



13. nº 117

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

PROCESSO : 20162700300009
RECURSO : DE OFÍCIO Nº 0208/2020
RECORRENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.
RECORRIDA : 2ª INSTÂNCIA/TATE/SEFIN.
INTERESSADA : EVERMAX LOGÍSTICA E DISTRIBUIDORA DE PEÇAS LTDA.
RELATOR : JULGADOR - ROBERTO VALLADÃO ALMEIDA DE CARVALHO
RELATÓRIO : Nº 262/20/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

02 – VOTO DO RELATOR

A autuação ocorreu em razão do sujeito passivo deixar de recolher o ICMS devido quando comercializou mercadorias diversas tendo emitido NFes próprias com destaque de ICMS, porém deixando de efetuar os registros regulares de tais operações nos livros fiscais obrigatórios e de pagar o imposto devido, ficando desta forma sujeito ao pagamento do ICMS devido. Foram indicados para a infringência os art. 35, 43-V ambos do RICMS/RO aprovado pelo Dec. 8321/98 e para a penalidade o artigo 77, inciso IV, alínea “a” da Lei 688/96.

A autuada foi cientificada via Correios por meio de Aviso de Recebimento AR AR451660462 JS em 05/08/2016 conforme fl. 17. Foi apresentada peça defensiva em 06/09/2016 (fls. 18-99). Posteriormente a lide foi julgada nula em 1ª Instância, conforme decisão às fls. 101-109 dos autos. A decisão singular foi notificada ao sujeito passivo via DET – Domicílio Eletrônico Tributário em 04/03/2020, conforme fl. 110.

O Recurso de Ofício versa sobre que a descrição que o sujeito passivo comercializou mercadorias sem efetuar os registros obrigatórios e sem pagar o imposto devido, os dispositivos apontados que versam sobre o direito a vedação ao crédito e a pena cominada que não informa qual o item que foi enquadrada a penalidade. Não é possível determinar com segurança a natureza da infração.



Fls. nº 118

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

O autuante se aposentou e a Delegacia decidiu não se manifestar no processo conforme fl. 112.

É o breve relatório.

**02.1 – DA ANÁLISE DOS AUTOS E FUNDAMENTOS DO
VOTO**

A exigência fiscal ocorre em razão da constatação de que o sujeito passivo deixou registrar corretamente as notas fiscais de saídas e com isso deixou de recolher ICMS devido correto no exercício de 2015. O recurso de ofício foi cientificado via DET em 04/03/2020.

Razões do Recurso

O Sujeito passivo trouxe na sua Defesa dos fatos, da tempestividade da defesa, preliminarmente – da nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa, nulidade do auto de infração por precariedade, no mérito – da improcedência do auto de infração, da imposição da multa – da afronta ao princípio do não confisco de da razoabilidade.

Diz que gera empregos e renda e é fiel cumpridora das obrigações tributárias. Cita a capitulação da infração e da penalidade diz que a descrição da infração em nada se relaciona com a capitulação legal e, principalmente, com a infração tida como ocorrida. Se baseia a nulidade por cerceamento de defesa por desrespeito do art. 100, incisos IV e V da Lei 688/96.

Traz a motivação do ato administrativo, diz que o auto é imotivado. Não trouxe a indicação do Texto de Lei e o pressuposto do fato. Com eles, tem o controle da legalidade e se exercita o amplo direito a defesa baseado no art. 5, II da CF. Traz jurisprudência do TIT/SP e Conselho Federal dos Contribuintes.

Diz que não se pode aplicar os art. 107 e 107-A da Lei 688/96, pois inexistem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração, pois sequer sabe esclarecer se questiona o crédito do imposto ou o não pagamento pela



Fls. nº 19

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

ausência de registro. Não se pode aplicar o art. 170-A, pois ele foi acrescentado em 01/07/2015, e conforme o art. 105 se aplica a legislação do fato gerador do exercício do ano todo, isto é, de 2015.

Afirma que o auto de infração está lastreado em incertezas e fatos que não se justificam. Diz na descrição da infração traz omissão de registro de notas fiscais, só que todas as notas fiscais estão registradas no Livro de Saídas. O auto de infração traz dúvida insanável. A própria descrição da infração está descompassada dos documentos acostados revelando erro material.

Diz que o ônus da prova cabe ao autunte no caso no processo tributário, isto decorre da isonomia processual. Traz diversas doutrinas e jurisprudências sobre o tema.

Não houve nenhuma diligência complementar. A fiscalização não individualizou e demonstrou as situações, mais generalizou e presumiu as mesmas.

Todos estes fatos traz a incerteza ao lançamento tributário. Traz diversas jurisprudências sobre o aprofundamento mínimo no levantamento de provas sobre as infrações imputadas ao contribuinte.

Diz que foi feito um simples levantamento de diferença de valor lançado no SPED confrontado com a Nota Fiscal e a diferença autuada. Antes de adentrar no mérito, faz todo um arrazoado sobre verdade material.

Diz que, se fosse o caso, de erro de registro no SPED, não houve prejuízo ao Estado, pois foi recolhido corretamente o ICMS.

Diz que há motivos para o não pagamento do ICMS. Apresenta um rol de notas fiscais emitidas dentro do Estado de Rondônia que recolheram o tributo por substituição tributária, outra que é devolução de vendas, outras que são “outras entradas” que não recolhem ICMS na saída e outras que recolheram na apuração mensal.

Para as vendas para fora do Estado, trouxe que as notas fiscais de saída foram objeto de pedido de ressarcimento, reabrindo-se a cadeia tributária, e a



Fls. nº 120

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

fiscalização logrou lançar somente o débito (ICMS-Saída) desconsiderando por completo o crédito do ICMS-Entrada, afrontando o princípio da não cumulatividade.

Explica o Princípio da não cumulatividade.

Traz outro rol de notas fiscais de recolheu o ICMS-SI que não teve ressarcimento, portanto não tinham imposto a recolher.

Por todo o exposto, seria de fundamental a importância a recompor a conta gráfica do sujeito passivo para verificar seus créditos.

Traz nas fls. 45-46 a Tabela da Recomposição da sua Conta Gráfica na qual comprova que não há crédito tributário a pagar.

Junta planilha e Livro de Apuração de ICMS para comprovar a recomposição da Conta Gráfica. Diz que fez justas deduções na planilha do Autuante.

Diz que se não foi aceito os cálculos apresentados, solicita diligência com fulcro no art. 116 do CTN para apurar o saldo credor do exercício de 2015.

Faz um arrazoado sobre a multa confiscatória e sobre o princípio da razoabilidade. Neste item apresenta que a multa do art. 77, inciso IV, alínea "a" tem itens do 1 ao 5 e não sabe qual está enquadrado.

O autuante para afirmar sua acusação.

Acostou no PAT: DFE 20162500300023, fl.03, DSF 20163706300420, fl. 04, Termo de Início de Ação Fiscal. fl. 05, Rol de DANFES, fls. 06-11, Termo de Juntada de Prova de Meio Eletrônico e CD-ROM, fls. 12-13, Termo de Devolução de Livros e Documentos, fl. 14 e Termo de Encerramento de Ação Fiscal, fl. 15.

O CD contém uma lista de notas fiscais que foi registrada com valores menores no SPED, fato que até a defesa confirma. Porém a planilha de Cálculo apresentada não traz a certeza dos cálculos e nem confirma a liquidez que se deve apresentar um Trabalho de Fiscalização que recebe a chancela de procedência deste Tribunal.



Fls. nº 121

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

O Julgador Singular, simplesmente, acatou o cerceamento de defesa por completa desconexão entre a descrição da infração e os dispositivos apontados que versam sobre o direito a vedação ao crédito e a pena cominada que não informa o item que foi enquadrada a penalidade. Não é possível determinar com segurança a natureza da infração, arguida pela defesa sem maiores considerações.

Razões da Decisão

Preliminarmente, é forçoso observar que o auto de infração contém erro que enseja a sua nulidade. Com efeito, no campo intitulado “descrição da infração” consta: “deixar de recolher o ICMS devido quando comercializou mercadorias diversas tendo emitido NFes próprias com destaque de ICMS, porém deixando de efetuar os registros regulares de tais operações nos livros fiscais obrigatórios e de pagar o imposto devido”. Foram apontados como infringidos os dispositivos art. 35, 43-V ambos do RICMS/RO aprovado pelo Dec. 8321/98 que tratam da vedação da apropriação de créditos de ICMS. Entretanto, o relato não é de apropriação de crédito e sim da falta de pagamento de tributo por registro irregular de nota fiscal no SPED, nos seguintes termos: “sujeito passivo deixar de recolher o ICMS devido quando comercializou mercadorias diversas tendo emitido NFes próprias com destaque de ICMS, porém deixando de efetuar os registros regulares de tais operações nos livros fiscais obrigatórios e de pagar o imposto devido, ficando desta forma sujeito ao pagamento do ICMS devido.” Foi apresentado em anexo diversos documentos: DFE 20162500300023, fl.03, DSF 20163706300420, fl. 04, Termo de Início de Ação Fiscal, fl. 05, Rol de DANFES, fls. 06-11, Termo de Juntada de Prova de Meio Eletrônico e CD-ROM, fls. 12-13, Termo de Devolução de Livros e Documentos, fl. 14 e Termo de Encerramento de Ação Fiscal, fl. 15. Estes elementos trazem somente indícios.

O CD contém uma lista de notas fiscais que foi registrada com valores menores no SPED, fato que até a defesa confirma. Porém a planilha de Cálculo apresentada não traz a certeza dos cálculos e nem confirma a liquidez que se deve



1. 15. n°

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

apresentar um Trabalho de Fiscalização que recebe a chancela de procedência deste Tribunal.

Por fim a norma apontada na penalidade não contém o item pois o inciso IV tem cinco itens dificultando sobremaneira o trabalho da defesa

O equívoco apontado torna o lançamento nulo, por falta de um dos requisitos essenciais para o seu desenvolvimento válido e regular, qual seja, a correta capitulação da norma legal supostamente infringida pela Recorrente, conforme o artigo 142 do CTN. e, ainda do artigo 100, inciso V, da Lei 688/96, *in verbis*:

Art. 100. São requisitos de Auto de Infração: (NR Lei nº 2376, de 28.12.10 – efeitos a partir de 29.12.10)

(...)

V - citação expressa do dispositivo legal que define a infração cometida e lhe comina penalidade; (NR Lei nº 2376, de 28.12.10 – efeitos a partir de 29.12.10)

É princípio fundamental do Estado de Direito que a fundamentação dos atos administrativos, notadamente do lançamento tributário, seja precisa e incontroversa, dotada de um grau de rigor e determinação suscetível de permitir o direito de ampla defesa do contribuinte. A exigência de capitulação legal não pode cingir-se à mera indicação de um dispositivo isolado da lei, que se refere genericamente à matéria em causa, mas que não contém por si só a especificação exata da infração cometida. Não basta que o fiscal autuante indique como infringidos os artigos que tratam de vedação ao crédito de ICMS e se estar a falar de falta de pagamento de tributo

Entendo que o equívoco referente à correta indicação dos dispositivos legais que ensejaram a autuação é requisito essencial para a validade do presente Auto de Infração. Remarque-se que, nos termos do art. 100, V da Lei 688/96, a nulidade será declarada unicamente quando não for possível suprir a falta pela retificação ou complementação do ato. No tocante à retificação do lançamento, o art. 108 da Lei 688/96, dispõe que o auto de infração pode ser retificado se houver elementos suficientes para tal e que estes elementos podem superar o valor da autuação ou mesmo ter uma nova



Arquivo
Fls. nº 123

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

autuação. A melhor medida de Justiça, neste caso, respeitando o contraditório, ampla defesa e a segurança jurídica é o refazimento da ação fiscal.

Desta forma, não se afigura possível determinar, nesta fase do litígio, a correção do erro apontado. Até porque tal determinação importaria em supressão de instância.

Portanto, demonstrado erro na capitulação do lançamento, e diante da impossibilidade de sanar o erro apontado por esta Primeira Câmara, deve ser declarada a nulidade do Auto de Infração, em atenção ao disposto no artigo 142 do CTN e no artigo 100, inciso V da Lei 688/96, ressalvado o direito da Fazenda Pública de efetuar novo lançamento, respeitado o prazo decadencial.

Em face de todo o exposto, respeitando os entendimentos em contrário, conheço do Recurso de Ofício interposto negando-lhe o provimento. Mantenho a Decisão proferida em Primeira Instância que julgou nula a autuação fiscal

É como voto.

Porto Velho-RO, 07 de Julho de 2021.

Roberto V. A. de Carvalho
AFTE Cad. 300049311
RELATOR/JULGADOR

TATE/SEFIN
Fls. nº 124

GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE

PROCESSO : Nº. 20162700300009
RECURSO : DE OFÍCIO Nº 0208/2020
RECORRENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA : 2ª INSTÂNCIA/TATE/SEFIN.
INTERESSADA : EVERMAX LOGÍSTICA E DISTRIBUIDORA DE PEÇAS LTDA
RELATOR : Julgador – ROBERTO VALLADÃO ALMEIDA DE CARVALHO

RELATÓRIO : Nº 262/20/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

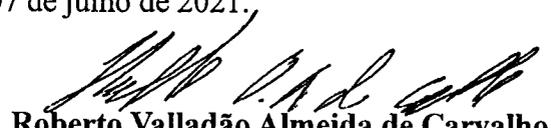
ACÓRDÃO Nº 217/21/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

EMENTA : ICMS/MULTA – REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS EM VALOR MENOR DO EMITIDO – FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO – NULIDADE – O autuante não carrou provas suficientes do ilícito tributário cometido pelo sujeito passivo. O autuante trouxe no CD ROM acostado somente um rol de notas fiscais. O autuante trouxe a capitulação da infringência e da penalidade que não condiz com a descrição da infração. Ressalvado ao fisco o refazimento do feito por meio de auditoria para investigar os indícios levantados nas operações de saída. Mantida a decisão de primeira instância que julgou nulo o auto de infração. Recurso de Ofício Desprovido. Decisão Unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os membros do **EGRÉGIO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE**, por unanimidade em conhecer do Recurso de Ofício interposto para no final negar-lhe provimento, mantendo a decisão de primeira instância que julgou **NULO** o auto de infração, nos termos do voto do Julgador Relator constante dos autos, que faz parte integrante da presente decisão. Participaram do julgamento os Julgadores Roberto Valladão de Carvalho, Leonardo Martins Gorayeb e Antônio Rocha Guedes e Daniel Glaucio Gomes de Oliveira.

TATE, Sala de Sessões, 07 de julho de 2021.


Anderson Aparecido Arnaut
Presidente


Roberto Valladão Almeida de Carvalho
Julgador/Relator