



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

SUJEITO PASSIVO: PANIFICADORA NORTE NORDESTE LTDA

ENDEREÇO:

PAT Nº: 20233000100034

DATA DA AUTUAÇÃO: 14/04/2023

CAD/CNPJ: 04.961.053/0001-20

CAD/ICMS: 00000001068580

DECISÃO PROCEDENTE Nº: 2023/1/723/TATE/SEFIN

1. Mercadoria vendidas sem nota fiscal por meio de máquinas de cartão de crédito em nome de terceiros. 2. Defesa tempestiva. 3. Infração não Ilidida. 4. Auto de infração procedente.

1 – RELATÓRIO

Conforme consta no auto de infração e no Relatório em anexo, durante ação fiscal, foi verificada a utilização de 03 (três) máquinas de cartão de crédito em nome de pessoa física, que conforme Termo de apreensão, sendo cadastradas para os CPFs 735.556.902-30 – Vanei e Sérgio, com intuito de burlar a fiscalização e possibilitar a efetivação de omissão de receita. Levantada a DIMP (Declaração de Informações de Meios de Pagamento) para arbitramento da base de cálculo.

Para capitulação legal da infração fora indicado o art. 107-VII do RICMS/RO (Decreto 22.721/2018), e para a multa o art. 77-VII-e-2 da Lei 688/96.

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

Tributo ICMS	R\$ 795.525,21
Multa – 100% do valor do ICMS	R\$ 795.525,21
Juros	R\$ 0,00
Atualização monetária	R\$ 0,00
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 1.591.050,42

O sujeito passivo foi notificado do auto de infração pela via DET em 14.04.2023, fls. 12, e

apresentou sua defesa tempestivamente.

2 – DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

Na defesa apresentada o sujeito passivo requereu, na preliminar, a nulidade do auto de infração sob o fundamento de que 1) a DSF dos autos de nº 20233700100194 não possui os requisitos mínimos exigidos na IN 011/2008, precipuamente quanto ao item “II” do art. 3º desta IN, ou seja, ausência dados identificadores do sujeito passivo no campo próprio da DSF, considerando que o art. 65-V da Lei 688/96, e que 2) não haveria que se falar em ocorrência de flagrante infracional, para tentar justificar eventual ausência ou inconformidade na DSF, visto que a ação fiscalizatória ocorreu em 16/03/2023, e a lavratura do auto de infração ocorreu apenas em 14/04/2023, descaracterizando eventual alegação de flagrante infracional, sendo neste sentido diversos ementários no TATE/RO, decretando a nulidade nestes casos em que é detectado o vício formal, citando o Acórdão nº 137/2022/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN, pugnano pela nulidade do autuação de infração por ausência de DFE ou DSF, como exemplo (nos termos do art. 843 do RICMS-RO).

Quanto ao mérito (acusação de que, supostamente, teria utilizado máquinas de cartão de créditos em nome de pessoas físicas a fim de burlar a fiscalização, bem como, possibilitar a efetivação de eventual omissão de receitas), caso não seja acatada a nulidade suscitada na preliminar, o sujeito passivo apresentou três fundamentos jurídicos que, entende, dariam suporte ao seu pedido de improcedência do auto de infração.

Primeiro, que a defendente possui mercadorias com Substituição Tributária – ST, durante o período orafiscalizado, que se referem a compras de mercadorias tais como trigo e bebidas, que totalizam o valor de R\$ 1.772.188,87 (um milhão e setecentos e setenta e dois mil e cento e oitenta e oito reais e oitenta e sete centavos), que equivalem a 38,98% da base de cálculo utilizada para a tributação no auto de infração em questão, e não haveria qualquer prejuízo ao erário, quanto a venda de produtos através das máquinas de cartão de crédito apreendidas, visto que as mercadorias (trigo e bebidas) são produtos com ST, logo, o imposto devido é pago antecipadamente, antes mesmo da venda dos produtos pelas máquinas de cartão de crédito, como é o caso, não havendo que se falar em burlar a fiscalização ou omitir receitas, conforme planilha detalhada em anexo de todos os produtos com ST do período fiscalizado, chegando ao montante retro citado de R\$ 1.772.188,87 (um milhão e setecentos e setenta e dois mil e cento e oitenta e oito reais e oitenta e sete centavos), e que deverá ser excluído da base de cálculo do auto de infração para a tributação, pois este valor já teria sido devidamente recolhido, ao tempo em que requereu a realização de perícia para averiguação do alegado.

Aduz também que o Processo Administrativo Tributário, salvo casos de créditos tributários já inscritos em Dívida Ativa e assim tido como líquido e certo, impõe ao Fisco e seus agentes o ônus de provar as acusações feitas contra o sujeito passivo/contribuinte, assegurado a este, o exercício do direito de defesa plena e eficaz, sendo que isto não teria ocorrido neste Processo (art. 847, c/c o art. 5º-LV da CF/88).

Segundo, que caso haja procedência da ação fiscal, ensejará, fulminantemente para a caracterização do enriquecimento sem causa/enriquecimento ilícito ou locupletamento por parte do Fisco, sendo assim reitera-se que o presente auto de infração deve ser decretado nulo de pleno direito, pois ao invés de

diligenciar junto à empresa para o esclarecimento de dúvida existente, optou o autuante por autuar, deixando que o contribuinte buscasse comprovar que não houve prejuízo ao Fisco, trazendo, neste sentido, à colação, a doutrina do Prof. Bernardo Ribeiro de Moraes e Limongi França.

Terceiro, que há diversas decisões no sentido de julgar inconstitucional a multa confiscatória da Lei nº 688/1996 do Estado de Rondônia, vez que a multa isolada não pode exceder a 20% (vinte por cento) do valor do tributo, ou seja, a multa isolada em razão do descumprimento de obrigação acessória, não pode ser superior a 20% (vinte por cento) do valor do tributo, quando há obrigação principal subjacente, sob pena de confisco (caso de multa moratória, ARE 1.007.478 AgR, RE 777.574 AgR, colacionados).

Afirma no item 5 de sua defesa, o seu direito de defesa previsto no art. 5º-LV da CF/88, trazendo à baila doutrina do Dr. Vicente Lela de Araújo, publicado na Biblioteca Digital do Superior Tribunal de Justiça em abril de 2005, defendendo o conceito de que sem o irrecusável direito de defesa não há ordem jurídica.

No item 6 argumenta que em regra no Direito Tributário o ônus da prova cabe ao Fisco, mesmo que a base de cálculo do montante devido seja determinada por arbitramento, sob penas de se instalar o arbítrio em matéria tributária.

Diante do exposto, requereu a) seja reconhecida a preliminar arguida para fins de nulidade do auto de infração, b) quanto ao mérito requereu seja conhecido e provido na sua integralidade, decretando-se a improcedência do presente auto de infração, requerendo, ainda, c) em não sendo acatado os itens anteriores, a realização de perícia para verificação de mercadorias com Substituição Tributária inclusas na base de cálculo do imposto indevidamente, e d) em sendo mantido o auto de infração, que a base de cálculo do mesmo seja recalculada, excluindo-se as mercadorias (trigo e bebidas) com ST, que equivalem a 38,98% da base de cálculo da tributação do auto, e que, por fim, se os Senhores Julgadores, ainda assim, entenderem, por penalizar a defendente, que seja aplicada a penalidade menos gravosa à defendente, levando em consideração todos os argumentos aqui defendidos.

3 - FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Conforme consta na peça básica a autuação ocorreu, tendo em vista a fiscalização ter verificado no estabelecimento do sujeito passivo a utilização de 03 (três) máquinas de cartão de crédito em nome de pessoa física, conforme Termo de apreensão em anexo, sendo cadastradas para os CPFs - Vaneide e - Sérgio, com intuito de burlar a fiscalização e possibilitar a efetivação de omissão de receita, sendo levantada a DIMP - Declaração de Informações de Meios de Pagamento, para arbitramento da base de cálculo do ICMS relativo à venda das mercadorias feitas sem a emissão de documento fiscal.

O sujeito passivo, por seu turno, em sua defesa pugnou na preliminar, pela nulidade do auto de infração sob o fundamento de falta requisito mínimo exigido no art. 3º-II da IN 011/2008 (ausência dos dados identificadores do sujeito passivo no campo próprio da DSF), e violação ao art. 65-V da Lei 688/96 (não emissão de DFE), e quanto ao mérito, requereu a improcedência do auto de infração com supedâneo nos alegações dos aludidos itens 1, 2 e 3, requerendo, ainda, a realização de perícia, bem como, caso

entender-se, por penalizar a defendente, que seja-lhe aplicada a penalidade menos gravosa.

Pois bem, de início, não se acata a preliminar de nulidade suscitada, a uma por que entendo, a despeito da ausência dos dados identificadores do sujeito passivo no campo próprio da DSF, exigido no art. 3º-II da IN 011/2008, que tal erro de preenchimento, não se constitui em causa de nulidade, quando o § 5º deste mesmo artigo, prevê que na ocorrência de evento que impossibilite a consulta da designação, o sujeito passivo poderia consultar uma unidade da CRE/SEFIN responsável pela sua expedição, *in verbis*, não se vislumbrando nos autos, por outro lado, em razão disso, qualquer prejuízo ao exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa do sujeito passivo, previsto no art. 5º-LV da CF/88:

§ 5º Ocorrendo evento que impossibilite a consulta da designação mediante acesso ao sítio eletrônico da Secretaria de Estado de Finanças na Internet, esta consulta poderá ser realizada junto à unidade da Coordenadoria da Receita Estadual responsável por sua expedição.

E, a duas, considero que a ciência no Termo de Início de Fiscalização – TIF, em 16.03.2023,10:22 hs, fls. 12, supre tal defeito da DSF, sendo que, neste momento, não consta nos autos que o sujeito tenha reclamado da circunstância em apreço, não havendo, assim, que se falar em afronta ao art. 65-V da Lei 688/96 (realizar fiscalização sem a emissão de DFE/DSF).

No que tange ao pedido de realização de perícia (relativa às notas fiscais de entrada de trigo e bebidas, sujeitas a substituição tributária, que totalizam R\$ 1.772.188,87 de ICMS/ST, supostamente já recolhidos, a serem excluídos da base de cálculo do imposto apurado pela fiscalização), este resta indeferido, pois as provas colhidas e anexadas aos autos (máquinas de cartão de crédito STONE com os totais das vendas no período de 2021 a 2023), fls. 13, são suficientes para comprovar o ilícito tributário (a venda de mercadorias sem emissão de documento fiscal), o que afasta o argumento da defesa de que o ônus da prova caberia ao Fisco, ademais disso não há nos autos, juntado pelo sujeito passivo, comprovante do efetivo pagamento do ICMS/ST no valor de R\$ 1.772.188,87, retido por substituição tributária, como alegado pela defendente.

Em relação aos argumentos de mérito, não comportam acolhimento, pois como já dito no parágrafo anterior, tanto o pedido do valor de R\$ 1.772.188,87 de ICMS/ST, que seria excluído da base de cálculo do ICMS apurado, bem como a aludida perícia requerida, restaram prejudicados, primeiro por ausência de prova do efetivo recolhimento do ICMS/ST retido, e, segundo, a perícia foi considerada desnecessária e inócua, frente às provas da acusação fiscal acostadas, sendo, por consequência, descabido o segundo argumento (enriquecimento sem causa ou enriquecimento ilícito, por falta de fundamentação).

Da mesma forma o terceiro argumento de que a penalidade do art. 77-VII-e-II da Lei 688/96 teria caráter confiscatório, também não procede, devendo-se lembrar que o entendimento do STF é no sentido de que possui natureza confiscatória a multa por infração à legislação tributária que ultrapassa o montante do próprio tributo devido, o que não é o caso aqui analisado (Precedente do STF, ARE 938538), visto que o valor da multa de 100%, não ultrapassa o valor do imposto, não importando, portanto, em afronta ao art. 150-IV da CF/88.

Concernente, ainda, à alegação de que a multa tributária não pode ultrapassar o patamar de 20%, citando o ARE 1.007.478 AgR e o RE 777.574 AgR, não se aplica ao caso concreto que diz respeito a multa

punitiva (de ofício), sendo que, aquela, se reporta a multa moratória, espécies, portanto, distintas!

Quanto ao item 5 de sua impugnação (direito de defesa previsto no art. 5º-LV da CF/88), assim como ao item 6 (que em regra no Direito Tributário o ônus da prova caberia ao Fisco), ambos já foram devidamente enfrentados, onde se demonstrou a improcedência dos mesmos respectivamente.

Dessa forma, em vista dos fatos e das provas acostadas, e considerando a comprovação da materialidade da infração imputada (venda de mercadorias sem emissão de documento fiscal correspondente, utilizando-se de máquinas de cartão de crédito de terceiros), decido pela procedência do presente auto de infração.

4 - CONCLUSÃO

De acordo com o previsto no art. 12, I, da Lei 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 autode infração e **DEVIDO** o crédito tributário de R\$ 1.591.050,42, devendo o mesmo ser atualizado na data do efetivo pagamento.

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 consequente execução fiscal.

Porto Velho, 30.06.2023.

ELDER BASILIO E SILVA

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA