



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

PROCESSO : 20192902800026
RECURSO : DE OFÍCIO Nº 1199/2021
RECORRENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.
RECORRIDA : 2ª INSTÂNCIA/TATE/SEFIN.
INTERESSADA : SERGIO ANTONIO DAL POZ DE ALMEIDA GARCIA.
RELATOR : JULGADOR - ROBERTO VALLADÃO ALMEIDA DE CARVALHO
RELATÓRIO : Nº 398/21/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

02 – VOTO DO RELATOR

A autuação ocorreu em razão de o sujeito passivo promover a saída de mercadorias (gado vivo) através da DANFE 1249102, emitida em 17/09/2019, sujeita ao recolhimento do imposto antecipadamente sem apresentar o comprovante de pagamento conforme a legislação. Trata-se de transferência de gado amparada por liminar cuja segurança foi denegada em segunda instância processo 7003328-26.2016.22.0014. Foram indicados para a infringência os art. 57, inciso II, alínea “a” c/c art. 58 ambos do RICMS/RO aprovado pelo Dec. 22721/18 e para penalidade o artigo 77, inciso VII, alínea “b”, item 2 da Lei 688/96.

A autuada foi cientificada pessoalmente em 29/07/2020 conforme fl. 02, apresentou a peça defensiva em 11/08/2020 (fls. 20-37). Posteriormente a lide foi julgada improcedente em 1ª Instância, conforme decisão às fls. 39-41 dos autos. A decisão singular foi notificada ao sujeito passivo via eletrônica por meio do DET em 23/06/2021, conforme fls. 42-45.

O Recurso de Ofício versa sobre a Ação Declaratória de Constitucionalidade ADC – 49, que em 19/04/2021 declarou a inconstitucionalidade dos art. 11, §3, II, art. 12, I no trecho “ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular” e art. 13, §4 todos da LC 87/96 definindo que o deslocamento de mercadoras entre estabelecimentos do mesmo titular não configura fato gerador da incidência do ICMS,



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

ainda que se trate de transferência interestadual. O autuante foi cientificado conforme fls. 46-49 e decidiu não se manifestar sobre a decisão.

É o breve relatório.

02.1 – DA ANÁLISE DOS AUTOS E FUNDAMENTOS DO

VOTO

A exigência fiscal ocorre em razão da constatação de que o sujeito passivo enviou gado vivo para fora do Estado de Rondônia sem recolher o imposto devido. O sujeito passivo foi cientificado da decisão de improcedência da instância singular via DET em 23/06/2021.

O Recurso de Ofício versa sobre a Ação Declaratória de Constitucionalidade ADC – 49, que em 19/04/2021 declarou a inconstitucionalidade dos art. 11, §3, II, art. 12, I no trecho “ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular” e art. 13, §4 todos da LC 87/96 definindo que o deslocamento de mercadoras entre estabelecimentos do mesmo titular não configura fato gerador da incidência do ICMS, ainda que se trate de transferência interestadual. O autuante foi cientificado conforme fls. 46-49 e decidiu não se manifestar sobre a decisão.

O autuante acostou DANFE 1249102, fl.03, DACTE 42334, fl. 04, GTA 581725, fl. 05, Termo de Início de Fiscalização, fl. 06, Protocolo de Entrega de Documentos Fiscais, fl. 07, documento do caminhão e do motorista, fl. 08 e Relatório do Processo 7003328-26.2016.22.0014, fl. 09.

O sujeito passivo trouxe da tempestividade, das infrações, fatos necessários, da suspensão da exigibilidade do tributo e da multa advinda do auto de infração, do mérito, dos fundamentos, da nulidade do auto de infração.

O sujeito passivo apresentou a descrição da infração, a capitulação da infração e da multa.



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

Diz que é pecuarista de rede nacional que trabalha com recria e engorda e informa que tem duas inscrições estaduais no Estado de Rondônia.

Sempre procurou cumprir com todas as obrigações tributárias. Para o exercício de suas atividades nas suas propriedades e arrendamentos, precisa fazer o remanejamento (transferências) destes animais devido às secas prolongadas, pragas biológicas nas pastagens e outras.

Não tendo como comportar o quantitativo do seu gado nestas propriedades/arrendamento ou comodato, fazendo necessário a transferência destes animais para outras propriedades/arrendamentos ou comodato de sua titularidade.

Explica a suspensão do crédito tributário e cita o art. 151 e os incisos III e IV do CTN.

Alega como fundamento que o autuante trouxe que o Processo 7003328-26.2016.22.0014 tem a liminar denegada, porém tem liminar com trânsito em julgado em outro Processo o de 08001.8-2017.8.22.0000 no dia 04/07/2017. Cita a Ementa, explica a decisão e defende o erro material da autuação.

Por fim defende a nulidade da autuação ter outro mandado de segurança com liminar e com trânsito em julgado. Alega vício do ato administrativo no seu objeto forma e motivo.

Não possui as condições de executabilidade forense onde a liquidez e certeza devem e precisam restar provadas, resta nula o auto de infração, devendo tal qualidade lhe ser atribuída pela autoridade administrativa sob pena de lhe ver decretada pelo Poder Judiciário.

No caso em tela, o Superior Tribunal de Justiça - STJ, corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o país, editou a Súmula 166 do STJ, consolidando, no âmbito infraconstitucional, o entendimento de que a operação de transferência não configura fato gerador do ICMS, pois o ICMS incide sobre o negócio jurídico mercantil, ou seja, sobre a transferência de titularidade da mercadoria.



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

Nas operações de transferências e bens, entre estabelecimentos de um mesmo sujeito passivo, inexistente troca de titularidade, logo, a operação está fora do campo de incidência do ICMS:

SÚMULA N. 166.

Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

É de se destacar que o STF, em 14 de agosto de 2020, em Agravo no Recurso Extraordinário – ARE 1.255.885, analisando a matéria, 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.”

Apesar de a Decisão do STF, pelo menos de forma expressa, não estar entre as que vinculam a Administração Pública, trata-se de um precedente que vincula o judiciário, portanto, não se mostra razoável decidir de forma contrária à tese firmada pelo STF, uma vez que já se tem conhecimento que tal decisão será revista no judiciário, logo, ineficiente e ineficaz.

Em 2021, por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar 87/1996 (Lei Kandir) que preveem a ocorrência de fato gerador do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) na transferência interestadual de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte.

A decisão se deu em sessão virtual finalizada, em 16 de abril, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 49, na qual o governo do Rio Grande do Norte buscava a validação da cobrança. Em seu voto, o relator, ministro Edson Fachin, verificou que estavam cumpridas as exigências legais para o processamento da ADC, especialmente a demonstração de existência de controvérsia judicial relevante.



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

Em relação ao mérito, o ministro se pronunciou pela improcedência do pedido, apontando que a jurisprudência consolidada no Tribunal é no sentido de que a circulação física de uma mercadoria não gera incidência do imposto, pois não há transmissão de posse ou propriedade de bens.

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ICMS. DESLOCAMENTO FÍSICO DE BENS DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DE MESMA TITULARIDADE. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR. PRECEDENTES DA CORTE. NECESSIDADE DE OPERAÇÃO JURÍDICA COM TRAMITAÇÃO DE POSSE E PROPRIEDADE DE BENS. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

1. Enquanto o diploma em análise dispõe que incide o ICMS na saída de mercadoria para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular, o Judiciário possui entendimento no sentido de não incidência, situação esta que exemplifica, de pronto, evidente insegurança jurídica na seara tributária. Estão cumpridas, portanto, as exigências previstas pela Lei n. 9.868/1999 para processamento e julgamento da presente ADC.

2. O deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular não configura fato gerador da incidência de ICMS, ainda que se trate de circulação interestadual. Precedentes.

3. A hipótese de incidência do tributo é a operação jurídica praticada por comerciante que acarrete circulação de mercadoria e transmissão de sua titularidade ao consumidor final.

4. Ação declaratória julgada improcedente, declarando a Supremo Tribunal Federal inconstitucionalidade dos artigos 11, §3º, II, 12, I, no trecho "ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular", e 13, §4º, da Lei Complementar Federal n. 87, de 13 de setembro de 1996.

O Supremo Tribunal Federal também concluiu que o deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, por não gerar circulação jurídica, não gera obrigação tributária. A hipótese de incidência do tributo, explicou o ministro Fachin, é a operação jurídica praticada por comerciante que acarrete circulação de mercadoria e transmissão de sua titularidade ao consumidor final. O mero deslocamento entre estabelecimentos do mesmo titular, ainda que se trate de circulação interestadual, não se configura em fato gerador de ICMS, confirmando, assim, o entendimento consolidado daquela Corte.

Desta forma, diante do fato de a declaração de inconstitucionalidade ter sido proferida em ADC, tal decisão produz eficácia contra



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

todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, o que impede a cobrança do ICMS para essa situação – transferência de bens e mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular –, consoante o estabelecido no Art. 102, § 2º, CF/88).

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (sem grifo no original)

Assim, por força do comando constitucional e legal, o Tribunal Administrativo de Tributos Estaduais, deve reconhecer a decisão proferida pelo STF, aplicando o mesmo entendimento em seus julgamentos, nos termos do art. 16, III e § 1º, I e III da Lei n. 4.929/2020 e do art. 90, I, da Lei 688/96:

Art. 16. Não compete ao TATE:

(...)

III - a declaração de inconstitucionalidade, salvo no caso da inconstitucionalidade ter sido proclamada em ação direta de inconstitucionalidade ou tratar-se de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal ou a Assembleia Legislativa tenha suspenso a execução do ato normativo.

(...)

§ 1º O Tribunal poderá aplicar em suas decisões o entendimento resultante de:

I - decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos; e - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e tributária e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e tributária"

(...)



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

Art. 90. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, salvo no caso da inconstitucionalidade ter sido proclamada:

I - em ação direta de inconstitucionalidade;

A Presidência deste Tribunal Administrativo de Tributos Estaduais – TATE, nos termos do artigo 50 do Regimento Interno do TATE, Decreto nº 9157/2000, diante dos vários julgados realizados sobre o tema – transferência de bens e mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular –, com o objetivo de consolidar o entendimento da matéria na esfera administrativa, aprovou a súmula 05/2021.

O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular não configura fato gerador da incidência do ICMS, ainda que se trate de transferência interestadual, ressalvada a cobrança do ICMS diferido porventura incidente em operações anteriores.

Acrescenta-se que este Tribunal já vem, há algum tempo, aplicando este entendimento em seus julgamentos. Cumpre destacar que, além de se buscar uma Administração Gerencial e Eficiente, tal medida se faz necessária pois esse crédito tributário, em razão das decisões proferidas pelo STF, será desconstituído no Poder Judiciário, ocasionando, inclusive, ônus de sucumbência gerando prejuízo para o erário público.

Cabe, entretanto, trazer, que não é posição unânime dos Estados. Por exemplo, em relação ao Fisco Paulista veio à Resposta à Consulta Tributária nº 23938/2021, publicada no último dia 24/09/2021, a SEFAZ – SP se manifestou seu entendimento no sentido de que “enquanto não for proferida a decisão final referente aos embargos de declaração opostos nos autos da ADC 49, permanecerão aplicáveis os dispositivos que preveem a incidência do ICMS nas operações de transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte”.

Para justificar seu posicionamento, a consultoria tributária paulista afirma que a declaração de inconstitucionalidade dos referidos dispositivos foi silente quanto a outros pontos da LC 87/96, o que dificultaria a aplicação da sistemática do ICMS nessas operações, em especial no que tange à não cumulatividade do imposto.



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

Isso porque, em razão da não incidência do ICMS nas operações de transferência, o estabelecimento destinatário das mercadorias não poderia se creditar do imposto, conforme prevê o artigo 20, §1º, da Lei Kandir, o que afetaria o princípio constitucional da não cumulatividade.

Cumprе ressaltar que, além da questão da não cumulatividade, diversos outros pontos relacionados a essa matéria deixaram de ser abordados quando do julgamento da ADC 49, como a sua aplicação nas transferências de produtos sujeitos à substituição tributária e a possibilidade de transferência de créditos de ICMS entre estabelecimentos do mesmo titular. Dessa forma, tendo em vista que todas essas questões foram levantadas em sede de embargos de declaração, entendemos acertada a posição do Fisco paulista ao concluir que o resultado do julgamento da ADC 49 somente poderia ser aplicado após finalizado o processo.

Assim, considerando que o julgamento dos embargos de declaração opostos nos autos da ADC 49, espera-se que todas as lacunas deixadas em aberto sobre esse tema sejam finalmente esclarecidas pelo STF, a fim de que os contribuintes tenham segurança jurídica em como proceder com suas obrigações tributárias/fiscais.

Portanto, com as explicações trazidas acima não existe fato gerador do imposto na operação realizado pelo autuado, pois não houve transferência de titularidade e nem realização de ato de mercancia. Ressaltando que pelo fato de a declaração de inconstitucionalidade ter sido proferida em ADC tal decisão produz eficácia contra todos e efeitos vinculantes, relativamente aos demais órgãos do poder judiciário e administração pública direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal o que impede a cobrança do ICMS para esta situação (art. 102, §2 da CF/88).

Cumprе esclarecer que foi trazido que este gado ter sido adquirido em operação interna com ICMS diferido, este imposto pode ser cobrado.



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

Salienta que, por meio dos autos de infração 20202702800007, 20202702800008 e 20202702800009, o ICMS diferido já foi lançado para os anos de 2018, 2019 e 2020 respectivamente.

Só que ao analisar as notas constantes do auto de infração 20202702800008 do exercício de 2020, a nota fiscal autuada foi retirada da relação da auditoria e por isso o imposto é devido.

As provas trazidas pelo autuante trouxeram a certeza e liquidez ao título executivo. Restou provado que o sujeito passivo não cumpriu a obrigação principal referente ao ICMS diferido relativo à saída de gado do Estado de Rondônia.

Em face de todo o exposto, respeitando os entendimentos em contrário, conheço do Recurso de Ofício interposto para dar-lhe o provimento. Reformo a Decisão proferida em Primeira Instância que julgou improcedente para procedente a autuação fiscal.

Porto Velho-RO, 18 de Agosto de 2022.

Roberto V/A. de Carvalho

AFPE Cad.
RELATOR/JULGADOR

GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE

PROCESSO : Nº 20192902800026
RECURSO : DE OFÍCIO Nº 1199/2021
RECORRENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA : SERGIO ANTONIO DAL POZ DE ALMEIDA GARCIA
RELATOR : ROBERTO VALLADÃO ALMEIDA DE CARVALHO

RELATÓRIO : Nº 398/2021/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO Nº 281/2022/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN

EMENTA : **ICMS/MULTA – BOVINOS VIVOS – ENCERRAMENTO DA FASE DO DIFERIMENTO INTERNO - FALTA DE RECOLHIMENTO DE TRIBUTO - OCORRÊNCIA** – Correta é a autuação fiscal quando se comprova que o sujeito passivo adquiriu no mercado interno de RO bovinos vivos e realizou a saída interestadual, sem o recolhimento do ICMS devido pelo encerramento da fase do diferimento, nos termos da Nota 1, Item 5, Parte II, Anexo III do RICMS-RO - Decreto n. 22721/2018. Conforme o art. 12, IV, da Lei 688/96, a responsabilidade pelo pagamento do imposto é atribuída àquele que realiza a operação de saída, ainda que isenta ou não tributada. Como o imposto lançado não se refere à transferência, mas, sim, ao ICMS diferido, relativo à operação anterior, ficam afastados a aplicação da Arguição de Inconstitucionalidade 2114035-72.2008.8.22.0000 do pleno do TJ-RO, do teor da Súmula 166 do STJ e do posicionamento do STF no Agravo no Recurso Extraordinário n. 1.255.885 de 14/08/2020. Aplicação da regra de exceção da parte final da Súmula 05/2021 do TATE-SEFIN. Infração não ilidida. Reformada a decisão monocrática de improcedência para procedência do auto de infração. Recurso de Ofício Provido. Decisão Unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os membros do **EGRÉGIO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE**, à unanimidade em conhecer do recurso de ofício interposto para dar-lhe provimento reformando-se a decisão a Decisão de Primeira Instância que julgou improcedente para **PROCEDENTE** o auto de infração, conforme Voto do Julgador Relator constante dos autos, que faz parte integrante da presente Decisão. Participaram do Julgamento os Julgadores: Roberto Valladão Almeida de Carvalho, Manoel Ribeiro de Matos Junior, Juarez Barreto Macedo Júnior e Fabiano Emanuel Fernandes Caetano.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINAL

R\$ 19.494,00

***CRÉDITO TRIBUTÁRIO PROCEDENTE DEVE SER ATUALIZADO NA DATA DO SEU EFETIVO PAGAMENTO.**

TATE, Sala de Sessões, 18 de agosto de 2022.

Anderson Aparecido Arnaut
Presidente

Roberto Valladão Almeida de Carvalho
Julgador/Relator