



GOVERNO DE RORAIMA
"AMAZÔNIA: PATRIMÔNIO DOS BRASILEIROS"
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
DIVISÃO DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS FISCAIS
JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA-DECISÃO Nº 043/2022

PROCESSO Nº: 0009//2021

AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 000030/2021 - OS nº 000889/2020

SUJEITO PASSIVO: W G ELETRO S.A - CGF: 24. 018369-6 - CNPJ: 01.120.364/0032-74

ENDEREÇO: Av. Jaime Brasil, nº 354 - Centro - Boa Vista/RR

ADVOGADOS: FELIPE KALIU D'ÁVILA - OAB/RR Nº 1.647 e outros

ENDEREÇO ELETRÔNICO: contato@felipelaliu.adv.br - Fones: (95)3623.2840 e (95) 99131.4555

AUDITOR FISCAL AUTUANTE: Márcio Aparecido Pereira Picolli.

EMENTA: ICMS. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. FALTA de PAGAMENTO DE ICMS NÃO ESCRITURADO E NÃO DECLARADO EM GIM - NORMAL. APURAÇÃO MEDIANTE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO E FINANCEIRO POR ESPÉCIE DE MERCADORIAS-LQFEM. EXERCÍCIOS 2015, 2016 E 2017. FATO GERADOR - DEZEMBRO DE 2015 - DECADÊNCIA/CADUCIDADE. IMPUGNAÇÃO TEMPESTIVA E PROVIDA EM PARTE. INFRAÇÃO CONFIGURADA EM PARTE. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

RELATÓRIO

O presente Processo refere-se ao Auto de Infração nº 000030/2021, lavrado em 07/01/2021, no valor de **R\$ 10.866,40** (dez mil, oitocentos e sessenta e seis reais e quarenta centavos), a título de ICMS, MULTA e juros, exigidos do sujeito passivo acima qualificado, sob a acusação de FALTA de PAGAMENTO de ICMS NÃO ESCRITURADO E NÃO DECLARADO NORMAL, apurado através de LEVANTAMENTO QUANTITATIVO E FINANCEIRO POR ESPÉCIE DE MERCADORIA-LQFEM, referentes aos exercícios 2015, 2016 e 2017, em virtude de constatação de saídas de mercadorias consignadas em documentos fiscais com base de cálculo do ICMS inferiores ao custo de aquisição, que resultou na lavratura do referido Auto de Infração(fl.02).

Foram indicados como dispositivos infringidos o art. 71, do RICMS/RR e como penalidade aplicada o artigo 69, inciso I, alínea "g" da Lei nº 59/93, com redação dada pela Lei nº 244/99, multa de 100% (cem por cento) aplicável sobre o valor do imposto.

Constam anexados aos autos os seguintes documentos: Relação de Documentos constantes do Processo(fl.01), Auto de Infração nº 000030/2021(fl.02), Ordem de Serviço nº 000889/2020 (fls. 03); Termo de Início de Fiscalização(fl.04), publicado no DOE de 22/10/2020(fl.08), Notificação da empresa W G Eletro S.A, para pagar, parcelar ou impugnar o Auto de Infração nº 000030/2021, publicada no DOE de 18/02/2021(fl.05), Quadro Demonstrativo de Cálculos e de

Atualização Monetária(fl.s.06), Termo de Encerramento, publicado no DOE de 22/10/2020(fl.s.07/08), pedido de autorização e termo de prorrogação da Ação Fiscal, concedido pelo Chefe da DIFIS, publicado no DOE de 23/12/2020(fl.s.09, 10 e 11), Termo de Conclusão da OS. Nº 000889/2020(fl.s.12/17), Resumo da GIM do período de 01/2015 à 12/2017(fl.s.18), CD-MÍDIA contendo os anexos I, II e IV, Demonstrativos, Relatório, arquivos SPED-EFD-2015, 2016 e 2017, NFes dos exercícios 2015, 2016 e 2017 e respectivos eventos, NFCes dos exercícios de 2015, 2016 e 2017 e respectivos eventos, relativos ao LQFEM(fl.s.19), Anexo III - Demonstrativo de Base de Cálculo dos exercícios de 2015, 2016 e 2017(fl.s.20), Termo de Encerramento de Fiscalização(fl.s.21), Encaminhamento do Auto de Infração à Divisão de Fiscalização-DIFIS(fl.s.22), Extrato do contribuinte(fl.s.23), FAC do contribuinte(fl.s.24), Termo de Juntada tempestiva da Impugnação(fl.s.25 e 26/77), Procuração da WG ELÉTRO passada para seus advogados PEDRO HENRIQUE TORRES BIANCHI e outros(fl.s.78) e Substabelecimento com reservas, passado de ROBERTO CARLOS KEPPLER - OAB- SP nº 68.931, para Dr. FELIPE KALIU D'AVILA - OAB/RR nº 1647(fl.s.79).

A empresa W G ELÉTRO S.A, encontrava-se baixada de ofício(fl.s.24), por isso, fora devidamente intimada regularmente de todos os atos do processo pelo DOE, como se verifica às (fl.s.04, 07/08, 10/11), tendo apresentado DEFESA/IMPUGNAÇÃO TEMPESTIVA, assinada por seus advogados: FELIPE KALIU D'ÁVILA - OAB/RR Nº 1.647 e outros(fl.s.25 e 26/79), arguindo e síntese o seguinte:

I - DA AUTUAÇÃO

Alega inicialmente que parte do crédito tributário em cobro já está fulminado pela prescrição, tendo em vista que referem-se a supostas operações ocorridas em **dezembro de 2015**, sendo de rigor o reconhecimento da decadência parcial do débito. Que ademais, não existem motivos para prosseguimento da autuação, devendo a presente autuação ser julgada improcedente pelos motivos a seguir.

II - DA TEMPESTIVIDADE

Aduz que a defesa é tempestiva, vez que a notificação do Auto de Infração foi publicada no Diário Oficial do dia 22/02/2021, com o início da contagem do prazo dos 30 dias para defesa sendo iniciado após dez dias da publicação, finalizando o prazo para recurso no dia 05/04/2021, data em que fora apresentada a defesa tempestiva.

III - DO DIREITO

1 - DA AUTUAÇÃO POR PRESUNÇÃO E INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE POSSAM IDENTIFICAR ORIGEM DA DÍVIDA.

Alega a autuada que não foi oportunizado ao impugnante a elucidação dos fatos sob o qual é autuado, que não houve análise de livros, apresentação de livros, **bem como qualquer diligência mínima que permitisse a impugnante exercer integralmente o seu direito ao contraditório**, que a impugnante foi autuada com base em presunções sem perquirição da verdade real.

2 - DA NECESSIDADE DE CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA.

Assevera que caso o julgador não entenda pela extinção do presente Auto de Infração por ter sido lavrado por presunção sem a devida descrição das operações que originaram o suposto débito, que seja convertido o presente julgamento em diligência ao fito de apurar "in loco" todas as operações realizadas pela impugnante no período de apuração fiscal, para identificação das mercadorias que o agente fiscal alega que foram comercializadas sem a devida emissão de nota fiscal, possibilitando que após essa identificação o impugnante exerça seu direito de defesa.

3 - DA IMPOSSIBILIDADE DE TRIBUTAÇÃO SOBRE NOTAS DE SIMPLES REMESSA - CARACTERIZAÇÃO DE BIS IN IDEM.

Assevera a impugnante que grande parte das operações em questão tratam-se de simples remessa de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular e que não deve haver nova tributação por implicar em notório bis in idem. A respeito deste tema, cita jurisprudência do STJ e do STF, o art. 155, II, da CF/1988 e a Súmula 166, do STJ, que afirma “**não constituir fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo titular**”.

4 - DO DEVER DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA-JULGADORA EM JULGAR CONFORME OS PRINCÍPIOS E REGRAS DA CONSTITUIÇÃO DFEDERAL.

Aduz que qualquer atividade administrativa, deve ser regida pelo princípio da moralidade pública (ar.37, caput da CF). Que é dever do julgador administrativo observar antes de tudo a Constituição Federal e a Lei, por ocasião da apreciação das impugnações e recursos a ele submetidos. Que tal entendimento visa resguardar o interesse público na medida em que o reconhecimento da suscitada inconstitucionalidade posteriormente no âmbito judicial, tenderá a onerar indevidamente os cofres públicos pelo pagamento de eventuais ônus sucumbenciais.

5 - O DEVER DA AUTORIDADE JULGADORA EXIMIR-SE DA APLICAÇÃO DE DISPOSITIVOS LEGAL E CONSTITUCIONAL.

Alega que restou demonstrada a inconstitucionalidade da legislação e que não pode o agente administrativo, sob hipótese alguma, agir em divergência com aquilo que acredita ser correto.

Que a impugnante teve seu direito ao contraditório tolhido pelo agente fiscal, que não oportunizou sua ampla defesa.

6 - DOS LIMITES FIXADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA MULTAS TRIBUTÁRIAS AOS CONTRIBUINTES E SUA REDUÇÃO PARA VALOR RAZOÁVEL PELO PRINCÍPIO DA EQUIDADE.

Alega que a aplicação da multa punitiva superior ao valor do débito principal, ao real valor devido pelo contribuinte, ocasiona o confisco, expressamente vedado pela Constituição federal do Brasil, no s termos do art. 150, inciso IV. A impugnante junta várias jurisprudências e pede que, caso a multa por descumprimento de obrigação acessória não seja reduzida a valor correspondente à gravidade da infração de acordo com a argumentação supra, que a referida penalidade seja reduzida a patamares razoáveis em função da equidade (CTN - Art. 108, IV).

Que no caso em tela, a multa imposta à Impugnante é de valor de 50% d tributo declarado, que posteriormente foi verificado se quer ser devido, evidenciando claramente seu caráter confiscatório, dessa forma ante a clara boa-fé da impugnante o patamar da multa deve ser reduzido para 20% do valor do tributo, conforme entendimento exposto pelo STF, patamar mínimo fixado pela legislação em caso de autuações fiscais, ante a falta de dolo da impugnante.

7 - DA ABUSIVIDADE DOS JUROS COMPUTADOS NO DÉBITO EM COBRO: NECESSIDADE DE ATENDIMENTO AO LIMITE FIXADO EM NORMA FEDERAL (TAXA SELIC).

Alega que a imposição da taxa de juros de 0,33% diários nos termos do art. 173, do Decreto-Lei nº 5/75, já foi discutida e rechaçada pelo tribunais superiores.

Que as taxas de juros aplicadas extrapolam o valor da SELIC, devendo ser afastada por ofensa ao art. 24, I, da Constituição. E isso não só pela razão formal que aqui se aduz (incompetência dos Estados par ir além da norma geral estabelecida pela União), mas também pela razão material.

8 - DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIA: VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE - NATUREZA INDENIZATÓRIA DOS JUROS DE MORA.

Assevera que é cediço o entendimento de que os juros podem ter natureza compensatória ou moratória. Os primeiros constituem a remuneração devida pelo uso temporário e consentido do capital de outrem. Nada mais são de que frutos do capital, riqueza nova decorrente deste. Os juros de mora, ao seu turno, correspondem à indenização ao dano causado por aquele que não paga dívida no vencimento ou não restitui no instante apropriado dinheiro alheio de que tenha posse. Cita artigos do Código Civil, algumas doutrinas e jurisprudência sobre o caso.

Alega, ainda, que são absolutamente injustificáveis as taxas de 0,33% ao mês, pugna pela inconstitucionalidade formal e material do art. 173 do Dec.-Lei nº 5/75, por inobservância do teto fixado em lei federal (aplicação do art. 24, I e parágrafos 1º e 4º, da Constituição) e (a) por ofensa aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e do não confisco, dado o caráter indenizatório dos juros de mora e a clara disparidade entre a taxa fixada nos citados dispositivos e o custo de captação de dinheiro pelo Poder Público no mercado financeiro.

IV - DOS PEDIDOS

Por fim, requer seja conhecida e julgada integralmente procedente a presente impugnação para:

- a) reconhecer a não observância do direito de defesa do impugnante, bem como a presunção indevida do agente fiscal ao lavrar a presente autuação sem descrever as operações que supostamente originaram o débito em dobro, julgando integralmente improcedente o auto de infração nº 30/2021;
- b) alternativamente reconhecer a necessidade da conversão do presente julgamento em diligência;
- c) a não incidência de ICMS sobre operações de simples remessa de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular;
- d) em caso de manutenção do auto de infração requer ainda que seja fixado um teto para a multa aplicada, de 20% do valor do tributo, pelo princípio da equidade e conforme o entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal, bem como a limitação dos juros aplicados ao patamar da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente;
- e) reconhecimento da decadência parcial do crédito tributário em dobro.

Requer, ainda, que as intimações e demais atos processuais referentes a esse processo devem ser endereçados, exclusivamente, em nome do advogado Dr. Roberto Carlos Keppler - OAB/SP nº 68.931, com endereço profissional na Rua Bento de Andrade, nº 421 - Jardim Paulista-São Paulo-SP.

Os autos foram enviados à Divisão de Procedimentos Administrativos Fiscais-DPAF, pelo Chefe da Agência de Rendas de Boa Vista/RR(fl.80).

É em linhas gerais, o relatório.

FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Examinando-se as peças que compõem o presente processo constata-se que a irregularidade denunciada na inicial refere-se a operações de FALTA de PAGAMENTO de ICMS NÃO ESCRITURADO E NÃO DECLARADO NORMAL, apurado através de LEVANTAMENTO QUANTITATIVO E FINANCEIRO POR ESPÉCIE DE MERCADORIA-LQFEM, referentes aos exercícios 2015, 2016 e 2017, em virtude de constatação de saídas de mercadorias em documentos fiscais com base de cálculo do ICMS inferiores ao custo de aquisição, **conforme demonstrado no Auto de Infração nº 000030/2021(fl.02), no Quadro Demonstrativo de Cálculos(fs.06), no Relatório Resumo da GIM do próprio contribuinte(fl.18) e pelos arquivos constantes do CD-MÍDIA, anexado aos autos(fl.19).**

O dispositivo apontado como infringido no referido Auto de Infração, sob a acusação de FALTA DE PAGAMENTO DO ICMS NORMAL NÃO ESCRITURADO E NÃO DECLARADO EM GIM, foi o artigo 71, do Regulamento do ICMS- Decreto Nº 4.335-E/2001, abaixo transcrito:

“Art. 71. Ressalvados outros prazos previstos neste Regulamento, o imposto será recolhido:

I – até o vigésimo dia do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador nos casos de:

a) estabelecimentos industriais e comerciais;”

b)(...);”

Neste sentido, o Fisco ao constatar tal irregularidade promovera a lavratura do Auto de Infração sob o nº 000030/2021, com a aplicação da multa prevista no artigo 69, inciso I, alínea “g” da Lei nº 059/93, equivalente à 100% (cem por cento) sobre do valor do imposto, conforme texto legal transcrito a seguir:

“Art. 69. O descumprimento das obrigações principal e acessórias, instituídas pela legislação do ICMS, sujeita o infrator às seguintes penalidades:

(...)

I - infrações relativas ao recolhimento do imposto:

a) (...)

g) falta de recolhimento, no todo ou em parte, nos demais casos não previstos nas alíneas anteriores - multa de 100% (cem por cento) do valor do imposto.”

A infração descrita no presente Auto de Infração é formal e objetiva, *independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato, para tipificação do ilícito fiscal, como bem preceitua o artigo 136 do Código Tributário Nacional, in verbis:*

“Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.”

A respeito da matéria, o Regulamento do ICMS de Roraima, aprovado pelo Decreto nº 4.335-E/2001, estabelece que a Fiscalização Tributária Estadual poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneo, conforme previsão contida nos artigos 856 e 858, como seguem:

*“Art. 856. O movimento real tributável, realizado pelo estabelecimento em determinado período, poderá ser apurado através de levantamento fiscal e contábil, em que serão considerados o valor de entradas e saídas de mercadorias, o do estoque inicial e final, as despesas, outros gastos, outras receitas e lucros do estabelecimento, inclusive levantamento unitário com identificação das mercadorias e outros elementos informativos.
[...]*

*Art. 858. Para apuração das operações ou prestações realizadas pelo sujeito passivo, o fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneo, tais como:
I – análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;
II – levantamento quantitativo de mercadorias;
III – levantamento quantitativo financeiro;
IV – conclusão e verificação fiscal;
V – aplicação de índices técnicos de produtividade no processo de industrialização ou relacionados com a prestação de serviço;
VI – exame dos elementos de declaração ou contrato firmado pelo sujeito passivo, dos quais conste a existência de mercadoria e serviço suscetíveis de se constituírem em objeto de operação ou prestação tributáveis.”*

Através de consulta feita ao Sistema de Cadastro Geral da Fazenda da SEFAZ/RR, verifica-se que a autuada possui Inscrição Estadual - CGF: 24.018696(fls.24), e está enquadrada sob **Regime Normal de Recolhimento**, portanto, deve apresentar a Guia de Informação Mensal - GIM, regularmente conforme preceitua art.276, § 3º, e recolher o ICMS apurado nos termos do inciso I, alínea “a” do art. 71 do RICMS/RR, acima citado

FEITA AS CONSIDERAÇÕES INICIAIS, PASSAMOS A ANÁLISE DAS ALEGAÇÕES APRESENTADAS PELA IMPUGNANTE/AUTUADA, POR MEIO DE SEUS PROCURADORES (FLS.25 e 26/79), QUE ARGUIU EM SÍNTESE O SEGUINTE:

I - DA AUTUAÇÃO

Alega inicialmente que parte do crédito tributário em cobro já está fulminado pela prescrição, tendo em vista que referem-se a supostas operações ocorridas em **DEZEMBRO de 2015**, sendo de rigor o reconhecimento da decadência parcial do débito. Que ademais, não existem motivo para prosseguimento da autuação, devendo a presente autuação ser julgada improcedente pelos motivos a seguir.

A respeito deste ITEM- I - DA AUTUAÇÃO - Vale esclarecer a princípio que trata-se de ICMS/imposto por homologação, sujeito às regras do art. 173, I, do CTN. O fato gerador deu-se em DEZEMBRO de 2015, como se pode verificar no corpo do AI(fls.02), que a **notificação do Termo de Início** foi publicada no Diário Oficial do Estado-DOE do dia **22/10/2015(fls.08)** e o **Auto de Infração** só foi lavrado **07/01/2021(fls.02)**.

A regra no direito privado é que o prazo decadencial não se suspende nem se interrompe. Já no direito tributário, porém, há uma única hipótese de “interrupção do prazo” previsto no art. 173, inciso II, do Código Tributário Nacional (CTN), que ocorre nos casos de lançamento anulado por vício formal, passando a contar novo período de cinco anos para o lançamento. Na verdade, aliás, nem se trata na essência de interrupção propriamente dita, mas sim de um novo direito, com novo prazo de decadência a ser utilizado pelo Fisco nestes específico caso.

Portanto, entendo que notificação de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento, a que se refere o **art. 173, § único, do CTN**, só interfere no prazo de decadência quanto aos créditos tributários do ano em que a notificação é realizada, ou seja, no exercício cujo prazo decadencial ainda não tenha iniciado, pois, quanto aos anos anteriores, os respectivos prazos já estão em curso, consoante a regra do **art. 173, inciso I, do CTN**, não se admitindo, no caso em análise, interrupções e nem suspensões do prazo decadencial.

Contudo, apesar da flagrante existência do débito e do não pagamento, vale registrar que o Fisco não pode a seu bel-prazer lançar, cobrar o crédito tributário quando bem entender, posto que o Estado tem o dever de observância fiel da lei e do regramento pátrio, em toda à sua plenitude. Aqui, no caso, tem-se que o FATO GERADOR em comento deu-se em **DEZEMBRO de 2015**, portanto, por se tratar de ICMS por homologação, não pago, que poderia ter sido lançado de ofício, o prazo inicial para contagem do prazo decadencial de 05(de cinco anos), iniciar-se-á em **01 de JANEIRO** do exercício seguinte, ou seja, de **2016**, e com o prazo final para lançamento definitivo em **31 de DEZEMBRO de 2020**, nos termos do **art. 173, inciso I, do CTN**.

Desta feita, a regra do **art. 173, I, do CTN** estabelece que o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. É dizer, o termo *ad quo*(inicial) será sempre no dia **01 de janeiro do ano seguinte da ocorrência do fato gerador** (ou seja, se o fato gerador deu-se em **DEZEMBRO de 2015**, o prazo inicial para lançamento inicia-se em **01 de JANEIRO de 2016**), ao passo que o termo final sempre será no dia **31 de DEZEMBRO do 5º exercício financeiro posterior ao** do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. No caso dos autos, pois, o Fisco teria até **31 de DEZEMBRO de 2020** para a constituição em definitivo do lançamento do crédito tributário questionado, mas só efetuara o lançamento através do Auto de Infração nº 000030/2021, em **07/JANEIRO/2021**, quando já havia caducado o direito de lançar, ou seja, operou-se a decadência, o que torna parte da autuação improcedente.

II - DA TEMPESTIVIDADE

A Impugnante alega que a notificação do Auto de Infração foi publicada no Diário Oficial do Estado - DOE em 22/02/2021 e que o prazo de 30 dias para a apresentar a impugnação somente iniciaria sua contagem 10 dias de sua publicação, sendo a defesa apresentada dentro do prazo em 05/04/2021, por isso tempestiva.

Sobre este ITEM II - DA TEMPESTIVIDADE - A defesa fora apresentada no dia 05/04/2021, dentro do prazo legal, em observância à notificação do AI publicada no DOE do dia 22/02/2021, já que a contagem do início do prazo para recurso só começa após 10 (dez) da publicação, portanto tempestiva a defesa.

III - DO DIREITO

1 - DA AUTUAÇÃO POR PRESUNÇÃO E INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE POSSAM IDENTIFICAR ORIGEM DA DÍVIDA.

1 - A autuada, alega a autuada que não foi oportunizado ao impugnante a elucidação dos fatos sob o qual é autuado, que não houve análise de livros, apresentação de livros, **bem como qualquer diligência mínima que permitisse a impugnante exercer integralmente o seu direito ao contraditório**, que a impugnante foi autuada com base em presunções sem perquirição da verdade real.

Sobre este ITEM 1- vale registrar, a princípio, que em virtude da empresa encontrar-se baixada de ofício, as notificações e cientificações foram feitas por meio do Diário Oficial do Estado de Roraima-DOE/RR. Contudo, o trabalho fiscal fora executado em observância aos procedimentos dos artigos 858, incisos I, II e III e 859 e seus incisos, ambos do RICMS/RR - Levantamento Quantitativo e Financeiro por Espécie de Mercadorias-LQFEM, no qual fora analisado todos os documentos fiscais emitidos e recebidos do período fiscalizado, conforme se infere dos autos e dos arquivos constates do CD-MÍDIA(fl.19).

Ademais, perscrutando os autos deste processo, o que se vê, é que a fiscalização agira conforme prever os artigos 858 e 859 e seus incisos, do RICMS/RR e em observância princípio do contraditório e da ampla defesa constitucionalmente assegurados, vez que em nenhum momento verifica-se que houve quaisquer violação a tal preceito, até porque, apesar da empresa autuada encontrar-se **baixada de ofício**, fora devidamente cientificada de todos os atos do processo via Diário Oficial do Estado, como se pode verificar das publicações no DOE, tais como: Notificação do Termo de Início da OS nº 889/2020, publicado no DOE de 22/10/2020(fl.08), Notificação do Auto de Infração nº 00030/2021, publicado no DOE de 18/02/2021(fl.05), Publicação do Pedido de Autorização e do Termo de Prorrogação da Ação Fiscal no DOE de 22/12/2020(fl.10 e 11), Termo de Conclusão(fl.12/17), Relatório da Gim do período de 2015 à 2017(fl.18), Anexo III - Demonstrativo de Base de Cálculo(fl.20), bem como, sendo-lhe disponibilizados todos os demais arquivos: Anexos, Demonstrativos, Relatório Final, Arquivos SPED-EFD, NFes e NFCess, dos períodos de 2015, 2016 e 2017, constantes do CD-MÍDIA(fl.19), portanto, fora oportunizado a autuada toda a documentação relativa a presente autuação, tanto que apresentara defesa completa e irrestrita ao Auto de Infração.

Ainda a respeito deste ITEM 1, tem-se que a Fiscalização utilizou dos métodos e parâmetros legais para realizar a fiscalização, tomando todas as cautelas em relação a este processo, e atendeu às disposições legais do art. 142 do CTN, que trata da constituição do lançamento tributário, decifrando a matéria tributável, o fato gerador do tributo devido, identificou o sujeito passivo, em atendimento ao art. 142, do CTN, e aplicou a penalidade devida nos termos do RICMS/RR, de tudo sendo cientificado à empresa autuada, via DOE, que inclusive se defendera de todas as acusações.

De modo que, sem maiores delongas, não se vislumbra nestes autos, comprovado a violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual rejeito a suposta preliminar de nulidade de cerceamento de defesa, pelos motivos ora citados.

2 - DA NECESSIDADE DE CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA.

2 - Assevera que caso o julgador não entenda pela extinção do presente Auto de Infração por ter sido lavrado por presunção sem a devida descrição das operações que originaram o suposto débito, que seja convertido o presente julgamento em diligência ao fito de apurar “in loco” todas as operações realizadas pela impugnante no período de apuração fiscal, para identificação das mercadorias que o agente fiscal alega que foram comercializadas sem a devida emissão de nota fiscal, possibilitando que pós essa identificação o impugnante exerça seu direito de defesa.

A respeito dos argumentos levantados neste ITEM 2- primeiro, sobre que a AUTUAÇÃO é SUBJETIVA e que a o Auto de Infração fora lavrado por presunção sem a devida descrição, não se sustentam, **uma**, porque a descrição da autuação é bem objetiva e comprovada pelo Levantamento Quantitativo e Financeiro por Espécie de Mercadorias-LQFEM, operações sob a acusação de FALTA de PAGAMENTO de ICMS NÃO ESCRITURADO E NÃO DECLARADO NORMAL, apurado através de LEVANTAMENTO QUANTITATIVO E FINANCEIRO POR ESPÉCIE DE MERCADORIA-LQFEM, referentes aos exercícios 2015, 2016 e 2017, em virtude de constatação de saídas de mercadorias em documentos fiscais com base de cálculo do ICMS inferiores ao custo de aquisição, conforme demonstradas no Auto de Infração nº 000030/2021(fl.02) e pelos arquivos do CD-MÍDIA(fl.19), e, **segundo**, sobre a necessidade de DILIGÊNCIA, também não prospera, porque as provas são cristalinas, pelo o menos em relação ao Auto de Infração sub examine, e, também porque, examinando-se os autos, vê-se que o contribuinte/autuado fora cientificado regularmente de todos os atos realizados no processo, via Diário Oficial do Estado-DOE, porque encontrava-se baixado de ofício, sendo-lhe facultado toda a documentação e inclusive todos os arquivos disponibilizados em CD-MÍDIA(fl.19), constantes dos autos. Portanto, de tudo fora devidamente cientificado o contribuinte, em atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

De modo que, diante da clareza e da objetividade do trabalho fiscal, não se vislumbra a necessidade de baixar o processo em diligência, vez que o contribuinte teve diversas oportunidades para apresentar tecnicamente contraprovas tributárias/fiscais e contábeis que pudesse infirmar o trabalho fiscal, mas, não o fizera, por tais motivos, indefiro o pedido de DILIGÊNCIA/PROVA PERICIAL, nos termos do art. 59, § 2º, inciso I, do Dec. nº 856-E, de 10/11/1994, por evidente desnecessidade, e porque as provas produzidas nos autos já são suficientemente claras para o deslinde objeto da demanda.

3 - DA IMPOSSIBILIDADE DE TRIBUTAÇÃO SOBRE NOTAS DE SIMPLES REMESSA - CARACTERIZAÇÃO DE BIS IN IDEM.

3 - Assevera a impugnante que grande parte das operações em questão tratam-se de simples remessa de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular e que não deve haver nova tributação por implicar em notório bis in idem. A respeito deste tema, cita jurisprudência do STJ e do STF, o art. 155, II, da CF/1988 e a Súmula 166, do STJ, que afirma **“não constituir fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo titular”**.

A respeito deste ponto 3 - vale destacar, que a Impugnante não mencionou precisamente quais notas fiscais referem-se às operações de transferências propriamente ditas. Aliás, apenas para argumentar esta matéria ainda não tem decisão definitiva pelo STF.

É dizer, as saídas propriamente ditas de mercadorias(transferências) entre matriz e filial e vice-versa situadas noutra unidade da federação, o Plenário do Supremo Tribunal Federal-STF, recentemente(16/04/2021), em sessão virtual, reafirmou a jurisprudência da Corte na (ADC 49) e declarou a não incidência do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços(ICMS) sobre o deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte localizados em estados distintos. Através de votação majoritária, os ministros deram provimento ao Recurso Extraordinário com Agravo(ARE) 1255885, com repercussão geral reconhecida (Tema 1099), e confirmaram o entendimento de que o tributo apenas incide nos casos em que a circulação de mercadoria configurar ato mercantil ou transferência da titularidade do bem. (Processo nº único: 0800666-84.2017.8.12.0026).

De qualquer forma, apesar do julgado, a decisão ainda não é definitiva, em razão de alguns Estados terem entrado com EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, como fizera por exemplo, o Estado do Rio Grande do Norte, ao pedir esclarecimentos sobre o alcance da decisão quanto à autonomia, a suspensão dos efeitos da decisão até análise dos embargos e a modulação a partir de 2022, ainda pendente de julgamento.

Portanto, com relação as saídas de mercadorias (transferências) entre matriz e filial e vice versa, localizados em outro estado da federação ainda que do mesmo titular, tem-se que, enquanto não for proferida a decisão final referente aos referidos **embargos de declaração** na ADC 49, os efeitos da legislação vigente a respeito da matéria que estabelecem a cobrança do ICMS (Lei Complementar nº 87/1996, Lei Estadual nº 059/93 e o Decreto nº 4.335-E/2001/RR), permanecem vigentes/aplicáveis.

4 - DO DEVER DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA-JULGADORA EM JULGAR CONFORME OS PRINCÍPIOS E REGRAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Aduz que qualquer atividade administrativa, deve ser regida pelo princípio da moralidade pública (ar.37, caput da CF). Que é dever do julgador administrativo observar antes de tudo a Constituição Federal e a Lei, por ocasião da apreciação das impugnações e recursos a ele submetidos. Que tal entendimento visa resguardar o interesse público na medida em que o reconhecimento da suscitada inconstitucionalidade posteriormente no âmbito judicial, tenderá a onerar indevidamente os cofres públicos pelo pagamento de eventuais ônus sucumbenciais.

A Impugnante neste ITEM 3 - apenas ressalta que é dever do servidor público no exercício da atividade administrativa observar os princípios constitucionais do art. 37 da Constituição Federal, viando sempre resguardar o interesse público.

Aqui, sobre este ponto 3 - não há muito o que dizer porque todo e qualquer servidor público, tem o dever de cumprir com zelo e dedicação as atribuições do cargo, ser leal às instituições a que servir, observar a Constituição Federal, as normas legais e regulamentares do estado, cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais, enfim, é isso que a sociedade espera de todo e qualquer servidor investido em cargo ou função pública, etc. Ressalte-se que quaisquer desvios de conduta sujeitar-se-á o servidor a procedimento administrativo de sindicância e/ou disciplinar, obviamente.

5 - O DEVER DA AUTORIDADE JULGADORA EXIMIR-SE DA APLICAÇÃO DE DISPOSITIVOS LEGAL E CONSTITUCIONAL.

Alega que restou demonstrada a inconstitucionalidade da legislação e que não pode o agente administrativo, sob hipótese alguma, agir em divergência com aquilo que acredita ser correto.

Que a impugnante teve seu **direito ao contraditório tolhido pelo agente fiscal**, que **não oportunizou sua ampla defesa**.

DO EXAME DESSA SUPOSTA PRELIMINAR DE NULIDADE

A autuada, alega a inconstitucionalidade da legislação e que houve violação do contraditório e ampla defesa, sob o argumento de que o agente fiscal, não oportunizou à autuada o seu direito ao contraditório e a ampla defesa.

Sobre este ITEM 5- vale registrar, a princípio, que a autuada não diz expressamente qual dispositivo é tido como inconstitucional, e, segundo, não aponta quais os motivos que o impedira de realizar o seu direito de defesa.

Visto que, perscrutando os autos deste processo, o que se vê, é que a fiscalização agira conforme prever os procedimentos dos artigos 858, incisos I, II e III e 859 e seus incisos, ambos do RICMS/RR - Levantamento Quantitativo e Financeiro por Espécie de Mercadorias-LQFEM, no qual fora analisado todos os documentos fiscais emitidos e recebidos do período fiscalizado, conforme se infere dos autos e dos arquivos constates do CD-MÍDIA(fl.19), bem como, de acordo como dispositivos constitucionais vigentes, pois, em nenhum momento verificase que houve quaisquer violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa constitucionalmente assegurados, até porque, apesar da empresa autuada encontrar-se **baixada de ofício**, fora devidamente cientificada de todos os atos do processo via Diário Oficial do Estado, como se pode verificar das publicações no DOE, tais como: Notificação do Termo de Início da OS nº 889/2020, publicado no DOE de 22/10/2020(fl.07/08), Notificação do Auto de Infração nº 00030/2021, publicado no DOE de 18/02/2021(fl.05), Publicação do Pedido de Autorização e do Termo de Prorrogação da Ação Fiscal no DOE de 22/12/2020(fl.10 e 11), Termo de Conclusão(fl.12/17), Relatório da Gim do período de 2015 à 2017(fl.18), Anexo III - Demonstrativo de Base de Cálculo(fl.20), bem como de todos os demais arquivos: Anexos, Demonstrativos, Relatório Final, Arquivos SPED-EFD, NFes e NFCess, dos períodos de 2015, 2016 e 2017, constantes do CD-MÍDIA(fl.19), portanto, fora oportunizado a autuada toda a documentação relativa autuação, tanto que apresentara defesa completa e irrestrita ao Auto de Infração.

De modo que, sem maiores delongas, não resta comprovado a violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual rejeito a suposta preliminar de nulidade de cerceamento de defesa, pelos motivos ora citados.

6 - DOS LIMITES FIXADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA MULTAS TRIBUTÁRIAS AOS CONTRIBUINTES E SUA REDUÇÃO PARA VALOR RAZOÁVEL PELO PRINCÍPIO DA EQUIDADE.

Alega que a aplicação da multa punitiva superior ao valor do débito principal, ao real valor devido pelo contribuinte, ocasiona o confisco, expressamente vedado pela Constituição federal do Brasil, no s termos do art. 150, inciso IV. A impugnante junta várias jurisprudências e pede que, caso a multa por descumprimento de obrigação acessória não seja reduzida a valor correspondente à gravidade da infração de acordo com a argumentação supra, que a referida penalidade seja reduzida a patamares razoáveis em função da equidade (CTN - Art. 108, IV).

Que no caso em tela, a multa imposta à Impugnante é de valor de 50% d tributo declarado, que posteriormente foi verificado se quer ser devido, evidenciando claramente seu caráter confiscatório, dessa forma ante a clara boa-fé da impugnante o patamar da multa deve ser reduzido para 20% do valor do tributo, conforme entendimento exposto pelo STF, patamar mínimo fixado pela legislação em caso de autuações fiscais, ante a falta de dolo da impugnante.

A respeito do **ITEM - 6**, acima citado, vale esclarecer que a penalidade estabelecida para as situações de FALTA de PAGAMENTO de ICMS NÃO ESCRITURADO E NÃO DECLARADO NORMAL, **EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA**, está prevista na Lei nº 059/93, em seu art. 69, inciso I alínea “g”, correspondente à **100% aplicável sobre o valor do imposto, cuja infração restou devidamente comprovada pelos levantamentos juntos aos autos.**

O percentual da MULTA aplicada de 100% do valor do imposto, portanto, está em consonância com o entendimento do STF no sentido de que a MULTA só é INVALIDADA se ULTRAPASSAR o VALOR do PRÓPRIO TRIBUTOS - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ, relator Ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 14 de fevereiro de 2003, e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP, relator ministro Gilmar Mendes, julgado sob o ângulo da repercussão geral em 18 de maio de 2011 - Diário da Justiça de 18 de agosto de 2011. Referida posição já vem sendo adotada pelo Conselho de Recursos Fiscais do Estado de Roraima-CRF, conforme **RESOLUÇÕES nºs 63/2018 e 64/2018**, dentre outras, **ao adequar a multa de 40% do valor da operação para até 100% do valor do imposto**, ou seja, o STF admite que o patamar da multa tributária não pode ultrapassar o valor do imposto devido.

Ademais, o posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal-STF, exposto na ADI-551 de Relatoria do Min. Roberto Barroso no AI-727.872 - AgR/RS é que: **“entende prudente adotar como limites os montantes de 20% para multa moratória e 100% para multas punitivas.”**

Desta feita, no caso dos presentes autos a MULTA de 100% do valor do IMPOSTO corresponde ao valor d ICMS, portanto, legal, constitucional e não configura confisco.

7 - DA ABUSIVIDADE DOS JUROS COMPUTADOS NO DÉBITO EM DOBRO: NECESSIDADE DE ATENDIMENTO AO LIMITE FIXADO EM NORMA FEDERAL (TAXA SELIC).

Alega que a imposição da taxa de juros de 0,33% diários nos termos do art. 173, do Decreto-Lei nº 5/75, já foi discutida e rechaçado pelo tribunais superiores.

Que as taxas de juros aplicadas extrapolam o valor da SELIC, devendo ser afastada por ofensa ao art. 24, I, da Constituição. E isso não só pela razão formal que aqui se aduz (incompetência dos Estados par ir além da norma geral estabelecida pela União), mas também pela razão material.

No que se refere a este ITEM - 7 - vale destacar que sobre essa matéria relativa a cobrança de taxas de juros envolvendo à União Federal e os Estados da Federação, no que se refere às cobranças tributárias, salvo melhor juízo, ainda não há consenso na comunidade jurídica do país.

Desta feita, a cobrança de juros, multa e atualização monetária sobre créditos tributários, são tratados e devem ser recolhidos nos percentuais insculpidos nos artigos 160, 161 e 162, do Código Tributário Estadual - Lei nº 059 de 28/12/1993, cuja sistemática já é acoplada ao Sistema Integrado de Administração Tributária-SIAT, da Secretaria de Estado da Fazenda de Roraima-SEFAZ/RR. Portanto, não compete ao Auditor Fiscal interferir nesta seara, já que exerce atividade plenamente vinculada, sem qualquer margem de discricionariedade, nos termos do art. 142, do CTN.

8 - DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIA: VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE - NATUREZA INDENIZATÓRIA DOS JUROS DE MORA.

Assevera que é cediço o entendimento de que os juros podem ter natureza compensatória ou moratória. Os primeiros constituem a remuneração devida pelo uso temporário e consentido do capital de outrem. Nada mais são de que frutos do capital, riqueza nova decorrente deste. Os juros de mora, ao seu turno, correspondem indenização ao dano causado por aquele que não paga dívida no vencimento ou não restitui no instante apropriado dinheiro alheio de que tenha posse. Cita artigos do Código Civil, algumas doutrinas e jurisprudência sobre o caso.

Alega, ainda, que são absolutamente injustificáveis as taxas de 0,33% ao mês, pugna pela inconstitucionalidade formal e material do art. 173 do Dec.-Lei nº 5/75, por inobservância do teto fixado em lei federal (aplicação do art. 24, I e parágrafos 1º e 4º, da Constituição) e (a) por ofensa aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e do não confisco, dado o caráter indenizatório dos juros de mora e a clara disparidade entre a taxa fixada nos citados dispositivos e o custo de captação de dinheiro pelo Poder Público no mercado financeiro.

De igual modo, o tratamento dado ao ITEM - 7 acima, há de ser adotado também neste ITEM 8 - visto que, como dito acima, essa matéria relativa a cobrança de taxas de juros envolvendo à União Federal e os Estados da Federação, no que se refere às cobranças tributárias, salvo melhor juízo, ainda não há um consenso na comunidade jurídica do país.

Desta feita, a cobrança de juros, multa e atualização monetária sobre créditos tributários, são tratados e devem ser recolhidos nos percentuais insculpidos nos artigos 160, 161 e 162, do **Código Tributário Estadual** - Lei nº 059 de 28/12/1993, cuja sistemática já é acoplada ao Sistema Integrado de Administração Tributária-SIAT, da Secretaria de Estado da Fazenda de Roraima-SEFAZ/RR. Portanto, não compete ao Auditor Fiscal interferir nesta seara, já que exerce atividade plenamente vinculada, sem qualquer margem de discricionariedade, nos termos do art. 142, do CTN.

IV - DOS PEDIDOS

De modo que, após exaustivo exame dos autos, todos os ITENS de 01 ao 08, da IMUGNAÇÃO, foram examinados e rechaçados e os pedidos constantes das letras a), b) c), d) e e), negados, devendo as intimações e demais atos processuais serem dirigidas em nome do advogado Dr. Roberto Carlos Keppler - OAB/SP nº 68.931, com endereço profissional na Rua Bento de Andrade, nº 421 - Jardim Paulista-São Paulo-SP.

Portanto, a fim de se fazer justiça fiscal, E EM VIRTUDE DA FLAGRANTE DECADÊNCIA REFERENTE AO FATO GERADOR OCORRIDO EM **DEZEMBRO DE 2015**, UMA VEZ QUE O AUTO DE INFRAÇÃO SÓ FORA LAVRADO EM 07 DE JANEIRO DE 2021, QUANDO O FISCO TERIA APENAS ATÉ O DIA **31/12/2020**, PARA EFETUAR O LANÇAMENTO, OPEROU-SE POIS A DECADÊNCIA DO DIREITO DE LANÇAR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO QUESTIONADO, CADUCANDO-O NOS TERMOS DO ART. 173, INCISO I DO CTN.

Assim, há que ser excluído do Auto de Infração o valor original do ICMS correspondente ao período de **12/2015**, ou seja, **R\$ 1.182,94**, sendo mantidos os demais valores referentes aos períodos de **2016 e 2017** e a multa de 100% do valor do ICMS, conforme valores abaixo anotados:

- VALOR ORIGINAL do ICMS de 2016	R\$ 2.506,20
- VALOR ORIGINAL do ICMS de 2017	R\$ 119,87

- VALOR TOTAL DO ICMS (2016 e 2017)	R\$ 2.626,07
-------------------------------------	--------------

- VALOR DA MULTA DE (100% DO ICMS) R\$ 2.626,07

- VALOR TOTAL DO AUTO DE INFRAÇÃO R\$ 5.252,14, a ser corrigido no momento de seu efetivo pagamento.

Desta feita, a lavratura do Auto de Infração nº 000030/2021(fl.s.02), sob a acusação de FALTA de PAGAMENTO de ICMS NÃO ESCRITURADO E NÃO DECLARADO NORMAL, **REFERENTES AOS EXERCÍCIOS de 2016 e 2017**, restou devidamente comprovada e atendeu à legislação pertinente.

Por fim, entendo que regras do art. 173, § único, do CTN, que trata da notificação de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento só interfere no prazo de decadência relativo aos exercícios que ainda não tenha se iniciado, na forma do art. 173, inciso, I, vez que não se admite também no direito tributário interrupções e nem suspensões do prazo decadencial, ressalvado a única exceção do art. 173, inciso II que diz: “(contar-se-á novamente 5 anos, da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anterior efetuado).

CONCLUSÃO

Ante o exposto, com base nos fundamentos de fato e de direito acima citados, e consubstanciadas nas provas colacionadas aos autos, restou devidamente configurada a infração, decorrente de operações de FALTA de PAGAMENTO de ICMS NÃO ESCRITURADO E NÃO DECLARADO NORMAL, apurado através de LEVANTAMENTO QUANTITATIVO E FINANCEIRO POR ESPÉCIE DE MERCADORIA-LQFEM, referentes aos exercícios 2016 e 2017, em virtude de constatação de saídas de mercadorias em documentos fiscais com base de cálculo do ICMS inferiores ao custo de aquisição, **conforme demonstrado no Auto de Infração nº 000030/2021(fl.s.02), no Quadro Demonstrativo de Cálculos(fs.06), no Relatório Resumo da GIM do próprio contribuinte(fl.s.18) e pelos arquivos constantes do CD-MÍDIA, anexado aos autos(fl.s.19), nos termos do artigos 71 do RICMS/RR-Decreto nº 4.335-E/2001, c/c o artigo 69, inciso I, alínea “g”, da Lei nº 059/93, cujo débito encontra-se ainda em aberto, excluindo o período de referência de 12/2015, por ter sido atingido pela decadência, e, por tudo isso, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE o dito Auto de Infração nº 000030/2021**, mantendo a cobrança do imposto, da multa e seus acréscimos legais, a ser atualizado na data do seu efetivo pagamento, correspondentes aos períodos: 12/2016 e 12/2017, acima especificados.

RECURSO DE OFÍCIO

Atento e em cumprimento ao disposto nos artigos 54, §1º e 63 da Lei Nº 072 de 30 de Junho de 1994, c/c o artigo 89, inciso I e § 1º e artigo 87, § 6º, ambos do Decreto Nº 856, de 10 de Novembro de 1994, interponho recurso de ofício ao Egrégio Conselho de Recursos Fiscais.

INTIMAÇÃO

Intime-se o contribuinte nos termos do artigo 54, § 1º da Lei nº 072, de 30 de junho de 1994, combinado com o artigo 89, § 3º, e na forma do artigo 87, § 6º, ambos do Decreto nº 856, de 10 de novembro de 1994, entregando-lhe cópia da presente decisão para seu conhecimento.

Boa Vista (RR), 23 de junho de 2022.

Jarbas Meneses de Albuquerque
Julgador de Primeira Instância
Mat. 050001668