

PROCESSO: 20202700200036
RECURSO: VOLUNTÁRIO Nº 1423/21
RECORRENTE: MANA'S BOUTIQUE LTDA - EPP
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR: DYEGO ALVES DE MELO
RELATÓRIO: N.º 328/22/2ª INSTÂNCIA/TATE/SEFIN

VOTO

1.1 Do Auto de Infração.

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

"O sujeito passivo, enquadrado no regime normal de tributação, praticou operação tributada como se não tributada o fosse, deixando de efetuar o devido destaque do ICMS nas NFEs nº 1293, 1294, 1295, 1296 e 1297 (anexas aos autos) e abstendo-se dessa forma de proceder ao lançamento do débito tributário devido na EFD (escrituração fiscal digital) de competência (01/2018), acarretando, por consequência, a redução o montante do tributo a ser recolhido, conforme descrito em Relatório Circunstanciado, bem como, em memória de cálculo denominada ANEXO I, ambos acostados aos autos. Aplicada legislação vigente à data do fato gerador."

A infração foi capitulada nos artigos 1.º, I, 2.º, I, e 48 do RICMS/RO, aprovado pelo Decreto 8.321/98 c/c artigos 2.º e 17, I, da Lei 688/96. A multa capitulada é a do artigo 77, VII, "e", item 4, da Lei 688/96, que culminou no crédito tributário no valor total de R\$ 51.641,60.

Art. 77. As infrações e as multas correspondentes são as seguintes:
VII - infrações relacionadas às operações com mercadorias ou bens ou, ainda, aos casos de prestações de serviços:
e) multa de 100% (cem por cento) do valor do imposto incidente sobre o valor da operação ou da prestação:
4. por acobertar com documento fiscal, operação ou prestação tributada como não tributada ou isenta; e

1.2 Dos autos.

Auto de Infração lavrado na data de 17/07/2020, sujeito passivo foi notificado via intimação pessoal na data de 27/08/2020 (fl. 02).

O sujeito passivo apresentou esclarecimentos (fls. 77 a 82), informa que as notas fiscais autuadas tratam da venda de fundo de comércio, pois o sujeito passivo estaria descontinuando suas atividades no endereço, que foi realizado acordo com o compradora para assumir a carteira de clientes; que o comprador do fundo de comércio, emitiu nota fiscal erroneamente, pois as mercadorias encontravam-se sem condições de comercialização; argumenta que o sujeito passivo não solicitou baixa pois possuía parcelamento de débitos junto a SEFIN.

Recebida a Defesa na data de 23/09/2020 (fls. 94 a 98), o sujeito passivo apresentou os seguintes argumentos: **1.** Que não é exigido documento solene para venda do fundo de comércio, argumenta que todos os impostos foram recolhidos na entrada das mercadorias no Estado; **2.** Que em relação a nota fiscal 01, emitida pela empresa adquirente, as mercadorias encontravam-se em estado não comercializável; **3.** Que inexistente prejuízo ao erário, pois a empresa adquirente do fundo de comércio recolherá os tributos das mercadorias no momento oportuno.

Em primeira instância, o Julgador proferiu a Decisão n.º 2021.08.17.01.0506/TATE/SEFIN, julgou procedente a ação fiscal.

Recurso Voluntário apresentado na data de 22/10/2021 (fls. 111 a 116), discorre acerca do contrato de compra e venda, recorre aos argumentos apresentados em sua Defesa.

É o relatório.

2.0 DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

2.1 Síntese da autuação.

Em resumo, a autuação deu-se em razão do sujeito passivo ter realizado operação tributada sem o devido destaque do ICMS nas notas fiscais 1293, 1294, 1295, 1296 e 1297, e, por consequência, realizar o lançamento do débito tributário na EFD em valor menor ao que de fato deveria recolher.

2.2 Da capitulação legal da infração e multa.

A infração tem por capitulação os artigos 1.º, I, 2.º, I, e 48 do RICMS/RO, aprovado pelo Decreto 8.321/98 c/c artigos 2.º e 17, I, da Lei 688/96, vejamos os dispositivos:

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. 48. O imposto será calculado, aplicando-se a alíquota cabível à base de cálculo prevista para a operação ou prestação tributada, obtendo-se o valor que será debitado na escrita fiscal do contribuinte (Lei 688/96, art. 32).

Art. 2º O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS, de competência dos Estados, incide sobre:

Art. 17. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

2.3 Análise dos argumentos apresentados no Recurso Voluntário.

2.3.1 Tese n.º 01 – Inexigibilidade de documento específico para venda de fundo de comércio.

1. Que não é exigido documento solene para venda do fundo de comércio, argumenta que todos os impostos foram recolhidos na entrada das mercadorias no Estado.

Da análise.

O sujeito passivo realizou, em tese, a venda do seu fundo de comércio para a empresa I.M. Comércio de Caiçados e Confecções, ocorre que não juntou aos autos documento hábil a comprovar a existência do negócio jurídico.

Para o íntegro entendimento do tema, é mister esclarecer que no negócio jurídico relativo à venda de fundo de comércio, são denominados de alienante e adquirente os negociantes, sendo o primeiro o vendedor e o segundo comprador.

A venda do fundo de comércio, em sentido contrário ao percebido pelo sujeito passivo, de fato necessita ser formalizada por instrumento hábil, previsão do artigo 1.144 do Código Civil, vejamos:

Art. 1.144. O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.

Para tanto, é cristalino que a inércia do sujeito passivo em realizar o procedimento na forma prevista em Lei, resulta em grave dano ao

negócio, pois, até sua formalização, o negócio jurídico não produz efeitos para terceiros, incluso neste bojo o Estado de Rondônia.

Neste passo, o negócio jurídico que argumenta ter sido realizado também se submete a diversas outras previsões legais, como por exemplo, a obrigação de assumir a responsabilidade pelos livros fiscais, conforme estabelecido no artigo 309 do RICMS/RO, *in verbis*:

Art. 309. Nos casos de fusão, incorporação, transformação ou aquisição, o novo titular do estabelecimento deverá transferir para o seu nome, por intermédio da repartição fiscal de sua jurisdição, dentro de 30 (trinta) dias contados da data da ocorrência, os livros fiscais em uso pela empresas fundidas, incorporadas, transformadas ou adquiridas, assumindo a responsabilidade por sua guarda, conservação, exibição ao Fisco e cumprimento das normas estabelecidas na Legislação Tributária (Convênio S/Nº SINIEF, de 15/12/70, art. 69).

O que, dada a ausência de documentos hábeis nos autos para comprovar a efetiva transferência da responsabilidade pelos livros fiscais, presume-se não ter sido realizada.

Relativamente ao imposto, a autuação encontra fundamento na ausência de recolhimento do ICMS.

O sujeito passivo narra que os impostos seriam pagos pelo adquirente do fundo do comércio, contudo, ainda que como alienante, a responsabilidade tributária é de seu ônus, arcar com o débito fiscal, nos termos do artigo 76, II, "a" e "b":

Art. 76. São responsáveis (Lei 688/96, Art. 15):

II – pelo pagamento do débito fiscal:

a) do alienante, integralmente, a pessoa natural ou jurídica que adquirir fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, quando o alienante cessar a exploração daquela atividade;

b) do alienante, subsidiariamente, a pessoa natural ou jurídica, até a data do ato, que adquirir fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma ou nome individual, na

hipótese de o alienante prosseguir na exploração do mesmo ou outro ramo de comércio, indústria ou profissão, ou vier a iniciá-la dentro do prazo de 6 (seis) meses a contar da data da alienação;

Ademais, o sujeito passivo também não negou a realização das operações, sendo estas, circulação de mercadorias, geradoras da obrigação tributária, conforme artigo 1.º, I, 2.º, I, do RICMS/RO:

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;

Neste diapasão, reitero que as convenções particulares não podem sobrepor-se aos interesses fazendários, não sendo admitida a transferência da obrigação tributária por mero acordo verbal, como o sujeito passivo afirmou ter realizado o negócio jurídico, previsão do artigo 123 do Código Tributário Nacional:

Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Logo, desdobrado o arcabouço jurídico sobre os argumentos apresentados pelo sujeito passivo, percebo que não encontram fundamento na legislação, são, por decorrência, incapazes, por si só, de ilidir o Auto de Infração.

Portanto, tese desprovida.

2.3.2 – Tese n.º 02 – Das mercadorias não comercializáveis.

2. Que em relação a nota fiscal 01, emitida pela empresa adquirente do fundo de comércio, as mercadorias encontravam-se em estado não comercializável.

2.3.3 – Tese n.º 03 – Ausência de prejuízo ao erário.

3. Que inexistente prejuízo ao erário, pois a empresa adquirente do fundo de comércio recolherá os tributos das mercadorias no momento oportuno.

Os argumentos acima elencados serão analisados conjuntamente, *data vênia* ao sujeito passivo, ambos recaem em mesma situação, são incapazes de ilidir o Auto de Infração, pois não desconstituem a certeza ou liquidez do Auto de Infração, assim como não demonstram vício capaz de ferir sua existência.

Relativo as notas fiscais objeto da autuação, o sujeito passivo não negou tê-las emitido, também não apresentou o comprovante de recolhimento do imposto devido, documento hábil para desconstituir a cobrança realizada no Auto de Infração.

Quanto ao dano que recai sobre o erário, primeiramente, esclareço que não é requisito para a lavratura do Auto de Infração, e ainda, diante a ausência do instrumento hábil, negócio jurídico que não foi revestido pela forma prevista em Lei, presume-se as operações como se fossem realizadas sem qualquer outro fator incomum, sendo nesse caso, o sujeito passivo infrator da legislação tributária, por não recolher corretamente o tributo devido.

Por final, necessário esclarecer que 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 suspenso 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.

Logo, tese não acolhida.

2.4 – Considerações finais.

Considerando que o sujeito passivo não apresentou nos autos, provas capazes de ilidir o Auto de Infração, respectivo comprovante de recolhimento do imposto, ou demonstrou vício/erro na ação fiscal, deve esta prosseguir, pois ao meu ver, inexistem nos autos fundamentos para proferir decisão a favor do sujeito passivo.

Isto posto, voto no seguinte teor.

CONCLUSÃO DO VOTO

Nos termos do Artigo 78, Inciso 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 Voluntário interposto, para ao final negar-lhe provimento, mantendo a Decisão de Primeira Instância que julgou **PROCEDENTE** a Ação Fiscal, assim, declaro devido o crédito tributário no valor de R\$ 51.641,60.

É como voto.

Porto Velho, 08 de fevereiro de 2022.

DYÉGO ALVES DE MELO

Relator/julgador

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

PROCESSO : Nº 20202700200036
RECURSO : VOLUNTÁRIO N.º 1423/21
RECORRENTE : MANA'S BOUTIQUE LTDA - EPP
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR : JULGADOR – DYEGO ALVES DE MELO

RELATÓRIO : Nº 0328/22/1.ª CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO Nº 013/2023/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

EMENTA : ICMS – VENDA DE FUNDO DE COMÉRCIO – AUSÊNCIA DE DOCUMENTO HÁBIL QUE COMPROVE O NEGÓCIO JURÍDICO – SAÍDA DE MERCADORIAS COM EMISSÃO DE NOTAS SEM RECOLHIMENTO DO ICMS – OCORRÊNCIA – O sujeito passivo foi autuado por promover a circulação de mercadorias, com emissão de nota fiscal, sem o destaque e recolhimento do ICMS. Venda de fundo de comércio, ausência de documento hábil que comprove o negócio jurídico, nos termos do artigo 309 do RICMS/RO. Infração não ilidida. Auto de Infração Procedente. Recurso Voluntário desprovido. Mantida 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 negar-lhe provimento, mantendo a Decisão de Primeira Instância que julgou **PROCEDENTE** 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.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINAL

R\$ 51.641,60

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

TATE, Sala de Sessões, 08 de fevereiro de 2022

~~Anderson Aparecido Arnaut~~
Presidente

~~Dyego Alves de Melo~~
Julgador/Relator