

PROCESSO : 20223006300014 - E-PAT 022.965
RECURSO : DE OFÍCIO Nº 060/2023
RECORRENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA : VOTORANTIM CIMENTOS S.A
JULGADOR : AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA
RELATÓRIO : Nº 0279/23/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

02 - VOTO DO RELATOR

O auto de infração foi lavrado, no dia 18/11/2022, em razão de o sujeito ter deixado de recolher o ICMS-ST devido das operações interestaduais. Afirma a Autoridade Fiscal que houve erro de cálculo do imposto, pois o recolhimento foi do ICMS diferencial de alíquota. Informa que foi constatado que o destinatário exerce a atividade de comércio varejista de materiais de construção, por essa razão, deve haver a retenção e o recolhimento de ICMS-ST pelo remetente.

Diante disso, foi lançada a diferença do imposto e aplicada a multa de 90% 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 – a penalidade prevista no artigo 77, IV, “a”, item 4, da Lei 688/96.

O sujeito passivo foi notificado pelo DET, com ciência em 31/01/2023, apresentou peça defensiva tempestivamente alegando, como prejudicial de mérito, que ocorreu a decadência, pois os fatos geradores são de 2017. No mérito, informa que o imposto devido já foi recolhido, alegando, ainda, que, se as mercadorias são destinadas à construção civil, na forma da Súmula nº 432 do STJ, o ICMS-Difal é indevido. Ao final, requer a improcedência do Auto de Infração.

Submetido a julgamento de 1ª Instância, o julgador singular, após analisar os autos e a peça impugnativa, afastou a decadência alegada, pois houve um refazimento da ação fiscal (art. 173, II, CTN), porém, considerou, por ilegitimidade passiva, nulo o Auto de Infração, porque o lançamento foi feito para o remetente e a legislação estabelece que o destinatário é responsável pelo imposto devido, quando o remetente, sujeito passivo por substituição, não efetuar a retenção ou efetuar retenção a menor do imposto (art. 78-A, § 2º, do RICMS/RO – Dec. 8321/98).

Por ser a decisão contrária à Fazenda Pública, recorreu de ofício à Câmara de Julgamento de Segunda Instância, nos termos do art. 132 da lei

688/96. E em virtude do disposto no § 3º do artigo 132 da Lei nº 688/96, o processo foi encaminhado ao autor do feito.

A empresa foi notificada pelo DET, com ciência em 06/06/2023, mas não se manifestou. O Autor do feito, informou que diante dos argumentos trazidos pelo julgador, e daquilo que está previsto no RICMS/RO quanto a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, manifesta-se pela manutenção da decisão proferida em primeiro grau e pelo arquivamento do processo.

É o breve relato.

02.1- Da análise dos autos e fundamentos do voto.

A exigência tributária decorreu do fato de o sujeito passivo, segundo a Autoridade fiscal, ter feito retenção e recolhimento do imposto em valor inferior ao devido, uma vez que foi recolhido ICMS-DIFAL, porém, o destinatário não é consumidor final, e os produtos foram adquiridos para comercialização, logo, o imposto deve ser retido e pago com a agregação (ICMS – ST).

O dispositivo da penalidade indicada (art. 77, IV, “a”, item 4, da Lei 688) estabelece a multa de 90% 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.

Do que consta nos autos, restou incontroverso que a empresa realizou venda para contribuinte estabelecido em Rondônia, que houve a retenção e o recolhimento do diferencial de alíquotas. Comprovado nos autos que o destinatário exerce a atividade de comércio varejista de materiais de construção, o que torna devido o ICMS-ST, com margem de valor agregado para alcançar os fatos geradores subsequentes.

A questão controvertida ficou, sob a alegada decadência, e o motivo que levou a nulidade do Auto de Infração, a ilegitimidade passiva.

Quanto à tese de decadência, assim como já foi decidida na instância singular, tal tese deve ser afastada, pois, nos termos do Art. 173, II, do CTN, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado. Pois apesar de o lançamento se referir a fatos geradores ocorridos em 2017, este Auto de Infração é o refazimento de um lançamento anulado por vício formal

em 2022 - Acórdão nº 048/2022/1ªCAMARA/TATE/SEFIN. Portanto, dentro do prazo legal.

Quanto à nulidade da ação fiscal, em razão da ilegitimidade passiva, reconhecida na instância monocrática, deve ser analisado o que estabelece a legislação sobre a responsabilidade pelo recolhimento do imposto. O Art. 78-A, § 2º, do RICMS/RO – Dec. 8321/98, norma vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, define que **o destinatário de bens e mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, inclusive o varejista, é responsável pelo imposto devido** por substituição tributária, **quando o remetente, sujeito passivo por substituição, não efetuar a retenção ou efetuar retenção a menor do imposto.**

Diante do previsto na legislação então vigente e da definição de que o responsável pelo pagamento é o destinatário (adquirente) no caso de retenção a menor que o devido, sendo esse o caso em análise, a ação fiscal é nula, por ilegitimidade passiva, porque foi lançado para o remetente. Destacando-se que o comando normativo, quanto a responsabilidade pelo destinatário, mantém-se vigente, porque o novo RICMS/RO a reproduziu no art. 12, § 2º, do ANEXO VI – RICMS/RO – Dec. 22.721/18.

De todo o exposto e por tudo que dos autos consta, conheço do recurso de ofício interposto para negar-lhe provimento, mantendo a decisão singular que julgou nula a ação fiscal.

É como VOTO.

Porto Velho, 04 de dezembro de 2023.

~~Amarildo Ibiapina Alvarenga~~
AFTE Cad.
JULGADOR

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

PROCESSO : 20223006300014 - E-PAT 022.965
RECURSO : DE OFÍCIO 060/2023
RECORRENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA : VOTORANTIM CIMENTOS S.A.
RELATOR : AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA
RELATÓRIO : Nº 0279/23/1.ª CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO Nº 0299/2023/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

EMENTA : **ICMS/MULTA – RETENÇÃO A MENOR ICMS-ST – ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO – ILEGITIMIDADE PASSIVA – NULIDADE** – Restou provado nos autos que o sujeito passivo recolheu ICMS-DIFAL, e o destinatário não é consumidor final, pois exerce a atividade de comércio varejista de materiais de construção. A responsabilidade pelo pagamento do imposto devido por substituição tributária, quando o remetente, sujeito passivo por substituição, efetuar retenção a menor é do destinatário (Art. 78-A, § 2º, do RICMS/RO – Dec. 8321/98) – ilegitimidade passiva. Imposto devido extinto pela decadência (Art. 149, parágrafo único). Mantida a decisão que julgou nulo o Auto de Infração. Recurso de Ofício desprovido. 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 no final negar-lhe provimento, mantendo a decisão de Primeira Instância de **NULO** o auto de infração, conforme Voto do Julgador Relator Amarildo Ibiapina Alvarenga, acompanhado pelos julgadores Dyego Alves de Melo, Leonardo Martins Gorayeb e Reinaldo do Nascimento Silva.

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

~~Anderson Aparecido Arnaut~~
Presidente

~~Amarildo Ibiapina Alvarenga~~
Julgador/Relator