

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

PAT : Nº. 20202701200151
RECURSO : DE OFÍCIO Nº. 1121/21
RECORRENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA : 2ª INSTÂNCIA/TATE/SEFIN
INTERESSADA : LÁZARO DE SOUSA RODRIGUES IMP. E EXP. EPP
RELATORA : MÁRCIA REGINA PEREIRA SAPIA
RELATÓRIO : Nº. 312/21/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN.

1. VOTO

1.1. DOS AUTOS

O sujeito passivo deixou de apurar e pagar o ICMS por exclusão do Simples Nacional, retroativo à 01/03/2016. Sujeito passivo não procedeu a sua escrituração fiscal e apuração do ICMS no regime normal. Levantamento fiscal realizado nos termos da legislação tributária, com provas constantes no CD-ROM. Atribuída responsabilidade ao proprietário Lázaro de Sousa Rodrigues, CPF 883.902-1. Citados por infringidos os artigos 77, IV, "b"; 17, XX, 71 a 74 da Lei 688/96, artigos 1º; 2º; 31 § único, do RICMS/RO aprovado pelo Decreto 8321/98. Penalidade capitulada na alínea "b", inciso IV, artigo 77 da Lei 688/96.

Da análise dos autos a Autoridade Julgadora de Primeira Instância concluiu por sua nulidade e recorreu de ofício. Considerou que não consta a ciência do contribuinte no Termo de Início da Ação Fiscal, conforme art. 9º, § 2º, I, ou que se tentou fazê-la no endereço indicado no cadastro ou pela impossibilidade de localização, nos termos do inciso II do citado artigo. Ressaltou que o auditor fiscal emitiu o termo de início e notificação fiscal no dia 05/11/2020 com prazo de 24 horas para a apresentação de documentos, mas de imediato lavrou o auto de infração, sem aguardar esgotar o prazo por ele estabelecido ao contribuinte para cumprir o solicitado, fazendo parecer mera formalidade a juntada do termo de intimação, pois não há nada nos autos que indique ações na tentativa de cientificar o contribuinte nos termos previstos na IN 11/08, quando na verdade é garantia deste ser informado que está sob fiscalização. Que no caso em análise os nobres auditores se limitaram a indicar de forma genérica os dispositivos supostamente infringidos, além do que os dispositivos utilizados não guardam relação com a situação fática descrita, o que dificulta a defesa do contribuinte. Que os dispositivos apontados, artigos 17, XX; 71 a 74 e 77, IV, b, da Lei 688/96, descrevem diversas situações não sendo possível apontar com exatidão qual delas foi praticada pelo sujeito passivo. Assim concluiu, sem análise de mérito, pela nulidade da autuação.

Notificado tacitamente via DET, Notificação 12463160 (fl. 52), o sujeito passivo não se manifestou.

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

Da decisão de nulidade os auditores fiscais autuantes foram notificados (fls. 42/43) e solicitaram a remessa do PAT para apresentação de contrarrazões fiscais, fazendo-se a juntada às fls. 45/51.

Dentre suas considerações o auditor fiscal autuante aduziu que o sujeito passivo encerrou suas atividades em 2018, sem responsável cadastrado para notificação via DET; que os PGDA-s – Simples Nacional, sempre foram entregues sem valor a apurar; que estando a empresa com atividade encerrada e mantendo-se revel quando do processo de exclusão do Simples Nacional, a intimação do termo de início seria ineficaz; que para o levantamento fiscal realizado não se fez necessária nenhuma informação do sujeito passivo e o próprio auto de infração marca o encerramento do prazo da denúncia espontânea. Colacionou o artigo 18 do Anexo XII do RICMS-RO, aprovado pelo Decreto 22721/18.

Relativamente à decisão singular, refutou sob a assertiva de que as garantias do sujeito passivo não foram diminuídas posto o processo de exclusão do Simples Nacional ter-lhe concedido os prazos para regularização fiscal. Que em momento algum o sujeito passivo aduziu dificuldade em defender-se; que do termo circunstanciado constam todas as informações a respeito do que foi analisado e apurado em auditoria. Que o autuado não se regularizou quando da sua exclusão do Simples Nacional.

Que o trabalho de auditoria se utilizou das informações disponíveis com a reescrita no Regime Normal para apuração das obrigações tributárias. Que o sujeito passivo tem volume de entradas que superam as saídas e foi realizado cotejamento para apuração do devido. Que o sujeito passivo encerrou suas atividades sem encerrar seu estoque.

Discorreu sobre os dispositivos elencados como infringidos pelo sujeito passivo e a motivação de ter feito uso da alínea “b”, inciso IV, artigo 77 da Lei 688/96, que do seu texto indica multa sobre o valor do imposto incidente na operação, “apurado sob qualquer forma de levantamento fiscal”. Concluiu que o auto de infração deve ser julgado procedente; deve ser posteriormente encaminhado ao Ministério Público e que seja revista a decisão singular de nulidade.

1.2. DA ANÁLISE E FUNDAMENTAÇÃO

O PAT foi impulsionado a esta Segunda Instância pelo Recurso de Ofício interposto pela Autoridade Julgadora de Primeira Instância. Análise.

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, independe de sua intenção, conforme consta da Lei 688/96 em seu artigo

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

75 e parágrafos.

A exigência fiscal contida no auto de infração é consequente de ação fiscal desenvolvida com amparo na DFE 20202501200006, e nos termos em que se apresenta, aconteceu sem necessidade de visita ao estabelecimento do sujeito passivo, porquanto tudo indica ter feito uso das informações já disponíveis em sistema próprio de controle fiscal e arrecadação da SEFIN.

Vejamos que a IN 11/2008 permite a realização de ação fiscal tendo por contagem de prazo a data da lavratura do termo de início do procedimento independentemente de notificado o sujeito passivo, quando for desnecessária a visita ao estabelecimento, e nesse caso, junte-se ao fato a informação trazida pelo fisco de que o sujeito passivo baixou sua inscrição junto a JUCER em 29/11/2018, qual seja, não haveria motivos para buscar localizá-lo no endereço onde deveria estar ativo.

IN 11/2008

Art. 9º A Designação de Fiscalização de Estabelecimento (DFE) e a Designação de Serviço Fiscal (DSF) terão prazo de até 60 (sessenta) dias para sua execução.

[...]

§ 2º A contagem do prazo para execução da Designação de Fiscalização de Estabelecimento (DFE) far-se-á:

[...]

II- a partir da data da lavratura do termo de início do procedimento, independentemente de sua ciência pelo sujeito passivo, quando:

a) o procedimento fiscal não envolver a visita a estabelecimento; ou

b) o procedimento fiscal não possuir sujeito passivo específico; ou

c) o sujeito passivo não for encontrado no endereço indicado no CAD/ICMS-RO e não for possível a sua localização.

Não suficiente, em caso de se desconsiderar o Termo de Início da Ação Fiscal (fl. 13) como capaz de excluir a espontaneidade do sujeito passivo, restaria o próprio auto de infração como documento hábil nos termos da Lei 688/96:

Art. 94. Considera-se iniciado o procedimento fiscal, para efeito de excluir a espontaneidade da iniciativa do sujeito passivo:

I - com a lavratura do termo de início de fiscalização;

[...]

IV - com qualquer outro ato escrito, praticado por servidor competente, no exercício de sua atividade funcional, desde que cientificado o ato ao sujeito passivo, seu representante legal ou preposto.

V - com qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização tendente à verificação da regularidade fiscal da operação ou prestação, realizado em postos fiscais fixos ou volantes.

Assim, o sujeito passivo teve oportunidade de apresentar qualquer prova que tivesse a seu favor e que viesse a contradizer a assertiva fiscal de falta de apuração do ICMS devido no Regime Normal de Apuração no período alcançado pela fiscalização, 01/01/2016 a 31/12/2017.

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

Da descrição da infração consta informação de que o sujeito passivo fora excluído do sistema do Simples Nacional com data retroativa a 01/03/2016 e por essa condição caberia observar todas as regras norteadoras do sistema do Regime Normal de arrecadação. Exclusão do Simples Nacional realizada nos termos do Processo 20190120003731, conforme informação trazida no relatório, fl. 5.

Do Recurso de Ofício quer essa julgadora entender que as teses referentes à DFE e prazos concedidos ao sujeito passivo já estão suficientemente analisadas, assim como os efeitos consequentes da apresentação de defesa que indica que o sujeito passivo está a par das consequências da sua opção em não atender à determinação do fisco após o seu desenquadramento do Simples Nacional.

No que se refere aos dispositivos citados por infringidos, essa Julgadora não vê motivo para considerar que impeçam a defesa do sujeito passivo. Vejamos:

Da Lei 688/96 o artigo 17 inciso XX informa a ocorrência do fato gerador do ICMS quando do encerramento das atividades do contribuinte. Bom, o sujeito passivo, encerrou suas atividades, e tem ciência da sua iniciativa. Os artigos 71 a 74 são informações de quais tipos de meios de fiscalização pode o fisco estadual se valer para apurar o imposto devido ao erário. Bom, apuração de ICMS não realizada após desenquadramento do Simples Nacional, com data retroativa, pode o fisco se valer das informações já disponibilizadas em sistema, principalmente porque essas informações levaram à exclusão daquele Simples Nacional, portanto, não vejo o porquê indicar os artigos como fez o autuante poderia cercear o direito de defesa do sujeito passivo.

Do RICMS-RO, aprovado pelo Decreto 8321/98, os artigos 1º e 2º versam sobre a incidência do ICMS e do momento da ocorrência do fato gerador e essa julgadora não motivo para considerar a indicação como cerceadora do direito de defesa. O artigo 31 e parágrafo único por sua vez é mais evidente ainda como orientador, posto que justifica a obrigação de atender às regras do Regime Normal de Apuração quando do desenquadramento do Simples Nacional.

Art. 31. O regime simplificado de tributação aplicável à Microempresa, à Empresa de Pequeno Porte e ao Microempreendedor Individual – MEI, obedecerá ao disposto na Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e aos atos normativos do Comitê Gestor do Simples Nacional, podendo ser disciplinado em legislação específica. (NR dada pelo Dec. 16407, de 15.12.11 – efeitos a partir de 15.12.11)

Parágrafo único. A Microempresa e a Empresa de Pequeno Porte que aufera receita bruta anual superior à última faixa de receita bruta adotada pelo Estado de Rondônia, conforme previsto no artigo 19 da Lei Complementar Federal nº 123, de 2006, fica impedida de exercer a opção pelo regime do Simples Nacional, para efeito da arrecadação do ICMS e sujeita ao cumprimento da legislação tributária aplicável aos demais contribuintes do imposto

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

Quanto à penalidade aplicada, vejamos que a cobrança do imposto pode ser consequente de apuração feita sob qualquer forma de levantamento. Não vejo óbice à essa capitulação.

IV - infrações relacionadas ao pagamento, retenção ou apuração do ICMS: (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

b) multa de 90% (noventa por cento) do valor do imposto incidente sobre o valor da operação ou da prestação dissimulada por receita de origem não comprovada, inclusive a representada por despesa realizada a descoberto de caixa, verificada pela existência de passivo oculto ou fictício ou por qualquer outra forma de levantamento fiscal previsto nesta Lei.

Entretanto, no uso do artigo 108 da Lei 688/96, estando os autos devidamente constituídos dentro da esperada legalidade e não havendo o sujeito passivo comprovado a regularização da sua escrituração e apuração com recolhimento do ICMS devido no Regime Normal de Apuração do ICMS e para não haver qualquer resquício de dúvidas quanto à penalidade aplicável, essa Julgadora declina por sua modificação para a alínea “a”, do mesmo inciso IV do artigo 77 da Lei 688/96, que em nada altera nos valores indicados no campo “Crédito Tributário” do auto de infração.

IV - infrações relacionadas ao pagamento, retenção ou apuração do ICMS: (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

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;

Afastada a responsabilidade solidária em razão da ausência de justificativa e indicação de dispositivos genéricos.

Ex positis, essa Julgadora, conhece do Recurso de Ofício interposto para dar-lhe provimento e reformar a decisão singularidade para procedência do auto de infração e declarar devido o crédito tributário de R\$167.785,64 (cento e sessenta e sete mil, setecentos e oitenta e cinco reais e setenta e quatro centavos) a ser atualizado na data do efetivo pagamento.

É como voto.

Porto Velho, 18 de novembro de 2021

Márcia Regina Pereira Sapia
Relatora/Julgadora
AFTE

]

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

PROCESSO : 20202701200151
RECURSO : DE OFÍCIO Nº. 1121/21
RECORRENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA : 2ª INSTÂNCIA/TATE/SEFIN
INTERESSADA : LÁZARO DE SOUSA RODRIGUES IMP. E EXP. EPP
RELATORA : JULGADORA – MÁRCIA REGINA PEREIRA SAPIA

RELATÓRIO : 312/21/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO Nº. 347/21/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN.

EMENTA : ICMS – DEIXAR DE ESCRITURAR, APURAR E RECOLHER IMPOSTO – CONTRIBUINTE DESENQUADRADO DO SIMPLES NACIONAL – OCORRÊNCIA – Provado nos autos que o sujeito passivo após processo de desenquadramento do Simples Nacional (20190120003731) deixou de escriturar, apurar e recolher o ICMS devido no regime normal de apuração referente aos exercícios de 2016 e 2017. Superada a nulidade decidida em instância singular com base na IN 11/08, art. 9º, inciso II, alínea “a” e “c”, a não lavratura de termo de início de fiscalização ou ausência de ciência do sujeito passivo neste termo, não invalida a ação fiscal, posto que mais benéfica ao contribuinte, postergando a exclusão da espontaneidade, para o momento da ciência do auto de infração. Modificada a penalidade para a alínea “a-1”, inciso IV, artigo 77 da Lei 688/96, nos termos do artigo 108 da mesma Lei, sem alteração de valor do crédito tributário. Reforma da decisão singular de nulidade para a 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 do Recurso de Ofício interposto para no final dar-lhe provimento, reformando-se a decisão de primeira instância de nulidade para **PROCEDÊNCIA** do auto de infração, nos termos do Voto da Julgadora Relatora, constantes dos autos, que faz parte integrante da presente 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 05/11/2020: R\$ 167.785,64

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

TATE, Sala de Sessões, 18 de novembro de 2021.

Anderson Aparecido Arnaut
Presidente

Márcia Regina Pereira Sapia
Julgadora/Relatora