



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

SUJEITO PASSIVO: *J K COMERCIO DE PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA*

ENDEREÇO: *Av. Sete de setembro , 1770 - centro - Espigão D'oeste/RO - CEP: 76974-000*

PAT Nº: *20222703600031*

DATA DA AUTUAÇÃO: *25/07/2022*

CAD/CNPJ: *17.864.660/0001-13*

CAD/ICMS: *00000005576725*

DECISÃO PROCEDENTE Nº: 2023/1/132/TATE/SEFIN

1. Apropriação indevida de crédito Fiscal oriundo de entradas de mercadorias com cobrança de ICMS-ST
2. Defesa Tempestiva
3. Infração Não Ilidida
4. Auto de infração Procedente

1 – RELATÓRIO

Conforme descrito no auto de infração 20222703600031, lavrado em 25/07/2022 (fl. 02 - documento do volume do Auto), constatou-se que “No período de 1º/1/2020 a 31/12/2020, o sujeito passivo apropriou na EFD indevidamente crédito fiscal, no montante de R\$ 41.447,71, relativo a operações de entrada de mercadorias com anterior cobrança do ICMS por substituição tributária, conforme Anexo 1.2.01 - Créditos apropriados relativos a mercadorias com anterior cobrança por substituição tributária. Sobre esse valor, foi aplicada a multa de 90%, nos termos do art. 77, V, “a”, 1, da Lei estadual n. 688/1996.”

A infração foi capitulada no “Artigos 35, 42, VII, e 42, §1º, III, "a" e "b", do RICMS/RO, aprovado pelo Dec. estadual n. 22721/18”. A multa foi capitulada no Artigo 77, inciso V, alínea "a", item 1 da Lei 688/96 - (fl. 02 - documento do volume do Auto).

O crédito tributário, à época da lavratura, foi lançado com a seguinte composição:

Descrição	Crédito Tributário
-----------	--------------------

Tributo:	R\$	41.447,71
Multa 90%	R\$	48.694,78
Juros	R\$	7.617,50
A. Monetária	R\$	12.657,67
Total do Crédito Tributário	R\$	110.417,66

A fiscalização foi realizada pela 4ª DRRE de Cacoal/RO (fls. 02 do volume 1 do auto), autorizada pela DFE nº 20222503600002 e Ação Fiscal nº 20221203600002, referente ao período a ser fiscalizado de 19/11/2019 a 31/12/2020 e emitida em 21/03/2022- (fl. 04 - documento do volume do Auto), com ciência do Termo de Início de Ação Fiscal e do Termo de Intimação, através do Domicílio Eletrônico Tributário – DET – notificação nº 13276238 emitida em 24/06/2022 - (fl. 05 e 06 - documento do volume do Auto). A ciência do auto de infração foi feita em 29/07/2022 por DET nº 13324252 - (fl. 02 e 58 - documento do volume do Auto). A defesa solicitou prorrogação do prazo em 29/08/2022, conforme requerimento de prorrogação de prazo anexado no e-PAT e sendo autorizado em 29/08/2022 por mais quinze dias, conforme anexo na concessão de prorrogação de prazo. Sendo apresentada a defesa Tempestiva conforme consta no e-PAT em 13/09/2022.

2 - DAS ARGUIÇÕES DA DEFESA

O sujeito passivo apresentou defesa tempestiva, na qual, em resumo, expõe o seguinte argumento:

2.1. Do efeito confiscatório da multa aplicada. A Constituição Federal veda que os tributos e as multas sejam aplicados de forma confiscatória. - (fls. 02 do volume da defesa).

2.2. Que desde janeiro de 2021, a legislação estadual, não há mais a cumulação de juros e correção monetária atrelada a UPF. A lei do Estado de Rondônia adequou o posicionamento do STF sobre a impossibilidade de entes federados legislarem sobre atualização monetária em índices superiores ao estabelecidos pela União. Que 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 - (fls. 02 e 05 do volume da defesa).

E por fim, requer que a multa punitiva seja reduzida para o patamar estabelecido pelo TJ/RO de 50% sobre o tributo e que os encargos moratórios sejam

readequados aos índices fixados pelo STF - (fls. 06 do volume da defesa).

3 – FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Baseado na argumentação e pedido da defesa descrito no item anterior, passo à análise dos fatos trazidos aos autos:

3.1. - Em relação à alegação contida no item 2.1., em que a defesa alega o efeito confiscatório da multa aplicada e que a Constituição Federal veda que os tributos e as multas sejam aplicados de forma confiscatória. - (fls. 02 do volume da defesa).

Sobre a alegação da multa ser de efeito confiscatório, o contribuinte equivoca-se, pois a multa aplicada é especificada no artigo 77, inciso V, alínea "a", item 1 da Lei 688/96. Além disso, o artigo 90 dessa mesma lei, como o artigo 16 da Lei 4.929/2020 excluem da competência deste Tribunal a análise de inconstitucionalidade, ou a negativa de aplicação de lei ou de ato normativo emanado pelo Governo de Rondônia.

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)

V - infrações relacionadas ao crédito do ICMS: (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15) a) multa de 90% (noventa por cento):

a) multa de 90% (noventa por cento):

1. do valor do crédito fiscal apropriado indevidamente, ressalvado o disposto nas alíneas “b” e “d” deste inciso;

Art. 90. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, salvo no caso da inconstitucionalidade ter sido proclamada: (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

I - em ação direta de inconstitucionalidade; e

II - por 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.

Lei 4.929/2020:

Art. 16. Não compete ao TATE:

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.

A fixação das multas pelos fiscos estaduais, em relação ao descumprimento das obrigações tributárias referente ao ICMS, está amparada por toda uma estrutura jurídico-hierárquica estabelecida na seguinte sequência lógica:

1º) O Art. 146 da CF/88, determina que *“cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária”*;

2º) A lei nº 5172/66 (CTN), que faz às vezes dessa lei complementar prevista na CF/88, estabelece em seu artigo 97 que “*somente a lei poderá estabelecer a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nelas definidas*”.

3º) Os artigos 76 a 80, da Lei 688/96 do Estado de Rondônia, define as suas penalidades tributárias, conforme prevê o CTN.

Assim, ao contrário do que afirma a recorrente na sua defesa, **existe** na CF/88 e no CTN, como demonstrado acima, uma outorga de poder que ampara a exigibilidade de multa nos moldes como fora feito no respectivo auto de infração. Além do mais, os agentes tributários, exercem uma atividade administrativa plenamente vinculada ao que determina a lei. Essa obrigatoriedade está prevista no Parágrafo Único, do Art. 142, do CTN, sob pena de responsabilização funcional, por omissão, uma vez positivada a norma, é dever da autoridade fiscal aplicá-la, veja descrição a seguir:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Por fim, a recorrente tenta arguir a inconstitucionalidade da aplicação da multa, alegando o princípio da vedação ao confisco. Porém, existem diversos entendimentos na doutrina e na jurisprudência, segundo os quais este princípio é dirigido ao legislador, no sentido de orientá-lo na confecção das leis tributárias, evitando que ele dê ao tributo uma conotação de confisco. Por isso, o questionamento desse princípio é em relação ao valor do tributo e não em relação ao valor da multa fiscal. Essa tem embutida em seu conceito, um caráter punitivo, como uma forma de coibir a prática de infrações à legislação tributária e conseqüentemente como uma forma de disciplinar os contribuintes no atendimento às mesmas.

Com isso entendemos, que não há o que se argumentar quanto ao suposto exagero na aplicação da multa. Além disso, a Constituição Federal traz literalmente a expressão “utilizar tributo com efeito de confisco”, e não “utilizar multa (ou penalidade) com efeito de confisco”, vejamos:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

Ressaltamos que o Supremo Tribunal Federal através do RE 1.335.293 (Tema 1.195), reconheceu a repercussão geral sobre a fixação da multa tributária, vejamos:

"A matéria aqui suscitada possui densidade constitucional suficiente para o reconhecimento da existência de repercussão geral, competindo a esta Suprema Corte definir, em face do não-confisco na esfera tributária (artigo 150, IV, da Constituição Federal), parâmetros para o limite máximo do valor da multa fiscal punitiva, não qualificada pela sonegação, fraude ou conluio, especificamente os valores superiores a 100% do tributo devido, considerado percentual fixado nas legislações dos entes federados", escreveu o ministro Luiz Fux, relator da ação, conforme sítio (<https://www.conjur.com.br/2022-fev-16/stf>).

3.2. - Em relação a alegação contida no item 2.2., que desde janeiro de 2021, a legislação estadual, não há mais a cumulação de juros e correção monetária atrelada a UPF. A lei do Estado de Rondônia adequou o posicionamento do STF sobre a impossibilidade de entes federados legislarem sobre atualização monetária em índices superiores ao estabelecidos pela União. Que 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 - (fls. 02 a 05 do volume da defesa).

Em relação alegação da defesa, da não cumulação de juros e correção monetária atrelada a UPF e da solicitação de aplicação da SELIC. É importante esclarecer que o artigo 46 e 46-A a lei 688/96 do Estado de Rondônia, em vigor à época dos fatos geradores, estabelecia que o valor do crédito tributário, para efeito de atualização monetária, será convertido em quantidade de Unidades Padrão Fiscal do Estado de Rondônia – UPF/RO e que o crédito tributário, não pago até o dia fixado pela legislação tributária, exceto o decorrente de multa de mora, após atualização monetária, seria acrescido de juros de mora, não capitalizáveis, de 1% (um por cento) ao mês ou fração, norma vigente à data da ocorrência do fato gerador. Vejamos:

Redação Anterior: Art. 46. O valor do crédito tributário, para efeito de atualização monetária, será convertido em quantidade de Unidades Padrão Fiscal do Estado de Rondônia – UPF/RO, na data do vencimento, fazendo-se a reconversão em moeda corrente pelo valor daquele indexador na data do efetivo pagamento. (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

Redação original: Art. 46-A. O crédito tributário que não for pago até o dia fixado pela legislação tributária, exceto o decorrente de multa de mora, após atualização monetária nos termos do artigo 46, será acrescido de juros de mora, não capitalizáveis, de 1% (um por cento) ao mês ou fração. (AC pela Lei nº 3583, de 9 de julho de 2015 - efeitos a partir de 01/07/15)

Assim, nos termos do art. 144 do CTN, o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada, o que se deu nesse caso, em que o lançamento se reporta a fatos ocorridos em 2020 e, somente a partir da edição da Lei nº 4952/21 – com efeitos a partir de 01/02/21, como a nova redação dada ao artigo 46-A e artigo 46-B da Lei 688/96-RO, o crédito tributário será acrescido de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC e à multa de mora de 0,33% (trinta e três centésimos por cento) ao dia, limitada a 20% (vinte por cento), sobre o valor do imposto.

Artigo 144 do CTN:

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

Artigos da Lei 688/96 RO:

Art. 46. Para efeito de lançamento de multa calculada de acordo com os incisos II e III do art. 76, o valor da base de cálculo da multa será convertido em quantidade de Unidades Padrão Fiscal do estado de Rondônia - UPF/RO, na data inicial indicada no § 2º, fazendo-se a reconversão em moeda corrente pelo valor daquele indexador na data do lançamento da multa. (NR dada pela Lei 4952/21 – efeitos a partir de 1º.02.21)

Art. 46-A. O valor do crédito tributário não quitado na data do vencimento será acrescido de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento até o último dia do mês anterior ao do pagamento.

§ 1º Os juros serão de 1% (um por cento) no mês do pagamento, exceto se esse for o do vencimento original da obrigação.

§ 2º Não incidem juros sobre a multa de mora indicada no art. 46-B.

§ 3º Na inscrição em dívida ativa e no parcelamento, os juros de mora incidirão da data do vencimento do respectivo crédito tributário até o mês da inscrição em dívida ativa ou da celebração do termo de acordo de parcelamento, respectivamente, e, a partir daí, nova contagem até o mês do efetivo pagamento de cada parcela.

§ 4º Para fins de cálculo dos juros, considera-se data do vencimento das multas lançadas por meio de auto de infração aquela da lavratura do auto de infração, ressalvado o disposto no § 4º do art. 80.

Art. 46-B. O crédito tributário, quando não recolhido no prazo fixado pela

legislação tributária, fica sujeito à multa de mora de 0,33% (trinta e três centésimos por cento) ao dia, limitada a 20% (vinte por cento), sobre o valor do imposto, independentemente da lavratura de auto de infração.

No caso em análise foi aplicada a UPF até janeiro-2021 e a partir de 01/02/2021 a atualização do lançamento tributário, foi corrigido pela taxa SELIC, - correção mais os juros - até a data da autuação 25/07/2022, na forma da legislação tributária. Portanto, o contribuinte não tem razão na alegação realizada.

Na análise do processo administrativo devemos considerar o princípio da verdade material ou real, vinculado ao princípio da oficialidade, que determina que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos conforme se apresentam na realidade. Para tanto, o julgador tem o direito e o dever de analisar todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar vinculado aos aspectos considerados pelas partes envolvidas nos autos. Assim, no tocante as provas, desde que obtidas por meios lícitos, como impõe o inciso LVI do art. 5º da CF, a Administração e o contribuinte detêm liberdade plena de produzi-las.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

O sujeito passivo tem o direito a apresentar sua defesa e produzir provas em seu favor. A produção de prova é em verdade uma obrigação, pois a existência destas é fundamental para a comprovação da veracidade das alegações feitas em seu favor. Este tribunal administrativo analisa a verdade dos fatos conforme produção das respectivas provas materiais. Sendo juntadas ao processo as provas que embase e mantenha suas alegações, as mesmas devem ser consideradas e analisadas, para se chegar à verdade dos fatos.

Neste caso, é preciso levar em conta a teoria dos motivos determinantes. Esta sustenta que a validade do ato administrativo se vincula aos motivos indicados como seu fundamento. Essa teoria sustenta e motiva o ato administrativo, a validade dele depende da verdade dos motivos alegados. A defesa não questionou o mérito da ação fiscal e não apresentou motivos ou provas para ilidir a lavratura do auto de infração, por isso, este auto de infração deverá ser validado e declarado procedente.

4 – CONCLUSÃO

No uso da atribuição disposta no artigo 79, II, do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo Tributário – TATE, aprovado pelo Decreto nº 9.157, de 24 de julho de 2000 e no inciso IV do artigo 131 da Lei 688/1996 e de acordo com o previsto no artigo

15, I, da Lei 4.929 de 17 de dezembro de 2020, JULGO PROCEDENTE a ação fiscal e declaro indevido o crédito tributário no valor de R\$ 110.417,66 (Cento e dez mil, quatrocentos e dezessete reais e sessenta e seis centavos), devendo o mesmo ser atualizado na data do efetivo pagamento.

5 – ORDEM DE INTIMAÇÃO

De acordo com o inciso V e parágrafo único do artigo 131, com o artigo 134 e artigo 146 da Lei 688/96, fica o sujeito passivo intimado a recolher o crédito tributário no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência deste, garantindo 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, 27/01/2023 .

A. B. V. J. AFTE Cad.

3000*** JULGADOR DE 1ª**

INSTÂNCIA