



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

SUJEITO PASSIVO: A.J. DA SILVA JUNIOR COM. DE PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA

ENDEREÇO: Av. Presidente Dutra, 427 - Pioneiros - Pimenta Bueno /RO - CEP: 76970-000

PAT Nº: 20222703600011

DATA DA AUTUAÇÃO: 20/04/2022

CAD/CNPJ: 31.982.260/0001-33

CAD/ICMS: 00000005225272

DECISÃO PROCEDENTE Nº: 2022/1/998/TATE/SEFIN

1. Recolher ICMS a menor decorrente de apuração em Conta Gráfica por meio de DFE. 2. Com Defesa. 3. Infração não ilidida. 4. Auto de infração procedente.

1 – RELATÓRIO

Conforme consta descrito na peça básica o sujeito passivo foi autuado após cruzamentos realizados no Banco de Dados das NFe/NFCe de ENTRADAS e SAÍDAS dos Sistemas SISAUDIT, AEBR, SITAFE e SPEED/efd, sendo apurado em Conta Gráfica diferenças de ICMS a recolher, conforme demonstram, em especial a planilha **“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 01/01/2019 a 31/12/2019”**.

Para a capitulação legal da infração foram indicados os arts. 11, 32, 33, 52, 53 e 57, c/c, Anexo XIII, arts. 78 ao 80, c/c, arts.106 ao 109-A, todos do RICMS/RO, Dec.8.321/98, e para a multa o art. 77-IV-a-1 da Lei 688/96 (DFE 20222503600001, Ação Fiscal nº 20221203600001).

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

Tributo ICMS	R\$ 88.488,79
Multa 90%	R\$ 113.964,72
Juros	R\$ 31.967,59
Atualização monetária	R\$ 38.138,77
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 272.559,87

O sujeito passivo foi notificado do auto de infração via DET nº 13293968 em 11.07.2022,

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, Amauri

2 – DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

Na defesa o sujeito passivo de início arguiu 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 da Lei 688/96 e art. 2º do Decreto 23.856/2019 (Fisconforme), 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 01.01.2019 a 31.12.2019, 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 que além disso o imposto e multa já estariam sendo objeto de outro auto de infração (20222703600013) decorrente de suposta apropriação indevida de crédito de ICMS, o que configuraria *bis in idem*, além de enriquecimento sem causa.

Que analisando o Registro de Apuração de ICMS, em anexo, seria possível constatar que se trata exatamente do mesmo imposto já cobrado no auto de infração ora impugnado, de modo que da planilha em anexo ao presente auto de infração impugnado, teria havido tributação sobre o valor de R\$ 30.754,66, derivado de estorno de débito, supostamente sem origem, no mês de abril, e de R\$ 12.406,66 no mês de maio, e por sua vez na planilha que acompanha o auto de infração de nº 20222703600011, que detalha as diferenças de recolhimento menor de ICMS, denota que no mês de abril houve uma diferença a recolher de R\$ 29.916,83, enquanto que no mês de maio a quantia a menor foi de R\$ 12.835,14, sendo vedado efeito confiscatório.

Que, afirma, o que ocorreu na DFE 2022250360001, foi que, houve tanto a atuação por recolhimento a menor (AI 20222703600013), quanto pela não escrituração de notas fiscais que ensejaram parte do recolhimento a menor (AI 20222703600025), como pela suposta apropriação indevida de crédito de ICMS que também originou a outra parte do recolhimento a menor (AI 20222703600011), resultando em suposta cobrança duplicada do mesmo imposto, além do que seria vedada a cumulação de penalidades, quando uma conduta absorve a outra, pois, o suposto recolhimento a menor, estaria sendo objeto de cobrança de penalidades que já estão sendo cobradas em outros lançamentos tributários.

Que tal vedação da acumulação de penalidades, implica na observância do princípio da especialidade, de modo que, nesses casos, deve se optar pela aplicação de uma única sanção, a que seja mais específica.

Que se levando em consideração a vedação ao *bis in idem* e a cumulação de penalidade, e a especialidade da aplicação da sanção, tem-se que o auto de infração, ora impugnado, seria insubsistente, sendo que o suposto recolhimento a menor do ICMS seria derivado de condutas específicas, que já foram objeto de lançamento e atuação, motivo pelo qual deveria ser julgado totalmente improcedente, em virtude de já haver atuação e cobrança em face do estabelecimento referente ao mesmo ICMS.

Dante do exposto, requereu:

a) o reconhecimento da nulidade do procedimento administrativo fiscalizatório por ausência e notificação para a efetuar eventual regularização; e

b) que seja reconhecida a improcedência do auto de infração, ora impugnado, diante da comprovação de duplicidade de atuação sob os mesmos valores e período nos autos de infração de nº 20222703700013 e nº 20222703700025.

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 01.01.2019 a 31.12.2019, no montante de R\$ 88.488,79, de acordo com o levantamento em Conta Gráfica (autorizado pela DFE nº 20222503600001) apurado no banco de dados das notas fiscais eletrônicas de entrada e saída, e notas fiscais de consumidor eletrônica (Banco de Dados SISAUDIT, AEBR, SITAFE e SPEED/EFD).

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 da Lei 688/96 e art. 2º do Decreto 23.856/2019 (Fisconforme), não teriam sido observados.

No mérito, alegou improcedência do auto de infração por suposta duplicidade de autuação sob os mesmos valores e período nos autos de infração de nº 20222703700013 em nº 20222703700025.

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 2019, está bem-posta, conforme acervo probatório em anexo, e como adiante segue.

As provas analisadas do recolhimento a menor de ICMS no valor de R\$ 88.488,79 no exercício de 2019, estão de acordo com o art. 113-I da Lei 688/96 e da Resolução Conjunta nº 002/2017/GAB/SEFIN/CRE/TATE – ANEXO ÚNICO em anexo, e comprovam a conduta faltosa do sujeito passivo apontada na inicial, sendo, assim, infundadas as alegações em sentido contrário, incapazes de afastar a acusação fiscal.

No tocante à arguição de nulidade do auto de infração, resta não acolhida, sem qualquer alegada ofensa ao art. 97-§1º da Lei 688/96, bem como ao art. 2º do Decreto 23.856/2019, que instituiu o Fisconforme, quando se constata que, ao contrário do afirmado pelo sujeito passivo, o mesmo fora notificado, sim (nº 13294666), fls. 11 dos autos, nos termos do art. 71-§6º, *in verbis*, para cumprimento de obrigação acessória no prazo de 30 (trinta) dias, que, embora prorrogado com término em 22.06.2022, o mesmo não atendeu os termos da aludida notificação, não havendo, assim, que se falar em nulidade do auto de infração por suposta ausência de notificação prévia para regularizar eventuais inconsistências:

§ 6º Caso o Auditor Fiscal de Tributos Estadual - AFTE apure descumprimento de obrigação acessória no decorrer do levantamento fiscal previsto no caput, que não foi objeto de notificação via Sistema Fisconforme ou DET, deverá conceder o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável uma única vez por igual período, a pedido do sujeito passivo, para que este regularize a pendência, salvo se, durante a concessão do prazo, ocorrer a decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário.

Na questão de mérito, o pedido de improcedência do auto de infração sob o fundamento de suposta cobrança em duplicidade de ICMS pelo Fisco, a ponto de caracterizar o *bis in idem*, é totalmente descabido, quando cogita que ICMS recolhido a menor no presente auto de infração no valor de R\$ 88.488,7, já estaria sendo objeto de cobrança no auto de infração nº 20222703600013 e 2022273600025 (e não 20222703700013 e 2022273700025, listados por engano, imagina-se, que se referem a outros contribuintes), 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 improcedente, quando se sabe que o fato gerador do auto de infração nº **20222703600013** se refere à apropriação indevida de crédito fiscal no LRA (sem comprovação desse crédito), com estorno de débito referente a remessa de mercadorias para fora do estabelecimento em razão de estorno de débito, 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), e o AI nº **2022273600025**, se refere a autuação por ter o contribuinte deixado de escriturar no LRS notas fiscais de saída com destaque do ICMS, cuja penalidade aplicável foi a do art. 77-X-b-1 da Lei 688/96.

Neste sentido, 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 e notas fiscais do consumidor eletrônica do ano de 2019), e que tem como fundamento legal, por óbvio, outra penalidade, que é a do **art. 77-IV-a-1 da Lei 688/96**, sendo, por conclusão, incabível a alegação de aplicação do princípio da especialidade suscitado que, de fato, visa evitar o *bis in idem*, porém, quando há a circunstância de possibilidade de aplicação da prevalência da norma especial sobre a geral, o que não é, como se vê, o caso vertente.

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.

No que concerne 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 pelos 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 analisado, 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 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\$ 272.559,87, 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, 19/12/2022.

Elder Basílio e Silva

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

Elder Basílio e Silva, Auditor Fiscal, , Data: **19/12/2022**, às **19:24**.

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