



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

SUJEITO PASSIVO : *Rei do Tempero Ltda ME.*
ENDEREÇO : *Av. Flor do Maracá, 1046 – B. Vista Alegre – CEP: 76960-024 – Cacoal/RO*
PAT Nº : *20202700400019*
DATA DA AUTUAÇÃO : *24/08/2020*
CAD/ICMS : *147032-9* *C.N.P.J:07.930.976/0001-02*

DECISÃO Nº 2022.01.25.04.0005/TATE/SEFIN

1. Deixar de apurar e recolher ICMS de saídas CFOP 5102 2. Venda de mercadorias tributadas sem destaque do ICMS 3. Defesa tempestiva. 4. Nulidade da ação fiscal 5. Auto de Infração NULO.

1 – RELATÓRIO

O sujeito passivo foi autuado, segundo descrito na peça inicial, por deixar de apurar e recolher ICMS no ano de 2015 de notas fiscais eletrônicas de saídas sob o CFOP 5102 (venda de mercadorias tributadas sem destaque do ICMS), sem apuração na GIAM e respectivo recolhimento, em desacordo com a legislação tributária. Fato constatado em levantamento fiscal através da DFE 20202500400004, determinada pela GEFIS – Gerência de Fiscalização, planejamento de Malhas Fiscais 2020 - Processo 20200040004222.

A infração por descumprimento de obrigação fiscal principal, foi capitulada nos artigos 1º, I; 2º, I e 32, todos do RICMS-RO (Dec. 8321/98) c/c artigo 77, IV “a-1” da Lei 688/96 e, penalidade aplicada de acordo com o artigo 77, inciso IV, alínea “a-1” da Lei 688/96.



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

O crédito tributário, na data da lavratura, tem a seguinte composição:

ICMS	R\$	15.992,34
MULTA (90% do valor do imposto atualizado)	R\$	19.406,06
JUROS	R\$	13.471,61
ATUAL. MONETÁRIA	R\$	5.570,07
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$	54.440,08

O sujeito passivo foi notificado da autuação por via DET em 26/08/2020 (fls. 08 a 17), apresentou defesa tempestiva em 23/09/2020 às fls. 19 a 45 do PAT.

2 - DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

O sujeito passivo apresenta em sua defesa, em síntese, os seguintes argumentos:

1. Preliminares: violação aos princípios: da ampla defesa e do contraditório; do devido processo legal, da publicidade; do formalismo moderado; da legalidade tributária; da finalidade; da motivação; da proporcionalidade e razoabilidade; da capacidade econômica; da proibição ao confisco; da moralidade; e da segurança jurídica.
2. Argumenta a impugnante que, o Fisco deixou de considerar os documentos apresentados pela empresa onde consta opção pelo regime do Simples Nacional e os recolhimentos do ICMS através do DASN em 2015.
3. Enfatiza a defesa que, o ato administrativo encontra-se eivado de vícios pelo que deve ser anulado. Salaria que o fisco utilizou de dispositivo inexistente na legislação para capitulação da infração (§ 11 do art. 406 do RICMS-RO).
4. Aduz a defesa que, ao considerar a empresa como enquadrada no regime normal de pagamento, haveria que apurar a conta gráfica de todo o período, observando todos os débitos e créditos e deduzir os valores recolhidos. Isso não foi feito pela autoridade fiscal.



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

5. Salienta que a multa aplicada é superior ao valor do tributo devido em ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.
6. No Mérito: alega a defesa que, a empresa não estava obrigada à entrega da EFD do período (inciso III, § 8º, art. 406-C do RICMS-RO), por se enquadrar no regime do Simples Nacional. Esclarece a impugnante que, de fato, houve os pagamentos do imposto estadual na forma do Simples Nacional, conforme se comprova pelo DASN – Documento de Arrecadação do Simples Nacional, bem como pelas declarações do PGDAS juntadas do período de 2015, fatos que afastam qualquer intenção de lesar o Erário.

Pede-se que seja declarada a nulidade do feito fiscal em razão de dúvida acerca da materialidade da infração descrita, corroborada pelos princípios constitucionais tidos como violados, na presente autuação. Que seja considerado o enquadramento da autuada no Simples Nacional (LC 123/2006, Protocolo ICMS nº 3/2011) no ano de 2015. No Mérito: que, não se acolhendo as teses de nulidade, analisando a possibilidade de aplicação de penalidade mais branda; que, a empresa não cometeu qualquer ilícito tributário; que, a impugnante no ano de 2015 estava sujeita às regras do regime de pagamento do Simples Nacional LC 123/2006.

3 – MANIFESTAÇÃO DO FISCO

O julgador singular efetivou despacho (fl. 783) para fins de diligência a esclarecer os pontos alegados na defesa, quais sejam, que se encontrava enquadrado no regime do SIMPLES NACIONAL e que, não estava obrigada a entrega dos arquivos da EFD no período de 2015 e, especialmente, o alegado acerca do enquadramento e não obrigatoriedade de apresentação da EFD, na conformidade das comprovações de recolhimentos do Simples Nacional – DASN e declarações PGDAS apresentadas na impugnação.



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

O autor do feito analisando as argumentações defensivas (fls. 784-verso a 818) e as provas anexadas aos autos, efetivou juntada de documentos comprovando que, de fato, o contribuinte estava enquadrado no Regime do Simples Nacional (LC 123/2006), no período contemplado no auto de infração em questão e, assim entendendo, pugna pela nulidade total do feito, considerando a razoável dúvida acerca da materialidade da infração cometida.

Justificou o autor do feito que a Receita Federal do Brasil excluiu (motivo: débitos pendentes e inscritos em dívida ativa) o sujeito passivo do regime do Simples Nacional, no início de 2017, com efeitos retroativos a 2014 até 2016, no entanto, o contribuinte regularizou a situação de pendências e obteve o reenquadramento do regime, ainda em fevereiro/2017.

4 – FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO

Segundo o que consta na peça básica, o sujeito passivo foi autuado por deixar de recolher ICMS das operações sob o CFOP 5102 sem destaque do imposto devido no ano de 2015, constatado pela falta de entrega dos arquivos EFD do período. Levantamento fiscal realizado considerando o regime normal de pagamento do tributo estadual, diante da exclusão do regime do Simples Nacional registrado no SITAFE. Sustentando a acusação fiscal o conteúdo da mídia ótica de fl. 06. A autuada em sua impugnação junta cópia das Declarações PGDAS do ano 2015 (fls. 713 a 762) e, cópias das notas fiscais de entradas do mesmo período. O levantamento fiscal determinado pela Designação de Fiscalização de Estabelecimento – DFE 20202500400004, originada pelo planejamento de Malhas Fiscais da GEFIS – Gerência de Fiscalização. No presente caso analisou a ausência de recolhimento do ICMS das saídas sob o CFOP 5102 no ano de 2015, observando levantamento fiscal em empresa do regime de pagamento normal.



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

Analisando a capitulação legal da infração, apontada nos artigos 1º, I; 2º, I; e 32, todos do RICMS/RO (dec. 8321/98).

Art. 1º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) incide sobre (Lei 688/96, art. 2º):

I – operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

Art. 2º Ocorre o fato gerador do imposto no momento (Lei 688/96, art. 17):

I – da saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

*Art. 32. O Fisco Estadual poderá fazer o **arbitramento** da base de cálculo do imposto, mediante processo regular, quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação do tributo ou quando não for possível apurar o montante real da base de cálculo, desde que ocorra qualquer dos casos seguintes (Lei 688/96, art. 23):*

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 328;

A autuação contempla exigência do tributo das operações de CFOP 5102 do período de 2015. O fisco desconsiderou o enquadramento no regime do Simples Nacional, arbitrou na forma do art. 32 do RICMS-RO, exigindo o ICMS não destacado, com acréscimos legais e multa estabelecida no Art. 77, IV, “a-1” da 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;*

Observa-se que o Fisco exige o imposto estadual das operações de saídas CFOP 5102 (por arbitramento) não considerando a movimentação de entradas e saídas (apuração de créditos e débitos) da conta gráfica do período (2015). Salvo melhor compreensão, entendo que o Fisco ao considerar a exclusão do regime simplificado deveria realizar a apuração de forma integral pelo regime normal de pagamento.



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

Entendo, ademais, que o levantamento fiscal foi realizado parcialmente, alcançando apenas parte das operações da empresa autuada.

Pelo que consta nos autos vislumbra-se que a atividade do sujeito passivo na época dos fatos estava sujeita às regras estabelecidas na Lei Complementar 123/2006, conforme as declarações PGDAS juntadas pela defesa (fls. 713 a 762).

No caso em questão se comprovada a exclusão ao regime do Simples Nacional (LC 123/2006), haveria que efetuar o levantamento fiscal de todo o período, ou seja, 2014 a 2016 que se apurou pelo regime simplificado das MEs e EPPs, realizando apuração na forma do regime normal de pagamento.

Os argumentos defensivos, pugnam pela nulidade do feito fiscal afirmando que a autoria do feito não observou os princípios constitucionais, enfatizando, especificamente, o da ampla defesa e do contraditório, além do devido processo legal. Entendo que o auto de infração em questão foi elaborado na forma prevista na legislação tributária de regência, tendo as provas constituídas e gravadas na mídia de fl. 07 do PAT, devidamente notificada à autuada conforme se depreende da notificação de fls. 08 a 17. O contribuinte exerceu seu direito de defesa, apresentando impugnação tempestiva conforme se vislumbra em fls. 19 a 45 dos autos. Portanto, diante das circunstâncias do momento do levantamento fiscal, regularmente determinado, a autuação transcorreu na forma da legislação tributária. A fiscalização em atendimento ao determinado na DFE de conta gráfica, efetivou procedimento na empresa adotando como se fosse enquadrada no regime normal de pagamento. Ocorre que, o desenquadramento teve como origem o ato de exclusão promovido pela Receita Federal do Brasil em janeiro/2017, com efeitos retroativos aos períodos de 2014 a 2016, o que motivou a SEFIN-RO a excluir do regime de pagamento do Simples Nacional, no que se refere ao ICMS no Estado. Assim, considerando que, a Receita Federal do Brasil,



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

após a regularização das pendências por parte do sujeito passivo restabeleceu o seu enquadramento, também retroativamente ao período de 2014 a 2016 e, dessa forma, tem-se por compreensão que não ocorreu qualquer desenquadramento do Simples Nacional, embora, ainda conste, como excluídos do regime, tanto na RFB como no sistema da SEFIN/RO.

Afastado também o argumento de que a multa ultrapassa o valor do tributo eis que a penalidade é de 90% sobre o valor do imposto atualizado, no caso em tela, o tributo atualizado totaliza R\$ 21.562,41 (15.992,34 + 5.570,047), multa 90% = R\$ 19.406,06. A penalidade aplicada decorre de dispositivo legal, portanto, nesse quesito afasta também qualquer ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade elencados na defesa.

Os argumentos da defendente de que há vícios que maculam o ato administrativo (auto de infração) e, a alegação de que sempre esteve enquadrado no regime do Simples Nacional, tendo recolhido o imposto estadual conforme as declarações PGDAS e recolhimentos através do DASN do período, enfatizando que, não é justo que tenha que recolher em nova modalidade (regime normal de pagamento), como se exige no presente auto de infração. Esses fatos serão analisados a seguir para ao final decidir.

Os documentos juntados pela defesa em fls. 713 a 762, confirmam que a empresa sempre esteve enquadrada no regime de pagamento do Simples Nacional – LC 123/2006. Caso houvesse o desenquadramento do regime pela SEFIN/RO, seria necessário a notificação ao contribuinte desse fato, isso não consta nos autos. Portanto, considera-se que, apesar da exclusão temporária efetivada pela Receita Federal do Brasil, a própria RFB restabeleceu o regime em razão da regularização da situação que motivou a exclusão. É que se vislumbra da análise dos documentos apresentados pela autoria do feito fiscal em atendimento ao despacho da autoridade julgadora de 1ª



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

Instância (fl. 783). O levantamento fiscal que ora se analisa perdeu a eficácia, eis que a empresa de fato exercia sua atividade no regime de pagamento do Simples Nacional, conforme as provas juntadas (Declarações PGDAS) de fls. 713 a 762, em contraponto com o levantamento fiscal realizado como se fosse do regime normal de pagamento, além da diligencia efetivada pela autoria do feito fiscal, em atendimento ao despacho de fl. 783 e juntada de documentos resultante da diligência em fls. 784 a 818.

Contudo, apesar da apuração e recolhimento pelo Simples Nacional a impugnante de fato, registrou débitos e créditos em GIAMs dos meses de agosto a dezembro/2015, o que se vislumbra possível irregularidade que deve ser apurada no respectivo regime de enquadramento da época.

Assim, smj compreendo que a empresa estava enquadrada no regime do Simples Nacional nos períodos de 2014 a 2016, conforme se depreende dos documentos juntados pela defesa (fls. 713 a 762) e pela autoria do feito fiscal em fls. 784 a 818. Assim, considerando o restabelecimento ao regime do Simples Nacional pela Receita Federal do Brasil – RFB e diante das provas juntadas pela defesa e autoria do feito, é de se concluir pela nulidade do auto de infração, em razão de tudo que consta dos autos, possibilitando o refazimento da ação fiscal. Acatando parcialmente os argumentos da defesa em relação ao enquadramento do Simples Nacional e recolhimento do IMA via DASN, além das declarações PGDAS do período de 2015.

5 – CONCLUSÃO

De acordo com o previsto no artigo 15, I, da Lei nº 4929, de 17 de dezembro de 2020, 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 NULO** o auto de infração e declaro **indevido** o crédito



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

tributário no valor de R\$ 54.440,08 (cinquenta e quatro mil, quatrocentos e quarenta reais e oito centavos).

Desta decisão, recorro de ofício à Câmara de Julgamento de Segunda Instância, nos termos do art. 132 da lei 688/96.

6 – ORDEM DE NOTIFICAÇÃO

Notifique-se a autuada da decisão de Primeira Instância, reservado o direito de vistas e manifestação junto à Câmara de Julgamento de Segunda Instância.

Porto Velho, 24 de janeiro de 2022.

NIVALDO JOÃO FURINI
Auditor Fiscal de Tributos Estaduais
Julgador de 1ª Instância/TATESEFIN