



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

SUJEITO PASSIVO: *L S FRANCO EIRELI*

ENDEREÇO: *EDGAR GRALF, 5079 - ESPERANÇA DA COMUNIDADE - PORTO VELHO/RO - CEP: 76825-004*

PAT Nº: *20212800100019*

DATA DA AUTUAÇÃO: *26/08/2021*

CAD/CNPJ: *23.109.961/0001-34*

CAD/ICMS: *00000004384709*

DECISÃO PROCEDENTE Nº: 2022/1/402/TATE/SEFIN

1. Deixar de registrar notas fiscais de entradas. 2. Descumprimento da obrigação de escriturar as entradas na EFD/SPED. 3. Presunção de venda sem documento fiscal, Art. 72 da Lei 688/96. 4. Defesa tempestiva. 5. Infração fiscal não ilidida. 6. Auto de Infração procedente.

1 – RELATÓRIO

Segundo o que consta na descrição da peça inicial, o sujeito passivo deixou de registrar nos arquivos EFD/SPED, diversas notas fiscais de entradas tributadas, no período de 2017, sujeitando-se a exigência do imposto apurado e acréscimos na previsão do Art. 72, inciso V, da Lei 688/96. Fato constatado em levantamento fiscal através da DFE 20182500100024, determinada pela GEFIS – Gerência de Fiscalização.

A infração por descumprimento de obrigação fiscal (não registro na EFD), foi capitulada nos artigos 117, II; 173, § 1º; e 310, todos do RICMS-RO (Dec. 8321/98) c/c artigo 72, V da Lei 688/96, e

penalidade aplicada de acordo com o artigo 77, inciso X, alínea “a” da Lei 688/96.

O crédito tributário, na data da lavratura, tem a seguinte composição:

AI 20212800100019 - L. S. Franco Eireli – Aditamento do AI 20182700100271	
ICMS	R\$ 38.161,54
MULTA 20% sobre o valor corrigido da operação	R\$ 210.680,31
JUROS	R\$ 28.352,76
ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA	R\$ 18.605,36
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 295.799,97

O sujeito passivo foi notificado da autuação (aditamento) por via DET em 31/08/2021 (fl. 17), e o mesmo apresentou defesa tempestiva em 30/09/2021.

2 - DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

O sujeito passivo apresenta em sua defesa, em síntese, os seguintes argumentos: em sede de preliminares:

- Diz a defesa que**, não consta nos autos Termo de início da ação fiscal, notificação da DFE 20182500100024 de 19/03/2018 com prazo de 60 dias. Em 23/07/2018 foi lavrado Termo de encerramento da ação fiscal, com a lavratura do auto de infração 20182700100271, no entanto, conforme dispõe a IN 011/2008, art. 9º, referido prazo não foi cumprido e, só em encerrada após 126 dias após a data da emissão, não constando qualquer termo de prorrogação, na forma do Art. 10 de referida IN. Ressalta-se que, acerca do encerramento das designações deveria ocorrer na forma prevista no art. 12, II, da IN 11/2008, não existindo nos autos qualquer ato que possa convalidar os atos praticados após o prazo previsto na designação. Resulta do fato, que, o Auditor Fiscal não detinha autorização para fiscalizar o contribuinte ora autuado, conforme dispõe o art. 65, V da Lei 688/96, restando, portanto, impedido de exercer a fiscalização em face do contribuinte, levando a autuação à nulidade, conforme as diversas decisões do TATE/RO elencadas. Assim, requer a nulidade de todos os atos posteriores a 18/05/2018, em vista de ter sido praticadas por agente impedido, caracterizando vício formal insanável, contaminando de nulidade o crédito tributário lançado.
- Aduz a defesa que**, nos autos não há qualquer comprovação de que as mercadorias constantes das notas fiscais autuadas tenham sido recebidas pelo contribuinte e, que, apenas consulta ao banco de dados da SEFIN, não comprova que as mercadorias foram recebidas.
- Ressalta a defesa que**, parte das notas fiscais supostamente omitidas são de bonificação de mercadorias, o que se confirma na tabela de “entradas trib 2017”, juntada em anexo. Salienta

que diversas operações são objeto de furtos, desvio das mercadorias bonificadas. Reitera que o Fisco não apresentou prova de que as mercadorias entraram no estabelecimento.

No Mérito:

4. **Alega a defesa que**, na autuação contém erro na capitulação e aplicação da multa. Salienta que, a capitulação legal da infração deveria ser a do art. 406-A, §3º do RICMS/RO e a penalidade aplicada deveria ser a do Art. 77, X, “o” da Lei 688/96, de 50 (cinquenta) UPFs por mês que deixou de escriturar e que, no caso, totalizaria 600 UPFS, com valor total R\$ 55.524,00. Entende a defesa que, o dispositivo penaliza a falta de registro obrigatórios nos arquivos EFD, enfatizando que no período de 2017, há lavratura de dois autos de infração (AI 20182700100271 e 20182700100273), que dizem respeito a uma mesma conduta e mesmo período de apuração. Aduz que tal situação causa prejuízo ao direito de defesa do contribuinte, vez que não aplicou a legislação mais benéfica ao contribuinte, pelo erro procedimental da fiscalização ao lavrar dois autos de infração no mesmo período. Salientando que a falta de registro possui penalidade específica.
5. **Aduz a defesa que**, ao aditar o auto de infração original (20182700100271), alterou a descrição da infração, esse fato no entendimento da defesa anula o feito fiscal na forma prevista no art. 107 da Lei 688/96.
6. **Salienta a defendente que**, o julgador singular ao alterar os dispositivos infringidos, mantendo a mesma penalização, atenta conta a certeza e liquidez do crédito tributário, pretendendo ajustar o fato inicial de “ausência de registro de notas fiscais no livro de entradas” para ‘deixar de escriturar o livro de entradas por meio eletrônico’, multa aplicável a falta de escrituração de notas, incompatível com a descrição fática. Aduz a defesa que, houve erro de capitulação no auto de infração, devendo para o caso narrado aplicar a multa do art. 77, X, “e” da lei 688/96 (50 UPFs por mês que deixou de escriturar os livros fiscais).
7. **Ressalta a defesa que**, o julgamento singular, convalidando o auto de infração, determinando o aditamento para excluir os valores em duplicidade, no entanto, não considerando o erro de capitulação e não observando o teor da defesa anteriormente apresentada, ferindo direitos à ampla defesa e contraditório, conforme a própria jurisprudência do TATE. Aduz que sendo comprovado que a infração não se subsume ao fato, quando falta clareza e objetividade, a fim de proporcionar o contraditório e ampla defesa do contribuinte, o ato administrativo deve ser nulo, devendo aplicar o mesmo fundamento no auto de infração aditado, pela dissonância na capitulação legal, caracterizando vício que impossibilita o julgamento administrativo.
8. **Salienta a defesa que**, indevido o ICMS de notas fiscais de entradas, na medida em que são identificados os emitentes e vendedores das mercadorias e, dessa forma, afasta-se a responsabilização do destinatário ao recolhimento do imposto dessas operações. No caso concreto não foi realizada levantamento de estoque ou conta mercadoria. Não consta nos autos indícios de que foram realizadas vendas sem emissão de nota fiscal. A capitulação legal e penalidade aplicada não se relaciona com tipo de presunção, a indicar que as entradas foram objeto de comercialização sem emissão de nota fiscal. Argumenta a defesa que, para o caso, não ocorreu o fato gerador, que se vislumbra pela capitulação legal indicada como infringida. Aduz que, a simples entrada das mercadorias não configura fato gerador do ICMS, tendo como

base as entradas, que somente permite inferir a suposta não escrituração das notas fiscais de entradas, não suficiente a amparar a ocorrência do fato gerador, muito menos presunção de venda sem nota fiscal.

Conclui o entendimento da defesa de que, pela indicação de capitulação e penalização não é possível concluir que o fisco pretendesse presumir vendas em nota fiscal, assim, a presunção de venda não resta configurada, tornando a autuação equivocada, com vícios que retiram a certeza e liquidez que, não merece prosperar, devendo, pois, excluir a exigência no presente auto de infração do ICMS lançado.

9. **Reitera a defesa**, pela aplicação de multa de 50 (cinquenta) UPFs por período não escriturado e/ou que se proceda a redução de 50% do valor da multa aplicada na forma do art. 76, § 5º da Lei 688/96, diante do enquadramento da impugnante no regime do Simples Nacional, lei 123/2006.

Requer ao final seja acolhida as teses preliminares de nulidade, não sendo acolhida tais teses, que seja excluída o valor do ICMS exigido ou, ainda, que seja aplicada a multa de 50 (cinquenta) UPFs por período não escriturados.

3 – FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO

Segundo o que consta na peça básica, o sujeito passivo foi autuado por deixar de registrar no SPED-EFD, no período de 2017, as notas fiscais de entradas de mercadorias tributadas, conforme demonstrado em planilhas nos autos. Presunção de venda sem documento fiscal na forma do art. 72, V, da lei 688/96. Nestas circunstâncias foram indicados como dispositivos infringidos os artigos 117, III; 173, § 1º; e 310, todos do RICMS/RO (Dec. 8321/98). E penalidade do artigo 77, X, “a” da lei 688/96.

Analisando a capitulação legal da infração, apontada na peça exordial.

*Art. 117. **São obrigações, entre outras, do contribuinte do imposto** e demais pessoas físicas ou jurídicas, definidas como tal neste regulamento, observados a forma e prazos estabelecidos na Legislação Tributária, além de pagar o imposto e, sendo o caso, os acréscimos legais (Lei 688/96, art. 59):*

(---)

*III – **escrever os livros de escrita fiscal** após autenticados na repartição fiscal de sua jurisdição e, sendo o caso, os livros de escrita contábil, mantendo-os, inclusive os documentos auxiliares, em ordem cronológica, pelo prazo legal, para exibição ou entrega ao Fisco;*

Art. 173. São obrigações acessórias do sujeito passivo as decorrentes da Legislação Tributária, tendo por objeto as prestações positivas ou negativas, estabelecidas no interesse da arrecadação ou da fiscalização do tributo (Lei 688/96, arts. 58 e 59).

*§ 1º **Sem prejuízo das obrigações previstas na legislação**, relativas à inscrição, emissão de documentos, **escrituração das operações e prestações**, fornecimento de informações periódicas e outras, são obrigações do contribuinte:*

1 – permitir a atuação da fiscalização estadual, facilitando-lhe o acesso a livros, documentos, levantamentos, mercadorias em estoque e demais elementos solicitados;

Art. 310. O livro de Registro de Entradas (RE), modelo 1 ou 1-A, destina-se à escrituração do movimento de entrada de mercadoria e de utilização de serviços, a qualquer título, no estabelecimento (Convênio S/Nº SINIEF, de 15/12/70, de 15/12/70, art. 70).

§ 1º Será nele também escriturado o documento fiscal relativo à aquisição de mercadorias que não transitarem pelo estabelecimento adquirente.

§ 2º O lançamento será feito operação a operação, em ordem cronológica de entrada efetiva no estabelecimento, de mercadorias ou bens, bem como da utilização de serviços, ou na data da aquisição ou do desembaraço aduaneiro, na hipótese do parágrafo anterior.

§ 3º Os documentos relativos a compras para recebimento futuro serão escriturados sem indicação dos respectivos "Valor Contábil" e "ICMS Valores Fiscais", indicações que serão feitas quando do registro dos documentos relativos à efetiva entrada das mercadorias.

§ 4º O lançamento será feito documento por documento, desdobrando-se em tantas linhas quantas forem as naturezas das operações ou prestações, segundo o Código Fiscal de Operações e Prestações (CFOP) constante do Anexo IX a este Regulamento, da seguinte forma:

Lei 688/96

Art. 72. **Presume-se a ocorrência de omissão de operações** e prestações de serviços **tributáveis, realizadas sem o pagamento do imposto, na constatação de:** (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

(---)

V - não registro de entradas de mercadorias ou bens;

(---)

§ 2º. **Diante da presunção de que trata este artigo, caberá ao contribuinte o ônus da prova da não ocorrência dos fatos geradores ou do pagamento do imposto.** (AC pela Lei nº 3583, de 9 de julho de 2015 - efeitos a partir de 01/07/15)

(---)

§ 3º. **Servirão de prova pré-constituída da presunção de omissão de operações e prestações de serviços tributáveis, realizadas sem o pagamento do imposto:** (AC pela Lei nº 3583, de 9 de julho de 2015 - efeitos a partir de 01/07/15)

I - as informações prestadas pelos contribuintes à Administração Tributária por meio de sistemas eletrônicos; e

II - os dados, informações e documentos fornecidos por outros órgãos da administração pública, federal, estadual ou municipal ao Fisco

§ 4º. **A presunção estabelecida neste artigo será ilidida pela apresentação de prova do efetivo recolhimento do imposto.** (AC pela Lei nº 3583, de 9 de julho de 2015 - efeitos a partir de 01/07/15)

§ 5º. A prova do pagamento do imposto prevista no § 4º não exclui a aplicação da penalidade por descumprimento da obrigação tributária acessória. (AC pela Lei nº 3583, de 9 de julho de 2015 - efeitos a partir de 01/07/15)

§ 6º. Presumir-se-á ocorrida a omissão prevista no caput, no seguinte momento, conforme estabelecido em decreto do Poder Executivo: (AC pela Lei nº 3583, de 9 de julho de 2015 - efeitos a partir de 01/07/15)

I - na data da entrada das mercadorias ou bens, na hipótese do inciso V do caput;

II - na data da ocorrência do fato, na hipótese de levantamento fiscal diário;

III - no último dia do mês, na hipótese de levantamento fiscal mensal; e

IV - no último dia do ano, na hipótese de levantamento fiscal anual.

A autuação contempla exigência do imposto e multa decorrente de omissão de registro de entradas no período de 2017, na forma do Art. 77, X, “a” da Lei 688/96)

Art. 77. As infrações e as multas correspondentes são as seguintes: (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

(---)

X - infrações relacionadas a livros fiscais, arquivos magnéticos ou eletrônicos de registros fiscais: (NR dada pela Lei nº 3756, de 30.12.15)

(---)

*a) multa de 20% (vinte por cento) do valor da operação ou da prestação **pela falta da escrituração, no livro Registro de Entradas, de documento fiscal relativo à entrada ou aquisição de mercadorias ou serviços**, excetuada a hipótese prevista na alínea “d” deste inciso;*

Comprovado nos autos que o sujeito passivo no ano de 2017 e 2018 estava enquadrado no regime de pagamento NORMAL. A própria peça defensiva traz a informação de que nesses períodos não foi confirmado o enquadramento no regime do Simples Nacional, com a indicação de ‘excluído por ato administrativo praticado pela Receita Federal do Brasil’. Portanto, de acordo com os dispositivos acima transcritos e, especificamente, os artigos 72 e 77, X, “a” da lei 688/96, o contribuinte está sujeito a exigência do ICMS que deixou de pagar em decorrência da não escrituração de sua movimentação de entradas (notas fiscais de aquisição), no livro próprio de declaração obrigatória nos arquivos da EFD/SPED. Observa-se que o auto de infração foi aditado com finalidade de corrigir o imposto exigido, considerando os créditos das entradas não escrituradas, conforme demonstrado nos autos. Caracterizada a presunção estabelecida no art. 72, da lei 688/96, efetivou-se a apuração do ICMS (débito e crédito), aplicando as sanções cabíveis, na forma da lei.

No item 1 da defesa, o contribuinte diz que, há ausência de intimação/notificação da DFE 20182500100024 de 19/03/2018, com termo de encerramento da ação fiscal em 23/07/2018, lavrando auto de infração 20182700100271. Compreende a defesa que houve extrapolação de prazo de conclusão dos trabalhos, sem qualquer prorrogação. Portanto o AFTE, nestas circunstâncias, estava impedido de realizar fiscalização contra o contribuinte, devendo ser anulado o procedimento fiscal. **Sem razão a defesa**, o

contribuinte foi notificação da ação fiscal (DFE 20182500100024) em 11/06/2018, data em que inicia a contagem de 60 dias, na forma do art. 9º, 10, 11 e 12 da IN 011/2008. A lavratura do auto de infração em 20/07/2018, dentro do prazo da legislação, não havendo, portanto, necessidade de elaborar prorrogação de prazo. O AFTE, com estes esclarecimentos, não estava impedido de realizar o levantamento 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.

(---)

§ 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;

No item 2 a defesa, diz que, apenas as informações do banco de dados da SEFIN não comprovam o recebimento das mercadorias. **Argumento que deve ser afastado,** eis que o contribuinte não trouxe nenhuma prova que contrarie o que informado à SEFIN. O que se tem nos autos é que o contribuinte adquiriu diversas mercadorias, conforme os relatórios, diversas notas fiscais relacionadas e, nenhum registro de escrituração em livro próprio dessas operações, conforme se vislumbra de fls.09 a 11 do AI original 20182700100271, observando ainda, que nos meses 11 e 12/2017, entregou a EFD/SPED sem registro de entradas no período. O Demonstrativo das entradas do período 2017 encontra-se em fls. 04 a 14 do AI aditamento 20212800100019, que se analisa.

Item 3 da defesa diz que, o Fisco não provou o recebimento das mercadorias no estabelecimento e, que, diversas notas fiscais são oriundas de bonificações, furtos, desvios dessas bonificações, informa suposta planilha denominada ‘entradas trib 2017’ juntada na defesa. **Sem razão os argumentos,** as bonificações são passíveis de vendas, portanto são entradas tributadas que deixaram de ser registradas nos livros fiscais, caracterizando a presunção estabelecida, ou seja, deixou de registrar a entrada, consequência, deixou de emitir/registrar vendas relacionadas às entradas sem registro, presunção legal (art. 72 da lei 688/96).

No item 4, alega a defesa que, há erro de capitulação legal da infração, bem como da tipificação da multa. Aduz que, no caso, a infração seria aquela prevista no art. 406-A, §3º do RICMS/RO e a penalidade a do Art. 77, X, “o” da Lei 688/96, de 50 (cinquenta) UPFs por mês. Enfatizando que, no período de 2017, há lavratura de dois autos de infração (AI 20182700100271 e 20182700100273), pela mesma conduta e período, causando prejuízo á defesa do contribuinte, diante do erro procedimental do Fisco. Salientando que a falta de registro possui penalidade específica. **Não assiste razão em nenhum dos pontos argumentados, vejamos:** em relação à capitulação da infração e tipo penal aplicado, em perfeita sintonia com os fatos ocorridos ‘deixar de registrar no livro fiscal de entradas as notas fiscais de compras’, tratando-se de operações tributadas presume se que a ausência de escrituração delas, resultará em vendas tributadas sem documento fiscal, na forma prevista no art. 72 da lei 688/96, sendo esse o cerne da imputação fiscal. Estamos discutindo nos autos a falta de recolhimento do imposto estadual em face da ausência de escrituração das compras tributadas. Houvesse falta de escrituração de notas fiscais de compras isentas ou não tributadas, seria outra infração, passível de outro auto de infração, no mesmo período. No caso concreto, não se está penalizando por infração de falta de entrega de SPED/EFD mas, sim, de falta de registros das entradas de mercadorias tributadas no livro próprio inserido na EFD/SPED que, de janeiro a outubro/2017 não foram entregues e novembro a dezembro/2017 entregues sem

movimento, quando se comprova pelas planilhas de fls. 09 a 18 do AI aditado, que em todo o período de 2017 ocorreram as aquisições objetos da autuação em questão. Já em relação aos dois autos de infração de mesma conduta e mesmo período, conforme já esplanada e, conforme se depreende da própria defesa, há três possibilidades de autuação pela omissão, a saber - uma pela falta de escrituração das operações tributadas (principal), outra pela não escrituração de operações isentas/não tributadas (acessória) e, ainda, outra pela falta de entrega das declarações do SPED/EFD (acessória) – tudo na forma da legislação tributária.

No item 5 aduz a defesa que, ao aditar o auto de infração original (20182700100271), alterou a descrição da infração, esse fato no entendimento da defesa anula o feito fiscal na forma prevista no art. 107 da Lei 688/96. **Sem razão a defesa,** esclarecendo que, não foi alterada nem a capitulação legal nem a tipificação penal da infração, apenas acrescentou o art. 72 da lei 688/96, que trata da presunção legal que possibilita apurar o ICMS devido, calculando o débito das vendas tributadas presumidas e considerando o crédito das operações de compras tributadas, fato que se comprova pela redução do valor nominal do ICMS exigido no novo auto de infração. O aditamento foi necessário, exatamente, para corrigir a distorção de se exigir ICMS presumido sem considerar os créditos originários. **No aditamento consta demonstrativos das operações de entradas do período de 2017 (fls. 09 a 18).**

No item 6, Salienta a defendente que, o julgador singular ao alterar os dispositivos infringidos, mantendo a mesma penalização, atenta conta a certeza e liquidez do crédito tributário, pretendendo ajustar o fato inicial de “ausência de registro de notas fiscais no livro de entradas” para ‘deixar de escriturar o livro de entradas por meio eletrônico’, multa aplicável a falta de escrituração de notas, incompatível com a descrição fática. Aduz a defesa que, houve erro de capitulação no auto de infração, devendo para o caso narrado aplicar a multa do art. 77, X, “e” da lei 688/96 (50 UPFs por mês que deixou de escriturar os livros fiscais). **Argumentos que não devem prosperar,** pelo fato de que, em nenhum dos autos de infração consta a acusação de falta de escriturar livros, mas sim, constando a descrição no AI 20182700100271 “DEIXOU DE LANÇAR NA EFD DE 2017, NFE’S DE ENTRADA DE MERCADORIAS TRIBUTADAS”, já no AI 20212800100019 a expressão “O sujeito passivo acima identificado, no exercício de 2017, deixou de registrar em sua Escrita Fiscal Digital – EFD/SPED, diversas Notas Fiscais de entradas e/ou aquisição de mercadorias TRIBUTADAS, conforme discriminado em planilha anexa”, ou seja, em ambos, consta falta de registro de notas fiscais de entradas, operações tributadas, nos arquivos da EFD/SPED, que corresponde a escrituração do livro de registro de entradas. A questão acerca do decisório primeiro, indicando novo dispositivo infringido (art. 406-A, § 3º do RICMS/RO), apenas retrata tudo o que descrito nas autuações, de obrigação de escriturar livro fiscal de entrada por meio eletrônico na EFD/SPED, em nada altera o teor da acusação fiscal, permanecendo íntegra. **Também não prospera a alegação de que** deveria alterar a penalidade por descumprimento de obrigação principal aplicada para a de obrigação acessória prevista no art. 77, X, “e” da lei 688/96 (multa acessória) de 50 (cinquenta UPFs) por período. Compreende-se que a acusação de falta de registro das entradas de operações tributadas, se amolda à penalidade do art. 77, X, “a” da mesma lei.

No item 7, Ressalta a defesa que, o julgamento singular, convalidando o auto de infração, determinando o aditamento para excluir os valores em duplicidade, no entanto, não considerando o erro de capitulação e não observando o teor da defesa anteriormente apresentada, ferindo direitos à ampla defesa e contraditório, conforme a própria jurisprudência do TATE. Aduz que sendo comprovado que a infração não se subsume ao fato, quando falta clareza e objetividade, a fim de proporcionar o contraditório e ampla defesa do contribuinte, o ato administrativo deve ser nulo, devendo aplicar o mesmo fundamento no auto de infração aditado, pela dissonância na capitulação legal, caracterizando vício que impossibilita o julgamento administrativo. **Sem razão a defesa,** o julgamento não convalida nem determinou o

aditamento, conforme se vislumbra de fl.101, constando despacho da presidência do TATE/SEFIN, para o fim de apurar o ICMS devido lançado, observando o crédito destacado nas notas fiscais de entradas que não foram escrituradas, o que resultou em valor nominal menor do ICMS lançado no AI 20212800100019, que ora se analisa. Não se determinou aditamento para excluir valores, mas sim, efetivamente, para reduzir o valor do ICMS em razão do crédito a que tem direito o contribuinte, assim nasceu o AI aditado com valor nominal de ICMS, inferior ao do AI originário. Não se vislumbra nos autos erro de capitulação conforme já debatido alhures, também não se constata ofensa ao direito de ampla defesa e contraditório, diante de toda manifestação apresentada pelo contribuinte em sua defesa. Não há falta de clareza e objetividade na descrição dos fatos quando o cerne da questão é “falta de registro de notas fiscais de entradas de operações tributadas nos arquivos da EFD/SPED”, descritos tanto no AI original como no AI de aditamento. Afastado as teses de nulidade.

No item 8, Salienta a defesa que, deve ser afastado a exigência de imposto da impugnante, quando identificados os emitentes e vendedores das mercadorias. No caso concreto não foi realizada levantamento de estoque ou conta mercadoria. Não consta nos autos indícios de que foram realizadas vendas sem emissão de nota fiscal. Não está indicado na autuação dispositivo relacionado a presunção de venda sem emissão de documento fiscal. No caso, não ocorreu o fato gerador, a entrada de mercadorias não é fator suficiente a configuração do fato gerador do imposto, pela presunção de venda. A indicação de capitulação da infração e da multa não permite compreender se tratar de presunção de venda, portanto, entende-se que a autuação é equivocada, contendo vícios, retirando a certeza e liquidez, não deve prosperar a exigência do ICMS lançado. **Argumentos que não prosperam, diante do que contém nos autos.** *A identificação de fornecedores, recebimento de mercadorias, não é tarefa do Fisco, a impugnante não concordando com os relatórios das entradas demonstrados nos autos, tem o direito de argumentar e provar que as operações não entraram no estabelecimento, até o momento não apareceu prova contrária ao que demonstrado pelo Fisco em fls. 09 a 18. A motivação para a exigência do ICMS e cominações legais é o fato do contribuinte adquirir mercadorias para revenda e deixar de registrar no livro fiscal próprio, de declaração obrigatória nos arquivos da EFD/SPED. Não havendo escrituração das entradas, a compreensão é de que as saídas também irão ocorrer sem emissão de documento fiscal. O fato descrito na exordial, no caso, em face do contribuinte, não é eventual, é recorrente, a falta de registro das entradas de mercadorias do contribuinte autuado, alcançou ‘apenas’ um ano completo (12 meses de 2017), nessa autuação. A presunção, é sim, o caminho legal que o Fisco tem para exigir a correção e o recolhimento do tributo que deixou de recolher em época própria. No caso concreto, aditou o auto de infração original para apurar o valor do tributo devido, por presunção, mas considerando os créditos a que tem direito das operações de entradas de fls. 09 a 18. Na peça básica do AI em questão está indicado o dispositivo que ampara a presunção de receita em decorrência da não escrituração das entradas (art. 72, V da lei 688/96), estando demonstrado as notas fiscais de entradas omissas e os créditos destacados nessas operações de aquisições de mercadorias.*

Art. 72. Presume-se a ocorrência de omissão de operações e prestações de serviços tributáveis, realizadas sem o pagamento do imposto, na constatação de: (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

(---)

V - não registro de entradas de mercadorias ou bens;

(---)

§ 2º. Diante da presunção de que trata este artigo, caberá ao contribuinte o ônus da prova da não ocorrência dos fatos geradores ou do pagamento do imposto. (AC pela Lei nº 3583, de 9 de julho de 2015 - efeitos a partir de 01/07/15)

(---)

§ 3º. Servirão de prova pré-constituída da presunção de omissão de operações e prestações de serviços tributáveis, realizadas sem o pagamento do imposto: (AC pela Lei nº 3583, de 9 de julho de 2015 - efeitos a partir de 01/07/15)

I - as informações prestadas pelos contribuintes à Administração Tributária por meio de sistemas eletrônicos; e

II - os dados, informações e documentos fornecidos por outros órgãos da administração pública, federal, estadual ou municipal ao Fisco

§ 4º. A presunção estabelecida neste artigo será ilidida pela apresentação de prova do efetivo recolhimento do imposto. (AC pela Lei nº 3583, de 9 de julho de 2015 - efeitos a partir de 01/07/15)

§ 5º. A prova do pagamento do imposto prevista no § 4º não exclui a aplicação da penalidade por descumprimento da obrigação tributária acessória. (AC pela Lei nº 3583, de 9 de julho de 2015 - efeitos a partir de 01/07/15)

§ 6º. Presumir-se-á ocorrida a omissão prevista no caput, no seguinte momento, conforme estabelecido em decreto do Poder Executivo: (AC pela Lei nº 3583, de 9 de julho de 2015 - efeitos a partir de 01/07/15)

I - na data da entrada das mercadorias ou bens, na hipótese do inciso V do caput;

II - na data da ocorrência do fato, na hipótese de levantamento fiscal diário;

III - no último dia do mês, na hipótese de levantamento fiscal mensal; e

IV - no último dia do ano, na hipótese de levantamento fiscal anual.

No item 9, reitera a defesa, pela aplicação de multa de 50 (cinquenta) UPFs por período não escriturado e/ou que se proceda a redução de 50% do valor da multa aplicada na forma do art. 76, § 5º da Lei 688/96, diante do enquadramento da impugnante no regime do Simples Nacional, lei 123/2006. *A penalidade de 50 UPFs por período deve ser exigido em outro auto de infração por descumprimento de obrigação acessória. A redução de 50% da penalidade estabelecida no § 5º do art. 76, da lei 688/96, não deve ser acatada no presente caso, eis que a empresa no ano de 2017, foi excluída do regime de pagamento do Simples Nacional (Lei 123/2006), fato já esclarecido alhures.*

Do exposto, restando provado o teor da acusação fiscal, afastando todas as teses defensivas, compreendo, smj, que o auto de infração deve ser declarado procedente e **devido** o montante do crédito tributário lançado de R\$ 295.799,97 na data da lavratura, sujeitando à atualização pela taxa SELIC até a data do efetivo pagamento.

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** a ação fiscal e declaro **devido** o crédito tributário no valor de R\$ 295.799,97 (duzentos e noventa e cinco mil, setecentos e noventa e nove reais e noventa e sete centavos).

5 – ORDEM DE INTIMAÇÃO

Fica o sujeito passivo intimado a recolher o crédito tributário 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 consequente execução fiscal.

Porto Velho, 20/06/2022 .

Nivaldo João Furini

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

Nivaldo João Furini, Auditor Fiscal,

Data: **20/06/2022**, às **16:6**.

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