



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

SUJEITO PASSIVO: *CONNECTION IMPORTADORA, EXPORTADORA & COMERCIO DE PRODUTOS ALIMENTICIO*

ENDEREÇO: *João Goulart, 2832 - São João Bosco - Porto Velho/RO - CEP: 76803-756*

PAT Nº: *20212701200074*

DATA DA AUTUAÇÃO: *03/06/2021*

CAD/CNPJ: *06.990.794/0002-45*

CAD/ICMS: *00000001316460*

DECISÃO PROCEDENTE Nº: 2022/1/61/TATE/SEFIN

1. Erro na determinação da base de cálculo do ICMS-ST no período de 2016. 2. Defesa tempestiva. 3. Infração não ilidida. 4. Auto de infração procedente.

1 – RELATÓRIO

O sujeito passivo foi autuado, em atendimento à DFE no 20202501200037, emitida pela Gerência de Fiscalização da Coordenadoria da Receita Estadual, após a constatação, por meio da conferência de cálculo do ICMS-ST de notas fiscais lançadas e/ou registradas no Fronteira, as quais tiveram pagamento do imposto pelo código de receita 1231 e/ou por GNRE, que houve apuração e pagamento a menor de ICMS devido por substituição tributária em operações com produtos ração tipo pet para animais domésticos, destinados ao contribuinte alvo dessa ação fiscal. Por conta da irregularidade constatada, lavrou-se o presente auto de infração para a cobrança da diferença do ICMS-ST não pago, acrescido de atualização monetária, juros e Selic, além da penalidade de multa, conforme cálculo do crédito tributário constante em planilha anexa.

Para capitulação legal da infração foram indicados o art. 27-II- III-§§ 1º e 7º e Item 1- Tabela I-Anexo IV do RICMS aprov. Dec. 8.321/98, e para a multa o art. 77-IV-a-4 da Lei 688/96.

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

Tributo ICMS	R\$ 69.753,66
--------------	---------------

Multa 90% (noventa por cento)	R\$ 95.097,45
Juros	R\$ 62.135,59
Atualização monetária	R\$ 35.910,18
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 262,896,88

O sujeito passivo foi notificado do auto de infração via DET em 12.05.2021, e apresentou sua defesa tempestivamente.

2 – DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

Na defesa apresentada o sujeito passivo inicialmente trouxe quatro questões preliminares de suposta nulidade do presente auto de infração. Primeira, que o sujeito passivo não teve acesso à DFE e esta não teria, supostamente, sido juntada ao processo, conforme preceitua a legislação (art. 4º da IN 11/2008), além da ausência da ciência do sujeito passivo no Termo de Início de Fiscalização, e que o Termo de Encerramento da ação fiscal, não trouxe consignado 01 (um) método ESPECÍFICO orientador dos trabalhos fiscais que deveriam ter sido cumpridos pelo Fisco diligente, sugerindo que o Fisco para realizar os procedimentos de fiscalização deve estar devidamente designado para tanto (conforme descritos no CTN, arts. 142 e 196, Lei 688/96 Art. 100 e Anexo XII do RICMS-RO e IN 011/2008), colacionando os Acórdãos nº 25 e 79 de 2019 da 2ª Câmara e o de nº 129 de 2017 da 1ª Câmara, que corroborariam este entendimento.

Segunda, que a aplicação da penalidade do art. 77-V-a-1 da Lei 688/96 teria caráter confiscatório, o que é vedado pelo art. 150-IV da CF/88, e que contraria a jurisprudência do STF (RE 754.554-GO), pois a multa acabou por ser praticamente superior ao valor da operação em si, colacionando o Acórdão nº 244/20/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN neste sentido.

Terceira, que teria sido lhe negado usufruir da legislação pertinente ao FISCONFORME, instituído para beneficiar os contribuintes, evitando que os mesmos sofram autuações (citando os arts. 97-§4º e 71-§§ 6º e 7º da Lei 688/96, que se referem a descumprimento de obrigações acessórias), ou seja, a oportunidade de se auto regularizar de forma espontânea de suas obrigações tributárias, deixando, assim, de ser observado o princípio constitucional da isonomia (art. 150-II da CF/88).

Quarta, que as Unidades Federadas não têm competência para fixar índices de correção monetária em percentuais superiores aos estabelecidos pela União para o mesmo fim, e neste sentido, portanto, a redação do art. 46-A da Lei 688/96, anterior às alterações promovidas pela Lei 4.942/2021, seria inconstitucional, por prever índice incompatível com a taxa SELIC e determinado pela União (trouxe à baila o ADI 442/2010, o Acórdão nº 1001884 do TJDF, 20160020315553AIL, Relator WALDIR LEONCIO LOPES JUNIOR, CONSELHO ESPECIAL, data de Julgamento, 14/02/2017, Publicado no DJE de 15/03/2017, pág. 196-198 e o ARE 1216078 RG/SP Relator Ministro Presidente Dias Toffoli, 30/08/2019, dando suporte ao entendimento).

E que embora as alterações promovidas pela Lei nº 4.942/2021, se adequem ao entendimento jurisprudencial remansoso do STF, tal mudança legislativa não teria o condão de validar ou convalidar os lançamentos, os cálculos havidos sob o manto da inconstitucionalidade, isto é, todos e quaisquer lançamentos, cálculos, inscrições e pretensões executivas do ente estadual Requerido em face da Requerente realizadas com base em índice diverso ou superior

ao da SELIC seriam, assim, inconstitucionais, ilegais e nulos.

Quanto ao mérito para requerer a improcedência da autuação por ilegitimidade passiva, alegou que o pagamento das GNREs fora calculado e lançado pelo emitente das notas fiscais e que os lançamentos realizados na entrada do Estado, mesmo que o portador fosse portador de regime especial, foram de autoria do próprio fisco, considerando-se definitivamente constituído, nos termos da legislação à época vigente (art. 98-D-E-F do RICMS-RO), não sendo justo que depois de anos o fisco queira cobrar diferenças corrigidas com índice indevido e com atribuição de multas, de lançamentos que ele mesmo foi o autor, **e que embora seja fato que o valor do imposto seja devido**, mas que incida os juros de mora calculados com base na SELIC.

Que desde o antigo RICMS-RO, o complemento da substituição tributária referente à MVA específica de mercadorias destinadas a ALCGM, era também de responsabilidade do Fisco efetuar a cobrança na entrada do Estado de Rondônia, ou seja, o próprio autor da cobrança dessa diferença, não efetuou um direito “devido a ele”, no qual o mesmo instituiu, levando-se em conta que nos convênios ou protocolos da Confaz aMVA ajustada não é a mesma que a MVA específica.

Que segundo o embasamento da época do fato gerador, o contribuinte por possuir termo de acordo específico recolhia o ICMS-ST de suas aquisições de mercadorias sujeito a substituição tributária na conta corrente por meio de Dares registrados no código 1231, e o erro quem cometeu foi o Fisco e não contribuinte, tendo em vista que, o mesmo é o autor da MVA específica e também do lançamento do imposto devido, sendo que, se há diferença a recolher por conta de erro do mesmo, porque o contribuinte teria que arcar com as infrações impostas a ele, questionando, ainda, porque essas “diferenças devidas por ST pago a menor”, não foram objeto de notificação no Fisco conforme para o contribuinte? Alegando que lhe teria sido negado um direito constitucional, até por erros que não teria cometido pelo mesmo.

Trouxe à baila, em reforço à suposta ilegitimidade passiva, os acórdãos do TATE de nº 034/19/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN e nº 268/19/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN (reconhecendo em ambos, sujeito passivo diverso do que teria praticado a infração).

Que o auto não teria comprovação certa da matéria, isto é, o que foi cobrado pelo autuante seria incorreto, pois em relação às notas fiscais 459146 e 173759 ocorreu o pagamento do ICMS/ST, conforme comprovantes em anexo, e o lançamento deve ser realizado em consonância com a situação de direito e com a situação de fato, contemporâneas do fato gerador, e que os Acórdãos do TATE de nº 227/19/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN e 214/18/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN comprovariam que a não observância de usar a legislação vigente à época do fato gerador, leva à improcedência do auto de infração.

E que diante das inúmeras inconsistências exposta acima, o auditor autuante na aplicação da MVA ajustada está considerando 76,97%, entretanto, em autos de infrações lavrado a alguns fornecedores do contribuinte e também de alguns ST que foram pagos com MVA específica, a alíquota usada foi de 76,96%, questionando se é 76,96% ou 76,97%, alegando que tal indefinição em relação à MVA específica, gerará uma diferença no crédito tributário, tornando-o incerto de quaisquer cobranças.

Pelo exposto, requereu o recebimento da presente defesa e dos documentos anexos por meio eletrônico, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151-III do

CTN, até decisão definitiva, ficando esta fazenda pública impedida de inscrever o Defendente em Dívida Ativa, obstar a obtenção de Certidão Positiva com efeitos de Negativo, emitida nos termos do art. 206 do CTN, bem como adotar qualquer medida coercitiva de cobrança dos valores impugnados, e que a autuação seja julgada nulapelas preliminares apontadas, e improcedente no mérito.

3 - FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Conforme consta na peça básica, a autuação ocorreu porque o sujeito realizou, no período de **01.01.2016 a 31.12.2016**, apuração e pagamento a menor de ICMS devido por substituição tributária em operações com produtos **ração tipo pet** para animais domésticos, destinados ao contribuinte alvo dessa ação fiscal, fato constatado através da conferência de cálculo do ICMS-ST de notas fiscais lançadas e/ou registradas no Fronteira, as quais tiveram pagamento do imposto pelo código de receita 1231 e/ou por GNRE, ensejando, assim, a lavratura do presente auto de infração para a cobrança do crédito tributário relativo à diferença do ICMS-ST não pago, acrescido de atualização monetária, juros e Selic, além da multa cabível, conforme planilha de cálculo em anexo.

Regularmente notificado, o sujeito passivo apresentou, preliminarmente, quatro teses de suposta nulidade do auto de infração, sendo a primeira que o Fisco autuanteteria efetuado o procedimento fiscal semestar devidamente designado para tanto (não observando as previsões dos arts. 142 e 196 do CTN, Lei 688/96 Art. 100 e Anexo XII do RICMS-RO e IN 011/2008), não tendo o mesmo tido acesso à DFE, nem ter tomado ciência no termo de início de fiscalização, além de o termo de encerramento da ação fiscal não ter consignado método específico orientador dos trabalhos fiscais que deveriam ter sido cumpridos pelo Fiscodiligente, juntando jurisprudência pertinente do TATE. A segunda afirma que penalidade do art. 77-V-a-4 da Lei 688/96 teria caráter confiscatório (vedado pelo art. 150-IV da CF/88), e que contraria a jurisprudência do STF (RE 754.554-GO), pois a multa acabou por ser praticamente superior ao valor da operação em si, trazendo o Acórdão nº 244/20/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN, que entende se encaixar ao caso concreto. Na terceira, aduz que lhe teria sido negado usufruir da legislação pertinente ao FISCONFORME, instituído para beneficiar os contribuintes, possibilitando se auto regularizar de forma espontânea de suas obrigações tributárias, para se evitar autuações, e na quarta questionou a Selic, alegando que as Unidades Federadas não têm competência para fixar índices de correção monetária em percentuais superiores aos estabelecidos pela União para o mesmo fim, sendo, assim, a redação do art. 46-A da Lei 688/96, anterior às alterações promovidas pela Lei 4.942/2021, inconstitucional, por prever índice incompatível com a taxa SELIC e determinado pela União, tornando nulo e ilegais os lançamentos efetuados.

No mérito, requereu a improcedência do auto de infração por ilegitimidade passiva, já que o pagamento das GNREs fora calculado e lançado pelo emitente das notas fiscais, sendo que os lançamentos realizados na entrada do Estado, ainda que o contribuinte fosse portador de regime especial, eram de autoria do próprio fisco, **e que embora seja fato que o valor do imposto seja devido**, os juros de mora deveriam ser calculados com base na SELIC.

Que o complemento da substituição tributária referente à MVA específica de mercadorias destinadas a ALCGM, era também de responsabilidade do Fisco efetuar a cobrança na entrada do Estado de Rondônia, o próprio autor da cobrança dessa diferença, e que se há diferença a

recolher por conta de erro do mesmo, não seria o contribuinte que deveria arcar com as infrações impostas a ele, questionando, novamente, porque tais “diferenças devidas por ST pago a menor”, não foram objeto de notificação no Fisconforme para o contribuinte, trazendo, por suposta ilegitimidade passiva, os acórdãos do TATE de nº 034/19/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN e nº 268/19/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN.

Alegou que a matéria não teria comprovação certa, afirmando que o valor cobrado pelo autuante seria incorreto, uma vez que em relação às notas fiscais 459146 e 173759, o imposto já teria sido pago, e os Acórdãos do TATE nº 227/19/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN e 214/18/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN comprovariam que a não observância da legislação vigente à época do fato gerador, leva à improcedência do auto de infração, questionando, por fim, a MVA ajustada usada pelo auditor de 76,97%, se, de fato, é 76,97% ou 76,96%, pois, teria usado 76,96% com outros fornecedores, e tal indefinição poderia tornar incerto quaisquer cobranças.

Inicialmente, da análise das alegações preliminares de nulidade do auto de infração, pode-se afirmar que, *data vênia*, restam não acatadas, por se considerarem descabidas de fundamentação legal capaz de ilidir a ação fiscal perpetrada. Senão vejamos.

A primeira tese de que o procedimento fiscal teria sido efetuado sem estar devidamente designado para tanto não procede, quando se constata nos autos, em anexo, a respectiva DFE de nº 20202501200037, fls. 05, emitida nos termos da IN nº 011/2008, e **quanto ao argumento de ausência de assinatura** na DFE ou no próprio Termo de Início de Fiscalização, do qual teve ciência, juntamente com o Termo de Encerramento e Relatório de Encerramento da Ação Fiscal nº 20201201200091 (cujo **método específico orientador** dos trabalhos fiscais, a despeito da alegação de falta deste, **foi a conferência de cálculo do ICMS-ST das NF-es lançadas no Fronteira**, as quais tiveram pagamento do imposto pelo código de receita – 1231 e/ou por GNRE, onde se constatou que houve **apuração e pagamento a menor de ICMS devido por substituição tributária** no período fiscalizado de 2016), em 04.06.2021, conforme Notificação nº 12454064, não têm o condão de nulificar o auto de infração, como já decidiu, por unanimidade, este Tribunal ao enfrentar a questão no PAT nº 20122900200104, em grau de Recurso Especial nº 073/2018 (Acórdão nº 012/20/CÂMARA PLENA/TATE/SEFIN), tendo em vista ser mais benéfica ao sujeito passivo, já que este se beneficia do princípio da espontaneidade até a ciência do auto de infração, não se aplicando ao caso sob exame, assim, os Acórdãos do TATE nº 25 e 79 de 2019 da 2ª Câmara e o de nº 129 de 2017 da 1ª Câmara, uma vez que não houve ofensa ao art. 65-V da Lei 688/96, ou divergência do objeto da DFE, nos termos do art. 3º-§4º da IN nº 11/2008/GAB/CRE, assim como também, não se vislumbrou quaisquer ofensas aos arts. 142 e 196 do CTN, 100 Lei 688/96, Anexo XII do RICMS-RO e à IN 011/2008.

Quanto à segunda tese na qual alega que a penalidade do art. 77-V-a-4 da Lei 688/96 teria caráter confiscatório, também não procede, primeiro porque não ocorreu aplicação de multa superior ao valor da operação, como afirmado pela Defendente ao colacionar a jurisprudência do STF (RE 754.554-GO), e nem tampouco se trata de multa acessória em UPF, à qual se refere o Acórdão nº 244/20/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN, mas incidiu um percentual sobre o valor do imposto atualizado (art. 77-V-a-4 da Lei 688/96), sendo oportuno ressaltar que o entendimento do STF é no sentido de que possui natureza confiscatória a multa por

infração à legislação tributária que ultrapassa o montante do próprio tributo devido, o que não é o caso (Precedentes do STF, ARE 938538), a despeito do argumento de suposto efeito de confisco da multa aplicada.

A terceira tese (que lhe teria sido negado usufruir da legislação pertinente ao FISCONEFORME para se auto regularizar) também deve ser afastada, haja vista que não é aplicável à hipótese dos autos por se tratar de fato gerador de **2016**, ou seja, anterior à entrada em vigor do Decreto nº **23.856/2019** que instituiu o FISCONEFORME, e como se trata de norma processual, no tempo, tem validade geral e posterior, nos termos do art. 6º da LINDB.

E em relação à alegação de incompetência do Estado de Rondônia na fixação de índices de correção monetária em percentuais superiores à Selic, estabelecida pela União para o mesmo fim, também não tem acolhimento, tendo em vista que a atualização monetária, assim como os juros moratórios utilizados pelo autuante na constituição do crédito tributário até 31.01.2021, seguem as prescrições do art. 46 e 46-A da Lei 688 (Lei do ICMS), respectivamente, à época vigente, à qual o corpo de auditores fiscais estão vinculados, e este Tribunal não pode negar a aplicação de lei ou de ato normativo emanado do Governo de Rondônia, Secretário de Estado de Finanças ou do Coordenador da Receita Estadual (art. 16-II da Lei nº 4.929/2020), porém, deve-se ressaltar que na planilha “**Cálculo da diferença de ICMS-ST não paga**”, parte integrante do presente auto de infração, na diferença não paga apurada de ICMS/ST no valor de **R\$ 69.753,66**, a partir de 01.02.2021, o autuante contemplou juros+**Selic**, em função da nova redação dada ao art. 46-A da Lei 688/96, promovidas pela Lei 4.942/2021, não havendo, portanto, que se falar em nulidade ou ilegalidade dos lançamentos feitos na constituição do crédito tributário.

Pois bem, superadas as preliminares de nulidade trazidas à baila pelo sujeito passivo, após a análise dos autos, relativamente às alegações de mérito, verifica-se que razões não lhe assistem, pelos motivos a seguir aduzidos.

As alegações de mérito da defesa não se prestam para afastar o auto de infração, como no caso de ilegitimidade passiva, considerando que como o sujeito passivo era detentor do Termo de Acordo celebrado através do Regime Especial nº 044/2016 (que vencia em 31/01/2019), **o qual atribuía a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto ao adquirente da mercadoria**, em lugar do alienante, **nas operações com a mercadoria “ração tipo pet para animais domésticos” sujeita à tributação por substituição tributária**, mostram-se descabidas as alegações em sentido contrário, bem como as jurisprudências colacionadas pela defesa, **por motivo de não ocorrência de hipótese de ilegitimidade passiva**, ou seja, conforme se depreende do RELATORIO DE ENCERRAMENTO DA AÇÃO FISCAL Nº 20201201200091, anexo ao presente PAT, até 31/01/2019, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto era da autuada, a qual era a adquirente da mercadoria, conforme Termo de Acordo celebrado através do Regime Especial nº 044/2016.

Ressalte-se que embora tais lançamentos tenham sido realizados pelo Posto Fiscal de

entrada do Estado de Rondônia, inclusive o complemento da substituição tributária referente à MVA específica de mercadorias destinadas a ALCGM, como observado pela defesa (art. 98-D-E-F do antigo RICMS-RO), **alguns deles indevidos ou contendo incorreções de cálculo na apuração do ICMS-ST**, conforme atesta o citado Relatório, por força do art. 98-G-§7º do antigo RICMS/RO, necessário se faz a **correção de ofício desses lançamentos**, *in verbis*:

*Art. 98-G. Os lançamentos realizados na forma do artigo 98-E deste Regulamento, bem como os **lançamentos indevidos ou com incorreções**, somente serão baixados ou corrigidos mediante apresentação de contestação, pelo contribuinte, por meio de processo eletrônico disponível no Portal do Contribuinte da SEFIN na internet, no endereço eletrônico www.sefin.ro.gov.br. (AC pelo Dec. 18426, de 10.12.13 – efeitos a partir de 1º.07.14)*

(...)

*§ 7º. Tratando-se de **lançamentos indevidos ou com incorreções**, o **fisco** poderá efetuar as baixas ou **correções de ofício**. (G.n.)*

Quanto às alegações de uso de cálculo dos juros de mora com base na SELIC, bem como a aplicação do FISCONFORME ao caso concreto, estes pontos já foram enfrentados nas preliminares.

Em relação às notas fiscais 459146 e 173759, alegando que já havia pago o imposto, analisando as notas fiscais do item 07 a 741 de 2016, objeto da autuação da planilha “**Cálculo da diferença de ICMS-ST não paga**”, parte integrante do presente auto de infração, tais numerações não constam como descritas na aludida planilha, e em relação ao exercício fiscalizado de **2016**, está bem evidente na citada planilha que o auditor autuante aplicou a MVA ajustada considerando o percentual de **76,97%**, e não 76,96%, não havendo, desse modo, qualquer indefinição ou inconsistência que venha tornar incerto quaisquer cobranças, como declinado pelo sujeito passivo, estando, portando, corretos os lançamentos efetuados pelo autuante, sem reparos a fazer.

Dessa forma, em vista dos fatos e das provas acostadas que comprovam a materialidade da infração imputada, e considerando, ainda, que o sujeito passivo **expressamente reconheceu** em sua defesa **que o valor do imposto cobrado, de fato, é devido**, decido pela procedência do presente auto de infração.

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** o auto de infração e **DEVIDO** o crédito tributário de R\$ 262,896,88, devendo o mesmo ser atualizado na 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 e

conseqüente execução fiscal.

Porto Velho, 25/01/2022.

Elder Basílio e Silva

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

Elder Basílio e Silva, Auditor Fiscal, Data: **25/01/2022**, às **6:5**.

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