

PROCESSO : 20182900400091
RECURSO : DE OFÍCIO Nº 941/2021
RECORRENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA : ..BONIN RECAUCHUTADORA DE PNEUS LTDA EPP
JULGADOR : AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA
RELATÓRIO : Nº 152/2022/2 CÂMARA/TATE/SEFIN

02 - VOTO DO RELATOR

O presente processo, em dezembro de 2021, foi relatado pelo julgador Leonardo Martins Gorayeb, por essa razão, inicialmente ratifico o relatório já elaborado (fls. 186 a 188).

O auto de infração foi lavrado, no dia 02/11/2018, em razão de o sujeito passivo ter adquirido, em seu CNPJ, mercadorias em quantidade que revelam O intuito comercial. Sendo que a empresa autuada estava com sua Inscrição baixada, mas mantinha na Junta Comercial e na Receita Federal atividade de comércio a varejo de pneumático. Diante disso, foi cobrado imposto devido e aplicada a multa de 15% do valor da operação, pela aquisição de mercadorias em situação cadastral irregular ou não cadastrada a penalidade prevista no artigo 77, VII, "d", item 3, da Lei 688/96.

O sujeito passivo foi notificado da autuação por aviso postal, em 31/01/2019 (fls. 46), apresentou defesa em 01/03/2019 (fls. 48 a 58). Submetido a julgamento de 1ª Instância (fls. 178 a 181), o julgador singular após analisar os autos e a peça impugnativa, pelo fato de não existir DFE e de o Auto de Infração não ter sido lavrado em situação de flagrante, considerou nula a Ação Fiscal. A Empresa e a Autoridade Fiscal tomaram conhecimento da Decisão singular, porém, não apresentaram manifestação.

É o breve relato.

02.1- Da análise dos autos e fundamentos do voto.

A exigência tributária decorreu do fato de a empresa ter adquirido, em seu CNPJ, mercadorias em quantidade que revelam intuito comercial. A Autoridade Fiscal destacou que a empresa autuada estava com sua inscrição baixada, mas mantinha na Junta Comercial e na Receita Federal atividade de comércio a varejo de pneumático.

O dispositivo da penalidade indicado (art. 77, VII, "d", item 3, da Lei 688) determina a multa de 15% do valor da operação, pela aquisição de mercadorias em situação cadastral irregular ou não cadastrada.

A empresa, em sua defesa, alega que adquiriu os produtos para uso na prestação de serviços, que o imposto referente ao diferencial de alíquotas foi

recolhido pelo fornecedor, que não existe designação e, como a ação fiscal não ocorreu em flagrante, o Auto de Infração deve ser anulado.

Do que se depreende dos autos é que o lançamento foi feito com base em presunção de que o autuado tenha negado a condição de contribuinte. Sucede que na hipótese que for constatado que pessoa física ou jurídica não inscritas no CAD/ICMS/RO realizem operações descritas na condição de contribuinte, desde 29/09/2017, a caracterização dessa condição dependerá da constatação em diligência fiscal, através de designação emitida por autoridade competente (art. 73, S 3º - RICMS/RO - Dec. 8321/98), norma mantida no Novo RICMS/RO (art. 86, S 30).

Além disso, deve ser destacado, para a análise deste caso, que conforme o estabelecido na legislação, ressalvada a hipótese de flagrante infracional verificado em operações com mercadorias ou bens em trânsito, o AFTE, nos termos do art. 65, V, da Lei nº 688/96, somente poderá exercer atividades de fiscalização com expressa designação da autoridade administrativa competente.

No caso em análise, os AFTEs autuantes deixaram de observar tal exigência legal, e a ação fiscal, por essa razão, deve ser considerada nula, conforme já foi reconhecido na Decisão Singular. Pois as Notas Fiscais referentes às mercadorias objeto desta autuação (fls. 07 a 42) foram emitidas nos meses de setembro e outubro de 2018, com passagens pelo Posto Fiscal nos meses de emissão. A autuação, contudo, somente ocorreu em 02/11/2018, sendo que apenas duas notas tiveram registro de passagem no dia da autuação (fls. 54), dez delas não estavam em flagrante, logo, indispensável a designação para o procedimento fiscal.

Assim, além de não ter sido feito o procedimento estabelecido pela legislação para a verificação da condição de contribuinte, pelo fato de a ação fiscal para dez notas não ter sido realizado em flagrante infracional e da ausência de DFE, o Auto de Infração foi lavrado em desacordo com a lei, motivo pelo qual, reputa-se nulo o lançamento feito por meio deste Auto de Infração.

Destaca-se que sem expressa designação da autoridade administrativa competente, salvo nos casos de flagrante infracional em operações com mercadorias ou bens em trânsito, o Auditor Fiscal de Tributos Estaduais está impedido de exercer atividade de fiscalização.

Pelo fato de o impedimento tratar-se de uma hipótese de nulidade absoluta, podendo inclusive ser reconhecida de ofício, não é possível a sua correção, como ocorre nas nulidades relativas ou nas irregularidades, que além

de ser possível o saneamento para correção, somente são reconhecidas e declaradas, quando houver (causar) prejuízos.

Ressalta-se que como a nulidade aqui declarada refere-se a um vício formal, o caso está submetido à disciplina prevista no art. 173, II, CTN. Podendo a Fazenda Pública refazer o procedimento fiscal.

De todo o exposto conheço do recurso de ofício interposto para negar-lhe provimento, mantendo a decisão singular que julgou nula a ação fiscal.

É como VOTO.

Porto Velho, 16 de maio de 2022.

JULGADOR

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

PROCESSO : Nº 20182900400091
RECURSO • DE OFÍCIO Nº 941/2021
RECORRENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA : BONIN RECAUCHUTADORA DE PNEUS LTDA EPI)
JULGADOR : AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA
RELATÓRIO : Nº 152/2022/? CÂMARA/TATE/SEFIN
ACÓRDÃO Nº 150/22/1ª CÂMARMFME/SEFIN

EMENTA .. ICMS/MULTA AQUISIÇÃO DE MERCADORIA EM QUANTIDADE QUE REVELAM INTUITO COMERCIAL - AUSÊNCIA DE DFE - NULIDADE - O sujeito passivo foi autuado por adquirir mercadoria sem estar com sua inscrição estadual ativa. Trata-se de empresa recauchutadora de pneus. As notas fiscais objeto da autuação referem-se a meses anteriores à data de lavratura do auto de infração, logo, não se tratou de flagrante infracional. Deve ser declarada a nulidade processual referente ao procedimento fiscal que não obedece aos requisitos previstos em norma regulamentar. No presente caso, além de ausência da designação, emitida por autoridade competente, para a constatação da condição de contribuinte (art. 86, 3º RICMS/RO), também se verificou, nos autos, a inexistência de IJFE para o procedimento fiscal, incorrendo, assim, no impedimento dos autuantes em realizar a fiscalização, conforme dispõe o art. 65, V, da Lei 688/96. Mantida a decisão monocrática que julgou nula a ação fiscal. Recurso de Ofício desprovido. 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 para ao final negar-lhe provimento, mantendo a decisão de primeira instância que julgou NULO o auto de infração, conforme Voto do Relator, constantes dos autos, que fazem parte integrante da presente decisão. Participaram do Julgamento os Julgadores: Amarildo Ibiapina Alvarenga, Dyego Alves de Melo, Leonardo Martins Gorayeb e Reinaldo do Nascimento Silva.

TATE, Sala de Sessões, 16 de maio de 2022.

Presidente

Julgador/Relator