



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

SUJEITO PASSIVO: *RONNYE TELES VOLLBRECHT ME*

ENDEREÇO: *AVENIDA AMAZONAS, 2405 - NOVA PORTO VELHO - PORTO VELHO/RO - CEP: 76820-163*

PAT Nº: *20222700100255*

DATA DA AUTUAÇÃO: *29/09/2022*

CAD/CNPJ: *23.096.053/0001-53*

CAD/ICMS: *00000004383141*

DECISÃO IMPROCEDENTE Nº: 2023/1/1/TATE/SEFIN

1) Auto de infração lavrado por acusação de apropriação de créditos vinculados a produtos abrangidos por substituição tributária, já tributados anteriormente. 2) Defesa tempestiva. 3) Infração ilidida. Apesar da ocorrência dos fatos, o sujeito passivo promoveu saídas e escriturou com débito do ICMS os produtos alvos da ação fiscal, inclusive com valores superiores ao que fora lançado pelo auto de infração. 4) Auto de infração improcedente.

1. RELATÓRIO

Decorrente de Designação de Fiscalização de Estabelecimento (DFE), a ação fiscal lavrou auto de infração por conta de o sujeito passivo ter se apropriado de créditos de ICMS referente a produtos que tiveram tributação antecipada por substituição tributária, com encerramento da tributação, que significa que na saída dos mesmos não há débito do imposto.

Como descrito no auto, os créditos destacados nos documentos fiscais de entrada já foram apropriados quando do lançamento do ICMS antecipado, sendo indevido novo procedimento de creditamento. Por este motivo, constituiu-se o crédito tributário, com base no imposto apropriado indevidamente, com os acréscimos de atualização monetária e juros, além da penalidade devida pela infração.

O auto de infração foi assim constituído:

ICMS R\$ 9.403,38

MULTA R\$ 10.927,87

JUROS R\$ 2.096,18

AT. MONETÁRIA R\$ 2.738,70

TOTAL R\$ 25.166,13

Foram capituladas a infração pelas citações do artigo 77, inciso V, alínea a-1 da Lei 688/1996 e artigos 34, 35 e 36 da mesma Lei. E a multa vinculada à infração descrita pelo artigo 77, inciso V, alínea a-1 da Lei 688/1996.

2. ARGUIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

2.1 – Questionamento da incidência da substituição tributária

A defesa indica que para a validade da substituição tributária é imprescindível que se tenha Convênio ou protocolo autorizativo dessa modalidade de cobrança de tributo. Citando o Convênio ICMS 142/2018:

“A adoção do regime de substituição tributária nas operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelas unidades federadas interessadas.”

Referente ao caso, sustenta a defesa que *“as mercadorias não são ST no estado de Rondônia”*, daí a impropriedade da lavratura do auto de infração.

Aprofunda o caso informando que as mercadorias tidas como sendo de substituição tributária tiveram origem no Estado do Paraná e, por inexistir Convênio ou Protocolo entre PR e RO, não há incidência da substituição tributária, tal como pretendida pelo auto de infração. Transcreve, confirmando seus dizeres, nota fiscal exemplificativa de uma das operações interestaduais que supostamente seriam abrangidas pela substituição tributária, na qual inexistente cálculo ou retenção de ICMS devido por esta modalidade de tributação.

Ainda, coadunando seu raciocínio, chama a atenção para os CFOP's das notas fiscais que acobertaram a entrada das mercadorias no estabelecimento do sujeito passivo (6102 ou 5102) que indicam se tratar de vendas não submetidas à substituição tributária, bem como a escrituração dessas operações na EFD, com o CFOP 2102, que também indicam para o afastamento da substituição tributária e em harmonia com o creditamento do ICMS decorrente dessas entradas.

2.2 – Da saída tributada (com débito de ICMS) das mercadorias tidas como de incidência da substituição tributária nas entradas

A defesa demonstra que os produtos tidos como de substituição tributária pela ação fiscal tiveram saídas promovidas pelo estabelecimento do sujeito passivo com débito de ICMS, apresentando exemplificadamente algumas dessas ocorrências.

Com base nisso, por coerência e justiça, reclama para que, sendo feita a glosa dos créditos que se pretende pelo auto de infração, de forma igualitária deveriam ter sido feito os estornos de débitos referentes às saídas tributadas dos mesmos produtos. Não se pode tributar duplamente o mesmo produto que teve apenas uma saída do estabelecimento do sujeito passivo.

Pede que, caso prevaleça a acusação acerca da impossibilidade de creditamento do ICMS questionado pela ação fiscal, que seja abatido do valor o imposto lançado a débito pelas saídas que, no caso, deveriam ter sido feitas sem nenhuma tributação.

2.3 – Utilização de atualização monetária com índice superior à SELIC

A defesa se contrapõe aos juros e atualização monetária lançados no auto de infração, apresentando tabela onde indica as distorções nos cálculos feitos pela ação fiscal

Reclama que a valoração dos acréscimos de juros e atualização monetária utilizados na composição do lançamento do auto de infração foi superior ao que se impõe pela legislação federal, o que contraia decisão do STF.

Dito pela defesa (STF):

Tal posicionamento foi fixado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (“ADI”) n. 442. No caso em comento, questionava-se a legislação estadual que fixava parâmetros de atualização superior àquele da União. O acórdão da lavra do Ministro Relator Eros Grau dispõe que a legislação estadual será compatível com a CF/88 “[...] desde que o fator de correção adotado pelo Estado-Membro seja igual ou inferior ao utilizado pela União”.

E também:

TESE N. 1062 – Os estados-membros e o Distrito Federal podem legislar sobre índices de correção monetária e taxas de juros de mora incidentes sobre seus créditos fiscais, limitando-se, porém, aos percentuais estabelecidos pela União para os mesmos fins.

2.4 – Multa confiscatória

Apesar de intitulada como sendo um questionamento acerca do alegado efeito confiscatório da multa, o que escreve a defesa é que, por conta da elevação indevida da atualização monetária, o valor da multa foi majorado irregularmente, já que a aplicação da penalidade se deu sobre o valor do tributo atualizado.

Por fim, pede: 1) que o auto de infração seja julgado nulo por conta da inexistência de Convênio ou Protocolo que autorize a cobrança da substituição tributária sobre os produtos arrolados pela ação fiscal; 2) subsidiariamente, caso prevaleça a irregularidade apontada pelo auto, que sejam estornados os débitos oriundos das saídas das mercadorias tidas como sendo de substituição tributária; 3) que sejam ajustados os valores de juros atualização monetária e multa.

3 FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

3.1 – Questionamento da incidência da substituição tributária

Apesar de pouco didática a redação legislativa que rege a substituição tributária, não assiste razão à defesa.

Os produtos indicados na ação fiscal como sendo de abrangência de tributação pela modalidade de substituição tributária estão classificados na Tabela XX da Parte 2 do Anexo VI do RICMS/RO (PRODUTOS ELETRÔNICOS, ELETROELETRÔNICOS E ELETRODOMÉSTICOS), no

item 99: Lavadora de alta pressão e suas partes.

E na Parte 3 do Anexo VI, apresentam-se as unidades da federação signatárias da inserção dos PRODUTOS ELETRÔNICOS, ELETROELETRÔNICOS E ELETRODOMÉSTICOS como sendo pertinentes à substituição tributária. No caso, Rondônia aparece como signatária.

Tal como dito pela defesa, os produtos com essa classificação, oriundos do estado do Paraná e destinados a Rondônia devem possuir Protocolo ou Convênio entre os estados remetente e destinatário para que se obrigue o pagamento por substituição tributária com responsabilidade atribuída ao remetente. No entanto, dito pelo Regulamento do ICMS, temos:

Art. 12. *O contribuinte remetente que promover operações interestaduais destinadas ao Estado de Rondônia com bens e mercadorias especificados em convênio ou protocolo que disponha sobre o regime de substituição tributária será o responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e recolhimento do imposto relativo às operações subsequentes devido a este Estado, mesmo que o imposto tenha sido retido anteriormente. (Convênio ICMS 142/18, cláusula oitava) (Lei 688/96, art. 24-A, § 2º, inciso I)*

§ 1º. A responsabilidade prevista no caput aplica-se também ao imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna de Rondônia e a alíquota interestadual incidente sobre as operações interestaduais com bens e mercadorias especificados em convênio ou protocolo que disponha sobre o regime de substituição tributária, quando destinados ao uso, consumo ou ativo imobilizado do destinatário neste Estado.

§ 3º. Na hipótese do caput e do § 1º, quando não houver convênio ou protocolo, o destinatário, inclusive o varejista, será o responsável pelo pagamento do imposto devido ao Estado de Rondônia por antecipação com encerramento de fase de tributação, inclusive em relação ao diferencial de alíquotas.

De fato, não houve retenção do ICMS por parte do remetente das mercadorias, já que inexistente Protocolo ou Convênio com essa determinação. Contudo, foram feitos os lançamentos do imposto devido por substituição tributária quando da entrada das mercadorias no território rondoniense, através do Posto Fiscal (fato comprovado por este julgador – lançamento SITAFE juntado ao e-Pat). Salienta-se que no procedimento de cálculo do ICMS lançado por substituição tributária (que na realidade representa uma antecipação de tributação com encerramento da fase de tributação), o crédito tributário destacado no documento de origem foi concedido para abatimento do débito gerado. Pelos fatos, as entradas das mercadorias deveriam ser registradas sem o creditamento do imposto e as saídas posteriores das referidas mercadorias deveriam ocorrer sem débito de ICMS. Ou seja, os produtos foram tratados pelo fisco como sendo abrangidos pela substituição tributária.

3.2 – Da saída tributada (com débito de ICMS) das mercadorias tidas como de incidência da substituição tributária nas entradas

A abordagem da defesa é relevante, dado que não seria justo que se excluíssem os créditos de entrada de mercadorias (com a justificativas de as saídas se darem por documentos fiscais sem débito de imposto) com o conhecimento da ocorrência das saídas com débito de imposto promovidas, mesmo que indevidamente, pelo sujeito passivo.

Quanto aos fatos, este julgador acessou as notas fiscais modelo 65 (NFCe), emitidas pelo sujeito passivo no período abrangido pela fiscalização, e constatou que, de fato, houve a saída dos produtos que tiveram a cobrança antecipada do tributo acobertada por documentos fiscais que tiveram destaque do ICMS referente às operações. Além disso, constatou-se, também, que os referidos documentos tiveram registros com débito da operação escriturados nas EFDs do contribuinte.

Continuando na análise dos fatos, este julgador constatou que o débito do ICMS lançado nas notas fiscais de saída das mercadorias, comparado com o valor do tributo lançado no auto de infração, foi superior em mais de 30% (margem de agregação utilizada para o cálculo do ICMS devido pelo lançamento antecipado gerado no Posto Fiscal), o que demonstra a inoportunidade de diminuição de tributo vinculado ao procedimento errôneo adotado pela escrituração fiscal do sujeito passivo. Entende o julgador que apesar de indevidos os créditos dos produtos com tributação antecipada cobrada anteriormente pelo fisco, a tributação pela saída desses produtos, com margem de agregação superior ao utilizado para o lançamento de ofício original, afasta o prejuízo ao erário, circunstância que norteia a constituição de crédito tributário decorrente da lavratura de auto de infração.

3.3 - Utilização de atualização monetária com índice superior à SELIC

Assiste razão à defesa.

Pela análise da planilha que detalha a constituição do crédito tributário observa-se que a ação fiscal sequer utilizou a taxa SELIC para a aferição da atualização monetária, valendo-se, tão somente da variação da UPF no período de 2020 a 2022. O correto seria a utilização da UPF apenas até o ano de 2021, sem mais nenhum acréscimo.

E quanto aos juros observa-se que foi utilizada a taxa de 1% ao mês, em todo o período de apuração do crédito tributário, inclusive após fevereiro de 2021, data em que se permite apenas a inserção da taxa SELIC. Por conseguinte, os juros foram superestimados pelos cálculos da ação fiscal.

Outrossim, demonstrada a inoportunidade de falta de pagamento de imposto, sequer haveria que se falar em atualização monetária e juros, já que tais são devidos somente em função de não pagamento (ou pagamento a menor) de tributos.

3.4 - Multa confiscatória

Por ser calculada sobre o valor do tributo atualizado, demonstrado o erro na atualização do imposto, a multa deve ser considerada indevidamente majorada.

Contudo, inconveniente que se faça a diminuição do valor da penalidade lançada pelo auto, já que ficou demonstrado que o valor do débito registrado pelas operações de saídas das mercadorias tratadas pelo fisco como sendo de substituição tributária se deu com margem superior ao que se utilizou na feitura do lançamento original do imposto, o que, repisando, se contrapõe à imposição da aplicação da multa, já que não houve sonegação de tributo decorrente dos fatos.

4. CONCLUSÃO

Nos termos do disposto no inciso IV do artigo 131 da Lei 688/1996, julgo **IM**

PROCEDENTE o auto de infração e **INDEVIDO** o valor de R\$ 25.166,13 referente ao crédito tributário originalmente constituído.

Por se tratar de decisão contrária à Administração Tributária, com importância de valor excluído inferior a 300 UPF's, não interpõe recurso de ofício.

5. ORDEM DE INTIMAÇÃO

Notifique-se o contribuinte da decisão de Primeira Instância.

Anexos:

Planilha Apuração Crédito Tributário

Notas fiscais saída tributadas

Lançamento ST entrada (SITAFE)

Porto Velho, 02 de janeiro de 2023.

RENATO FURLAN

Julgador de 1ª Instância TATE/RO



Documento assinado eletronicamente por:

Renato Furlan, Delegado da 3º DRRE, _____, Data: **03/01/2023**, às **9:40**.

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