

**RECURSO VOLUNTÁRIO: N.119/22**

**AUTO DE INFRAÇÃO: N.20192702800032**

**SUJEITO PASSIVO RECORRENTE: D.M.S MELO COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI.**

**RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL**

**RELATOR: LEONARDO MARTINS GORAYEB**

**RELATÓRIO: Nº. 395 /22/1ª CÂMARA/TATE**

### VOTO

#### **I- DOS FATOS**

Fora lavrado auto de infração n. **20192702800032**- fls. 02 contra o contribuinte epigrafado, apropriou-se de crédito fiscal indevidamente no período de 01/01/2017 a 31/12/2017. O crédito indevido refere-se a duas situações: 1º crédito presumido de ICMS oriundo de programa de Incentivo Tributário – PIT; 2º Crédito de Estorno de débito para ajuste de apuração de ICMS – remessa de mercadoria para venda fora do estabelecimento. Constatada a infração, lançou-se a penalidade e o ICMS devido, conforme demonstrativo anexo.

Os Artigos utilizados como base legal da autuação: Art. 1º e Art.2º, II, ambos da Lei 1558/2005; Art.39, I, Art.537 e Art.538, todos do RICMS-RO e a multa do Artigo 77 – V, alínea “b”, da Lei nº 688/96. O valor do crédito, segundo o agente autuante, é de R\$409.278,41. Consta o termo de atribuição de responsabilidade, com base nos artigos 11-A, 11-B e 11-C da Lei 688/96.

A defesa, ocupante do presente Processo Administrativo Tributário em resumo, suscita as seguintes teses: Das razões para a anulação ; que inexistente a notificação do DET sobre o instituto do FISCONFOME para que houvesse a possibilidade de autorregularização. Que a prorrogação da DFE, procedida pelo Delegado Regional, seria inválida, pois a autoridade competente seria da Gerência de Fiscalização – GEFIS, a qual teria expedido a DFE, portanto, por ter sido prorrogada por autoridade incompetente, inválida a prorrogação, estrando prazo da DFE consequentemente extrapolado, Art.2º, 9º e 10 da IN nº011/2008, apresenta jurisprudência do TATE. Questiona a multa, invocando o inciso IV do Artigo 150 da CF/88, entende que há excesso na aplicação da penalidade.

Apresenta jurisprudência do STF, onde a multa não poderia exceder os 30%, portanto, qualquer multa acima do patamar de 30% seria atentatória ao princípio da vedação do confisco. Por fim requer a nulidade do auto de infração ou que seja aplicada uma penalidade alternativa com a redução da multa de 30%.

A Unidade de Julgamento de 1ª Instância decide com base nos seguintes fundamentos: Conforme demonstrado no relatório fiscal, mediante notificação pelo DET, consta que a empresa ora impugnante teria sua inscrição no CAD ICMS cancelado por ter encerrado as atividades mercantis sem comunicar ao fisco. A notificação via Domicílio Eletrônico Tributário – DET, só é possível aos contribuintes ativos, com regularidade cadastral e escritural, tal conduta ilegal afasta o aproveitamento das benesses fiscais, portanto, o contribuinte não pode valer-se da própria torpeza para invocar favores. Quanto a extrapolação da DFE e da invalidade pela competência na prorrogação, o Novo Regulamento ICMS/18, notadamente §2º do art.18 do Anexo XII, que a DFE expedida pela GEFIS, pode sofrer uma primeira prorrogação pelo Delegado Regional da circunscrição do Auditor Fiscal que comande a ação fiscal, as demais prorrogações se houvessem, dever ser procedidas pela autoridade expedidora da origem, sendo valido o procedimento fiscal. Sobre a multa e seu percentual, não cabe análise administrativa, é o que impõe o artigo 90 da Lei 688/96. Sobre a Responsabilidade solidária, entende que deve ser mantida sobre os sócios, Salvador e Diego Melo, da responsabilidade concorrente da contabilista Sra. Elizama mantendo-se a reponsabilidade solidária, por entender que ela contribuiu para o aproveitamento ilícito do crédito de ICMS. Por fim julga procedente o feito fiscal.

O Sujeito passivo, apresenta o Recuso Voluntário, ao qual apresenta as seguintes teses; Que a recorrente está sendo penalizada pela suposta infração à legislação tributária sob o argumento de que se apropriou indevidamente de crédito fiscal referente ao Programa de Incentivo Tributário, no caso o auto de infração foi lavrado ainda na vigência da Lei nº1.558/2005, que instituiu tal programa, ocorre que o referido benefício foi instituído por legislação estadual sem prévio autorização do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, em desacordo com o disposto na alínea “g” do Inciso XII do §2º do Artigo 155 da CF, que as mercadorias e matérias primas constantes no rol de diferimento foram reinstituídos pelo Decreto Estadual n. 23.438/18, art. 1º em atendimento ao Convênio ICMS nº 190/2017 do CONFAZ, por outro lado, este convênio

autorizou as unidades da federação a concederem a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes dos benefícios fiscais instituídos, por legislação estadual publicada até 8 de agosto de 2017, em desacordo com o disposto na alínea “g” do Inciso XII, §2º do Art.155 da CF. Assim fez o Estado de RO ao remitir os créditos tributários decorrente de incentivos fiscais concedidos unilateralmente sem autorização do CONFAZ, conforme preleciona o art. 1º da Lei 4.930/2020, assim requer que seja remitido o crédito tributário ora em discussão de acordo com os fundamentos acima, bem como caso seja deferida a remissão ora requisitada, requer a desistência da presente ação. Repisa os argumentos sobre a DFE da inexistência de autorização, da falta de prorrogação, que há ocorrência de cerceamento de defesa em razão da falta da ausência de demonstrativos de valores devidos, que a multa aplicada tem efeito confiscatório, por fim requer a improcedência do feito fiscal.

### **DO MÉRITO DO VOTO**

Tem-se que o sujeito passivo, apropriou-se de crédito fiscal indevidamente no período de 01/01/2017 a 31/12/2017. O crédito indevido refere-se a duas situações: 1º crédito presumido de ICMS oriundo de programa de Incentivo Tributário – PIT; 2º Crédito de Estorno de débito para ajuste de apuração de ICMS – remessa de mercadoria para venda fora do estabelecimento.

A defesa do contribuinte arguiu em preliminar, da ilegalidade da autuação, em razão do contribuinte ser beneficiário da Lei da Lei nº 1.558/05, que instituiu o PIT, e que o referido benefício fiscal foi instituído por legislação estadual sem prévia autorização do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, em desacordo com a Alínea “g” do Inciso XII do 2ª di Artigo 150 da Carta Magna.

**Quanto á questão da Ilegalidade apresentada preliminarmente,** o fisco em seu relatório fiscal às fls.11, informa que o Sujeito Passivo, não é beneficiário de qualquer incentivo tributário, conforme se verificou em consulta ao SITAFE, alinhado com a atividade econômica, ou seja, comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, portanto, a tese preliminar está superada e não deve prevalecer.

Quando ao Mérito, a defesa não adentra nas questões sobre a infração ao qual foi imputada ao Sujeito Passivo não apresentada documentos e nem argumentos que pudesse ilidir o feito fiscal.

**Da inexistência de notificação prévia** - Consta no relatório fiscal que a empresa autuada teria seu Cadastro no ICMS cancelado por ter encerrado as atividades mercantis sem comunicar ao fisco a paralização. A ação fiscal teria sido iniciada justamente pela omissão da empresa na obrigação de solicitar a exclusão do CAD/ICMS. A NOTIFICAÇÃO Via Domicilio Eletrônico Tributário – DET, só é possível aos contribuintes ativos, com regularidade cadastral e escritural.

O sujeito passivo, ao abandonar a empresa sem adotar os procedimentos legais exigíveis, abandonou o domicílio fiscal. Tal conduta ilegal afasta o aproveitamento das benesses fiscais, não podendo valer-se da própria torpeza para invocar favores, portanto, essa tese não deve ser acatada.

**Da prorrogação inválida por autoridade incompetente** - Tal tese não deve prevalecer. O Novo Regulamento do ICMS/2018, Decreto 22.721/2018, em seu artigo 18 do Anexo XII. Por este dispositivo regulamentar, a DFE expedida pela Gerência de Fiscalização (GEFIS/CRE) pode sofrer uma primeira prorrogação pelo Delegado Regional da circunscrição do Auditor Fiscal que comande a ação fiscal, no caso a 2ª DRRE/Ji-Paraná. As demais prorrogações, se houverem, deve ser precedida pela autoridade expedidora da ordem inicial. Vejamos;

**Art. 18.**

**§ 2º. A ação fiscalizadora deverá ser concluída em até 60 (sessenta) dias, prorrogável uma vez por igual período pelo Delegado Regional da Receita Estadual de circunscrição do AFTE fiscalizador, e mais duas vezes pelo mesmo prazo, a critério da GEFIS, mediante justificativa ao AFTE que presidir a ação fiscal e concordância do Delegado Regional da Receita Estadual respectiva. (Lei 688/96, art. 94, § 2º)**

**Da ausência do demonstrativo do valo devido, cerceamento de defesa** – Conforme demonstrado no auto, o autuado e os responsáveis solidários, foram devidamente notificados do auto de infração, constam as planilhas fiscais anexas em mídia eletrônica demonstram o método apuratório e os valores compostos, data por data. Não obstante, o relatório às fls. 09 a 16, esmiuçar detalhadamente passo a passo,

todo o método. Creio que a defesa se olvidou de compulsar a mídia anexa em CD-ROM.

**Da multa com efeito confiscatório e redução para 30** - A defesa do contribuinte faz um longa arrazoado, colacionando julgados, contudo, essa tese não pode ser acolhido, pois este Tribunal Administrativo de Tributos, ante a vedação legal disposta nos artigos 90 da lei 688 c.c. art. 16, da Lei 4.929/2020

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

*Nota: Nova Redação Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15*

*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 suspenso a execução do ato normativo.*

*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.*

*§ 1º O Tribunal poderá aplicar em suas decisões o entendimento resultante de:*

*I - decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;*

*II - os enunciados de súmula vinculante;*

*III - os acórdãos de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; e*

*IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e tributária e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e tributária.*

*§ 2º O Tribunal informará ao Secretário de Estado de Finanças e ao Coordenador da Receita Estadual o Acórdão com toda documentação pertinente após a sua publicação do Diário do Estado para que, se julgar pertinente, apresentar o Recurso cabível ou propor ajuste à legislação vigente.*

Por fim, salienta-se que ficou demonstrado que o sujeito passivo realizou a apropriação indevida de créditos, conforme auditoria fiscal, relatório, documentos e mídia acostado no auto de infração, a Defendente teve dois momentos para poder se manifestar e poder ilidir o feito fiscal, o que não ocorreu. Assim, deverá ser mantido o crédito tributário inicial de R\$409.278,41.

TRIBUTOS	R\$ 167.320,80.
MULTA	R\$ 181.342,27.
JUROS	R\$ 46.593,87.
A.MONETÁRIA	R\$ 14.021,47.
TOTAL	R\$ 409.278,41.

**Quanto á responsabilidade solidária dos sócios**, entendemos que deverá ser mantida, por serem gestores administrativos à época dos fatos descritos na acusação:

- DIEGO - **responsabilidade solidária mantida.**
- SALVADOR - **responsabilidade solidária mantida.**
- ELIZAMA - **responsabilidade solidária mantida.**

#### **DO VOTO - CONCLUSÃO**

Este Relator, conhece do presente Recurso Voluntário para negar-lhe provimento, no sentido que seja mantida a decisão de Primeira Instância que decidiu pela Procedência do auto de infração, assim julgo.

Porto Velho-RO, 10 de Abril de 2022.

**LEONARDO MARTINS GORAYEB**

CONSELHEIRO DA 1ª CAMARA DE JULGAMENTO DE 2ª INSTÂNCIA

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

PROCESSO : Nº 20192702800032  
RECURSO : VOLUNTÁRIO Nº 119/22  
RECORRENTE : D.M.S MELO COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELLI  
RECORRID : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RELATOR : JULGADOR – LEONARDO MARTINS GORAYEB

RELATÓRIO : Nº 395/2022/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN.

ACÓRDÃO Nº 084/2023/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

**EMENTA** : ICMS/MULTA – APROPRIAR-SE INDEVIDAMENTE DE CRÉDITOS FISCAIS – OCORRÊNCIA – Restou comprovado que o autuado apropriou-se de crédito fiscal indevidamente no período de 01/01/2017 a 31/12/2017, crédito presumido de ICMS oriundo do programa de Incentivo Tributário e crédito de Estorno de débito para ajuste de apuração de ICMS. Mantida a responsabilidade solidária dos sócios Sr. Diego [redacted], Sr. Salvador [redacted] e do contabilista Elizama [redacted]. Infração fiscal não ilidida. Recurso Voluntário conhecido e desprovido. Mantida a decisão singular de procedente o auto de infração. 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 Voluntário interposto para ao final negar-lhe provimento, mantendo-se a decisão de Primeira Instância que julgou **PROCEDENTE** o auto de infração, conforme Voto do Julgador Leonardo Martins Gorayeb, acompanhado pelos julgadores Dyego Alves de Melo, Reinaldo do Nascimento Silva e Amarildo Ibiapina Alvarenga.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINAL

FATOR GERADOR EM 02/12/2019: R\$ 409.278,41.

\*CRÉDITO TRIBUTÁRIO PROCEDENTE DEVE SER ATUALIZADO NA DATA DO SEU EFETIVO PAGAMENTO.

TATE, Sala de Sessões, 10 de abril de 2023.