



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

SUJEITO PASSIVO: FRUTAL INDUSTRIA E COMERCIO LTDA

ENDEREÇO:

PAT Nº: 20212702600004

DATA DA AUTUAÇÃO: 27/12/2021

CAD/CNPJ:

CAD/ICMS:

DECISÃO PROCEDENTE Nº: 2023/1/1099/TATE/SEFIN

1. Apropriar-se indevidamente de crédito fiscal. 2. Defesa. 3. Infração não ilidida. 4. Ação fiscal procedente. l 77, V, A, 1.

1 - RELATÓRIO

Conforme indicado na peça básica, a autuação decorreu da constatação de que o sujeito passivo apropriou-se indevidamente de créditos fiscais presumidos durante o exercício de 2016.

As informações dos valores considerados não pagos foram tabuladas pelo autuante na “PLANILHA DE CÁLCULO PROLEITE NÃO PAGO E CRÉDITO PRESUMIDO ANO 2016”.

A situação descrita, segundo o autuante, agride ao disposto no art. 2º e 4º, inciso III, alínea “b” e parágrafo 4º do Decreto 12.988/2007, c/c item 6 da Tabela I do Anexo IV do RICMS/RO,

aplicando-se a penalidade prevista no artigo 77, inciso V, alínea “a”, item “1” da Lei 688/96.

A ciência da autuação foi feita com sucesso via DET em 29/12/2021 (fl. 107).

Na sequência, o sujeito passivo apresentou tempestivamente sua defesa (fls.110) protocolada também via DET.

É o breve relatório.

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

Tributo ICMS	R\$ 359.792,55
Multa	R\$ 489.086,56
Juros	R\$ 817,75
Atualização Monetária	R\$ 183.637,05
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 1.033.333,91

2 - DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

Em sua defesa, o sujeito passivo alega, em breve resumo:

- 1) Que tem direito à remissão do crédito tributário, em função da edição da Lei Ordinária Estadual nº 4930 de 2020, da Lei Complementar 160 de 07/08/2017, combinada com o Convênio 190 de 15/12/2017
- 2) Que houve impedimento legal dos autuantes por ausência de DFE, onde o sujeito passivo entende que o auto de infração foi emitido após a data de conclusão já prorrogada da DFE;
- 3) Que houve extrapolação dos limites da DFE pois faltou uma DSF específica e que os agentes fiscais eram incompetentes para o trabalho;
- 4) Que faltou intimação previa do fisco para regularizar a pendência;
- 5) Que a ação fiscal, bem como o auto de infração são precários, por falta clareza e objetividade na descrição da autuação, quanto `a distinção entre a contribuição do PROLEITE devida para aceso ao benefício do CONDER e do incentivo do item 6 da Tabela I do Anexo IV do RICMSRO
- 6) Que foram incluídas no cálculo da autuação, notas fiscais de transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, bem como saídas internas onde ambas não deveriam estar inclusas na base de cálculo

- 7) Que já houve decadência do direito da fazenda pública constitui o crédito devido;
- 8) Que houve erro de cálculo do auto de infração quanto ao faturamento total da empresa
- 9) Que a aplicação da penalidade está equivocada e entende pelo histórico das decisões do TATE adotam o art. 77, parágrafo 1º inciso III para esses casos ou do art. 77, inciso V, alínea “d”.
- 10) Que foi feita a redução indevida pelo autuante do crédito presumido, tendo em vista que tal situação somente seria possível, caso o sujeito passivo não providenciasse o pagamento após ter sido notificado;
- 11) Que não foi feito o reconhecimento do crédito das entradas relativas ao percentual excluído do crédito presumido

Conclui pelo pedido preliminar de nulidade e improcedência no mérito, listando os motivos abaixo de cada pedido, respectivamente.

3 - FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO

Vejamos inicialmente o que nos diz o Decreto 12.988 de 13/07/2007 que trata de incentivos tributários a estabelecimentos industriais em implantação ou em expansão de suas atividades, localizados em Rondônia à época dos fatos:

“art. 2º - O incentivo tributário concedido, nos termos da Lei 1.558 de 26 de dezembro de 2005, consiste na outorga de crédito presumido de 85% (oitenta e cinco por cento) do valor:

I - Do ICMS devido por estabelecimentos industriais dispensados de apresentação de projeto;

II - do ICMS debitado no período, no caso de projeto de implantação;

III - da parcela do ICMS a recolher, incrementada no período em função do projeto, no caso de ampliação ou modernização.

§ 1º Para efeitos deste regulamento considera-se:

I - projeto de implantação, aquele que objetiva a introdução de:

a) uma nova unidade produtora no mercado; ou

b) diversificação do programa de produção original para empresas industriais já em atividade.

II - projeto de ampliação, aquele que objetiva elevar a capacidade nominal instalada da unidade produtora existente, com ou sem diversificação do programa de produção original;

III - projeto de modernização, aquele que objetiva a elevação da produtividade e/ou da melhoria de qualidade, aumentando o grau de competitividade dos bens produzidos, com a introdução de progresso tecnológico;

IV - investimentos fixos, os gastos realizados com máquinas, equipamentos, instalações e obras de infra-estrutura, inclusive construções, destinados, exclusivamente, à produção agroindustrial industrial, excluídos terrenos, veículos de passageiros e caminhonetes;

V - agroindústria, qualquer atividade econômica que agregue valor a produtos provenientes de explorações agrícolas, pecuárias, pesqueiras, aquícolas, extrativistas e florestais, compreendendo os processos mais complexos que incluem operações de

transformação física, química ou biológica;

§ 2º Ao estabelecimento industrial referido no inciso I do "caput" é vedado o aproveitamento de outros créditos relativos à entrada de mercadorias, bens ou serviços, inclusive os concedidos por lei de incentivo fiscal.

§ 3º É vedada a apropriação de qualquer outro crédito fiscal ao beneficiário do incentivo tributário na hipótese do inciso II do "caput", exceto aquele admitido na Legislação Tributária, decorrente da aquisição de máquinas e equipamentos industriais para composição do ativo imobilizado e o referente à devolução de venda de produto industrializado no estabelecimento, constante no projeto aprovado pelo CONDER.

§ 4º A apropriação do crédito fiscal referente à devolução de venda de produto industrializado de que trata o § 3º fica limitada à diferença do valor do imposto destacado na nota fiscal e o percentual do crédito presumido concedido na respectiva operação de venda.

§ 5º Na hipótese do inciso II do "caput", o crédito presumido não será utilizado quando o total de débitos do ICMS no período de apuração for igual ou inferior aos valores dos créditos fiscais existentes, relativos à aquisição de ativo imobilizado e à devolução de venda de produto industrializado no estabelecimento de que trata o § 3º

§ 6º A base de cálculo para aplicação do percentual do crédito presumido concedido, na hipótese do inciso II do "caput", será o saldo devedor resultante da diferença entre o total de débitos do ICMS no período e o valor do crédito fiscal existente, relativo à aquisição de ativo imobilizado e devolução de venda de produto industrializado no estabelecimento de que trata o § 3º. (Redação dada ao parágrafo pelo Decreto nº 13.828, de 19.09.2008, DOE RO de 22.09.2008)

§ 7º O valor de crédito presumido, na hipótese do inciso III do "caput", será aplicado sobre o valor da parcela do ICMS a recolher, apurada antes da aplicação do incentivo tributário, depois de subtraída a média mensal corrigida de imposto devido no período anterior à implementação do processo produtivo do projeto, calculada na forma do § 8º

§ 8º A média mensal de imposto devido no período anterior à implementação do processo produtivo do projeto de incentivo será obtida pela divisão do total de imposto devido, corrigido, conforme extraído da Escrituração Fiscal Digital - EFD, desde o início das atividades do empreendimento, pelo número de meses durante os quais a atividade foi desenvolvida, limitando essa apuração ao período máximo de 12 (doze) meses anteriores à implementação do projeto incentivado. (Redação do parágrafo dada pelo Decreto Nº 23708 DE 01/03/2019).

§ 9º Para fins de correção do imposto previsto nos §§ 7º e 8º, será utilizada Unidade Padrão Fiscal do Estado de Rondônia - UPF/RO.

§ 10. A média mensal estipulada nos termos dos §§ 7º e 8º continuará sendo corrigida pela UPF/RO para o fim de determinar o valor do imposto sobre o qual será aplicado o crédito presumido nos exercícios seguintes.

§ 11. No caso em que o ICMS a recolher no período seja inferior à média estipulada nos §§ 7º e 8º, o beneficiário não terá direito ao incentivo.

§ 12. Para efeito de cálculo, não se inclui o imposto devido por substituição tributária nas operações subseqüentes, nos seguintes casos:

- I - no ICMS devido de que trata o inciso VII, do § 1º;*
- II - no ICMS debitado no período de que trata o inciso VIII, do § 1º;*
- III - no ICMS a recolher de que trata o inciso IX, do § 1º;*
- IV - na média mensal corrigida do imposto devido prevista no § 8º*

§ 13. Excluem-se das operações próprias de saídas, referidas no inciso VIII deste artigo, aquelas resultantes de industrialização efetuada para outra empresa. (Parágrafo acrescentado pelo Decreto nº 13.282, de 23.11.2007, DOE RO de 28.11.2007, com efeitos a partir de 01.09.2007).

§ 14. Para fins de pagamento do ICMS diferencial de alíquotas devido na aquisição interestadual de ativo imobilizado e material de uso ou consumo do estabelecimento industrial incentivado, deverá ser utilizado o percentual de crédito presumido do enquadramento do projeto, ficando dispensado, para as operações deste parágrafo, o escalonamento previsto no § 1º-A do artigo 13. (Parágrafo acrescentado pelo Decreto Nº 21502 DE 21/12/2016).

Art. 3º O benefício a ser concedido, na hipótese dos incisos II e III do artigo 2º, quando da instalação de filial de empresa já estabelecida no estado de Rondônia será:

I - na modalidade de implantação, quando no grupo não houver unidade industrial ou agroindustrial;

II - na modalidade de ampliação, quando no grupo houver uma ou mais unidades industriais ou agroindustriais não beneficiadas pelo incentivo tributário;

III - na mesma modalidade das demais unidades, quando no grupo houver unidades industriais ou agroindustriais beneficiadas pelo incentivo tributário.

§ 1º Na hipótese do inciso II do "caput", considerar-se-á o somatório do ICMS devido pelas unidades já instaladas quando da apuração da média mensal do imposto devido prevista nos §§ 7º ao 10 do artigo 2º.

§ 2º Na hipótese do inciso III do "caput", quando o benefício for concedido na modalidade de ampliação, será utilizada para o conjunto de unidades da empresa o valor da média mensal apurada para as unidades beneficiadas antes da instalação da filial.

§ 3º Na hipótese do inciso II do "caput", o benefício poderá ser estendido também à matriz, quando se tratar de empreendimento agroindustrial que utilize, no processo produtivo, 90% (noventa por cento) ou mais de produto agrícola de origem regional.

§ 4º O pedido de extensão do benefício fiscal para a matriz será instruído com requerimento ao CONDER e entregue na CONSIT ou na repartição do Fisco Estadual do domicílio tributário do beneficiário.

§ 5º O CONDER poderá conceder a extensão do benefício para a matriz, após manifestação expressa da CONSIT e da CONSIC.

Art. 4º A fruição do incentivo tributário de que trata este Decreto condiciona-se a que o contribuinte:

I - não possua nenhum débito vencido e não pago relativo a tributos administrados pela Coordenadoria da Receita Estadual;

II - seja indicado em ato concessório do CONDER;

III - recolha mensalmente através de DARE, na forma prevista no inciso XI do artigo 24: (Redação dada pelo Decreto Nº 21502 DE 21/12/2016).

.....

b) 0,7 % (sete décimos por cento) sobre o faturamento total para o Programa PROLEITE da Secretaria de Estado da Agricultura, Pecuária e Regularização Fundiária, quando se tratar de estabelecimento cuja atividade principal seja a indicada no inciso II do artigo 1º; e (Redação dada à alínea pelo Decreto nº 15.224, de 28.06.2010, DOE RO de 29.07.2010)

Pelo que vimos acima, para usufruto do incentivo fiscal de redução em 85% do ICMS devido na implantação, é necessário, dentre outras condicionantes, o pagamento de 0,7% sobre o faturamento total para o programa PROLEITE.

Originalmente, o sujeito passivo também teria uma redução de 75% do imposto devido na operação, não sendo cumulativo, por atuar como laticínio, conforme previsto no que fala sobre o benefício fiscal do crédito presumo específico para empresas de laticínio:

“De 75% (setenta e cinco por cento) do valor do imposto devido pelas saídas interestaduais de produtos resultantes da industrialização do leite no Estado de Rondônia.

Nota 1. O benefício só se aplica às operações promovidas pelo estabelecimento que industrializou a mercadoria.

Nota 2. A opção pelo benefício implica a vedação do aproveitamento de outros créditos relativos à entrada de mercadorias, bens ou serviços, inclusive os concedidos por Lei de Incentivo Fiscal.

Nota 3. O disposto neste item fica condicionado a que o contribuinte:

I - não possua débito vencido e não pago relativo a tributos administrados pela CRE;

II - recolha, até o 15º (décimo quinto) dia do mês subsequente ao da saída dos produtos beneficiados, 0,7 % (sete décimos por cento) sobre o faturamento total para o Fundo do PROLEITE, para investimento no Programa PROLEITE da SEAGRI.

Nota 4. Considera-se faturamento total, para os efeitos do disposto neste item, o referente às saídas interestaduais da produção própria do estabelecimento industrial, deduzindo-se:

I - as saídas sujeitas à suspensão do pagamento do imposto;

II - as vendas canceladas, devoluções de vendas e os descontos incondicionais concedidos;

III - remessa e retorno simbólico para depósito fechado e ou armazém geral, ainda que sediado em outra unidade da Federação;

IV - o valor das saídas interestaduais da produção própria do estabelecimento industrial dos produtos descritos no Item 07, quando já alcançado pela contribuição ao PROLEITE.

Nota 5. Sobre os recolhimentos em atraso para o Fundo do PROLEITE, após a atualização monetária, incidirão os juros e a multa de mora, conforme disciplinado na legislação do ICMS.

Ao nos debruçarmos nos trabalhos realizados pelo autuante, constatamos que o sujeito passivo não fez o recolhimento dos 0,70% do faturamento total que é a condicionante para usufruto do benefício fiscal, conforme previsto na nota 3 do Anexo IV do RICMSRO, na parte 2, item 4, como também no art. 4º, inciso III, alínea “b” do Decreto 12.988 de 13/07/2007.

O sujeito passivo em sua defesa, não entra no mérito sobre o não recolhimento devido dos 0,70% para o PROLEITE e atacou outros pontos que iremos analisar na sequência.

Sendo assim, entendo que em um primeiro momento, ficou demonstrado que não foi cumprida a condicionante do recolhimento de 0,70% do faturamento total para o PROLEITE, logo, o valor a ser recolhido, vai para a regra normal do imposto, conforme descrito no art. 5º do RICMS que nos diz:

“Art. 5º. As isenções, incentivos e benefícios do imposto serão concedidos e revogados mediante deliberação com os demais Estados, nos termos da alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do artigo 155 da Constituição Federal. (Lei 688/96, art. 4º)

Parágrafo único. O diferimento, as isenções, os incentivos e os benefícios fiscais relativos ao imposto ficam condicionados à regularidade na emissão e escrituração de documentos e livros fiscais e, quando devido, ao recolhimento do imposto nos prazos previstos na legislação tributária. (Lei 688/96, art. 4º, § 1º)”

Passaremos agora a analisar todos os argumentos de defesa apresentados pelo sujeito passivo, para que possamos verificar se existe alguma nulidade ou mesmo improcedência na autuação que possa afastar o descumprimento da legislação.

I - Sobre a existência de direito à remissão do crédito tributário apurado na autuação, em função da edição da Lei Complementar 160 de 07/08/2017, combinada com o Convênio 190 de 15/12/2017

Importante alinhar inicialmente que todos os benefícios fiscais concedidos sem a anuência das demais unidades federadas (sem CONFAZ), foram constitucionalizados com a edição da Lei Complementar n° 160, de 07/08/2017 e do Convênio ICMS 190/17 de 15/12/2017, sendo em seguida recepcionados em Rondônia pela Lei Estadual N° 4.930 de 17/12/2020.

Assim, todos os Estados criaram suas leis para que fossem remidos os créditos tributários lançados para seus contribuintes, que teriam feito uso desses benefícios até então inconstitucionais.

Sobre a situação em análise, não houve questionamento de um benefício fiscal concedido anteriormente em desacordo com outras unidades federativas em sua origem. Os exemplos dados pelo sujeito passivo como casos de remissão reconhecidos por este Tribunal, não tem relação com esse caso concreto.

Nesta autuação ora analisada, estamos falando de benefício concedido regularmente, mas que não foram cumpridas as condicionantes definidas na sua concessão para usufruto do benefício.

Ou seja, o recolhimento de 0,7% do faturamento para o PROLEITE, já considerando todas as deduções previstas nessa base de cálculo.

Como dito antes, o sujeito passivo não enfrentou essa questão do valor não recolhido da forma prevista.

Sendo assim, o uso indevido do benefício dado pelo não cumprimento das condicionantes, pelas razões acima explicadas, não tem relação alguma com o argumento da remissão utilizado na defesa do sujeito passivo com base na Lei Complementar n° 160, de 07/08/2017 e do Convênio ICMS 190/17 de 15/12/2017.

II – Sobre haver impedimento legal dos autuantes por ausência de DFE, onde o sujeito passivo entende que o auto de infração foi emitido após a data de conclusão já prorrogada da DFE

Vejam os que a Instrução Normativa 11/2008 no diz sobre os prazos para execução da DFE e sua prorrogações:

Art. 9º A Designação de Fiscalização de Estabelecimento (DFE) e a Designação de Serviço Fiscal (DSF) terão prazo de até 60 (sessenta) dias para sua execução.

.....

§ 2º A contagem do prazo para execução da Designação de Fiscalização de Estabelecimento (DFE) far-se-á:

I - a partir da data de sua ciência pelo contribuinte/responsável;

II - a partir da data da lavratura do termo de início do procedimento, independentemente de sua ciência pelo sujeito passivo, quando:

a) o procedimento fiscal não envolver a visita a estabelecimento; ou

b) o procedimento fiscal não possuir sujeito passivo específico; ou

c) o sujeito passivo não for encontrado no endereço indicado no CAD/ICMS-RO e não for possível a sua localização.

Art. 10. O prazo de que trata o artigo 9º poderá ser prorrogado pela autoridade outorgante, a seu critério, tantas vezes quantas

necessárias, por período igual ou inferior ao prazo inicialmente estipulado, mediante solicitação devidamente justificada pelo AFTE designado.

.....

§ 3º O prazo da prorrogação de que trata este artigo, contar-se-á a partir do dia imediatamente seguinte àquele em que se encerrou o prazo anterior para conclusão da Designação de Fiscalização de Estabelecimento (DFE) ou da Designação de Serviço Fiscal (DSF), observado o disposto no artigo 11. Nota: Acrescentado pela IN 009/09 – efeitos a partir de 03.04.09.

Art. 11. Os prazos a que se referem os artigos 9º e 10 serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento.

Art. 12. As designações se encerram:

I - pela conclusão do procedimento fiscal:

a) na data da ciência pessoal do sujeito passivo, registrado no “termo de encerramento de fiscalização e ciência do contribuinte/responsável”, conforme modelo no Anexo IV; ou

.....

II - pelo decurso dos prazos a que se referem os artigos 9º e 10, sem que ocorra a sua prorrogação.

§ 1º A hipótese de que trata o inciso II não implica nulidade dos atos praticados, podendo a autoridade responsável pela emissão da designação extinta determinar a emissão de nova designação para a conclusão do procedimento fiscal.

Ao analisarmos a documentação que embasou a fiscalização do sujeito passivo, constatamos que a DFE foi emitida dia 01/06/2021 pela gerência de fiscalização (fl. 08).

E que a intimação do início da fiscalização junto ao sujeito passivo foi dada via DET com a ciência do mesmo em 05/08/2021 (fl. 09 a 12). Essa é a data inicial de contagem dos 60 dias de prazo para conclusão dos trabalhos.

Logo, seguindo o que a legislação determinada, a data de conclusão dos trabalhos deveria ser 04/10/2021.

No entanto, foi solicitado pelo autuante a prorrogação da D.F.E apenas no dia 21/10/2021, já depois de vencido o prazo para conclusão dos trabalhos a mais de 2 semanas, sendo deferido o pedido para início de contagem no dia 03/11/2021 até o dia 03/01/2021, sendo feito o encerramento da fiscalização antes disso, no dia 28/12/2021, conforme notificação DET nr. 12919866.

A DFE ficou vencida entre o dia 05/10/2021 a 02/11/2021, no entanto, a ação fiscal foi convalidada pela Gerência de fiscalização, após despacho para saneamento, não permanecendo mais nenhum vício na origem da fiscalização, não sendo motivo de nulidade da ação fiscal.

III - Que houve extrapolação dos limites da DFE pois faltou uma DSF específica e que os agentes fiscais eram incompetentes para o trabalho

A DFE foi emitida com o fim específica de levantar-se a conta gráfica do sujeito passivo, ou seja, verificar todos os lançamentos de documentos fiscais de entrada e saída, com as suas respectivas naturezas de operação, refazendo o valor devido de recolhimento do imposto.

No entanto, para conclusão do objetivo da auditoria, é obrigatório que se confira essas informações de movimentação fiscal e pagamento realizado em outras fontes de dados como arquivos EFD, conta corrente, sistema fronteira de trânsito de mercadorias, a fim de encontrar a verdade material do efetivo cumprimento da obrigação tributária principal e/ou acessória, do período determinado a ser fiscalizado.

Tudo isso está previsto na competência da DFE, divergindo do entendimento apresentado na defesa do sujeito passivo, senão vejamos o que o art. 5º da IN 11/2008 nos diz:

“Art. 5º A Designação de Fiscalização de Estabelecimento (DFE) será obrigatória para a realização de auditorias fiscais, compreendendo as seguintes modalidades, entre outras:

I – auditoria geral, abrangendo todos os aspectos da escrita fiscal e contábil do contribuinte num determinado período;

II – auditoria parcial ou específica, abrangendo apenas uma parte da escrita fiscal ou contábil do contribuinte, com objetivos específicos, tais como:

a) auditoria de disponibilidades, compreendendo o exame da Conta Caixa;

b) auditoria de estoques, compreendendo o levantamento físico-quantitativo, controles específicos e a Conta Mercadorias;

c) auditoria da conta gráfica do ICMS;

d) auditoria da conta de fornecedores;

e) auditoria do ativo fixo.

III – auditoria complementar, determinada com a finalidade de corrigir erros ou esclarecer situações não abrangidas por ação fiscal já realizada.

IV – auditoria para garantia do crédito tributário, determinada com a finalidade de viabilizar meios de assegurar o direito do Estado, enquanto sujeito ativo, e de dar eficácia ao cumprimento da obrigação tributária pelo sujeito passivo.

Sobre o argumento de que os agentes fiscais que não trabalhavam na CONSIT, não teriam competência para fiscalização das empresas detentoras do benefício fiscal, entendo que não deve prosperar.

O art. 20 do Decreto 12.988 de 13/07/2007 não diz que compete EXCLUSIVAMENTE os trabalhos de fiscalização nas empresas detentoras de benefício fiscal aos servidores lotados na CONSIT, se não vejamos:

“Art. 20. À Coordenadoria Consultiva de Incentivo Tributário - CONSIT compete:”

De qualquer forma, toda atividade de fiscalização e lançamento de imposto e multa é privativa por lei ao cargo de Auditor Fiscal, independentemente de onde esteja lotado, conforme podemos verificar em alguns incisos listados da Lei 1.052/2022, art. 27º, se não vejamos:

“Art. 27. São atribuições privativas dos Auditores Fiscais de Tributos Estaduais, sem prejuízos de outras, as seguintes:

I - programar e executar atividades de natureza complexa e qualificada de fiscalização da tributação e arrecadação de tributos estaduais;

III - fiscalizar estabelecimentos comerciais, industriais, extratores, produtores e prestadores de serviços, onde se efetuem operações de produção, extração, industrialização e comercialização, bem como prestações de serviços sujeitos aos Tributos Estaduais;

VI - lavrar e assinar Auto de Infração, Termo de Apreensão e demais documentos correlatos;

VII - constituir créditos tributários através de Processos Administrativo Tributários;

VIII - contra-arrazoar impugnações interpostas em Autos de Infração;

X - proceder levantamentos técnicos específicos, para obtenção de índices e/ou outro fim subsidiário à ação fiscal;

XIII - examinar a regularidade de lançamento e recolhimento de Tributos Estaduais, incluindo o cumprimento de obrigações acessórias, e verificar a regularidade de lançamento e recolhimento de tributos federais, caso haja delegação respectiva;
XVI - verificar o cumprimento das obrigações tributárias por parte dos contribuintes ou responsáveis, com ou sem estabelecimento, inscritas ou não, relativos a qualquer tributo estadual;
XXX – realizar os demais procedimentos de auditoria. (AC pela Lei 1892, de 30.04.08 – efeitos a partir de 02.05.08)”

Logo, não há que se prosperar a alegação de que o autuante seja incompetente para a fiscalização do sujeito passivo. Por ser um trabalho sensível ao contribuinte que envolve aplicação de penalidade, recolhimento de imposto compulsório, dentre outras situações, é costumeiro que as demandas de execução de fiscalizações pontuais, sejam executadas preferencialmente por auditores fiscais lotados em setores ou regionais diversos do sujeito passivo.

IV – Sobre a suposta falta de intimação previa do fisco para regularizar a pendência

Não temos como analisar nos documentos apresentados nos autos pelo autuante, se houve antes do encaminhamento da DFE alguma notificação ao sujeito passivo, para que fosse feito o ajuste no recolhimento do imposto de forma espontânea.

O Fiskonforme, previsto no decreto 23.856 de 25/04/2019, foi criado para melhorar os controles relativos à atividade de monitoração dos contribuintes do ICMS.

São feitas verificações automatizadas das declarações prestadas pelo contribuinte, cruzando dados com outros sistemas administrados pela SEFIN, para apurar indícios de irregularidades ou de não conformidade com a legislação tributária estadual e incentivar o cumprimento espontâneo das obrigações tributárias principais e acessórias, por meio da autorregularização.

No entanto, a automação desses cruzamentos não abrange 100% das atividades de fiscalização. A cada novo período, com a dinâmica do processo de aprendizagem, se criam controles e cruzamentos automatizados, mas, muitas vezes, nasceram depois da atividade manual de fiscalização.

Importante fazer uma ressalva que a automatização não substitui a análise manual da autoridade fiscal que pode identificar determinadas operações irregulares que até então nas automatizações não foram detectadas.

Somente após essas novas experiências é que é possível incluir as novas automações no fiskonforme.

Por isso que a legislação tributária manteve a lógica de que o cumprimento da obrigação tributária principal ou acessória por parte do contribuinte, independe de haver apontamento anterior de alguma irregularidade pelo fiskonforme.

Basta analisarmos o art. 2º do decreto 23.856 de 25/04/2019 do FISCONFORME que diz que “*os indícios de irregularidades ou de não conformidades detectados pelo Sistema Fiskonforme PODERÃO ser disponibilizados ao contribuinte, por meio da notificação de pendência, na área de serviços on-line do sítio eletrônico da SEFIN, no Portal do Contribuinte, PODENDO, inclusive, conter informações analíticas das inconsistências apontadas, conforme definido em ato do Coordenador Geral da Receita Estadual.*”

Se a validade de uma ação fiscal fosse condicionada a alguma ação anterior do FISCONEFORME, o texto legal seria DEVERÃO e não PODERÃO não é verdade?

Ao final, entendemos que a falta de notificação pelo fiscoforme, caso tenha realmente não sido feita antes de iniciada a fiscalização, não é motivo de nulidade da ação fiscal.

V – Sobre a precariedade da ação fiscal por falta clareza e objetividade na descrição da autuação, quanto à distinção entre a contribuição do PROLEITE devida para acesso ao benefício do CONDER e do incentivo do item 6 da Tabela I do Anexo IV do RICMSRO

A descrição da autuação diz que “o sujeito passivo acima identificado, apropriou crédito presumido de ICMS indevidamente conforme demonstrado na “PLANILHA DE CÁLCULO PRÓLEITE NÃO PAGO E CRÉDITO DE PRESUMIDO ANO 2016” em anexo, contrariando o decreto 12.988/2007 e Tabela I do Anexo IV do RICMSRO”

Além dessa informação na descrição da autuação, o autuante anexou de forma complementar o seu relatório circunstanciado.

Em seguida, foi anexado um segundo relatório de nome “MANIFESTAÇÃO FISCAL” onde o autuante coloca, dentre outros pontos, uma explicação mais pedagógica da memória de cálculo da autuação, pegando como exemplo o mês de Maio de 2016 na PLANILHA DE CÁLCULO PRÓLEITE NÃO PAGO E CRÉDITO DE PRESUMIDO ANO 2016 de forma que foi possível compreender em definitivo que o sujeito passivo não cumpriu com o recolhimento mínimo de 0,70% do seu faturamento total, já desconsiderando aí as notas fiscais que não fazem parte da base de cálculo, bem como a definição do crédito presumido.

Sendo assim, não é aderente a alegação do sujeito passivo que falte clareza e objetividade tanto na descrição da autuação, como nos conteúdos complementares disponíveis nos autos, podendo exercer tranquilamente o seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

VI – Sobre a inclusão de notas fiscais de transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, bem como saídas internas onde ambas não deveriam estar inclusas na base de cálculo

O sujeito passivo alega em sua defesa que “o auto não fez a devida dedução de notas que não se tratam de faturamento, à toda evidência, a exemplo de transferências entre estabelecimentos da própria empresa (CFOP 6151) e remessa/devolução (CFOP 6912)”. No entanto, não apontou de forma objetiva qual seria essa nota fiscal na planilha de cálculo da autuação.

Procuramos dentro da planilha elaborada pelo autuante, alguma nota fiscal com destino a filiais, ou que fossem canceladas, bem como quaisquer outras situações que pudessem ser desconsideradas na autuação.

No entanto, constatamos que todas as operações ali demonstradas, se trata de saída de mercadorias para venda fora do estado de Rondônia, não havendo embasamento algum para o argumento apresentado pela defesa.

VII – Sobre a decadência do direito da fazenda pública constitui o crédito devido

O sujeito passivo foi notificado (notificação nº 1161660) pelo fisco a apresentar sua escrituração que tinha sido feita SEM MOVIMENTO.

No entanto, após ter sido notificado, providenciou novas declarações em sua EFD em 11/05/2021 referente ao exercício de 2016, agora com movimento.

Então, entendo que realmente houve simulação no primeiro momento antes da notificação, que resultou no não recolhimento ao programa PROLEITE da forma condicionada no benefício fiscal, perdendo inclusive ao direito da denúncia espontânea por já estar em fase de fiscalização.

Neste caso de simulação, segundo o art. 150, parágrafo 4º do CTN, a contagem da decadência de 5 anos do fato gerador não se aplica.

Entendo que a contagem do prazo da decadência a ser considerada é a prevista no art. 173, inciso I do CTN, que considera iniciada somente a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Nesse caso, como o lançamento não foi feito no exercício de 2016, o prazo deve ser contado a partir do dia 01/01/2017, que terminaria então no dia 01/01/2022.

A ciência da autuação foi feita em 27/12/2021 pelo DET com sucesso, antes de ter sido encerrado esse prazo.

Logo, entendemos que o direito ao crédito pelo fisco estadual não decaiu, devendo ser desconsiderada a argumentação do sujeito passivo.

VIII - Sobre erro de cálculo do auto de infração quanto ao faturamento total da empresa

Toda a memória de cálculo da autuação já foi disponibilizada nos autos e já foi superado esse questionamento de erro de cálculo, tendo em vista que não houve apontamento por parte do sujeito passivo aonde exatamente houve esse erro, já que a planilha lista 100% dos e documentos fiscais que faz parte da base de cálculo.

IX – Sobre a aplicação equivocada da penalidade. Entende pelo histórico das decisões do TATE adotam o art. 77, parágrafo 1º inciso III para esses casos ou do art. 77, inciso V, alínea “d”

A descrição da infração e as provas apenas aos autos nos trazem a certeza de que não foi recolhido o valor de 0,70% ao programa PROLEITE em cima do faturamento total do sujeito passivo.

Logo, ao não atender à condicionante do benefício fiscal do crédito presumido, se torna obrigado a fazer o recolhimento normal sem o crédito presumido.

Nesse caso, quando o sujeito passivo se apropria do crédito presumido, o faz indevidamente, devendo ser aplicada a penalidade do art. 77, inciso V, alínea “a”, item 1 da Lei 688/96, não devendo prosperar a alegação do sujeito passivo de que houve aplicação errada da penalidade.

X – Sobre a redução indevida pelo autuante do crédito presumido, tendo em vista que tal situação somente seria possível, caso o sujeito passivo não providenciasse o pagamento após ter sido notificado

Pelo que foi levantado na autuação, o sujeito passivo não demonstrou nos autos ter cumprido a condicionante prevista na concessão do benefício fiscal. Logo, não se pode considerar também como devido o recolhimento feito com o reconhecimento do crédito presumido no período.

XI – Sobre o não reconhecimento do crédito das entradas relativas ao percentual excluído do crédito presumido

Sobre esse ponto, o sujeito passivo não apresentou nos autos, quais seriam esses créditos a serem considerados sobre o recolhimento sem o benefício fiscal, não podendo alterar nesse julgamento o valor lançado pela autuação.

No entanto, caso seja mantida até o fim das fases de julgamento no TATE esse valor do lançamento sem o crédito presumido, entendo que seja possível se apropriar dos supostos créditos fiscais de entrada em sua EFD, para compensar o imposto a recolher em futuras operações, sem que haja assim, quaisquer prejuízos ao sujeito passivo.

Ao final da análise de todos os argumentos apresentados pela defesa, não encontramos nenhum que pudesse afastar a materialização da infração nos autos, bem como da aplicação da penalidade prevista para o caso concreto, devendo ser considerada a ação fiscal PROCEDENTE.

Crédito Tributário Devido

Tributo ICMS	R\$ 359.792,55
Multa	R\$ 489.086,56
Juros	R\$ 817,75
Atualização Monetária	R\$ 183.637,05
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 1.033.333,91

4 - CONCLUSÃO

De acordo com o previsto no artigo 12, I, da Lei nº 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 **DECLARO DEVIDO** o crédito tributário de **R\$ 1.033.333,91** , devendo o mesmo ser atualizado na data do efetivo pagamento.

5 - ORDEM DE INTIMAÇÃO

Fica o sujeito passivo intimado a recolher o crédito 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 conseqüente execução fiscal.

Porto Velho (RO), 29/10/2023 .

DANIEL GLAUCIO GOMES DE OLIVEIRA

AFTE Cad.

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

DANIEL

Auditor Fiscal,

, Data: **29/10/2023**, às **23:8**.

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