

PROCESSO: 20212700100385
RECURSO: OFÍCIO N.º E-PAT 9234
RECORRENTE: ARCOS DOURADOS COMERCIO DE ALIMENTOS SA
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR: DYEGO ALVES DE MELO
RELATÓRIO: N.º 0118/23/2ª 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 acima identificado deixou de escriturar os documentos fiscais de emissão própria (NFC-e) e, conseqüentemente não levando à apuração os valores de ICMS destacados nos referidos documentos fiscais, deixando assim, de declarar e recolher o ICMS devido, conforme demonstrado na Planilha e relatório fiscal em anexo.”

A infração tem por Capitulação Legal os artigos 5.º, parágrafo único, 33, 107, III c/c 106, §1.º, do Anexo XIII, todos do RICMS/RO. A multa é a prevista no artigo 77, IV, “a”, 1, da Lei 688/96, culminou no crédito tributário total no valor de R\$47.864,46.

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 Síntese do PAT.

Auto de infração lavrado na data de 29/11/2021, ciência do sujeito passivo na data de 08/12/2021 (págs. 01, 35 e 36).

Sujeito passivo apresentou peça defensiva Impugnação ao Auto de Infração na data de 06/01/2022. Apresentou os seguintes argumentos: (págs. 43 a 18817).

Tempestividade da Defesa

Necessidade de Prevalência dos Aspectos Materiais das Operações. O argumento principal é que as NFC-e foram escrituradas na EFD do , contudo, em razão de falha no software emissor das NFC-e, houve a transmissão para a EFD do CNPJ 42.591.651/1189-00, ainda assim, este último procedeu com o recolhimento integral do ICMS devido, inclusive das operações realizadas pelo sujeito passivo.

Aponta o Parecer 20190100262, no qual sustenta que a Gerência de Fiscalização concluiu pela preservação dos aspectos materiais das operações comerciais. Sustenta que o autor deixou de realizar as verificações necessárias à obtenção da verdade material, uma vez que não intimou o sujeito passivo para justificar suposta ausência de registro das Notas Fiscais, ou seja, foi omissor, o que torna o lançamento fiscal nulo nos termos dos artigos 113, §1.º e 142 do CTN.

Ausência de Infração. Argumenta que o mero equívoco na escrituração das Notas Fiscais não justifica a exigência do tributo, uma vez que o artigo 147, §2.º, do CTN prevê a possibilidade de correção de erros cometidos em declarações. Sustenta que as NFC-e 10817, 10818, 16410, 16411, 10819 e 10820, foram escrituradas na filial 42.591.651/1188-10. Aduz que o equívoco na escrituração da EFD não resultou prejuízo ao erário e a cobrança de imposto já pago resulta em enriquecimento sem causa do Estado, o que é vedado pelo artigo 884 do Código Civil. Elenca os artigos 115, 113, §1.º e 142 do CTN, sustenta que ante a ausência da conduta de deixar de recolher o imposto, há mero descumprimento de obrigação acessória, assim como, que os erros contidos na escrituração

poderiam ser retificados de ofício pela autoridade administrativa, posto que não houve descumprimento da obrigação principal, o recolhimento do imposto.

Ausência de Infração – Notas Fiscais Canceladas e Inutilizadas. Demonstra que as NFC-e 64102 e 64140 foram canceladas e as NFC-e 77481, 79541 e 10564 foram inutilizadas, razão pela qual não há que se falar em ausência de registro destas operações ou cobrança do recolhimento do ICMS.

Erro na apuração do valor lançado – Vício material. O sujeito passivo ilustra que é amparado pelo Regime Especial previsto no Item 13, Inciso I, do Anexo IV, do RICMS/RO, que concede crédito presumido do ICMS, no percentual de 3,5% para contribuintes que fornecem alimentação e bebidas, ainda assim, o autor adotou a alíquota de 17,5% sobre o valor da mercadoria, nos termos do artigo 12, I, “e”, do RICMS/RO. Assim, por ter o autor adotado a alíquota equivocada, há evidente erro na construção do lançamento fiscal, haja vista a existência de vício material.

Ausência de subsunção do fato à penalidade do art. 77, IV, “a”, 1, da Lei 688/96. Argumenta que a penalidade aplicada está restrita à ausência de recolhimento do ICMS, que não é o caso dos autos, eis que parcela das operações foram escrituradas na EFD das filiais CNPJ e 42.591.651/1188-10 e outras foram canceladas/inutilizadas. Aponta que a multa supera o imposto recolhido pelo sujeito passivo no período, o que é vedado pelos artigos 150, IV e 145, §1.º, ambos da Constituição Federal.

Em Primeira Instância, foi proferida a Decisão Improcedente n.º 2022/1/116/TATE/SEFIN, julgou improcedente a Ação Fiscal. Em síntese, ao proferir a decisão, constatou que as Notas Fiscais apontadas pelo sujeito passivo como registradas na EFD da filial 42.591.651/1188-10, NFC-e 10817,

10818, 16410, 16411, 10819 e 10820, estão de fato escrituradas, logo inexistente o ilícito descrito na exordial (págs. 18906 a 18913).

Autor apresentou Manifestação Fiscal na data de 16/09/2022, deixa de apresentar contrarrazões (págs. 18923 e 18924).

Saneados os autos, remetidos para análise do Recurso de Ofício.

É o relatório.

2.0 DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Sujeito passivo autuado por deixar de apurar o valor do ICMS de documentos fiscais de emissão própria (NFC-e), os quais estava obrigado a registrar na EFD, mas não o fez.

O autor capitulou a infração nos artigos 5.º, parágrafo único, 33, 107, III c/c 106, § 1.º, do Anexo XIII, todos do RICMS/RO.

Art. 5º. As isenções, incentivos e benefícios do imposto serão concedidos e revogados mediante deliberação com os demais Estados, nos termos da alínea "g", do inciso XII, do § 2º, do artigo 155 da Constituição Federal. (Lei 688/96, art. 4º)

Parágrafo único. O diferimento, as isenções, os incentivos e os benefícios fiscais relativos ao imposto ficam condicionados à regularidade na emissão e escrituração de documentos e livros fiscais e, quando devido, ao recolhimento do imposto nos prazos previstos na legislação tributária. (Lei 688/96, art. 4º, § 1º)

Art. 33. Os estabelecimentos enquadrados no Regime Normal de apuração do imposto, apurarão o imposto mensalmente em conformidade com as disposições da EFD ICMS/IPI previstas nos artigos 106 e 107 do Anexo XIII deste Regulamento e às disposições relativas a não cumulatividade. (Lei 688/96, art. 41)

Art. 107. São obrigações, entre outras, do sujeito passivo do imposto e demais pessoas físicas ou jurídicas, definidas como tal neste Regulamento, observados a forma e prazos estabelecidos na Legislação Tributária, além de pagar o imposto e, sendo o caso, os acréscimos legais: (Lei 688/96, arts. 58 e 59)

III - escriturar os documentos fiscais em conformidade com o Anexo XIII;

Art. 106. A Escrituração Fiscal Digital - EFD destina-se à utilização pelos contribuintes do ICMS e/ou do IPI. (Ajuste SINIEF 02/09, Cláusula primeira)

§ 1º A escrituração mencionada no *caput* deverá ser realizada de acordo com o disposto no Ajuste SINIEF 02/09, obedecido leiaute previsto em Ato Cotepe*.

2.1 – Análise dos autos.

Da análise dos documentos apresentados nos autos, é possível verificar que as NFC-e, 10817, 10818, 16410, 16411, 10819 e 10820 (apontadas pelo sujeito passivo), foram escrituradas na EFD da filial CNPJ , alcançada quase a integralidade do que se cobra no auto de infração.

No que se refere ao Parecer 20190100262, ainda que tenha deferido lançamento anterior do sujeito passivo em estabelecimento diverso (CNPJ-filial), não o eximiu da obrigação de emitir documentos fiscais.

Da alegada ausência de intimação, entendo que não assiste razão ao sujeito passivo, eis que, a cobrança dos autos é a do imposto supostamente não recolhido, que existe de fato em razão de descumprimento da obrigação acessória, contudo, o objeto da autuação é ausência de recolhimento do imposto, consoante a multa capitular da exordial. Logo, não vislumbro descumprimentos aos artigos 113, §1.º e 142 do CTN.

Assiste razão quanto a ausência de infração das NFC-e 64102 e 64140, canceladas e NFC-e 77481, 79541 e 10564, inutilizadas, que devem ser excluídas da base de cálculo do crédito tributário, eis que não são fato gerador de imposto.

Ao Regime Especial do sujeito passivo, não assiste razão. A legislação determina que apurada a falta de emissão ou não apresentação (omissão) de documentos fiscal próprio, aquele que comete o ilícito, por consequência, renúncia a norma excludente da incidência do imposto (benefício fiscal). Portanto, é exigível o tributo sem

incidência do benefício fiscal, nos termos do artigo 59, parágrafo único, da Lei 688/96.

Art. 59. As pessoas físicas ou jurídicas, contribuintes ou não e responsáveis, na forma da legislação tributária, estão obrigadas ao cumprimento das obrigações tributárias acessórias estabelecidas em ato próprio expedido pela Secretaria de Estado de Finanças ou pela Coordenadoria da Receita Estadual.

Parágrafo único. A falta de emissão do documento fiscal próprio ou a não exibição do mesmo ao Fisco importará renúncia à norma excludente da incidência ou do pagamento do crédito tributário e na consequente exigibilidade do imposto nos casos de suspensão, isenção, diferimento, ou qualquer outro benefício e incentivo fiscal concedido pelo Poder Público.

O autor ao apurar suposta ausência de recolhimento do imposto, procedeu corretamente com a desconsideração do Regime Especial (benefício fiscal) do sujeito passivo para calcular o crédito tributário.

No que concerne ao valor da multa aplicada, necessário elucidar que é defeso a este 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, deve permanecer inalterada a capitulação da infração descrita pelo autor na peça exordial.

Diante o exposto, 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 negar-lhe provimento, mantendo a

Decisão de Primeira Instância que julgou **IMPROCEDENTE** a ação fiscal, assim, declaro **INDEVIDO** o crédito tributário no valor total de R\$47.864,46.

É como voto.

Porto Velho/RO, 08 de maio de 2023.

DYEGO ALVES DE MELO
Relator/Julgador

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

PROCESSO : N° 20212700100385
RECURSO : OFÍCIO N.º E-PAT 9234
RECORRENTE : ARCOS DOURADOS COMERCIO DE ALIMENTOS SA
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR : JULGADOR – DYEGO ALVES DE MELO

RELATÓRIO : N° 0118/23/1.ª CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO N° 0109/2023/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

EMENTA : ICMS/MULTA – DEIXAR DE APURAR VALOR DO ICMS DE DOCUMENTOS FISCAIS DE EMISSÃO PRÓPRIA (NFC-E) NÃO REGISTRADOS NA EFD – INOCORRÊNCIA. Restou provado nos autos que NFC-e 10817, 10818, 16410, 16411, 10819 e 10820 foram escrituradas e o ICMS pago pela filial CNPJ n.º 42.591.651/1188-10, a Fazenda Pública deferiu os lançamentos de Notas Fiscais de saídas realizados pelo sujeito passivo (filial) no estabelecimento principal (Parecer do Relatório n.º 20190100262). Ademais as NFC-e 64102 e 64140 encontram-se com status de canceladas e NFC-e 77481, 79541 e 10564 inutilizadas, não podendo ser objeto de cobrança de imposto. Infração Ilidida. Auto de Infração Improcedente. Recurso de Ofício 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 **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, 08 de maio de 2023.

~~Anderson Aparecido Arnaut~~
Presidente

~~Dyego Alves de Melo~~
Julgador/Relator