

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

PROCESSO : N.º 20172703200006
RECURSO : VOLUNTÁRIO E DE OFÍCIO N.º 208/18
RECORRENTE : SUPERMERCADO SANTIAGO LTDA E FAZ. P. ESTADUAL
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL E 2ª INST. TATE/SEFIN
RELATOR : Julgador Carlos Napoleão
RELATÓRIO : N.º 357/19/TATE/CRE/2ª Câmara de Julgamento

02- VOTO

02.1- Versa o presente PAT sobre a autuação fiscal de 25.08.2017, em que a descrição da infração é de que em trabalho de auditoria fiscal contra o contribuinte acima identificado, atuante no ramo de supermercado efetuou-se a extração de relatórios gerenciais de vendas de mercadorias no local de seu estabelecimento, um deles, inclusive intitulado de venda de mercadorias sem nota/cupom fiscal, confrontados com as vendas efetivadas com a emissão de notas fiscais e cupons fiscais resultou-se na saída de mercadorias sem documentos fiscais. Como resultado constatou-se a ocorrência de saída de R\$-9.461.464,92, em mercadorias desacobertas de documentos fiscais, infringências as determinações impostas pelos artigos 176 e 200-A, do RICMS/RO. O detalhamento dos procedimentos explicativos da ação fiscal encontram-se em relatório e anexos constantes nestes autos, do qual também faz parte mídia eletrônica, DVD com planilha de constituição do crédito tributário e demais elementos probatórios da irregularidade fiscal.

02.2 - Pelo exposto consta que infringiu o art. 77, inc. VII, alínea e-2, da Lei nº 688/96, e via de consequência sujeitando-se as penalidades do art. 77, inc. VII, letra "e", item 2, da Lei nº 688/96.

02.3- Para fundamentar o lançamento tributário os autuantes carregaram para os autos, relatório de ação fiscal; DFE; termo de início de ação fiscal, denuncia detalhada dos ilícitos fiscais; relatório gerencial do contribuinte de vendas sem nota/cupom fiscal; autenticação MD5 e SHA 1 dos arquivos de relatórios extraídos do sistema gerencial da empresa; autenticação MD5 e SHA 1 do arquivo do crédito tributário total; autenticação MD5 e SHA 1 dos arquivos da pasta NF'e e NFC'e emitidas pela empresa, docs. de fls. 03/45.

02.4 - A acusação fiscal é por ter o sujeito passivo descumprido obrigação tributária principal, ou seja, que estava vendendo mercadorias

sem emitir o documento fiscal obrigatório, consequentemente deixando de apurar e recolher o ICMS devido.

02.5 – A infringência à norma refere-se ao art. 77, inc. VII, alínea e-2, da Lei nº 688/96, que estabelece penalidade de 100% (cem por cento) do valor do imposto incidente sobre o valor da operação ou prestação, 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;

02.6 – Intimado do AI o sujeito passivo interpôs defesa tempestiva de fls.48/49, para pugnar pela sua anulação considerando que a fonte da denúncia que originou a averiguação pelo fisco torna-se imparcial por se tratar de uma associação que tem associados no cargo de diretoria com empresa que exerce o mesmo ramo de atividades da denunciada e que as planilhas apresentadas pelo fisco intitulada “crédito tributário completo” faz menção a um suposto crédito tributário em regime de tributação que não se enquadra para autuada no período de 01.01.2016 a 31.12.2016, pois era tributada pelo simples nacional no estado: que o vídeo feito pela própria autuante deixa claro que se torna nulo e sem efeito o procedimento da ação fiscal pela forma de abordagem ao estabelecimento que sempre foi alvo de denúncias de empresários do ramo alimentício, pois não quis participar do chamado “combinado preço”, deles; que a atividade da fiscalização encontra uma série de limitações de ordem comportamental, constantes na Constituição Federal.

02.7 – Em instancia singular, fls. 57/63, a ação fiscal foi julgada parcialmente procedente e declarado como devido o crédito tributário no valor de R\$-2.027.978,35 (dois milhões e vinte e sete mil e novecentos e setenta e oito reais e trinta centavos), considerando que independentemente de quem fez a denúncia cabe ao fisco averiguar a veracidade e que no caso em tela foi constatado que houve a infração à legislação tributária; que o crédito tributário foi apurado aplicando-se as alíquotas utilizadas pelos contribuintes do regime normal, perfeitamente justificada, e que o sujeito passivo agindo de forma contrária à legislação omitiu receitas no momento que vendeu mercadorias sem os documentos fiscais obrigatórios; que o vídeo apresentado não contribuiu para efeito de declaração de nulidade da ação fiscal; que os documentos coletados no estabelecimento do contribuinte seguiram o rito legal, não assistindo razão ao sujeito passivo quanto as suas alegações para improceder o AI; e quanto aos dispositivos apontados como infringidos entende que devem ser retificados, não sendo causa de nulidade passando a ser os arts. 176, XXII e 200-A, do RICMS/RO, c/c o art. 3º, III, da IN 003/2014/GAB/CRE.

02.8 – Em manifestação fiscal, fls. 69/71, o fisco autuante se mostra contrário a decisão de primeira instância e pugna pela procedência do AI para que não se proceda nenhuma alteração em relação aos indicativos da tipificação da infração pois não pode vincular como fez o julgador a aplicação da multa com o valor do imposto incidente sobre as operações tidas como irregulares e pela ação fiscal; que a fiscalização constatou que houve casos em que as vendas sem emissão de notas fiscais abrangeram a saída de produtos já tributados por substituição tributária; que em tais ocorrências não se lançou a cobrança de ICMS tendo em vista a ocorrência do recolhimento antecipado deste tributo em operações anteriores; que todavia mesmo as operações abrangidas pelo instituto da substituição tributária possuem a incidência do ICMS já que apenas o seu pagamento é feito de forma antecipada em relação a saída do produto do estabelecimento auditado pela ação fiscal.

02.9 – Inconformado com a decisão da fazenda estadual que lhe fora desfavorável, o sujeito passivo interpôs recurso voluntário de fls. 74/80, para arguir questões prejudiciais ao AI, como: da nulidade do procedimento fiscal – empresa enquadrada no simples nacional; da nulidade da decisão de primeira instância e para ao final pugnar pela reforma da decisão de primeiro grau julgando-a nula/improcedente a ação fiscal em destaque.

02.10 – Em relação aos argumentos interpostos pelo sujeito passivo em sede recursal para nulificar/improceder o AI tem-se que: da nulidade do procedimento fiscal – empresa enquadrada no simples nacional – pelo que se depreende dos autos a acusação fiscal é de que no período fiscalizado de 01.01.2016 a 31.03.2017, o sujeito passivo se encontrava vendendo mercadorias sem emitir o documento fiscal obrigatório, e consequentemente deixando de apurar e recolher o ICMS devido, portanto na contramão do que dispõe a Lei Complementar nº 123/2006, em seu art. 26 ; c/c o Anexo VIII - Simples Nacional – Cap. I, art. 13, do Dec.22.721//18 que estabelecem que as microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a: I – emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor, bem como que a emissão de documentos fiscais e a escrituração dos livros fiscais por estabelecimento ME ou EPP, optante pelo Simples Nacional, deverá atender ao disposto em Resolução CGSN, observado subsidiariamente o estabelecido neste Regulamento, respectivamente. O art. 30, da mesma Lei dispõe que: a exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á: II – obrigatoriamente, quando elas incorrerem em qualquer das situações de vedação previstas nesta Lei Complementar; que as microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo

Simples Nacional também precisam cumprir as obrigações acessórias previstas na Lei Complementar nº 123/2006, sob pena de serem excluídas do regime; de sorte que no presente caso o contribuinte esteve enquadrado no regime de tributação simplificado da Lei Complementar nº 123/2006, até o ano de 2016, e de janeiro de 2017, em diante, no regime normal do ICMS; que conforme os documentos fiscais auditados no período compreendido houve saída de mercadorias vendidas sem nota fiscal ou cupom fiscal no importe de R\$-9.577.980,39, sendo R\$-6.828.762,28, no exercício de 2016, e R\$-2.749.218,11, superando portanto nos dois períodos o sublimite de R\$-1.800.000,00, e a caracterizar omissão de faturamento se considerado que permaneceu de forma ilícita e indevida no Simples Nacional; que por se tratar de venda sem documentos fiscais ficou excluída a incidência do regime de tributação simplificado da LC 123/2006, cfe. indicado pelo art. 13, inc, XIII, alínea "f" da referida lei (que o ICMS é devido na operação ou prestação desacompanhada de documento fiscal) aplicando-se integralmente aos fatos a legislação do ICMS/RO; destarte que a partir do momento da constatação da omissão de receitas e do enquadramento indevido e de forma ilícita no Simples Nacional pugnou a fiscalização pela exclusão imediata do sujeito passivo do regime simplificado de tributação aplicando-se integralmente aos fatos a legislação do ICMS/RO; todavia o sujeito passivo não concorda com esse posicionamento do fisco por entender que lhe deve ser dado o tratamento diferenciado da Lei Complementar 123/2006 visto que no exercício de 2016, o regime de tributação a que estava subordinado e que pertencia era ao do Simples Nacional apesar das omissões e infrações apontadas em relação a Lei Complementar nº 123/2006 e ao Dec. 22.721/18, posicionamento este que discordamos em razão da flagrante violação aos dispositivos retro mencionados.; em se firmando esse entendimento fica prejudicado os demais argumentos interpostos pelo sujeito passivo em relação a Lei Complementar nº 123/2006, visto a desobediência demonstrada ao próprio normativo. Da nulidade da decisão de primeira instância – sob o argumento que a autoridade julgadora criou uma decisão nula, pois que deu novo fundamento jurídico ao AI indicando dispositivos que não se coadunam com a descrição do AI cujos argumentos vão aquém do contexto do PAT – a posição deste julgador é que não deve ser acatada a sugestão do julgador singular visto que foi indicado no texto da descrição do AI que as práticas referente as infrações de venda de mercadorias sem documentos fiscais vinculam-se a infringência às determinações impostas pelos artigos 176 e 200-A, do RICMS/RO, além da aposição dos dispositivos legais infringidos dispostos no AI; a infração se encontra plenamente caracterizada pelo que se transcreveu na capitulação do AI, devendo pois, permanecer o crédito tributário apontado na inicial em valores originais. Sobre o tema dispõe a Lei nº 688/96, art. 107: 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. Art. 108.- 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. De sorte que ficam prejudicados os argumentos interpostos pelo sujeito passivo no sentido de nulificar a decisão de primeira instância, assistindo, portanto razão aos fundamentos interpostos pelo autante na direção de proceder a ação fiscal em discussão.

02.11 – Desse modo, considerando que provado restou que a infração a legislação tributária se encontra devidamente materializada e não ilidida pelo sujeito passivo, razões existem para se concluir que a ação fiscal deve prosperar.

02.12 – Pelo exposto, e por tudo o que mais dos autos consta, conhecemos de ambos os recursos interpostos para negar provimento ao recurso voluntário e dar provimento ao recurso de ofício, no sentido de reformar a decisão singular de parcial procedência, para procedência do auto de infração, e para se exigir o crédito tributário assim constituído; ICMS: R\$-912.602,33; MULTA R\$-1.605.425,74; JUROS: R\$-108.058,47; AT. MONETÁRIA: R\$-47.357,61. TOTAL DEVIDO: R\$-2.673.444,15 (dois milhões seiscentos e setenta e três mil quatrocentos e quarenta e quatro reais e quinze centavos) a ser atualizado na data do seu efetivo pagamento.

É como VOTO.

Porto Velho – RO., 15 de outubro de 2021.

CARLOS NAPOLEÃO
Relator/Julgador

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

PROCESSO : Nº 20172703200006
RECURSO : VOLUNTÁRIO DE OFÍCIO Nº 208/18
RECORRENTE : SUPERMERCADO SANTIAGO E FAZ. PÚB. ESTADUAL
RECORRIDA : FAZ. PÚB. ESTADUAL E 2ª INSTANCIA TATE/SEFIN
RELATOR : JULGADOR – CARLOS NAPOLEAO

RELATÓRIO : Nº 357/19/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO Nº 317/21/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN

EMENTA : ICMS – VENDA DE MERCADORIA SEM EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL - OCORRÊNCIA – Provado nos autos que o sujeito passivo, optante do simples nacional promoveu a venda de mercadorias sem emitir documento fiscal obrigatório, e consequentemente deixando de apurar e recolher o ICMS devido. Por se tratar de venda sem documentos fiscais foi excluída a incidência do regime de tributação simplificado da LC 123/2006, conforme indicado pelo art. 13, inc. XIII alínea “F”, da referida Lei, aplicando-se integralmente aos fatos a legislação do ICMS/RO. A multa lançada no auto de infração deve ser mantida na sua integralidade, pois refere-se a 100% do imposto incidente na operação de venda de mercadoria sem nota fiscal, ainda que parte do imposto já tenha sido recolhido antecipadamente por substituição tributária. Reforma da decisão singular de parcial procedência para procedência do auto de infração. Recurso Voluntário Desprovido e de Ofício Provido. Decisão Unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os membros do **EGRÉGIO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE**, à unanimidade em conhecer de ambos os recursos interpostos, voluntário e de ofício, para negar provimento ao voluntário e dar provimento ao de ofício, reformando a decisão de instância singular de parcial procedência para **PROCEDÊNCIA** do auto de infração conforme Voto do Julgador Relator, constante dos autos, que faz parte integrante da presente decisão Participaram do Julgamento os Julgadores: Manoel Ribeiro de Matos Júnior, Amarildo Ibiapina Alvarenga, Nivaldo João Furini e Carlos Napoleão.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINAL E PROCEDENTE

FATO GERADOR 25/08/2017: RS-2.673.444,15

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

TATE, Sala de Sessões, 15 de outubro de 2021.

Anderson Aparecido Arnaut
Presidente

Carlos Napoleão
Julgador/Relator