



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

SUJEITO PASSIVO: MODENA & SILVA LTDA

ENDEREÇO: AV PREFEITO CHIQUILITO ERSE, 1760 - AGENOR DE CARVALHO - PORTO VELHO/RO - A CEP: 76820-370

PAT Nº: 20212700100151

DATA DA AUTUAÇÃO: 24/05/2021

CAD/CNPJ: 20.739.844/0007-51

CAD/ICMS: 00000004697642

DECISÃO IMPROCEDENTE Nº: 2021/1/41/TATE/SEFIN

1. Deixar de pagar o imposto devido mediante a omissão do destaque do ICMS em diversas notas fiscais de saída de mercadorias. 2. Com defesa. 3. Infração ilidida 4. Transferência de mercadorias entre matriz e filial - Aplicação da Súmula nº 05 do TATE/SEFIN. 5. Ação fiscal improcedente.

1 - RELATÓRIO

O sujeito passivo acima identificado foi autuado, em atendimento à DFE nº 20212500100011, por ter emitido NF-e com produtos não sujeitos a substituição tributária e/ou não isentos, efetuando a circulação de mercadoria sem destacar e efetuar o registro e pagamento do ICMS na Escrituração Fiscal Digital, contrário a legislação tributária, conforme provas em anexo, nos anos 2018 e 2017, registrando para tanto, o Código da Situação Tributária (CST) como 40 (isento) e 60 (cobrado anteriormente por substituição tributária).

Para a capitulação legal da infração foi indicado o Artigo 77-IV-a-1 da Lei 688/96, ANEXO I e VI do RICMS-RO aprov. pelo Dec. 22721/18, e o ANEXO I e V do DEC. 8321/98, e para a penalidade o art. 77-IV-a-1 da lei 688-96.

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

| | |
|------------------------------------|-----------------------|
| Tributo ICMS | R\$ 38.838,07 |
| Multa | R\$ 49.603,68 |
| Juros | R\$ 15.983,84 |
| Atualização Monetária | R\$ 16.277,25 |
| TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO | R\$ 120.702,84 |

O sujeito passivo foi notificado do auto de infração via DET em 25.05.2021, fls. 08 do E-PAT, sendo sua defesa recebida tempestivamente.

2 - DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

O sujeito passivo arguiu em preliminar a nulidade da autuação sob o fundamento de extrapolação do prazo para conclusão do trabalho de fiscalização previsto no art. 9º-§§ 1º e 2º-I da IN nº 11/2008, c/c o art. 94-§2º da Lei 688/96, uma vez que o Fisco deu ciência do início da fiscalização no dia 30.03.2021, contudo, a primeira prorrogação apenas ocorreu no dia 30.05.2021 (e em data fora de expediente), extrapolando, assim, o prazo previsto na citada norma.

Sobre o tema, o sujeito passivo colacionou os precedentes do TATE/RO. Nº. 064/20/2ª CAMARA/TATE/SEFIN, Nº. 048/20/1ª CAMARA/TATE/SEFIN e Nº. 461/19/2ª CAMARA/TATE/SEFIN, em que o Tribunal se posiciona pela nulidade do lançamento fiscal em tal hipótese.

Que teria ocorrido mais duas irregularidades que reforçam a precariedade do lançamento tributário sendo a primeira a suposta ausência de prova, lançamento sem amparo legal e documentos comprobatórios, inteligência do art. 81 da Lei 688/96, considerando que teria mudado o entendimento de que não se prevalece mais apenas alegação com fé pública por parte do Estado, pois em certos atos, principalmente naqueles que se tornam em procedimento administrativo, a jurisprudência vem determinando a formalização das provas acerca da ocorrência ou materialização do indicativo no ato administrativo, sendo imperioso carrear as provas da materialização do suposto ilícito tributário.

Que no lançamento de ofício o Auditor Fiscal não trouxe aos autos prova da materialidade da infração, ou seja, se o fisco aduziu que as notas fiscais não foram registradas na EFD/ICMS, contudo, para fins de lançamento, não teria juntado a EFD/ICMS citada no instrumento de constituição do crédito tributário, o que teria impossibilitado a formalização do seu contraditório, cerceando seu direito de defesa, trazendo em socorro TRF-4 - AC: 50604851920164047000 PR 5060485-19.2016.4.04.7000, Relator: ROGER RAUPP RIOS, Data de Julgamento: 05/07/2018, PRIMEIRA TURMA, bem como entendimento pacificado do TATE no sentido de declarar improcedente a ação fiscal sem a devida prova sobre a ocorrência do

ilícito tributário (Acordãos Nº 177/11/1ª CAMARA/TATE/SEFIN, Nº 207/11/2ª CAMARA/TATE/SEFIN, Nº 083/13/1ª CAMARA/TATE/SEFIN, Nº 090/13/1ª CAMARA/TATE/SEFIN e o Nº 245/11/2ª CAMARA/TATE/SEFIN).

Que com base nos argumentos expostos até aqui já seria suficiente para desconstituir o crédito tributário e invalidar o lançamento para vício material, todavia, as irregularidades não teriam se exaurido nesses pontos.

Que a acusação fiscal dá conta de que o contribuinte teria supostamente deixado de recolher ICMS pela ausência de registro das notas fiscais de saída, porém, o sujeito passivo observou que os documentos acostados pelo fisco, se referem a operações realizadas pela empresa adstritas ao grupo da sociedade empresarial.

Que, embora não tenha havido o registro das notas fiscais, as operações se deram no âmbito da matriz e filial, não havendo qualquer tipo de operação mercantil, sem incidência do tributo, como se comprova na documentação carreada, em que os CNPJ's indicados são do mesmo grupo empresarial, conforme Contrato Social em anexo.

Que no ordenamento jurídico tributário, o ICMS é um tributo que grava, entre outros fatos, a circulação de mercadoria - venda de produtos de forma habitual com intuito mercantil - art. 155, II da CF/88, se iniciem no exterior, dispositivo este ratificado pela LC nº 87/96, em seu art. 2º-I.

Que apesar do entendimento da doutrina e da jurisprudência, de que a circulação de mercadoria, em relação ao ICMS, deve possuir caráter jurídico, onde a circulação tem fim oneroso e com a transferência de titularidade da mercadoria, de acordo com a documentação carreada, o Estado de Rondônia, por força de legislação já citada, vem cobrando o ICMS pela transferência de mercadoria entre empresa matriz e filial.

Que o STJ já tinha sumulado o tema, entendendo não haver incidência nessas operações, Súmula nº 166 "Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte."

Que todo o arcabouço jurisprudencial ratifica o direito líquido e certo da impetrante se submeter ao ICMS apenas quando realiza o fato gerador do ICMS, e que o simples deslocamento de mercadoria entre as empresas da impetrante não configura o fato imponível do tributo vergastado.

E ante o exposto, requereu sejam acatadas as razões da defesa, com o fim de que seja declarado totalmente improcedente o lançamento tributário levado a efeito, tendo em vista as ilegalidades apresentadas.

3 - FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO

Conforme consta na peça básica, a autuação ocorreu por ter o sujeito passivo emitido NF-e com produtos não sujeitos a substituição tributária e/ou não isentos, efetuando a circulação de mercadoria sem destacar e efetuar o registro e pagamento do ICMS na Escrituração Fiscal Digital, contrário a legislação tributária, conforme provas em anexo, nos anos 2018 e 2017, registrando para tanto, o Código da Situação Tributária (CST) como 40

(isento) e 60 (cobrado anteriormente por substituição tributária), fato que ensejou a aplicação do art. 77-IV-a-1 da Lei 688/96 (multa de 90% do valor do imposto, supostamente, não pago).

Após a análise das provas dos autos e defesa do sujeito passivo, verifico que razão lhe assiste, não pelas questões preliminares de nulidade suscitadas, que ora restam afastadas, visto que quanto a alegação de cerceamento de defesa, não se vislumbrou ofensa ao art. 100-IV da Lei 688/96, que informa os requisitos de validade do auto de infração, assim, como quaisquer manifestos prejuízos ao pleno exercício da ampla defesa, mas por outros motivos que, adiante, serão expostos.

E quanto à alegação de suposta extrapolação do prazo de 60 (sessenta) dias para conclusão da auditoria, nos termos previstos no art. 9º-§§ 1º e 2º-I da IN nº 11/2008, c/c o art. 94-§2º da Lei 688/96, não ocorreu, tendo em vista que, o prazo de 60 (sessenta) dias findou em **29.05.2021**, sendo que o início da prorrogação se deu em **30.05.2021**, fls. 14, ou seja, imediatamente no dia seguinte ao término do citado prazo para conclusão da DFE, de acordo o art. 10-§3º da IN 11/2008, *in verbis*:

*§ 3º O prazo da prorrogação de que trata este artigo, contar-se-á **a partir do dia imediatamente seguinte àquele em que se encerrou o prazo anterior para conclusão da Designação de Fiscalização de Estabelecimento (DFE)** ou da Designação de Serviço Fiscal (DSF), observado o disposto no artigo 11. (AC pela IN 009, de 30.03.09 – efeitos a partir de 03.04.09) (G.n.)*

Portanto, o deslinde da controvérsia, se dá pelo acolhimento das razões de direito deduzidas pela defesa (**uma vez comprovado, realmente, que se tratam de operações de transferência entre matriz e filial**) com fundamento na Súmula 166 do STJ, assim como no julgamento no STF da ADC 49, que declarou inconstitucional o art. 13-§4º da LC 87/96, que autorizava a cobrança do ICMS na transferência entre matriz e filial, além dos arts. 11-§3º-II, 12-I, no trecho “ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular”, firmando a seguinte tese de repercussão geral para o Tema 1099 “**Não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizado em Estados distintos, visto não haver a transferência de titularidade ou a realização de ato de mercancia.**”

Além disso, no âmbito do TATE, a aludida matéria já se encontra sumulada, por meio da Súmula nº 05, *in verbis*, de aplicação obrigatória a partir da data de sua publicação no Diário Oficial do Estado, produzindo efeitos vinculantes em relação aos órgãos julgadores e aos demais órgãos da Administração Tributária (art. 26 da Lei 4.929/20 e art. 144-D-§-1º da Lei 688/96), afastando, assim a incidência do ICMS na hipótese dos presentes autos (transferência entre matriz e filial):

“O deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular não configura fato gerador da incidência de ICMS, ainda que se trate de circulação interestadual, ressalvado a cobrança do ICMS porventura incidente em operações anteriores.”

Dessa forma, em vista dos fatos e provas juntadas pelo autuante, e considerando que o simples deslocamento de mercadoria entre as empresas da impetrante, matriz e filial, como no

caso que ora se analisa, não configura fato gerador do ICMS, pois não ocorreu transferência de titularidade, mas apenas circulação econômica, nos termos da Súmula 166 do STJ, e da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF na ADC nº 49, bem como nos termos da Súmula nº 05 do TATE/SEFIN, conheço da defesa do sujeito passivo para, no mérito, decidir pela improcedência do presente auto de infração, afastando, assim, a cobrança do imposto e demais consectários levados a efeito.

4 - CONCLUSÃO

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 IMPROCEDENTE** o auto de infração e INDEVIDO o crédito tributário de R\$ 120.702,84.

Desta decisão, recorro de ofício à Câmara de Julgamento de Segunda Instância, nos termos do art. 132 da lei 688/96.

Em face do disposto no § 3º desse mesmo artigo, que se encaminhe o processo aos autores do feito

5 - ORDEM DE INTIMAÇÃO

Notifique-se o contribuinte autuado da decisão de Primeira Instância, reservado o direito de vistas e manifestação junto à Câmara de Julgamento de Segunda Instância.

Porto Velho, 22/11/2021.

Elder Basílio e Silva

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

Elder Basílio e Silva, Auditor Fiscal,

Data: **22/11/2021**, às **9:0**.

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