

PROCESSO : Nº 20222700100148 E-PAT n. 018.800
RECURSO : DE OFÍCIO Nº 78/2022
RECORRENTE : BIC AMAZÔNICA S.A
RECORRIDA : 2ª CÂMARA /TATE/SEFIN
RELATOR : JUAREZ BARRETO MACEDO JUNIOR
RELATÓRIO : Nº 0162/2023/2ª CÂMARA /TATE/SEFIN

VOTO

No período de 22/8/2017 a 13/12/2017, nas operações com destino à ALCGM, o contribuinte, na qualidade de remetente substituto tributário, efetuou nas NF-es retenção a menor do ICMS substituição tributária devido nas operações com o produto aparelho de barbear descartável (NCM 82121020). Assim, foi aplicada a penalidade de 90% do valor do imposto não pago, conforme art. 77, IV, “a”, 1, da Lei estadual n. 688/1996. A relação de notas fiscais com essas ocorrências e os respectivos cálculos constam na pasta de trabalho do Excel Cálculo do ICMS- ST.xlsx, nas planilhas Cálculo ICMS-ST a menor e ICMS-ST devido, em anexo.

Infringindo o disposto no Art. 27, §7º, do RICMS/RO, aprovado pelo Decreto estadual n. 8.321/1998. Penalidade: Art. 77, IV, alínea "a", Item 1, da Lei 688/96. Período 22/08/2017 a 30/12/2017.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO	
TRIBUTO	R\$ 45.487,79
MULTA 100%	R\$ 64.337,16
JUROS	R\$ 33.814,67
A. MONETÁRIA	R\$ 25.997,98
TOTAL	R\$ 169.637,60

O sujeito passivo foi cientificado da autuação realizada pela Notificação nº 13351781, em 24/08/2022, Via Postal, por A.R. (fl.37) nos termos do artigo 112, inciso II da Lei nº 688/96, tendo apresentado defesa tempestivamente.

Em sua defesa alega, em breve síntese:

2.1. Que o AI deve ser considerado totalmente improcedente, pois baseado no §2º do artigo 12 do Anexo VI do RICMS-RO (Dec. 22.721/18) a responsabilidade pela retenção e pagamento de eventuais diferenças de ICMS-ST é do destinatário situado no Estado quando o remetente não o fizer;

2.2. Que os juros e a correção monetária não poderiam ser fixados em patamar acima do previsto para a taxa SELIC;

Em primeira instância o douto Julgador monocrático julgou NULO o Auto de Infração, nos termos da r. DECISAO Nº 2022/1/45/UJ/TATE/SEFIN, o auto de infração e INDEVIDO o crédito tributário de R\$ 169.637,60.

O sujeito passivo fora devidamente notificado via DET da r. decisão em 31/10/2022, porém, ficou-se inerte.

Despacho n. 298/2022, intimando o autor do feito da r. decisão, este por sua vez opôs suas contrarrazões.

É o breve relatório.

3 – FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO

A ação fiscal, Auditoria em conta gráfica no período de 01/01/2017 a 30/12/2021, que resultou nesta autuação, originada do SISMONITORA – Relatório Fiscal do Núcleo ST-GEFIS, teve como Ação Fiscal nº 20221200100088 (fl.4), referente a DFE Nº 20222500100033 (fl.4), visou o monitoramento de operações destinadas a Área de Livre Comércio de Guajará-Mirim – ALGM e a consequente falta de recolhimento do ICMS-ST por erro no MVA, baseada na Notificação nº 13253912, cujo Termo de Intimação nº 20222600100110, com ciência tácita do contribuinte em 23/06/2022 (fl.6), para apresentar cópia em formato digital do Regime Especial com a SEFIN-RO e comprovante de pagamento do ICMS/ST objeto da notificação DET nº 11637220, no prazo de 72 h (fl.6).

Pois bem. O douto julgador monocrático, após a análise dos fatos e fundamentos jurídicos trazidos a baila pelo sujeito passivo

, decidiu a lide nos seguintes termos:

“... Anteriormente, em 22/04/2021, o contribuinte foi notificado através do DET nº 11637220 para se auto regularizar no prazo de 10 dias a contar da sua ciência em 04/05/21, devendo recolher a diferença de ICMS-ST apurado na ação fiscal no período de 2016 até fevereiro de 2021 (fl.26).

O contribuinte, substituto tributário inscrito neste Estado, fabricante de canetas, lápis e outros artigos para escritório, contestou a notificação afirmando que a responsabilidade pelo pagamento do imposto era do destinatário (fl.27).

A ação fiscal, citada no início, foi encerrada em 30/06/22, e como o contribuinte permaneceu inerte, foi lavrado este AI. A ciência ao contribuinte do encerramento da ação fiscal foi dada em 16/07/22.

3.1. Apesar do dispositivo ressaltado nos argumentos da Defesa citar o §2º do art.12 do Decreto 22.721/2018, de acordo com o mandamento do art.144 do CTN, “o lançamento reporta-se à data de ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada”, e por isso, como os fatos geradores ocorreram entre agosto e dezembro de 2017, mais acertado seria a citação do §2º do art.78-A do Decreto 8321/98, RICMS-RO da época dos fatos.

§2º O destinatário dos bens e mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, inclusive o varejista, é **responsável** pelo imposto devido à unidade federada de destino por substituição tributária, quando o remetente, sujeito passivo por substituição, **não efetuar a retenção ou efetuar a retenção a menor do imposto**, salvo disposição em contrário prevista na legislação da unidade destinatária.

Entretanto, o conteúdo desse dispositivo foi praticamente repetido para o atual regulamento. Em complementação, acrescentamos a citação do §4º-A do art.78 do decreto 8321/98:

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

§ 4º-A. Caso a MVA ajustada específica para a ALCGM, indicada no inciso II do § 7º do art. 27, não seja considerada no cálculo da retenção pelo substituto tributário, sendo apenas calculado o imposto com base em MVA prevista em acordos celebrados no âmbito do CONFAZ, deverá a diferença ser lançada para recolhimento **pelo contribuinte substituído no momento da entrada das mercadorias no território do Estado**. (AC pelo Dec. 16598, de 21.03.12 – efeitos a partir de 21.03.12)

Em meu julgamento, apesar de não ver com bons olhos esta prática do responsável tributário, quando da remessa de mercadoria para destinatário na ALCGM, de

recolher o imposto devido por ST para o estado de Rondônia pelo cálculo do MVA normal, 30%, em vez do MVA ajustado, 37,8% (vindo do AM com alíquota de 12%), de acordo com o que dispõe a norma explicativa do §7º do art.27 do Decreto 8321/98, a legislação é clara, e a diferença deverá ser lançada em desfavor do destinatário em RO. Por isso, considero caso de ilegitimidade passiva.

3.2. A legislação do ICMS de Rondônia, em seu art.46-A da Lei 688/96, em vigor na época dos fatos, disciplinava a matéria estabelecendo que o crédito tributário que não for pago até o dia do vencimento, fixado pela legislação tributária, exceto o decorrente de multa de mora, após atualização monetária, será acrescido dos juros de mora, não capitalizáveis, de 1% (um por cento) ao mês ou fração, norma vigente a data da ocorrência do fato gerador.

Dessa forma, nos termos do art.144 do CTN, o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada, o que aconteceu neste caso, em que o lançamento se reporta aos fatos ocorridos entre agosto e dezembro de 2017 e, somente a partir da edição da Lei nº 4952/21, com efeitos a partir de 01/02/21, com a nova redação dada ao art.46-A, o crédito tributário será acrescido de juros equivalente a taxa referencial do Sistema de Liquidação e Custódia – SELIC.

4 – CONCLUSÃO. No uso da atribuição disposta no artigo 79, II, do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo Tributário – TATE, aprovado pelo Decreto nº 9157, de 24 de julho de 2000, JULGO NULO o Auto de Infração e INDEVIDO o crédito tributário de R\$ 169.637,60.

Noutro norte, o autuante instado a manifestar-se acerca da r. decisão, assim o fez:

Irresignado com base nas disposições insculpidas no § 3º, do Art.132, da Lei 688/96, o qual dispõe que:

Art. 132 No caso da decisão proferida pelo julgador de Primeira Instância ser contrária, no todo ou em parte, à Administração Tributária, será interposto recurso de ofício, com efeito suspensivo, à Câmara de 2ª Instância do TATE.

(...)

§ 3º. O recurso de ofício será interposto mediante declaração na própria decisão, devendo o processo ser encaminhado pelo TATE para intimação do autor do feito sobre os fundamentos da decisão, que poderá, a seu critério apresentar manifestação fiscal contrário à decisão proferida.

Trata-se do PAT 20222700100148, lavrado porque, no período de 22/8/2017 a 13/12/2017, nas operações com destino à Área de Livre Comércio de Guajará-Mirim – Rondônia – ALCGM, o contribuinte, na qualidade de remetente substituto tributário, efetuou nas NF-es retenção a menor do ICMS substituição tributária devido nas operações com o produto “aparelho de barbear descartável” (NCM 82121020). Assim, foi aplicada a penalidade prevista no art. 77, IV, “a”, 1, da Lei estadual n. 688/1996.

Segundo consta, por meio de monitoramento fiscal, foi detectada divergência no cálculo do ICMS-ST efetuado pelo sujeito passivo, envolvendo suas operações destinadas à ALCGM, na medida em que houve equívoco na apuração da MVA pertinente ao imposto por ele devido por substituição tributária.

No período referente a este auto de infração, o cálculo do ICMS substituição tributária atinente à operação comercial em questão era disciplinado no art. 27, §7º, do então vigente Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto estadual n. 8.321/98. **No caso, para o cálculo do ICMS-ST, há a necessidade de corrigir a MVA, porque a operação era de remessa de mercadoria para a ALCGM.**

Daí, considerando o disposto na legislação, identificou-se que o contribuinte destacou a menor o ICMS-ST em notas fiscais por ele emitidas referentes a operações destinadas à ALCGM, no período entre 2016 a fevereiro de 2021.

Quando do julgamento em primeira instância, no TATE, o julgador entendeu assim:

“[...] Em meu julgamento, apesar de não ver com bons olhos esta prática do responsável tributário, quando da remessa de mercadoria para destinatário na ALCGM, de recolher o imposto devido por ST para o estado de Rondônia pelo cálculo do MVA normal, 30%, em vez do MVA ajustado, 37,8% (vindo do AM com alíquota de 12%), de acordo com o que dispõe a norma explicativa do §7º do art. 27 do Decreto 8321/98, a legislação é clara, e a diferença deverá ser lançada em desfavor do destinatário em RO. Por isso, considero caso de ilegitimidade passiva.”

Todavia, não comungo deste entendimento, porque ele colide com a essência do mecanismo da substituição tributária, que foi pensado para reduzir os gastos estatais na sua fiscalização, além de reduzir a evasão de tributos.

Dessa forma, na substituição tributária, o responsável por substituição é colocado no lugar do contribuinte, e é contra este que o Estado deverá efetuar o lançamento.

Por oportuno, reproduz-se, abaixo, o trecho da Lei estadual n. 688/96, em seu art. 12, assim:

Art. 12. É responsável por substituição:

[...]

VII- aquele definido como tal em convênio, protocolo ou legislação tributária que trata do regime de substituição tributária ou antecipação com acréscimo da margem de valor agregado e encerramento de fase de tributação, relativamente ao imposto devido pelas saídas subsequentes por ele promovidas.

Conforme previsto no citado artigo, aquele definido em convênio ou protocolo como responsável por substituição é responsável pelo recolhimento do ICMS devido pelas saídas subsequentes por ele promovidas.

Logo, resta saber se há protocolo ou convênio (i) definindo que a operação envolvendo a mercadoria aqui discutida – aparelho de barbear descartável, NCM 8212.1020 – é sujeita à substituição tributária, bem como (ii) imputando a responsabilidade pela retenção e recolhimento desse imposto ao autor das saídas, e não ao destinatário.

Nesta esteira, tem-se que o Protocolo ICM 16/85 (celebrado inicialmente entre os Estados de Amazonas, Rio de Janeiro e São Paulo) dispôs sobre a substituição tributária nas operações com lâmina de barbear, aparelho de barbear descartável e isqueiro.

Já naquele Protocolo, ficou definido em sua cláusula segunda o seguinte:

Cláusula segunda. Nas operações interestaduais realizadas por contribuinte com as mercadorias a que se refere este protocolo, a ele fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto em favor do Estado destinatário, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente. [grifos nossos]

Mais tarde, o Protocolo ICMS 04/99 dispôs sobre a adesão dos Estados do Rio Grande do Sul, Rondônia e Amapá às disposições dos Protocolos ICM 16/85 e 17/85, que instituíram o regime de substituição tributária nas operações com lâmina de barbear, aparelho de barbear descartável, isqueiro e lâmpada elétrica.

O acordo celebrado por meio do Protocolo citado foi internalizado na legislação rondoniense no item 64.0 da Tabela XXI do Anexo V do então vigente Regulamento do ICMS/RO, aprovado pelo Decreto estadual n. 8.321/98.

Portanto, **há protocolo definindo que a operação envolvendo a mercadoria aqui discutida é sujeita à substituição tributária. Além disso, na Cláusula Segunda do citado Protocolo, foi imputada a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS-ST ao autor das saídas, e não ao destinatário.**

Por outro lado, não se pode esquecer da responsabilidade do destinatário em caso de recolhimento a menor do ICMS devido a título de substituição tributária, no caso em que o remetente não retem e recolhe o valor correto.

Com efeito, o §2º do art. 78-A do então vigente Regulamento do ICMS/RO diz que:

§ 2º. O destinatário de bens e mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, inclusive o varejista, é responsável pelo imposto devido à unidade federada de destino por substituição tributária, quando o remetente, sujeito passivo por substituição, não efetuar a retenção ou efetuar retenção a menor do imposto, salvo disposição em contrário prevista na legislação da unidade destinatária.

Porém, essa responsabilidade só pode ser solidária, porque, conforme já dito acima, é o remetente, na condição de substituto tributário, que deve recolher o imposto que seria devido pelo destinatário rondoniense.

Nesse caso, a positivação do §2º visou fortalecer a possibilidade de o Estado de Rondônia cobrar também do destinatário localizado em Rondônia a diferença de ICMS devido a título de substituição tributária, sem que, com isso, afastasse a responsabilidade primeira do remetente.

Tanto é assim que no §4º-A do art. 78 do então vigente Regulamento do ICMS/RO está prevista a possibilidade de o Estado de RO lançar a diferença de ICMS-ST, aqui discutida, no momento da entrada das mercadorias neste Estado, para recolhimento pelo contribuinte substituído, no caso de a MVA ajustada específica para a ALCGM não ser considerada no cálculo da retenção pelo substituto tributário.

Vale dizer, positivou-se, também, o lançamento, em desfavor do destinatário, da diferença de ICMS-ST para RO no momento da entrada da mercadoria neste Estado. Entretanto, isso não retira a responsabilidade do remetente, nos termos acima.

Inclusive, pensar diferente disso abre considerável brecha para que contribuintes substitutos tributários remetam mercadorias para RO fazendo retenção e destaque a menor do imposto devido para este Estado, ocorrendo, assim, evasão fiscal de imposto devido para Rondônia.

Por exemplo, cobrar de cada bar estabelecido em Rondônia o ICMS sobre a circulação de cerveja por eles devido, ao invés de centralizar a cobrança no fabricante, vai de encontro à eficiência fiscal na fiscalização de tributos, aumentando, conseqüentemente, os respectivos custos dessa atividade. E mais, agir dessa forma desafia até mesmo o princípio constitucional da eficiência.

Registre-se, ainda, que a disposição contida no §2º do art. 78-A pode ter sido pensada para ser lida sob a ótica do contribuinte rondoniense quando remetente de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária para outra unidade federada, em relação ao imposto devido por substituição tributária ao Estado de destino.

Diante disso, considerando todo o exposto, e sobretudo por entender que é o estabelecimento industrial, na condição de substituto tributário, que deve recolher o imposto que seria devido pelo destinatário rondoniense, apresento, nos termos do §3º do art. 132 da Lei estadual n. 688/96, esta manifestação fiscal contrária à decisão proferida pelo TATE, em julgamento de primeira instância de n. 2022/1/45/TATE/SEFIN.

Pois bem. Após análise detida das peças que compõem os autos, verifica-se que a Decisão de 1ºª Instância deve ser mantida. Neste sentido é que ousou data vênua, divergir das razões deduzidas pelo autuante para concordar com o douto julgador ao defender a manutenção da r. decisão de nulidade do auto de infração.

As razões declinadas não deixam dúvidas de que a responsabilidade por substituição tributária, a que se refere o art. 78-A-§2º do RICMS-RO, fundamento no direito trazido pelo nobre Julgador em sua decisão, a responsabilidade quando a MVA ajustada específica para a ALCGM, indicada no inciso II do § 7º do art. 27, não seja considerada no cálculo da retenção pelo substituto tributário,

sendo apenas calculado o imposto com base em MVA prevista em acordos celebrados no âmbito do CONFAZ, deverá a diferença ser lançada para recolhimento pelo contribuinte substituído no momento da entrada das mercadorias no território do Estado. (Grifo nosso)

Portanto, a ilegitimidade passiva quanto à BIC está correta como bem decidido pela primeira instância, não comportando como por engano entendeu o autuante, quando afirma que a própria norma tributária faculta ao Fisco realizar a cobrança do imposto de qualquer um dos devedores solidários, sem seguir qualquer ordem, nos termos do art. 124 do Código Tributário Nacional-CTN.

Ante todo o exposto, conheço do Recurso de Ofício para ao final negar-lhe provimento no sentido de manter hígida a r. Decisão que declarou NULO o auto de infração.

É como voto.

Porto Velho, 09 de novembro de 2023.

JUAREZ/BARRETO MACEDO JUNIOR

Julgador / Relator



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

PROCESSO : N° 20222700100148 E-PAT n. 18.800
RECURSO : DE OFÍCIO N° 78/2022
RECORRENTE : BIC AMAZÔNICA S/A
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR : JULGADOR – JUAREZ BARRETO MACEDO JÚNIOR

RELATÓRIO : N° 162/2022/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO N° 0258/2023/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN

EMENTA

: ICMS/MULTA – PAGAMENTO A MENOR DE ICMS/ST — FALTA DE APLICAÇÃO DA MVA AJUSTADA ESPECÍFICA PARA ALCGM – NULIDADE. Demonstrado nos autos que o sujeito passivo pagou a menor o ICMS/ST, decorrente de entradas de mercadorias no exercício de 2017, em operações interestaduais, sujeitas à substituição tributária, destinadas à Área de Livre Comércio de Guajará-Mirim, para as quais não foi utilizada a MVA ajustada específica. No entanto, restou caracterizada a ilegitimidade passiva, diante da previsão expressa do RICMS-RO, Art. 78, §4º-A, Decreto n. 8321/98, que determina a cobrança ao contribuinte substituído. Mantida a decisão de primeira instância que julgou nulo o auto de infração. Recurso de Ofício desprovido. Decisão por maioria de votos 3 x 1.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os membros do **EGRÉGIO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE**, à unanimidade, em conhecer o recurso interposto para ao final, no mérito, por maioria de votos, 3x1, negar-lhe provimento,

mantendo-se a decisão de Primeira Instância de **NULO** o auto de infração, conforme Voto do Julgador Relator Juarez Barreto Macedo Junior, acompanhado pelos Julgadores Manoel Ribeiro de Matos Júnior e Fabiano Emanuel Fernandes Caetano. O julgador Roberto Valladão Almeida de Carvalho apresentou voto divergente pela procedência do auto de infração.

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

Anderson Aparecido Arnaut

Presidente

Juarez Barreto Macedo Junior

Julgador/Relator



Documento assinado eletronicamente por:

ANDERSON APARECIDO ARNAUT, Presidente do TATE, 3000

Data: **29/05/2024**, 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.



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

TERMO DE ASSINATURA DO ACÓRDÃO

Neste ato, confirmo e valido as informações do ACÓRDÃO 102/2024 , relativa a sessão realizada no dia 26/10/2023 , que julgou o Auto de Infração como *Nulo* da qual participei e por isso a assino por meio deste Termo de Assinatura.

Porto Velho, 26/10/2023 .



Documento assinado eletronicamente por:

JUAREZ BARRETO MACEDO JUNIOR, Julgador Setor Produtivo, 3000 . Data: **29/05/2024**, às **9:41**.

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