de 01/02/2021 seguem a taxa SELIC, segundo a redação do artigo 46-A da Lei 688/96:

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. (NR dada pela Lei 4952/21 – efeitos a partir de 1º.02.21)

Ocorre que a constituição dos créditos tributários ora debatidos, ocorridos em 2019/2020 (período auditado), devem sofrer atualização pela regra anterior (correção monetária + juros de 1% ao mês ou fração), até o dia 31/01/2021, depois (a partir de 01/02/2021) atualizados pela SELIC até a data da constituição do lançamento (lavratura de auto de infração). Rechaço a tese

de ilegalidade no cômputo dos juros.

Acerca do possível erro na capitulação da multa punitiva, entendo não se justificar. O fato é que o subfaturamento praticado suprimiu valores de ICMS/ST devidos ao erário público estadual. Assim, perfeitamente enquadrada a tipificação da multa no artigo 77, IV, a, 1, da Lei 688/96, pois a impugnante “deixou de pagar imposto”:

Art. 77 ...

IV - infrações relacionadas ao pagamento, retenção ou apuração do ICMS: (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

a) multa de 90% (noventa por cento):

1. do valor do imposto não pago, por deixar de pagá-lo ou contribuir para que o sujeito passivo deixe de pagá-lo, mediante ação ou omissão que resulte na falta de pagamento...

A impugnante aduz que seria aplicável a redução da multa para empresa enquadrada no Simples Nacional. Neste caso, não assiste razão à defesa. Apenas as multas previstas no inciso I (multas calculadas em UPF) do artigo 76 fazem jus à redução da multa em 50%, consoante o § 5º do artigo 76 da Lei 688/96. A multa aplicada no caso presente foi do inciso II, alínea “a”, do artigo 76:

Art. 76 ...

§ 5º. Quando o infrator for contribuinte optante pelo regime simplificado de tributação aplicável às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte ou ao microempreendedor individual – Simples Nacional - instituído pela Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006, as multas previstas no artigo 77 e calculadas de acordo com inciso I do caput serão aplicadas com redução de 50% (cinquenta por cento).

A tese de que não caberia imputação de responsabilidade solidária ao sócio administrador, Sr. Gerles Martins, não se sustenta. Ele era o gestor da empresa quando da ocorrência dos fatos aqui imputados à pessoa jurídica, que é a beneficiária direta da elisão fiscal. Havendo alguém determinando “não destaque/não recolhimento de ICMS/ST”, só poderia ser ele. É o administrador que determina tal tipo de providência.

A afirmação de inexistência de provas não se sustenta. A planilha fiscal apurou e relacionou os produtos e as notas fiscais eletrônicas que teriam sido subfaturadas, atribuindo preço médio praticado pela própria impugnante para atribuição da “substituição tributária” incidente sobre as mercadorias. Pelo subfaturamento praticado, via de consequência o ICMS/ST foi elidido. A

constatação e demonstração de valores absurdamente inferiores ao mercado é a própria prova fiscal.

Está caracterizada, portanto, a infração da impugnante aos dispositivos legais apontados pela fiscalização. Afasto as teses defensivas preliminares e mantenho a acusação fiscal. Os cálculos, contudo, precisam ser refeitos.

Na tese defensiva de não incidência de ICMS/ST sobre vendas diretas a consumidor e nas operações interestaduais este julgador concorda. De fato, não pode incidir "ST" sobre tais operações. O auditor fiscal autuante cometeu excesso na exação. Assim, refizemos os cálculos e as planilhas fiscais para chegar ao valor corretamente devido, corrigindo o equívoco no lançamento tributário.

Anexamos a esta decisão as planilhas refeitas com as correções devidas.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO	DEVIDO	INDEVIDO
Tributo ICMS	R\$ 288.042,01	R\$ 48.299,44
Multa	R\$ 337.056,51	R\$ 56.647,08
Juros	R\$ 82.003,15	R\$ 13.491,31
Atualização Monetária	R\$ 86.465,15	R\$ 14.641,91
TOTAL	R\$ 793.566,82	R\$ 133.079,74

4 - CONCLUSÃO

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 PARCIALMENTE PROCEDENTE** o auto de infração, **DEVIDO** o crédito tributário no valor de R\$ 793.566,82 (setecentos e noventa e três mil, quinhentos e sessenta e seis reais e oitenta e dois centavos), devendo o mesmo ser atualizado na data do efetivo pagamento, e **INDEVIDO** o valor de R\$ 133.079,74 (cento e trinta e três mil, setenta e nove reais e setenta e quatro centavos).

Considerando que no presente auto de infração foi eleito(s) terceiro(s) como responsável(eis) solidário(s), neste ato decido a responsabilidade solidária conforme abaixo:

CPF/CNPJ	Nome	Decisão da Resp. Solidária
	G	Manter

Por ser decisão, em parte, contrária às pretensões da Fazenda Pública, recorro de ofício à Câmara de Julgamento de Segunda Instância, em atendimento ao artigo 132 da Lei nº 688/96.

Em face do disposto no § 3º desse mesmo artigo, que se encaminhe o processo aos autores do feito.

5 - ORDEM DE INTIMAÇÃO

Notifique-se o contribuinte autuado da decisão de Primeira Instância, reservado o direito de vistas e manifestação junto à Câmara de Julgamento de Segunda Instância.

Notifique-se também o devedor solidário.

Porto Velho, 06/09/2022 .

Rudimar Jose Volkweis

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

Rudimar Jose Volkweis, Auditor Fiscal,

, Data: **06/09/2022**, às **11:13**.

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