

TATE/SEFIN
Fls. nº 39

GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS
SEGUNDA INSTÂNCIA – SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO : 20192700100379
RECURSO : DE OFÍCIO Nº 825/21
RECORRENTE : GONÇALVES IND. E COM. DE ALIMENTOS LTDA.
CAD/ICMS/RO : 126362-5
RECORRIDA : 2ª INSTÂNCIA/TATE/SEFIN
RELATORA : MÁRCIA REGINA PEREIRA SAPIA
RELATÓRIO : 162/21/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN

1. VOTO

1.1. DOS AUTOS

Consta da peça inicial que o sujeito passivo deixou de pagar o ICMS-ST, mediante omissão de lançamento correspondente à entrada da mercadoria no território de Rondônia, procedente de outra unidade federada. Documentos fiscais relativos ao exercício de 2014. Utilizado o MVA para composição da base de cálculo. Citados por infringidos os artigos 53, X, “a” e “b”; 2º, XV e, 27, II e §6º, todos do RICMS-RO, aprovado pelo Decreto 8321/98. Aplicada penalidade do item 1, alínea “a”, inciso IV, artigo 77 da Lei 688/96.

Na sua defesa, o sujeito passivo se baseou no entendimento do STJ, ao admitir a aplicação do artigo 150-§4º (data da ocorrência do fato gerador) ao presente caso, e inaplicabilidade do artigo 173-1 (primeiro dia do exercício seguinte àquele que poderia ser efetuado), ambos do CTN, pois pela definição do Superior Tribunal de Justiça, apenas se houvesse a omissão de todas as operações do contribuinte é que não se aplicaria o artigo 150-§4º do CTN, e sim o artigo 173-I, do mesmo código, pois, assim, não se teria nenhuma antecipação de pagamento, gerando a necessidade de um novo lançamento, sendo que o prazo para o novo cálculo deve ter início no dia do fato gerador, vale dizer, no mês em que supostamente ocorreu a omissão de recolhimento, concluindo-se que o lançamento teria sofrido decadência, pois transcorreram mais de 05 (cinco) anos a contar da notificação do auto de infração, que se deu em 31-01-2020, abrangendo o período de março de 2014 a janeiro de 2015, de modo que o período anterior a 31-01-2020, o lançamento é manifestamente improcedente, pois ele se deu em prazo superior ao quinquênio legal deferido ao Fisco para dar vazão ao seu direito.

Argumentou ainda, nulidade do auto de infração por insegurança na determinação da infração, caracterizando também cerceamento do direito de defesa, pois a autuação não teria se pautado, no decorrer do procedimento administrativo, acerca das formalidades legais do auto, tais como a notificação ao fiscalizado da continuidade do procedimento fiscal, prorrogação sucessiva da continuidade da fiscalização e a indicação correta do período autuado no auto, estando, ainda, sem o que dispõe a legislação em vigor, toda ação fiscal deverá esta expressamente revestida por ato da autoridade que a concede, estar sem o devido mando legal, já que toda ação fiscal deverá esta expressamente revestida por ato da autoridade que a concede, ensejando a anulação dos atos praticados eivados de vícios com supedâneo na Súmula 473/STJ,



GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS
SEGUNDA INSTÂNCIA – SEGUNDA CÂMARA

bem como na jurisprudência do próprio TATE colacionada aos autos, acerca de acórdão pugnano pela nulidade processual no caso de ausência de DFE.

Aduziu ainda que a multa aplicada no auto de infração em comento é confiscatória, desproporcional e contraria frontalmente à jurisprudência do STF e legislação estadual, conforme jurisprudência trazida à baila.

Em sua decisão a Autoridade Julgadora de Primeira Instância, decidiu pela nulidade do auto de infração (fls. 56/63). Entendeu a autoridade julgadora singular que o crédito fiscal a que o fisco teria direito foi alcançado pela decadência (CTN, 173, I). Recorreu de Ofício.

Notificado da Decisão nº 2020.09.09.04.0103/UJ/1ª INSTÂNCIA/TATE/SEFIN, via edital fl. 75, o sujeito passivo não ingressou com Recurso Voluntário. Por sua vez o Auditor Fiscal autuante apresentou contrarrazões fiscais para fundamentar sua discordância à tese da decisão singular e, assim declinar pela procedência do auto de infração.

Considerou o Auditor Fiscal autuante destacar que acertadamente a decisão singular amparou-se na Súmula 555 do STJ para proceder na aplicação do inciso I, artigo 173 do CTN, para efeito de início do prazo decadencial. Entretanto, discorda com a consideração feita relativa ao final deste mesmo prazo decadencial, posto que o Termo de Início da Ação Fiscal foi notificado ao sujeito passivo (fls. 05/06) antes que tivesse se esgotado o tempo permitido ao fisco para cobrar tributo devido e não recolhido. Portanto, sem aplicação a decadência defendida pela Autoridade Julgadora singular. Citou AgRg no REsp 1044953 / SP AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2008/0069527-0, onde o Ministro Luiz Fux considerou:[...] 4. O dever de pagamento antecipado, quando inexistente (tributos sujeitos a lançamento de ofício), ou quando, existente a aludida obrigação (tributos sujeitos a lançamento por homologação), há omissão do contribuinte na antecipação do pagamento, desde que inócorrentes quaisquer ilícitos (fraude, dolo ou simulação), tendo sido, contudo, notificado de medida preparatória indispensável ao lançamento, flui o termo inicial do prazo decadencial da aludida notificação (artigo 173, parágrafo único, do CTN), independentemente de ter sido a mesma realizada antes ou depois de iniciado o prazo do inciso I, do artigo 173, do CTN. [...]”.

1.2. DA ANÁLISE E FUNDAMENTAÇÃO

O PAT foi impulsionado a essa Segunda Instância em razão do Recurso de Ofício. Assim analisou.

Instituídas as normas legais, ao contribuinte do ICMS cabe observar aquelas que lhe alcançam sob pena de serem atingidos com as multas incidentes a cada situação de inobservância, independentemente de sua intenção, conforme consta da Lei 688/96 em seu artigo 75 e parágrafos.



GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS
SEGUNDA INSTÂNCIA – SEGUNDA CÂMARA

Da legislação tributária citada por infringida que colacionamos, ampara a exigência feita no auto de infração.

RICMS-RO, aprovado pelo Decreto 8321/98

Art. 53. O ICMS deverá ser pago (Lei 688/96, art. 45): (NR dada pelo Dec. 11655, de 09.06.05 – efeitos a partir de 01.07.05)

[...]

X – nas hipóteses expressamente previstas na legislação, mediante lançamento correspondente à entrada da mercadoria no território do Estado, em que os prazos de pagamento do imposto serão os seguintes: (NR dada pelo Dec. 17637, de 18.03.13 – efeitos a partir de 18.03.13)

*a) mercadorias entradas no Estado até o dia 15 do mês, no último dia do mês subsequente; e
b) mercadorias entradas no Estado após o dia 15 do mês, no décimo quinto dia do segundo mês subsequente.*

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

[...]

XV – da entrada de mercadoria ou bem no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado, para efeito de exigência do imposto por substituição tributária;

Art. 27. A base de cálculo para fins de substituição tributária será (Lei 688/96, art. 24):

[...]

II – em relação às operações ou prestações subsequentes, o somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário; b) o montante dos valores de seguro, de frete e de outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores do serviço; c) a margem de valor agregado constante do Anexo V deste Regulamento, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes;

[...]

§ 6º O imposto a ser pago por substituição tributária, na hipótese do inciso II deste artigo, corresponderá à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações ou prestações internas do Estado de destino sobre a respectiva base de cálculo e o valor do imposto devido pela operação ou prestação própria do substituto.

Nos termos do artigo 97 da Lei 688/96 (Art. 97. *Verificada qualquer infração à Legislação Tributária deverá ser iniciado o Processo Administrativo Tributário - PAT, através da lavratura de Auto de Infração, observada a exceção prevista no § 3º.) e, Parágrafo Único do artigo 142 do CTN (Art. 142. [...]. Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional), deve o corpo de auditores fiscais aplicar as regras a que se vinculam. Então correta a ação do fisco.*

Das fls. 11 a 16 (frente e verso) o Auditor Fiscal autuante demonstrou os cálculos de forma individualizada para cada documento fiscal (29), extraídos da relação de fl. 07 (frente e verso), referente ao qual o sujeito passivo deveria ter recolhido o ICMS-ST. Da fl. 16, está demonstrado o totalizador do crédito tributário transcrito para o campo próprio no auto de infração fl. 02.

Em sua defesa o sujeito passivo argumentou nos exatos termos da decadência, falta de notificação da prorrogação da DFE e abusividade da penalidade aplicada, sem produzir qualquer materialidade que pudesse invalidar a acusação do fisco.

GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS
SEGUNDA INSTÂNCIA – SEGUNDA CÂMARA

Invocou a aplicação do §4º do artigo 150 do CTN, “Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. [...] § 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

Após o julgamento de reiterados recursos sobre a questão, inclusive na sistemática do recurso repetitivo, em dezembro de 2015, o STJ fez publicar a súmula 555 com o intuito de pacificar o entendimento, com o seguinte enunciado:

Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.

Nos termos da acusação fiscal o sujeito não procedeu ao recolhimento do ICMS-ST, portanto, não antecipou qualquer parcela de pagamento de forma a que o fisco tivesse lançamento a homologar. No mesmo sentido o valor do “Crédito de ICMS Próprio (origem)”, informados no demonstrativo de fls. 11 a 16 (frente e verso), não foi antecipação feita pelo sujeito passivo, e sim aplicação da regra tributária que prevê a dedução do valor do ICMS devido pelo remetente da mercadoria.

Entretanto, a decisão singular trouxe por fundamentação o fato de que o auto de infração somente foi notificado ao sujeito passivo em 31/01/2020, quando então já teria transcorrido os cinco anos a que o fisco teria o direito a buscar o tributo não recolhido em tempo algum.

De fato, numa primeira análise comprovada está a data da ciência do auto de infração, entretanto, não é suficiente para que se firme a nulidade decidida em instância singular, posto o parágrafo único do artigo 173 do CTN e o termo de início da ação fiscal (fls. 05/06).

Da análise dos autos essa Julgadora, relativamente à decisão de nulidade por ocorrência do prazo decadencial, fazendo uso da mesma legislação que a Autoridade Julgadora singular, não corrobora com a interpretação aplicada.

Regra o artigo 173 do CTN

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito

GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS
SEGUNDA INSTÂNCIA – SEGUNDA CÂMARA

tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. grifei

Qual seja, para o exercício 2014, o prazo começou a fluir em primeiro de janeiro/2015, nesse ponto há concordância, então a ação fiscal se deu dentro do prazo legal, não havendo porque declarar a decadência do lançamento do direito do fisco em fazer o lançamento, posto que o termo de início foi notificado ao sujeito passivo em abril/2019 (fls. 05/06), e com a aplicação do parágrafo único do mesmo artigo 173, a decadência *“extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento”*. O termo de início da ação fiscal é medida preparatória.

Ora, o que seria uma *medida preparatória*, senão e também, a lavratura do termo de início de ação fiscal com ciência dada ao interessado antes de fluído o tempo decadencial?

Nesses termos, essa Julgadora, corrobora com o Auditor Fiscal autuante, para discordar da decisão singular de nulidade do auto de infração, porquanto foi observada na ação fiscal a aplicação do termo de início da ação fiscal para excluir a espontaneidade do sujeito passivo (Lei 688/96, art. 94), assim como, para pôr fim ao transcorrer do período decadencial (CTN, art. 173, I, parágrafo único).

Relativamente à prorrogação da DFE, a IN 11/2008 define que a ciência da prorrogação é suprida pela ciência do termo de encerramento, nos termos do §3º do seu artigo 12 (*Art. 12. As designações se encerram:[...] § 3º A ciência do Termo de Encerramento da ação fiscal, pessoalmente, por AR. ou por edital, supre a eventual ausência de ciência das prorrogações ocorridas, ratificando seus efeitos*).

O Termo de Encerramento da Ação Fiscal à fl. 19, faz parte do auto de infração (PAT) e nesse sentido, postagem para o endereço do sujeito passivo, com resposta do serviço dos Correios, de “não procurado” (fl. 24), foi encaminhado em segunda oportunidade para o endereço do sócio proprietário, Sr. José Gonçalves da Silva cuja ciência à fl. 26, tem o efeito de suprir a ciência das prorrogações da DFE, já que engloba todo o conteúdo até aquela fase processual.

Quanto à penalidade aplicada, ressaltamos que está escrita na Lei 688/96, e é consequente da inobservância das regras tributárias acessória e principal, em que deixou o sujeito passivo de recolher ao erário rondoniense tributo devido a título de ICMS-Substituição Tributária. Ademais

Ademais, esse TATE em decorrência do estabelecido no artigo 90 da Lei 688/96 e no artigo 16 da Lei 4929/20 está impedido de analisar a inconstitucionalidade da própria Lei 688/96, assim como de negar a sua aplicação, seja no que se refere a multa, juros, atualização monetária ou qualquer outra matéria que seja nela inscrita..



GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS
SEGUNDA INSTÂNCIA – SEGUNDA CÂMARA

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: (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

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.

Vejamos que toda a análise feita foi para trazer os necessários fundamentos à compreensão e entendimento dessa Julgadora referente à matéria em discussão, que versou, da parte do sujeito passivo em sua defesa, somente no campo das possíveis nulidades, e da parte da Autoridade Julgadora singular, limitada à nulidade por aplicação do instituto da decadência. Superados, S.M.J., a análise processual se conclui.

Ex positis, esta Julgadora conhece do Recurso de Ofício interposto para dar-lhe provimento e reformar a decisão singular de nulidade para procedência do auto de infração e declarar devido o crédito tributário no valor de R\$115.044,62 (cento e quinze mil, quarenta e quatro reais e sessenta e dois centavos) a ser atualizado na data do efetivo pagamento.

É como voto.

Porto Velho, 11 de novembro de 2021

Márcia Regina Pereira Sapia
Relatora/Julgadora
Cad. 780

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

PROCESSO : 20192700100379
RECURSO : DE OFÍCIO Nº 825/2021
RECORRENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA : 2ª INSTÂNCIA/TATE/SEFIN
INTERESSADA : GONÇALVES IND. E COM. DE ALIMENTOS LTDA
RELATORA : JULGADORA – MÁRCIA REGINA PEREIRA SAPIA

RELATÓRIO : 162/21/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO Nº. 335/21/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN.

EMENTA : ICMS-ST – FALTA DE RECOLHIMENTO - ENTRADA DE MERCADORIAS ORIUNDAS DE OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO - OMISSÃO DE LANÇAMENTO – OCORRÊNCIA – Acusação fiscal de falta de recolhimento de ICMS-ST interna, mediante omissão de lançamento correspondente à entrada da mercadoria no território de Rondônia, procedente de outra unidade federada no exercício de 2014. Afastada a tese de decadência do direito do fisco por ausência de antecipação no recolhimento do imposto devido, nos termos da Súmula 555 do STJ, o prazo decadencial aplicável é o previsto no CTN Art. 173, I. A decadência extinguiu-se em razão de o Fisco ter iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação (Termo de Início de Fiscalização, fls 05-06) feita como medida preparatória a constituição do crédito tributário, conforme o art. 173 parágrafo único do CTN. Reforma da decisão singular de nulidade para procedência do auto de infração. Recurso 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 o Recurso de Ofício interposto para ao final dar-lhe provimento, reformando a decisão de Primeira Instância de nulidade para **PROCEDÊNCIA** do auto de infração, conforme Voto da Julgadora Relatora, constantes dos autos, que passa a fazer parte integrante da vertente decisão. Participaram do julgamento os Julgadores: Márcia Regina Pereira Sapia, Carlos Napoleão, Manoel Ribeiro de Matos Junior e Nivaldo João Furini.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINAL PROCEDENTE

FATOR GERADOR EM 03/05/2019: RS115.044,62

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

TATE, Sala de Sessões, 11 de novembro de 2021.

Anderson Aparecido Arnaut
Presidente

Márcia Regina Pereira Sapia
Julgadora/Relatora