

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

PROCESSO: N.º 20202700100001
RECURSO VOLUNTÁRIO: N.º 495/20
RECORRENTE: LIFE TECH INFORMATICA EIRELI
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR: ANTÔNIO ROCHA GUEDES
RELATÓRIO: N.º 003/2021 – 1.ª CÂMARA/TATE/SEFIN

02. – VOTO

02.1 – Versa o presente PAT sobre ação fiscal movida contra o Contribuinte acima qualificado, através do Auto de Infração N.º **20202700100001**, por promover operações de saída de mercadorias tributadas como sendo não tributadas em 2012, sem efetuar o destaque do ICMS nos documentos fiscais que acobertaram as vendas, infringindo assim art. 1º, I, 2º, I, “d”, 15, I, “a”, do RICMS/RO aprovado pelo Dec. N.º 8321/98, c/c art. 75, §3º Lei 688/96 e sujeitando-se a penalidade imposta no art. 77, inciso VII, alínea “e”, item 4, da Lei 688/96, segundo os auditores fiscais autuantes. Importando o presente Auto de Infração o valor de R\$ 114.187,81 (cento e quatorze mil, cento e oitenta e sete reais e oitenta e um centavos).

02.2 – Em sua defesa o sujeito passivo alega: preliminarmente a nulidade absoluta do auto de infração, considerando que o auditor fiscal perdeu o prazo por 4 vezes no pedido de prorrogação, o que vicia todo o trabalho realizado, andando assim na contramão da legislação apresentada, além de outros vícios insanáveis cometidos como em nenhum momento a autoridade fiscal apresentou ao contribuinte os termos de prorrogação com a devida autorização; que o que ocorreu foi um erro de preenchimento e emissão do

documento fiscal, sendo que em todas as notas fiscais destinadas aos Órgãos da Administração Pública Estadual, informou-se o dispositivo legal referente à isenção, não sendo impresso apenas o valor de desconto; que o o autuante não se atentou que para as notas fiscais, na sua grande maioria, cujas mercadorias estavam sujeitas à substituição tributária, não era necessária a impressão do dispositivo legal de isenção, pois para essas notas fiscais não há do que se falar em imposto a ser descontado ou cobrado pelo fisco, pois nas operações internas com mercadorias alcançadas pela substituição tributária, considera-se encerrada a fase de tributação; que por um equívoco de análise, o auditor fiscal, não considerou as notas fiscais de devolução do contribuinte e tampouco verificou, nelas mercadorias que estava sujeitas à substituição tributária, mas precisamente eletrônicos e eletrodomésticos; que por outro lado o contribuinte se equivocou em algumas notas de devolução onde informou que eram notas de saída ou invés de entrada; que a legislação vigente da época e também de agora em momento algum estabelece que para que uma operação com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, em operações internas, portanto não sujeita ao destaque do imposto ICMS, que o contribuinte tenha que comprovar o recolhimento do imposto antecipadamente. Ao final, requer a improcedência e nulidade absoluta do auto de infração.

02.3 – A autoridade julgadora de instância singular faz um relato dos autos, e fundamenta sua decisão no que segue: que restou incontroverso, que a empresa efetuou venda para órgão da administração pública, que as notas fiscais foram emitidas sem o destaque do ICMS e que não houve recolhimento do imposto para estas operações; que como a empresa não concedeu o desconto do valor do ICMS e, portanto, não constou dos documentos fiscais, restou comprovado que a autuada não atendeu o que estabelece a norma para que a venda fosse isenta, o que torna a operação tributada; que com relação a tributação já ter ocorrido, a empresa não juntou qualquer documento que comprove o que alega, como por exemplo que o ICMS foi lançado pelo Posto Fiscal de Entrada; que recebeu os produtos de contribuinte substituto tributário com a retenção feita; que até mesmo adquiriu em operação interna de contribuinte substituído; que os documentos fiscais emitidos, as escriturações fiscais efetuadas e declaradas e os livros empresariais, consoante o que

estabelece o CPC, trazem provas contra seu autor; que todavia, é possível a empresa demonstrar que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos, porém a empresa deste ônus não se desincumbiu; que rejeita todas as preliminares de nulidade apontadas na defesa, afasta a decadência suscitada e, por ausência de provas, considera improcedente a defesa de mérito, razão pelas quais reputa-se válido e regular o lançamento feito por meio desta ação fiscal. Sendo assim, julgou procedente a ação fiscal; Declara devido o crédito tributário lançado na peça básica. Determina seja notificado o sujeito passivo do teor desta decisão.

02.4 – Em seu Recurso Voluntário o sujeito passivo discorda de Decisão de Primeira Instância, reiterando o que fora dito em primeira defesa e acrescenta que seja reconhecida a preliminar de nulidade absoluta e insanável, considerando que o mesmo não poderia ter sido reconstituído, pois foi julgado nulo por vício insanável. Diante disto, requer a reforma da Decisão do julgador de primeira instância para que seja julgado inteiramente improcedente o lançamento fiscal e anulado o auto de infração.

02.5 – Da análise dos autos, infere-se que o sujeito passivo foi acusado de promover a venda de mercadorias à administração pública e declarar como operações não tributadas operações, em descumprimento da Legislação Tributária Estadual, motivo pelo qual foi lavrado o presente Auto de Infração, para cobrança do imposto e demais encargos aplicáveis.

Como informado pelo autor do feito, trata-se de fiscalização em estabelecimento comercial identificado acima, no período compreendido entre 01/01/2012 a 31/12/2012, tendo por objetivo refazer o Auto de Infração nº20153000110223, uma vez que se constatou irregularidade na emissão de documentos fiscais em operações de venda de mercadorias destinadas à órgãos da Administração Pública.

A acusação fiscal é de que a empresa em questão, cadastrada no regime de apuração "Normal", realizou operações de saída de mercadorias TRIBUTADAS como sendo NÃO TRIBUTADAS, no período de 2012, sem o destaque do

ICMS nos documentos fiscais que acobertaram as vendas, descumprindo, portanto, a Legislação Tributária Estadual em seus artigos 1º, 1, 2º, 1, 12, 1, "d" e 15, 1, do RICMS/RO aprov. pelo Dec. 8.321/98 todos do Ricms/RO, in verbis:

Art. 1º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) incide sobre (Lei 688/96, art. 2º)

1 - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

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

1 - da saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Art. 12. As alíquotas do ICMS são as seguintes (Lei 688/96, art. 27) 1 - Nas operações ou prestações internas ou naquelas que tenham se iniciado no exterior: d(17% (dezessete por cento) nos demais casos;

Art. 15. A base de cálculo do Imposto é (Lei 688/96, art. 18)

1 - o valor da operação:

a(na saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, observado o disposto no artigo 20.

Afirma o auditor fiscal autuante, em seu Relatório Fiscal, fls *“que os documentos fiscais que acobertaram as operações de saídas internas de mercadorias (CFOP 5.102 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros) foram emitidas sem o destaque do ICMS. No entanto observa que, em algumas operações de saídas internas relacionadas na planilha em anexo, existem mercadorias sujeitas à substituição tributária conforme Anexo V do RICMS/RO (itens 25 e 26), tais como aparelhos de ar condicionado, centrais de ar, refrigeradores e etc., e que, em apenas duas operações de entrada acobertadas pelas NF-e no 183021 e 221889, houve os lançamentos (cobrança) com antecipação com acréscimo da margem de valor agregado e encerramento de fase de tributação (ICMS-ST INTERNA) na entrada do estado, conforme extrato de ICMS nº 20121100144371 de 21/03/2012 e lançamento à vista de 15/07/2012, respectivamente, mediante aplicação dos termos do Art. 53, 1, b do RICMS/RO Dec. 8321/98.”*

Para melhor elucidar o caso, sobretudo nas operações com mercadorias alcançadas pelo regime de substituição tributária, assim se manifestou o autor do Feito em seu Relatório Fiscal, fl.30, *“Ressalvo que esses lançamentos de ICMS-ST já serviram como dedução do ICMS devido nos respectivos períodos das operações de entrada em outro Processo Administrativo Tributário, PAT nº 20192700100265, e no âmbito de mesma ação fiscal. Portanto, a fase de tributação dos documentos fiscais de saída de mercadorias, tratando-se de produtos alcançados pela substituição tributária, encerra-se não só com a realização efetiva do fato gerador presumido, mas também pela cobrança e pagamento do ICMS-ST na entrada do estado, como se depreende do art. 78, §10 do RICMS/RO,”* O que leva a crer que foram considerados na apuração dos créditos tributários os valores correspondentes às deduções de ICMS/ST nas referidas operações.

Em relação à arguição de decadência da ação fiscal, nos termos da legislação específica(CTN), é sabido que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contado da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado (art. 173, II, do CTN), o que corresponde ao presente caso. A anulação do lançamento anterior deu-se, por nulidade processual, em 17 de dezembro de 2018, com o Acórdão no 265/18/1 CÂMARAJTATE/SEFIN. Portanto, o Fisco teria até dezembro de 2023 para efetuar o lançamento, como o lançamento já ocorreu, não há mais que se falar em decadência.

Argui o sujeito passivo em preliminar a nulidade da ação fiscal, por entender que ocorreu extrapolação de prazo da DFE, sem que tenha sido expedida outra DFE para dar continuidade aos trabalhos de fiscalização. Neste particular entendemos não assistir razão ao contribuinte, pois o presente PAT trata-se de novo procedimento fiscal, a partir da decretação de nulidade do PAT n.º 2015300011022, em 17 de dezembro de 2018, original, passando a contar os prazos a partir desta data, inclusive reabre-se contagem de prazo com vistas à espontaneidade. A DFE n.º 20192500100033 foi expedida em. 26/04/2019.. O

sujeito passivo se reporta de forma equivocada às datas de prorrogação de DFE no período de 2014 a 2015, quando esta fase da ação fiscal se refere ao novo procedimento fiscal, com marco na anulação do PAT em dezembro de 2018. Portanto, até dezembro de 2023 o Fisco poderia refazer o lançamento

Além do que, segundo o novo RICMS/RO, não implica nulidade dos atos praticados, quando mesmo que em data posterior for expedida nova designação (DFE ou DSF), convalidando a conclusão do procedimento fiscal (art. 18, §40, Anexo XII, do Novo RICMS/RO).

Contesta o contribuinte que tendo sido julgado nulo em decisão anterior, por vício formal insanável, não poderia ser refeito o lançamento. Ao citar “vício insanável” para fundamentar a decisão de nulidade da ação fiscal, significa dizer que o(s) vício(s) são insanáveis na fase processual em exame. Tanto que na conclusão, confirma-se o direito de o fisco promover novo procedimento fiscal, o que foi realizado no presente caso.

Uma questão polêmica que o sujeito passivo traz à discussão é o fato da inclusão na base de cálculo de produtos sujeitos à substituição tributária, que já se encerrou a fase de tributação, não sendo cabível a cobrança de ICMS, o que ensejaria bi-tributação. Há que ser observado a particularidade das operações, ou seja venda de produtos para órgãos da administração pública, cuja isenção do imposto fica condicionada a que o valor correspondente à isenção seja descontada do preço das mercadorias, como prevê a legislação, a Nota 1, I e II, do Item 77, da TABELA I do ANEXO I, como segue:

TABELA 1 DO ANEXO 1

ISENÇÕES - CONCESSÕES POR TEMPO INDETERMINADO

1 - Is seguintes operações e prestações

(Conv. ICMS 158/94):

[...]

77 - As operações ou prestações internas, relativas a aquisição de bens, mercadorias ou

serviços, exceto combustíveis, por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias. (NR dada pelo Dec. 15810, de 07.04.11 - efeitos a partir de 08.04.11)

Nota 1: A isenção prevista neste item fica condicionada:

I - ao desconto no preço, do valor equivalente ao imposto dispensado;

II - à indicação, no respectivo documento fiscal, do valor do desconto;

O julgador de primeira instância não acatou a tese do contribuinte, pois entendeu que não restou provado o efetivo recolhimento do tributo em operação anterior, conforme se manifestou à fl. *"No que diz respeito à tributação para os produtos sujeitos à substituição tributária, cumpre frisar que o encerramento da fase de tributação ocorre quando houver o pagamento do ICMS-ST pelo substituto tributário, destacando-se que, na hipótese de o sujeito passivo por substituição não efetuar a retenção ou efetuar retenção a menor do imposto, o destinatário de bens e mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, inclusive o varejista, é responsável pelo imposto devido, (art. 70, § 10 e 78-A, § 20, do RCIMS/RO - Dec. 8321/98 - norma então vigente). Assim, para que as operações realizadas pela autuada não fossem tributadas, seria necessário que a tributação tivesse ocorrido em fase anterior. Pois, com relação a tributação já ter ocorrido, a empresa não juntou qualquer documento que comprove o que alega, como por exemplo que: 1. o ICMS foi lançado pelo Posto Fiscal de Entradas; 2. recebeu os produtos de contribuinte substituto tributário com a retenção feita; 3. ou até mesmo, que adquiriu em operação interna de contribuinte substituído. Da mesma forma, sobre o equívoco na emissão de notas entradas nada trouxe para comprová-lo, o que impossibilita o acolhimento da defesa, uma vez que alegar sem comprovar equivale a não alegar.."*

Em contrapartida, em seu recurso voluntário o sujeito passivo contesta a decisão singular, contudo não traz a comprovação dos recolhimentos de tributos e demais documentos apontados pelo julgador singular, como necessários para validar a regularidade das operações. No entanto afirma o contribuinte *“que a maior parte dos produtos negociados pela empresa foram Eletrodomésticos e Eletrônicos, ou seja, produtos sujeitos a Substituição Tributária, que por força da legislação já apresentada e conhecida da autoridade fiscal e dos nobres julgadores, dessa forma já esta encerrada a fase de tributação não havendo necessidade de se comprovar o recolhimento, pois o mesmo é notório”*.

Acrescenta ainda o contribuinte que não há previsão legal para ter que apresentar comprovante de recolhimento de tributos antecipadamente em operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, em operações internas, portanto não sujeitas ao destaque do ICMS, posto que encerra-se a fase de tributação no momento da entrada da mercadoria no Estado.

Justifica o contribuinte que não pode ser penalizado porque *“se equivocou em algumas notas de devolução onde informou que eram notas de saída (1) ao invés de entrada (0) e quanto ao CFOP DE DEVOLUÇÃO DE VENDA, que ao invés de informar 1202 informou 5202, no entanto na GIAM fez o lançamento correto no CFOP 1202 e não se creditou do ICMS, e “erros de preenchimento de nota fiscal, por não ser causa para o erário exigir imposto de mercadorias sujeitas à substituição tributária em operações interna. Caso assim o faça, estará praticando o 'bis in idem", pois, não poderá o Erário exigir qualquer complementação de imposto, após o encerramento da fase tributação, isto é o que determina a Legislação do RICMS-RO”*,

Entretanto, admite o sujeito passivo que se houve erro este deve ser punido na forma de descumprimento de obrigação acessória. E, nesta hipótese, sugere aplicação da penalidade prevista na Lei 688/96, Art. 77, VIII, letra 'g', da Lei 688/96; in verbis;.

Lei 688/96

"Art. 77. As infrações e as multas correspondentes são as seguintes: (NR Lei nº 3583, do 9/7/15 - efeitos a partir de 01/0 7/1 5)

(....)

VIII - infrações relacionadas a documentos fiscais, inclusive eletrônicos: (NR dada pela Lei nº 3756, de 30. 12.15)

[...]

g) emitir ou utilizar documento fiscal em desacordo com o previsto na legislação tributária, excetuadas as hipóteses que implicarem considerá-lo inidôneo e as previstas nos itens 3 e 5 da alínea "b" deste inciso - multa de 10 (dez) UPF/RO por documento;

[...]

XVI - outras infrações: (AC pela Lei nº 3756, de 30. 12. 15)

§ 1º Não havendo outra importância expressamente determinada nas penalidades estabelecidas neste artigo, as infrações relativas e não previstas nos incisos do caput serão punidas em: (NR dada pela Lei nº 3756, de 0.12.15)

[...]

II- 10 (dez) UPF/RO por documento para os incisos VII, Vili e IX;"

Ainda em defesa da não tributação em segunda fase das mercadorias sujeitas à substituição tributária, bem como a ausência de destaque de ICMS nestas operações, cita os dispositivos legais, Art. 78, I, como segue:

Art. 78. Fica atribuída a condição de responsável por substituição (Lei 688/96, art. 12):

/ - ao industrial, ao comerciante atacadista ou distribuidor, e ao importador relativamente ao imposto devido pelas saídas subseqüentes, promovidas por qualquer estabelecimento localizado neste Estado; (NR Decreto nº 8510, de 09. 10.98 - efeitos a partir de 09/10/98)

(....)

§9º Uma vez efetivada a substituição tributária, estará encerrada a fase de tributação sobre a circulação das mercadorias e das prestações de serviços;

§10. O encerramento da fase de tributação através da substituição tributária significa que, com a realização efetiva do fato gerador presumido, não importando se o valor da operação ou prestação tenha sido superior ou inferior ao valor da base de cálculo para fins de substituição tributária, não poderá o Erário exigir qualquer complementação de imposto, nem ao contribuinte caberá o direito a restituição de importância ventualmente paga a maior, exceto se no pagamento do imposto tenha ocorrido qualquer erro ou outra circunstância que torne imperativa a correção (Convênio ICMS 13/97, cláusula segunda, e Lei 688/96, art. 26, § 11).

()

Art. 88. O contribuinte substituído, na operação que realizar com mercadoria recebida com imposto retido, emitirá documento fiscal de subsérie distinta, exceto quando se tratar de Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A sem destaque do imposto, que além dos demais requisitos, conterà no corpo do documento: (NR Decreto 9131, de 12.07.2000) I- a declaração "IMPOSTO RECOLHIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTARIA NOS TERMOS DO RICMS";

()

Art 98-D. Os lançamentos do imposto devido por substituição tributária, em relação às operações própria e subseqüentes, incidente sobre a entrada de mercadorias no território rondoniense, quando não alcançadas por convênios ou protocolos celebrados com as demais Unidades da Federação serão realizados pela Gerência de Fiscalização ou pelo Posto Fiscal de entrada do Estado.

Diante das dúvidas suscitadas quando da análise do processo em via de julgamento de segunda instância, foi requerida diligência pelo julgador/relator para esclarecimento de pontos controversos contidos nos autos, fl.113, com anuência do Presidente do TATE, fl.115. Em resposta, fls.,116 a 118, o auditor Adalberto Silva Almeida assim resume as questões argüidas: “ após apuração de todos os itens referidos em todos os DAFEs impressos nos termos do quesito anterior(), constatamos que não restou nenhuma mercadoria sujeita ao regime normal de tributação do ICMS, não havendo, portanto, nenhuma base de calculo passível de apuração” Acrescenta ainda: “ No caso das mercadorias enquadradas no Anexo V, presume-se que o recolhimento do ICMS –ST tenha sido efetuado pelo fornecedor antes da entrada das mercadorias no Estado, via convênio ou protocolo; ou, na inexistência de convenio ou protocolo, no momento da entrada contra o

estabelecimento. Após ambas as situações, encerra-se a tributação do imposto nos termos do RICMS/RO

Conclui-se que não há comprovação nos autos de inclusão de mercadorias sujeitas ao Regime Normal na apuração do crédito tributário, e que para a parcela correspondente às mercadorias sujeitas ao ICMS/ST tenha se encerrado a fase de tributação, não ensejando a cobrança do imposto correspondente. No entanto esta tese deve ser ultrapassada, considerando que efetivamente não há comprovação nos autos que ocorreu o pagamento do ICMS em fase anterior, recaiando a responsabilidade pelo crédito tributário para o contribuinte substituído, na forma da legislação. Segundo o Fisco autunte, em seu Relatório Fiscal, fl. 68, em apenas duas operações consta a comprovação do recolhimento do imposto, correspondente às NF-e n.ºs 183021 e 221889.

Desta feita resta concluir que a presente ação fiscal observou os preceitos legais atinentes ao PAT sendo assegurado ao sujeito passivo o direito ao contraditório e ampla defesa, não tendo o mesmo conseguido ilidir o feito fiscal.

02.6 – Face ao exposto e por tudo mais que dos autos consta, conheço do recurso voluntário interposto, para negar-lhe provimento, no sentido de confirmar a decisão de primeira instância que julgou procedente o Auto de Infração.

Porto Velho, 11 de outubro de 2021.

ANTONIO ROCHA GUEDES
JULGADOR/RELATOR

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

PROCESSO : Nº. 20202700100001.
RECURSO : VOLUNTÁRIO Nº.495/20.
RECORRENTE : LIFE TECH INFORMÁTICA LTDA – EPP.
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.
RELATOR : JULGADOR – ANTONIO ROCHA GUEDES.

RELATÓRIO : Nº. 003/21/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN.

ACÓRDÃO Nº. 310/21/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN.

EMENTA : ICMS – DEIXAR DE RECOLHER ICMS-ST SOBRE DIVERSAS OPERAÇÕES – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO – OCORRENCIA – Restou provado nos autos que o contribuinte promoveu a saída de mercadorias sujeitas a substituição tributária interna, sem recolher o ICMS devido de sua responsabilidade. O contribuinte não recolheu o ICMS-ST que encerraria a fase de tributação por ocasião da entrada das mercadorias no estado, portanto, as operações devem ser consideradas como tributadas normalmente. Contribuinte não apresentou comprovantes do recolhimento do imposto que encerraria a fase de tributação. Mantida a decisão de 1.ª Instância de procedente o Auto de Infração. Recurso Voluntário Desprovido. Decisão por desempate.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os membros do **EGRÉGIO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE**, em decisão por desempate em conhecer do recurso de voluntário interposto para no final negar-lhe provimento, confirmando-se a decisão de primeira instância que julgou **PROCEDENTE** a ação fiscal, conforme Voto do Julgador Relator, acompanhado pelo julgador Roberto Valladão de Carvalho. Voto divergente pela improcedência, apresentado pelo julgador Fabiano Emanuel Fernandes Caetano, acompanhado pelo julgador Leonardo Martins Gorayeb. O presidente desempatou, votando com o relator, pela procedência do auto de infração. Participaram do Julgamento os Julgadores: Antônio Rocha Guedes, Roberto Valladão Almeida de Carvalho, Fabiano Emanuel Fernandes Caetano e Leonardo Martins Gorayeb.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINAL
R\$ 114.187,81

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

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

Anderson Aggreçido Arnaut
Presidente

Antônio Rocha Guedes
Julgador Relator