

PROCESSO: 20212700100109
RECURSO: VOLUNTÁRIO N.º 007/2021
RECORRENTE: COIMBRA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR: DYEGO ALVES DE MELO
RELATÓRIO: N.º 0224/23/2ª 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 suso posto se apropriou indevidamente de créditos fiscais de ICMS, uma vez que deixou de realizar estorno creditício segundo determina a legislação tributária, estorno esse decorrente de operação subsequente com imposto inferior ao cobrado na operação anterior.”

A legislação apontada como infringida na capitulação legal é a do artigo 38, IV, da Lei 688/96. A multa está prevista no artigo 77, V, “a”, 1, da Lei 688/96, culminou no crédito tributário total no valor de R\$ 11.782.613,54.

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 Síntese do Processo Administrativo Tributário – PAT.

Auto de Infração lavrado na data de 30/03/2021, ciência do sujeito passivo na data de 14/04/2021 (págs. 01, 63 a 73).

Designação de Fiscalização de Estabelecimento – DFE n.º 20202500100088, emitida na data de 07/12/2020, para fiscalização do período de 01/01/2017 a 31/12/2018, auditoria específica em conta gráfica, tributo ICMS (págs. 03).

Termo de Início de Ação Fiscal n.º 20211100100073, lavrado na data de 04/03/2021, intimando-se o sujeito passivo para apresentar livros e documentos fiscais/contábeis (págs. 05).

Relatório Fiscal apresentado na data de 30/03/2023, foi detectado que o sujeito passivo se apropriou indevidamente de crédito fiscais de ICMS, uma vez que deixou de realizar estorno creditício segundo determinação da legislação tributária, estorno decorrente de operação subsequente com imposto inferior ao cobrado na operação anterior (págs. 07 a 57).

Termo de Encerramento de Ação Fiscal, lavrado na data de 30/03/2021 (págs. 59).

Defesa Administrativa apresentada na data de 13/05/2021, consta breve relato dos fatos, seguido pelas razões abaixo:

- a) Nulidade do Auto – Insegurança na determinação da infração – Cerceamento ao direito de defesa - Desconsiderou o auditor que há um débito no início da cadeia – Erro no levantamento Fiscal.

O auditor considerou o crédito da Nota de Transferência oriunda da filial de Guajará-Mirim, contudo, não se atentou para existência do débito na filial.

Há erro no cálculo efetuado pelo autor, cita por exemplo, no caso da transferência realizada (CFOP 6152), hipótese em que foi estornado o valor de R\$ 3,72.

Deve considerar a cadeia completa, da entrada do produto no Estado de Rondônia, para verificar a ocorrência da infração perseguida.

O cálculo da operação, considerando desde a entrada do produto no Estado de Rondônia, até a transferência para o Estado do

Amazonas, demonstra que a operação subsequente tem valor do imposto superior ao cobrado na operação anterior.

Ao considerar a operação anterior como entrada do produto em Porto Velho, o valor será superior, e o correto é aplicar toda a cadeia, pois o imposto na transferência de Guajará-Mirim para Porto Velho foi debitado e creditado, sendo anulado, logo, a correta operação a ser considerada como anterior é a de Guajará-Mirim quando da entrada das mercadorias no Estado de Rondônia.

Houve cerceamento do direito de defesa e há insegurança na determinação da infração, o autor deixou de atender ao princípio da verdade material.

b) Da inexistência de erro na base de cálculo nas transferências realizadas.

As compras realizadas sujeitam-se à isenção do Convênio 65/88, Cláusula Primeira, §2.º, e para o usufruto do benefício, é necessário que o estabelecimento remetente realize o abate no preço da mercadoria vendida o valor equivalente ao ICMS da operação. A isenção do Convênio 65/88 foi estendida para Guajará-Mirim por força da Cláusula Primeira do Convênio 52/92.

Ao escriturar a nota fiscal de entrada, não existe destaque ICMS pois no XML o valor foi alocado no campo "ICMS Desonerado", ou seja, o desconto exigido pelo Convênio 65/88. Assim, na escrita fiscal, o valor do ICMS é registrado na forma de crédito presumido, conforme RICMS (art. 1.º, parágrafo único e art. 2.º, parágrafo único), gozando do crédito no ato da apuração do imposto, eis que destacou o mesmo valor nas notas fiscais.

Ao receber as mercadorias, lançar os documentos fiscais e apropriação do crédito na escrita fiscal, procedeu com a transferência das mercadorias para Porto Velho.

1. Precificação do estoque na transferência.

As transferências de mercadorias são realizadas através do valor do custo de aquisição, considerando o artigo 289, do Decreto 3000/99.

2. Cálculo e recolhimento do tributo na transferência.

A transferência de mercadorias leva em consideração a base de cálculo dos artigos 15, I e 20, I, do RICMS/RO, e, portanto, o valor da saída hábil para encontrar a base de cálculo do ICMS na transferência é o referido no Item 1 (acima).

3. Manutenção do crédito.

Os créditos presumidos são apropriados pela filial do sujeito passivo em Guajará-Mirim, e o sujeito passivo não se enquadra nas hipóteses do RICMS em que deve ocorrer o estorno do crédito presumido, pois as saídas são tributadas.

c) Da nulidade. Ausência de DFE válida para a autuação – Descumprimento quanto ao prazo estipulado.

O autor descumpriu o prazo previsto nos artigos 9.º e 10 da IN 11/2008. A DFE foi emitida no ano de 2020, iniciada em 04/03/2021 e finalizada em 30/03/2021, deixando de atender ao prazo do artigo 94, §2.º, da Lei 688/96.

d) Multa aplicada no auto de infração em comento – Confiscatória, desproporcional e contrária frontalmente à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Legislação Estadual.

Existe confisco, pois há desproporcionalidade entre o valor cobrado de tributo e de multa, conforme ADI n.º 551 do Supremo Tribunal Federal.

e) Da aplicação de juros e correção superiores a SELIC – Entendimento do STF.

Em sede de Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal decidiu que não podem ser exigidos juros e correção monetária pelos Estados em percentuais superiores ao da União (SELIC) (págs. 85 a 156)

Em primeira instância, foi proferida Decisão Procedente n.º 2021/1/22/TATE/SEFIN, sob os seguintes fundamentos: Parte das entradas no estabelecimento do sujeito passivo são oriundas de transferências realizadas por outro estabelecimento do mesmo grupo, filial localizada em Guajará-Mirim. O entendimento do sujeito passivo, ao considerar para efeitos da aplicação do artigo 46, I, do RICMS/RO, operação anterior como aquela decorrente da entrada das mercadorias em Guajará-Mirim e operação posterior como a saída da mesma mercadoria do estabelecimento em Porto Velho, está equivocado, nos termos do artigo 8.º-A, II, da Lei 688/96, pois os estabelecimentos para efeito da legislação tributária são autônomos, distintos para efeitos de inscrição, escrituração, apuração e pagamento do ICMS (art. 121, §1.º, Item 2 do RICMS/RO). Não houve descumprimento do prazo para conclusão da Ação Fiscal, sujeito passivo deixou de observar a correta contagem do prazo, que faz-se nos termos do artigo 9.º, “a”, II, §2.º, da IN 11/2008. Aponta que já foi utilizada a SELIC para atualização no auto de infração (págs. 158 a 170).

Intimado o sujeito passivo do teor da decisão de primeira instância na data de 13/08/2021 (págs. 171).

Recurso Voluntário interposto na data de 10/09/2021, sustenta as seguintes teses recursais:

- a) Nulidade do auto – Inobservância ao artigo 155, II, §2.º, “b”, da Constituição do Brasil. Inexistência de hipóteses de isenção ou não incidência nas operações posteriores – Invalidade total do auto de infração.

A Constituição Federal, no artigo 155, II, §2.º, II, “a” e “b”, estabelece a única condição para que haja estorno do crédito, na hipótese em que o valor do tributo incidente na saída da mercadoria seja menor do que aquele incidente na sua entrada no estabelecimento do contribuinte.

Reafirma as demais razões da defesa (págs. 172 a 206).

Parecer da Procuradora Geral do Estado de Rondônia, considera adequada a decisão de primeira instância pelos próprios fundamentos, manifesta-se pela manutenção da decisão (págs. 208 a 211).

É o relatório.

2.0 DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Sujeito passivo autuado por se apropriar indevidamente de crédito fiscal de ICMS, ao deixar de estornar o crédito decorrente de operações subsequentes com imposto inferior ao cobrado na operação anterior.

O autor capitulou a infração nos artigos artigo 38, IV, da Lei 688/96.

Art. 38. Acarretará a anulação do crédito:

IV - o imposto cobrado na operação anterior, quando superior ao devido na posterior, hipótese em que a anulação corresponderá à diferença;

2.1 – Análise dos autos.

- a) Nulidade do Auto – Insegurança na determinação da infração – Cerceamento ao direito de defesa - Desconsiderou o auditor que há um débito no início da cadeia – Erro no levantamento Fiscal.

b) Da inexistência de erro na base de cálculo nas transferências realizadas.

O sujeito passivo sustenta que é necessário considerar a “cadeia completa”, isso é, todas as operações anteriores para fins de apurar o ilícito perseguido, deste a entrada das mercadorias no Estado de Rondônia, assim considerando a operação realizada pela filial de Guajará-mirim.

Entende que a correta cadeia produtiva para fins de creditamento (aplicação do artigo 46, VI, do RICMS/RO), deve ser analisada considerando como operação anterior aquela decorrente da entrada das mercadorias no Estado de Rondônia na filial de Guajará-Mirim, e operação subsequente a saída das mercadorias do estabelecimento localizado no município de Porto Velho/RO.

Contudo, o entendimento exposto pelo sujeito passivo encontra-se equivocado, eis que importa na supressão das operações realizadas entre a filial de Guajará-Mirim e Porto Velho, fato é que a tese sustentada não encontra supedâneo legal.

As filiais de Guajará-Mirim e Porto Velho são estabelecimentos autônomos do mesmo titular, sendo cada qual responsável pela sua inscrição, escrituração, creditamento, estorno e pagamento do imposto, isso por força do artigo 8.º, II da Lei 688/96 e artigo 121, §1.º, item 2, do RICMS/RO.

Art. 8º-A Para efeito desta Lei, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular; e

Art. 121. Cada estabelecimento receberá um número de inscrição, vedada a concessão de inscrição única a estabelecimentos distintos, salvo os casos expressamente previstos neste Regulamento.

§ 1º Consideram-se estabelecimentos distintos para efeito de inscrição:

2 – os que embora pertencentes à mesma pessoa e com atividade da mesma natureza, estejam situados em locais diversos, observado o estabelecido no § 2º deste artigo;

Desta forma, entendo que no caso da aplicação do artigo 46, VI, do RICMS/RO e 38, IV, da Lei 688/96, as operações objeto de análise para apuração da correta utilização do crédito tributário são as de entrada e saída no estabelecimento, não podendo utilizar-se a contagem de operação de estabelecimento diverso, ainda que do mesmo titular.

Logo, não prospera os valores e forma de cálculo apresentados pelo sujeito passivo, eis que considerou como operação anterior aquela de entrada no Estado de Rondônia na filial de Guajará-Mirim, o que já restou demonstrado não coaduna com a legislação tributária.

c) Da nulidade. Ausência de DFE válida para a autuação – Descumprimento quanto ao prazo estipulado.

A DFE foi emitida na data de 07/12/2020 (págs. 03), a Ação Fiscal por sua vez, teve início na data de 04/03/2021 (págs. 06), se encerrou na data de 30/03/2021 (págs. 59).

O sujeito passivo aponta como descumpridos os artigos 9.º e 10 da IN 11/2008 e 94, §2.º, da Lei 688/96, abaixo transcritos:

Art. 9º A Designação de Fiscalização de Estabelecimento (DFE) e a Designação de Serviço Fiscal (DSF) terão prazo de até 60 (sessenta) dias para sua execução.

Art. 10. O prazo de que trata o artigo 9º poderá ser prorrogado pela autoridade outorgante, a seu critério, tantas vezes quantas necessárias, por período igual ou inferior ao prazo inicialmente estipulado, mediante solicitação devidamente justificada pelo AFTE designado.

Art. 94. Considera-se iniciado o procedimento fiscal, para efeito de excluir a espontaneidade da iniciativa do sujeito passivo:

§ 2º. A ação fiscalizadora deverá ser concluída em até 60 (sessenta) dias, prorrogáveis pela autoridade administrativa definida em decreto do Poder Executivo, na forma e condições previstas em ato do Coordenador-Geral da Receita Estadual.

A tese arguida é que com a emissão da DFE na data de 07/12/2020, teria o autor o prazo de 60 dias para concluir a autuação. Contudo, o sujeito passivo colacionou nos autos o artigo 9.º da IN 11/2008, ainda que tenha omitido o §2.º, traz-se agora aos autos:

Art. 9º A Designação de Fiscalização de Estabelecimento (DFE) e a Designação de Serviço Fiscal (DSF) terão prazo de até 60 (sessenta) dias para sua execução.

§ 2º A contagem do prazo para execução da Designação de Fiscalização de Estabelecimento (DFE) far-se-á:

II - a partir da data da lavratura do termo de início do procedimento, independentemente de sua ciência pelo sujeito passivo, quando:

Conforme legislação acima, considerando o início da ação fiscal na data de 04/03/2021 e o seu término na data de 30/03/2021, não houve descumprimento do prazo legal para conclusão da ação fiscal.

- d) Multa aplicada no auto de infração em comento – Confiscatória, desproporcional e contrária frontalmente à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Legislação Estadual.
- e) Da aplicação de juros e correção superiores a SELIC – Entendimento do STF.

Quanto a multa e cálculo da atualização de juros e correção monetária, encontram-se ambos com previsão na Lei 688/96, artigos 77, V, "a", I e 46.

Considerando que acatar a tese do sujeito passivo acerca dos tópicos listados, multa e atualização monetária, importa em negar a aplicação da norma emanada do governo do Estado de Rondônia, não compete a este Tribunal Administrativo fazê-lo, consoante previsão no Anexo XII, artigo 14, §2.º, II e Lei 4.929/20.

Art. 14. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, salvo no caso da inconstitucionalidade ter sido proclamada: (Lei 688/96, art. 90)

§ 2º. Não se inclui, também, na competência do Tribunal: (Lei 912/00, art. 13)

II - a negativa de aplicação de lei ou de ato normativo emanado do Governador do Estado de Rondônia, Secretário de Estado de Finanças ou do Coordenador-Geral da Receita Estadual.

Lei 4929/20

Art. 16. Não compete ao TATE:

II - a negativa de aplicação de lei ou de ato normativo emanado do Governo de Rondônia, Secretário de Estado de Finanças ou do Coordenador-Geral da Receita Estadual; e

- f) Da Nulidade do auto – Inobservância ao artigo 155, II, §2.º, “b”, da Constituição do Brasil. Inexistência de hipóteses de isenção ou não incidência nas operações posteriores – Invalidade total do auto de infração.

A Constituição Federal, no artigo 155, II, §2.º, II, “a” e “b”, estabelece a única condição para que haja estorno do crédito, na hipótese em que o valor do tributo incidente na saída da mercadoria seja menor do que aquele incidente na sua entrada no estabelecimento do contribuinte.

Consoante ilustrado alhures, a infração apurada ocorreu em razão do equívoco do sujeito passivo ao presumir a supressão das operações realizadas entre estabelecimentos diversos, ainda que do mesmo titular, o que resultou na apropriação indevida do crédito, eis que a saída posterior deu-se com valor da alíquota maior que a entrada, sem que tenha realizado o estorno do crédito tributário na proporção.

Prevê o artigo 46, VI, do RICMS/RO, apontado como infringido:

Art. 46. O contribuinte procederá ao estorno do imposto de que se creditou, sempre que o serviço recebido ou o bem ou a mercadoria

entrada no estabelecimento vier a ser: (NR dada pelo Dec.12419, de 19.09.06 – efeitos a partir de 1º.08.01)

VI – objeto de operação ou prestação subsequente, com imposto inferior ao cobrado na operação ou prestação anterior, hipótese em que o estorno corresponderá à diferença.

A Constituição Federal, artigo 155, II, §2.º, II, “a” e “b”:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

Assim, não há que se falar em exigência que extrapola a previsão constitucional por parte da legislação Estadual.

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 Voluntário interposto, para ao final negar-lhe provimento, mantendo a Decisão de Primeira Instância que julgou **PROCEDENTE** a ação fiscal, assim, declaro **DEVIDO** o crédito tributário no valor total de R\$ 11.782.613,54.

É como voto.

Porto Velho/RO, 04 de dezembro 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 : N° 20212700100109
RECURSO : VOLUNTÁRIO N.º 007/2021
RECORRENTE : COIMBRA IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR : JULGADOR – DYEGO ALVES DE MELO

RELATÓRIO : N° 0224/23/1.ª CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO N° 0301/23/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

EMENTA : ICMS/MULTA – APROPRIAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO DE ICMS DECORRENTE DE AUSÊNCIA DE ESTORNO – OCORRÊNCIA – Provado nos autos que o Sujeito Passivo deixou de estornar ICMS acarretando recolhimento de imposto a menor. Conforme inteligência do Art. 38, Inciso IV da Lei 688/96, o contribuinte deveria anular o imposto cobrado na operação anterior, quando superior ao devido na posterior, hipótese em que a anulação corresponderá à diferença, o que não ocorreu. Infração Não Ilidida. Auto de Infração Procedente. Recurso Voluntário desprovido. Mantida a Decisão de Primeira Instância. 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 **PROCEDENTE** a ação fiscal, conforme Voto do Julgador Relator Dyego Alves de Melo acompanhado pelos julgadores Leonardo Martins Gorayeb, Reinaldo do Nascimento Silva e Amarildo Ibiapina Alvarenga.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINAL/PROCEDENTE
DATA DO LANÇAMENTO 14/04/2021: R\$ 11.782.613,54

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

TATE. Sala de Sessões. 04 de dezembro de 2023. _____

Anderson Aparecido Arnaut
Presidente

Dyego Alves de Melo
Julgador/Relator