

GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE FINANÇAS DO ESTADO DE RONDÔNIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS

PROCESSO : N.º 20202900400048
RECURSO : VOLUNTÁRIO 912/21
RECORRENTE : M.
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR : Julgador Carlos Napoleão
RELATÓRIO : N.º 189/21/TATE/CRE/2ª Câmara de Julgamento

02- VOTO

02.1 - Versa o presente PAT sobre a autuação fiscal de 13.02.2020, em que a descrição da infração é de que o sujeito passivo acima identificado promoveu a saída de mercadoria (gado vivo) sujeito ao pagamento do ICMS anterior ao início da operação; entretanto não foi efetuado o recolhimento do referido imposto alegando tratar-se de liminar em mandado de segurança constante nos autos de nº 7001224-61.2016.8.22.0014 cuja matéria foi denegada e modificada em 07.03.2019, conforme consulta processo judicial eletrônico – 2º grau. Trata-se de operação acobertada pela NF de nº 1.507.042 de sua própria emissão, transportada no veículo de placa GDB – 5366/SP, conduzido por F. M CPF nº .849.179- Base de cálculo do ICMS: R\$-166.908,80 x 12% = R\$-20.029,06; multa 90%: R\$-20.029,06 – R\$-18.026,15.

02.2- Pelo exposto consta que infringiu o art. 57, inc. II, alínea "a", do RICMS/RO aprovado pelo Dec. 22.721/18, e via de consequência, sujeitando-se às penalidades do art. 77, inc. IV, alínea "a", item 1, da Lei nº 688/96.

02.3- Para fundamentar o lançamento tributário os autuantes carregaram para os autos, os seguintes documentos: NF objeto da autuação; DAMDFE; correspondência para ciência do sujeito passivo sobre o AI; e procuração, docs. de fls. 03/09.

02.4 – Estabelecido o contraditório, e o direito de ampla defesa tem-se que as partes se manifestaram, conforme se observa pelo relatório acostado a este PAT, docs. de fls. 87/88.

02.5 - A legislação tributária apontada como infringida refere-se ao art. 57, inc. II, alínea "a", do RICMS/RO aprovado pelo Dec. 22.721/18, que estabelece procedimentos quanto aos prazos para recolhimento do imposto; que o imposto deverá ser pago através de DARE, conforme disposto no artigo 58: (Lei 688/96, art. 45 e art. 58, § 1º): antes da operação ou do início da prestação do

serviço, nos casos de: saídas de produtos primários, semielaborados e sucata, observada a alínea "b" do inciso XI do caput.

02.6– Intimado do AI, o sujeito passivo interpôs defesa tempestiva para pugnar pela sua improcedência e/ou nulidade e extinção do crédito lançado e via de consequência pelo seu arquivamento, considerando estar pacificado nas cortes superiores que não há incidência de ICMS no deslocamento ou transferência de mercadorias (reses de gado) de um estabelecimento para outro do mesmo proprietário ainda que em outras unidades da federação; de que não houve transferência de titularidade, mas de transferência entre estabelecimentos do mesmo contribuinte; e que é inconstitucional qualquer dispositivo que prevê cobrança de imposto para essa situação, conforme fundamentou em sua peça defensiva de fls. 11/47.

02.7– Em instancia singular, fls. 58/62, a ação fiscal foi julgada procedente e como devida o crédito tributário apontado na inicial no valor de R\$-38.055,21 (trinta e oito mil e cinquenta e cinco reais e vinte e um centavos), a ser atualizado na data do seu efetivo pagamento considerando que apesar da decisão do STF não estar entre as que vinculam a administração pública trata-se de um precedente que vincula o judiciário, portanto, não se mostra razoável decidir de forma contrária a tese firmada pelo STF uma vez que já se tem conhecimento que tal decisão será revista no judiciário, logo ineficiente e ineficaz, não se compatibilizando com o código de ética desta secretaria, art. 4º, V e art. 6º da Portaria Sefin de nº 148/2020; que sucede contudo que a operação realizada pelo autuado está sujeita ao diferimento ficando o lançamento e o pagamento do imposto sobre essa operação transferido para as etapas posteriores, ou seja, para o momento em que se dá o encerramento do diferimento; que o RICMS/RO estabelece que são diferidas as sucessivas saídas de gado em pé, bovino, bubalino, suíno, caprino ou ovino, considerando encerrado o diferimento dentre outras situações, o momento em que ocorrer a saída com destino a outra unidade da federação o que se deu, no presente caso; que assim tal caso se distingue da tese firmada pelo STF, ressaltando que com base nessa regra, operação diferida o TJ/RO, em 07.03.2019 reverteu a decisão denegando a segurança anteriormente concedida; que com a decisão anterior que concedeu medida liminar foi revertida pelo TJ/RO e o REsp recebido sem o efeito suspensivo foi desprovido pelo STJ somado ao fato das mercadorias objeto da autuação estarem sujeitos ao diferimento com encerramento na saída interestadual, não se aplica ao caso a tese firmada pelo STF e como improcedente a tese firmada pela defesa pelos quais reputa-se válido e regular o lançamento feito por meio da ação fiscal.

02.8 – Inconformado com a decisão de instancia singular que lhe fora desfavorável o sujeito passivo interpôs recurso voluntário de fls. 65/86 para pugnar pela insubsistência da autuação para o fim de arquivá-la e excluir a cobrança efetivada, considerando que não se fala em ocorrência do imposto, ou

seja, o nascimento da obrigação tributária pela realização do fato gerador que não existe visto que não há circulação jurídica da mercadoria, ou seja, transferência e que não havendo essa transferência não há imposto, não há diferimento; que é importante esclarecer que se promover o recolhimento pelo diferimento o contribuinte não terá meios para promover a compensação tributária mesmo retornando referidas reses ao Estado de origem, sendo que poderá ser novamente tributado na efetiva venda do gado, quando então haverá a conclusão do fato gerador ocorrendo desta forma a cumulatividade de cobrança, sem a consequente compensação legal; e que não há meios da cobrança pretendida prevalecer, seja porque a autuação não versa sobre diferimento, seja porque não há legalidade na cobrança por transferência nos modos efetivados.

02.9 – Pelo que se depreende dos autos a acusação fiscal é por haver o sujeito passivo promovido a circulação de mercadoria sujeita ao recolhimento antecipado do ICMS sem apresentar o comprovante de pagamento na forma da legislação tributária de regência.

02.10 – Em sua peça recursal, fls. 65/86 o sujeito passivo arguiu questões prejudiciais ao AI, como: razões da reforma; tema de repercussão geral julgado pelo STF em agosto de 2020 – impossibilidade e ilegalidade da cobrança perpetrada pelo fisco; impossibilidade de modificação da autuação sem novo auto de infração – impossibilidade de interpretação de tratar-se de hipótese de ICMS por encerramento da hipótese de diferimento tributário; e para ao final pugnar pela insubsistência da autuação para o fim de arquivá-la e excluir a cobrança efetivada em respeito aos princípios legais.

02.11- Em que pese às razões interpostas pelas partes tem-se que o sujeito passivo em sede recursal arguiu o que segue:

Das razões da reforma da decisão singular: que a decisão de instancia singular evidencia a total falta de argumento palpável para manter a autuação; que o fisco autuou o contribuinte pela saída de gado, tipo transferência para outra propriedade e reclama que este prove que o gado era produção própria sob o pálio da aplicação do ICMS por diferimento; que a decisão de instancia singular em clara e total parcialidade percebeu que a autuação é ilegal, ilegítima e fundamentada de forma totalmente errada inovando a fundamentação sem lavratura de novo auto de infração sob o argumento de se tratar de hipótese de encerramento de diferimento tributário, o que destoa por completo da fundamentação da autuação ora impugnada que trata meramente de ICMS por transferência; que salta aos olhos a singeleza da decisão que não se manifestou sobre o fato de que o TJ declarou inconstitucional o dispositivo que fundamenta a cobrança do ICMS na transferência sem qualquer linha tecer considerações sobre o porquê da manutenção de uma exigência tida por ilegal; que impressiona a falta de atendimento ao regramento atual em gente ao que

preconiza a Sumula 166 do STJ atualmente referendada pelo julgamento em repercussão geral feito pelo STF em análise da ARE de nº 1255885 que reconheceu em definitivo que entre propriedades do mesmo contribuinte, ainda que em estados diversos não há fato gerador do tributo para justificar a cobrança do ICMS; que é evidente que precisa a decisão de instancia singular ser revista, reformada e que seja em fim por esta corte aplicada a regra legal, em respeito ao controle de legalidade ignorado pelo julgador de primeira instancia a conveniência do órgão autuante desprestigiando a imparcialidade exigida no trato dos processos administrativos fiscais a qual não faltará a esta corte pela ação sempre prudente e legalista que possui; e que em razão da clara necessidade de reforma se tecem considerações a fim de complementar o conhecimento deste tribunal, se possível for, sobre a temática em questão.

Contestação - Das razões da reforma da decisão singular: a legislação tida como infringida, art. 57, inc. II, alínea "a", do RICMS/RO aprovado pelo Dec. 22.721/18, estabelece procedimentos que deveriam ter sido observados pelo contribuinte e que não o fez; a presente ação fiscal teve como motivação o fato do sujeito passivo promover a saída de mercadorias (gado vivo – bovino) através do DANFE de fls. 03, operação que estava sujeita ao recolhimento do ICMS antecipadamente; no entanto quando da passagem pelo posto fiscal de Vilhena/RO não foi apresentado a guia de pagamento do tributo devido, conforme estabelece a legislação tributária de regência; a operação de saída ainda que sob o título de transferência para a mesma propriedade do sujeito passivo em outro estado da Federação, caracteriza encerramento da fase anterior diferida em que houve a dispensa de pagamento do imposto com o mesmo gado transportado; dessa forma pelo encerramento do diferimento conforme descrito na norma vigente deve ser recolhido o imposto devido da operação antes da saída; é o que dispõe o art. 7º do RICMS/RO e art. 5º da Lei nº 688/96, c/c o disposto na parte II, do anexo III, item 05, nota 1, do RICMS/RO, do Dec. 22.721/18; estabelece o art. 12, IV, da Lei nº 688/96, que a responsabilidade pelo pagamento é atribuída a quem realiza a operação de saída, ainda que isenta ou não tributada; na verdade o que está sendo tratado nesta autuação é a cobrança do imposto devido em decorrência do encerramento da fase do deferimento; a exigência é pelo encerramento do diferimento sujeitando ao recolhimento do imposto, pela saída da mercadoria conforme dispõe os arts. 5º e 7º, do RICMS/RO, c/c o item 5, nota 1, inc. II, do anexo III, do RICMS/RO, Dec. 22.721/18, relativo ao diferimento em operações interestaduais com semoventes; a tese defendida pelo sujeito de que ocorreu a simples transferência de bens da mesma titularidade para efeito de isenção do imposto não pode prevalecer, posto que a legislação veda expressamente este benefício quando determina que o diferimento se encerra quando da saída de gado em pé para outra unidade da federação; por outro lado pela DANFE objeto da autuação verifica-se tratar-se de titularidades diferentes, ou seja de pessoas física, para pessoa jurídica muito embora em nome de Marcus Vinicius Ramires Judici; se não bastasse não há informação segura que ateste a origem

dos animais, entendendo o fisco de que ocorreu operação mercantil de compra e transferência de gado para outro Estado sem o devido recolhimento do imposto devido; a autuação decorre de encerramento de diferimento em fase anterior, e não por conta exclusiva de transferência de propriedade, conforme estabelece o art. 2º, inc. I, do RICMS/RO, c/c a Lei Complementar 87/96, relativa a incidência do ICMS em casos de transferência de mercadorias/bens entre estabelecimento do mesmo titular; e, portanto afastado os argumentos interpostos pelo sujeito passivo.

Em relação ao Mandado de Segurança e ao posicionamento do TJ/RO – o TJ/RO decidiu contrário ao pleito formulado pelo sujeito passivo denegando a segurança pretendida por entender que o caso não está caracterizado como simples transferência de gado de uma propriedade do recorrente para outra do mesmo, fato não provado no processo judicial nem nos autos do PAT, ora questionado; do exposto verifica-se que a recorrente não está amparada por decisão judicial, e que, a operação trata de saída de gado que na operação anterior fora dispensado da obrigação tributária de pagar tributo pelo diferimento par quando ocorresse a saída em operação interestadual de acordo com o que dispõe a Lei nº 688/96 e o RICMS/RO; não se trata portanto de concepções arrecadatórias pois o fato gerador ocorreu na operação anterior e que disposto nos art. 5º da Lei nº 688/96, e arts. 7º e 57, II, “a”, do RICMS/RO, Dec. 22.721/18, c/c o item 05, do anexo III, do RICMS/RO; não deve prosperar o argumento do sujeito passivo visto que de acordo com o art. 31, § 5º, da Lei nº 688/96, as operações com produtos agropecuários dão direito ao crédito ainda que as saídas sejam isentas ou tributadas; no caso de saída alcançada pelo diferimento o crédito do imposto relativo a aquisição anteriormente tributada será transferido ao responsável pelo recolhimento do imposto diferido, no mesmo documento fiscal que acobertar a saída na forma do art. 5º, § 3º, da Lei nº 688/96; e, portanto afastado os argumentos interpostos pelo sujeito passivo.

Em relação a Súmula 166 do STJ – entende-se não ser aplicável em razão de não estar devidamente caracterizada a transferência entre estabelecimentos da mesma propriedade, pelo confronto das pessoas físicas e jurídicas envolvidas conforme prova documental objeto dos autos; por outro lado não se discute a não incidência do ICMS pela transferência diante dos precedentes judiciais a exemplo da Súmula 166 do STJ, mas sim, o fato da operação encerrar o diferimento ocorrido na etapa anterior deixando de pagar o imposto que foi antes dispensado; a recorrente nas oportunidades que teve não apresentou provas que pudessem afastar a imputação fiscal daí compreender-se não se tratar de simples transferências entre estabelecimentos do mesmo titular e ainda que se caracterizasse transferência efetiva essa operação não teria o condão de suprimir o tributo devido das mercadorias, semoventes pelo diferimento ocorrido na operação anterior; o contribuinte de Rondônia deve obediência à sua legislação que rege as operações como a que se discute no presente caso; e, portanto afastado os argumentos interpostos pelo sujeito passivo.

Tema de repercussão geral julgado pelo STF em agosto de 2020 – impossibilidade e ilegalidade da cobrança perpetrada pelo fisco – assunto objeto dos itens supras denominados: Em relação ao Mandado de Segurança e ao posicionamento do TJ/RO e Em relação a Súmula 166 do STJ; e portanto afastado os argumentos interpostos pelo sujeito passivo.

Impossibilidade de modificação da autuação sem novo auto de infração – impossibilidade de interpretação de tratar-se de hipótese de ICMS por encerramento da hipótese de diferimento tributário – assunto objeto do item denominado Contestação; e, portanto afastado os argumentos interpostos pelo sujeito passivo.

02.12 - Além da presente acusação fiscal e das provas dos autos em favor da fazenda estadual e em contraposição aos argumentos interpostos pelo sujeito passivo utilizou-se de prova emprestada a notícia indicada em procedimento de auditoria fiscal em que resultou no auto de infração de nº 20202700400005 do mesmo sujeito passivo comprovando que a propriedade rural tinha 1.188 ha com capacidade para 1.500 cabeças de gado, e que emitiu notas fiscais de transferência de mais de 82.000 bovinos preponderantemente bezerros e ainda que trouxe um gráfico no qual foi intimado para se autor regularizar e em vez de proceder aumentou a quantidade de transferência do gado; essas informações se encontram às fls. 19, do PAT de nº 20202700400005, e a provar a ocorrência de comercialização semoventes para outros estados.

02.13 - Todavia, a operação objeto do conflito foi efetuada em data diversa da autuação e via de consequência a descaracterizar a ocorrência de flagrante infracional, ou seja, do descumprimento a legislação tributária estadual visto que necessária se fazia emissão de designação para fiscalizar o sujeito passivo.

02.14 – Mesmo assim, às fls. 89/92 dos autos há a interposição de novo recurso voluntário do sujeito passivo arguindo a nulidade absoluta do auto de infração por ausência de flagrante fiscal e emissão de DFE, que apesar de intempestivo e de ofício verifica-se que a autuação ocorreu no posto fiscal de Vilhena/RO e que entre a data da passagem da nota fiscal objeto da autuação, 03.02.2020, e a data da lavratura do auto de infração, 13.02.2020, transcorreram mais de 05 (cinco) dias, lapso temporal excessivo, e a descaracterizar o flagrante infracional havendo, pois a necessidade de neste caso a autorização expressa para o procedimento fiscal, nos termos do art. 65, V, da Lei nº 688/96, c/c o art. 1º § único, da Instrução Normativa de nº 011/2008/GAB/CRE.

02.14 - Desse modo, considerando que provado restou que o procedimento fiscal se deu em desobediência ao que prescreve a legislação tributária de regência, razões existem para se concluir que a ação fiscal não deve prosperar.

02.15– Pelo exposto, e por tudo o que mais dos autos consta conhecemos do recurso voluntário interposto para dar-lhe provimento e reformar a decisão de instância singular que julgou procedente o auto de infração, para declara-lo como NULO e como indevido o credito tributário apontado na inicial assim constituído: ICMS: (12%) R\$-20.029,06; MULTA (90%): R\$-18.026,15. TOTAL INDEVIDO: R\$-38.055,21 (trinta e oito mil e cinquenta e cinco reais e vinte e dois centavos), ressaltando, contudo o refazimento do auto de infração, mediante designação específica.

É como VOTO.

Porto Velho – RO., 07 de dezembro de 2021.

CARLOS NAPOLEÃO

Relator/Julgador

Voto Rec. Vol 912 21 Marcus Vinicius Maires Judice (N recol lcms saída gado em pé)

GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS – TATE

PROCESSO : N.º 20202900400048
RECURSO : VOLUNTÁRIO N.º 912/21
RECORRENTE : M
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR : Julgador - CARLOS NAPOLEÃO

RELATÓRIO : N.º 189/21/2ª CAMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO Nº 388/21/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN.

EMENTA : **ICMS – DEIXAR DE RECOLHER O ICMS NA SAÍDA DE GADO EM PÉ – NULIDADE** - A acusação fiscal é por ter o sujeito passivo promovido à circulação de mercadoria sujeita ao recolhimento antecipado do ICMS sem apresentar o comprovante de pagamento na forma da legislação tributária de regência. Todavia, constata-se pelas provas dos autos que a autuação ocorreu no Posto Fiscal de Vilhena/RO, e que entre a data da passagem da Nota Fiscal objeto da autuação, 03.02.2020, e a data da lavratura do auto de infração, 13.02.2020, transcorreram mais de 5 (cinco) dias, lapso temporal excessivo, a descaracterizar o flagrante infracional, havendo neste caso a necessidade de autorização expressa para o procedimento fiscal nos termos do art. 65, V, da Lei nº 688/96, c/c o art. 1º, único da IN nº 011/2008/GAB/CRE. Infração fiscal ilidida pela recorrente. Reforma da decisão de instância singular de procedente para nulidade do auto de infração. Ressalvado o refazimento do auto de infração, mediante designação específica. Recurso de Ofício desprovido. 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 Voluntário interposto para no final dar-lhe provimento, reformando-se a decisão de Primeira Instância que julgou procedente para **NULO** o auto de infração, conforme Voto do Julgador Relator, constantes dos autos, que fazem parte integrante da presente decisão. Participaram do julgamento os Julgadores: Nivaldo João Furini, Manoel Ribeiro de Matos Júnior, Márcia Regina Pereira Sapia e Carlos Napoleão.

TATE, Sala de Sessões, 07 de dezembro de 2021.

~~Anderson Aparecido Arriaut~~
Presidente

Carlos Napoleão
Julgador/Relator