



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

SUJEITO PASSIVO: SP REPRESENTAÇÃO COMERCIAL DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA

ENDEREÇO: Nações Unidas, 343 - Seringal - Pimenta Bueno /RO - CEP: 76970-000

PAT Nº: 20222703600002

DATA DA AUTUAÇÃO: 04/03/2022

CAD/CNPJ: 13.791.390/0002-98

CAD/ICMS: 00000003834361

DECISÃO PROCEDENTE Nº: 2022/1/933/TATE/SEFIN

1. Recolhimento do ICMS a menor apurado em auditoria específica de Conta Gráfica no ano de 2018. 2. Defesa tempestiva. 3. Infração não ilidida. 4. Auto de infração 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 no exercício de 2018, 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 DE DADOS DAS NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS DE ENTRADAS E SAÍDAS(NFe/NFCe)-PERÍODO FISCALIZADO DE 01/01/2018 a 31/12/2018**”.

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, c/c arts. 33 e 57, c/c o Anexo XIII, arts. 78 ao 80, c/c os arts. 106 ao 109-A, todos do novo RICMS/RO, Dec.22.721/2018, e para multa o art. 77-VII-e-4 da Lei 688/96.

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

Tributo ICMS	R\$ 274.357,11
Multa 90%	R\$ 384.957,75
Juros	R\$ 160.994,06
Atualização monetária	R\$ 153.373,83
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 973.682,75

O sujeito passivo foi notificado do auto de infração via DET nº 13178331 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 preliminar de nulidade do auto de infração sob a alegação de que o procedimento fiscal de não notificação prévia antes da abertura de ação fiscal, previsto no art. 97-§§ 1º e 2º da Lei 688/96, impossibilitou a empresa de efetuar a regularização ou a justificativa antes da abertura da ação fiscal.

Quanto ao mérito alegou 1) a ausência de comprovação da acusação do recolhimento a menor do ICMS no período de 01.05.2018 a 31.12.2018, com base em levantamento extraído dos bancos de dados das notas fiscais eletrônicas de entrada e saída, o que acarretaria a improcedência do auto de infração, e além disso o imposto e multa já estariam sendo objeto de outro auto de infração (20222703600005) decorrente de suposta apropriação indevida de crédito de ICMS, o que configuraria *bis in idem*.

Que o Fisco não teria comprovado a divergência existente entre a planilha por ele elaborada e os valores de entrada e de saída prevista no Registro de apuração do ICMS, e que tal divergência poderia ser pela eventual falta de escrituração de NF-e, cabendo ao Fisco notificar para fins de regularização, e caso contrário, a autuação seria por omissão de escrituração de NF-e, e não por recolhimento a menor, em 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 a quase totalidade do montante cobrado no presente auto de infração (R\$ 274.357,11) refere-se a supostos recolhimentos a menor de ICMS derivado de suposta apropriação indevida de crédito de ICMS, que já estaria sendo objeto do auto de infração nº 20222703600005 (R\$ 226.737,21), de modo que se julgado procedente haveria enriquecimento sem causa da Administração Fazendária, ao receber valores em duplicidade de cobrança, e a diferença de R\$ 47.619,90 (R\$ 274.357,11 - R\$ 226.737,21), não haveria qualquer comprovação do recolhimento a menor, não especificando as notas fiscais, sendo que o recolhimento do ICMS devido foi feito com base nas notas fiscais escrituradas no sistema, conforme demonstrariam os Registros de apuração do ICMS anexados.

Que apenas com uma planilha em que constam valores de entrada, saída e base de cálculo discrepante com o Registro de apuração do ICMS, não há como comprovar recolhimento a menor, restando caracterizado a precariedade do auto de infração em que não houve qualquer comprovação do recolhimento a menor do ICMS, a exceção de eventual apropriação indevida de crédito, que já estaria sendo objeto de autuação respectiva

Dante do exposto, requereu que fosse reconhecida a improcedência do presente auto de infração, diante da comprovação da suposta duplicidade de autuação sob os mesmos valores e período no auto de infração nº 20222703600005.

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 01.01.2018 a 31.12.2018, no montante de R\$ 274.357,11, 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.

Regularmente notificado, inicialmente, pugnou pela nulidade do auto de infração, alegando que o procedimento fiscal de notificação prévia antes da abertura de ação fiscal, previsto no art. 97-§§ 1º e 2º da Lei 688/96, não foi observado.

No mérito, alegou a ausência e precariedade das provas da acusação do recolhimento a menor do ICMS no período 2018, e que a quase totalidade do suposto recolhimento a menor de

ICMS, ora cobrado, referir-se-ia a supostos recolhimentos a menor de ICMS derivado de suposta apropriação indevida de crédito de ICMS, e que o mesmo já estaria sendo objeto de cobrança no auto de infração nº 20222703600005.

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 2018, está bem-posta, conforme acervo probatório em anexo, e como adiante segue.

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. 10, 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.

Em relação à alegação de 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 do art. 113-I da Lei 688/96 e 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\$ 274.357,11 no de 2018, fls. 04/05, sendo, assim, infundadas tais alegações.

Verifico, ainda, que os Registros de apuração do ICMS anexados com a defesa se referem a outro auto de infração, o de nº 20222703600005, que cobra apropriação indevida de crédito fiscal no valor de R\$ 226.737,21.

Nesse sentido, resta evidente que é totalmente descabido também o argumento da defesa de suposta cobrança em duplicidade de ICMS pelo Fisco, a ponto de caracterizar o *bis in idem*, ou seja, o ICMS recolhido a menor no presente auto de infração no valor de R\$ 274.357,11, já estaria sendo objeto de cobrança no auto de infração nº 20222703600005(R\$ 226.737,21), **pelo mesmo motivo**, de modo que se julgado procedente haveria enriquecimento sem causa da Administração Fazendária, ao receber valores em duplicidade de cobrança.

Dito de outra maneira, o contribuinte estaria sugerindo que o Fisco de Rondônia estaria duplamente tributando o **mesmo fato gerador** (*bis in idem*), o que é totalmente improcedente, quando se sabe que o fato gerador do auto de infração nº 20222703600005 se refere a apropriação indevida de crédito fiscal, em razão de uso indevido de crédito presumido do Programa de Incentivo Tributário-PIT pela falta de emissão de documento fiscal da operação, e em razão de estorno de débito em desacordo com a legislação tributária regente, cuja penalidade aplicável foi a do art. 77-V-a-1 da Lei 688/96 (multa de 90% do valor do crédito fiscal apropriado indevidamente), enquanto que no processo que ora se examina, **o fato gerador é outro**(multa de 90% do imposto pago a menor apurado em Conta Gráfica a partir do confronto do crédito das notas fiscais de entrada com os débitos das notas fiscais de saída de 2018), e que tem como fundamento legal, por óbvio, outra penalidade, que é a do art. 77-IV-a-1 da Lei 688/96.

O entendimento acima pode ser confirmado no trecho que se extraiu de parte da conclusão do julgamento do auto de infração nº 20222703600005 “...De fato, a exigência no

presente auto de infração se refere a créditos indevidos (crédito presumido utilizado em desconformidade legal e estorno de débito sem documento fiscal regular ou comprovação da origem de tal crédito). Já em relação ao bis in idem (AI 20222703600002), este exige ICMS que recolheu a menor, abrangendo apenas a apuração das operações de entradas de notas fiscais com **créditos** em confrontação com as notas fiscais de saídas e NFC-e com **débitos**, do período de 2018. Veja que se tem duas apurações, a 1ª a simples confrontação de créditos e débitos das operações, gerando diferença de ICMS recolhido a menor e, a 2ª, além da apuração simples ainda se utilizou de **créditos fiscais irregulares** (Crédito presumido-PIT e estorno de débito decorrente de vendas fora do estabelecimento), que se exige na presente demanda.”

Portanto, correta a ação fiscal perpetrada para a verificação de infração à legislação tributária e conseqüente 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 atuada, 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 procedência do presente auto de infração.

4 – CONCLUSÃO

De acordo com o previsto no art. 12, I, da Lei 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\$ 973.682,75, devendo o mesmo ser atualizado na data do efetivo pagamento.

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

5 – ORDEM DE INTIMAÇÃO.

Fica o sujeito passivo intimado a recolher o credito 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 consequente execução fiscal

Porto Velho, 21/11/2022.

Elder Basílio e Silva

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

Elder Basílio e Silva, Auditor Fiscal,

Data: **21/11/2022**, às **10:12**.

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