

PROCESSO: 20202700400024
RECURSO: OFÍCIO N.º 066/22
RECORRENTE: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA: REI DO TEMPERO LTDA ME
RELATOR: DYEGO ALVES DE MELO
RELATÓRIO: N.º 379/22/2º 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 deixou de pagar o ICMS sobre a circulação de mercadorias no ano de 2016 nas Notas Fiscais Eletrônicas com CFOP 5904 (remessa para venda fora do estabelecimento), com destaque do ICMS, ao dissimular as saídas e retorno de mercadoria com CFOP 1904 (o retorno está maior que a saída), caracterizado no levantamento fiscal da auditoria, realizamos o encontro deste mecanismo e detalhamos que as saídas com produtos tributados com CFOP 5904 foram na verdade vendas realizadas. A conclusão de omissão de vendas e recolhimento do ICMS, em desacordo a legislação tributária conforme provas em anexo. Tal ato ocorreu com a ação de emitir NFE com CFOP 5904, emitir a de retorno 1904 em valor superior as saídas e sem os requisitos dos artigos 201, §7º, 537 e 538 do RICMS-RO aprovado pelo Dec. 8321-98. E não existir qualquer NFE de venda com CFOP 5104."

A infração tem por Capitulação Legal os artigos 1.º, I, 2.º, I, 201, §7.º, 537 e 538, todos do RICMS/RO, aprovado pelo Decreto 8.321/98 e artigo 77, IV, "a", 1, art. 71 e seguintes 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\$ 270.892,58.

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.

Designação de Fiscalização de Estabelecimento emitida na data de 09/06/2020 (fl. 167); Juntada e ciência de provas e documentos em meio eletrônico, CD-ROM, na data de 24/08/2020 (fls. 04 a 24); Auto de infração lavrado na data de 24/08/2020 (fls. 02).

Recebida a Defesa tempestiva na data de 22/09/2020 (fls. 25 a 166), 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 a autuação por dissimulação das saídas das mercadorias é acusação grave e deve ser provada pelo autor. **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. **14.** Narra que, na época dos fatos, o sujeito passivo emitia nota fiscal para que as mercadorias pudessem circular no caminhão de entrega (CFOP 5904), no intuito de realizar mais vendas, e, quando não ocorria a venda, a mercadoria retornava, momento em que era emitida nota de retorno (CFOP 1904).

A pedido do Julgador de primeira instância, os autos foram remetidos para o autor analisar e manifestar-se acerca dos argumentos e provas carreadas pelo sujeito passivo (fl. 169).

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. 170 a 201).

Em primeira instância, o Julgador proferiu a Decisão n.º 2022.01.25.04.0010/TATE/SEFIN, julgou nulo o auto de infração.

O sujeito passivo foi intimado do teor da Decisão na data de 09/03/2022 (fls. 218).

Intimado, o autor do feito arguiu que não deseja apresentar manifestação fiscal (fls. 221).

É o breve relatório.

2.0 DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

2.1 Síntese da autuação.

A autuação deu-se em razão do sujeito passivo emitir nota fiscal de saída de mercadorias tributada pelo ICMS, sem efetuar a escrituração e registro na EFD, desta forma, deixou de recolher o imposto devido.

2.2 Da capitulação legal da infração.

Como infringidos, o autor do feito capitulou os artigos 1.º, I, 2.º, I, 201, §7.º, 537 e 538, todos do RICMS/RO, aprovado pelo Decreto 8.321/98 e artigo 77, IV, "a", 1, art. 71 e seguintes da Lei 688/96:

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. 201. Os contribuintes, excetuados os produtores agropecuários e os extratores não equiparados a comerciantes ou industriais, emitirão Nota Fiscal sempre que no estabelecimento entrarem bens ou mercadorias, real ou simbolicamente (Convênio S/Nº SINIEF, de 15/12/70, art. 54).

§ 7º Na hipótese do inciso IV deste artigo, a Nota Fiscal conterá, no campo "INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES", ainda, as seguintes indicações:

- 1 – o valor das operações realizadas fora do estabelecimento;
- 2 – o valor das operações realizadas fora do estabelecimento, em outra Unidade da Federação;
- 3 – os números e as séries, se for o caso, das Notas Fiscais emitidas por ocasião das entregas das mercadorias.

Art. 537. Nas saídas de mercadorias sem destinatário certo, por meio de veículo ou qualquer outro meio de transporte, para a realização de operações fora do estabelecimento, neste ou em outro Estado, com emissão de Nota Fiscal no ato da entrega, será emitida Nota Fiscal para acompanhar as mercadorias no seu transporte, calculando-se o imposto mediante aplicação da alíquota vigente para as operações internas sobre o valor total da mercadoria (V Convênio do Rio de Janeiro, de 16/10/68, cláusula primeira, e Convênio S/Nº SINIEF, de 15/12/70, art. 41).

Art. 538. Para a realização das operações de que trata o artigo anterior, o contribuinte deverá:

- I – adotar uma série distinta de Nota Fiscal modelo 1 ou 1-A, para as operações de remessa;
- II – adotar uma série distinta de Nota Fiscal modelo 1 ou 1-A, para emissão por ocasião das entregas das mercadorias;
- III – adotar uma série distinta de Nota Fiscal modelo 1 ou 1-A, para o retorno das mercadorias que não forem entregues

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;

Art. 71. O movimento real tributável realizado pelo estabelecimento em determinado período poderá ser apurado por meio de levantamento

fiscal, em que poderão ser considerados, isolados ou conjuntamente, os valores das mercadorias entradas, das mercadorias saídas, dos estoques inicial e final, dos serviços recebidos e dos prestados, das despesas, dos outros encargos e do lucro do estabelecimento, bem como de outros elementos informativos.

2.3 Análise dos argumentos apresentados nos autos.

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 5927, ainda assim, deixa de considerar a movimentação de entradas e saídas da conta gráfica.

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, que em razão de seus efeitos retroativos, levou a exclusão do regime de Simples Nacional, o que foi posteriormente restabelecido, igualmente de forma retroativa, ou seja, o regime do sujeito passivo de fato era o Simples Nacional.

O sujeito passivo juntou aos autos diversos documentos que comprovam que esteve no regime Simples Nacional durante o exercício de 2016, fls. 110 a 116, portanto, em que pese a exclusão temporária, tendo sido reestabelecido o regime anterior, deve-se considerar o que de fato esteve vigente no exercício fiscal, ou seja, o Simples Nacional.

Ainda assim, em determinados meses do exercício fiscal atuado, constam declarações de débitos e créditos na GIAM (fl. 10), apurando o ICMS.

O sujeito passivo narra que realizava a emissão das notas fiscais (CFOP 5904) para que elas circulassem no caminhão, funcionando como uma espécie de "loja móvel", e, quando as mercadorias não eram vendidas, eram emitidas notas fiscais (CFOP 1904) para o retorno das mercadorias.

O autor por sua vez, entendeu que as operações realizadas pelo sujeito passivo eram meras dissimulações.

Considerando que nos autos não consta nenhuma prova da materialidade da dissimulação, fotografia, auditoria em depósito ou outro tipo, não deve prosseguir a autuação que foi realizada sob presunção, que ainda, o sujeito passivo apresentou justificativa plausível para realizar.

Assim também, vejamos 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:

Diante da ausência de provas robustas para comprovar a dissimulação, assim como, por constar diversas inconsistências nas declarações GIAM do período autuado, ademais constam nos autos as declarações PGDAS, que comprovam o recolhimento do ICMS no regime do SIMPLES NACIONAL, desta forma se faz julgar pela improcedência do auto de infração, fundamentando sobretudo no recolhimento do icms por intermédio da guia do simples nacional.

Portanto, restam prejudicadas as alegações acerca do desrespeito aos princípios constitucionais, considerando a ausência de provas para demonstrar a dissimulação e incerteza acerca das GIAMs carreadas nos autos.

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, reformando a Decisão de Primeira Instância que julgou nulo para **IMPROCEDENTE** a ação fiscal, e, por consequência, declarar indevido o crédito tributário no valor de R\$ 270.892,58.

É como voto.

Porto Velho, 13 de fevereiro de ~~2017~~

~~DYLLIANTES DE MELO~~
Relator/julgador

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

PROCESSO : Nº 20202700400024
RECURSO : DE OFÍCIO N.º 066/2022
RECORRENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA : REI DO TEMPERO LTDA ME
RELATOR : JULGADOR – DYEGO ALVES DE MELO

RELATÓRIO : Nº 0379/22/1.ª CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO Nº. 021/2023/CÂMARA PLENA/TATE/SEFIN.

EMENTA : ICMS/MULTA – DEIXAR DE RECOLHER ICMS REFERENTE À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS – INOCORRÊNCIA – Restou provado nos autos que o sujeito passivo se enquadrava no regime do Simples Nacional no exercício de 2016 (fls. 110 a 116), portanto, efetuava o recolhimento do imposto via PGDAS. Infração ilidida. Recurso de Ofício provido. Reformada a decisão de nulo para improcedente 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 interposto para dar-lhe provimento, reformando a decisão de Primeira Instância que julgou nulo para **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, 13 de fevereiro de 2023.

~~Anderson Aparecido Arnaut~~
Presidente

~~Dyego Alves de Melo~~
Julgador/Relator