

PROCESSO: 20213000400011
RECURSO: OFÍCIO N.º E-PAT 9331
RECORRENTE: AMAURI JANUARIO DA SILVA JUNIOR
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR: DYEGO ALVES DE MELO
RELATÓRIO: N.º 0116/23/2ª INSTÂNCIA/TATE/SEFIN

1.0 RELATÓRIO

1.1 Do Auto de Infração.

Trata-se de Processo Administrativo Tributário com a seguinte Descrição da Infração:

“No dia 22/9/2021, às 9h10m., atendendo a DSF 20213700400677, verificou-se que, no endereço Rua Paraná, 2737, Centro, Espigão d’Oeste, RO, o sujeito passivo acima identificado mantinha depositada mercadorias desacompanhadas do documento fiscal próprio e em estabelecimento em situação cadastral irregular. Diante disso, efetuou-se levantamento físico-quantitativo, sendo lavrado Termo de Contagem dessas mercadorias. Trata-se de 18 rolos (bolas) de arame liso ovalado 1000mt, no valor de R\$ 15.822,00, sendo ICMS (17,5%) de R\$ 2.768,85, e 1316 caixas de cachaça jamel 12x910, no valor de R\$ 110.386,08, cujo ICMS (35%) é R\$ 38.635,128. Sobre o imposto, incidiu a multa de 100%.O depósito está em nome do locatário AMAURI JANUARIO DA SILVA JUNIOR, CPF 02507276258, cujo procurador é ANDRÉ ANDRADE PUGAS, CPF 00298909189.”

A infração tem por Capitulação Legal os artigos 2.º, XIV e XVI, 104, I, “c” c/c artigos 98, 99, 100, 102, 103, 138, 139, 184, §2.º, do RICMS/RO, aprovado p/ Dec. 22721/18. A multa é a prevista no artigo 77, VII, “e”, 2, da Lei 688/96, culminou no crédito tributário total no valor de R\$83.221,97.

Art. 77. As infrações e as multas correspondentes são as seguintes:

VII - infrações relacionadas às operações com mercadorias ou bens ou, ainda, aos casos de prestações de serviços:

e) multa de 100% (cem por cento) do valor do imposto incidente sobre o valor da operação ou da prestação:

2. 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;

1.2 Síntese do PAT.

Auto de infração lavrado na data de 29/10/2021, ciência do sujeito passivo na data de 24/11/2021 (pág. 02).

Sujeito passivo apresentou Impugnação ao Lançamento Fiscal na data de 29/11/2021. Colaciona a seguinte tese de defesa: 1. O auto de infração é nulo, pois o

Delegado não poderia ter autorizado por meio de DSF fiscalização sobre o Livros de Registro de Entrada, pois trata-se de auditoria em escrita fiscal, e a competência seria do Gerente de Fiscalização por meio de DFE (art. 5.º, II, “a”, da IN 011/2008/GAB/CRE). Aduz violação do devido processo legal. Cita julgados (págs. 23 a 32).

Em Primeira Instância, foi proferida a Decisão Nulo n.º 2022/1/24/TATE/SEFIN, que julgou nulo o auto de infração. Acata a tese defensiva de que houve violação do devido processo legal, pois a autuação deveria ter ocorrido mediante DFE e não DSF (págs. 38 a 45).

Remetidos os autos para o autor, apresentou Manifestação Fiscal relativa à Decisão n.º 2022/1/24/TATE/SEFIN. Sustenta que a pena cominada no auto de infração pode ser aplicada, conforme permissivo do artigo 7.º da IN 11/2008/GAB/CRE. Narra que a atividade de fiscalização consistiu na verificação do consignado no artigo 7.º, X, da IN 11/2008/GAB/CRE. Que houve verificação de cumprimento da obrigação, por meio de simples contagem de estoque, para obter a base de cálculo da multa por descumprimento da obrigação tributária. Ressalta que a contagem de estoque não se confunde com a auditoria de estoque, prevista no artigo 5.º, II, “b”, da IN 11/2008/GAB/CRE (págs. 53 a 58).

Saneados os autos, remetidos para análise do Recurso de Ofício.

É o relatório.

2.0 DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Sujeito passivo autuado por manter em depósito mercadorias desacompanhadas de documento fiscal próprio, em situação de irregularidade, além de que o estabelecimento também se encontrava em situação cadastral irregular.

O autor capitulou a infração nos artigos 2.º, XIV e XVI, 104, I, “c” c/c artigos 98, 99, 100, 102, 103, 138, 139, 184, §2.º, do RICMS/RO, aprovado p/ Dec. 22721/18.

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

XIV - da constatação de existência de estabelecimento em situação cadastral irregular, em relação ao estoque de mercadorias nele encontrado;

XVI - da verificação da existência de mercadoria ou serviço em situação irregular;

Art. 104. O local da operação ou da prestação, para os efeitos de cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é: (Lei 688/96, art. 29)

I - tratando-se de mercadoria ou bem:

c) aquele onde se encontre, quando em situação irregular, pela falta de documentação fiscal ou quando acompanhado de documentação inidônea prevista no § 1º do artigo 2º do Anexo XIII deste Regulamento;

Art. 98. Considera-se estabelecimento o local, privado ou público, com ou sem edificação, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte: (Lei 688/96, art. 8º-A):

Art. 99. Considera-se autônomo cada estabelecimento produtor, extrator, beneficiador, gerador, inclusive de energia, industrial, comercial e importador ou prestador de serviços de transporte e de comunicação do mesmo contribuinte.

Art. 100. Considera-se também estabelecimento autônomo, em relação ao estabelecimento beneficiador, industrial, comercial ou cooperativo, ainda que do mesmo titular, cada local de produção agropecuária ou extrativa, vegetal ou mineral, de geração, inclusive de energia e de captura pesqueira, situado na mesma área ou em áreas diversas do respectivo estabelecimento.

Art. 102. O domicílio indicado pelo sujeito passivo poderá ser recusado quando impossibilitar ou dificultar a arrecadação ou a fiscalização do imposto. (CTN, art. 127, § 2º)

Art. 103. Para efeito de inscrição do estabelecimento como contribuinte do imposto, será observado o seguinte:

Art. 138. O Delegado Regional da Receita Estadual poderá designar AFTE para efetuar fiscalização do estabelecimento, a fim de verificar *in-loco* a regularidade e a compatibilidade do local às atividades econômicas desenvolvidas, bem como da real existência dos sócios e de seus endereços residenciais, atendimento dos requisitos desta Seção.

Art. 139. A fiscalização por meio da vistoria *in loco* do estabelecimento e a elaboração do relatório fiscal conclusivo emitido por AFTE designado, quando necessário, será obrigatória, entre outras, nas seguintes hipóteses:

Art. 184. Serão apreendidos, obedecidas as formalidades legais, desde que se constituam em prova material de infração às disposições da legislação do imposto: (Lei 688/96, art. 166)

§ 2º. Se não for prejudicial à comprovação da infração tributária, a autoridade fiscal, tomadas as necessárias cautelas e mediante lavratura de termo de depósito, incumbirá a guarda ou depósito dos itens apreendidos, exceto na hipótese prevista no § 5º, a um contribuinte estabelecido no Estado de Rondônia e inscrito no CAD/ICMS-RO com situação regular, preferencialmente na pessoa do próprio infrator, que assumirá a condição de depositário, sem qualquer ônus para o Estado, observado o disposto no inciso X do artigo 89. (Lei 688/96, art. 166, § 1º-A)

2.1 – Análise dos autos.

O sujeito passivo não busca ilidir o mérito do auto de infração, a materialidade da conduta infratora restou cristalina nos autos, ainda assim, pretende seja julgado nulo o

auto de infração, alega para fundamentar seu pedido, a existência de vício procedimental na constituição do auto de infração.

Sustenta o sujeito passivo a ilegalidade do procedimento de fiscalização, realizado mediante DSF, considerando que a fiscalização é na escrita fiscal, e a competência para esta modalidade de auditoria somente pode ser concedida mediante emissão de DFE, ou seja, a autuação teria violado o devido processo legal.

Passemos para a análise.

A infração capitulada é manter mercadorias, desacompanhadas de documentos fiscais, depositadas em estabelecimento em situação cadastral irregular. O lançamento foi realizado mediante levantamento físico-quantitativo.

A multa e o tributo foram calculados sobre o valor total das mercadorias mantidas no estabelecimento com situação cadastral irregular.

De plano, vislumbro que tanto a infração perseguida, quanto a multa aplicada, amoldam-se perfeitamente ao caso dos autos.

A DSF foi emitida para verificação de mercadoria em operações volante. O autor ao chegar no estabelecimento, deparou-se com veículos descarregando mercadorias no estabelecimento irregular, ou seja, a infração foi capturada em flagrante infracional.

Em regra, não é necessária a emissão de DFE ou DSF para a lavratura do auto de infração para infração em flagrante infracional, ainda que o artigo 5.º da IN 011/2008/GAB/CRE, determine a emissão de DFE nas hipóteses de levantamento físico-quantitativo, a referida Instrução Normativa prevê exceção nos casos de flagrante infracional em que o retardo do início do procedimento fiscal coloque em risco os interesses da Fazenda Pública, conforme artigo 1.º, parágrafo único.

Art. 1º As atividades de fiscalização, diligência ou perícia junto a sujeito passivo serão realizadas mediante a emissão de designação por autoridade administrativa competente, salvo nos casos de flagrante infracional em operações com mercadorias ou bens em trânsito ou em serviços de transporte intermunicipal ou interestadual em andamento.

Parágrafo único. Excetuados os casos de inexigibilidade da designação a que se refere o “caput”, nos casos de flagrante de infração à legislação tributária em que o retardo do início do procedimento fiscal coloque em risco os interesses da Fazenda Estadual, o Auditor Fiscal de Tributos Estaduais adotará as medidas necessárias para assegurar a comprovação do ilícito no Processo Administrativo Tributário – PAT, e em seguida

submeterá o procedimento à autoridade competente para emissão da designação necessária, se for o caso.

Logo, o autor de fato procedeu corretamente com a lavratura do auto de infração, eis que a morosidade para emissão de DFE destinada a averiguar os documentos contábeis e realizar o levantamento físico-quantitativo, criaria lapso de tempo suficiente para a retirada das mercadorias do estabelecimento irregular.

Ainda assim, o autor não se atentou para a determinação expressa do já citado artigo 1.º, parágrafo único, no qual está descrito que após a adoção de medidas para comprovar o ilícito, o autor deve submeter o procedimento à autoridade competente, para emissão da designação necessária, o que não foi realizado.

Portanto, ainda que haja permissão para lavratura do auto de infração na hipótese de fiscalização nos documentos contábeis e levantamento físico-quantitativo sem a respectiva DFE ou DSF, quando do flagrante infracional e risco ao interesse da Fazenda Pública, a IN 011/2008/GAB/CRE, determina expressamente que após a lavratura do auto de infração, o procedimento deve ser submetido à autoridade competente.

Logo, por não ter o autor submetido o procedimento à emissão de DFE, é manifesto o vício no procedimento, o que obsta a procedência do auto de infração, eis que está comprometido desde o nascedouro, sendo necessário, julgá-lo nulo.

Diante o exposto, voto no seguinte teor.

3.0 CONCLUSÃO DO VOTO

Nos termos do artigo 78, II, do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo Tributário – TATE, aprovado pelo Decreto n.º 9.157, de 24 de julho de 2000, por tudo que consta nos autos, conheço do Recurso de Ofício interposto, para ao final negar-lhe provimento, mantendo a Decisão de Primeira Instância que julgou **NULA** a ação fiscal, assim, declaro **INDEVIDO** o crédito tributário no valor total de R\$83.221,97.

É como voto.

Porto Velho/RO, 05 de junho de 2024.

DYEGO ALVES DE MELO
Relator/Julgador

PROCESSO: 20213000400011
RECURSO: OFÍCIO N.º E-PAT 9331
RECORRENTE: AMAURI JANUARIO DA SILVA JUNIOR
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR: AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA
RELATÓRIO: N.º 0116/23/2ª INSTÂNCIA/TATE/SEFIN

1.0 RELATÓRIO

O processo foi relatado pelo relator original.

2.0 DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Sujeito passivo foi autuado por manter em depósito mercadorias desacompanhadas de documento fiscal próprio, em situação de irregularidade, além de que o estabelecimento também se encontrava em situação cadastral irregular.

Incontroversos os fatos, restando configurada a infração indicada no Auto de Infração.

Quanto a alegação de ilegalidade do procedimento de fiscalização, porque realizado mediante DSF, entendendo que a competência para esta modalidade de auditoria somente pode ser concedida mediante emissão de DFE e que, por isso, a autuação seria nula, por ter violado o devido processo legal. Neste ponto, cumpre esclarecer que as Autoridades Fiscais já possuíam DSF, que fora emitida para verificação de mercadoria em operações volante.

Assim, a DSF emitida para a fiscalização volante é suficiente para amparar o procedimento fiscal, inclusive a contagem de estoque físico, necessário para apuração do imposto devido. Acrescenta-se que, por não se tratar de auditoria de estoque, o procedimento realizado não requer a emissão de DFE, conforme entendeu instância singular.

Diante dessas razões, dirijo do relator que vota pela manutenção da nulidade, e voto no sentido de ser alterada a decisão singular de nula para procedente.

De todo o exposto e por tudo que dos autos consta, conheço do recurso de interposto para dar-lhe provimento, alterando a decisão singular de nula para procedente o Auto de Infração.

É como VOTO.

Porto Velho, 05 de junho de 2024

~~Amarildo Ibiapina Alvarenga~~
AFTE Cad.
JULGADOR

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

PROCESSO : 20213000400011 - E-PAT 009.331
RECURSO : DE OFÍCIO Nº 108/2023
RECORRENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA : AMAURI JANUARIO DA SILVA JUNIOR
RELATOR : JULGADOR – DYEGO ALVES DE MELO

RELATÓRIO : Nº 0116/23/1.ª CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO Nº 097/2024/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

EMENTA : **ICMS/MULTA – MANTER MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS EM ESTABELECIMENTO COM SITUAÇÃO CADASTRAL IRREGULAR – OCORRÊNCIA** – Comprovado nos autos que o sujeito passivo detinha em sua posse mercadoria desacompanhada de documento fiscal. A DSF de fiscalização volante é suficiente para amparar a ação fiscal, inclusive a contagem de estoque físico. Por não se tratar de auditoria de estoque, o procedimento não requer a emissão de DFE. Infração Ilidida. Alterada a Decisão de Primeira Instância de nulo para procedente o auto de Infração. Recurso de Ofício provido. Decisão por maioria 3 x 1.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os membros do **EGRÉGIO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE**, à unanimidade em conhecer do recurso interposto para, no mérito, por maioria, 3x1, dar-lhe provimento, reformando a decisão de Primeira Instância que julgou nulo para **PROCEDENTE** o auto de infração, conforme Voto do Julgador Divergente Amarildo Ibiapina Alvarenga, acompanhado pelos julgadores Leonardo Martins Gorayeb, Reinaldo do Nascimento Silva. Vencido o julgador Relator Dyego Alves de Melo.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO: R\$ 83.221,97

DATA DO LANÇAMENTO 29/10/2021

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

TATE, Sala de Sessões, 05 de junho de 2024.

Anderson Aparecido Arnaut
Presidente

Amarildo Ibiapina Alvarenga
Julgador/Divergente