

PAT: 20202906300605

RECURSO: VOLUNTÁRIO Nº 1279/2021

RECORRENTE: FARMINA PET FOODS BRASIL LTDA

RECORRIDA: 2ª INSTÂNCIA/TATE/SEFIN / FAZENDA PÚBLICA

RELATOR: MANOEL RIBEIRO DE MATOS JÚNIOR

RELATÓRIO Nº: 382/2022/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN

### VOTO DO RELATOR

A empresa já qualificada nos autos foi autuada, sob acusação de promover a saída de mercadorias através das notas fiscais de Nº. 67.663 e 67.664, sujeitas ao Instituto da Substituição Tributária recolhimento do ICMS/ST, antecipadamente, promovendo pagamento do ICMS contendo erro na determinação da base de cálculo e conseqüentemente na apuração do imposto.

A infração foi capitulada no artigo 57, II, "d", c/c art. 14, I, "b", item 3 e art. 16, I da Parte 1 do Anexo VI; Art. 2º, I e XVI, todos do RICMS/RO (dec. 22.721/18). A penalidade foi tipificada no artigo 77, IV, "a", item 4, da Lei nº 688/96.

O Crédito Tributário está assim constituído:

Tributo 17,5%:	R\$ 28.821,67
Multa 90%:	R\$ 25.939,50

Valor do Crédito Tributário: R\$ 54.761,17 (cinquenta e quatro mil setecentos e sessenta e um reais e dezessete centavos).

O Sujeito Passivo foi intimado via AR (fls. 18) apresentou Defesa Administrativa tempestiva (fls. 20/26), o Julgador Singular, através da Decisão de 1ª Instância sob o nº 2021.05.06.01.0048/UJ/TATE/SEFIN/RO (fls. 48/50) decidiu pela procedência da ação fiscal e, declarou devido o crédito tributário descrito na inicial; Consta ciência do sujeito passivo (fls. 51), e apresentou Recurso voluntário em 22/08/2021 (fls. 53/63). Consta Relatório deste Julgador (fls. 64/66).

Em razão do Recurso Voluntário interposto, após análise das peças constitutivas deste feito, passo as seguintes considerações:

TATE/SEFIN  
Fls. nº 68

A ação fiscal foi baseada na acusação de promover a saída de mercadorias através das notas fiscais de Nº. 67.663 e 67.664, sujeitas ao Instituto da Substituição Tributária recolhimento do ICMS/ST, antecipadamente, promovendo pagamento do ICMS contendo erro na determinação da base de cálculo e conseqüentemente na apuração do imposto.

O sujeito passivo alega em sua defesa, assim como no Recurso Voluntário, que houve erro na aplicação da penalidade ao lavrar a multa da presente autuação em 90%, quando deveria ter sido aplicado o percentual de 5% sobre a operação, por ter existido erro na retenção do imposto de substituto tributário. Alega afronta ao princípio da legalidade por entender que Decreto não pode dispor sobre determinação de base de cálculo de ICMS, que deveria ser de competência de Lei ordinária.

O Julgador Singular entendeu pela procedência da ação fiscal, por entender que os produtos eram sujeitos a substituição tributária e que o pagamento correspondente deveria ter sido feito antes do início da operação, bem como considerou correta a aplicação da penalidade por se referir a erro na determinação da base de cálculo.

Das provas que compõem os autos observa-se que, no tocante a exigência do imposto, esta se encontra em conformidade com a capitulação legal descrita no Auto de Infração, bem como o sujeito passivo não trouxe aos autos provas que pudessem ilidir a sua exigência. Até porque, em sua defesa assume que recolheu imposto a menor do que deveria. Deve ser mantida a exigência do imposto – diferença a recolher, bem como deve ser desconsiderada a alegação de afronta ao princípio da legalidade, uma vez que a base de cálculo do ICMS vem devidamente regulamentada no Decreto 22.721/2018, cuja disciplina deve ser observada e cumprida. Assim sendo, quaisquer matérias sobre inconstitucionalidade ou ilegalidade de normas não é competência deste Tribunal.

Em relação ao mérito, há que se fazer uma análise a respeito da penalidade aplicada, uma vez que o juiz singular acatou o dispositivo apontado pelo autuante, onde aplica 90% de multa sobre o valor do imposto. Todavia, deve ser observado que o caso se trata não apenas de pagamento a menor do tributo, mas também sobre

recolhimento pelo remetente de ICMS Substituição Tributária, o que nos remete a análise do art. 77, IV, senão vejamos:

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

*(...)*

*IV - infrações relacionadas ao pagamento, retenção ou apuração do ICMS:*

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

*1. do valor do imposto não pago, por deixar de pagá-lo ou contribuir para que o sujeito passivo deixe de pagá-lo, mediante ação ou omissão que resulte na falta de pagamento, nas hipóteses para as quais não haja previsão de penalidade específica;*

*(...)*

*4. do valor do imposto apurado a menor em documento fiscal que contenha erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração do imposto; e*

*(...)*

***k) multa de 5% (cinco por cento) do valor da operação, ao remetente substituto tributário que não efetuar a retenção do imposto ou efetuar a retenção a menor, não podendo ser inferior a 10 (dez) UPF/RO.***

No caso em questão, por se tratar de substituição tributária, deve prevalecer a regra que melhor se adequa ao caso concreto, bem como, como base no art. 112, CTN, aplicar a penalidade menos gravosa ao contribuinte, sendo, nesse caso o correspondente à alínea "k" – 5% do valor da operação.

Ressalte-se, ainda, que o mero erro na capitulação da multa não gera nulidade do auto de infração, podendo este Julgador fazer uso da disciplina do art. 108 da Lei 688/96, para recapitular o dispositivo da penalidade, alterando-se do artigo 77, IV, "a", item 4, para artigo 77, IV, "k" da Lei nº 688/96.

Deste modo, é correto aplicar a multa de 5% sobre o valor da operação, suprimindo dos cálculos a diferença que já havia sido recolhida pelo contribuinte. Assim sendo, para aplicar corretamente o crédito tributário, é necessário a recomposição dos cálculos, suprimindo o imposto pago e mantendo o devido na apuração da base de cálculo da multa e orientar pela parcial procedência, mantendo-se a aplicação de 5% de multa em cima do valor da operação.

Desta feita, necessário fazer a comparação em Planilha da mudança do Crédito Tributário, recalculando o crédito tributário exigido, diante das comprovações realizadas, devendo ser abatido do valor principal o ICMS/ST a parte não recolhida, conforme apurado nas planilhas abaixo transcritas:

REFAZIMENTO PLANILHA DO AUTO DE INFRAÇÃO						
NFE	VR. TOTAL	MVA	ICMS	CRÉDITO	ICMS RECOLHIDO	ICMS A RECOLHER
		76,96	17,5			
67664	R\$ 108.572,60	R\$ 192.130,07	R\$ 33.622,76	R\$ 7.600,00	R\$ 7.101,25	R\$ 18.921,51
67663	R\$ 75.071,03	R\$ 132.845,69	R\$ 23.248,00	R\$ 8.437,70	R\$ 4.910,06	R\$ 9.900,24
	R\$ -	R\$ -	R\$ -	R\$ -	R\$ -	R\$ -
<b>TOTAIS</b>	<b>R\$ 183.643,63</b>	<b>R\$ 324.975,77</b>	<b>R\$ 56.870,76</b>	<b>R\$ 16.037,70</b>	<b>R\$ 12.011,31</b>	<b>R\$ 28.821,75</b>
					ICMS DO AUTO	R\$ 28.821,67
					<b>MULTA 90%</b>	<b>R\$ 25.939,50</b>

## CÁLCULO DA MULTA PELO ART. 77, IV, "K"

ICMS A RECOLHER	R\$ 28.821,67	[A]
BASE DE CÁLCULO TOTAL	<b>R\$ 324.975,77</b>	<b>[B]</b>
ICMS RECOLHIDO	R\$ 12.011,31	[C]
B.C. PROPORC. AO ICMS RECOLHIDO $[D] = [B] * [C] / [A]$	R\$ 135.432,29	[D]=
B.C. PROPORCIONAL RELATIVA A MULTA = $[B] - [D]$	R\$ 189.543,48	
MULTA DE 5% SOBRE A BASE DE CÁLCULO SEM RECOLHIMENTO	R\$ 9.477,17	

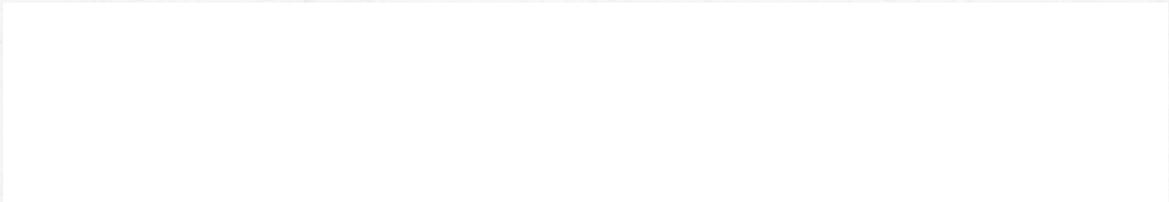
NOVO CRÉDITO TRIBUTÁRIO			
	(A)	(B)	(C)=(A)-(B)
	AUTO DE INFRAÇÃO	VALOR DEVIDO	VALOR INDEVIDO
TRIBUTOS	R\$ 28.821,67	R\$ 28.821,67	R\$ -
MULTA	R\$ 25.939,50	R\$ 9.477,17	R\$ 16.462,33
JUROS	R\$ -	R\$ -	R\$ -
A.MONET.	R\$ -	R\$ -	R\$ -
<b>TOTAL</b>	<b>R\$ 54.761,17</b>	<b>R\$ 38.298,84</b>	<b>R\$ 16.462,33</b>

Valor do novo Crédito Tributário: R\$ 38.298,84 (trinta e oito mil, duzentos e noventa e oito reais e oitenta e quatro centavos), que deverá ser atualizado na data do seu efetivo pagamento.

Por todo o exposto e mais que dos autos constam, **CONHEÇO DO RECURSO VOLUNTÁRIO** interposto para **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, devendo ser reformada a Decisão Singular de **PROCEDENTE** para **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o auto de infração.

É O VOTO.

Porto Velho, 09 de fevereiro de 2023.



**MANOEL RIBEIRO DE MATOS JUNIOR**  
**Relator/Julgador/2ªInst/TATE/SEFIN/RO**

TATE  
Julgado em sessão do  
Dia

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

**PROCESSO** : Nº 20202906300605  
**RECURSO** : VOLUNTÁRIO Nº 1279/2021  
**RECORRENTE** : FARMINA PET FOODS BRASIL LTDA  
**RECORRIDA** : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RELATOR** : JULGADOR - MANOEL RIBEIRO DE MATOS JÚNIOR

**RELATÓRIO** : Nº 382/2022/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN

**ACÓRDÃO Nº 008/2023/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN**

**EMENTA** : ICMS/MULTA – ICMS/ST ANTECIPADO – ERRO DA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO – PAGAMENTO A MENOR - OCORRÊNCIA – No tocante a exigência do imposto, esta se encontra em conformidade com a capitulação legal. Quanto a penalidade, deve ser observado que o caso se trata não apenas de pagamento a menor do tributo, mas também sobre recolhimento pelo remetente de ICMS Substituição Tributária, razão pela qual deve ser aplicada a penalidade conforme art. 77, IV, “k”, da Lei 688/96, referente a multa de 5% sobre o valor da operação, com base no art. 112, CTN, norma mais benéfica ao contribuinte. Recapitulada a penalidade, sob o manto do art. 108 da Lei 688/96, do art. 77, IV, “a” item 4, para art. 77, IV “k” da Lei 688/96. Reformada a Decisão de 1ª Instância de Procedente para Parcialmente Procedente. Infração fiscal parcialmente ilidida. Recurso Voluntário parcialmente provido. Decisão por maioria de votos, 3x1.

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 ao final, no mérito, por maioria, 3x1, dar parcial provimento ao recurso, reformando-se a decisão de Primeira Instância de procedente para **PARCIALMENTE PROCEDENTE**, conforme Voto do Julgador Relator Manoel Ribeiro de Matos Júnior, acompanhado pelos Julgadores Fabiano Emanuel Fernandes Caetano e Juarez Barreto Macedo Júnior. Apresentou voto divergente o julgador Roberto Valadão Almeida de Carvalho.

**CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINAL**

**R\$ 54.761,17**

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

**\*CRÉDITO TRIBUTÁRIO/PARCIAL PROCEDENTE**

**\*R\$ 38.298,84**

TATE, Sala de Sessões, 09 de fevereiro de 2023.