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

SUJEITO PASSIVO: *SP REPRESENTACAO COMERCIAL DE PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA*
ENDEREÇO: *Nações Unidas, 343 - Seringal - Pimenta Bueno/RO - CEP: 76970-000*
PAT Nº: *20222703600001*
DATA DA AUTUAÇÃO: *04/03/2022*
CAD/CNPJ: *13.791.390/0002-98*
CAD/ICMS: *00000003834361*

DECISÃO PARCIAL Nº: 2022/1/203/TATE/SEFIN

1.Recolher ICMS a menor decorrente de apuração em Conta Gráfica por meio de DFE, nos meses de junho a dezembro de 2017. 2. Com Defesa. 3. Infração parcialmente ilidida. 4. Auto de infração parcialmente procedente.

1 – RELATÓRIO

Conforme consta descrito na peça básica o sujeito passivo foi autuado após os cruzamentos realizados no Banco de Dados das NFe/NFCe de entradas e saídas (Sistemas SISAUDIT, AEBR, SITAFE e SPEED/EFD), onde a fiscalização apurou em Conta Gráfica diferenças de ICMS a recolher de 01.06.2017 a 31.12.2017, conforme demonstram as planilhas em anexo com o título "**RESUMO DA APURAÇÃO DO ICMS A RECOLHER EM CONTA GRÁFICA DOS DOCUMENTOS FISCAIS EXTRAÍDOS DOS BANCOS DEDADOS DAS NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS DE ENTRADAS E SAÍDAS(NFe/NFCe)-PERÍODO FISCALIZADO DE 01/06/2017 a 31/12/2017",** DFE Nº 20212503600002 - Ação Fiscal nº 20211203600014.

Para a capitulação legal da infração foram indicados os arts. 117-caput, c/c, arts. 52 e 53, c/c, art. 96, c/c, arts. 310 e 311, c/c art. 318, todos do RICMS/RO, Dec.8.321/98, e para a multa o art. 77-IVe-4 da Lei 688/96.

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

Tributo ICMS	R$ 154.032,35
Multa 90%	R$ 217.860,84
Juros	R$ 112.547,48
Atualização monetária	R$ 88.035,31

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 726e-6eda-477f-b4fd

TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R$ 572.475,98

O sujeito passivo foi notificado do auto de infração via DET nº 13178312 em 29.04.2021, e apresentou sua defesa tempestivamente.

Consta Termo de Atribuição de Responsabilidade pelo pagamento do crédito tributário, nos termos dos arts. 11-A, 11-B e 11-C da Lei 688/96, para o sócio administrador, A

, CPF nº

2 – DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

Na defesa o sujeito passivo de início alega que o auto de infração e seu respectivo relatóriocircunstanciado está embasado em alegações genéricas e abstratas, que não demonstrariam de forma efetiva o cometimento de infração ou recolhimento a menor doICMS no período de 01.06.2017 a 31.12.2017, no valor de **R$ 154.032,35**, e que à **exceção de uma planilha** com valores de entradas e saídas, e supostos recolhimentos menores, **não há qualquer outra produção probatória**, ou motivação idônea quanto ao recolhimentos a menores, não sendo a mesma apta acomprovar ou demonstrar os tais recolhimentos.

Que fora aplicada penalidade de 90% do valor do imposto recolhido a menor, caracterizando suposto nítido erro, uma vez no auto de infração, o valor ultrapassaria significativamente o tributo supostamente devido.

Que não constariam dos autos, planilha de Excel demonstrando a forma utilizada nos cálculos dos juros e correção monetária, e que os montantes cobrados a título de encargos moratórios escapam à razoabilidadee constitucionalidade, devendo ser adequadoaos parâmetros estabelecidos pelo STF.

Quanto ao mérito alegou 1) a ausência de provas da acusação do recolhimento a menor do ICMS no período de 01.06.2017 a 31.12.2017, o que acarretaria a improcedência do auto de infração, uma vez que da planilha anexada ao auto de infração não seria possível extrair motivação logica que justifique as diferenças relacionadas ao imposto impugnado.

Que o relatório circunstanciado fora elaborado em conjunto com demais infrações de outros autos deinfração, derivados de mesma ação fiscal, constituindo-se tal documento com explicações rasas e genéricas, não sendo possível extrair da planilha e do relatório o cometimento e comprovação do recolhimento a menor.

Que em contraponto à única planilha constante do auto de infração, em anexo a estadefesa tem-se oregistro de apuração de ICMS do estabelecimento autuado, é possível extrair que, à exceção do mês defevereiro, em que houve suposta apropriação de crédito sem origem, nos demaismeses, houve o recolhimentodo mencionado imposto de forma correta, de acordo coma escrituração das notas fiscais pelo sistema SPED.

Que há uma divergência entre a planilha realizada pelo Fisco relacionada aos valores de entrada e base de cálculo do imposto, e a constante no registo de apuração da pessoa jurídica.

Que apenas com uma planilha em que constam valores de entrada, saída e basede cálculo discrepante com o Registro de apuração do ICMS, não há como comprovar recolhimento a menor, e sem demais documentos ou motivações prejudica a própria confecção do contraditório e da ampla defesa.

Que o registro de apuração do ICMS é realizado pelo sistema, com base nas notasfiscais escrituradas noSPED, e que caso houvesse alguma NF-e supostamente não escriturada,o que justificaria as diferenças entre a planilha do Fisco e os valores do registro de apuração de ICMS, caberia à SEFIN-RO, notificar o contribuinte para regularizar e efetuar a escrituração, e, em não sendo atendida a intimação dentro do prazo, poderiaensejar uma autuação por omissão de escrituração de nota fiscal, porém, isso não ocorreu, conforme pode ser atestado por meio de print em anexo do DET/Fisconforme.

Que somente por uma única planilha apresentada pelo Fisco, não seria possível deduzir a origem dos supostos recolhimentos a menores. Tratam-se de ausência de escrituração de NF-e? Não é possível aduzir talinformação ou qualquer outra motivaçãounicamente por meio do auto de

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 726e-6eda-477f-b4fd

infração ou do relatório circunstanciado.

Que a inexistência no processo fiscal das provas que teria se baseado o órgão fiscalizador, bem como motivação idônea do cometimento da infração, inviabilizaria a própria defesa, pois faltaria conteúdo processual e probante a ser rebatido, violando, por via reflexa, o contraditório e a ampla defesa.

Que a motivação é elemento essencial de qualquer ato administrativo, como o auto de infração, devendo atender a determinados requisitos, dentre ele, a devida fundamentação, sob pena de nulidade, conforme tem reconhecido os Tribunais Administrativos, o Conselho de Contribuintes e o Poder Judiciário, trazendo à baila o Processo nº 16682.721268/2017-43 Recurso Embargos Acórdão nº 1401-004.073 – 1ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária Sessão de 11 de dezembro de 2019 EmbarganteFAZENDA NACIONAL Interessado VALE S/A, cujo voto do Conselheiro Relator Luiz Augusto de Souza Gonçalves se adequaria ao caso impugnado, pois não apontou a origem da falta supostamente cometida, não ficando claro para o contribuinte a origem do recolhimento a menor, se decorrente da ausência de escrituração de notas fiscais, ou outro motivo, ou seja, não teria comprovado a infração, não sendo a mera planilha mencionando valores contábeis de entrada, de saída, base de cálculo e a diferença a pagar do ICMS, bastante para tanto, pois notas fiscais deveriam indicar o valor recolhido a menor (STJ, REsp 48516-SP,1994/0014785-6).

Que a imputação de débito sem qualquer documento probante relacionado à infração, caracterizaria 2) a precariedade das provas, conforme entendimento do TATE/SEFIN que manteve a decisão singular improcedente no PROCESSO: 01-031328-9, RECURSO: DE OFICIO Nº 054/16 ACÓRDÃO: Nº 136/18/1ªCÂMARA/TATE/SEFIN, que trata de autuação baseada tão-somente em listagens de notas fiscais produzidas na própria Repartição Fazendária.

Que outros Tribunais Administrativos entendem por nulidade do auto de infração por precariedade de provas, tendo em vista que o crédito tributário nesses casos não gozaria de certeza, liquidez e exigibilidade (Acórdão nº 033/2015, nulidade por falta de documentos comprobatórios da reclamação tributária), sendo neste mesmo sentido o entendimento do poder judiciário na AC 50134607020174047001-PR (TRF-4).

Ao anotar que não constam planilhas e Excel em anexo ao auto de infração que demonstre a forma que foi realizada o cálculo dos juros e correção monetária, observou que desde janeiro de 2021 na legislação estadual,não há mais a cumulação de juros e correção monetária atrelada a UPF, adequando-se aoposicionamento do STF sobre a impossibilidade de entes federados legislarem sobre atualização monetáriaem índices superiores ao estabelecidos pela União, porém, alega que os encargos moratórios incidentes nocaso em apreço, sujeitam-se em partes à lei revogada, o que impõe que seja reconhecido, mesmo neste período, a aplicação da Taxa SELIC.

Que há entendimento do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade desde 2010,pacificando o tema quanto a impossibilidade dos Estados aplicarem índices de correção monetária superior à taxa Selic aplicada pela União para os mesmos fins, sendo sabido que os precedentes vinculantes da Suprema Corte devem ser respeitados não apenas em sede judicial, como também por toda Administração federal, estadual e municipal, devendo ser aplicada a taxa Selic como índice de atualização monetária dos impostos pagos em atraso.

Dante do exposto, requereu a nulidade e improcedência do auto de infração por ausência de comprovação do recolhimento a menor e precariedade de provas, e que seja apresentado demonstrativo de atualização de cálculos, para que possa ser averiguado se houve a correta aplicação dos índices de encargosmoratórios, com base nos parâmetros fixados pelo STF.

3 - FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Conforme consta na peça básica, o sujeito passivo foi autuado sob a acusação fiscal de ter realizado recolhimento de ICMS a menor no período de 01.06.2017 a 31.12.2017, no montante de R$ 154.032,35, de acordo com o levantamento em Conta Gráfica (autorizado pela DFE nº 20212503600002) apurado no banco de dados das notas fiscais eletrônicas de entrada e saída.

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 726e-6eda-477f-b4fd

Regularmente notificado, o sujeito passivo pugnou pela nulidade e improcedência do auto de infração por ausência de comprovação do recolhimento a menor e precariedade de provas, além de apresentação do demonstrativo de atualização de cálculos, para que possa ser averiguado se houve a correta aplicação dos índices de encargos moratórios.

Pois bem, após a análise das peças que compõem os autos, pode-se afirmar que razões não assistem ao sujeito passivo, porquanto a acusação fiscal de recolhimento a menor do ICMS no exercício de 2017, está bem-posta, conforme acervo probatório em anexo, e como adiante segue, devendo haver reparos apenas quanto à aplicação da Selic a partir de 01.02.2021.

No tocante à arguição de nulidade do auto de infração, resta não acolhida, sem qualquer alegada ofensa ao art. 97-§§ 1º-2º da Lei 688/96, não havendo, assim, que se falar em notificação prévia para regularizar eventuais inconsistências, pois no levantamento fiscal, embora se tenha feito os cruzamentos no Banco de Dados das NFe e NFCe de entradas e saídas dos Sistemas SISAUDIT, AEBR, SITAFE e SPEED/EFD, o que é normal para fins do tipo de auditoria específica proposta (CONTA GRÁFICA), a ação fiscal, que teve apoio na DFE nº 20212503600002, foi provocada pelo Ministério Público de Rondônia, nos termos do documento "MONITORAMENTO INTERNO – NIF/CRE – OF. Nº 230/2020/GAESF/MPRO", fls. 08, não se aplicando ao caso o art. 97-§§ 1º-2º da Lei 688/96, c/c o art. 2º do Dec. 24.202/2019, que padronizava os procedimentos anteriores ao início da implantação do sistema Fisconforme, além disso, os fato gerador em questão é de 2017, portanto, como o Dec. 23.956/2019, que instituiu o Fisconforme, trata de norma processual, no tempo, tem validade geral e posterior, nos termos do art. 6º da LINDB.

Em relação à alegação de improcedência do auto de infração por ausência de comprovação do recolhimento a menor e suposta falta de provas, não cabe acolhimento, pois, ao contrário, as provas materiais da infração apontada constam devidamente anexadas aos autos, das quais teve amplo acesso o sujeito passivo, nos termos da Resolução Conjunta nº 002/2017/GAB/SEFIN/CRE/TATE – ANEXO ÚNICO, fls. 17, e que comprovam a conduta faltosa do sujeito passivo no recolhimento de ICMS a menor de R$ 154.032,35 no ano de 2017, fls. 04/05, sendo, assim, infundadas tais alegações.

Verifico, ainda, que os Registros de apuração do ICMS anexados com a defesa apenas reforçam a acusação fiscal, demonstrando, de fato, distorções nos valores, como exemplo, o mês de junho/2017, cujo débito apurado importa em R$ 174.711,09 (conforme chaves das NF-e de saída e NFCe que constam no arquivo juntado como prova sob o título "LEVANTAMENTO CONTA GRÁFICA SP REPRESENTAÇÃO 2017" em anexo), enquanto que o sujeito passivo indica apenas R$ 162.359,71.

Neste sentido, a jurisprudência dos tribunais superiores e administrativos trazida à baila, relativos a julgamentos favoráveis ao contribuinte por falta de provas não se aplicam ao presente caso, cujas provas materiais que comprovam a infração, foram disponibilizadas ao sujeito passivo nos termos do art. 113-I da Lei 688/96.

No que se refere à alegação de que a penalidade de 90% do valor do imposto recolhido a menor, estaria errada, ultrapassando significativamente o valor do imposto supostamente devido, não tem qualquer procedência, pois o valor do imposto atualizado importa em R$ 242.067,66 e a multa R$ 217.860,84.

Quanto ao Demonstrativo do cálculo do crédito tributário elaborado pelo autuante, como retro mencionado, o mesmo merece reparos para se adequar à Selic a partir de 01.02.2022, data da vigência da Lei 4.952/2021, assim como ao art. 46 da Lei 688/96 e à IN 04/2021, assumindo o crédito tributário a seguinte configuração:

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 726e-6eda-477f-b4fd

	DEVIDO	INDEVIDO
Tributo ICMS	R$ 154.032,35	R$ 0,00
Multa	R$ 217.860,84	R$ 0,00
Juros	R$ 102.083,84	R$ 10.463,54
Atualização monetária	R$ 64.556,11	R$ 23.479,20
*Total do Crédito Tributário	**R$ 538.533,24**	**R$ 33.942,74**

*Conforme nova Planilha de Apuração do Crédito Tributário em anexo.

Portanto, correta a ação fiscal perpetrada para a verificação de infração à legislação tributária e consequente lavratura do auto de infração para exigência do imposto devido e demais consectários legais.

Quanto à pretendida atribuição ao sócio administrador, A , CPF nº , como responsável solidário pelo pagamento do crédito tributário do presente auto de infração, **afasto**, vez que não restou caracterizada hipótese aplicável ao previsto no art. 11-A, 11-B e 11-C da Lei 688/96, além disso, se por um lado, a reponsabilidade administrativa pela infração tributária da empresa é objetiva, art. 75 da Lei 688/96, c/c o 136 do CTN, em relação ao administrador, a regra geral no Direito Tributário é que os administradores das pessoas jurídicas não respondem pessoalmente pelo tributos devidos pela mesma, exceto se tais obrigações tributárias forem decorrentes de atos dolosamente praticados com excesso de poder ou infração de lei vigente ou ao estatuto social (art. 135-III do CTN), o que não é a situação sob exame.

No caso vertente, de fato, entendo que o autuante não logrou êxito em comprovar nos autos que o administrador se enquadre, em qualquer das hipóteses previstas no art. 11-A-XII-a-b-c-d-e-f-g da Lei 688/96, e em relação ao interesse comum no fato gerador do administrador, art. 11-A-XIV da Lei 688/96, que significa participação ativa, individual e unida com a autuada, também não restou provas dessa atuação conjunta, com vistas ao efetivo recolhimento, intencional, a menor do imposto devido apurado na ação fiscal.

Dessa forma, em vista dos fatos, e considerando que restou comprovada a infração descrita na peça básica, e não se desincumbindo o sujeito passivo da acusação imputada, decido pela parcial procedência do presente auto de infração.

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$ 538.533,24**, devendo o mesmo ser atualizado na data do efetivo pagamento, e **INDEVIDO** o valor de **R$ 33.942,74**.

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 aosautores do feito.

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	Dec. da Resp. Solidária
	A	Afastar

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 726e-6eda-477f-b4fd

5 – ORDEM DE INTIMAÇÃO.

Fica o sujeito passivo intimado a recolher o credito tributário considerado 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 divida ativa do Estado e consequente execução fiscal.

Porto Velho, *22/11/2022*.

Elder Basílio e Silva

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA

Documento assinado eletronicamente por:
Elder Basílio e Silva, **Auditor Fiscal**, , Data: **22/11/2022**, às **22:51**.
Conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 726e-6eda-477f-b4fd