



GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS
UNIDADE DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

SUJEITO PASSIVO: H G BANDEIRA LTDA

ENDEREÇO:

PAT Nº: 20243000100058

DATA DA AUTUAÇÃO: 17/06/2024

CAD/CNPJ: 17.240.114/0001-01

CAD/ICMS: 00000003733556

DECISÃO PROCEDENTE Nº: 2024/1/715/TATE/SEFIN

1. Venda de mercadorias sem a emissão de documento fiscal e respectivo pagamento do imposto devido. 2. Defesa tempestiva. 4. Infração não ilidida. 5. Ação fiscal procedente. 6. Complementação de ofício da capitulação da infração. 7. Manutenção do sócio na condição de responsável solidário.

1 - RELATÓRIO

O sujeito passivo foi autuado, conforme consta na peça básica e relatório fiscal, por vender mercadorias sem emitir nota fiscal e não fazer o respectivo recolhimento do imposto devido, utilizando-se inclusive de máquina de cartão no nome da pessoa física do sócio. A ação fiscal foi iniciada em função de denúncia anônima. O período apurado neste auto de infração foi de Janeiro de 2021 a Dezembro de 2021.

Foi incluído no polo passivo como responsável solidário o sócio HEVERTON

O autuante alega que foi infringido o art. 107, inciso VII do RICMS e capitula como penalidade o art. 77, VII, “e”, item 2 da Lei nº 688/96.

O sujeito passivo apresentou a defesa de forma tempestiva.

A ciência do feito fiscal se deu com sucesso pelo DET, por meio da notificação 14217563 em 19-06-2024 (fl. 33)

É o relatório.

O crédito tributário, à época da lavratura, tem a seguinte composição:

Tributo ICMS	R\$ 69.212,24
Multa	R\$ 84.970,78
Juros	R\$ 16.846,68
Atualização Monetária	R\$ 0,00
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 171.029,70

2 - DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

Em síntese, o sujeito passivo alega:

I – que é ilegal a aplicação da alíquota geral do ICMS, sendo que o sujeito passivo no período apurado era optante do simples nacional

II – que o levantamento das receitas omitidas ao fisco, obtido pelas informações da administradora de cartão de crédito já supre a informação fiscal e que com isso não existiria omissão de vendas e sim um descumprimento de obrigação acessória.

III – que a multa é confiscatória, desproporcional e irrazoável.

Ao final, requer seja recebida sua defesa e que seja julgada procedente as impugnações.

3 - FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO

A ação fiscal foi iniciada para que fosse apurada denúncia anônima sobre a não emissão de documento fiscal de venda de mercadoria.

Vejam os que art. 107 do RICMS/RO nos diz que o contribuinte é obrigado a escriturar seus livros fiscais e entregar ao fisco:

"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

.....

VII - emitir e entregar ao destinatário da mercadoria ou do serviço que prestar, e exigir do remetente ou do prestador, o documento fiscal correspondente à operação ou à prestação realizada;"

Foi constatado in loco que havia uma máquina de cartão de crédito em nome do sócio da empresa em

fiscalização e que, após ter sido feito o levantamento fiscal, comprovou-se nos autos que estava ocorrendo o recebimento financeiro da empresa por essa máquina de vendas.

Ao fazer a confrontação dos recebimentos do CNPJ do sujeito passivo + o recebimento na maquininha no CPF do sócio, constatou-se que foram realizadas vendas em valor superior ao que foi declarado pela empresa, não sendo apenas o descumprimento de uma obrigação acessória, mas também o de uma obrigação principal que era recolher o imposto devido.

O art. 177, inciso VI do RICMSRO, prevê a omissão do pagamento do imposto quando o valor declarado é inferior ao informado como recebido pelas administradoras de cartão de crédito ou débito, conforme vemos abaixo:

“Art. 177. Para efeito da incidência do imposto de que trata este Regulamento, presume-se a ocorrência de omissão de operações e prestações de serviços tributáveis, realizadas sem o pagamento do imposto, na constatação de: (Lei 688/96, art. 72)

.....

VI - declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito ou débito;”

Ao analisarmos as provas apenas aos autos, ficou constatado que o sujeito passivo realmente não fez a emissão de documento fiscal dessa diferença não declarada ao fisco e, conseqüentemente, não realizando o respectivo pagamento do imposto antes do início da ação fiscal, não sendo assim possível utilizar-se do benefício da denúncia espontânea, segundo o art. 115, parágrafo 1º do Anexo XII do RICMSRO para afastamento da penalidade.

Logo, além do pagamento do imposto, é devida a cobrança do que está previsto na penalidade no art. estaria sujeito à aplicação da penalidade por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 77, inciso VII, alínea “2”, item “2” da Lei 688/96.

Vamos passar agora a analisar a argumentação de defesa do sujeito passivo para entender se existe alguma improcedência ou nulidade na ação fiscal, sanável ou não.

I – Sobre a alegação de que a aplicação da alíquota geral do ICMS sobre a omissão de

receita estaria equivocada, já que o sujeito passivo no período apurado era optante do simples nacional e tinha direito à alíquota reduzida

O Sujeito passivo iniciou suas atividades em 13/12/2012, sendo optante do Simples Nacional até dezembro de 2022. De 2023 em diante, já fazia parte do sistema geral de tributação. Realmente o sujeito passivo estaria enquadrado no simples nacional em 2002. No entanto, discordamos do que está sendo alegado em sua defesa e passaremos a expor os motivos a seguir.

Sabemos que a Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, foi criada para disciplinar o regime simplificado de tributação “simples nacional”, trazendo o direcionamento legal a ser considerado pelas empresas enquadradas nesse regime, permitindo em vários pontos específicos a conciliação da norma com as legislações de cada Estado.

Um desses pontos de conciliação está descrito na seção X da Lei 123/2006, que fala sobre como proceder nos casos de OMISSÃO DE RECEITA, que é o que foi materializado como infringido nos autos.

No art. 34 da seção X da Lei 123/2006, é determinando que deve ser aplicado sobre o tema, “todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional”

Indo então para a legislação regente do ICMS em Rondônia que é a Lei Estadual 688/96, está determinado em seu art. 4º, parágrafo 1º que “As isenções, incentivos e benefícios fiscais do imposto ficam condicionados à regularidade na emissão e escrituração de documentos fiscais e, quando for o caso, ao recolhimento do imposto devido, nos prazos previstos na legislação tributária.”

Ou seja, a conciliação das normas diz que, se o sujeito passivo optante do simples nacional omitiu receita, deixando de cumprir tanto a obrigação principal do pagamento do imposto quanto da obrigação acessória de emitir documento fiscal, perderá o benefício da alíquota reduzida do regime diferenciado.

Reforçando esse entendimento, o próprio art. 13, parágrafo 1º, inciso XIII, alínea “f” da Lei 123/2006 abre a possibilidade de cobrança na forma geral, quando não é feito o pagamento devido do ICMS pela operação de saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal, senão vejamos:

“Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

.....

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

.....

XIII – ICMS devido

.....

f) na operação ou prestação descoberta de documento fiscal;”

Logo, o argumento do sujeito passivo sobre a aplicação incorreta da alíquota no auto de infração não deve prosperar.

No entanto, para esvaziar qualquer alegação futura de nulidade por cerceamento de defesa, incluirei de ofício neste momento, o art. 34 e o art 13, § 1º , inciso XIII, alínea “F”, ambos da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006 na capitulação da infração descrita na autuação.

Essa complementação é determinada a este julgador nos artigos. 33 e 34 do Anexo XII – PAT e PA que fazem parte do RICMSRO, conforme descrito abaixo:

“Art. 33. As incorreções ou omissões do auto de infração não acarretarão a sua nulidade, quando nele constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração e a pessoa do infrator. (Lei 688/96, art. 107)”

“Art. 34. Estando o processo em fase de julgamento, os erros de fato e os de capitulação da infração ou da penalidade serão corrigidos pelo órgão de julgamento, de ofício ou em razão de defesa ou recurso, não sendo causa de decretação de nulidade, desde que da correção resulte penalidade de valor igual ou inferior ao constante no auto de infração. (Lei 688/96, art. 108)”

II – Sobre a alegação de que as receitas omitidas inicialmente, levantadas junto às administradoras de cartão de crédito, estariam supridas por esse fato da falta de emissão de documento fiscal e pagamento do imposto, não existindo mais então o descumprimento da obrigação do pagamento do imposto e o descumprimento de obrigação acessória pela não emissão de documento fiscal.

O sujeito passivo faz uma associação sem fundamento entre o fato da descoberta pelo fisco da informação da não emissão de documento fiscal junto à administradora de cartão de crédito e débito, com o automático cumprimento de sua obrigação principal do pagamento do imposto e do cumprimento de obrigação acessória da emissão de documento fiscal.

Sua tese não se sustenta. O julgado apresentado em sua defesa aponta caso julgado no judiciário em MINAS GERAIS que não tem vinculação de aplicação em RONDÔNIA. Nem se sabem as variáveis da discussão levantada naquele caso específico, usando apenas um pedaço sem contexto da utilização pelo fisco das informações levantadas junto às administradoras de cartão de crédito e débito.

O cerne da questão sobre a lavratura do auto de infração está no NÃO PAGAMENTO de uma obrigação principal ocasionada pelo descumprimento de uma obrigação acessória de forma intencional, onde o sujeito passivo recebia os valores em máquina de cartão no CPF do sócio, entendendo talvez que não seria possível chegar ao conhecimento do fisco a sonegação, confiando que o cruzamento das informações seria feito apenas no CNPJ da empresa, ledo engano.

Vejamos o que nos diz o RICMSRO sobre o cumprimento da obrigação acessória em seu art. 107, inciso VII do RICMSRO:

“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)

.....

VII – emitir e entregar ao destinatário da mercadoria ou do serviço que prestar, e exigir do remetente ou do prestador, o documento fiscal correspondente à operação ou à prestação realizada;”

Novamente, para esvaziar qualquer alegação futura de nulidade por cerceamento de defesa, incluirei de ofício neste momento, algumas outras capitulações em relação ao descumprimento da obrigação principal, de forma a complementar o que foi encontrado nas provas apresentadas nos autos.

Essa complementação é determinada a este julgador nos artigos. 33 e 34 do Anexo XII – PAT e PA que fazem parte do RICMSRO, conforme descrito abaixo:

“Art. 33. As incorreções ou omissões do auto de infração não acarretarão a sua nulidade, quando nele constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração e a pessoa do infrator. (Lei 688/96, art. 107)”

“Art. 34. Estando o processo em fase de julgamento, os erros de fato e os de capitulação da infração ou da penalidade serão corrigidos pelo órgão de julgamento, de ofício ou em razão de defesa ou recurso, não sendo causa de decretação de nulidade, desde que da correção resulte penalidade de valor igual ou inferior ao constante no auto de infração. (Lei 688/96, art. 108)”

Seguindo essa determinação, vejamos o que nos dizem os artigos 02 e 11 do RICMSRO sobre o momento em que nasce a obrigação principal do pagamento do imposto, especificamente no caso do sujeito passivo que estamos analisando (restaurante de comida japonesa):

“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, § 1º)

Art. 2º. Ocorre o fato gerador do imposto no momento: (Lei 688/96, art. 17)

.....

II – Do fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, por qualquer estabelecimento;”

Então resta claro na legislação do RICMSRO, que a venda do alimento pelo sujeito passivo (art. 2 e 11 do RICMSRO), sem a emissão do documento fiscal (art. 107 do RICMSRO), comprovada pelo trabalho de auditoria, demonstrou que houve sim o descumprimento da obrigação principal do pagamento do imposto e a obrigação acessória de emitir o documento fiscal.

Com a inclusão de ofício dos artigos 2 e 11 do RICMSRO, restam sanadas eventuais dúvidas quanto ao objeto da ação fiscal, estando mantidas todas as formalidades legais previstas no art. 100 da Lei 688/96, não sendo mais objeto de desconhecimento pelo sujeito passivo da clareza da capitulação e do que se tratou a autuação, não podendo alegar cerceamento de defesa, até mesmo porque não se encerra aqui a fase do contraditório.

Sobre a capitulação da penalidade, entendemos que o art. 77, inciso VII, alínea “e”, item 2 da Lei 688/96, reflete com clareza a aplicação da penalidade em cima apenas do IMPOSTO DEVIDO em relação à OBRIGAÇÃO PRINCIPAL de pagar o imposto não cumprida, não sendo feita cobrança por eventual

descumprimento de obrigação acessória da não emissão de documento fiscal. A referência da legislação à não emissão de documento fiscal, é feita apenas para referenciar as condições que originaram a falta de pagamento do imposto principal, conforme vemos abaixo:

“Art. 77. As infrações e as multas correspondentes são as seguintes: (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

.....

VII - infrações relacionadas às operações com mercadorias ou bens ou, ainda, aos casos de prestações de serviços: (NR dada pela Lei nº 3756, de 30.12.15)

.....

e) multa de 100% (cem por cento) do valor do imposto incidente sobre o valor da operação ou da prestação:

.....

2. pela aquisição, importação, recebimento, posse, transporte, estocagem, depósito, venda, exportação, remessa ou entrega de mercadorias desacompanhadas do documento fiscal próprio ou em situação fiscal irregular;”

Logo, a alegação arguida pelo sujeito passivo sobre não haver descumprimento de obrigação principal e acessória pelo conhecimento do fisco das informações de vendas omitidas junto às administradoras de cartão de crédito e débito, não deve prosperar.

III – Sobre a alegação de que a aplicação da multa é confiscatória, desproporcional e irrazoável.

Quanto à alegação de que a multa aplicada tem caráter confiscatório, desproporcional e irrazoável, entendo que não caiba na esfera administrativa qualquer juízo de valor a respeito da legislação tributária vigente, tendo em vista que a atividade fazendária nessa análise é vinculada às normas vigentes, vejamos o que o art. 16 da Lei 4929 de 17/12/2020 nos diz sobre o que não compete ao TATE:

“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, essa alegação também não deve prosperar.

Ao final, constatamos que foi materializado nos autos a infração cometida pelo sujeito passivo, tanto da obrigação principal quanto da obrigação acessória, fazendo com que deva ser considerada a ação fiscal **PROCEDENTE** após a complementação da capitulação das infrações cometidas.

Crédito Tributário Devido

Tributo ICMS	R\$ 69.212,24
Multa	R\$ 84.970,78
Juros	R\$ 16.846,68
Atualização Monetária	R\$ 0,00
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 171.029,70

4 - CONCLUSÃO

De acordo com o previsto no artigo 12, I, da Lei nº 912, de 12 de julho de 2000, no uso da atribuição disposta no artigo 79, II, do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo Tributário – TATE, aprovado pelo Decreto nº 9157, de 24 de julho de 2000, **JULGO PROCEDENTE** o auto de infração e **DECLARO DEVIDO** o crédito tributário de **R\$ 171.029,70 (cento e setenta e um mil, vinte e nove reais e setenta centavos)**, devendo o mesmo ser atualizado na data do efetivo pagamento.

Complemento a capitulação original da infração, incluindo os artigos 02 e 11 do RICMSRO e artigos 34 e 13, § 1º, inciso XIII, alínea “f”, ambos da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, conforme determina o art. 33 e 34 do Anexo XII do RICMSRO.

Por último, considerando que no presente auto de infração foi eleito(s) terceiro(s) como responsável(eis)

solidário(s), neste ato decido manter a responsabilidade solidária conforme abaixo:

CPF/CNPJ	Nome	Decisão da Resp. Solidária
	HEVERTON	Manter

5 - ORDEM DE INTIMAÇÃO

Fica o sujeito passivo intimado a recolher o crédito tributário devido no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência deste, garantido o direito de recurso voluntário à Câmara de Segunda Instância, no mesmo prazo, sob pena de inscrição em dívida ativa do Estado e conseqüente execução fiscal.

Porto Velho (RO), 17/11/2024 .

DANIEL GLAUCIO GOMES DE OLIVEIRA

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

DANIEL GLAUCIO GOMES DE OLIVEIRA, Auditor Fiscal,

, Data: **17/11/2024**, às **20:32**.

Conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.