

PROCESSO: 20212700400047
RECURSO: VOLUNTÁRIO N.º 011.009
RECORRENTE: IRMÃOS GONÇALVES COM. E INDÚSTRIA LTDA
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR: DYEGO ALVES DE MELO
RELATÓRIO: N.º 0205/23/2ª 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 deixou de pagar o ICMS, quando realizou a operação de circulação de mercadoria, inclusive o fornecimento de alimentação, sem o destaque do ICMS devido nos documentos fiscais e seu respectivo pagamento na apuração mensal (EFD), ao considerar produtos como não sujeitos a incidência do ICMS indevidamente, contrário a legislação tributária. Conforme provas em anexo, ANO 2017 e 2018. Produtos separados pelo NCM e descrição.”

A legislação apontada como infringida na capitulação legal é a do artigo 2.º, I, art. 17, II e 77, IV, “a”, 1, da Lei 688/96. A multa está prevista no artigo 77, IV, “a”, 1, da Lei 688/96, culminou no crédito tributário total no valor de R\$ 1.579.533,63.

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;

1.2 Síntese do Processo Administrativo Tributário – PAT.

Auto de Infração lavrado na data de 28/10/2021, ciência do sujeito passivo na data de 29/10/2021 (pág. 02).

Termo de Início de Ação Fiscal n.º 20211100400049, lavrado e ciência do sujeito passivo na data de 30/02/2021, intimado o sujeito passivo para apresentar livros/documentos fiscais e contábeis (págs. 16 a 18).

Termo de Encerramento de Ação Fiscal n.º 20212500400028, lavrado na data de 28/10/2021. Concluiu que o sujeito passivo registrava sem destaque de ICMS documentos fiscais de circulação de mercadorias para acobertar saída tributada, retirando de sua apuração mensal na Escrituração Fiscal Digital – EFD, o ICMS que deveria ser pago (págs. 19 a 50).

Defesa recebida na data de 04/03/2022. Apresenta as seguintes teses para ilidir a pretensão fiscal:

a) Da violação ao princípio da legalidade.

Defende que a autuação foi aplicada sobre produtos de panificação, produzidos e vendidos pelo sujeito passivo, que têm farinha de trigo tipo industrial, utilizada como insumo para produção, mercadoria que se encontra no Anexo VI, tabela XVII, itens 44., 44.7 44.10 e 44.13 do RICMS/RO, como sujeita a substituição tributária. Cita a nota 1 dos itens mencionados.

Aponta que as mercadorias que foram utilizados para aplicação do auto de infração, estão dentro da classificação da farinha de trigo tipo industrial (pizzas, pastel, rissoles, saltenhas, tortas etc.). Argumenta que a norma não deixa espaço para interpretação restritiva, e que interpretar de outra forma é criar obrigação tributária sem previsão legal.

Invoca o Convênio ICMS 142/18/CONFAZ, que prevê as mercadorias objeto do auto de infração estão sujeitas a substituição tributária, e, por consequência, não houve a omissão no recolhimento do ICMS.

b) Da margem de agregação em 100%

Aduz que a margem de agregação para o cálculo do ICMS substituição tributária, no Anexo VI, tabela XVII, itens 44., 44.7 44.10 e 44.13 do RICMS/RO, é de 100% do valor de entrada da farinha de trigo tipo industrial, e que nova tributação sobre o tributo que já sofreu agregação de 100% na base de cálculo, configura efeito confiscatório, viola o artigo 150, IV, da Constituição Federal.

c) Da recusa imotivada da justificativa apresentada.

Narra que o autor não só deixou de acolher as razões apresentadas antes da lavratura do auto de infração, como não fundamentou o não acolhimento, infringindo os princípios do contraditório e da ampla defesa.

d) Do princípio da isonomia tributária.

Argumenta que não foi previamente intimado para proceder com a autorregularização, nos termos do Decreto 23.856/19 e Instrução Normativa 05/2021/GAB/CRE, conquanto, outros contribuintes tem sido intimados para justificação e autorregularização, assim entende que não está sendo respeitado o princípio da isonomia tributária.

e) Do excesso da multa.

Apona que não há disposição quanto a base de cálculo da multa ser o valor do tributo acrescido de atualização monetária, que desta forma estaria se cobrando multa sobre multa, caracterizando confisco, incidindo na vedação do artigo 150, IV, da Constituição Federal. Narra ainda que a multa maior que o tributo é inconstitucional, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

f) Do erro na aplicação do auto de infração – Salpicão.

Afirma que o autor lançou indevidamente o produto “Salpicão IG” no auto de infração, que este produto é tributado à alíquota de 17,5% e que o pagamento é realizado na forma devida.

g) Do cerceamento da defesa.

Narra que o autor deixou de constar a base legal utilizada para os juros e atualização monetária, que não consta no AI o índice aplicado para atualização e correção monetária.

h) Da inconstitucional atualização do tributo devido.

Que a atualização do crédito tributário com UPF é inconstitucional, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, eis que a correta atualização se faz mediante uso da taxa SELIC (págs. 53 a 107).

O Julgador de Primeira Instância proferiu a Decisão Parcial n.º 2022/1/38/TATE/SEFIN. Afasta a tese do sujeito passivo de que os produtos objeto da autuação utilizam da farinha de trigo industrial como insumo, e, portanto, devem ser considerados já tributados, exemplifica com a diferenciação entre a venda da massa de pizza e de uma pizza pronta, ou seja, o diretamente derivado e o indiretamente derivado. Apona que as intimações do FISCONFOME se dão de forma automatizada, e que a

autuação é obra manual do autor, não sendo passível de conferência automatizada pelos sistemas da Receita Estadual, aponta ainda que deve prevalecer o documento que designou a ação fiscal, a DFE. Demonstra que a base de cálculo para aplicação da penalidade de multa é o valor do imposto atualizado, cita o artigo 56, §4.º e 161, II, “a”, 61, §2.º, I, do RICMS/RO, antigo e vigente, respectivamente. Aponta que as decisões de repercussão geral e ADI somente produzem efeito vinculado ao Poder Judiciário, e, portanto, existindo norma contrária no ordenamento do Estado de Rondônia, deve ser observada, descreve ainda que o Estado de Rondônia adotou desde janeiro de 2021 a forma de atualização utilizada pela União. Acolhe o questionamento da defesa acerca da inclusão indevida do produto salpicão no AI, excluindo o crédito tributário do valor correspondente a saída deste produto. Ao final, julgou parcialmente procedente o auto de infração (págs. 109 a 117).

Recurso Voluntário recebido na data de 17/05/2022. O sujeito passivo repisa os argumentos apresentados em sua defesa administrativa.

Parecer da Procuradoria Geral do Estado de Rondônia, manifesta-se pela manutenção da Decisão de Primeira Instância (págs. 143 a 147).

Parecer do Representante Fiscal, manifestou-se pela procedência do recurso voluntário, para alterar a decisão de primeira instância de procedente para improcedente.

Saneados os autos, remetidos para análise do Recurso Voluntário.

É o relatório.

2.0 DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Sujeito passivo foi autuado por deixar de recolher o ICMS ao realizar operações de circulação de mercadorias sem destacar o ICMS devido e respectivo pagamento na EFD, considerando produtos como não sujeitos ao ICMS, quando o eram.

O autor capitulou a infração nos artigos 2.º, I, art. 17, II e 77, IV, “a”, 1, da Lei 688/96

Art. 2º O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS, de competência dos Estados, incide sobre:

I - operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares;

Art. 17. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

II - do fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por qualquer estabelecimento;

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;

2.1 – Análise dos autos.

a) Da violação ao princípio da legalidade.

Defende que a autuação foi aplicada sobre produtos de panificação, produzidos e vendidos pelo sujeito passivo, que têm farinha de trigo tipo industrial, utilizada como insumo para produção, e que se encontra incluso no Anexo VI, tabela XVII, itens 44., 44.7 44.10 e 44.13 do RICMS/RO, como sujeitos a substituição tributária. Cita a nota 1 dos itens mencionados.

Aponta que os produtos que foram utilizados para aplicação do auto de infração, estão dentro da classificação da farinha de trigo tipo industrial (pizzas, pastel, rissoles, saltenhas, tortas etc.). Argumenta que a norma não deixa espaço para interpretação restritiva, e que interpretar de outra forma é criar obrigação tributária sem previsão legal.

Invoca o Convênio ICMS 142/18/CONFAZ, que prevê os produtos objeto do auto de infração são sujeitos a substituição tributária, e, por consequência, não houve a omissão no recolhimento do ICMS.

a) Da margem de agregação em 100%

Aduz que a margem de agregação para o cálculo do ICMS substituição tributária, no Anexo VI, tabela XVII, itens 44., 44.7 44.10 e 44.13 do RICMS/RO, é de 100% do valor de entrada da farinha de trigo tipo industrial, e que nova tributação sobre o tributo que já sofreu agregação de 100% na base de cálculo, configura efeito confiscatório, viola o artigo 150, IV, da Constituição Federal.

Passo a analisar.

Os itens listados pelo sujeito passivo como sujeitos à substituição tributária:

44.0	Farinha de trigo especial, em embalagem inferior ou igual a 1 kg.	17.044.00	1101.00.10	50%			
44.7	<p>27.156, de 11.05.22, 17.044.07 efeitos a partir de 11.05.22)</p> <p>Redação Original: Farinha de trigo comum, em embalagem superior a 25 kg e inferior ou igual a 50 kg.</p> <p>Nota 1: O disposto neste item aplica-se também à farinha de trigo adquirida por panificadora, confeitaria e estabelecimento similar, ainda que destinada à fabricação de pães, biscoitos, bolos e outros, os quais se consideram já tributados por ocasião de sua saída.</p>	17.044.07	1101.00.10	100%			
44.10	<p>11.05.22, efeitos a partir de 11.05.22)</p> <p>Redação Original: Farinha de trigo especial, em embalagem superior a 50 kg.</p> <p>Nota 1: O disposto neste item aplica-se também à farinha de trigo adquirida por panificadora, confeitaria e estabelecimento similar, ainda que destinada à fabricação de pães, biscoitos, bolos e outros, os quais se consideram já tributados por ocasião de sua saída.</p>	17.044.10	1101.00.10	100%			

44.13	<p>11.05.22, efeitos a partir de 17.044.13 1101.00.10 100% 11.05.22)</p> <p>Redação</p> <p>Original: Farinha de trigo comum, em embalagem superior a 50 kg.</p> <p>Nota 1: O disposto neste item aplica-se também à farinha de trigo adquirida por panificadora, confeitaria e estabelecimento similar, ainda que destinada à fabricação de pães, biscoitos, bolos e outros, os quais se consideram já tributados por ocasião de sua saída.</p>
-------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

A farinha de trigo é a base da produção dos produtos de panificação, insumo já tributado por substituição tributária, conforme item 44.7, acima citado. No referido item, consta ainda a redação: “à fabricação de pães, biscoitos, bolos e outros, os quais se consideram já tributados por ocasião de sua saída”.

A controvérsia instaurada consiste em averiguar se as mercadorias objeto do auto de infração incluem-se na redação do item 44.7.

A farinha de trigo é elemento essencial para a produção de todo o tipo de panificação. A partir da interpretação da referida legislação, compreendo que a os produtos derivados da farinha de trigo, quando adquiridos por estabelecimentos que se prestam a destinar o seu uso à fabricação, se enquadram na redação do item 44.7, logo, na ocasião de sua saída devem ser considerados como já tributados.

Desta maneira, **acolho a tese do sujeito passivo**, afastando a pretensão fiscal da cobrança do ICMS sobre as mercadorias objetos do auto de infração.

b) Da recusa imotivada da justificativa apresentada.

Narra que o autor não só deixou de acolher as razões apresentadas antes da lavratura do auto de infração, como não fundamentou o não acolhimento, infringindo os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Da análise.

Antes da lavratura do auto de infração não há que se falar na obrigatoriedade do acolhimento da justificativa apresentada pelo sujeito passivo, salvo caso de infração flagrantemente inexistente, o que não ocorre nos autos.

Ao entender que as razões apresentadas não se prestam a ilidir a infração capturada, o autor procedeu com a lavratura do auto de infração, agindo no exercício de sua atribuição, conforme mandamento do artigo 60 da Lei 688/96:

Art. 60. A fiscalização e orientação fiscal sobre o imposto competem, vinculada e exclusivamente, à Coordenadoria da Receita Estadual, através do corpo funcional de Auditores Fiscais de Tributos Estaduais lotados e em exercício nas suas unidades, reservando-se ao Coordenador-Geral da Receita Estadual o relacionamento e tomada de decisões junto aos órgãos e entidades da administração pública federal, estadual e municipal, direta e indireta.

O autor não foi convencido pelos argumentos apresentados pelo sujeito passivo, trata-se de um procedimento pré-processual administrativo, que busca inibir a persecução de autuações teratológicas e fundamentadas sobre equívoco incontroverso, de fácil comprovação.

Assim, considerando o regular exercício da defesa no âmbito administrativo, com a apresentação tempestiva da defesa administrativa (1.^a instância) e recurso voluntário (ora em análise), compreendo que não houve qualquer prejuízo a ampla defesa e/ou contraditório em relação ao sujeito passivo.

c) Do princípio da isonomia tributária.

Argumenta que não foi previamente intimado para proceder com a autorregularização, nos termos do Decreto 23.856/19 e Instrução Normativa 05/2021/GAB/CRE, conquanto, outros contribuintes têm sido intimados para justificção e autorregularização, assim entende que não está sendo respeitado o princípio da isonomia tributária.

Necessário esclarecer que o FISCONFORME é um sistema eletrônico, que ao apurar a existência ou indício de divergências nas informações dos contribuintes, procede com a intimação para autorregularização.

Neste caso a apuração se deu mediante emissão de DFE, de forma manual pelo autor do feito, ademais destaco também que não há obrigatoriedade na prévia intimação nos termos do FISCONFORME, consoante disposto no artigo 2.º do Decreto 23.856/19.

Art. 2º Os indícios de irregularidades ou de não conformidades detectados pelo Sistema Fisconforme **poderão** ser disponibilizados ao contribuinte, por meio da notificação de pendência, na área de serviços on-line do sítio eletrônico da SEFIN, no Portal do Contribuinte, podendo, inclusive, conter informações analíticas das inconsistências apontadas, conforme definido em Ato do Coordenador-Geral da Receita Estadual.

d) Acerca das teses: “Do excesso da multa”, “Do cerceamento da defesa” e “Da inconstitucional atualização do tributo devido”.

Verifico que os argumentos do sujeito passivo, transcritos no tópico acima, não são de competência deste Tribunal Administrativo, conforme artigo 14 do Anexo XII, do RICMS/RO, artigo 90 da Lei 688/96 e artigo 16 da Lei 4.929/20, abaixo transcritos:

Anexo XII do Novo RICMS/RO

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)

I - em ação direta de inconstitucionalidade de dispositivo estadual ou que tenha relação com a legislação estadual;

II - por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal ou a Assembleia Legislativa tenha suspenso a execução do ato normativo.

§ 1º. Considera-se, para fins do disposto neste artigo, dispositivo que tenha relação com a legislação estadual, aquela que constar expressamente na legislação oriunda de:

I - Convênio, Protocolo, Ajuste, Ato Cotepe, Resolução do CONFAZ, e outros atos emanados do CONFAZ;

II - Lei Complementar federal, Resolução do Senado e outros atos emanados do Governo Federal que tratam do imposto.

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

I - as questões relativas ao reconhecimento de isenções e restituições de tributos; e

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 688/96

Art. 90. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, salvo no caso da inconstitucionalidade ter sido proclamada:

I - em ação direta de inconstitucionalidade; e

II - por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal ou a Assembleia Legislativa tenha suspenso a execução do ato normativo.

Lei 4929/20

Art. 16. Não compete ao TATE:

I - as questões relativas ao reconhecimento de isenções e restituições de tributos;

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

III - a declaração de inconstitucionalidade, salvo no caso da inconstitucionalidade ter sido proclamada em ação direta de inconstitucionalidade ou tratar-se de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal ou a Assembleia Legislativa tenha suspenso a execução do ato normativo.

De tal maneira, deixo de analisar, pois não se encontra na competência deste Tribunal Administrativo acolher as alegações arguidas.

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 dar-lhe provimento, reformando a Decisão de Primeira Instância que julgou parcialmente

procedente a para **IMPROCEDENTE** ação fiscal, assim, declaro **INDEVIDO** o crédito tributário no valor total de R\$ 1.579.533,63.

É como voto.

Porto Velho/RO, 18 de novembro 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 20212700400047

RECURSO : VOLUNTÁRIO E-PAT N.º 011.009

RECORRENTE : IRMÃOS GONÇALVES COM. E INDÚSTRIA LTDA

RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

RELATOR : JULGADOR – DYEGO ALVES DE MELO

RELATÓRIO : Nº 0205/23/1.ª CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO Nº 0292/23/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

EMENTA : ICMS/MULTA – DEIXAR DE RECOLHER O ICMS AO CONSIDERAR MERCADORIAS COMO NÃO SUJEITA AO ICMS – PARCIAL OCORRÊNCIA – A comprovação de que um dos produtos utilizados na produção industrial da mercadoria final é coberto pela média de valor agregado 100% não resulta na isenção da mercadoria final. Comprovado nos autos que o produto “salpicão”, tributado à alíquota de 17,5%, não se enquadra a infração perseguida. Infração Parcialmente Ilidida. Auto de Infração Parcialmente 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 dar-lhe provimento, reformando-se a decisão de Primeira Instância que julgou procedente para **PARCIAL PROCEDENTE** o auto de infração conforme Voto do Julgador Relator Dyego Alves de Melo acompanhado pelos julgadores Leonardo Martins Gorayeb, Armando Mario da Silva Filho e Amarildo Ibiapina Alvarenga.

TATE, Sala de Sessões, 20 de novembro de 2023.

Anderson Aparecido Arnaut

Presidente

Dyego Alves de Melo

Julgador/Relator



Documento assinado eletronicamente por:

ANDERSON APARECIDO ARNAUT, Presidente do TATE,

, Data: **17/05/2024**, às **11:36**.

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 91/2024 , relativa a sessão realizada no dia 11/10/2023 , que julgou o Auto de Infração como *Parcial Procedente* da qual participei e por isso a assino por meio deste Termo de Assinatura.

Porto Velho, 11/10/2023 .



Documento assinado eletronicamente por:

DYEGO ALVES DE MELO, Julgador Setor Produtivo, Data: **17/05/2024**, às **11:37**.

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