



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: 20222703600009

DATA DA AUTUAÇÃO: 08/03/2022

CAD/CNPJ: 13.791.390/0002-98

CAD/ICMS: 00000003834361

DECISÃO PARCIAL Nº: 2022/1/127/TATE/SEFIN

1. Deixar de pagar, ou pagar a menor, o ICMS/ST em operações de aquisição de mercadorias sujeitas ao instituto da Substituição Tributária no exercício de 2018. 2. Com defesa. 3. Infração parcialmente ilidida. 4. Auto de infração parcialmente procedente.

1 – RELATÓRIO

O sujeito passivo foi autuado, pois realizou operações de aquisições de mercadorias tributadas pelo instituto da Substituição Tributária, com suas NCM/SH elencadas/previstas Anexo V do RICMS/RO, Dec. 8.321/98 e no Anexo VI, do RICMS/RO 22.721/2018, com recolhimentos a menor da substituição tributária, conforme seguem devidamente relacionado na planilha RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS eletrônicas DE ENTRADAS COM INCIDÊNCIA DE ICMS DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA A RECOLHER, exercício de 2018, infringindo os arts. 117-caput, c/c art. 52 e 53, c/c art. 96, c/c arts. 310 e 311, c/c art. 318, c/c art. 27-II-c, e art. 99, todos do RICMS/RO, Dec. 8.321/98, c/c art. 2º, c/c arts. 8º ao 16º, todos Anexo VI, do Dec. 22.721/2018, e para a multa o art. 77-IV-a-1 da Lei 688/96.

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

Tributo ICMS	R\$ 58.802,86
Multa 90%	R\$ 82.158,93
Juros	R\$ 32.776,10
Atualização monetária	R\$ 32.484,96
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 206.222,85

O sujeito passivo foi notificado do auto de infração via DET nº 1378331 em 29.04.2021, conforme Notificação nº 12475436, 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 fez uma breve síntese dos fatos, e trouxe, de início, uma questão 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 provas da acusação do recolhimento a menor do ICMS/ST no período de 01.05.2018 a 31.12.2018, o que acarretaria a improcedência do auto de infração, uma vez que da planilha anexada ao auto de infração não seria possível extrair motivação lógica que justifique as diferenças relacionadas ao imposto impugnado, pois se trata de planilha com valores de notas fiscais eletrônicas de saídas, contudo, o imposto objeto de autuação – ICMS – ST, é cobrado na entrada do produto. Na saída o pagamento é efetivado pelo consumidor, que é o contribuinte de fato do imposto.

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, e sem demais documentos ou motivações prejudica a própria confecção do contraditório e da ampla defesa.

Que a mera planilha sem qualquer listagem de nota fiscal, ou qualquer outra comprovação referente ao valor de ICMS supostamente recolhido a menor não é suficiente para conferir liquidez ao crédito tributário, e que o relatório circunstanciado fora elaborado em conjunto com demais infrações de outros autos de infração, 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 a motivação é elemento essencial de qualquer ato administrativo, como o auto de infração, devendo atender a determinados requisitos, dentre eles, 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 Embargante FAZENDA 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 ao posicionamento do STF sobre a impossibilidade de entes federados legislares sobre atualização monetária em índices superiores ao estabelecidos pela União, porém, alega que os encargos moratórios incidentes no caso 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 encargos moratórios, 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 de ter realizado operações de aquisições de mercadorias tributadas pelo instituto da Substituição Tributária, com suas NCM/SH descritas no Anexo V do RICMS/RO, Dec. 8.321/98 e no Anexo VI do RICMS/RO 22.721/2018, no exercício de 2018, com recolhimentos a menor da substituição tributária, conforme planilha RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS DE ENTRADAS COM INCIDÊNCIA DE ICMS DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA A RECOLHER.

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/ST no período 2018, e que há entendimento do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade desde 2010, pacificando o tema quanto a impossibilidade de os Estados aplicarem índices de correção monetária superior à taxa Selic aplicada pela União para os mesmos fins, devendo os precedentes vinculantes da Suprema Corte serem respeitados.

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/ST no exercício de 2018, decorrente de aquisições de mercadorias alcançadas pelo instituto da Substituição Tributária, nos termos do Anexo V do RICMS/RO, Dec. 8.321/98, e do Anexo VI do RICMS/RO 22.721/2018, está bem-posta, conforme acervo probatório em anexo, e como adiante segue.

Antes de tudo, conforme verificado no arquivo "SUBSTIT_TRIBUTARIA 2018 MAIO a DEZEMBRO ENTRADAS 2018", Planilha "ATUALIZAÇÕES SELIC", o TOTAL da coluna "VALORES DO ICMS SUBSTIT. TRIBUTÁRIA A RECOLHER", importa em R\$ 107.056,76, e não R\$ 107.056,75, e o da coluna "DIFERENÇAS DE ICMS SUBST_TRIB. A RECOLHER", em R\$ 58.802,86, e não R\$ 58.802,85, importando o total do crédito tributário em **R\$ 206.223,11** (R\$ 58.802,86 + R\$ 82.159,08 + R\$ 32.776,16 + R\$ 32.485,01), e não R\$ 206.222,85, de modo que o crédito tributário constituído correto à época da lavratura tem a seguinte configuração:

Tributo ICMS	R\$ 58.802,86
Multa 90%	R\$ 82.159,08
Juros	R\$ 32.776,16
Atualização monetária	R\$ 32.485,01
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 206.223,11

Feita a correção acima, tem-se que, quanto ao pedido de nulidade do auto de infração, resta não acolhido, sem qualquer ofensa ao art. 97-§§ 1º e 2º da Lei 688/96, já que não se trata de inconsistências apuradas através do cruzamento de informações constantes em bancos de dados da Administração Tributária, mas da DFE nº 20212503600002, decorrente de Monitoramento Interno – NIF/CRE - OF. Nº 230/2020/GAESF/MPRO.

No caso concreto, a diferença a menor apurada no recolhimento de ICMS/ST no valor de **R\$58.802,86**, (o que caracteriza infringência aos arts. 117-caput, c/c art. 52 e 53, c/c art. 96, c/c arts. 310 e 311, c/c art. 318, c/c art. 27-II-c, e art. 99, todos do RICMS/RO, Dec. 8.321/98, c/c art.2º, c/c arts. 8º ao 16º, todos Anexo VI, do Dec.22.721/2018) foi encontrada, de janeiro a dezembro de 2018, após o processamento das notas de saídas emitidas por terceiros e destinadas ao sujeito passivo relativas a produtos alcançados pelo instituto da Substituição Tributária, todos elencados tanto no Anexo V do antigo RICMS-RO, que vigorou até maio de 2018, quanto no Anexo VI do novo RICMS-RO.

Neste sentido, do total de ICMS/ST a recolher de **R\$ 107.056,75**, a fiscalização deduziu o total efetivamente recolhido de **R\$ 48.253,90** de ICMS/ST no período fiscalizado, chegando ao valor acima de **R\$58.802,86**, fato comprovado pela relação de todas as notas fiscais que deram causa ao recolhimento a menor e que constam relacionadas na planilha "**DEMONSTRATIVO DOS DOCUMENTOS FISCAIS DE SAÍDA COM RECOLHIMENTOS A MENOR DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA INCIDENTE SOBRE OS PRODUTOS SUJEITOS À S.T. – ATUALIZAÇÃO DOS VALORES, COM MULTA, JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA DA PLANILHA: RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS DE SAÍDA COM INCIDÊNCIA DE ICMS DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA A RECOLHER – PERÍODO DE 01/01/2018 A 31/12/2018**", dentro do arquivo "SUBSTIT_TRIBUTARIA 2018 MAIO A DEZEMBRO ENTRADAS

2018”, não havendo, assim que se falar em precariedade das provas, planilha esta da qual teve pleno conhecimento e acesso o sujeito passivo, já que recebeu uma cópias de todos os documentos comprobatórios que deram origem e instruíram a lavratura do auto de infração, conforme nova Planilha elaborada por este Julgador e anexada aos autos que, nos termos do art. 108 da Lei 688/96, procedeu a ajustes no Demonstrativo do cálculo do crédito tributário elaborado pelo autuante, conforme mesma Planilha de Cálculo da atualização retro mencionada que deve estar de acordo com art. 46 da Lei 688/96 e IN 04/2021, assumindo o crédito tributário a seguinte configuração:

	DEVIDO	INDEVIDO
Tributo ICMS	R\$ 58.802,86	-
Multa	R\$ 75.102,82	R\$ 7.056,26
Juros	R\$ 29.392,02	R\$ 3.384,14
Atualização monetária	R\$ 24.644,72	R\$ 7.840,29
*Total do Crédito Tributário	R\$ 187.942,42	R\$18.280,69

*Obs.: Conforme arquivo excel "SUBSTIT_TRIBUTARIA 2018 MAIO A DEZEMBRO ENTRADAS 2018"

No caso do uso da taxa Selic, a mesma foi contemplada com a correção acima feita, a partir de 01.02.2021, data da vigência da Lei 4.952/2021 autorizando sua utilização, de modo que o período anterior os autuantes observaram a legislação então vigente (art. 46 e 46-A da Lei 688/96), e como atuaram nos termos da norma de regência, não compete a este Tribunal negar a aplicação de lei ou de ato normativo emanado do Governo de Rondônia, Secretário de Estado de Finanças ou do Coordenador-Geral da Receita Estadual, conforme previsto no art. 16-II-III da Lei 4.929/2020, *in verbis*:

Art. 16. Não compete ao TATE:

(...)

II - a negativa de aplicação de lei ou de ato normativo emanado do Governo de Rondônia, Secretário de Estado de Finanças ou do Coordenador-Geral da Receita Estadual; e

III - a declaração de inconstitucionalidade, salvo no caso da inconstitucionalidade ter sido proclamada em ação direta de inconstitucionalidade ou tratar-se de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal ou a Assembleia Legislativa tenha suspenso a execução do ato normativo.

§ 1º O Tribunal poderá aplicar em suas decisões o entendimento resultante de:

I - decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; e

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e tributária e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e tributária.

(...)

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, bem como a adequação do valor do crédito tributário, de acordo com o art. 108 da Lei 688/96, decido pela parcial procedência do presente auto de infração.

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 verificado, 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.

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\$ 187.942,42**, devendo o mesmo ser atualizado na data do efetivo pagamento, e **INDEVIDO** o valor de **R\$ 18.280,69**.

Deixo de recorrer de ofício à Câmara de Julgamento de Segunda Instância, de acordo com o art. 132-§1º-I da Lei 688/96.

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, 17/11/2022.

Elder Basílio e Silva

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

Elder Basílio e Silva, Auditor Fiscal, , Data: **17/11/2022**, às **23:23**.

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