



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

SUJEITO PASSIVO: *GANESH LOGISTICA E DISTRIBUICAO LTDA*

ENDEREÇO: *RUA DOM PEDRO II, 637, CAIARI, PORTO VELHO (RO) CEP 76801-151*

PAT Nº: *20212700100352*

DATA DA AUTUAÇÃO: *01/11/2021*

CAD/CNPJ: *07.987.185/0003-80*

CAD/ICMS: *00000003311082*

DECISÃO PROCEDENTE Nº: 2023/1/284/TATE/SEFIN

1. Deixar de estornar crédito presumido indevido em razão de devolução de vendas. 2. Defesa tempestiva 3. Infração não ilidida 4. Auto de infração procedente

1 - RELATÓRIO

O sujeito passivo, no período de 01.01.2017 a 31.12.2017 (período de vigência de termo de acordo 024/16), se apropriou indevidamente de créditos de ICMS pelo lançamento a crédito na EFD de tributos decorrentes de operações com CFOP 2202 (devolução de vendas em operações interestaduais) em função do creditamento integral do ICMS destacado nas notas fiscais emitidas para esse fim, sem estornar o crédito presumido à razão de 85% concedido nas vendas destas mercadorias para outra Unidade da Federação.

A infração foi capitulada no artigo 40, I c/c art. 42 § 2º do RICMS/RO aprovado pelo Decreto 22.721/2018 e art. 38, IV e V da Lei 688/96. A penalidade foi art. 77, V, a, 1, da Lei 688/96.

Demonstrativo da base de cálculo: ICMS = R\$ 8.075,34; juros = R\$ 4.894,25; atualização monetária = R\$ 3.384,37; multa = R\$ 8.075,34 (atualizado pela UPF, R\$ 65,21 na data inicial, R\$ 92,54 na data do lançamento) x 90% = R\$ 10.313,70; total = R\$ 26.667,66 (fl. 3).

O sujeito passivo foi notificado por DET (12824383), no dia 18.11.2021, fl. 57, DOCUMENTOS DOS VOLUMES DO AUTO, volume 1, apresentando defesa tempestiva conforme documentos juntados ao E-PAT.

2 - DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

A defesa inicia sua argumentação alegando ausência de motivação do ato administrativo. Que estava acobertada por benefício fiscal. Que para a caracterização da fraude, portanto, é indispensável a presença do dolo, ou seja, deve estar evidente a intenção do contribuinte no sentido de impedir ou retardar o fato gerador ou excluir ou modificar suas características essenciais.

Que o agente se limita a circunscrever os caracteres fáticos, fazendo breve alusão ao cunho doloso ou culposo da conduta do administrado, contudo, é necessário provar de maneira inequívoca a ocorrência de infração.

Prossegue argumentando que a fundamentação do auto de infração se trata de mera presunção, que equipara, desatinadamente, as infrações subjetivas às objetivas.

Considera que a autuação da defendente sem qualquer fundamentação configura verdadeira tentativa de coação do devedor ao pagamento do débito fiscal, mitigando o primado da propriedade privada, do não confisco, da isonomia e da moralidade inverte a equação: é o particular quem tem o direito constitucional de compensar os créditos de qualquer natureza que tem contra um fisco com os tributos que se dispõe a lhe pagar. A escolha entre compensar ou não é do sujeito passivo, e nunca do Estado, isso já declarou o STF ao invalidar a chamada compensação de ofício: dedução pelo Poder Público, no momento de entregar ao particular o que reconhece lhe dever, dos créditos que unilateralmente afirma ter contra este (Pleno, ADI 4.357/DF, Relator para o acórdão Ministro Luiz Fux, Dje 25.09.2014).

A acusação fiscal não questionou a legitimidade dos créditos de ICMS sob o aspecto material, mas apenas sob os requisitos formais ou procedimentais a que estaria submetida a atuada.

Prossegue discorrendo sobre a suposta ausência de motivação do ato praticado. Colaciona trecho de decisão do TJ/MG que considerou inoccorrência de fato gerador de ICMS na devolução e recusa posterior de produtos, dando causa à restituição do imposto pago.

Que a defendente atendeu as exigências pertinentes como apresentação de documentos e caucionamento no valor de R\$ 185.080,00 (cento e oitenta e cinco mil reais) (Doc. 5), com efeito todo o procedimento obedecido pela defendente não pode ser rechaçado simplesmente porque a contabilidade não estava da forma como a autoridade queria, até mesmo porque, conforme será adiante alinhado, eventualmente caso constada alguma irregularidade a contabilidade pode ser corrigida.

A conclusão não pode ser outra além e que o benefício fiscal foi aproveitado de forma correta.

No mérito, considera arbitrária e no mínimo contraditória a inscrição do crédito fiscal, por período que supostamente a empresa defendente não estaria acobertada pelo benefício fiscal da lei instituído pela Lei nº 1473, qual seja “03/03/2016 a 21/06/2016, 02/04/2018 a 31/12/2018, 01/01/2019 a 30/03/2019 e 23/06/2020 a 31/12/2020.

Considerada a exigência do caucionamento durante todo o período dos anos 2016 a 2021, os períodos apontados como “desacobertada” do benefício não podem ser considerados válidos, justamente porque o fisco não pode ser contraditório em suas decisões, vez que se exige a caução daquele referido ano, não pode por outro lado sem qualquer critério considerar que a empresa não fazia jus ao benefício naquele mesmo período.

Os créditos de ICMS decorrentes das notas fiscais apontadas nos autos de infração são decorrentes de documentos fiscais legítimos, que embasam o direito ao creditamento, e até mesmo pela ausência de acusação fiscal que venha a afetar a materialidade ou quantificação dos valores apropriados, a autuação nos termos apresentados gera o enriquecimento ilícito do Estado de Rondônia.

Requer o acolhimento dos fundamentos ora expostos, a fim de julgar pela improcedência do auto de infração ora impugnado, com o conseqüente afastamento das penalidades impostas.

3 – FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

De acordo com a fiscalização, o sujeito passivo, no período de 01.01.2017 a 31.12.2017 (período de vigência de termo de acordo 024/16), se apropriou indevidamente de créditos de ICMS pelo lançamento a crédito na EFD de tributos decorrentes de operações com CFOP 2202 (devolução de vendas em operações interestaduais) em função do creditamento integral do ICMS destacado nas notas fiscais emitidas para esse fim, sem estornar o crédito presumido à razão de 85% concedido nas vendas destas mercadorias para outra Unidade da Federação. Ação fiscal desencadeada com origem na DFE 20202500100085.

Dispositivos apontados como infringidos:

Lei 688/96:

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;

V - a utilização em desacordo com a legislação tributária. (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

Penalidade Lei 688/96:

Art. 77. As infrações e as multas correspondentes são as seguintes: (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

V - infrações relacionadas ao crédito do ICMS: (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

a) multa de 90% (noventa por cento):

1. do valor do crédito fiscal apropriado indevidamente, ressalvado o disposto nas alíneas “b” e “d” deste inciso; e

A defesa inicia sua argumentação alegando ausência de motivação do ato administrativo. Que estava acobertada por benefício fiscal. Primeiro deve ser esclarecido que a autuação ocorreu em razão de descumprimento de termo de acordo que concedia 85% de crédito do imposto devido nas saídas de mercadorias. O sujeito passivo escriturou as notas fiscais de devolução de mercadorias sem fazer os ajustes necessários para estorno do crédito presumido concedido na saída. As saídas tem um crédito presumido de 85% do valor do imposto debitado no mês, logo, se houve a devolução da mercadoria esse crédito deve ser estornado através de ajustes na EFD, mas na escrituração foram encontradas diferenças, que acarretaram o lançamento de ofício, conforme apurado na planilha **DEMONSTRATIVO DE CRÉDITOS DE ICMS SOBRE DEVOLUÇÕES DE VENDAS - OPERAÇÕES INTERESTADUAIS - SPED FISCAL - CFOP 2202 - EXERCÍCIO DE 2017**

Instrução Normativa n. 004/2015/GAB/CRE – ANEXO ÚNICO

Cláusula primeira. Fica concedido à Acordante, crédito presumido de até 85% (oitenta e cinco por cento) do valor do imposto devido pela saída interestadual de mercadoria importada do exterior, bem como o diferimento do pagamento do ICMS devido pelo seu desembaraço aduaneiro (na forma e condições previstas nas cláusulas oitava e nona deste Termo de Acordo).

Cláusula quarta. A opção pelo benefício de crédito presumido indicado na Lei nº 1473/2005 e aqui firmado, implica a vedação de aproveitamento de outros créditos relativos à entrada de mercadorias, bens ou serviços, inclusive os concedidos por Lei de Incentivo Fiscal.

A caracterização da infração independe da intenção do agente. Logo, comprovada a apropriação de crédito a maior, houve supressão de parte do imposto devido, não há necessidade de comprovação de dolo para que se efetue o lançamento. Assim dispõe o CTN.

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Não prospera que a autuação se limita a circunscrever os caracteres fáticos, fazendo breve alusão ao cunho doloso ou culposo da conduta do administrado. As notas fiscais de devolução listadas pelo auditor fiscal no DEMONSTRATIVO DE CRÉDITOS DE ICMS SOBRE DEVOLUÇÕES DE VENDAS e cópias dos Registros Fiscais de Entradas, fls. 04 a 44, demonstram de forma inequívoca a ausência dos ajustes para estornar o crédito concedido na saída em vista do cancelamento das operações.

Não procede a argumentação de tentativa de coação do devedor ao pagamento. O auto de infração foi lavrado após a instauração do processo administrativo fiscal em que ficou constatado a ocorrência de infração como demonstram os documentos já citados. Em relação a afirmativa que: “O particular quem tem o direito constitucional de compensar os créditos de qualquer natureza que tem contra um fisco com os tributos que se dispõe a lhe pagar. A escolha entre compensar ou não é do sujeito passivo, e nunca do Estado”. De fato o direito ao crédito tem natureza constitucional, porém, o Estado de Rondônia concedeu ao sujeito passivo um crédito superior ao que teria direito em uma operação tributada normalmente, desde que cumprisse certos requisitos previstos na Lei 1473/2005. Para isso o contribuinte assinou um termo de acordo, portanto, não foi uma imposição, mas de comum acordo, dessa forma não pode se beneficiar do incentivo e depois alegar que a escolha entre compensar ou não é do sujeito passivo.

Sem sustentação que a acusação fiscal não questionou a legitimidade dos créditos de ICMS sob o aspecto material. A descrição da autuação é cristalina quanto ao fato de que houve apropriação de crédito indevido por não estornar o crédito presumido concedido nas saídas.

Diante do que se disse, não procedem as argumentações de ausência de motivo do ato administrativo ora questionado.

A alegação de que é arbitrária e contraditória a inscrição do crédito fiscal, por período que supostamente a empresa defendente não estaria acobertada pelo benefício fiscal da lei instituído pela Lei nº 1473, qual seja “03/03/2016 a 21/06/2016, 02/04/2018 a 31/12/2018, 01/01/2019 a 30/03/2019 e 23/06/2020 a 31/12/2020 não tem sustentação. A autuação não questiona o uso do benefício fiscal da Lei 1473/2005, mas a apropriação de indevida de créditos. De qualquer forma,

o período autuado é o ano de 2017, não abrange os períodos citados pela defesa.

Por tudo que foi dito, os créditos de ICMS concedidos pela saída de mercadorias deveriam ser estornados por ocasião da escrituração das notas fiscais de devolução das mesmas, não tendo sido providenciado o devido ajuste na EFD, conforme verificado após exame dos Registros de Entrada e Apuração do ICMS dos meses fiscalizados em confronto com a planilha confeccionada pelo autuante, sendo necessário o lançamento de ofício.

Devidamente provado que o sujeito passivo infringiu a legislação tributária, art. 38, IV e V da Lei 688/96. Devem ser desconsiderados os dispositivos do RICMS aprovado pelo Decreto 22.721/2018, que vigoraram após a ocorrência dos fatos.

4 – CONCLUSÃO

De acordo com o previsto no artigo 15, I, da Lei 4.929 de 17 de dezembro de 2020 e, no uso da atribuição disposta no art. 79, II, do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo Tributário – TATE, aprovado pelo Decreto nº 9157 de 24/07/00, julgo **PROCEDENTE** a ação fiscal e declaro devido o crédito tributário no valor de R\$. R\$ 26.667,66 (Vinte e seis mil, seiscentos e sessenta e sete reais e sessenta e seis centavos), devendo o mesmo ser atualizado até a data do pagamento.

5 – ÓRDEM 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 apresentar Recurso Voluntário à Câmara de Julgamento de Segunda Instância, no mesmo prazo, conforme artigo 134, da Lei 688/96, sob pena de inscrição em Dívida Ativa do Estado e consequente execução fiscal.

Porto Velho, 23/02/2023 .

Eduardo de Sousa Marajó

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

Eduardo de Sousa Marajó, Auditor Fiscal,

, Data: **23/02/2023**, às **21:19**.

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