

PROCESSO: 20152930516094
RECURSO: OFÍCIO N.º 0455/18
RECORRENTE: SEARA ALIMENTOS S.A.
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR: DYEGO ALVES DE MELO
RELATÓRIO: N.º 325/22/2º INSTÂNCIA/TATE/SEFIN

1.0 RELATÓRIO

1.1 Do Auto de Infração.

Trata-se de Processo Administrativo Tributário com a seguinte Descrição da Infração:

"O sujeito passivo acima identificado promoveu a circulação das mercadorias constantes nas NFes 319789 e 320673, sujeitas ao recolhimento do ICMS ST antecipadamente através de GNRE, por ocasião da saída de seu estabelecimento, sem apresentar o comprovante de pagamento na forma da Legislação Tributária. ICMS destacado nas NFes: R\$ 11.655,94 (NFe 320673) + R\$ 20.518,11 (NFe 319789) = R\$ 32.174,05. Multa: R\$ 32.174,05 x 90% = R\$ 28.956,64."

A infração tem por Capitulo Legal o artigo 53, II, "d", 78, I, e 98-A do RICMS/RO, aprovado pelo Decreto 8.321/98 e Protocolo ICMS 28/93. A multa para a infração é a prevista no artigo 77, IV, "a", item 3 da Lei 688/96, culminou no crédito tributário total no valor de R\$ 61.630,69.

Art. 77. As infrações e as multas correspondentes são as seguintes:
IV - infrações relacionadas ao pagamento, retenção ou apuração do ICMS:

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

3. do valor do imposto retido na fonte, por contribuinte substituto, e não recolhido no prazo legal;

1.2 Dos autos.

Auto de Infração lavrado na data de 12/09/2015, ciência do sujeito passivo via A.R. na data de 15/10/2015 (fl. 02).

Recebida Defesa na data de 05/11/2015 (fls. 07 a 49), sujeito passivo apresentou os seguintes argumentos: **1.** Que houve cerceamento ao direito de ampla defesa, art. 5.º, LV, da Constituição Federal, pois há divergência entre a descrição do Auto de Infração e o texto legal, assim, não houve a correta identificação da conduta delituosa. **2.** Que o tributo foi devidamente recolhido, conforme comprovante de pagamento que junta. **3.** Que recolheu o imposto antes da lavratura do Auto de Infração, com acréscimo de encargos, caracterizando a denúncia espontânea, conforme artigo 138 do CTN. **4.** Que a multa aplicada tem cunho confiscatória, contrariando o previsto no art. 150 da Constituição Federal.

Em primeira instância, o Julgador proferiu a Decisão n.º 2018.05.09.02.0063/UJ/TATE/SEFIN, julgou parcialmente procedente a ação fiscal.

Sujeito passivo foi intimado do teor da Decisão via A.R. na data de 20/08/2018 (fl. 60).

O Autor do feito foi intimado para manifestar-se, deixou de apresentar contrarrazões por entender que o alegado pelo sujeito passivo encontra respaldo na legislação (fl. 64), vieram-me os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

2.0 DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

2.1 Síntese da atuação.

O sujeito passivo foi atuado por promover a circulação de mercadorias, Notas Fiscais 319789 e 320673, sujeitas ao recolhimento do ICMS ST antecipado, sem apresentar comprovante de recolhimento do imposto.

2.2 Da capitulação legal da infração e multa.

Como infringidos, o Autor do feito capitulou os seguintes artigos, 53, II, "d", 78, I, e 98-A do RICMS/RO, aprovado pelo Decreto 8.321/98 c/c Protocolo ICMS 28/93, abaixo transcritos:

Art. 53. O ICMS deverá ser pago (Lei 688/96, art. 45): (NR dada pelo Dec.11655, de 09.06.05 – efeitos a partir de 01.07.05)

II – antes da operação ou do início da prestação do serviço, nos seguintes casos:

d) saída com destino ao estado de Rondônia de mercadoria sujeita à substituição tributária por força de convênio ou protocolo celebrado com as demais unidades da Federação, quando promovida por estabelecimento industrial, importador, distribuidor ou atacadista não inscrito no CAD/ICMS-RO como substituto tributário, relativamente ao ICMS refido na fonte;

Art. 78. Fica atribuída a condição de responsável por substituição (Lei 688/96, art. 12):

I – ao industrial, ao comerciante atacadista ou distribuidor, e ao importador relativamente ao imposto devido pelas saídas subseqüentes, promovidas por qualquer estabelecimento localizado neste Estado; (NR Decreto nº 8510, de 09.10.98 – efeitos a partir de 09/10/98)

Art. 98-A. Não sendo inscrito como substituto tributário no CAD/ICMS-RO, o sujeito passivo por substituição deverá efetuar o recolhimento do imposto devido ao Estado de Rondônia, em relação a cada operação, por ocasião da saída de seu estabelecimento, por meio de GNRE ou

DARE, devendo os documentos de arrecadação e seu respectivo comprovante de pagamento acompanhar o transporte do bem e da mercadoria. (NR dada pelo Dec. 22242, de 04.09.17 - efeitos a partir de 1º.10.17 - Conv. ICMS 52/17)

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, será emitida GNRE ou DARE distinto para cada NF-e, informando a respectiva chave de acesso.

2.3 Análise dos argumentos da defesa.

2.3.1 Tese n.º 01 – Cerceamento de Defesa.

Que houve cerceamento ao direito de ampla defesa, art. 5.º, LV, da Constituição Federal, pois há divergência entre a descrição do Auto de Infração e o texto legal, assim, não houve a correta identificação da conduta delituosa.

Da análise.

O direito a ampla defesa é garantido na Constituição Federal, art. 5.º, LV, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes

Compulsando o Auto de Infração, lê-se na descrição da infração: "...promoveu a circulação das mercadorias...sujeitas ao recolhimento do ICMS ST antecipadamente...sem apresentar o comprovante de pagamento...", por outro lado, o Autor capitulou como infringido o artigo 53, II, "d", que dispõe, em síntese, a obrigação de pagar o ICMS antes do início da operação de saída que tem por destino o Estado de Rondônia.

Logo, vê-se que o fato capitulado coaduna perfeitamente com a descrição da infração, ou seja, correta a identificação da conduta delituosa, não havendo que se falar neste ponto em cerceamento ao direito de ampla defesa.

Portanto, tese desprovida.

2.3.2 Tese n.º 02 – Da inexistência da infração.

Que o tributo foi devidamente recolhido, conforme comprovante de pagamento juntado.

Da análise.

De fato, consta nos autos, folhas 48 e 49, o comprovante de pagamento do imposto referente as notas fiscais objetos da autuação.

Neste sentido, verifico que o imposto referente a Nota Fiscal n.º 319789 foi pago na data de 31/08/2015 (fls. 44 e 48), antes da lavratura do Auto de Infração, na data de 12/09/2015.

Assim também, referente a Nota Fiscal 320673, verifico que o imposto foi recolhido na data de 17/09/2015 (fl. 49), após a lavratura do Auto de Infração, conquanto, antes da ciência do mesmo, que se deu na data de 15/10/2015. Hipótese de denúncia espontânea, artigo 138 do CTN, *in verbis*:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Portanto, inexistente o ilícito tributário capitulado no Auto de Infração, haja vista que o sujeito passivo regularizou o recolhimento do imposto antes da ciência do Auto de Infração, houve a exclusão da responsabilidade.

Portanto, tese acatada.

2.3.3 Tese n.º 03 – Da Denúncia Espontânea.

Que recolheu o imposto antes da lavratura do Auto de Infração, com acréscimo de encargos, caracterizando a denúncia espontânea, conforme artigo 138 do CTN.

Da análise.

Conforme exarado anteriormente, o sujeito passivo recolheu o imposto antes da ciência do Auto de Infração, recaindo *in casu*, na exclusão da responsabilidade em razão da caracterização da denúncia espontânea, inteligência do artigo 138 do CTN.

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Portanto, vê-se ilidido o Auto de Infração, sendo indevido o crédito tributário descrito na peça exordial do presente PAT.

Logo, tese acatada.

2.3.4 Tese n.º 04 – Do caráter confiscatório da multa.

Que a multa aplicada tem cunho confiscatória, contrariando o previsto no art. 150, IV, da Constituição Federal.

Da análise.

O sujeito passivo alega que a multa aplicada infringe o previsto no artigo 150, IV, da Constituição Federal, abaixo transcrito:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

Pois bem, não se inclui na competência deste Tribunal Administrativo de Tributos Estaduais, a declaração de inconstitucionalidade de dispositivo que tenha relação com a legislação estadual, o reconhecimento de isenções ou restituições de tributos, a negativa de aplicação de lei ou norma emanada do Estado de Rondônia, conforme previsto no Anexo XII, artigo 14 do Novo RICMS/RO, artigo 90 da Lei 688/96 e artigo 16 da Lei 4929/20 abaixo transcritos:

Anexo XII do Novo RICMS/RO

Art. 14. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, salvo no caso da inconstitucionalidade ter sido proclamada: (Lei 688/96, art. 90)

I - em ação direta de inconstitucionalidade de dispositivo estadual ou que tenha relação com a legislação estadual;

II - por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal ou a Assembleia Legislativa tenha suspenso a execução do ato normativo.

§ 1º. Considera-se, para fins do disposto neste artigo, dispositivo que tenha relação com a legislação estadual, aquela que constar expressamente na legislação oriunda de:

I - Convênio, Protocolo, Ajuste, Ato Cotepe, Resolução do CONFAZ, e outros atos emanados do CONFAZ;

II - Lei Complementar federal, Resolução do Senado e outros atos emanados do Governo Federal que tratam do imposto.

§ 2º. Não se inclui, também, na competência do Tribunal: (Lei 912/00, art. 13)

I - as questões relativas ao reconhecimento de isenções e restituições de tributos; e

II - a negativa de aplicação de lei ou de ato normativo emanado do Governador do Estado de Rondônia, Secretário de Estado de Finanças ou do Coordenador-Geral da Receita Estadual.

Lei 688/96

Art. 90. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, salvo no caso da inconstitucionalidade ter sido proclamada:

I - em ação direta de inconstitucionalidade; e

II - por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal ou a Assembleia Legislativa tenha suspendido a execução do ato normativo.

Lei 4929/20

Art. 16. Não compete ao TATE:

I - as questões relativas ao reconhecimento de isenções e restituições de tributos;

II - a negativa de aplicação de lei ou de ato normativo emanado do Governo de Rondônia, Secretário de Estado de Finanças ou do Coordenador-Geral da Receita Estadual; e

III - a declaração de inconstitucionalidade, salvo no caso da inconstitucionalidade ter sido proclamada em ação direta de inconstitucionalidade ou tratar-se de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal ou a Assembleia Legislativa tenha suspenso a execução do ato normativo.

Portanto, tese não provida.

2.3.5 – Considerações finais.

Considerando que o sujeito passivo demonstrou ter realizado a denúncia espontânea, com a regularização do fundamento da autuação, realizou devidamente o recolhimento do imposto, antes da ciência do Auto de Infração, inexistem razões para o prosseguimento da ação fiscal.

Diante o exposto, voto no seguinte teor.

3.0 CONCLUSÃO DO VOTO

Nos termos do artigo 78, II, do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo Tributário – TATE, aprovado pelo Decreto n.º 9.157, de 24 de julho de 2000, por tudo que consta nos autos, conheço do Recurso de Ofício interposto, para ao final dar-lhe provimento, para reformar a Decisão de Primeira Instância que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** para **IMPROCEDENTE** a ação fiscal, e, por consequência, declarar indevido o crédito tributário no valor de R\$61.630,69.

É como voto.

Porto Velho/RO, 07 de dezembro de 2022.

~~DYEGO ALVES DE MELO~~

Relator/Julgador

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

PROCESSO : Nº 20152930516094
RECURSO : OFÍCIO N.º 0455/18
RECORRENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA : SEARA ALIMENTOS S.A.
RELATOR : JULGADOR – DYEGO ALVES DE MELO

RELATÓRIO : Nº 0325/22/1.ª CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO Nº. 432/2022/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN.

EMENTA : ICMS – PROMOVER CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS SEM RECOLHIMENTO ANTECIPADO DO ICMS ST – INOCORRÊNCIA – O sujeito passivo foi autuado por promover, através de duas notas fiscais, a circulação de mercadorias sujeitas ao recolhimento do ICMS ST antecipado, sem efetuar o recolhimento devido. Restou provado nos autos a comprovação do recolhimento do imposto antes da ciência do auto de infração caracterizando a denúncia espontânea, nos termos do art. 138 do CTN. Infração ilidida. Alterada a decisão singular de Parcialmente Procedente para improcedente o Auto de Infração. Recurso de Ofício provido. Decisão Unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os membros do **EGRÉGIO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE**, à unanimidade em conhecer do Recurso de Ofício interposto para dar-lhe provimento, alterando a Decisão de Primeira Instância que julgou parcialmente procedente para **IMPROCEDENTE** o auto de infração, conforme Voto do Julgador Relator constante dos autos, que faz parte integrante da presente decisão. Participaram do julgamento os Julgadores: Dyego Alves de Melo, Leonardo Martins Gorayeb, Roberto Valladão Almeida de Carvalho e Amarildo Ibiapina Alvarenga.

TATE, Sala de Sessões, 07 de dezembro de 2022. /

~~Anderson Aparecido Arnaut~~
Presidente

~~Dyego Alves de Melo~~
Julgador/Relator