



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

SUJEITO PASSIVO: *COIMBRA IMPORTACAO E EXPORTACAO LTDA*

ENDEREÇO: *Av. Mamoré, 415 – Três Marias – Porto Velho - RO*

PAT Nº: *20212700100109*

DATA DA AUTUAÇÃO: *30/03/2021*

CAD/CNPJ: *06.151.921/0001-31*

CAD/ICMS: *00000001262025*

DECISÃO PROCEDENTE Nº: 2021/1/22/TATE/SEFIN

1. Apropriação indevida de crédito
2. Defesa Tempestiva
3. Infração não-ilidida
4. Auto de Infração PROCEDENTE

1 - RELATÓRIO

Auto de Infração lavrado em 30/03/2021 na 3ª DRRE – RO, no qual o autuante descreve como infração, resumidamente, que o sujeito passivo se apropriou indevidamente de créditos fiscais do ICMS ao não proceder o estorno determinado na legislação tributária, em decorrência da realização de operações subsequentes (saídas) com imposto inferior ao cobrado nas operações anteriores (entradas), relativamente as mesmas mercadorias.

Período Fiscalizado: “01/01/2018 a 31/01/2018”. Capitulação Legal: Infração: “Art. 38, Inciso IV da Lei 688/96” Multa: “Artigo 77, inciso V, alínea “a”, item 1 da Lei 688/96”. Base de Cálculo: Tributo: “57725489,49” Multa: “5333572,58”

Composição do Crédito Tributário lançado:

TRIBUTO:	R\$ 3.758.399,25
MULTA: 90,00%	R\$ 4.800.215,32
JUROS:	R\$ 1.648.825,66
A.MONETÁRIA:	R\$ 1.575.173,31
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 11.782.613,54

Constam no processo, entre outros, os seguintes documentos: DFE nº 20202500100088, - MALHAS FISCAIS 2021 – AUDITORIA ESPECÍFICA CONTA GRÁFICA (fl. 03), Termo de Início de Fiscalização nº 20211100100073 (fl. 04), Relatório Fiscal detalhando o desenvolvimento do trabalho de fiscalização (fls. 05 a 14), Termo de Juntada e Ciência de Provas em Meio Eletrônico (fls. 16 e 17), Mídia Óptica (DVD) contendo Planilhas, Nfes e demais documentos elencados no Termo de Juntada (fl. 30), Termo Encerramento Ação Fiscal (fl. 31), e Notificações DET (fls. 32 a 37).

O Sujeito Passivo tomou ciência da lavratura do presente AI em 31/03/2021 através do DET, Notificação nº 11571311 (fl. 32), porém, em decorrência de problemas técnicos, foram realizadas as Notificações nº 11621308, 11621309 e 11621311 (fls. 33 a 37), das quais o sujeito passivo tomou ciência em 14/04/2021.

Foi apresentada Defesa Administrativa em 13/05/2021, recebida como intempestiva em razão de ter sido considerada a data da primeira notificação acima descrita, motivo pelo qual foi apresentado Recurso de Recontagem de Prazo.

2 – DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

A defesa administrativa apresentada pelo sujeito passivo foi elaborada com base em 5 (cinco) itens, nos quais foram levantadas, resumidamente, as seguintes alegações:

1) NULIDADE DO AUTO – INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – DESCONSIDEROU O AUDITOR QUE HÁ UM DÉBITO NO INICIO DA CADEIA – ERRO NO LEVANTAMENTO FISCAL

- que “o Nobre auditor considerou o CRÉDITO da Nota de Transferência oriunda da filial de Guajará-Mirim, contudo, não se atentou que há um DÉBITO na referida filial.”

- que “há que se considerar a cadeia completa, desde a entrada do produto ao Estado de Rondônia para verificar se realmente houve a ocorrência da infração apontada, qual seja: ... operação subsequente com imposto inferior ao cobrado na operação anterior.”

- que “é certo que se considerarmos que a operação anterior é a entrada do produto em PVH, tal valor será superior. Contudo, tem que ser aplicado ao caso toda a cadeia, vez que o imposto na transferência de Guajará – Mirim para Porto Velho fora debitado e creditado, sendo anulado o mesmo, motivo pelo qual o imposto da operação anterior deve ser considerado o de Guajará – Mirim quando da entrada no Estado.”

No intuito de subsidiar as alegações trazidas neste item, o sujeito passivo traz uma “tabela modelo” de como seria realizado o cálculo, levando-se em consideração desde a operação de entrada da mercadoria no Estado de Rondônia, no estabelecimento da filial localizada no Município de Guajará-Mirim, até sua saída (transferência) para o Estado do Amazonas, realizada pelo estabelecimento sujeito passivo da autuação (fl. 06 / doc. Impugnação).

No mais, o sujeito passivo alega não ter sido atendido o “Princípio da Verdade Material”, tecendo seu entendimento sobre o referido conceito, e colecionando pensamentos doutrinários acerca do mesmo.

2) DA INEXISTÊNCIA DE ERRO NA BASE DE CALCULO NAS TRANSFERÊNCIAS REALIZADAS.

- que “conforme descrito, a autuação se deu em razão do autuado incorrer em erro na base de cálculo ao praticar preço de saída inferior ao valor da última entrada, incorrendo no ICMS inferior ao cobrado na operação anterior.”

- que “as compras realizadas sujeitam-se a isenção estabelecida no convênio 65/88”, e que “o benefício regulamentado pelo convênio supramencionado somente é considerado válido se o estabelecimento remetente abater do preço da mercadoria vendida o valor equivalente ao ICMS da operação. Ainda, esta isenção foi estendida para as áreas de livre comércio, no qual o município de Guajará-Mirim está inserido.”

- que “no ato da escrituração da nota fiscal de entrada, não existe, no campo de ICMS, valor destacado, uma vez que no arquivo XML é alocado este valor no campo do “ICMS Desonerado”, simbolizando o desconto exigido pelo convênio 65/88.”

- que “para fins de escrituração na escrita fiscal, o valor do ICMS é registrado na forma de crédito presumido, de acordo com a exigência expressa no regulamento do ICMS de Rondônia, fazendo jus ao crédito no ato da apuração do imposto.”

- que “decorrido o processo de recebimento das mercadorias, bem como o lançamento dos documentos fiscais e apropriação do crédito na escrita fiscal, a autuada procede com as transferências destas mercadorias para outras unidades em Municípios distintos, mais especificamente “Porto Velho”.”

- que “as transferências de mercadorias entre empresas do grupo, matriz e filial, são operações bastante comuns, entretanto, é essencial a verificação das particularidades existente na operação, assim como a sua forma de tributação.”

Para sustentar as alegações acima, o sujeito passivo faz um detalhamento de como são realizadas as citadas

operações de transferências de mercadorias, trazendo os respectivos dispositivos legais, destacando os seguintes aspectos: “precificação do estoque”, “cálculo e recolhimento do tributo” e “manutenção do crédito”.

O sujeito passivo conclui afirmando que *“as exceções em que deve ocorrer o estorno do crédito presumido não se enquadram na situação da autuada”*.

3) DA NULIDADE – AUSÊNCIA DE DFE VALIDA PARA A ATUAÇÃO – DESCUMPRIMENTO QUANTO AO PRAZO ESTIPULADO

- que *“a fiscalização iniciou-se com a DFE (Designação de Fiscalização de Estabelecimento) de nº 20202500100088 emitida em 2020 pela Gerência de Fiscalização – GEFIS, iniciada em 04/03/2021 e finalizada em 30/03/2021.”*

- que *“a DFE fora emitida em 2020 e só iniciada a fiscalização em março de 2021”*

-que “quando o auditor recebe tal designação ele tem prazo para o devido cumprimento. Contudo, tal prazo restou extrapolado, motivo pelo qual a mesma deveria ter sido cancelada e emitida outra. Não houve alteração da mesma e sequer termo de prorrogação lançado nos autos.”

Como fundamentação do alegado, o sujeito passivo transcreve os Artigos 9º e 10, §§1º a 3º da IN 11/2008, bem como o §2º do Artigo 94 da Lei 688/96, e coleciona jurisprudência e decisões do TATE, relativas a decretação da nulidade processual por extrapolação do prazo para conclusão do procedimento fiscal.

4) MULTA APLICADA NO AUTO DE INFRAÇÃO EM COMENTO - CONFISCATÓRIA, DESPROPORCIONAL E CONTRARIA FRONTALMENTE À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E LEGISLAÇÃO ESTADUAL.

-que “*tem-se o confisco, uma vez que há desproporcionalidade entre o que se deveria pagar a título de tributo, e o que se paga pelo descumprimento deste dever – multa.*”

- que “*em pleno e mero amor ao debate, na hipótese de considerar o levantamento do tributo como sendo ato válido, a parte do auto de infração que impôs a incidência de multa, por sua vez, deve ser anulada, eis que tem, em si, uma nítida essência confiscatória, uma vez que ela se amolda em exatidão no caso já julgado pela Suprema Casa, no qual se declarou a inconstitucionalidade do dispositivo que impôs multa desproporcional.*”

Complementando a alegação acima, o sujeito passivo transcreve trechos da ADI nº 551/2003 e RE 492842-RN/2006, do STF.

5) DA APLICAÇÃO DE JUROS E CORREÇÃO SUPERIORES A SELIC – ENTENDIMENTO DO STF

- que “*em sede de Repercussão Geral, o STF definiu que não podem ser exigidos juros e correção monetária pelos Estados em percentuais superiores aos estabelecidos pela União.*” e que “*assim, os índices de correção e juros não podem ser exigidos em percentual superior a SELIC.*”

O sujeito passivo, então, com base nas alegações por ele expostas em sua defesa administrativa, requer seja declarado nulo o auto de infração.

3 – DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO

3.1 DA AUTUAÇÃO

Trata-se de auto de infração lavrado em decorrência do cumprimento da DFE nº 20202500100088 relativa a “PLANEJAMENTO MALHAS FISCAIS 2021 – AUDITORIA ESPECÍFICA CONTA GRÁFICA”, no qual restou-se apurado, mediante o cruzamento das informações declaradas em EFD – ICMS/IPI, com os documentos fiscais próprios e de terceiros, conforme Relatório Fiscal anexo as folhas 05 a 14, que o sujeito passivo apropriou-se indevidamente de créditos fiscais, tendo em vista a não realização do estorno de crédito determinado na legislação tributária vigente, em decorrência da realização de operações subsequentes com imposto inferior ao cobrado na operação anterior.

Conforme descrito no referido relatório, tratam-se das operações registradas nos CFOP’s 6152 e 6102, relativas as vendas/transferências (saídas) interestaduais de mercadorias oriundas de aquisições/transferências (entradas) internas, escrituradas nos CFOP’s 1102 e 1152, onde o valor do imposto creditado na entrada (sujeita a alíquota interna do ICMS) é superior ao destacado nas operações interestaduais de saída, devendo ser realizado, por determinação legal, o estorno da diferença, o que não foi feito pelo sujeito passivo.

A determinação legal a que se refere o autuante, conforme destacado no relatório fiscal, está contida no Artigo 46, inciso VI do RICMS/RO aprovado pelo Decreto nº 8321/98 (vigente a época da ocorrência dos fatos geradores) e no Artigo 38, inciso IV da Lei 688/96:

“Art. 46. O contribuinte procederá ao estorno do imposto de que se creditou, sempre que o serviço recebido ou o bem ou a mercadoria entrada no estabelecimento vier a ser:

...

VI – objeto de operação ou prestação subsequente, com imposto inferior ao cobrado na operação ou prestação anterior, hipótese em que o estorno corresponderá à diferença.”

“Art. 38. Acarretará a anulação do crédito:

...

IV - o imposto cobrado na operação anterior, quando superior ao devido na posterior, hipótese em que a anulação corresponderá à diferença;”

A apuração dos valores devidos foi realizada nos termos do item 4.1 do Relatório Fiscal, que descreve minuciosamente todo o procedimento de apuração e cálculo dos valores a serem estornados, do qual nos cabe destacar o fato de que foi realizado o levantamento de “estoque/entradas/saídas”, levando-se em conta “mercadoria/quantidade/valor”, favorecendo a verificação das operações; bem como a adoção das medidas constantes dos itens 4.1.2.5, 4.1.2.12 e 4.1.2.13, de forma a evitar eventuais questionamentos por parte do sujeito passivo e conferir certeza ao crédito tributário apurado.

Os documentos que comprovam o cometimento da infração, ou seja, as NFe's (dados e chave de acesso) de entrada e saída e EFD do período fiscalizado, bem como demonstrativo de apuração e demais cálculos e tabelas, encontram-se na mídia óptica anexa, e foram devidamente explicadas no item 4.1.1 do Relatório Fiscal, atendendo o disposto na RC Nº 002/2017/GAB/ SEFIN/CRE/TATE.

Encontram-se presentes, portanto, em nosso entendimento, todos os requisitos de validade do auto de infração.

3.2 DA DEFESA

A defesa administrativa apresentada, conforme já resumido no item 2 da presente decisão, foi elaborada com base em 5 (cinco) itens, que ora passamos a analisar:

1 e 2 – Erro no levantamento fiscal / Inexistência de erro na base de cálculo das transferências

Como podemos observar nas alegações trazidas na defesa apresentada, relativamente aos itens 1 e 2, o sujeito passivo entende que não teria cometido a infração a ele imputada, pois, em suas próprias palavras, *“há que se considerar a cadeia completa, desde a entrada do produto ao Estado de Rondônia para verificar se realmente houve a ocorrência da infração apontada”*.

Tal argumentação se dá pelo fato de que a maior parte das entradas no estabelecimento do sujeito passivo (localizado no município de Porto Velho, IE nº126202-5) são oriundas de transferências realizadas por outro estabelecimento do mesmo grupo, ou seja, a filial localizada no município de Guajará-Mirim, com IE de nº 127182-2.

Nesse sentido, o sujeito passivo fundamenta toda sua argumentação no entendimento de que, por se tratarem de um mesmo grupo, o Fisco deveria considerar, para efeito de aplicação do disposto nos artigos 46, inciso VI do RICMS/RO aprovado pelo Decreto nº 8321/98 e 38, inciso IV da Lei 688/96, “operação anterior” como sendo aquela decorrente da entrada da mercadoria no estabelecimento da filial de Guajará-Mirim, e “operação posterior (ou subsequente)”, a saída da mesma mercadoria do estabelecimento localizada no município de Porto Velho, ou seja, do estabelecimento sujeito passivo do presente auto de infração.

No transcorrer de sua sustentação, o sujeito passivo por diversas vezes faz confusão entre os estabelecimentos do grupo, colocando-se como se estivesse falando em nome do estabelecimento de Guajará-Mirim, como por exemplo, quando esclarece como realiza as operações de transferência, afirmando em suas palavras que *“decorrido o processo de recebimento das mercadorias, bem como o lançamento dos documentos fiscais e apropriação do crédito na escrita fiscal, a autuada procede com as transferências destas mercadorias para outras unidades em Municípios distintos, mais especificamente “Porto Velho”.”* (grifo nosso).

O entendimento do sujeito passivo, nos termos do que prevê a Legislação tributária vigente, é completamente equivocado.

Para efeito de interpretação e aplicação da legislação tributária, são autônomos os estabelecimentos de um mesmo titular (Art. 8º-A, inciso II da Lei 688/96), sendo assim considerados distintos para efeito de inscrição, e conseqüentemente para escrituração, apuração e pagamento do ICMS (Art. 121,§1º, item 2 do RICMS/RO – Dec. 8321/98):

“Art. 8º-APara efeito desta Lei, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, 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:

...

II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular;”

“Art. 121. Cada estabelecimento receberá um número de inscrição, vedada a concessão de inscrição única a estabelecimentos distintos, salvo os casos expressamente previstos neste Regulamento.

§ 1º Consideram-se estabelecimentos distintos para efeito de inscrição:

...

2 – os que embora pertencentes à mesma pessoa e com atividade da mesma natureza, estejam situados em locais diversos, observado o estabelecido no § 2º deste artigo;”

Dos dispositivos legais acima transcritos, podemos concluir que a aplicação do disposto nos artigos 46, inciso VI do RICMS/RO aprovado pelo Decreto nº 8321/98 e 38, inciso IV da Lei 688/96, deve restringir-se às entradas e saídas no/do estabelecimento do sujeito passivo, ou seja, o estabelecimento localizado no município de Porto Velho, cuja IE é a nº 126202-5, independente se proveniente de operação de compra ou transferência, ou decorrente de operação interna ou interestadual.

Assim, fica refutada toda e qualquer argumentação trazida pelo sujeito passivo, que faça referência a “cadeia” de operações, e conseqüentemente os exemplos de tabelas de cálculos e detalhamentos de “precificação do estoque”, “cálculo e recolhimento do tributo” e “manutenção do crédito”, que levam em consideração as operações de entrada no estabelecimento da filial de Guajará-Mirim, apresentadas nos itens 1 e 2 da defesa.

Feitas tais considerações, a conclusão da análise é aquela dada pelo próprio sujeito passivo quando afirma que “é certo que se considerarmos que a operação anterior é a entrada do produto em PVH, tal valor será superior”, ou seja, por determinação legal, a “operação anterior” é a entrada do produto no estabelecimento do sujeito passivo localizado no município de Porto Velho (através de compra ou transferência) e a “operação subsequente” é saída do mesmo produto do respectivo estabelecimento (saída interestadual no caso em análise), estando correto o levantamento fiscal realizado.

3 – Ausência de DFE válida - Extrapolação do prazo de conclusão da Ação Fiscal

O sujeito passivo alega que teria ocorrido a extrapolação do prazo para a conclusão da ação fiscal tendo em vista que a DFE nº 20202500100088 (fl. 03), teria sido emitida em 2020 e a fiscalização somente teria sido iniciada em 04/03/2021 e concluída em 30/03/2021, sem que houvesse a respectiva prorrogação, transcrevendo os Artigos 9º e 10, §§1º a 3º da IN 11/2008, bem como o §2º do Artigo 94 da Lei 688/96, no intuito de subsidiar sua alegação.

Como podemos observar, o sujeito passivo apenas transcreveu os artigos da legislação tributária que definem o prazo de 60 (sessenta) dias para a conclusão da ação fiscalizadora, porém, o mesmo não se ateve aos dispositivos legais que determinam o termo inicial da contagem do respectivo prazo.

Vejamos o disposto no §2º, inciso II, alínea “a” do Art. 9º da IN 11/2008/GAB/CRE:

“§ 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;”

Com base no dispositivo legal acima transcrito, tendo em vista que a ação fiscal se baseou nas informações constantes dos documentos fiscais eletrônicos em poder do Fisco, não envolvendo visita ao estabelecimento, depreende-se que o AFTE autuante teria o prazo de 60 (sessenta) dias contados da data da lavratura do termo de início de fiscalização, para a conclusão da ação fiscal, não guardando nenhuma relação com a data de emissão da respectiva DFE.

Se observarmos o Termo de Início de Fiscalização anexo aos autos (fl. 04), podemos constatar que o mesmo foi lavrado em 04/03/2021 e o sujeito passivo tomou ciência do encerramento da Ação Fiscal, bem como da lavratura do Auto de Infração, em 14/04/2021, ou seja, dentro do prazo previsto na legislação,

não havendo necessidade de prorrogação.

4 e 5 – Multa Confiscatória / Taxa de Juros e Correção superiores a SELIC

No tocante a alegação do caráter confiscatório da penalidade aplicada e a utilização de índices de Juros e Correção maiores do que a SELIC, salientamos que a atividade de lançamento é plenamente vinculada, não restando margem alguma de discricionariedade ao agente fiscal, que tem o dever de cobrar o tributo que apurar (bem como aplicar as penalidades cabíveis), na forma e percentual previstos em Lei sob pena de responsabilidade funcional.

Assim, uma vez que a penalidade aplicada (Art. 77, V, “a”, 1) e os índices de atualização, juros e mora (Arts. 46, 46-A e 46-B), são decorrentes de dispositivos legais contido na Lei nº 688/96, uma vez cometida a infração, na execução dos procedimentos de fiscalização os AFTEs estão vinculados a aplicação dos mesmos, e não está na competência deste Tribunal negar a aplicabilidade dos referidos dispositivos, nos termos do disposto no §2º, inciso II do Art. 14 do Anexo XII do RICMS/RO:

“§ 2º. Não se inclui, também, na competência do Tribunal: (Lei 912/00, art. 13)....

II - a negativa de aplicação de lei ou de ato normativo emanado do Governador do Estado de Rondônia, Secretário de Estado de Finanças ou do Coordenador Geral da Receita Estadual.”

Nos cabe ressaltar, entretanto, que as regras de atualização e juros da Legislação Tributária Estadual (Lei nº 688/96) foram recentemente alteradas através da Lei nº 4952/21, passando-se a utilizar juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais, porém aplicáveis somente a partir de 01/02/2021 (já utilizado, portanto, nos últimos 2 meses do auto em análise), aplicando-se as regras anteriormente vigentes, aos créditos tributários com data de vencimento até 31 de janeiro de 2021, nos termos do Art. 7º da referida Lei nº 4952/21:

“Art. 7º Os créditos tributários com data de vencimento até 31 de janeiro de 2021 estarão sujeitos, até essa data, às regras de atualização monetária e de juros de mora aplicáveis até então, sendo submetidos às disposições desta Lei, a partir de 1º de fevereiro de 2021, pelo seu valor atualizado segundo as regras aplicáveis até 31 de janeiro de 2021.”

Diante de todo o exposto, entendemos que não foram trazidos na defesa administrativa apresentada pelo sujeito passivo, elementos suficientes para ilidir a autuação.

5 – CONCLUSÃO

Nos termos do disposto no Art. 79, II, do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo Tributário – TATE, aprovado pelo Decreto nº 9157, de 24 de julho de 2000, **JULGO PROCEDENTE** o Auto de Infração e declaro **DEVIDO** o crédito tributário lançado, no valor total de R\$ 11.782.613,54 (Onze milhões, setecentos e oitenta e dois mil, seiscentos e treze reais e cinquenta e quatro centavos), devendo o mesmo ser atualizado até a 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.

Porto Velho, 01/08/2021 .

Jamily Costa Moldero

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

Jamily Costa Moldero, Auditora Fiscal,

Data: **01/08/2021**, às **22:42**.

Conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.