



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: *Avenida Pref. Osmar Cunha, 183 - Centro - Florianópolis/SC - CEP: 88015-100*

PAT Nº: *20212700100195*

DATA DA AUTUAÇÃO: *14/06/2021*

CAD/CNPJ: *34.590.315/0012-00*

CAD/ICMS: *00000001737970*

INTIMAÇÃO: *Dr. Luiz Fernando Sachet OAB/SC 18.429 - Rua Cristóvão Nunes Pires, n. 86, 8º Andar, Torre Suden, Centro, Florianópolis/SC, CEP 88010-120*

DECISÃO NULO Nº: 2022/1/31/TATE/SEFIN

1. Deixar de recolher o FECOEP na condição de responsável solidário
2. Defesa tempestiva
3. Infração ilidida
4. Ação Fiscal Nula

1 - RELATÓRIO

Conforme descrito no auto de infração (fl. 02), “o sujeito passivo no decorrer de suas atividades no exercício de 2016 deixou de apresentar diversas guias/GNRE’s do FECOEP, não detectadas em nosso sistema SITAFE, correspondentes às aquisições de produtos submetidos ao instituto da substituição tributária, objeto da Lei Complementar nº 842 de 27 de novembro de 2015/RO, de contribuinte/industrial não inscrito nesta unidade da federação, razão pela qual se insere como responsável solidário pelo recolhimento dos referidos tributos, apurados conforme demonstrativos. BC 81.698,80 UPF’s/RO.”

A ação foi determinada por meio da DFE nº 20202500100051 para Auditoria Específica – Conta Gráfica (ICMS) período fiscalizado 01/01/2016 a 31/12/2016.

Como dispositivos legais infringidos foram indicados: artigo 2º, inciso XV, artigo 12-A, artigo 53, inciso I, alínea “b”, artigo 76, inciso I, alíneas “g” e “h”, artigo 78, inciso II, § 4º, artigo 78-A, § 2º, artigo 79-F, inciso II, todos do RICMS/RO aprovado pelo Decreto nº 8.321/98. A penalidade foi aplicada com base no artigo 77, inciso IV, alínea “a”, item 1 da Lei nº 688/1996.

O crédito tributário, à época da lavratura, foi lançado com a seguinte composição:

Tributo	R\$ 92.405,91
Multa	R\$ 125.980,00
Juros	R\$ 86.511,12
A. Monetária	R\$ 47.571,87
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 352.468,90

A intimação do sujeito passivo foi realizada via DET, com base no artigo 112, inciso IV da Lei 688/1996.

2 – ARGUMENTOS DA DEFESA.

A atuada apresentou defesa tempestiva, na qual, em resumo, expõe a seguinte argumentação:

I) Decadência Parcial do crédito tributário; como o contribuinte foi notificado da autuação fiscal em 24/06/2021, parte do lançamento relativos a competência de 2016 encontra-se decaídos (01/2016 a 23/06/2016); de que, conforme planilha do atuante, houve recolhimento parcial do imposto; de que, como houve pagamento parcial, o termo inicial do prazo decadencial se sujeita ao disposto no § 4º do artigo 150 do CTN, colacionando julgados do STJ e TATE (2ª Câmara), requerendo o acolhimento da decadência para o período 01/2016 a 23/06/2016, declarando a extinção de parte do crédito tributário;

II) Nulidade do auto de infração – inaplicabilidade do FECOEP/RO para período anteriores a 20/03/2016; de que a exigência no pagamento de 2% para o FECOEP foi instituída pelo Decreto nº 20.453/2016 que passou a ter efeitos somente a partir de 20/03/2016, de que a legislação tributária aplica-se aos fatos futuros, conforme artigo 105 do CTN: de que a cobrança foi fundamentada em legislação que entrou em vigor após a data do fato gerador, violando os princípios da irretroatividade e legalidade tributária, requerendo o cancelamento do auto de infração;

III) Ilegitimidade passiva; de que a atuada não pode ser declarada responsável solidária pois as aquisições de “cerveja” pela fabricantes “Cervejarias Kaiser” localizadas no Paraná e São Paulo são cadastradas na SEFIN como contribuintes por substituição tributária, desde 01/07/2010 e 14/12/1998, respectivamente; de que o Estado de Rondônia e os Estados de São Paulo e Paraná são signatários do Protocolo ICMS nº 11/1991 que estabelece que é responsabilidade do industrial a retenção e recolhimento do ICMS ST devido na operação; de que a impugnante figura como substituída tributária e não existe interesse comum na operação, solicitando o cancelamento do auto de infração pois é parte ilegítima para figurar no polo passivo da autuação;

IV) Da ausência de infração; de que os cálculos efetuados pelo atuante considerou a alíquota de ICMS ST no percentual de 31% e o correto é 29%: de que foi aplicado o MVA de 140% nos produtos classificados com o CFOP 6403, pois encontrava-se na condição de atacadista e portanto utilizou corretamente o MVA de 70%, conforme determina a tabela IV, do anexo V do RIMCS/RO; de que o FECOEP foi pago pelo responsável tributário, bem como não ocorreu sonegação na referida operação

e que a autoridade fiscal deixou de realizar as verificações necessárias para a obtenção da verdade material; de que houve erro na construção do lançamento ao imputar valores alheios na base de cálculo do FECOEP (MVA e alíquota), requerendo o cancelamento do auto de infração;

V) Ausência de subsunção do fato à penalidade; de que a impugnante, na condição de substituída tributária, não contribuiu para eventual ausência de recolhimento do FECOEP; de que conforme demonstrado não ocorreu a infração descrita na autuação fiscal, não havendo imposto a recolher e a multa sobre o valor do imposto não recolhido, é, por consectário lógico, indevida, requerendo o afastamento da multa de 90% sobre o valor do imposto.

3 - FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO.

A infração imputada é de que o sujeito passivo, na condição de responsável solidário, deixou de recolher o FECOEP, por efetuar operações de aquisição de mercadorias sujeitas ao recolhimento do ICMS substituição tributária de contribuinte/industrial não inscrito nesta unidade da federação (exercício de 2016).

Assim, cumpre-me, primeiramente, esclarecer que o FECOEP (Fundo Estadual de Combate e Erradicação à Pobreza) foi criado para minimizar o impacto das desigualdades sociais entre os estados brasileiros e sua cobrança está ligada diretamente ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), funcionando como uma alíquota adicional no recolhimento desse tributo, conforme prescreve legislação:

RICMS – RO aprovado pelo Decreto nº 8.321/98

Art. 2º *Ocorre o fato gerador do imposto no momento (Lei 688/96, art. 17):*

XV – da entrada de mercadoria ou bem no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado, para efeito de exigência do imposto por substituição tributária;

Art. 12-A. *As alíquotas incidentes nas prestações e operações internas previstas nos itens 1, 3, 5, 9 e 12 da alínea “c” e nas alíneas “g”, “h” e “i” do inciso I do artigo 12, ficam acrescidas de 2% (dois por cento), cujo produto da arrecadação destina-se a compor recurso para financiar Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza de Rondônia - FECOEP/RO, instituído pela Lei Complementar n. 842, de 27 de novembro de 2015, em atendimento ao disposto no artigo 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. (AC pelo Dec. 20453, de 07.01.16 – efeitos a partir de 20.03.16 – LO 3699/15)*

Art. 53. *O ICMS deverá ser pago (Lei 688/96, art. 45):*

I – no momento da entrada no território do Estado:

b) de mercadorias sujeitas à substituição tributária, quando não alcançadas por convênios ou protocolos celebrados com as demais unidades da Federação, observados os §§ 4º, 5º e 9º

Art. 76. *São responsáveis (Lei 688/96, Art. 15):*

I – pelo pagamento do imposto devido:

g) solidariamente, a pessoa que tenha interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária;

h) solidariamente, todo aquele que concorrer para a sonegação do imposto, ressalvadas as hipóteses previstas nas alíneas anteriores;

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

II – ao contribuinte estabelecido neste Estado, em relação ao imposto devido pelas saídas promovidas por produtores ou extratores, de mercadorias a ele destinadas;

§ 4º A substituição tributária não exclui a responsabilidade do contribuinte substituído na hipótese de o documento fiscal próprio não indicar o valor do imposto objeto da substituição, quando o respectivo destaque for exigido pela Legislação Tributária.

Art. 78-A. O contribuinte remetente que promover operações interestaduais com bens e mercadorias especificadas em convênio ou protocolo que disponha sobre o regime de substituição tributária será o responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes devido à unidade federada de destino, mesmo que o imposto tenha sido retido anteriormente

§ 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.

Art. 79-F. O vencimento do imposto devido por substituição tributária será:

II - o dia da saída do bem e da mercadoria do estabelecimento remetente, em se tratando de sujeito passivo por substituição não inscrito no cadastro de contribuinte do ICMS da unidade federada de destino;

Quanto à pena aplicada, assim determina a Lei nº 688/96, em caso de descumprimento das mencionadas obrigações:

LEI Nº 688, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1996 – D.O.E. de 30/12/96

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;

3.2 – Da análise das alegações de defesa

Conforme elenco de argumentações e pedidos da defesa descritos no tópico 2, passo à análise de cada ponto nos subtópicos abaixo:

3.2.1 – Decadência Parcial do crédito tributário

Sustenta o sujeito passivo de que há a ocorrência parcial da decadência visto que:

1) Foi cientificada do auto de infração em 24/06/2016.

2) Ocorreu o recolhimento, mesmo que parcial (conforme planilha do autuante) ao Fundo de Combate e Erradicação à Pobreza do estado de Rondônia em todo o exercício de 2016.

Em consulta a planilha do autuante (apuração FECOEP – final) constatei existirem pagamentos de DARE's, código de receita 6306 (FECOEP – Fundo de Combate à Pobreza – por operação) dos remetentes: Cervejaria Kaiser Brasil S.A – CNPJ 19.900.000/0017-33 e Cervejaria Kaiser Brasil S.A. – CNPJ 19.900.000/0008-42.

Assim, comprovei que houve pagamentos ao FECOEP, mesmo parcial, conforme planilha do autuante e, portanto, legítima a aplicação ao que dispõe o artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional para efeitos de contagem da decadência, *in verbis*:

Lei 5.172/1966

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de

antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Diante disso, é forçoso concluir que, em relação ao período compreendido 01.01.2016 a 23/06/2016, a autuação é indevida, pois o lançamento de ofício, quanto a esse período, em face da decadência do direito de lançar, não poderia ter sido efetuado.

Destarte, devem ser excluídos do lançamento, por serem indevidos, os valores relativos aos meses de janeiro a junho de 2016.

3.2.II – Nulidade do auto de infração – inaplicabilidade do FECOEP/RO para períodos anteriores a 20/03/2016.

O Fundo de Combate e Erradicação à Pobreza foi instituído pela Lei Complementar n. 842, de 27 de novembro de 2015, em atendimento ao disposto no artigo 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal e incluído ao RICMS-RO através do Decreto nº 20.453 de 07.01.16 com efeitos a partir de 20.03.2016.

Assim, de forma a não violar os princípios da irretroatividade e legalidade tributária, excluo da base de cálculo todas as operações ocorridas entre janeiro de 2016 a 20/03/2016 e que foram declaradas decadentes conforme disposto no tópico 3.2.I.

3.2.III - Ilegitimidade passiva; de que a atuada não pode ser declarada responsável solidária

Argumenta o sujeito passivo de que não pode ser inserido como responsável solidário no pagamento do FECOEP pois as empresas remetentes das mercadorias são inscritas como substitutos tributários no cadastro da SEFIN-RO.

Conforme planilha do atuante, a infração tributária contempla 3 empresas remetentes de mercadorias para o contribuinte ora recorrido, são elas:

1. Cervejarias Kaiser Brasil S.A – CNPJ 19.900.000/0017-33 situada em Araraquara – SP – Alcançada pela Decadência – tópico 3.2.I. (NF-e nº 207497 e 207499 de 21/03/2016)
2. Cervejarias Kaiser Brasil S.A – CNPJ 19.900.000/0039-49 situada em Jacaréí – SP.
3. Cervejarias Kaiser Brasil S.A – CNPJ 19.900.000/0008-42 situada em Ponta Grossa – PR

Ao contrário do descrito na infração as empresas filiais (CNPJ's nº 19.900.000/0039-49 e nº 19.900.000/0008-42) estão de fato cadastradas como substitutos tributários no estado de Rondônia, sendo atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS ST, conforme artigo 675 do RICMS-RO, *in verbis*:

RICMS-RO Decreto nº 8.321/98

Art. 675. Na saída de cerveja, inclusive chope, refrigerante, água mineral e gelo, classificados nas posições 2201 a 2203 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias-Sistema Harmonizado (NBM/SH), com destino a estabelecimento localizado em território rondoniense, fica atribuída a responsabilidade pelo pagamento do imposto incidente nas operações subseqüentes (Lei

688/96, art. 12 e art. 24, § 6º, inciso VI, e Protocolo ICMS 11/91, cláusula primeira e décima primeira):

I – a estabelecimento localizado em outro Estado signatário de acordo implementado por este Estado, arrolado na Tabela III do Anexo VI deste Regulamento:

a) do fabricante, inclusive do engarrafador de água, do importador ou do arrematante da mercadoria importada do exterior e apreendida;

Deste modo, como há protocolo (11/1991) entre os estados de Rondônia e os estados de São Paulo e Paraná para a cobrança do ICMS-ST nas operações com os produtos classificados com NCM 2201 a 2203, o autuado, estabelecimento do estado de Rondônia, não tem a obrigação legal de recolher o FECOEP. Assim, em face das operações realizadas, FECOEP (se devido, pois existem erros na planilha envolvendo alíquota e MVA) devem ser exigidas do remetente da mercadoria (Cervejarias Kaiser S.A).

Diante da ilegitimidade passiva do autuado, a ação fiscal não deve ser mantida, devendo ser declarada sua nulidade.

Deixo de enfrentar os demais argumentos da defesa, itens IV e V, em virtude da decretação de nulidade deste auto de infração.

3.2 – Do resultado da análise

Finalmente, pelo exposto acima, diante da necessidade de reconhecer a ilegitimidade passiva do contribuinte, conheço da defesa dar-lhe provimento, excluindo a exigência de que trata este PAT.

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 NULA a ação fiscal e declaro indevido o crédito tributário no valor R\$ 352.468,90.

Por ser decisão contrária à Fazenda Pública Estadual, recorro de ofício à Câmara de Julgamento de Segunda Instância, em atendimento ao artigo 132 da Lei nº 688/96.

Em face do disposto no §3º desse mesmo artigo, que se encaminhe o processo ao autor do feito:

Lei nº 688/96

Art. 132.

§ 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.

5 – ORDEM DE INTIMAÇÃO

Notifique-se o contribuinte autuado da decisão de Primeira Instância, reservado o direito de vistas e manifestação junto à Câmara de Julgamento de Segunda Instância.

Porto Velho, 29/08/2022 .

Rosilene Locks Greco

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

Rosilene Locks Greco, Auditora Fiscal,

, Data: **29/08/2022**, às **10:38**.

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