

PROCESSO: 20202700400021
RECURSO: OFÍCIO N.º 061/22
RECORRENTE: REI DO TEMPERO LTDA ME
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR: DYEGO ALVES DE MELO
RELATÓRIO: N.º 383/22/2ª INSTÂNCIA/TATE/SEFIN

1.0 VOTO

1.1 Do Auto de Infração.

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

"O auditado deixou de pagar o ICMS sobre a circulação de mercadorias no ano de 2016 nas Notas Fiscais Eletrônicas com CFOP 5102 referente a venda de mercadorias tributadas COM destaque do ICMS, porém sem efetuar o registro e apuração na GIAM e o respectivo recolhimento, em desacordo a legislação tributária conforme provas em anexo."

A infração tem por Capitulação Legal os artigos 1.º, I, 2.º, I, 3.º, III, §2.º e 32 do RICMS/RO, aprovado pelo Decreto 8.321/98 e 77, IV, "a", 1, da Lei 688/96. A multa aplicada para a infração é a prevista no artigo 77, IV, "a", 1, da Lei 688/96, culminou no crédito tributário total no valor de R\$344.901,14.

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):

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;

1.2 Dos autos.

Auto de infração lavrado na data de 24/08/2020 (fls. 02).

Recebida Defesa tempestiva na data de 23/09/2020, (fls. 18 a 1042), o sujeito passivo apresentou os seguintes argumentos: 1. Alega que

foram violados os princípios do contraditório e ampla defesa, previsto no art. 5.º, LV, da CF, pois não foi oportunizado ao sujeito passivo apresentar esclarecimentos, que o auto de infração se baseou em norma inquisitória.

2. Narra que foi violado o princípio do devido processo legal, previsto no art. 5.º, LIV, da CF, uma vez que não foi oportunizado ao sujeito passivo esclarecer os fatos. **3.** Argumenta que os cálculos do autor estão equivocados, pois o sujeito passivo na época dos fatos enquadrava-se no Simples Nacional, ou seja, desobrigado ao recolhimento do ICMS no regime normal. **4.** Alega que não foi atendido o princípio constitucional da publicidade, previsto no art. 37 e 5.º, LX, da CF, dado que o autor teria agido no intuito de ludibriar as partes. **5.** Argumenta que não foi atendido o princípio constitucional do formalismo moderado, previsto no artigo 2.º parágrafo único, VIII e IX, da Lei 9.784/99, visto que o contador do sujeito passivo não teve acesso a cópia do processo, pois seria necessário pagar para retirar cópia dos autos. **6.** Narra que não foi atendido o princípio constitucional da legalidade tributária, previsto no artigo 150, I, da CF. **7.** Alega que não foi atendido o princípio da finalidade, previsto no artigo 2.º da Lei 9.784/99, impõe ao autor a acusação de que este fabricou provas. **8.** Aduz que não foi atendido o princípio da motivação. **9.** Aponta que não foram atendidos os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, fundamenta nos termos do artigo 2.º, parágrafo único, VI, da Lei 9.784/99. **9.** Promove o princípio da capacidade econômica, tal princípio teria sido desrespeitado pelo autor. **10.** Narra que foi lesado o princípio da proibição de tributo confiscatório, pois o valor do auto de infração é superior ao faturamento anual do sujeito passivo. **11.** Discorre acerca do princípio da Moralidade Administrativa Pública, invoca a premissa *in dubio pro reo*. **12.** Argumenta que não foi atendido o princípio da segurança jurídica. **13.** Invoca o princípio da boa-fé, narra que trata-se de empresa do Simples Nacional, e que sua tributação é recolhida por guia DASN.

O autor manifestou-se pelo julgamento de nulidade do auto de infração, fundamenta no fato de que a autuação foi realizada com arquivos, que após esclarecimento do sujeito passivo, apresentam-se errôneos e confusos, assim como, o sujeito passivo ter sido auditado como enquadrado no Regime Normal, no momento em que seu regime de tributação era o Simples Nacional (fl. 1047 a 1081).

Em primeira instância, o Julgador proferiu a Decisão n.º 2022.01.25.04.0007/TATE/SEFIN, julgou nulo o auto de infração.

Intimado, o autor do feito optou por não deseja apresentar manifestação fiscal (fls. 1093).

É o breve relatório.

2.0 DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

2.1 Síntese da autuação.

O sujeito passivo foi autuado por deixar de recolher o ICMS no exercício de 2016, em Notas Fiscais com CFOP 5102, com destaque do ICMS e sem registro e apuração na GIAM, assim como, sem recolhimento.

2.2 Da capitulação legal da infração.

Como infringidos, o autor do feito capitulou os artigos 1.º, I, 2.º, I, 3.º, III, §2.º e 32 do RICMS/RO, aprovado pelo Decreto 8.321/98 e 77, IV, "a", 1, da Lei 688/96, abaixo transcritos:

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;

TATE/SEF

Art. 3º O imposto não incide sobre (Lei 688/96, art. 3º):

Fls. nº 4103

III – operações que destinem a outros Estados, para industrialização ou comercialização:

§ 2º Nas operações a que se refere o § 1º, o estabelecimento remetente ficará obrigado ao recolhimento do imposto devido, monetariamente atualizado, sujeitando-se aos acréscimos legais, inclusive multa, nos casos em que não se efetivar a exportação, conforme o artigo 792-O deste Regulamento. (NR dada pelo Dec.14843, de 11.01.10 – efeitos a partir de 1º/11/09 – Conv. ICMS 84/09)

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):

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):

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;

2.3 Análise dos argumentos defensivos.

Em primeira análise, o ponto controvertido destes autos, é o regime de tributação do sujeito passivo no exercício de 2016, considerando que a infração inexistente se restar comprovado que o regime do sujeito passivo no exercício apurado era de fato o Simples Nacional.

O fisco exige do sujeito passivo o imposto relativo as operações de CFOP 5102, ainda assim, deixou de considerar a movimentação de entradas e saídas da conta gráfica no período autuado.

Ao realizar a auditoria em conta gráfica, o autor adotou para a fiscalização o regime normal de tributação. Ocorre que, isso deu-se em razão de ato promovido pela Receita Federal do Brasil no ano de 2017, que em razão de seus efeitos retroativos, levou a exclusão do regime de

Simplex Nacional, o que foi posteriormente restabelecido, igualmente de forma retroativa, ou seja, o regime do sujeito passivo de fato era o Simplex Nacional.

O sujeito passivo juntou aos autos diversos documentos que comprovam que esteve no regime Simplex Nacional durante o exercício de 2016, fls. 987 a 1042, portanto, apesar da exclusão temporária, tendo sido reestabelecido o regime, deve-se considerar o que de fato esteve vigente no exercício fiscal.

Neste sentido, por constar diversas inconsistências nas declarações G1AM do período, entendo pela improcedência do auto de infração, sobretudo em razão da ausência de certeza e liquidez.

Considerando a previsão do artigo 81 da Lei 688/96, o PAT busca a apuração da certeza e liquidez do crédito tributário, vejamos:

Art. 81. O Processo Administrativo Tributário - PAT, destinado à apuração da liquidez e certeza do crédito tributário não regularmente pago, será organizado à semelhança do processo judicial, sendo este eletrônico ou não, conforme o caso, e formalizado:

Desta forma, considerando a impossibilidade da apuração da certeza e liquidez do crédito tributário, faz-se necessário declarar indevido o crédito tributário apurado.

Portanto, restam prejudicadas as alegações acerca do desrespeito aos princípios constitucionais, considerando que os documentos constantes nos autos não permitem uma análise objetiva do ilícito capitulado.

Isto posto, voto no seguinte teor.

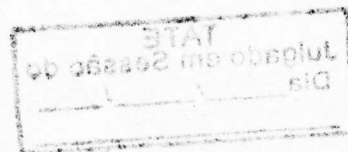
3.0 CONCLUSÃO DO VOTO

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 **NULA** para **IMPROCEDENTE** a ação fiscal, e, por consequência, declarar indevido o crédito tributário no valor de R\$344.901,14.

É como voto.

Porto Velho, 12 de abril de 2023.



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

PROCESSO : N° 20202700400021
RECURSO : OFÍCIO N.º 061/22
RECORRENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA : REI DO TEMPERO LTDA ME
RELATOR : JULGADOR – DYEGO ALVES DE MELO

RELATÓRIO : N° 0383/22/1.ª CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO N° 094/2023/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

EMENTA : **ICMS – DEIXAR DE RECOLHER O ICMS DE MERCADORIAS – CFOP 5102 – INOCORRÊNCIA** –Restou provado nos autos que o recolhimento ocorreu por intermédio da guia do simples nacional, devidamente declarado no PGDAS. O sujeito passivo foi auditado como enquadrado no Regime Normal, quando seu regime de tributação era o Simples Nacional. Infração Ilidida. Auto de Infração Improcedente. Recurso de Ofício provido. Reformada a Decisão de Primeira Instância. 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 interposto para dar-lhe provimento, alterando a decisão de Primeira Instância que julgou nulo para o **IMPROCEDENTE** o auto de infração, conforme Voto do Julgador Relator Dyego Alves de Melo acompanhado pelos julgadores: Leonardo Martins Gorayeb, Reinaldo do Nascimento Silva e Amarildo Ibiapina Alvarenga.

TATE, Sala de Sessões, 12 de abril de 2023.