



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

**SUJEITO PASSIVO:** ARGAFORTE INDUSTRIA E COMERCIO DE ARGAMASSA LTDA

**ENDEREÇO:**

**PAT Nº:** 20232800400003

**DATA DA AUTUAÇÃO:** 14/06/2023

**CAD/CNPJ:**

**CAD/ICMS:** 00000000904082

**DECISÃO PARCIAL Nº: 2023/1/301/TATE/SEFIN**

1. Levantamento Fiscal. 2. Registro de vendas com valores subfaturados, sujeitas ao ICMS-ST. 3. Deixou de recolher ICMS-ST. 4. Infração: 77, IV, “a-1” de lei 688/96. 5. Responsabilidade solidária mantida. 6. Com defesa. 7. Infração parcialmente lidada. 8. Auto de Infração parcial procedente.

**1 - RELATÓRIO**

Aditamento do auto de infração nº 20212700400055 de 26/11/2021. Constando descrito na peça básica que o sujeito passivo promoveu vendas com valores subfaturados no período de 01-01-2020 a 31-12-2020. Trata-se de produtos relacionados a NCM/SH constantes do Anexo VI, Parte 2, da Tabela XI, do RICMS/RO – Dec. 22721/18. Infração capitulada nos artigos 5º; 9º; 12; 14 e 28 c/c Parte 2, Tabela XI, itens 2, 3 e 4, do Anexo VI, todos do RICMS/RO – Dec. 22721/18, com penalidade aplicada de acordo com o Art. 77, IV, “a-1” da Lei 688/96.

A composição do crédito tributário.

AI 20232800500003 - Argaforte Ind e Com de Argamassas Ltda Ltda

ICMS	R\$ 60.446,75
MULTA 90% DO VALOR DO IMPOSTO CORRIGIDO	R\$ 78.104,63
JUROS - SELIC	R\$ 20.935,07
ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA	R\$ 13.550,29
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 173.036,74

Origem da ação fiscal DFE nº 20212500400026 de 16/06/2021 (fl. 13 do PAT 20212700400055 de 26/11/2021).

Ação fiscal iniciada em razão de despacho para Aditamento do auto de infração 20212700400055 de 26/11/21. Auto de infração lavrado em 14/06/23, notificado ao sujeito passivo em 16/06/2023 (DET 13754232), fls. 06 e 07. Apresentou defesa tempestiva em 13/07/2023.

## 2 - DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

- Argumenta a defesa que foi impossibilitado acesso ao conteúdo do processo, ocorrendo, patente cerceamento de defesa, especialmente, das planilhas de cálculo do crédito tributário a comprovar a materialidade da exigência fiscal, ainda que, constando no relatório fiscal de notificação incluindo na mídia eletrônica, esta, foi insuficiente para análise da motivação e materialidade da infração cometida, pela ausência do demonstrativo de cálculo do subfaturamento em 2020. Alega que, não consta nos autos notificação da ação de aditamento em face do contribuinte defendente. Assim, a defesa compreende que pela ausência de informações sobre a ação de aditamento, destinadas ao contribuinte, a ação se torna **nula**.
- Alegando ainda que, na autuação por aditamento do AI 20212700400055 não fora atendido todos os pontos requisitados em despacho de aditamento 07/23, oriunda da 2ª Instância/TATE/SEFIN, a fim de excluir algumas operações não sujeitas ao ICMS-ST, bem como promover esclarecimentos de outras, constantes do cálculo da exigência fiscal original, especialmente, deixando de apresentar demonstrativos relativo ao cálculo do preço médio ponderado das operações, amparando o arbitramento/subfaturamento. Entende a defesa que não está claro o método utilizado para indicar que a impugnante efetuou vendas de produtos subfaturados. Segue-se argumentando que, o Fisco autuante não disponibilizou o acesso (cópia integral de todos os documentos) do auto de infração aditamento, para que a impugnante pudesse verificar e confirmar as informações acerca do novo cálculo e assim oportunizar a ampla defesa e o contraditório, contrariando o disposto no art. 112, §§ 4º e 5º, da Lei 688/96. Ainda que, seja o caso de aditamento, há, no caso, patente vício formal, pela ausência de Designação de Fiscalização de Estabelecimento – DFE, para a ação fiscal desenvolvida.
- Aduz que, ao analisar o PAT aditamento verifica-se que o despacho nº 07/23, não foi cumprido, ante a ausência de qualquer documento que aponte de forma detalhada a metodologia para se apurar o valor médio dos produtos, entendendo a defesa que a autuação em aditamento contém ainda, as mesmas inconsistências do Auto anterior, ou seja, segue-se a compreensão defensiva

pela nulidade, eis que a possibilidade de arbitramento (art. 30, V, do RICMS), deve ser combinado com a metodologia disposta no art. 31 do Regulamento. Assim, entende que, falta de demonstrativo das operações que amparam a acusação de subfaturamento, além da falta de base para aplicação da média ponderada de preços, já que consta na legislação indicativos de metodologia para o arbitramento (art. 30 e 31 do RICMS/RO). Aduz a impugnante que, a possibilidade de arbitramento para o caso poderia ocorrer se observasse o disposto no art. 148 do CTN, dessa forma que o AI 20212700400055 foi despachado para arbitramento e esclarecimentos acerca do valor médio dos produtos que ocasionaram a diferença apontada na exigência fiscal. Assim, a impugnante compreende que as inconsistências em relação à diferença, decorrente de preço médio das vendas, não foram solucionadas, nem mesmo foi atendido o teor do despacho 07/23, deixando de observar os critérios dispostos nos artigos 30, V e 31 do RICMS-RO. Salaria que, o arbitramento é ilegal, pela ausência de indicação da forma de cálculo e atendimento à determinação do despacho de nº 07/2023. Questiona-se qual critério utilizado, dentre aqueles trazidos pela legislação tributária. Aduz a defesa que a presunção não possui respaldo legal e, que, não se comprova a origem da presunção na apuração da base de cálculo aplicada na exigência fiscal. Enfatiza a defesa que, o ato não consta elementos suficientes para determinar com segurança a infração cometida – art. 107 da Lei 688/96 e 148, do CTN.

4. Alega a impugnante que, na forma da legislação e em referência ao despacho editado nº 07/23, no caso em questão, é devido o ICMS-ST, apenas das operações internas, diante da incapacidade ativa em relação às mercadorias destinadas a outros estados da federação, quando não retidos e recolhidos na origem. Assim, verifica-se, pela impugnante que, na autuação auditada, contempla diversas operações destinadas ao Amazonas, Acre e Mato Grosso, acarretando cobrança indevida do ICMS-ST (montante de R\$ 29.073,79). Assim, pugna pela exclusão dos valores lançados de operações interestaduais, e por consequência, também os consectários legais. Consta ainda, na autuação em questão, contrariando o que descrito no Despacho citado que, algumas operações destinadas a consumidores finais (construtoras e empresas destinadas ao comércio varejista não sujeitas ao ICMS por inexistir operações subsequentes), que deixou de excluí-las da base de cálculo (montante do ICMS R\$=9.684,27), sendo valores indevidos porque não observado o estabelecido no artigo 6º do Anexo VI do RICMS/RO e Cláusulas 4ª e 8ª, do Convênio ICMS nº 142/18.
5. Alega a defesa que, algumas operações constantes do relatório da autoridade fiscal são de transferências entre matriz e filial da impugnante, sendo a exigência ilegal, conforme a jurisprudência (Súmula 166 – STJ), decidindo que, ‘o mero deslocamento de mercadorias não incide o imposto estadual’. Aduz que no caso, não foi observado que referidas operações não configuram fato gerador do ICMS.
6. Alega a defesa que, na autuação contém erro de capitulação da infração e da punição (multa) lançada (art. 77, IV “a-1” da Lei 688/96). Isso porque, na visão defensiva, não restou provado a presunção de subfaturamento descrito na inicial, relativamente ao demonstrativo de cálculo do valor subfatura por produto.
7. Argumenta a impugnação que, ilegal a imputação de responsabilidade solidária, por ausência de prova da infração legal. No caso, a imputação de responsabilidade não possui respaldo em práticas ilícitas do sócio administrador, porque não provado o subfaturamento.

Requer ao final, que seja declarada a nulidade do auto de infração por vício formal, afastar a acusação fiscal de subfaturamento, por falta de provas e/ou reconhecer a exclusão de operações destinadas a consumidor final, além das operações para destinatário em outros estados da federação e, ainda, das transferências entre estabelecimentos da autuada. Requer também, seja afastada a responsabilidade solidária do Sr. Gerles Martins.

### **3 – FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO**

O sujeito passivo foi autuado em razão de vendas de mercadorias caracterizadas como subfaturadas no período de 2020. O Fisco considerou as informações contidas no banco de dados da SEFIN, relativamente, ao que declarado no SPED-EFD do contribuinte, comparou preços de produtos de diversas operações, constatando divergência nos preços de vendas, apurando média de preços, resultando em diferença sujeitas ao recolhimento do ICMS-ST (operação própria). Fatos constatados em levantamento fiscal determinado pela Designação de Fiscalização de Estabelecimento – DFE nº 20212500400026 de 16/06/21, fl. 13 do AI 20212700400055 aditado. Nestas circunstâncias, foram indicados como infringidos os artigos 5º; 9º; 10; 14 e 28 c/c Parte 2, Tabela XI, itens 2, 3 e 4, do Anexo VI, todos do RICMS/RO – Dec. 22721/18, com penalidade aplicada de acordo com o Art. 77, IV, “a-1” da Lei 688/96.

#### **RICMS-RO – Dec. 22721/18**

*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)*

---

*Art. 28. A base de cálculo para fins de substituição tributária está prevista no Anexo VI deste Regulamento. (Lei 688/96, art. 24)*

#### **Anexo VI – RICMS – RO**

*Art. 6º. Nas operações sujeitas à substituição tributária destinada a este Estado, o sujeito passivo por substituição tributária observará a legislação tributária do Estado de Rondônia. (Convênio ICMS 142/18, cláusula quarta). (NR dada pelo Dec. 23465, de 27.12.18 – efeitos a partir de 01.01.19).*

*Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste Anexo às operações de importação e internas com as mercadorias sujeitas à substituição tributária ou à antecipação do recolhimento do imposto com encerramento de fase de tributação. (Lei 688/96, art. 24-A, § 3º) (NR dada pelo Dec. 23747, de 25.03.19 – efeitos a partir de 1º.01.19)*

#### **RICMS-RO – Dec. 22721/18**

*Art. 30. O Fisco estadual poderá fazer o arbitramento da base de cálculo do imposto, desde que ocorra qualquer das seguintes hipóteses: (Lei 688/96, arts. 23 e 71)*

*I - falta de apresentação, ao Fisco, dos livros fiscais e da contabilidade geral ou sua apresentação sem que estejam devidamente escriturados, bem como dos documentos necessários à comprovação de registro ou lançamento em livro fiscal ou contábil, inclusive sob alegação de perda, extravio, desaparecimento ou sinistro dos mesmos, ressalvado o disposto no artigo 68 do Anexo XIII deste Regulamento;*

*II - omissão de lançamentos nos livros fiscais, na escrita contábil ou na fiscal;*

**Art. 33.** *Os estabelecimentos enquadrados no Regime Normal de apuração do imposto, apurarão o imposto mensalmente em conformidade com as disposições da EFD ICMS/IPI previstas nos artigos 106 e 107 do Anexo XIII deste Regulamento e às disposições relativas a não cumulatividade. (Lei 688/96, art. 41)*

**Art. 107.** *São obrigações, entre outras, do sujeito passivo do imposto e demais pessoas físicas ou jurídicas, definidas como tal neste Regulamento, observados a forma e prazos estabelecidos na Legislação Tributária, além de pagar o imposto e, sendo o caso, os acréscimos legais: (Lei 688/96, arts. 58 e 59)*

(---)

*VII - emitir e entregar ao destinatário da mercadoria ou do serviço que prestar, e exigir do remetente ou do prestador, o documento fiscal correspondente à operação ou à prestação realizada;*

**Art. 176.** *O movimento real tributável realizado pelo estabelecimento em determinado período poderá ser apurado por meio de levantamento fiscal, em que serão considerados, isolados ou conjuntamente, os valores das mercadorias entradas, das mercadorias saídas e dos estoques inicial e final, dos serviços recebidos e dos prestados, das despesas, demais encargos e lucro do estabelecimento, bem como de outros elementos informativos. (Lei 688/96, art. 71)*

**Art. 179.** *O valor da operação ou da prestação poderá ser arbitrado pela autoridade fiscal em hipótese prevista no artigo 30, sem prejuízo da aplicação das penalidades cabíveis.*

**Parágrafo único.** *A contestação do valor arbitrado será feita no processo iniciado pelo lançamento de ofício efetuado pela autoridade fiscal.*

*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)*

(---)

*IV -infrações relacionadas ao pagamento, retenção ou apuração do ICMS: (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 –efeitos a partir de 01/07/15)*

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

(---)

*1. do valor do imposto não pago, por deixar de pagá-lo ou contribuir para que o sujeito passivo deixe de pagá-lo, mediante ação ou omissão que resulte na falta de pagamento, nas hipóteses para as quais não haja previsão de penalidade específica;*

### **3.1 Análise das argumentações da defesa.**

**Nos itens 1, 2 e 3 da defesa, diz que:** ocorreu o cerceamento de defesa pela indisponibilização do conteúdo do processo no E-PAT; que, não restou atendido todos os pontos constantes do Despacho 07/23, além da ausência de demonstrativos de cálculo nos autos e notificação da ação fiscal de aditamento; que, não está claro o método utilizado para cálculo de preço médio amparando subfaturamento; que, não esclareceu os pontos relativos aos cálculos de preço médio das mercadorias; que, não demonstra a metodologia utilizada amparando a acusação de subfaturamento; que, o aditamento contém as mesmas inconsistências do auto original; e, que, não existe Designação Fiscal para a ação fiscal do aditamento. **Os argumentos não possuem sustentação**, consta nos autos que na mesma data da notificação do auto de infração, o contribuinte já consultou no E-PAT, não obtendo sucesso, todavia, nesse mesmo dia, estava disponível todo o conteúdo do processo para que o contribuinte tivesse acesso através do Portal do Contribuinte. Na ação fiscal de aditamento, utilizou-se de levantamento fiscal já realizado pelo AI 20212700400055, com mesma DFE, sendo desnecessária notificação da ação, eis que, o processo estava em fase de julgamento. Na ação, apenas alterou as planilhas de cálculo em atendimento ao despacho nº 07/23, elaborado pela Representante Fiscal da 2ª Instância/TATE/SEFIN, excluiu-se as operações de transferências entre estabelecimentos e para consumidores finais, conforme demonstrado na memória de cálculo da peça inicial. O Fisco autuante reduziu o crédito tributário lançado anteriormente (AI 20212700400055) excluindo diversas operações e demonstrando pela média dos preços dos produtos nas operações objeto da constatação de subfaturamento no período de 2020. Consultas as notas fiscais que amparam o cálculo da média de preços, verifica-se que, de fato, há preços reais das mercadorias e preços subfaturados, constatados nas operações destinadas a clientes da autuada estabelecidos no estado de Rondônia.

**Nos itens 4 e 5, da defesa, alega que:** o aditamento do AI 20212700400055, não cumpriu todos os pontos do despacho 07/23, tendo sugerido que a autuação somente contemplasse as operações internas, caso comprovado o subfaturamento; que, os valores lançados na exordial contempla diversas operações interestaduais de valor do imposto no montante de R\$ 29.073,79 e outras operações a consumidores finais – construtoras e varejistas não sujeitas ao ICMS no valor total de R\$ 9.684,27; que, no relatório original do aditamento consta diversas operações de transferência do estabelecimento, não sujeita ao ICMS na forma da Jurisprudência – Súmula 166 – STJ. **Assiste razão as alegações defensivas.** O Fisco autuante em sua contrarrazão discorda em alguns pontos do entendimento relatado no Despacho 07/23, especificamente, das operações interestaduais e para consumidores finais, entendendo que, o Fisco deve exigir através do lançamento de ofício o imposto que não reteve nem recolheu. No entanto, o autuante **apresenta planilha excluindo tais operações e contemplando apenas as operações internas, demonstrando mês a mês o subfaturamento pela média de preços apurado nas operações do contribuinte. A média de preços confirmada pelas diversas operações internas com preços divergentes de mesma mercadoria, caracterizando o subfaturamento.** Dessa forma, deve ser alterado o lançamento tributário no auto de infração em questão, na forma da planilha 2º CÁL\_VLRES MÉDIOS MESES 2020, elaborada pelo Fisco autuante.

**No item 6 da defesa,** alegando que, a capitulação da infração e da multa – art. 77, IV, “a-1” da Lei 688/96 - não se aplica ao caso, eis que não comprovado a presunção de subfaturamento. **Sem razão a defesa.** A planilha 1º CÁL\_VALORES MÉDIOS PRODUTOS, confirmam os preços praticados pelo sujeito passivo nas diversas operações internas destinadas a estabelecimentos que comercializam tais produtos. De fato, comprovado que a autuada praticava preços subfaturados em diversas operações, conforme se vislumbra da planilha de cálculo referida. O dispositivo citado, portanto, aplicável ao caso de subfaturamento e, dessa forma, deixando de reter e recolher o ICMS-ST das mercadorias, objeto da autuação.

*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)*

(---)

*IV -infrações relacionadas ao pagamento, retenção ou apuração do ICMS: (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 –efeitos a partir de 01/07/15)*

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

(---)

*1. do valor do imposto não pago, por deixar de pagá-lo ou contribuir para que o sujeito passivo deixe de pagá-lo, mediante ação ou omissão que resulte na falta de pagamento, nas hipóteses para as quais não haja previsão de penalidade específica;*

**No item 7 da Defesa, argumenta que,** é incabível a indicação de responsabilidade solidários em desfavor de Gerles Martins, eis que não restou provado o fato de subfaturamento. **O argumento não se sustenta.** É fato, caso não comprovasse o subfaturamento, a responsabilidade poderia ser afastada. Todavia, restou demonstrado nos autos que o contribuinte – autuado – praticava vendas de mesma mercadorias com preços divergentes que caracterizam o subfaturamento, conforme diversas notas fiscais analisadas e que se junta a esta decisão, o que afasta qualquer dúvida acerca do subfaturamento. Assim, a Administração da autuada, nesse caso, o Sr. Gerles Martins, deve ser responsabilizado pela prática de evazão fiscal – deixando de reter e recolher o imposto das operações. A responsabilidade solidária, nesse caso, na forma do artigo 11-A, 11-B e 11-C, da Lei 688/96. Assim, mantém-se a responsabilidade solidária no presente auto de infração.

*Lei 688/96*

*Art. 11-A. São responsáveis pelo pagamento do crédito tributário: (AC pela Lei nº 3583, de 9 de julho de 2015 -efeitos a partir de 01.07.16)*

(---)

*XII -da pessoa jurídica, solidariamente, a pessoa natural, na condição de sócio ou administrador, de fato ou de direito, de pessoa jurídica quando: (AC pela Lei nº 3583, de 9 de julho de 2015 -efeitos a partir de 01.07.16)*

*a) tiver praticado ato com excesso de poder ou infração de contrato social ou estatuto;*

*b) tiver praticado ato ou negócio, em infração à lei, com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, especialmente nas hipóteses de interposição fraudulenta de sociedade ou de pessoas e de estruturação fraudulenta de operações mercantis, financeiras ou de serviços;*

### **3.2 – Da conclusão**

No presente caso, a autuação ocorre em razão dos preços praticados pelo contribuinte, comprovando o subfaturamento e, conseqüentemente, a falta de recolhimento de ICMS-ST devido nas operações internas.

O Fisco autuante efetivou lançamento na peça inicial contemplando as operações interestaduais e

de consumidores finais. Todavia, elaborou planilha excluindo tais operações 2º CÁL\_VLRES MÉDIOS MESES 2020, resultando em valor menor da exigência fiscal, devendo ser alterado a composição do crédito tributário lançado. Assim, o crédito tributário deve ter a seguinte constituição:

AI 20232800500003 - Argaforte Ind e Com de Argamassas Ltda	
ICMS	R\$ 27.625,27
MULTA 90% DO VALOR DO IMPOSTO CORRIGIDO	R\$ 36.182,48
JUROS - SELIC	R\$ 10.119,74
ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA	R\$ 6.654,31
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 80.581,80

A penalidade aplicada determinada na Lei 688/96 (art. 77, IV, “a-1”), no patamar de 90% do valor do imposto corrigido, alcança as operações de vendas com preço inferior ao preço ponderado das operações.

Os argumentos da defesa todos analisados, considerando os fatos e a legislação de regência, excluindo os valores exigidos referente as operações interestaduais e as destinadas a consumidores finais não contribuinte do ICMS, além das transferências entre estabelecimentos. Mantendo-se a exigência sobre as operações internas destinadas a contribuinte no estado de Rondônia.

Do exposto, smj, considero que o auto de infração deve ser declarado parcialmente procedente, assim, considera-se devido o valor do crédito tributário de R\$ 80.581,80 e indevido o valor de R\$ 92.454,94, conforme demonstrado nos autos.

#### 4 – CONCLUSÃO

De acordo com o previsto no artigo 15, I, da Lei 4929 de 17 de dezembro de 2.020 e, no uso da atribuição disposta no art. 79, II, do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo Tributário – TATE, aprovado pelo Decreto nº 9157 de 24/07/00, julgo **Parcialmente Procedente** o auto de infração, declarando **devido** o montante de R\$ 80.581,80 (oitenta mil, quinhentos e oitenta e um reais e oitenta centavos) e, **indevido** o valor de R\$ 92.454,94 (noventa e dois mil, quatrocentos e cinquenta e quatro reais e noventa e quatro centavos).

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	Decisão da Resp. Solidária
663.539.472-91	GERLES MARTINS	Mantida a Responsabilidade

Pela parte considerada improcedente (R\$ 92.454,94), recorro de ofício à Câmara de Julgamento de Segunda Instância, na forma do art. 132 da Lei 688/96.

## **5 – ORDEM DE INTIMAÇÃO**

Fica o sujeito passivo intimado a recolher o crédito tributário no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência deste, conforme previsto no Art. 127-B, da Lei 688/96, sob pena de inscrição em Dívida Ativa do Estado.

*Porto Velho, 02/12/2023 .*

***NIVALDO JOAO FURINI***

***AFTE Cad.***

***JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA***



Documento assinado eletronicamente por:

**NIVALDO JOAO FURINI, Auditor Fiscal,**

, Data: **02/12/2023**, às **21:39**.

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