



GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS
UNIDADE DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

SUJEITO PASSIVO: *HILGERT & CIA LTDA*

ENDEREÇO: *AV. JI-PARANÁ, 688 - URUPÁ - JI-PARANÁ/RO - MBT ADVOGADOS CEP: 76900-198*

PAT Nº: *20242700200003*

DATA DA AUTUAÇÃO: *04/11/2024*

CAD/CNPJ: *22.881.858/0001-45*

CAD/ICMS: *00000000176567*

DECISÃO PROCEDENTE Nº: 2025/1/178/TATE/SEFIN

1. Não efetuou desconto ao destinatário **2.** Beneficiário da isenção às mercadorias constantes do Conv. 100/97 **3.** Contagem da decadência do art.173, I do CTN. **4.** Defesa Tempestiva **5.** Infração não ilidida **6.** Ação Fiscal **Procedente**

1 – RELATÓRIO

O sujeito passivo, embora tenha gozado do benefício de isenção do ICMS reservado às mercadorias previstas no Convênio 100/97, deixou efetuar o desconto ao destinatário do valor do ICMS desonerado nas operações amparadas pelas notas fiscais relacionadas no Anexo I do corrente Auto de Infração, em violação ao previsto na nota 11 do item 18 do Anexo I do RICMS/RO, vigente à época do fato gerador. Fica, portanto, sujeito à cobrança do ICMS devido naquelas operações por não ter cumprido condição essencial a fruição do benefício isencional previsto no dispositivo legal acima. Legislação de referência: Item 18, Nota 11 do Anexo I do RICMS/RO c/c art.7º do Anexo I, também, do RICMS/RO, vigente à época dos fatos geradores. Se aplica a multa prevista no **art. 77, inciso IV, alínea “a”, item 1** da Lei 688/96.

Tributo ICMS	88.154,40
Multa	127.528,22
Juros	69.287,54
Atualização Monetária	27.264,45
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	312.234,61

A intimação deste Auto de Infração foi realizada pela Notificação nº **14520134**, em **09/12/2024**, fl. 03, via DET, nos termos do artigo 112, inciso IV da Lei nº 688/96. A defesa foi apresentada de forma tempestiva.

2 - DAS ARGUIÇÕES DA DEFESA

O sujeito passivo, preliminarmente, alega o que se segue:

2.1. Que seja a presente autuação reconhecida como totalmente improcedente, pois o crédito estaria extinto pelo instituto da Decadência previsto no art.150, § 4º do CTN, pois consistente em um aproveitamento regular de créditos no período de apuração e não em compensação indevida ou créditos glosados;

3 – FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO

O sujeito passivo, conforme consta nos autos, comerciante atacadista de máquinas, aparelhos e equipamentos para uso agrícola de acordo com a atividade econômica descrita na DFE (fl.04).

O contribuinte é beneficiário da isenção concedida no item 18 da Parte 3 do Anexo I do RICMS-RO (relativo ao Convênio 100/97). A autuação foi proveniente da não efetivação do comando “expresso” estabelecido na Nota 11, como já descrito acima.

A empresa, deixou de efetuar o desconto ao destinatário do valor do ICMS isentado nas operações relativas as NFs relacionadas no Anexo I deste Auto no período de 01/01/2019 a 30/04/2019,

sendo que o restante do exercício de 2019 foi objeto de uma denúncia espontânea e recolhimento através do REFAZ nos termos contidos na Resposta ao Recurso apresentado em face do Termo de Intimação nº 22881858000145.1 – Notificação nº 14193438, em anexo aos autos.

A presente Ação fiscal de nº 20241200200046, Auditoria Específica em Conta Gráfica– originada de SISMONITORA, foi autorizada pela DFE nº 20242500200003, de 06/08/2024 (fl.04), pelo período fiscalizado autorizado de 01/01/2019 a 31/12/2019.

O contribuinte foi notificado do Termo de início de Fiscalização, Termo nº 20241100200051, pelo Termo de Intimação nº 20242600200050 (fl.19), com data de ciência do contribuinte de 31/10/2024, para no prazo de 72 h apresentar livros e documentos fiscais (Notificação nº 14357367).

O Termo de Encerramento da ação fiscal nº 20243400200002, com a errata, foi lavrado em 02/12/2024 (fl.21) e o sujeito passivo cientificado em 17/01/2025 (fl. 21 verso).

Argumentos do sujeito passivo:

-

3.1. A presente autuação fiscal se baseia na afirmação de uso indevido do benefício fiscal da isenção pelo fato do contribuinte ter deixado de efetuar o desconto, aos seus destinatários, dos valores do ICMS desonerados nas operações amparadas pelos documentos fiscais relacionados no Anexo I deste Auto de Infração.

A Defesa alega que o período autuado, de janeiro a abril de 2019 já estaria prescrito, e usa a tese do art.150, § 4º do CTN, que inicia a contagem do prazo de 5 anos a partir das datas dos fatos geradores ocorridos.

O item I do Enunciado nº 002 do TATE/SEFIN, sobre o assunto, nos informa que “*A Notificação do auto de Infração faz cessar a contagem da decadência para a constituição do crédito tributário (Súmula 622 do STJ)*”. Já sabemos qual é a data final da contagem do prazo (ou ‘dies ad quem’). Então a tarefa, agora, é sabermos qual a data inicial (ou ‘dies a quo’) a partir do qual o prazo é contado.

O item 2 deste mesmo enunciado informa o seguinte:

II - No lançamento por homologação, quando a empresa, nos prazos estabelecidos pela legislação, prestar as informações com a declaração das operações e dos respectivos débitos, quando devidos, a contagem inicia-se com a ocorrência do fato gerador, considerando-se o período mensal.

Por outro lado, a Súmula 555 do STJ informa que:

Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.

Estamos diante de duas teses sobre a contagem de prazo decadencial: ambas do Código Tributário Nacional, a do art.150, § 4º, a partir dos fatos geradores, e a do art.173, I, a partir do primeiro

dia do exercício seguinte ao exercício que tais débitos deveriam ter sido lançados.

A “compensação” de créditos e débitos na conta gráfica, feita pelo próprio contribuinte, estampada no art.155, §2º, I da CF/88, na verdade, é uma técnica de cálculo do imposto devido (não-cumulativo) chamada “apuração”. O imposto, aqui, NÃO goza de liquidez e certeza, por isso tem que ser apurado e fica sujeito a posterior homologação/ exame do fisco em até cinco anos.

A “compensação” de créditos tributários como modalidade de extinção do crédito tributário citada no art.156, II do CTN e explicada no art.170 deste mesmo diploma, pelo contrário, deriva de um direito obrigacional, pois o crédito devido (vencido) já está constituído, goza de liquidez e certeza pela notificação de lançamento da autoridade competente.

Para corroborar e à guisa de informação disponho abaixo partes da Nota Técnica nº 015/2017 da SEFAZ – SC / Gerência de Tributação contidas no endereço https://legislacao.sef.sc.gov.br/html/notas_tecnicas/2017/nota_tecnica_17_015.htm

(As Notas Técnicas são feitas quando existem repetidas consultas dos contribuintes sobre determinados assuntos).

NÃO-CUMULATIVIDADE, COMPENSAÇÃO E CRÉDITO DO ICMS

1. ...

2. O ICMS como imposto não-cumulativo:

O ICMS é um imposto plurifásico não-cumulativo. Isto quer dizer que ele incide em todas as fases de comercialização da mercadoria, mas do imposto devido em cada fase pode ser deduzido o ICMS que onerou a mesma mercadoria nas fases anteriores. Desse modo, o imposto recolhido por cada contribuinte é proporcional ao valor que adicionar à mercadoria. A isto a legislação tributária se refere como “compensação” do imposto. Este é o primeiro dos sentidos da expressão, utilizada pelo constituinte no art. 155, § 2º, I:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

.....

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

.....

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I – será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

No caso de industrialização – em que o produto industrializado for destinado à mercancia – admite-se a apropriação, como crédito, do ICMS que onerou os insumos utilizados na industrialização.

Leciona Sacha Calmon Navarro Coelho:

Trocando em miúdos, ao abaterem *do débito do ICMS* ou do IPI pelas saídas tributadas os *créditos* advindos das entradas tributadas, os contribuintes não estão pagando dívida de imposto com *créditos tributários* diversos, nascidos de outra relação jurídica. Estão, em verdade, operando abatimentos absolutamente necessários ao cálculo normal do *quantum debeatur* do imposto. Apenas cumprem as leis desses impostos, cuja natureza não cumulativa determina a técnica de cálculo do imposto devido. Não se cuida aqui de pagar por compensação, mas de compensar débitos e créditos (não cumulatividade) para depois pagar. É a própria norma tributária, em seu andamento, que está sendo necessitadamente cumprida por determinação constitucional (COELHO, 2012, p. 738).

Hugo de Brito Machado, a seu turno, leciona que “é uma compensação com regime jurídico próprio, que não se confunde com a compensação como forma de extinção do crédito tributário, que é um instituto de direito obrigacional” (MACHADO, 2012, p. 35). “Não pressupõe uma relação entre a Fazenda Pública como credora e o contribuinte como devedor. É inerente à determinação do valor do imposto devido, em cada período de atividade do contribuinte”.

Ordinariamente, a compensação se dá entre todos os débitos relativos às operações ou prestações praticadas no período de apuração e todos os créditos correspondentes às entradas tributadas de mercadorias (ou dos respectivos insumos). Somente excepcionalmente compensa-se com os créditos correspondentes à mesma mercadoria.

....

5. Compensação do crédito tributário lançado de ofício com créditos escriturados em conta gráfica:

Hipótese completamente distinta é a do crédito tributário já estar constituído (notificação de lançamento), não correndo mais, portanto, prazo de decadência (o direito potestativo da Fazenda já foi exercido). Pelo contrário, o lançamento marca o início da fluência do prazo de prescrição do direito da Fazenda de exigir o crédito tributário em juízo.

Com efeito, o Código Tributário Nacional admite, como forma de extinção do crédito tributário (art. 156, II), a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública (art. 170). Esse é o segundo sentido de “compensação” utilizado pela legislação tributária.

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.

A compensação no direito tributário é análogo ao instituto previsto no art. 368 do Código Civil:

Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.

Art. 369. A compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis.

Entretanto, as disposições da lei civil, relativas à compensação, não tem aplicação no direito tributário, por se tratar de matéria reservada à lei complementar, o que não é o caso do Código Civil. Por esse motivo, o art. 374 – que dispunha em contrário – foi revogado pelo art. 44 da MP 75/2002. A principal diferença entre a compensação no direito civil e no tributário é a exigência de expressa previsão em lei nesse último caso.

Sobre esse tema, leciona Otacílio Dantas Cartaxo:

No direito tributário nacional, por força do artigo 170 do CTN, a compensação está prevista na espécie denominada “compensação legal”, e assim sendo constitui um direito subjetivo que pode ser exercitado por quem se encontre em situação hábil a pleiteá-la exigindo que sua obrigação tributária seja extinta em procedimento de compensação, conquanto que estejam preenchidos os requisitos legais exigidos.

Desta forma, não se permitirá à Fazenda Pública ou aos contribuintes se oporem à sua efetivação quando pleiteada por quaisquer dos participantes integrantes da relação jurídica tributária, na posição simultânea de credores e devedores recíprocos.

Para tanto, é exigido do crédito tributário objeto da compensação o preenchimento dos seguintes requisitos:

- a) especificidade, isto é, a existência de lei autorizativa específica;
- b) a estipulação de condições e garantias na lei autorizativa específica;
- c) reciprocidade, ou seja, o sujeito passivo deve ser portador de créditos próprios oponíveis a outros créditos da Fazenda Pública;
- d) liquidez, implica os créditos devidamente quantificados e expressos em unidades monetárias;
- e) certeza, diz respeito a sua constituição fundada na existência de uma relação jurídico tributária completamente definida;
- f) exigibilidade irrestrita relativamente aos créditos vencidos e também aos vincendos passíveis de compensação (CARTAXO, 2005, p. 186).

Conclui esse autor: “Exige, portanto, o multicitado artigo de nossa lei tributária, a liquidez e certeza do crédito, o que somente se dá com o efetivo lançamento do crédito tributário”.

Ora, o saldo credor em conta gráfica não é líquido e certo, mas está sujeito à ulterior exame da Fazenda Pública no prazo decadencial previsto no § 4º do art. 150. Somente após a sua homologação é que se extingue o crédito tributário, ou seja, a apropriação dos referidos créditos será considerada válida. Então, ele não é oponível ao crédito tributário lançado de ofício pela autoridade administrativa. Logo, não é viável a pretensão de compensar o crédito tributário com créditos escriturais.

Com efeito, é entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, pelas duas turmas de direito público:

O imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços é lançado por homologação, e – quando prevista em lei – a compensação ocorre antes da constituição do crédito tributário.

Declaradas pelo contribuinte as respectivas operações, o crédito tributário está definitivamente constituído independentemente de qualquer manifestação do Fisco, sem prejuízo do lançamento *ex officio* por eventuais diferenças.

O requerimento avulso que, reconhecendo embora o crédito tributário, pretenda compensá-lo com outros créditos oponíveis à Fazenda Pública é processado sem efeito suspensivo, porque inalcançável pela norma do art. 151, III, do Código Tributário Nacional. (STJ, Primeira Turma, rel. Min. Ari Pargendler, AgRg no Ag Rg na Medida Cautelar 19.349 RJ; RDDT 212: 231, maio de 2013)

Não discrepa desse entendimento a Segunda Turma:

2. Considerando que o pedido inicial é para que se efetue a “liquidação” do débito constante do auto de infração com os créditos que a impetrante afirma possuir, é imprescindível a prévia comprovação da regularidade de tais créditos para o reconhecimento da liquidez e certeza do direito afirmado, conforme entendimento pacífico da Primeira Seção/STJ (REsp 903.367 SP). (STJ, Segunda Turma, R em MS 25.293 Ba, DJe de 9-5-2011; RDDT 190: 213)

A compensação prevista no art. 170 do CTN depende de expressa previsão legal. Conforme entendimento da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça – Ag Rg no R. Esp. 965.419 RS (DJ de 5-3-08; RDDT 152: 225), “o art. 170 do Código Tributário Nacional, ao tratar do instituto da compensação tributária, impõe o entendimento de que somente a lei pode atribuir à autoridade administrativa o poder de deferir ou não a referida compensação entre créditos líquidos e certos com débitos vencidos ou vincendos”. Acrescenta o Tribunal que “verifica-se a absoluta impossibilidade de o Poder Judiciário invadir a esfera reservada à Administração Pública, e, por conseguinte, determinar a compensação pretendida pela agravante”.

Comunga desse entendimento a Segunda Turma do mesmo sodalício – REsp 1.010.166 SC (RDDT 174: 185): “somente a lei pode autorizar a compensação de créditos tributários, nas condições e sob as garantias que estipular” Isto porque “a compensação tributária depende de regras próprias e específicas, não sendo possível aplicar subsidiariamente as regras gerais do Código Civil”.

3. Sendo assim, não se pode aplicar por analogia o art. 354 do CC/2002 (art. 993 do CC/1916), porquanto o legislador não quis aplicar à compensação de tributos indevidamente pagos as regras do Direito Privado. E a prova da assertiva é que o art. 374 do CC/202, que determinava que a compensação das dívidas fiscais e parafiscais seria regida pelo disposto no Capítulo VII daquele diploma legal foi revogado pela Lei 10.677/2003, logo após a entrada em vigor do CC/2002.

“As normas tributárias têm, por natureza, caráter cogente, não permitindo, por isso mesmo, disposições de ato de vontade em sentido contrário mediante, nem, portanto, a aplicação subsidiária de regra de natureza dispositiva como é a do art. 374 do Código Civil” (STJ, Primeira Turma, REsp 1.052.174 SC; RDDT 175: 211).

Ainda segundo a mesma turma: “pelo fato de o direito tributário ser regido pelo princípio da legalidade estrita e pelo fato de o Poder Judiciário não poder atuar como legislador positivo, não se pode entender plausível que, à míngua de legislação estadual autorizando a compensação de créditos do Estado com débitos de autarquia estadual, possa o julgador determinar a compensação, ou simplesmente antecipar os efeitos de tal ato”.

Cuida-se, na hipótese, da compensação prevista no art. 170, já que a compensação do imposto devido com créditos escriturais refere-se à apuração do imposto pelo próprio contribuinte (autolancamento), cujo recolhimento antecipado está sujeito à verificação e homologação pelo Fisco. Essa compensação é efetuada pelo contribuinte, na apuração do imposto a recolher, sem prévio exame das autoridades fiscais. Isto porque, como se trata de imposto sujeito a lançamento por homologação, a verificação da legitimidade dos créditos será feita posteriormente, no prazo de cinco anos que tem o Fisco para homologar o procedimento do sujeito passivo. Se, nessa ocasião, os créditos utilizados forem considerados ilegítimos, eles serão glosados pelo Fisco que lançará de ofício o imposto correspondente. Tais créditos não podem ser exigidos do Erário Público, mas tão somente utilizados como forma de liquidação da respectiva obrigação tributária, desde que considerados legítimos.

A “compensação” de que trata o art. 155, § 2º, I, da Carta Magna não se confunde com a “compensação” referida no art. 170 do Código Tributário Nacional. A primeira é forma de apuração do imposto a recolher cujo resultado, quando antecipado o recolhimento, extingue o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação pelo Fisco. A segunda é forma de extinção do crédito tributário, pela sua compensação com créditos líquidos e certos do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.

Por conseguinte, esses créditos, pela sua natureza, poderiam ser utilizados na “compensação” a que se refere o art. 155, § 2º, I, da Constituição, mas jamais na “compensação” referida no art. 170 do CTN, posto que lhes faltam os requisitos de certeza e liquidez que somente ser-lhes-ão conferidos pela homologação do lançamento.

Conforme Hugo de Brito Machado (*op. cit.*):

Em se tratando de compensação que extingue o crédito tributário, o contribuinte utiliza crédito seu contra a entidade tributante. Existe uma relação obrigacional, com sujeitos ativo e passivo. O crédito do contribuinte, por este utilizado, corresponde a valor em poder do Estado, que deve ter sua expressão monetária atualizada para que persista com o mesmo poder liberatório”.

Já na compensação que se opera no âmbito da não-cumulatividade, do ICMS ou do IPI, o crédito utilizado não é objeto de uma relação obrigacional entre o contribuinte e o Fisco. Não constitui um direito

daquele contra este, e sua utilização, em regra, só pode ocorrer na determinação do valor do imposto devido em cada período de apuração, que é feita pelo contribuinte, sob sua inteira responsabilidade, no denominado lançamento por homologação.

Se os referidos créditos foram alegados somente depois de constituído de ofício o crédito tributário, então não se trata mais de compensação no sentido da não-cumulatividade do imposto. Pelo contrário, trata-se, efetivamente, da compensação prevista no art. 170 do CTN – forma de extinção do crédito tributário. Contudo, os créditos escriturais – que poderiam ter sido utilizados para compensar o imposto devido, no decurso do procedimento de autolancamento – não podem ser utilizados para extinguir o crédito tributário, na forma da compensação prevista no art. 170: (i) por não serem líquidos e certos, já que a certeza e liquidez somente será conferida pelo procedimento de fiscalização/homologação do imposto declarado e antecipado; (ii) por não haver expressa autorização em lei – na verdade, nem poderia haver tal lei, em virtude da falta de liquidez e certeza dos referidos créditos.

...

9. Considerações finais:

Decorre do princípio da não-cumulatividade que preside o ICMS o direito do contribuinte creditar-se do ICMS que onerou as mercadorias ou os insumos relativos às operações com mercadorias ou às prestações de serviço de transporte e de comunicação.

O termo “compensação”, utilizado pelo legislador, no entanto, tem dois sentidos. Pode referir-se à apuração do imposto a recolher, resultado do confronto entre o imposto devido e o correspondente “crédito”, ou seja, o imposto que onerou a entrada de mercadorias ou insumos utilizados. A apuração pode ser efetuada de ofício pela autoridade administrativa ou pelo próprio sujeito passivo, sujeita a ulterior homologação pela autoridade.

A “compensação” por outro lado pode se referir a modalidade de extinção do crédito tributário, isto é, depois de apurado, mediante compensação com créditos líquidos e certos do sujeito passivo tributário contra a Fazenda Pública.

Esses dois sentidos não se confundem e correspondem a situações diversas: (i) se o ICMS já foi apurado ou (ii) depende ainda de apuração. No primeiro caso, a liquidez e certeza do crédito do sujeito passivo devem estar caracterizadas. No segundo, a legitimidade do crédito será verificada no decurso do procedimento de lançamento ou de homologação do procedimento realizado pelo sujeito passivo.

Getri, em Florianópolis, 1º de março de 2017.

Velocino Pacheco Filho
AFRE – mat.

Vandeli Rohsig Dannebrock
Gerente de Tributação

Diante dessa exposição acima, fica claro que a dita “compensação” de créditos com os débitos em conta gráfica do contribuinte NÃO é medida de pagamento, nem total e nem parcial, do crédito tributário. Sendo assim, concluo que a regra de decadência a ser aplicada ao caso é a da contagem a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, a regra do art.173, I do CTN.

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 PROCEDENTE** o Auto de Infração e **DEVIDO** o crédito de **R\$ 312.234,61**, devendo ser atualizado até a data do efetivo pagamento.

Frise-se que é facultado ao sujeito passivo, nos termos do art.80, inciso I, alínea ‘d’ da Lei 688/96, recolher a multa com desconto de 40%, no prazo de 30 dias, contados da intimação do

juízo de 1ª instância, solicitando a emissão do DARE pelo e-mail:
primeirainstancia@sefin.ro.gov.br.

5 – ORDEM DE INTIMAÇÃO

Fica o sujeito passivo intimado a recolher o crédito tributário devido no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência deste, garantido o direito ao recurso voluntário à Câmara de Segunda Instância, no mesmo prazo, sob pena de inscrição em dívida ativa do Estado e o conseqüente processo de Execução Fiscal.

Porto Velho, 22/04/2025 .

ARMANDO MARIO DA SILVA FILHO

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

ARMANDO MARIO DA SILVA FILHO, Auditor Fiscal,

Data: **22/04/2025**, às **13:1**.

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