

PROCESSO: 20202700400033
RECURSO: OFÍCIO N.º 1351/21
RECORRENTE: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA: DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS PIARARA LTDA
RELATOR: DYEGO ALVES DE MELO
RELATÓRIO: N.º 391/21/2º INSTÂNCIA/TATE/SEFIN

1.0 RELATÓRIO

1.1 Do Auto de Infração.

Trata-se de Processo Administrativo Tributário com a seguinte Descrição da Infração:

"O sujeito passivo realizou a utilização de crédito de ICMS emitindo Nota Fiscal Eletrônica com CFOP 1603, RESSARCIMENTO DE ICMS, não amparado por documentos fiscais comprobatórios da situação fática, em desacordo a legislação tributária, conforme provas em anexo. ano 2015. Após intimação solicitando a comprovação com documentos que confirmem o direito ao ressarcimento, o auditado não apresentou o solicitado. Além disso, não consta nas respectivas notas fiscais as chaves de acesso das NF-e de aquisição das mercadorias e das NF-e referentes às operações de saída que deram causa o ressarcimento (art. 80, inciso I). Ficando assim, sem dados para conferir os valores de ressarcimento."

A infração tem por Capitulação Legal os artigos 78, § 8.º, 80-A e 80 do RICMS/RO e artigo 77, V, "a", 1 da Lei 688/96. A multa é a prevista no artigo 77, V, "a", item 1, da Lei 688/96, culminou no crédito tributário total no valor de R\$148.017,38.

Art. 77. As infrações e as multas correspondentes são as seguintes:

V - infrações relacionadas ao crédito do ICMS:

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

1.2 Dos autos.

Designação de Fiscalização de Estabelecimento lavrada na data de 09/06/2020 (fl. 122); Termo de Início da Ação Fiscal lavrado no dia 31/08/2020, ciência do sujeito passivo via DET na data de 31/08/2020 (fls.

15 e 16); Relatório Fiscal apresentado na data de 28/09/2020 (fls. 124 a 133); Auto de Infração lavrado na data 28/09/2020, sujeito passivo foi intimado via DET na data de 28/09/2020 (fls. 02 e 04); Termo de Encerramento de Ação Fiscal lavrado na data de 28/09/2020 (fl. 123).

Autor do feito apresentou Manifestação, narra que o sujeito passivo não apresentou todos os documentos solicitados. Indagas se a apresentação dos documentos pode ser realizada após a defesa do sujeito passivo, se os documentos apresentados comprovam o direito de ressarcimento, se a presença em estoque garante o direito ao ressarcimento ou é na saída da mercadoria.

Defesa tempestiva apresentada na data de 26/10/2020 (fls. 14 a 112), o sujeito passivo colaciona as seguintes teses defensivas: **1.** Que decaiu o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário, período maior que 5 anos entre o fato gerador e a ciência do auto de infração, razão de extinção do crédito tributário. **2.** Que tem direito ao crédito tributário objeto da autuação. Narra que as Notas Fiscais autuadas estão classificadas no NCM 17.01.99, operações com açúcar refinado, sujeitas à substituição tributária, e que, realizou operação de saída da mercadoria para adquirentes de outro Estado, está autorizada o ressarcimento do imposto debitado, nos termos do artigo 80-A do RICMS/RO. Apresenta quadro que aduz demonstrar como deram-se as operações de ressarcimento, com notas fiscais de entrada e saída que deram origem ao crédito. **3.** Que a ação fiscal é nula em razão de vício material, dado que é cobrado de forma incorreta o ICMS, a multa e os juros. **4.** Que a multa aplicada tem caráter confiscatório, confrontando o princípio da proibição ao confisco e contrária ao entendimento do Supremo Tribunal Federal. **5.** Que os juros de acrescidos de juros de mora, aplicados pelo Estado de Rondônia, são ilegais e confrontam entendimento do Supremo Tribunal Federal.

O Julgador de primeira instância proferiu a Decisão n.º 2021.05.18.03.0073/UJ/TATE/SEFIN, julgou improcedente a ação fiscal.

Sujeito passivo intimado do teor da Decisão na data de 14/07/2021 (fls. 148 e 149).

Autor do feito apresentou Manifestação Fiscal, pugna pela reforma da Decisão de primeira instância.

É o relatório.

2.0 DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

O Auto de Infração foi lavrado pois o sujeito passivo realizou o ressarcimento do ICMS emitindo Nota Fiscal com CFOP 1603, não amparado por documentos fiscais, em desacordo com a legislação. É o entendimento do autor.

A infração foi capitulada nos artigos 78, § 8.º, 80-A e 80, I, II e III do RICMS/RO e artigo 77, V, "a", I da Lei 688/96, dispositivos abaixo transcritos:

Art. 78. Fica atribuída a condição de responsável por substituição (Lei 688/96, art. 12):

§ 8º A restituição ou ressarcimento do imposto quando cobrado sob a modalidade da substituição tributária, se efetivará quando não ocorrer operação ou prestação subsequente à cobrança do mencionado tributo, ou forem as mesmas não tributadas ou não alcançadas pela substituição tributária, sem prejuízo de outras hipóteses elencadas neste Regulamento. (Convênio ICMS 13/97, cláusula primeira, e Lei 688/96, art. 26, § 2º). (NR Decreto 9131, de 12.07.2000)

Art. 80-A. Caso o imposto tenha sido retido por substituição tributária na entrada do Estado ou por qualquer outro motivo não seja possível a utilização do procedimento previsto no artigo anterior, o contribuinte poderá promover, nas hipóteses admissíveis neste Regulamento, o ressarcimento do imposto debitado anteriormente, tanto o retido quanto o destacado na Nota Fiscal que acobertou a operação de que decorreu a entrada da mercadoria, mediante emissão de Nota Fiscal de Entrada, que será lançada no campo "007 – Outros Créditos" do livro Registro de Apuração do ICMS e que terá por natureza da operação: "Ressarcimento de Crédito". (AC Dec 9131, de 12.07.2000)

Art. 80. Nas operações interestaduais, entre contribuintes, com mercadorias já alcançadas pela substituição tributária, o ressarcimento do imposto retido na operação anterior deverá ser efetuado mediante emissão de nota fiscal, exclusiva para esse fim, em nome do estabelecimento fornecedor que tenha retido originalmente o imposto, mencionando, além dos demais requisitos exigidos, os seguintes (Convênio ICMS 81/93, cláusula terceira): (NR Decreto 9131, de 12.07.2000)

I – o número, a série e subsérie e a data do documento fiscal de aquisição da mercadoria;

II – o número, a série e subsérie e a data do documento fiscal referente a operação de saída que der causa ao ressarcimento;

III – o valor do imposto retido, a data e o número da autenticação e a identificação do órgão arrecadador, se tiver o emitente promovido outra retenção do imposto por ocasião da operação de que trata o inciso anterior;

Art. 77. As infrações e as multas correspondentes são as seguintes:

V - infrações relacionadas ao crédito do ICMS:

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

2.1 – Análise dos autos.

O ponto controvertido dos autos, é o ressarcimento de crédito do ICMS através da emissão de Nota Fiscal CFOP 1603, Ressarcimento de ICMS, que entende o Autor ter o sujeito passivo realizado em contrário ao previsto na legislação.

O sujeito passivo juntou aos autos diversos documentos fiscais que comprovam (fls. 45 a 130) ter realizado operações interestaduais com as mercadorias beneficiárias da substituição tributário, ainda assim, a análise não se esgota neste ponto.

Tendo realizado o ressarcimento na forma da lei, através da emissão de Nota Fiscal exclusiva para esse fim, em próprio nome, atende ao *caput* do artigo 80 do RICMS, *in verbis*:

Art. 80. Nas operações interestaduais, entre contribuintes, com mercadorias já alcançadas pela substituição tributária, o ressarcimento

do imposto retido na operação anterior deverá ser efetuado mediante emissão de nota fiscal, exclusiva para esse fim, em nome do estabelecimento fornecedor que tenha retido originalmente o imposto, mencionando, além dos demais requisitos exigidos, os seguintes (Convênio ICMS 81/93, cláusula terceira): (NR Decreto 9131, de 12.07.2000)

Não obstante ter comprovado o direito ao crédito, o que faz através das Notas Fiscais de Ressarcimento (NF's 121788, 124231, 126015, 127857 e 130333), vislumbro que os referidos documentos estão em desacordo com os incisos I, II e III do artigo 80 do RICMS/RO, já citado.

I – o número, a série e subsérie e a data do documento fiscal de aquisição da mercadoria;

II – o número, a série e subsérie e a data do documento fiscal referente a operação de saída que der causa ao ressarcimento;

III – o valor do imposto retido, a data e o número da autenticação e a identificação do órgão arrecadador, se tiver o emitente promovido outra retenção do imposto por ocasião da operação de que trata o inciso anterior;

Desta forma, entendo que de fato o sujeito passivo tem direito ao crédito objeto do ressarcimento, ainda assim, fica resguardado o direito do fisco de apurar a irregularidade exposta, ilícito relacionado à emissão de documentos fiscais, previsto no artigo 77, VIII, "g", da Lei 688/96.

Art. 77. As infrações e as multas correspondentes são as seguintes:

VIII - infrações relacionadas a documentos fiscais, inclusive eletrônicos:

g) emitir ou utilizar documento fiscal em desacordo com o previsto na legislação tributária, excetuadas as hipóteses que implicarem considerá-lo inidôneo e as previstas nos itens 3 e 5 da alínea "b" deste inciso - multa de 10 (dez) UPF/RO por documento;

De tal maneira, fica resguardado o direito do Autor de realizar nova autuação fiscal para apurar o fato acima mencionado, observando-se o devido processo legal e prazos decadenciais e prescritivos.

Neste sentido, temos ainda que esclarecer questões arguidas pelo Autor em sede de Manifestação Fiscal (fls. 153 a 157).

Indaga se o documento não apresentado no período de auditoria (durante a fiscalização) poderia ser apresentado durante a defesa (no decorrer do processo administrativo).

Ora, de plano que sim, ressalvado ainda, mesmo que não apresentada durante o processo administrativo, o direito de apresentá-la em processo judicial. Sobre a produção de provas, os artigos 434 e 435 do Código de Processo Civil:

Art. 434. Incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações.

Art. 435. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.

O Autor indaga se os documentos apresentados comprovam o direito ao ressarcimento.

Sim, de fato os documentos apresentados pelo sujeito passivo, sobretudo as Notas Fiscais (fls. 45 a 103), comprovam que realizou operações venda de mercadorias para outros Estados da Federação, Acre e Brasília.

Por final, indaga se a presença no estoque (presumo que seja de mercadorias) garante o direito ao ressarcimento ou este é apenas na saída da mercadoria.

O direito ao ressarcimento, análogo ao caso dos autos, dá-se pois o sujeito passivo adquiriu mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e, no entanto, foram revendidas para outro Estado da Federação, sendo o vendedor (sujeito passivo) detentor do direito de ressarcimento do crédito.

Diante o exposto, voto no seguinte teor.

3.0 CONCLUSÃO DO VOTO

Nos termos do artigo 78, II, do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo Tributário – TATE, aprovado pelo Decreto n.º 9.157, de 24 de julho de 2000, por tudo que consta nos autos, conheço do Recurso de Ofício interposto, para ao final negar-lhe provimento, mantendo a Decisão de Primeira Instância que julgou **IMPROCEDENTE** a ação fiscal, assim, declaro **INDEVIDO** o crédito tributário no valor total de R\$148.017,38.

É como voto.

~~Porto~~veiro/RO, 05 de abril de 2023.

~~DYEGO~~ ALVES DE MELO

~~Relator~~/Julgador

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

PROCESSO : Nº 20202700400033
RECURSO : OFÍCIO N.º 1351/21
RECORRENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA : DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS PIARARA
RELATOR : JULGADOR – DYEGO ALVES DE MELO

RELATÓRIO : Nº 0391/22/1.ª CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO Nº 078/2023/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

EMENTA : ICMS – APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL -
RESSARCIMENTO SEM COMPROVAÇÃO DO DIREITO –
INOCORRÊNCIA – Sujeito passivo apresentou documentos fiscais em
sede de defesa comprovando o direito ao ressarcimento (págs. 45 a 103),
em razão da realização de operações interestaduais com mercadorias
sujeitas ao regime de substituição tributária, na qualidade de contribuinte
substituído. Nota Fiscal emitida conforme artigo 80, *caput*, do RICMS/RO
(Dec. 8321/98). Infração ilidida. Recurso de Ofício desprovido. Mantida a
Decisão de Primeira Instância que julgou improcedente o auto de infração.
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 interposto para negar-lhe provimento, mantendo a decisão
de Primeira Instância que julgou **IMPROCEDENTE** a ação fiscal, conforme Voto do Julgador
Relator Dyego Alves de Melo acompanhado pelos julgadores Leonárdo Martins Gorayeb,
Reinaldo do Nascimento Silva e Amarildo Ibiapina Alvarenga.

TATE, Sala de Sessões, 05 de abril de 2023

~~Anderson Aparecido Arnaut~~
Presidente

~~Dyego Alves de Melo~~
Julgador/Relator