



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

SUJEITO PASSIVO: *LOJAS RENNER S.A.*

ENDEREÇO: AV CHIQUILITO ERSE, 3288, FLODOALDO PONTES PINTO, PORTO VELHO (RO)
CEP 76.820-408

PAT Nº: 20212700100391

DATA DA AUTUAÇÃO: 15/12/2021

CAD/CNPJ: 92.754.738/0141-12

CAD/ICMS: 00000001731777

DECISÃO IMPROCEDENTE Nº: 2022/1/163/TATE/SEFIN

1. Apropriação indevida de crédito Fiscal.
2. Defesa Tempestiva
3. Infração Ilidida
4. Auto de infração Improcedente

1 - RELATÓRIO

O sujeito passivo, no período de 01.01.2018 a 31.12.2018, se apropriou indevidamente de créditos de ICMS lançados no Livro Registros Fiscais de Apuração do ICMS como estorno de débitos referente a ajustes a créditos e transferências de uso e consumo.

A infração foi capitulada no artigo 1º § único, inciso III, alínea “e” c/c art. 2º, XII, “e” e art. 40 §º, IV, do RICMS/RO aprovado pelo Decreto 22.721/2018. A penalidade foi art. 77, IV, a, 1, da Lei 688/96.

Demonstrativo da base de cálculo: ICMS = R\$ 21.034,18; juros = R\$ 9.606,81; atualização monetária = R\$ 8.452,65; multa = R\$ 21.034,18 (atualizado pela UPF, R\$ 65,21 na

data inicial, R\$ 92,54 na data do lançamento) x 90% = R\$ 26.538,11; total = R\$ 65.631,75.(Planilha AI nº 20212700100391 EST_DÉBITO -2018 novo Dec.2272118 - CRÉDITOS INDEVIDOS 05 a 12_2018.xls) Arquivo [92754738014112.zip](#).

Foi atribuída a responsabilidade solidária ao Sr. F _____ – cpf _____, com notificação por AR no dia 01.04.2022, Documentos dos volumes do Auto 04.

O sujeito passivo foi notificado por DET (12948114), no dia 04.02.2022, fl. 111, DOCUMENTOS DOS VOLUMES DO AUTO, volume 1, apresentando defesa tempestiva conforme documentos juntados ao E-PAT.

2 - DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

A impugnante alega nulidade por violação do artigo 142 do CTN pelo uso de presunções na autuação. É que grande parte das notas fiscais autuadas são referentes a operações sem fato gerador de ICMS como: NFs de saída tributadas com os CFOPs 6552 e 6557 e, posteriormente, lançou créditos de ICMS no Livro Registro de Apuração referente a tais operações (como “estorno de débitos”), uma vez que se tratavam de operações que não deveriam incidir ICMS, portanto, não deveriam gerar débitos deste imposto.

Que na tentativa de fundamentar essa alegação, a fiscalização se pautou em examinar apenas as notas de saída emitidas pelos remetentes em nome da Impugnante. É dizer que a autoridade fiscal considerou apenas as notas de saída emitidas pelos remetentes, ignorando por completo os registros destas entradas da Impugnante e a aplicação de cada produto.

Aponta ainda, ausência de informações referentes à correção monetária e juros de mora. Que em todo o auto de infração não encontrou qualquer previsão legal para tal exigência, impedindo ao contribuinte de contestar eventual abusividade dos juros de mora e da correção monetária se estes nem sequer constam no Auto de Infração. É flagrante a violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Que não há incidência de ICMS nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular. No caso da autuação, as notas fiscais foram emitidas com CFOP 6552, Classificam-se neste código os bens do ativo imobilizado transferidos para outro estabelecimento da mesma empresa” e o CFOP 6557, segundo o qual “Classificam-se neste código os materiais de uso ou consumo transferidos para outro estabelecimento da mesma empresa.”

Como exemplo cita a nota fiscal 201, que compõe a autuação, emitida em junho 2018 com débito do imposto, posteriormente estornado.

Segundo a impugnante, no período autuado, nas transferências, costumava adotar os procedimentos a seguir: emitia as notas fiscais com destaque do ICMS (por problemas no sistema de emissão, visto serem operações não tributadas), posteriormente registrava as operações no Livro Registro de Apuração como “estorno de débitos” visando estornar os débitos gerados por ocasião da emissão das notas fiscais.

Para ilustrar suas argumentações cita o Livro Registro de Apuração de maio 2018.

Segue argumentando, desta feita sobre a inconstitucionalidade da multa aplicada, aos princípios equidade (art. 108, IV, do CTN6) e do não-confisco (art. 150, IV, da CF/887), proporcionalidade e razoabilidade.

Que a despeito de decisão do Plenário do STF reiterando, em julgamento com Repercussão Geral (ARE 1.216.078 - Tema nº 1.062), a sua jurisprudência consolidada no sentido de que “Os estados-membros e o Distrito Federal podem legislar sobre índices de correção monetária e taxas de juros de mora incidentes sobre seus créditos fiscais, limitando-se, porém, aos percentuais estabelecidos pela União para os mesmos fins”, o Estado de Rondônia aplica cumulativamente de atualização monetária e juros de mora de 1%, gerando um excesso de execução de R\$ 9.606,81 por conta da abusividade na forma de calcular os juros e a correção monetária, bem como pela exigência da multa em patamar superior ao devido.

Em atenção ao princípio da verdade material disposto no art. 142 do CTN, caso esta autoridade julgadora entenda necessária, deve ser determinada a baixa dos autos em diligência, nos termos do art. 116 da Lei nº 688/96, para que ocorra a devida apuração dos fatos narrados na presente defesa.

Considerando a conexão existente entre o presente processo e os Autos de Infração nºs 20212700100390 e 20212700100392, requer que eles sejam julgados em conjunto, a fim de evitar decisões conflitantes sobre a mesma matéria.

Requer a nulidade da autuação por não observar a realidade dos fatos, presumindo o não recolhimento do ICMS em diversas operações nas quais o tributo sequer era devido, sob pena de violação ao art. 142 do CTN e ao art. 100 da Lei nº 688/96, ou pela inexistência no auto de infração, de qualquer previsão legal para a exigência de juros de mora e atualização monetária, violando igualmente o direito de defesa da contribuinte.

No mérito, requer a improcedência do auto de infração, considerando a não-incidência do ICMS sobre remessas de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa.

Outrossim, protesta a Impugnante pela realização de sustentação oral na respectiva

sessão de julgamento, devendo, portanto, serem intimados os procuradores da parte com antecedência, em atenção ao princípio da ampla defesa e do devido processo legal.

Por fim, requer-se que as intimações expedidas no presente processo administrativo sejam direcionadas para o endereço dos patronos da Impugnante, qual seja: Rua Eurípedes Garcez do Nascimento, 1281, Ahú, Curitiba/PR, CEP nº 80.540-280.

Das alegações do responsável Solidário

A impugnante alega ausência de demonstração do fundamento legal que atrai a responsabilidade, pois não é possível saber qual das hipóteses de responsabilidade tributária – previstas no CTN nos arts. 124, I, 134 e 135 e na Lei estadual nº 688/1996 nos arts. 11-A, 11-B e 11-C – está sendo utilizada para se exigir o pagamento da dívida. Ou seja, não se sabe qual é a justificativa da responsabilização que lhe foi atribuída, o que prejudica, inclusive, o direito ao contraditório e à ampla defesa, ocasionando a nulidade do auto de infração.

Segue argumentando que o período fiscalizado abrange fatos geradores ocorridos entre maio/2018 e dez/2018. Ocorre que, à época da prática dos fatos geradores que ensejaram a presente cobrança, o Impugnante não exercia cargo de Diretor Presidente (CEO) da devedora principal e, portanto, não exercia cargo de gestão geral da empresa, visto que foi eleito em 18.04.2019. (doc. 2).

Que não se aplica a responsabilidade imputada à impugnante, por inoccorrência das hipóteses previstas no artigo 135 do CTN, ou qualquer outra hipótese de responsabilidade tributária (art. 124 e 134 do CTN).

O nome do Impugnante foi incluído aleatoriamente como responsável tributário, sem que sequer fosse apontada a conduta ensejadora responsabilização.

Primeiro, porque o Impugnante não exercia poderes de gestão geral da empresa na época dos fatos geradores em questão, conforme já demonstrado. Tal fato, por si só, torna logicamente impossível qualquer atuação com excesso de poderes ou infração à lei.

Segundo, porque o mero inadimplemento de tributos não justifica a responsabilização dos diretores ou administradores da pessoa jurídica pelo pagamento do crédito tributário. Este é o teor da Súmula nº 430 do STJ:

Conclui a peça defensiva reiterando os pedidos efetuados pelo devedor principal.

3 – FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

O sujeito passivo, no período de 01.05.2018 a 31.12.2018, se apropriou indevidamente de créditos de ICMS lançados no Livro Registros Fiscais de Apuração do ICMS como estorno de débitos referente a ajustes a créditos e transferências de uso e consumo. Ação fiscal desencadeada com origem na DFE 20212500100073.

Dispositivos apontados como infringidos e penalidade:

RICMS aprovado pelo Decreto 22.721/2018:

Art. 1º. O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) incide sobre: (Lei 688/96, art. 2º)

Parágrafo único. O imposto incide, também, sobre:

III - a entrada no território do Estado, proveniente de outra unidade da Federação, de:

e) mercadoria destinada ao uso ou consumo ou ao ativo fixo;

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

XII - da entrada no território deste Estado, procedente de outra unidade da Federação, de:

e) mercadoria destinada ao uso ou consumo ou ao ativo imobilizado, em estabelecimento de contribuinte do imposto, observado o disposto no artigo 16;

Art. 40. Constitui crédito fiscal para fins de compensação do imposto devido: (Lei 688/96, art. 31):

§ 1º. Na aplicação deste artigo, observar-se-á o seguinte: (Lei 688/96, art. 33)

IV - relativamente à aquisição de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, o contribuinte poderá creditar-se do imposto nas aquisições a partir de 1º de janeiro de 2033. (NR dada pelo Dec. 25169/20 – efeitos a partir de 1º.01.2020)

LEI 688/96

Art. 77. As infrações e as multas correspondentes são as seguintes: (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 –efeitos a partir de 01/07/15)

V - infrações relacionadas ao crédito do ICMS: (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

a) multa de 90% (noventa por cento):

1. do valor do crédito fiscal apropriado indevidamente, ressalvado o disposto nas alíneas “b” e “d” deste inciso; e

Conforme descrição na peça básica o sujeito passivo se apropriou indevidamente de crédito fiscal por estorno de débitos nos Livros de Registro de Apuração de ICMS, de valores referente transferência de mercadorias para uso e consumo.

Os dispositivos infringidos apontam falta de recolhimento de ICMS diferencial de alíquotas em entradas para uso e consumo, em contrariedade ao que foi descrito na infração e penalidade que é a apropriação indevida de créditos referente transferências para uso e consumo.

Após análise dos documentos que integram os autos confrontando com as EFDs, anexadas por este julgador, verifico que o sujeito passivo transferia para outros estabelecimentos do mesmo titular, mercadorias para uso e consumo (CFOP 6557) com destaque de ICMS, que eram lançados no Registro de Saídas (ver LRS última página) e posteriormente estornados no Livro de Registro de Apuração.

Sobre as transferências de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular já foi pacificada jurisprudência pela não incidência de ICMS nessas operações.

O STF no ARE 1.255.885 tem firmada a seguinte tese de repercussão geral: 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.

Em abril de 2021, o STF, julga a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC 49, 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, 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.

O TATE editou a Súmula 05/2021 sobre transferência, no mesmo sentido de não incidência:

Súmula nº 05/2021: "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."

No caso sob apreciação, apesar de destacado o ICMS nas saídas, não há incidência, logo, o estorno dos valores não ocasionou apropriação indevida de ICMS descrita no auto de

infração.

Com razão a argumentação da defesa que as operações sem fato gerador de ICMS como: NFs de saída tributadas com os CFOPs 6552 e 6557 e, posteriormente, lançou créditos de ICMS no Livro Registro de Apuração referente a tais operações (como “estorno de débitos”), uma vez que se tratavam de operações que não deveriam incidir ICMS, portanto, não deveriam gerar débitos deste imposto.

Com relação a ausência de previsão legal para a correção monetária e juros de mora, ainda que não conste na peça inicial, por não estar elencado como requisito essencial do auto de infração (art. 100 da Lei 688/96), não vislumbro a ocorrência de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Existe a planilha de atualização do crédito tributário auto explicativa (arquivo [92754738014112.zip](#) ATUAL-SELIC-2272-18) com todos os dados utilizados pela fiscalização para atualizar o crédito tributário.

Cumprido dizer aqui que a impugnante tinha pleno conhecimento dos cálculos apresentados, que em outro tópico da defesa alega que: **“Estado de Rondônia aplica cumulativamente de atualização monetária e juros de mora de 1%, gerando um excesso de execução de R\$ 9.606,81 por conta da abusividade na forma de calcular os juros e a correção monetária, bem como pela exigência da multa em patamar superior ao devido.”**

Quando não pagos na data do vencimento os juros devem ser cobrados nos termos do artigo 46-A da Lei 688/96. A alegação de violação do dispositivo não procede. A taxa SELIC só entrou em vigor a partir de 01.02.2021, antes dessa data a redação previa a cobrança de 1% ao mês.

A alegação de inconstitucionalidade da multa não pode ser apreciada nesta unidade de julgamento. Assim reza a Lei 688/96, art. 90 abaixo reproduzida:

Art. 90. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, salvo no caso da inconstitucionalidade ter sido proclamada: (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

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.

Não procede a alegação que a despeito de decisão do Plenário do STF reiterando, em julgamento com Repercussão Geral (ARE 1.216.078 - Tema nº 1.062), a sua jurisprudência consolidada no sentido de que “Os estados-membros e o Distrito Federal podem legislar sobre

5 – ÓRDEM DE INTIMAÇÃO

Fica o sujeito passivo intimado da decisão de 1ª Instância, garantido o direito vista junto à Câmara de Julgamento de Segunda Instância.

Notifiquem os patronos da Impugnante, Henrique Gaede-OAB/PR 16.036 e Flávio Augusto Dumont Prado-OAB/PR 25.706, no endereço: Rua Eurípedes Garcez do Nascimento, 1281, Ahú, Curitiba/PR, CEP nº 80.540-280.

Porto Velho, 07/08/2022 .

Eduardo de Sousa Marajó

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

Eduardo de Sousa Marajó, Auditor Fiscal,

, Data: **08/08/2022**, às **21:3**.

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