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

SUJEITO PASSIVO: *BRASIL NORTE BEBIDAS S.A*
ENDEREÇO: *Av. Pref. Osmar Cunha, 183 - Centro - Florianópolis /SC - CEP: 88015-100*
PAT Nº: *20212700100169*
DATA DA AUTUAÇÃO: *02/06/2021*
CAD/CNPJ: *34.590.315/0012-00*
CAD/ICMS: *00000001737970*

DECISÃO PARCIAL Nº: 2022/1/159/TATE/SEFIN

1. Falta de recolhimento do ICMS – DIFAL 2. Defesa Tempestiva 3. Infração parcialmente ilidida 4. Ação Fiscal parcialmente Procedente

1 – RELATÓRIO

De acordo com o relato na peça básica, o sujeito passivo não recolheu o ICMS DIFAL ao deixar de declará-lo na EFD/SPED em razão de diversas Notas fiscais de aquisições de uso/consumo, inclusive pela de utilização de CFOPs incorretos durante o exercício de 2016. Em razão dessa irregularidade, foi lançado o ICMS não recolhido e aplicada a multa prevista no art. 77, inciso IV, alínea ‘a’, item ‘5’ da Lei 688/96.

Tributo	260.016,74
Multa 90%	353.393,93
Juros	233.594,29

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 534d-ed1e-9658-2fdc

Atualização Monetária	132.643,19
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	979.648,15

A intimação foi realizada, em 24/06/2021, Via DET 12475341, (fl.75) 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 alega:

2.1. Que se operou a decadência, parcial, com relação as competências de 01/2016 a 06/2016, mais especificamente até 23/06/16, de acordo com o § 4º do art.150 do CTN, pois a data da ciência do AI foi em 24/06/2021;

2.2. Que o montante referente ao ICMS-DIFAL do ano de 2016 foi totalmente recolhido, razão por que não assiste a presente autuação;

2.3. Que os produtos em evidência não foram destinados para uso/consumo e sim, são insumos para uso no processo de fabricação;

2.4. Que o ICMS-DIFAL não deveria ser cobrado sobre operações que destinavam vasilhames, recipientes embalagens ou sacarias nos termos do Convênio CONFAZ 88/91, sendo isentos do ICMS;

2.5. Que o ICMS-DIFAL não deveria ser cobrado sobre operações com CFOP-2557, pois se trata de transferência de material para uso e consumo entre filiais da mesma empresa e por isso, fora da hipótese de incidência do ICMS;

2.6. Que não se aplica o ICMS-DIFAL em operações registradas como 'não realizadas';

2.7. Que também não se aplica o ICMS-DIFAL sobre operações de remessa de impressos personalizados vinculadas as NF de prestação de serviço por estarem sujeitas ao ISS de acordo com o que dispõe o item 13.05 da lista de serviços da LC nº 116/2003;

2.8. Que da mesma forma não se aplica o ICMS-DIFAL em operações de Simples Remessa ou retorno, por exemplo, bonificação, empréstimo, devolução ou de locação;

2.9. Que não se aplica o ICMS-DIFAL sobre a aquisição de serviço de telecomunicação, pois a responsabilidade do recolhimento do imposto é da operadora de telefonia que presta o serviço, nos termos da cláusula terceira do Convênio 126/1998;

2.10. Que não se aplica o ICMS-DIFAL em remessas de equipamentos em locação e suprimentos para manutenção de materiais de informática locados de acordo com contrato firmado com empresa emitente SELBETI Gestão de Documentos S/A, conforme dispõe a Consulta COPAT-SC (Doc.23);

2.11. Que mais uma vez, não incide o ICMS em operações que remetem mercadoria de Construção civil para canteiro de obras (CFOP 6949) e que foram registradas na EFD/SPED no CFOP 2949 'Outra entrada de mercadoria não especificada';

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 534d-ed1e-9658-2fdc

2.12. Que não se aplica o ICMS-DIFAL em operações de Substituição Tributária;

2.13. Que houve erro material na apuração do cálculo do crédito fiscal entre os meses de maio a dezembro de 2016 por não ter sido deduzido o pagamento do ICMS-DIFAL para uso e consumo (a Defesa traz cópias do LRA do ICMS do período acima -doc.26 e pede a verificação do Processo nº 20133000100541 TATE-RO Rec. ofício n. 215/2015. Acordão n. 146/16/1ª Câmara/TATE/SEFIN).

2.14. Que existe dupla cobrança do imposto referente as NFe registradas no CFOP 2101: está se cobrando o ICMS-DIFAL na presente autuação com base no art.77, inciso IV, alínea 'a', item 5 da Lei 688/96 e na cobrança do imposto na apuração de crédito indevido com fundamento no art.77, inciso V, alínea 'a', item 1 da mesma Lei de acordo com a cópia do AI nº 20212700100174 -doc.27, na pg. 1505, da Defesa;

2.15. Que a multa de 90% imputada ao sujeito passivo perde o objeto a partir do momento em que não se tem mais imposto a recolher, por tudo que se argumentou até aqui;

2.16. De acordo com o art. 116 da Lei 688/96, pede-se que a Autoridade Fiscal autorize diligência para esclarecimento dos fatos, especificamente, a saber: se o sujeito passivo é fabricante de refrigerante e se os produtos adquiridos nas operações referentes a presente autuação foram utilizados no processo produtivo de refrigerantes.

3 – FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO

Trata-se de contribuinte detentor de benefícios fiscais do CONDER/RO, conforme Ato Concessório nº.045/2017 (Lei nº. 1558/2005 com regulamentação através do Decreto nº. 12.988/07).

O sujeito passivo, fabricante de refrigerante, Regime de Apuração Normal, não recolheu o ICMS DIFAL ao deixar de declará-lo na EFD/SPED em razão de diversas Notas fiscais de aquisições de materiais de uso/consumo, inclusive pela de utilização de CFOPs incorretos durante o exercício de 2016.

A presente Ação Fiscal, nº 20201200100168, Auditoria em Conta Gráfica, autorizada pela DFE Nº 20202500100051, se originou do Planejamento de Malhas Fiscais 2020 Lt.02 e teve como objeto a averiguação de irregularidades que resultaram no não recolhimento do ICMS durante o exercício de 2016 pelo contribuinte.

Foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização nº 20201100100374 e o contribuinte foi intimado, notificação nº 11611634, a apresentar arquivos de NFe e NFCe de entradas e saídas de mercadorias do período de 01/01 a 31/12/2016 no prazo de 72 h a partir de sua ciência em 09/04/2021.

A DFE foi prorrogada duas vezes por 60 dias, sendo a primeira prorrogação de 03/03 a 01/05/2021, e a segunda de 02/05 a 30/06/2021. Essa Ação Fiscal foi encerrada com o Termo der Encerramento nº 20213300100047 em 14/06/21.

3.1. Após a averiguação da documentação apresentada (pgs. 202 à 226), Livro de Registro de Apuração do ICMS e comprovantes de pagamento mensais do ICMS de janeiro à junho/2016, em que neste período o pagamento do ICMS DIFAL para operações de aquisição de mercadorias de Uso/Consumo totalizou o montante de R$ 52.748,69, confirmo que foram apurados e pagos os valores de ICMS e portanto, tacitamente homologados, até a data da ciência desta autuação ao contribuinte no dia 24 de junho de 2022. Confirmo que se efetivou a decadência, de acordo com o § 4º do art.150 do CTN, de 5 (cinco) anos a partir do momento dos fatos geradores operados.

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 534d-ed1e-9658-2fdc

3.2. Baseado na restrição imposta da decadência, no item anterior, permanecem apenas com CFOP 2556 – “Compra de material para uso e consumo”, e sujeitas ao pagamento de DIFAL, as NFEs 501 (excluída por ser Simples remessa), 517 (excluída por ser Simples remessa), **285890 e 285901** (permanecem no cálculo do DIFAL).

3.3. Neste item, talvez o mais polêmico e difícil devido a falta do conhecimento técnico do processo de industrialização de bebidas, me socorro de uma pesquisa feita a página de legislação do Fisco de São Paulo, legislação.fazenda.sp.gov.br/Paginas/RC1706_2013.aspx, na qual reproduzo trechos da Resposta à Consulta 1706/2013.

Ementa

ICMS – ENVASADORA DE BEBIDAS – MATERIAIS CONSUMIDOS NO PROCESSO INDUSTRIAL E DE USO E CONMSUMO – CRÉDITO FISCAL:

I - LEGITIMIDADE DO APROVEITAMENTO DO CRÉDITO DO VALOR DO ICMS QUE ONERA A ENTRADA DE HIDROCLORITO DE SÓDIO 12%, CARVÃO ATIVADO DE CASCA-DE-COCO, SODA CÁUSTICA, ÁCIDO PERACÉTICO, DETERGENTE ALCALINO CLORADO, CARVÃO ATIVADO UMECTADO, GLP PARA EMPILHADEIRAS, COLA, SOLVENTE, TINTA E FILMES SHRINK E STRETCH;

II - IMPOSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO PARA ÓLEO – UTILIZADO PARA A CONTÍNUA LUBRIFICAÇÃO DAS ENGRENAGENS DOS EQUIPAMENTOS DE PRODUÇÃO, ESPECIALMENTE DAS ESTEIRAS POR ONDE CIRCULAM GARRAFAS E LATAS E SABÃO – UTILIZADO PARA LUBRIFICAR A ESTEIRA E ASSIM DIMINUIR O ATRITO ENTRE O PRODUTO E A ESTEIRA, EVITANDO QUEDAS E INTERRUPÇÕES DA LINHA DE PRODUÇÃO), POR SE TRATAREM DE MATERIAL DE USO OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO, CUJAS ENTRADAS SOMENTE GERARÃO DIREITO AO CRÉDITO A PARTIR DE 1º DE JANEIRO DE 2020, NOS TERMOS DO ART. 33, INCISO I DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96 NA REDAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 138/2010.

Relato

1. A Consulente expõe e indaga o que segue:

“Estabelecida no ramo de fabricação e envasamento de bebidas não alcoólicas, como refrigerantes, néctares, água de coco, água mineral, xarope, classificados nas posições 2202.10.00, 2009.89.90, 2201.10.00, 2202.90.00, 2106.90.10 e 2009.80.00, da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado (NBM-SH), a consulente se utiliza em seus processos industriais de diversos insumos classificáveis como produtos intermediários e, principalmente, secundários, na acepção versada na Decisão Normativa CAT-2/82, tradicionalmente perfilhada por essa Consultoria Tributária, como na resposta oferecida à Consulta 341/2011.

De notar-se, ademais, que pouco menos de 50% da atividade industrial da consulente se concentra na forma de industrialização por encomenda de terceiros, dos quais recebe a matéria-prima necessária à fabricação da bebida, na forma líquida, pastosa (polpa de frutas) ou sólida (pó concentrado).

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 534d-ed1e-9658-2fdc

O procedimento produtivo da consulente compreende quatro fases distintas: (i) controle de qualidade da água; (ii) higienização dos equipamentos e tubulação; (iii) produção; e (iv) embalagem. Em cada uma dessas fases são utilizados insumos secundários e alguns intermediários, conforme a seguir explicitado.

Dos insumos secundários e intermediários

Na definição da Decisão Normativa CAT-2/82, produto secundário "é aquele que, consumido no processo de industrialização, não se integra ao novo produto", enquanto o produto intermediário "é aquele que compõe ou integra a estrutura físico-química do novo produto, via de regra sem sofrer qualquer alteração em sua estrutura intrínseca".

Durante a primeira fase do processo produtivo, de controle de qualidade da água acondicionada em reservatório, a ser utilizada na fabricação das bebidas, procede-se à utilização dos seguintes insumos:

· hidroclorito de sódio 12%

· carvão ativado de casca-de-coco

O hidroclorito de sódio 12% é utilizado para desinfecção da água, eliminando micro-organismos vivos patogênicos como algas, fungos, bactérias e vírus.

Já o carvão ativado de casca-de-coco, face à sua extrema porosidade interna, tem a função de adsorver quimicamente as moléculas de impurezas encontradas na água, além do próprio cloro, sem produzir alterações na composição físico-química desta última.

Na segunda fase, a consulente realiza, com frequência diária, a limpeza e higienização dos equipamentos e tubulações em que são fabricadas as bebidas, com a finalidade de eliminar impurezas e elementos contaminantes, atividade durante a qual emprega os seguintes produtos secundários:

· soda cáustica

· ácido peracético

· detergente alcalino clorado

Trata-se de insumos desinfetantes, em razão de suas propriedades esterilizantes, fungicidas, viricidas, bactericidas e esporicidas, sendo consumidos instantânea e integralmente durante o procedimento.

Durante a terceira fase, de produção, são empregados diversos insumos secundários, a saber:

· carvão ativado umectado

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 534d-ed1e-9658-2fdc

· lubrificantes dos equipamentos (óleos e sabão)

· GLP para empilhadeiras

Igualmente são empregados insumos intermediários como estes:

· cola para rótulos

· solvente e tinta para datadora

Específico para a produção de xarope simples, formado pela mistura de água com açúcar, o carvão ativado umectado é utilizado para extrair odores e sabores estranhos, assim como para clarificar o produto. Concluída sua utilização, o produto é descartado, no mínimo, com frequência diária.

Os lubrificantes dos equipamentos são utilizados para a contínua lubrificação das engrenagens dos equipamentos de produção, especialmente das esteiras por onde circulam garrafas e latas contendo ou não a bebida envasada. Utiliza-se, também, um sabão lubrificante de esteira, para diminuir o atrito entre o produto e a esteira, evitando quedas e interrupções da linha de produção.

Duas das empilhadeiras da empresa ficam permanentemente integradas à linha de produção, uma apenas para transportar a matéria prima do local de armazenamento até a linha e outra apenas para retirar da linha os produtos acabados, os quais, na sequência, são transportados pelas outras empilhadeiras, no interior do estabelecimento. Todas são acionadas por meio de Gás Liquefeito de Petróleo (GLP).

Uma vez envasado o líquido produzido em garrafas, é utilizada cola para a colocação de rótulos. Já a tinta é utilizada para a impressão dos dados relativos à data de fabricação nas garrafas e latas. Como a tinta é adquirida na forma concentrada, faz-se necessário o emprego do solvente para diluí-la.

Outro solvente utilizado pela empresa destina-se a remover as sobras de cola que ficam nas máquinas após a colocação dos rótulos.

Na última fase de industrialização, a de embalagem dos produtos, são utilizadas as seguintes películas:

· filmes shrink

· filmes stretch

Trata-se de filmes de polietileno empregados para embalar e proteger a carga paletizada. O filme shrink é termo-encolhível, de modo a firmar e tornar segura a embalagem, enquanto o filme stretch se contrai depois de esticado, não sendo necessário o encolhimento por calor. De alta resistência, protegem os produtos da poeira, calor, avarias e perfurações. Como a cola e a tinta, igualmente se classificam como

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 534d-ed1e-9658-2fdc

produtos intermediários.

A partir daqui a consulente pede vênia para manifestar seu entendimento sobre a possibilidade de aproveitamento de crédito do valor do imposto destacado nos documentos fiscais relativos à aquisição dos citados insumos. E, então, passo a reproduzir o entendimento do Fisco de São Paulo sobre a Consulta solicitada.

Interpretação

2. Conforme a Decisão Normativa CAT nº 01/2001, e de acordo com as normas reguladoras nela citadas, foram estabelecidas as condições, limites, procedimentos e até mesmo certas cautelas a serem observadas pelo contribuinte quando da apropriação do valor do ICMS incidente sobre a entrada ou aquisição, entre outros, de matérias-primas e de materiais secundários.

3. Assim, entendemos que os insumos empregados, quando consumidos instantaneamente no processo industrial de produto cuja saída seja regularmente tributada, ou, não o sendo, haja expressa autorização para o crédito ser mantido, geram, por suas entradas ou aquisições, direito ao crédito pleiteado. Sendo assim, geram esse direito os produtos:

- Hipoclorito de sódio 12% - utilizado no controle de qualidade da água acondicionada em reservatório a ser utilizada na fabricação das bebidas (para desinfecção da água, eliminando micro-organismos vivos patogênicos como algas, fungos, bactérias e vírus);

- Carvão ativado de casca-de-coco – utilizado no controle de qualidade da água acondicionada em reservatório a ser utilizada na fabricação das bebidas (face à sua extrema porosidade interna, tem a função de absorver quimicamente as moléculas de impurezas encontradas na água, além do próprio cloro, sem produzir alterações na composição físico-química desta última;

- Soda cáustica, ácido peracético e detergente alcalino clorado – utilizados com frequência na limpeza e higienização dos equipamentos e tubulações em que são fabricadas as bebidas, com a finalidade de eliminar impurezas e elementos contaminantes (trata-se de insumos desinfetantes, em razão de suas propriedades esterilizantes, fungicidas, viricidas, bactericidas e esporicidas);

- Carvão ativado umectado – utilizado para extrair odores e sabores estranhos, assim como para clarificar o produto;

- GLP – utilizado para acionar duas empilhadeiras que ficam permanentemente integradas a linha de produção – uma apenas para transportar a matéria-prima do local do armazenamento até a linha e outra apenas para retirar da linha os produtos acabados, os quais, na sequência, são transportados pelas outras empilhadeiras no interior do estabelecimento;

- Cola – utilizada para a colocação de rótulos;

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 534d-ed1e-9658-2fdc

- Tinta – utilizada para a impressão dos dados relativos à data de fabricação nas garrafas e latas;

- Solvente – para diluir a tinta que é adquirida em forma concentrada e para remover sobras de cola que ficam nas máquinas após a colocação de rótulos;

- Filmes shrink e stretch – filmes de polietileno utilizados para embalar e proteger a carga paletizada – O filme shrink é termo-encolhível, de modo a firmar e tornar segura a embalagem, enquanto o filme stretch se contrai depois de esticado, não sendo necessário o encolhimento por calor – De alta resistência, protegem os produtos da poeira, calor, avarias e perfurações.

4. No que se refere aos **lubrificantes** (**óleo** – utilizado para a contínua lubrificação das engrenagens dos equipamentos de produção, especialmente das esteiras por onde circulam garrafas e latas) e (**sabão lubrificante de esteira** – utilizado para lubrificar a esteira e assim diminuir o atrito entre o produto e a esteira, evitando quedas e interrupções da linha de produção), **por se tratarem de material de uso ou consumo do estabelecimento, suas entradas somente darão direito ao crédito do valor do ICMS que onera suas entradas ou aquisições** a partir de 1º de janeiro de 2020, nos termos do art. 33, inciso I da Lei Complementar nº 87/96 na redação da Lei Complementar nº 138/2010.

São 105 NFEs com CFOP 2101. De acordo com os itens constantes do Quadro – "Estoque – movimentação de um item" apresentado pela Defesa, e pesquisado por mim, item a item, no qual saliento produtos para tratamento de água e efluentes, desinfetantes, solventes, reagentes, coadjuvantes, biocidas clorados para controle microbiológico, aditivos para enxagues de vasilhames, carbonato de sódio para aumento do PH da água, fitas para arquear pallets, filmes, material de serigrafia, anticorrosivos, etc.... e em concordância com a Resposta a Consulta do Fisco de São Paulo, assisto razão para a solicitação da Defesa a respeito de todos os produtos, COM EXCEÇÃO de L Dicolub Lujob BB (NF 1087998**, 1095495**), Detergente Diverfoam CA (NFs 1073016**,** 1088612**, 1095496, 1102487, 1139044**), Sabão Dry Tech 4 BB (NFs 1048450**,** 1073017**,** 1074088**, 1113772, 1119654, 1133163**) e Detergente Taski Clonet (NFs 1031282**,** 1061047**, 1095241, 1121799, 1138759**) que segundo a pesquisa, são produtos para limpeza e redução de atritos de esteiras, detergentes para limpeza pesada e remoção de manchas em pisos e equipamentos e Lubrificantes para esteiras. Porém, devido ao prazo decadencial até 24/06/2016, discutido no item 3.1., as NFs 1048450, 1073016, 1073017, 1074088, 1087998, 1088612, 1031282 e 1061047 estão fora desta autuação.

3.4. CFOP 2920 – 133 NFE vasilhames e sacarias. Acolho a solicitação da Defesa quanto a isenção do ICMS-DIFAL, de acordo com o que dispõe o Convênio ICMS nº 88/1991.

3.5. É de se destacar que o STF, em 14 de agosto de 2020, em Agravo no Recurso Extraordinário – ARE 1.255.885, analisando a matéria (transferência entre estabelecimento do mesmo titular), entendeu pela existência de repercussão geral e reafirmou sua jurisprudência, fixando a seguinte tese: "Não incide ICMS no deslocamento de bens de um estabelecimento para outro do mesmo contribuinte localizados em estados distintos, visto não haver a transferência da titularidade ou a realização de ato de mercancia."

Além disso, o STF, em 19/04/2021, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC 49, no mesmo sentido do precedente, declarou a inconstitucionalidade dos artigos 11, §3º, II, 12, I, no trecho "ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular", e 13, §4º, da Lei Complementar Federal n. 87, de 13 de setembro de 1996, definindo que o deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular não configura fato gerador da incidência de ICMS, ainda que se trate de transferência interestadual.

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 534d-ed1e-9658-2fdc

> *"2. **O deslocamento de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular não configura fato gerador da incidência de ICMS, ainda que se trate de circulação interestadual**. Precedentes.*
> *3. A hipótese de incidência do tributo é a operação jurídica praticada por comerciante que acarrete circulação de mercadoria e transmissão de sua titularidade ao consumidor final.*
> *4. Ação declaratória julgada improcedente, declarando a inconstitucionalidade dos artigos 11, §3º, II, 12, I, no trecho "ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular", e 13, §4º, da Lei Complementar Federal n. 87, de 13 de setembro de 1996."*

Dessa forma, com as decisões acima, não existe fato gerador do imposto na operação realizada pela autuada, pois não houve transferência da titularidade, nem realização de ato de mercancia. Ressaltando que, pelo fato de a declaração de inconstitucionalidade ter sido proferida em ADC, tal decisão produz eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, o que impede a cobrança do ICMS para essa situação (Art. 102, § 2º, CF/88).

Diante do exposto, como comprovado que a operação realizada se tratou de uma transferência de material de uso e consumo, que a matéria já possui tese firmada pelo STF no ARE 1.255.885 e, especialmente, da decisão proferida na ADC 49, que produz efeito vinculante para a Administração Pública, procede a tese da inexistência de fato gerador e, assim, ausente está a justa causa para o lançamento realizado.

Ademais, este assunto foi definitivamente pacificado por este Tribunal quando editou a Súmula 5:

> **Sumula 5 TATE** – "O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular não configura fato gerador da incidência do ICMS, ainda que se trate de transferência interestadual, ressalvada a cobrança do ICMS diferido porventura incidente em operações anteriores.
> .

3.6. Item prejudicado pelo resultado do item 3.1. A NFE constante deste item se encontra dentro do período de decadência;

3.7. As Operações de Remessas de Impressos Personalizados – CFOP 2949 – 19 NFE, não estão sob a incidência do ICMS, e sim do ISS, segundo a LC nº 157/2016;

3.8. Não incide o imposto em operação de Simples remessa e retorno – de acordo com o inciso X do art. 3º do Decreto 8321/1998 (RICMS-RO da época).

> **Art. 3º**. O imposto não incide sobre (Lei 688/96, art. 3º):
> (...)
> **X** – a saída dos mesmos bens referidos no inciso anterior, em retorno ao estabelecimento de origem;

3.9. Operações de serviços de Comunicações – (CFOP 2302). Não incide ICMS-DIFAL, pois de acordo com o Convênio ICMS nº 126/1998, citado nos fundamentos da Defesa, a responsabilidade do recolhimento do imposto é do prestador do serviço e não do tomador;

3.10. Operação de Locação SEBELTI- produtos de informática, sendo alguns de reposição. CFOP 6949 – Não incide ICMS de acordo com a Súmula Vinculante nº 31;

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 534d-ed1e-9658-2fdc

3.11. As NFs se referem aos materiais de publicidade e comunicação visual fornecidos por empresa da área de Comunicação e impressão visual. De acordo com o art.772 do Decreto 8321/98 (RICMS-RO da época dos fatos)

> **Art. 772**. O imposto não incide sobre as operações relacionadas com (Decreto-Lei federal 406/68, art. 8º, itens 32 e 34 da Lista de Serviços-Lei Complementar federal 56/87):
> I – (...);
> **II** – o fornecimento de material adquirido de terceiros quando efetuado em decorrência de contrato de empreitada ou de subempreitada;

A empresa NÃO COMPROVOU que esse material seria entregue em um canteiro de obras. Não existe, até o presente momento, comprovante do contrato de empreitada ou subempreitada vigente à época dos fatos. Desta forma, entendo pela incidência do imposto e considero o fornecimento como operação para uso e consumo. Pela decisão do prazo de decadência referente ao item 3.1. estão fora do cálculo do imposto as seguintes NFs: 000177849, 000177871, 000177901 e 000207. As demais, fora da decadência, permanecem como objeto da ação fiscal: **000207631, 000207634, 000210455, 000210456, 000211018, 000211020, 000211026, 000211746 e 000212245**.

3.12. Não incide o imposto sobre mercadorias já sujeitas ao regime de Substituição Tributária – ST. De acordo com a Defesa, AFASTO a incidência do ICMS-DIFAL nas respectivas NFs: 000235151, 000235786, 000240275, 000242510, 000247498, 000248401 e 000251226.

3.13. Não, após esta análise detalhada, entendo que a questão é que não houve dedução dos valores do ICMS-DIFAL nos valores que resultaram no crédito tributário, mas a empresa deixou de recolher o ICMS-DIFAL porque NÃO registrou, NÃO declarou, algumas operações que, obrigatoriamente, deveria.

A respeito do processo nº 20133000100541/TATE, citado pela Defesa, da empresa Eleacre Engenharia Ltda., após ler o Acórdão nº 146/16/1ª Câmara/TATE/SEFIN, informo que, neste caso, a nulidade não se aplica, pois estão presentes todos os requisitos do Auto de Infração de acordo com o artigo 100 da Lei 688/96.

3.14. A capitulação da multa na presente autuação está descrita no campo “Capitulação Legal – multa”, como artigo 77, inciso IV, alínea ‘a’, item 5 da Lei 688/98, contida na peça básica, e dispõe que: “ *infrações relacionadas ao pagamento, retenção ou apuração do ICMS: multa de 90% do valor do imposto não pago correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, quando na entrada no território deste Estado, procedente de outra unidade da Federação, de mercadoria ou bem destinado ao uso ou consumo ou ao ativo imobilizado, em estabelecimento de contribuinte do imposto ou de serviço, (...) e não esteja vinculada a operação ou prestação subsequente sujeita ao imposto*;” Traduz, perfeitamente, o que se quer penalizar, após as intimações para a empresa se regularizar fruto de uma Auditoria específica. Existe, sim, um enquadramento do fato gerador a norma tributária que implica em uma penalidade. Não existe dupla capitulação da multa, apenas o entendimento de que quando incide ou deva incidir o imposto, através do recolhimento deste, será gerará um crédito.

3.15. A multa, então, não perdeu o objeto porque ainda existe e persiste um montante do imposto a recolher, como visto até aqui.

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 534d-ed1e-9658-2fdc

3.16. Não acredito haver necessidade de mais diligência. A empresa, Brasil Norte Bebidas S.A. que, entre outras marcas de bebidas, fabrica e comercializa a Coca-Cola, sua marca mais famosa. Sim, de acordo com o item 3.3., sabemos que quase a totalidade dos produtos adquiridos pela empresa foram consumidos no processo produtivo, em que pese as exceções apontadas.

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 PARCIALMENTE PROCEDENTE** a ação fiscal e **DEVIDO** o crédito de R$ **27.741,86** e **INDEVIDO** o crédito tributário pela diferença no valor de R$ 951.906,29.

Tributo	7.340,46
Multa 90%	10.007,48
Juros	6.614,95
Atualização Monetária	3.778,97
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	**27.741,86**

Por se tratar de decisão contrária à Administração Tributária, recorro de ofício, com efeito suspensivo, à Câmara da 2ª Instância do TATE, de acordo com o caput do art.132 da Lei 688/96.

5 – ORDEM DE INTIMAÇÃO

Notifiquem o sujeito passivo sobre a presente decisão de Primeira Instância, reservado o direito de vistas e manifestação junto à Câmara de Julgamento de Segunda Instância.

Após, em virtude do disposto no § 3º do artigo 132 da Lei nº 688/96, encaminhem o processo ao autor do feito para manifestação.

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 534d-ed1e-9658-2fdc

Porto Velho, *03/10/2022* .

Armando Mário da Silva Filho

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA

Documento assinado eletronicamente por:
Armando Mário da Silva Filho, **Auditor Fiscal**, , Data: **03/10/2022**, às **11:11**.
Conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 534d-ed1e-9658-2fdc