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

SUJEITO PASSIVO :Marcus
ENDEREÇO :Rod BR 364,
PAT Nº :20192903200020
DATA DA AUTUAÇÃO :08/10/2019
CAD/CPF: :
CAD/ICMS :341407- 8

DECISÃO Nº 2021.09.16.01.0075 /UJ/TATE/SEFIN

1. Deixar de recolher o ICMS na saída de gado em pé 2. Defesa tempestiva. 3. Infração não ilidida. 4. Ação Fiscal procedente

1 – RELATÓRIO

O sujeito passivo, conforme consta nos autos, promoveu circulação de mercadoria sujeita ao recolhimento antecipado de ICMS, sem apresentar o comprovante de pagamento na forma da legislação. Em razão de tal irregularidade, foi lançado o ICMS não recolhido e aplicado a penalidade – a multa prevista no art. 77, inciso IV, alínea "a", item 1, da Lei 688/96.

Tributo ICMS	18.096,00
Multa de 90% - Valor do imposto	16.286,40
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	34.382,40

A intimação foi realizada, de forma pessoal, em 08/11/2019 (fls. 12), nos termos do artigo 112, inciso I, da Lei nº 688/96. Em razão de erro na inscrição estadual o Auto foi corrigido e o contribuinte intimado em 21/06/2021(fls. 68). A defesa foi apresentada de forma tempestiva.

2 - DAS ARGUIÇÕES DA DEFESA

Na primeira defesa no Auto original (fls. 17 a 41), o sujeito passivo, em síntese, alega que não existe fato gerador do ICMS, porque não houve transferência de titularidade, mas apenas uma simples transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, que é inconstitucional qualquer dispositivo que prevê cobrança de imposto para essa situação. Afirma que tal entendimento encontra-se consubstanciado na Súmula 166 do STJ, junta diversos julgados dos tribunais superiores (STJ e STF) que afastam a cobrança do ICMS, inclusive um julgado do TJRO em que o Pleno daquela Corte, em arguição de incidente de inconstitucionalidade, considerou inconstitucional o art. 12, inc. I da LC 87/96 e art. 17, inc. I, da

Lei 688/96. Acrescenta que a Ação Judicial que deferiu liminar afastando a cobrança do ICMS permanece incólume, porque foi objeto de Recurso Especial, que no reexame o Tribunal analisou matéria não ventilada no primeiro grau, entendendo que a questão trata-se de diferimento. Alega, ainda, que não existe possibilidade de o Produtor Rural aproveitar-se dos créditos dos insumos e que o imposto pago na operação de transferência não é aproveitado na operação futura, pois, na outra unidade da federação o diferimento encerra-se quando da troca de titularidade da mercadoria, no abate (Frigorífico).

Na segunda defesa, após ser notificado da correção do Auto, em preliminar (fls. 71 a 75), alega que o Auto é nulo porque não existia flagrante, uma vez que as Notas foram emitidas em 04/10/2019 e o Auto foi lavrado em 08/10/2019, fundamenta sua alegação no art. 65 da lei 688/96 e no art. 174 do RCMS/RO, transcreve Ementas de julgamento do TATE que reconhece nulidade por ausência de DFE, quando não está presente o flagrante. Acrescenta que essa matéria após a decisão do STF com repercussão geral restou consolidada no sentido de inexistir fato gerador na transferência de mercadorias.

Ao final, requer a improcedência da Ação Fiscal com a extinção do crédito tributário e o arquivamento do Processo.

3 – FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO

O Auto de Infração foi lavrado em razão de a empresa ter promovido circulação de mercadoria (gado em pé) sujeita ao recolhimento antecipado de ICMS, sem apresentar, na forma da legislação, o comprovante de pagamento.

Dos documentos juntados aos autos pelos autuantes e da defesa apresentada pela autuada, restou comprovado e incontroverso que a empresa realizou a operação de saída interestadual de gado em pé e, ainda, que não houve o pagamento do ICMS.

A questão controvertida, num primeiro momento, é saber se, pelo fato de tratar-se de uma transferência de mercadoria, estaria, ou não, configurado o fato gerador do ICMS.

Em cumprimento ao que determinou a DECISÃO Nº 2020.12.16.00.0130 /UJ/TATE/SEFIN (fls. 59), o Auto de infração foi alterado com a correção da inscrição estadual e do endereço do autuado, restituindo ao contribuinte, sendo notificado para oportunizar que no prazo previsto no artigo 121 da lei 688/96 a apresentação de defesa (art. 108, da lei 688/96), o que fez o Autuado (fls. 70 a 86)

Com relação à preliminar de nulidade pela ausência de flagrante, cumpre esclarecer que o Auto foi realizado no dia 08/10/2019 e o primeiro registro de passagem data de 07/10/2019, ou seja, um dia antes da autuação, destacando que não é a data de emissão da Nota que define a situação, mas sim o trânsito da mercadoria. Assim, a autuação atendeu o dispositivo legal

porque o Auto foi lavrado no Posto Fiscal, em trânsito quando foi detectado o flagrante infracional, logo, não necessita de DFE (art. 65, V, da lei 688/96). Além disso, o contribuinte compreendeu a infração, pois a impugnou em defesa, não existindo nenhum prejuízo, motivo pelo qual rejeita-se a preliminar suscitada.

Quanto ao argumento de que a Ação Judicial que deferiu liminar afastando a cobrança do ICMS permanece incólume, porque o Acórdão que denegou a segurança foi objeto de Recurso Especial, que ainda não foi analisado pelo TJRO, salienta-se que, em 23/09/2019, o Tribunal de Justiça analisou o pedido, na decisão admitiu parcialmente o Recurso e indeferiu o efeito suspensivo, afastando-se, assim, a tese da defesa.

> *"Quanto ao pedido de efeito suspensivo, não se vislumbram nas decisões aspectos que as tornem absurdas ou manifestamente abusivas, considerando que se deve demonstrar a presença, concomitante, da plausibilidade da pretensão recursal veiculada no apelo extremo (sua probabilidade de êxito), e do risco de dano irreparável que, em uma análise objetiva, revele-se concreto e real (STJ, AgInt no TP 265 / SP, Ministro Marco Buzzi, 4º Turma, julgado em 04/05/2017), requisitos não verificados no presente pedido.*
>
> *Recurso especial, portanto, parcialmente admitido e efeito suspensivo indeferido."*

Por sua importância para análise deste caso, é de se destacar que o STF, em 14 de agosto de 2020, em Agravo no Recurso Extraordinário – ARE 1.255.885, analisando a matéria, entendeu pela existência de repercussão geral e reafirmou sua jurisprudência, fixando a seguinte tese: "Não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia.

Além disso, o STF, em 19/04/2021, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC 49, no mesmo sentido do precedente, declarou a inconstitucionalidade dos artigos 11, §3º, II, 12, I, no trecho "ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular", e 13, §4º, da Lei Complementar Federal n. 87, de 13 de setembro de 1996, definindo que o deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular não configura fato gerador da incidência de ICMS, ainda que se trate de transferência interestadual.

> *"2. O deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular não configura fato gerador da incidência de ICMS, ainda que se trate de circulação interestadual. Precedentes.*
> *3. A hipótese de incidência do tributo é a operação jurídica praticada por comerciante que acarrete circulação de mercadoria e transmissão de sua titularidade ao consumidor final.*
> *4. Ação declaratória julgada improcedente, declarando a inconstitucionalidade dos artigos 11, §3º, II, 12, I, no trecho "ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular", e 13, §4º, da Lei Complementar Federal n. 87, de 13 de setembro de 1996."*

Dessa forma, com as decisões acima, não existe fato gerador do imposto na operação realizada pelo autuado, pois não houve transferência da titularidade, nem realização de ato de

mercancia. Ressaltando que, pelo fato de a declaração de inconstitucionalidade ter sido proferida em ADC, tal decisão produz eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, o que impede a cobrança do ICMS para essa situação (Art. 102, § 2º, CF/88).

Sucede, contudo, que a operação realizada pelo autuado está sujeita ao diferimento, ficando o lançamento e o pagamento do imposto incidente sobre essa operação transferidos para as etapas posteriores, ou seja, para o momento em que se dá o encerramento do diferimento. O RICMS estabelece que são diferidas as sucessivas saídas de gado em pé, bovino, bufalino, suíno, caprino ou ovino, considerando encerrado o diferimento, dentre outras situações, o momento em que ocorrer a saída com destino a outra unidade da federação, o que se deu, no presente caso. Assim, tal caso se distingue da tese firmada pelo STF. Ressaltando que, com base nessa regra (operação diferida), o TJRO, em 07/03/2019, reverteu a Decisão, denegando a segurança anteriormente concedida.

> *"No que se refere às operações relativas a gado em pé e produtos resultantes de seu abate, o Decreto 8.321/98 em seu artigo 648 e incisos, dispõe que o lançamento do imposto incidente nas sucessivas saídas de gado em pé, bovino, babulino ou suíno, caprino ou ovino, fica diferido para o momento em que ocorrer determinados fatos relevantes, os quais restaram expressamente previstos em lei, a exemplo da saída do bem para outro Estado da Federação, prevista no inciso II daquele dispositivo.*
> *(,..)*
> *1. Não havendo prova pré-constituída de que a hipótese em apreço afasta a incidência de ICMS, denega-se a segurança, uma vez poder se tratar de lançamento de ICMS decorrente do diferimento tributário aplicável à espécie."*

Com relação à alegação de que não existe possibilidade de o Produtor Rural aproveitar-se dos créditos dos insumos e que o imposto pago na operação de transferência não é aproveitado na operação futura, vale esclarecer, para este ponto, que terão direito a se creditar do imposto cobrado nas operações anteriores às saídas isentas ou não tributadas, o estabelecimento que praticar operações tributadas com produtos agropecuários (art. 31, § 5º, Lei 688/96), acrescentando-se, ainda, que o crédito do imposto, relativo à entrada de mercadoria cuja saída esteja alcançada por diferimento, será transferido ao responsável pelo recolhimento do imposto diferido, através da mesma nota fiscal que acobertar a saída da mercadoria (art. 5º, § 3º, Lei 688/96), logo, tais créditos, diferentemente do que afirma a autuada em sua defesa, podem ser utilizados, improcedendo, dessa forma, a alegação feita.

Consigna-se, ainda, que em decisão monocrática, o Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, relator do REsp no STJ, em 03 de fevereiro de 2020, negou provimento ao Recurso Especial interposto pelo autuado.

Irresignada a empresa agravou a decisão do relator por meio do **AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.850.494 - RO (2019/0352447-0)** sendo esse recurso julgado em 29 de junho de 2020. A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, conforme Ementa abaixo transcrita.

> *PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. FALTA DE INDICAÇÃO PRECISA DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO OU OBJETO DO DISSÍDIO. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. SÚMULA 284/STF. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. AGRAVO INTERNO DO PARTICULAR DESPROVIDO.*

Diante do exposto, rejeita-se a preliminar de nulidade apontada, pois a autuação ocorreu no Posto Fiscal e em flagrante, logo, não necessita de DFE. No mérito, como a Decisão anterior que concedeu a medida liminar foi revertida pelo TJRO e o REsp, recebido sem o efeito suspensivo, foi desprovido pelo STJ, somado ao fato de as mercadorias objeto da autuação estarem sujeitas ao diferimento, com encerramento na saída interestadual, não se aplicando ao caso a tese firmada pelo STF nem ADC 49, improcede-se as teses da defesa, motivos pelos quais reputa-se válido e regular o lançamento feito por meio desta ação fiscal.

4 – CONCLUSÃO

De acordo com o previsto no artigo 12, I, da Lei nº 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** a ação fiscal e devido o crédito tributário de **R$ 34.382,40**, valor esse que deverá ser atualizado até a data efetiva do seu 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 desta decisão, garantindo 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 de setembro de 2021.

Amarildo Ibiapina Alvarenga

JULGADOR