PROCESSO: 20202700100047
RECURSO: OFÍCIO N.º 1354/21
RECORRENTE: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA: M.M. COMERCIAL TIA MARINA EIRELI - ME
RELATOR: DYEGO ALVES DE MELO
RELATÓRIO: N.º 330/22/2ª 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, nos meses de janeiro e fevereiro de 2019, deixou de pagar o ICMS devido e incide sobre a saída de mercadorias tributadas de seu estabelecimento, decretado mediante levantamento de sua Conta Gráfica, no confronto entre os débitos decorrentes das vendas documentadas através de Notas Fiscais Eletrônicas e Cupons Fiscais de Vendas a Consumidor Fiscal emitidos pelo ECF DARUMA – FABDR0913BR00000376290 e NFCE's com débitos efetivamente registrados no ESFD/SPED Fiscal conforme discriminado nas planilhas e demais documentos fiscais que instruem o presente contencioso tributário, sujeitando-se às sanções legais estabelecidas pela norma tributária vigente."*

A infração tem por Capitulação Legal o artigo 2.º, I, c/c artigo 11 e artigo 52, §1.º, todos do RICMS/RO, aprovado pelo Decreto 22.721/18. A multa é a prevista no artigo 77, IV, "a", item 1 da Lei 688/96, culminou no crédito tributário total no valor de R$ 77.181,84.

> 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 emitido na data de 18/12/2019 (fl. 15); Termo de Início de Ação Fiscal e Notificação para

Autorregularização, envio e ciência do sujeito passivo via DET na data de 29/01/2020 (fl. 16); Auto de Infração lavrado na data de 27/02/2020 (fl. 02).

Recebida Defesa na data de 07/05/2020 (fls. 24 a 59), o sujeito passivou apresentou o seguinte argumento: **1.** Que a ação fiscal é nula, pois nos termos do artigo 1.º, I, II, §1.º, I, II e §2.º, do Decreto 24.202/19, o sujeito passivo tem o prazo de 30 (trinta) dias para pagamento do débito, e, no entanto, o Auto de Infração foi lavrado antes do fim do prazo citado, prejudicando o direito a denúncia espontânea, ou seja, causou danos ao seu direito de ampla defesa.

Julgador de Primeira Instância realizou Despacho (fl. 47), para envio do PAT à 1.ª DRRE para restituição do prazo de autorregularização, nos termos do artigo 1.º, I, do Decreto n.º 24.202/19.

Autor apresenta Relatório Fiscal, sugere a decisão de nulidade do Auto de infração.

Em Primeira Instância, o Julgador proferiu a Decisão n.º 2021.06.35.04.0068/UJ/TATE/SEFIN, julgou nulo o auto de infração.

É o relatório.

2.0 DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

O Auto de Infração tem por fundamento o fato de o sujeito passivo não ter realizado o pagamento do ICMS devido sobre saída de mercadorias tributadas.

O Ilustre Auditor Fiscal, em auditoria realizada na conta gráfica do sujeito passivo, detectou no levantamento da conta gráfica em confronto com débitos de vendas documentados por NFe, Cupom Fiscal e NFCE's com débitos registrados no SPED que o sujeito passivo efetivamente deixou de recolher o ICMS de saída de mercadorias.

A infração foi capitulada no artigo 2.°, I, c/c artigos 11 e 52, §1.°, do Novo RICMS/RO, dispositivos abaixo transcritos:

> Art. 2°. Ocorre o fato gerador do imposto no momento: (Lei 688/96, art. 17)
> I - da saída de mercadoria do estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;
>
> Art. 11. A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. (CTN, art. 113, § 1°)
>
> Art. 52. O imposto devido resultará da diferença a maior entre o imposto debitado, relativo às operações tributadas com mercadorias ou nas prestações, e o creditado relativamente às operações e prestações anteriores. (Lei 688/96, art. 32)
> § 1°. 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.

2.1 – Tese n.° 01 – Nulidade da ação fiscal por cerceamento de direito.

Que a ação fiscal é nula, pois nos termos do artigo 1.°, I, II, §1.°, I, II e §2.°, do Decreto 24.202/19, o sujeito passivo tem o prazo de 30 (trinta) dias para pagamento do débito, e, no entanto, o Auto de Infração foi lavrado antes do fim do prazo citado, prejudicando o direito a denúncia espontânea, ou seja, houve prejuízo ao direito de ampla defesa.

Da análise.

O sujeito passivo argumenta que houve cerceamento ao seu direito de denúncia espontânea e ao princípio constitucional da ampla defesa.

O direito à denúncia espontânea encontra-se descrito no Anexo XII, Seção II, Capítulo XI, do Novo RICMS/RO, artigos 115 e 116, segue abaixo:

> Art. 115. O contribuinte que denunciar espontaneamente o descumprimento de obrigação pertinente ao imposto, não ficará sujeito às multas de mora e às penalidades, previstas, respectivamente, nos artigos 46-B e 77 da Lei 688, de 30 de dezembro de 1996, desde que a

irregularidade seja sanada de imediato ou no prazo estipulado pelo Fisco.
§ 1°. O início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, afasta a possibilidade da ocorrência de denúncia espontânea, salvo no caso previsto no § 2°.
§ 2°. Será considerado espontaneamente denunciado o descumprimento de obrigação tributária integralmente sanada, em prazo estipulado na notificação previamente expedida pelo Fisco por meio do DET com prazo certo para regularização, referente a inconsistências apuradas mediante cruzamento de informações constantes em bancos de dados da Administração Tributária.
§ 3°. O não atendimento da notificação de que trata o § 2°, no prazo estipulado, poderá implicar na abertura de ação fiscal para constituição do crédito tributário, na forma prevista em ato do Coordenador-Geral da Receita Estadual.
§ 4°. Em relação às infrações pelo não recolhimento, no prazo legal, dos créditos tributários, o PAT terá rito especial e sumário, conforme disciplinado no artigo 85 deste Regulamento.
§ 6°. Os contribuintes que não possuem acesso ao DET, poderão ser notificados por outros meios, conforme o disposto no artigo 8° do Anexo XII do RICMS/RO, aprovado pelo Decreto n. 22.721, de 5 de abril de 2018.
§ 7°. O cruzamento de dados de que trata o § 2°, alcança qualquer procedimento fiscal, ainda que necessária informação prévia do contribuinte.
§ 8°. As irregularidades sanadas por meio de retificação de EFD, serão consideradas espontaneamente denunciadas, ficando o imposto eventualmente devido em decorrência da retificação, sujeito à disciplina do artigo 85 deste Regulamento.
Art. 116. Na denúncia espontânea, o sujeito passivo deverá apurar o montante do imposto devido e efetuar o seu recolhimento ou parcelamento através do Portal do Contribuinte, e:
I - se for enquadrado no regime normal:
a) escriturar na EFD ICMS/IPI, quando for o caso, e informar que o imposto já foi recolhido ou parcelado na forma do artigo 64 e seguintes do Regulamento;
b) detalhar a que se refere a denúncia espontânea realizada no livro RUDFTO.
II - se for optante do Simples Nacional, detalhar a que se refere a denúncia espontânea realizada no livro RUDFTO.

Em síntese, é relevante esclarecer, o contribuinte que realizar a regularização das inconsistências apuradas pelos Fisco dentro do prazo de notificação expedida para regularização, será considerada espontaneamente denunciada a irregularidade, excluindo-se as multas, juros de mora e penalidades dos artigos 46-B e 77 da Lei 688/96.

A discussão arguida é que o direito acima especificado foi tolhido pela lavratura do Auto de Infração ora em debate, e, para averiguar se de fato foi ferido o direito do sujeito passivo, necessário realizar apuração

e confronto da data em que foi emitida a Notificação para Autorregularização e a data de lavratura do Auto de Infração, vejamos:

Conforme consta na folha 16, o sujeito passivo tomou ciência da Notificação para Autorregularização na data de 29/01/2020, nos termos do artigo 1.º, I, do Decreto 24.202/19, é garantido o prazo de 30 (trinta) dias para autorregularização, *in verbis*:

> Art. 1° Deverão ser adotados os procedimentos a seguir estabelecidos em relação às ações fiscais distribuídas até a data de publicação deste Decreto:
> I - as inconsistências e o imposto apurado pela fiscalização serão objeto de notificação prévia para o sujeito passivo efetuar a autorregularização no prazo de 30 (trinta) dias; e

Neste sentido, o prazo fatal para a autorregularização seria na data de 28/02/2020.

Compulsando os autos, na folha 02, verifico que a data de lavratura do Auto de Infração foi dia 27/02/2020, ou seja, de fato foi lavrado antes do término do prazo para denúncia espontânea.

Contudo, tal fato não tem condão de ilidir a pretensão fiscal, pois a lavratura do auto de infração em um dia antes do término do prazo não constitui ofensa ao direito de defesa, não havendo que se falar em nulidade do auto de infração, pois deve prevalecer o princípio da verdade material.

No caso, o sujeito passivo não demonstrou a inexistência do ilícito, e mero equívoco procedimental, passível de correção, não deve prevalecer face a existência e constatação do ilícito de descumprimento de obrigação principal, deixar de recolher o imposto, sob pena de prejudicar a Fazenda Pública do Estado de Rondônia.

Ademais, desde a lavratura do auto de infração (02/2020), o sujeito passivo sequer comprovou o cumprimento da obrigação para demonstrar a sua boa-fé em relação ao fato perseguido.

Logo, tese desprovida.

2.2 – Considerações finais.

Após todo o exposto, saliento que nos autos o sujeito passivou não atacou a infração perseguida ou comprovou a inexistência do ilícito, mas tão somente buscou ilidir a ação fiscal através de questão procedimental normativa, ao final, não logrou êxito demonstrar que foi prejudicado em seu direito de defesa ou que realizou o cumprimento da obrigação.

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 dar-lhe provimento, reformando a Decisão de Primeira Instância que julgou **NULO** para **PROCEDENTE** a ação fiscal, assim, declarando **DEVIDO** o crédito tributário no valor total de R$ 77.181,84.

É como voto.

Porto Velho/RO, 23 de outubro de 2023.

DYEGO ALVES DE MELO
Relator/Julgador

TATE/SEFIN
Fls. nº 102

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

PROCESSO	**: Nº 20202700100047**
RECURSO	**: OFÍCIO N.º 1354/21**
RECORRENTE	**: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL**
RECORRIDA	**: M.M. COMERCIAL TIA MARINA EIRELI - ME**
RELATOR	**: JULGADOR – DYEGO ALVES DE MELO**

RELATÓRIO **: Nº 0330/22/1.ª CÂMARA/TATE/SEFIN**

ACÓRDÃO Nº 0272/2023/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

EMENTA **: ICMS E MULTA – SUJEITO PASSIVO DEIXOU DE RECOLHER ICMS INCIDENTE SOBRE A SAÍDA DE MERCADORIAS – OMISSÃO DE DÉBITOS NA ESCRITA FISCAL - OCORRENCIA –** Restou provado nos autos a ausência de recolhimento de ICMS sobre as operações de vendas, em razão de constar na EFD valores de débitos inferiores ao destacado nos documentos fiscais. Sujeito passivo notificado para realizar a auto regularização, permaneceu inerte. Infração não ilidida. Auto de Infração Procedente. Recurso de Ofício provido. Reforma da 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, reformando a Decisão de Primeira Instância que julgou nula para **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/PROCEDENTE
DATA DO LANÇAMENTO 27/02/2020: R$ 77.181,84
***CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVE SER ATUALIZADO NA DATA DO SEU EFETIVO PAGAMENTO.**

TATE, Sala de Sessões, 23 de outubro de 2023.

Anderson Aparecido Arnaut
Presidente

Dyego Alves de Melo
Julgador/Relator