



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

SUJEITO PASSIVO: *BRASIL NORTE BEBIDAS S.A*

ENDEREÇO: *Av. Pref. Osmar Cunha, 183 - Centro - Florianópolis /SC - CEP: 88015-100*

PAT Nº: *20212700100170*

DATA DA AUTUAÇÃO: *02/06/2021*

CAD/CNPJ: *34.590.315/0012-00*

CAD/ICMS: *00000001737970*

DECISÃO PARCIAL Nº: 2021/1/29/TATE/SEFIN

1. Não declarou no SPED e não recolheu o ICMS-DIFAL 2. Defesa Tempestiva 3. Infração ilidida. 4. Auto de infração parcialmente procedente.

1-Relatório.

1.1-Autuação

Consta da peça inicial, em cumprimento à DFE n. 20202500100051, de que o sujeito passivo deixou de declarar o ICMS-DIFAL em seu SPED fiscal referente a diversas notas fiscais de aquisições/transferências interestaduais de ativo imobilizado conforme demonstrativos.

Capitulou-se a infração pelo descumprimento aos art. 2º, inciso XII; art. 53, inciso XI; art. 310; art. 406-A a 406-Q do RICMS aprovado pelo Decreto 8321/98.

Foi aplicada a penalidade prevista no art. 77, Inciso IV, alínea "a", item 5 da Lei 688/1996.

Composição do crédito tributário lançado:

Tributo	R\$ 84.958,44
Multa 90%	R\$ 115.420,14
Juros	R\$ 76.429,93
A. Monetária	R\$ 43.286,16
Total	R\$ 320.094,67

Feita a notificação via Domicílio Eletrônico Tributário-DET em 24/06/2021, nos termos dos artigos 59-B, 59-C e 112, inciso IV da Lei 688/96, o autuado apresentou impugnação tempestiva em 17/07/2021.

1.2 – Alegações da defesa.

A defendente apresentou impugnação tempestiva e nela arguiu que:

1.2.1 a notificação da autuação teria ocorrido em 24/06/2021, então estaria decaído o direito do fisco em relação a tributos ocorridos desde 01/2016 até 23/06/2021, em função do quinquênio decadencial. Invoca o § 4º do artigo 150 do CTN pelo fato de ter pago parcialmente o valor do ICMS/DIFAL. Colaciona jurisprudência que aplicar-se-ia aos fatos;

1.2.2 ao contrário do entendimento adotado pela autoridade fiscal, o ICMS-DIFAL, relacionado às Notas Fiscais ns. 24277; 24278; 24279; 198780; 129; 7394; 492; 54098; 1379; 1057441; 916; 1056925; 1057486; 1416; 1434; 1773; 1456; 207022; 207023; 207040; 2070419, classificadas no SPED Fiscal com CFOP 2551, foi devidamente recolhido pela Impugnante, logo, ao imputar à Impugnante a suposta infração de ausência de recolhimento do ICMS-DIFAL, a autoridade fiscal foi omissa em seu dever de investigação da verdade real dos fatos, o que torna nulo o lançamento fiscal;

1.2.3 a autoridade fiscal autuou as operações interestaduais de remessas de vasilhas ou sacarias, classificadas no “CFOP 2920 – Entrada de Vasilhame ou Sacaria”, objeto das Notas Fiscais ns. 200229; 205974; 212729; 203553; 178686; 178705; 207498; 229849; 211553; 253996; 216767; 271961; 221132; 290189; 228334; 30949615, entretanto, de acordo com o Convênio Confaz n. 88/1991, as operações interestaduais com vasilhame ou sacaria estão isentas do ICMS, nos termos do seu art. 1º, inciso II;

1.2.4 as operações relacionadas no “CFOP 2552 – Transferência de bem do ativo imobilizado”, relacionadas as Notas Fiscais ns. 200712, 202698, 202700, 205480, 205034, 205964, 207339, 206835, 206836, 206837, 207911, 207912, 208400, 213205, 210378, 210905, 210906, 210907, 208874, 208918, 209850, 210368, 210369, 210370, 211440, 231600, 236745, 604394, 604402, 201229, 1846143, 1846144, 1848580, 208401, 208402, 2000917, 2021341, 208403, 296961, referem-se a simples deslocamento de bens entre filiais. Ausência de infração, Posto que não incide ICMS na simples transferência de bens entre filiais (TEMA 1099 DO STF – SÚMULA 166

D STJ);

1.2.5 a Nota Fiscal n. 141620, a qual abrange operação de remessa em comodato, firmado com a empresa TRIX locações de Softwares Ltda não configura hipótese de incidência do ICMS, pois, conforme dispõe o art. 579 do Código Civil²², não há efetiva transferência de propriedade do bem, mas mero “empréstimo gratuito”. E o Estado de Rondônia, em conformidade com o entendimento firmado na Súmula 573 do STF, emitiu a Resolução Conjunta GAB-SEFIN Nº 2 DE 24/04/2015, na qual reconheceu a não incidência do ICMS sobre operações de comodato, desde que a entrada de mercadoria ou bem em comodato, seja amparado por nota fiscal com CFOP 6908, acompanhada do respectivo contrato, conforme se infere pelo seu art. 3º, inciso I;

1.2.6 o auto de infração deve ser decretado nulo por erro na apuração do crédito tributário pois na apuração da base de cálculo do ICMS-DIFAL, especificamente, para os meses de 01/2016; 05/2016; 08/2016; 09/2016; 10/2016; 11/2016; e 12/2016²³, a autoridade deixou de deduzir do cálculo do crédito tributário, o ICMS pago a título de ICMS-DIFAL ativo permanente. E, segundo entendimento do STJ, “erro de direito não autoriza a revisão do lançamento fiscal”;

1.2.7 ausência de subsunção entre o fato e a penalidade prevista no artigo 77, inciso IV, alínea “a”, item 5 da Lei 688/96.

Ante o exposto, requer-se, o reconhecimento da decadência parcial, o cancelamento do auto de infração e alternativamente, o afastamento da multa de 90%.

1.3-Manifestação do Autuante.

Instado a se manifestar acerca de alguns pontos controversos na autuação, assim se pronunciou:

1.3.1 – Decadência parcial: “Dessa forma o “quantum” apurado não é uma “diferença paga a menor” e sim valores **NÃO DECLARADOS e NÃO PAGOS**, correspondentes a documentos fiscais considerados individualmente, **porém impossibilitados de serem identificados face a OMISSÃO** praticada pelo SUJEITO PASSIVO. Dessa forma, por todo o exposto, deve ser considerada plenamente procedente a **NÃO DECADÊNCIA**, em função de, neste caso, restar caracterizado o entendimento do artigo 173-I do CTN”;

1.3.2- Ausência de Infração: “em **NENHUM MOMENTO** o fisco considerou as notas fiscais: 24277, 24278, 24279, 198780, 129, 7394, 492, 54098, 1379, 1057441, 916, 1056925, 1057486, 1416, 1434,1773,1456, 207022, 207023, 207040 e 207041, citadas pelo SUJEITO PASSIVO, como **NÃO PAGAS**. O que ocorreu foi que o fisco **IMPEDIDO** de constatar quais notas fiscais, **EFETIVAMENTE**, compuseram o valor registrado no SPED FISCAL, como débito de **DIFAL – NO PERÍODO DE JANEIRO A ABRIL DE 2016** -, em função das **OMISSÕES** dos registros C195 e C197, **SIMPLESMENTE** relacionou **TODAS** as notas fiscais consideradas como sujeitas ao **DIFAL** e do total apurado, **DIMINUIU** o valor constante do SPED FISCAL, resultando no saldo **NÃO DECLARADO/NÃO RECOLHIDO** nesses meses”;

1.3.3- Isenção do ICMS/DIFAL: “No caso presente, poderia tratar-se de remessas/transferências/vendas de vasilhames **vazios** para acomodar produtos em operações futuras ou acondicionando produtos e, neste caso, condicionados a retornarem à origem, sob pena de tributação. No caso presente, só entendemos que deva ser considerada a isenção **se** o

contribuinte apresentar a respectiva nota fiscal de retorno, especificando tratar-se de devolução de remessa relativa à nota fiscal “x” o que não foi atendido por ocasião da ação fiscal, razão pela qual, consideramos plenamente procedente a cobrança do **ICMS – DIFAL**;

1.3.4- **TRANSFERÊNCIA DE BENS ENTRE FILIAIS**: “até a divulgação do tema 1099 e posterior ADC 49 do STF, os estados, de forma quase geral, tributavam tais operações, tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 87/1996 em seu artigo 12, item I, que considera **ocorrido o fato gerador no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular**, cujo entendimento foi recepcionado no então vigente decreto 8321/98 – RICMS em seu artigo 1º, in verbis: “ **Art. 2º Ocorre o fato gerador do imposto no momento (Lei 688/96, art. 17): I – da saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular** “. Inclusive, esses dispositivos não falam especificamente em operações interestaduais e sim de forma genérica, uma vez que nessas operações eram indubitáveis a incidência”;

1.3.5- **NÃO INCIDÊNCIA NO REGIME DE COMODATO**: Esclarece que para caracterizar o regime de COMODATO necessário apresentar, no contrato, requisitos estabelecidos no artigo 2º da Resolução Conjunta 002/2015/GAB/CRE/SEFIN como gratuidade, não fungibilidade, tradição, temporalidade e unilateralidade;

1.3.6- **ERRO NA APURAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO**: “a apuração foi TÃO SOMENTE do **DIFAL** de documentos fiscais, **EFETIVAMENTE**, não **DECLARADOS** e **NÃO PAGOS** e, portanto, não tendo relação com quaisquer dos valores eventualmente pagos registrados nos respectivos SPED’S FISCAIS”;

2-Fundamentos de fato e de direito.

Dos autos, extrai-se que, em tese, o sujeito passivo deixou de declarar o ICMS-DIFAL em seu SPED fiscal referente a diversas notas fiscais de aquisições/transferências interestaduais de ativo imobilizado conforme demonstrativos.

Analisando as peças dos autos; planilhas de cálculo, impugnação e contrarrazão do autuante, exporei a decisão, como segue:

Quanto à ocorrência de decadência para os créditos exigidos nos períodos de janeiro a junho de 2016 em razão de seu pagamento parcial, entendemos não assistir razão ao argumento da impugnante pois a constituição do crédito tributário ora debatido fundamenta-se na ausência dos lançamentos, o que exclui, de pronto, a possibilidade do pagamento parcial do ICMS/DIFAL vez que as informações sequer foram lançadas. Remete-se, portanto, à contagem do prazo decadencial do inciso I do artigo 173 do CTN, iniciando-se a contagem do prazo decadencial somente no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Apuramos, no trabalho de auditoria de conta gráfica realizada em cumprimento à DFE acima citada, quanto ao período janeiro a abril de 2016, que, de fato as notas fiscais n. 24277; 24278; 24279; 198780; 129; 7394; 492; 54098; 1379; 1057441; 916; 1056925; 1057486; 1416; 1434; 1773; 1456; 207022; 207023; 207040; 2070419 constaram no relatório, entretanto,

houve a exclusão dos valores pagos quando se deduziu o montante dos valores do SPED Fiscal, restando apenas o montante relativo aos documentos não declarados.

A impugnante apresenta, em sua peça uma relação de notas fiscais tidas como remessa de produtos isentos, amparadas no Convênio ICMS 88/91, entretanto, para o gozo do benefício carece do cumprimento de requisitos previstos na legislação, *in verbis*:

“CONVÊNIO 88/91:

Cláusula primeira: Ficam isentas do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS:

I - a saída de vasilhames, recipientes e embalagens, inclusive sacaria, quando não cobrados do destinatário ou não computados no valor das mercadorias que acondicione e desde que devam retornar ao estabelecimento remetente ou a outro do mesmo titular (grifo nosso);”

“ANEXO 01 – TABELA 01 – DEC. 8321/98 – RICMS:

16 - A saída de VASILHAMES, recipientes e embalagens, inclusive sacaria, quando não cobrados do destinatário ou não computados no valor das mercadorias que acondicionam e desde que devam retornar ao estabelecimento remetente ou a outro do mesmo titular (Conv. ICMS 88/91);”
(grifo nosso)

Contudo, segundo o autuante, o retorno das mercadorias deveria ser acobertado por documento fiscal adequado. No que concordamos.

Mas, ao consultar as notas fiscais (200229; 205974; 212729; 203553; 178686; 178705; 207498; 229849; 211553; 253996; 216767; 271961; 221132; 290189; 228334; 309496), verifiquei se tratar de envio entre empresas pertencentes ao mesmo titular- Tema tratado, também, no item seguinte da impugnação o qual traz as seguintes notas fiscais- (NFe 200712, 202698, 202700, 205480, 205034, 205964, 207339, 206835, 206836, 206837, 207911, 207912, 208400, 213205, 210378, 210905, 210906, 210907, 208874, 208918, 209850, 210368, 210369, 210370, 211440, 231600, 236745, 604394, 604402, 201229, 1846143, 1846144, 1848580, 208401, 208402, 2000917, 2021341, 208403, 296961). O que nos remete à impossibilidade de incidência do imposto, posto que o STF 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.” Por esse motivo excluiríamos as referidas notas fiscais da base de cálculo do crédito tributário, fazendo sua retificação.

No tocante à Nota Fiscal n. 141620, a qual abrange operação de remessa em comodato, firmado com a empresa TRIX locações de Softwares Ltda, razão assiste ao impugnante, uma vez cumpridos os requisitos amparados em lei, demonstrado com apresentação de cópia do contrato de comodato (anexo- Doc. 13) da peça defensiva.

No item “III-6” da defesa, em tese, a apuração da base de cálculo do ICMS-DIFAL, especificamente, para os meses de 01/2016; 05/2016; 08/2016; 09/2016; 10/2016; 11/2016; e 12/2016 não foram deduzidos do cálculo do crédito tributário, o ICMS pago a título de ICMS-

DIFAL ativo permanente. Salientamos, tão somente, que a defendente não especificou os valores duplicados ou a referencia às notas fiscais. Ao analisarmos as planilhas de apuração do crédito tributário, constatamos que foram considerados de fato, os valores já pagos lançados no SPED: consta da coluna H, linha230 o total levantado no período (ICMS/DIFAL) = R\$ 324.182,17 e que foram deduzidos da coluna I, linha230 no valor de R\$ 239.223,73 (vl. Declarado no SPED) = ao ICMS/DIFAL lançado no valor de R\$ 84.958,44 (coluna K, linha230). Porquanto, improcede as argumentações da impugnante sobre esse aspecto.

Por derradeiro, não há ausência de subsunção entre o fato e sua capitulação, em que pese as controvérsias já decididas e após a retificação dos cálculos como segue:

Demonstrativo de retificação do crédito lançado

	Crédito lançado	Crédito indevido	Crédito devido
Tributo	R\$ 84.958,44	R\$ 81.496,00	R\$ 3.462,44
Multa 90%	R\$ 115.420,14	R\$ 110.699,68	R\$ 4.720,46
Juros	R\$ 76.429,93	R\$ 73.033,83	R\$ 3.396,10
A Monetária	R\$ 43.286,16	R\$ 41.503,64	R\$ 1.782,52
Total	R\$ 320.094,67	R\$ 306.733,15	R\$ 13.361,52

Portanto, diante da análise dos fatos e documentos anexos aos autos, considero ilidida em parte a ação fiscal para declará-la parcialmente procedente.

3-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 PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação fiscal, declarando **indevido** o valor de R\$ 306.733,15 e, **devido**, o valor a ser lançado de R\$ 13.361,52 que deverá ser atualizado na data do efetivo pagamento.

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

4 – 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.

DADOS DA NOTIFICAÇÃO:

Advogado - Luiz Fernando Sachet OAB/SC 18.429, Rua Cristóvão Nunes Pires, n.

86, 8º Andar, Torre Suden, Centro, Florianópolis/SC, CEP 88010-120.

Porto Velho, 20/12/2021 .

Roberto Luis Costa Coelho

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

Roberto Luis Costa Coelho, Auditor Fiscal,

, Data: **20/12/2021**, às **12:7**.

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