



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

SUJEITO PASSIVO: *JAPURA PNEUS LTDA*

ENDEREÇO:

PAT Nº: 20222700100300

DATA DA AUTUAÇÃO: 28/10/2022

CAD/CNPJ: 04.214.987/0007-93

CAD/ICMS: 00000000983471

DECISÃO PROCEDENTE Nº: 2023/1/669/TATE/SEFIN

1. Levantamento fiscal. 2. ICMS operações próprias 3. Vendas sem destaque do imposto. 4. Mercadorias sujeitas ao ICMS-ST. 5. Infração (Art. 77, IV, “a-1”). 6. Descumprimento obrigação principal. 7. Infração não ilidida. 8. Auto de infração procedente.

1 - RELATÓRIO

Consta descrito na peça inicial que o sujeito passivo deixou de apurar e recolher parte do ICMS devido, no período de outubro a dezembro/2017, sobre as saídas de mercadorias tributadas em operações próprias não oneradas anteriormente por substituição tributário, decorrente de transferência da matriz de Manaus-AM, utilizando benefício previsto no art. 79, II, do RICMS/RO –Dec. 8321/98 e Conv. ICMS 52/17, com planilhas demonstrativas em anexo. Assim, foi indicado como dispositivos infringidos os artigos 2º, inciso I; 11; 15, inciso I, “a”; todos do RICMS-RO (Dec. 8321/98 e penalidade do artigo 77, IV, “a-1” da Lei 688/96.

O sujeito passivo foi notificado da autuação via DET 13532794 em 21/11/2022, conforme fl. 17 do PAT.

O crédito tributário lançado com a seguinte composição:

AI 20222700100300 - Japurá Pneus Ltda	
ICMS	R\$ 191.750,97
MULTA 90% DO VALOR DO IMPOSTO CORRIGIDO	R\$ 271.209,51
JUROS	R\$ 159.107,26
ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA	R\$ 109.592,95
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 731.660,69

A ação fiscal teve origem na elaboração da Designação de Fiscalização de Estabelecimento – DFE 20222500100043 de 28/06/2022 (fl. 08), notificada ao sujeito passivo conforme Termo de Início de Ação Fiscal e Termo de Intimação em 11/08/2022 - DET 13350997 (fl. 09). Relatório Fiscal de detalhamento dos procedimentos fiscais realizados (fls. 12 a 16).

2. DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA.

1. Em **preliminares**: inicialmente, pugna pela decadência do período de 01/07/2017 a 28/10/2017. Diz que, o Fisco não realizou cruzamento de dados adequadamente, capaz de verificar que houve recolhimentos antecipados de ICMS-ST. **Diz a defesa que**, há vício material insanável por erro de capitulação da infração e formal, pela ausência de subsunção do fato à norma, não observando a previsão dos artigos 930 do RICMS/RO e 100 da Lei 688/96 - requisitos do auto de infração. **Aduz que** a capitulação legal da infração indicada de forma genérica, não definindo a conduta ensejadora da penalidade. A descrição fática ‘deixar de recolher parte do ICMS-ST das saídas’, não é suficiente para a exigência no auto de infração, eis que os dispositivos indicados não retratam a conduta infringida, devendo ser nulo o auto de infração. **Salienta a defesa que**, a autuação não observou os recolhimentos antecipados de ICMS-ST, a exemplo do que se comprova das operações de transferência dos dias 04 a 18/10/2017, bem como, tributou todas as operações de saídas quando alega a defesa existirem recolhimentos antecipados das empresas fornecedoras. **Aduz a defesa que**, inexistindo infração conforme se comprova na defesa, inconsistente também, se torna a base de cálculo da multa. **Diz a defesa que**, o Fisco não observou o que prescreve o art. 145 do CTN, assim, a correção do exigido no lançamento somente pode ocorrer através da declaração de nulidade do ato administrativo. Por essas preliminares requer a nulidade do auto de infração em questão.
2. No **Mérito**: argumenta a impugnante que, a atividade da empresa no ramo atacadista e, os produtos comercializados estão sujeitos à substituição tributária, regime substituído em sua forma de aplicação por força do Convênio ICMS nº 142/2018. **Salienta a defesa que**, as operações estando sujeitas à substituição tributária, não incide a exação nas saídas dessas mercadorias. Salienta a defesa que, não se aplica ao caso o diferimento conforme relatório do Fisco atuante, em razão das mercadorias originadas de transferências entre Matriz e Filial não incidirem ICMS-ST. Ressalta a impugnação que, as transferências entre empresa de mesma titularidade, não sofrem incidência de ICMS por força de precedente judiciais (STJ – Súmula 166 e STF – RE com Agravo nº 1.255.885 – Tema 1099). **Requer em preliminares a**

nulidade e, no mérito, a improcedência do auto de infração.

3. FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO.

Conforme relatado acima, o sujeito passivo deixou de recolher o ICMS de operações próprias, no período de 01/10/2017 a 31/12/2017, decorrente de mercadorias sujeitas à substituição tributária que, sendo originária de transferências entre a Matriz de Manaus-AM para Filial atacadista de Porto Velho-RO, não incidiu o ICMS-ST, observando o que dispõe o art. 79, II, do RICMS/RO e Cláusula nona do Convênio ICMS nº 52/17. Nestas circunstâncias, foi indicado como infringidos os artigos 2º, inciso I; 11; 15, inciso I, “a”; todos do RICMS-RO (Dec. 8321/98) e penalidade do artigo 77, IV, “a-1” da Lei 688/96.

RICMS/RO – Dec. 8321/98

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

I – da saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

II – fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, por qualquer estabelecimento, incluídos os serviços prestados;

Art. 15. A base de cálculo do Imposto é (Lei 688/96, art. 18):

I – o valor da operação:

a) na saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, observado o disposto no artigo 20.

Art. 79. O regime de substituição tributária não se aplica: (NR dada pelo Dec. 22242, de 04.09.17 - feitos a partir de 1º.10.17 - Conv. ICMS 52/17)

(---)

II - às transferências interestaduais promovidas entre estabelecimentos do remetente, exceto quando o destinatário for estabelecimento varejista;

§ 6º. Na hipótese do inciso II do caput, o estabelecimento deste estado que recebeu a mercadoria constante no Anexo V sem a retenção do imposto por substituição tributária, deverá efetuar o seu cálculo, nas saídas internas destinada a estabelecimento varejista, utilizando-se da MVA destinada a estabelecimento industrial previsto no Anexo V, quando houver.

Convênio ICMS 52/17

Dispõe sobre as normas gerais a serem aplicadas aos regimes de substituição tributária e de antecipação do ICMS com encerramento de tributação, relativos às operações subsequentes,

instituídos por convênios ou protocolos firmados entres os Estados e o Distrito Federal.

Cláusula nona *O regime de substituição tributária não se aplica:*

(---)

II - às transferências interestaduais promovidas entre estabelecimentos do remetente, exceto quando o destinatário for estabelecimento varejista;

(---)

*§ 7º Na hipótese desta cláusula, exceto em relação ao inciso V do caput, a sujeição passiva **por substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário**, salvo disposição em contrário na legislação da unidade federada de destino.*

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)

(---)

IV - infrações relacionadas ao pagamento, retenção ou apuração 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 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;

Em despacho, este julgador, solicitou manifestação do autuante a fim de esclarecimento dos pontos alegados na defesa, especificamente, em relação a alegação de que houvera recolhimento do imposto antecipadamente à operação de transferência para o contribuinte de Rondônia.

Em resposta o autuante esclareceu as questões pontuadas e reafirmando a ocorrência da autuação, indicando as provas de que, de fato, nenhum recolhimento de ICMS das vendas efetuadas pela autuada foi recolhido e, também, confirmando as provas incluídas nos autos de que o remetente, ainda que tenha declarado parte das operações de remessas, no entanto, não recolheu o ICMS-ST.

Assim, passo à análise das teses defensivas.

3.1 Análise das argumentações da defesa.

Preliminarmente:

No item 1, diz a defesa que, ocorrência da decadência do período de 01/07/2017 a 28/10/2017.

Diz que, o Fisco deixou de verificar que houve pagamento de ICMS-ST pela inscrição de substituto da remetente. **Diz a defesa que**, a autuação contém vício material insanável, decorrente de erro de capitulação da infração e formal, pela ausência de subsunção do fato à norma, não observando a previsão dos artigos 930 do RICMS/RO e 100 da Lei 688/96 - requisitos do auto de infração. **Aduz que** a capitulação legal da infração indicada de forma genérica, não definindo a conduta ensejadora da penalidade. **Salienta a defesa que**, a autuação não observou os recolhimentos antecipados de ICMS-ST, a exemplo do que se comprova das operações de transferência dos dias 04 a 18/10/2017, relatado na peça de defesa, tributou todas as operações de saídas quando existem recolhimentos antecipados. **Aduz a defesa que**, inexistindo infração conforme se comprova na defesa, inconsistente também, se torna a base de cálculo da multa. **Diz a defesa que**, o Fisco não observou o que prescreve o art. 145 do CTN, assim, a correção do exigido no lançamento somente pode ocorrer através da declaração de nulidade do auto de infração. Por essas preliminares requer a nulidade do auto de infração em questão. **Afastados tais argumentos, pontuados acima**. Todos os argumentos rebatidos da seguinte forma: **I)** a decadência arguida não se opera no presente lançamento, eis que, as operações autuadas, alcançando o período entre outubro e dezembro/2017; **II)** o Fisco verificou que, de fato, apesar de declarações do contribuinte remetente, nenhum recolhimento foi realizado, ou seja, das operações ora autuada, originadas de transferências entre estabelecimentos, sem destacar o imposto por substituição tributária, constata-se ausência de recolhimento por parte da remetente, conforme consulta ao sistema SITAFE; **III)** os requisitos para a autuação (art. 100, da Lei 688/96) restaram cumpridos. Não há vício material, nem formal, quando a descrição da infração coaduna com a capitulação legal da infração e a tipificação da penalidade em sintonia com os fatos narrados, assim, o art. 77, IV, “a-1” da Lei 688/96, tipificando pena por deixar de pagar tributo que, nos termos da legislação de regência era devido, conforme provado nos autos. Não prospera os argumentos de vícios na presente questão; **IV)** o ICMS que se exige no lançamento provém de falta de recolhimento da operação anterior. De acordo com o Art. 79, II, do RICMS-RO e Cláusula nona, § 7º, do Convênio ICMS nº 52/17, o ICMS-ST não incide na operação de transferência, transferindo a responsabilidade para o destinatário das mercadorias. Assim, a autuada deveria calcular a substituição tributário e destacar o imposto, de forma a visualizar o ICMS de operação própria, bem como demonstrar o ICMS devido por substituição tributária. Dessa forma não procedeu, por isso a exigência fiscal em debate. **V)** Há fato e norma traduzindo a realidade da infração por deixar de destacar e recolher ICMS de mercadorias vendidas, oriundas de transferências entre estabelecimentos (operação sem ICMS), mas que, as mercadorias, na origem estavam sujeitas ao imposto por substituição tributária. A operação anterior não foi tributada (transferência da matriz para filial), no entanto, a mercadoria continua sendo tributada no destino, conforme estabelece o art. 79, II, do RICMS/RO – Dec. 8321/98 e Cláusula nona, § 7º, do Convênio ICMS 52/17. Assim, as teses preliminares alegadas restam todas afastadas.

No **Mérito**:

Item 2, argumenta a impugnante que, a atividade da empresa no ramo atacadista e, os produtos comercializados estão sujeitos à substituição tributária, regime substituído em sua forma de aplicação por força do Convênio ICMS nº 142/2018. Aduz que, configurando a substituição tributária, não implica em resíduos fiscais, especificamente, do ICMS. **Salienta a defesa que**, as operações estando sujeitas à substituição tributária, não incide a exação nas saídas dessas mercadorias. **Os argumentos não devem prosperar**, eis que, de fato, a atividade da autuada é atacadista, no entanto, a legislação do destinatário (estado de Rondônia), bem como, o Convênio ICMS nº 52/17, não dispensa o recolhimento do ICMS-ST, quando da saída do estabelecimento para varejistas/consumidores finais (Cláusula nona do Convênio ICMS 52/17 e Art., 79, II, do RICMS/RO). O ICMS devido ao estado de Rondônia não foi apurado, retido e nem recolhido, portanto, a exigência através do lançamento no auto de infração é a via adequada, diante

do fato de que, o sujeito passivo efetivou vendas sujeitas a substituição tributária, entendendo que havia encerrado a fase de tributação em operações anteriores, caso que não ocorreu, pela transferência operada. A legislação tributária de regência é clara, dispondo que, havendo transferência de mercadorias, entre estabelecimentos, ainda que sujeitas a substituição tributária, não se exige cálculo da operação própria, bem como, da retenção e recolhimento do ICMS-ST. Em sendo assim, a obrigação de destaque e recolhimento se transfere para a etapa posterior, ou seja, quando as mercadorias são, finalmente, revendidas para estabelecimentos varejistas ou consumidores diversos (art. 79, II do RICMS-RO). No caso presente, ressalta-se, trata-se de exigência do ICMS – CFOP 5405 – operações próprias, decorrente de transferência da matriz, sem o imposto, fato que, não afasta a tributação efetiva da operação de venda final destinadas, na forma dos dispositivos referidos, a varejistas ou consumidor final. As transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, de fato, não incidem ICMS, na origem, porém, por se tratar de mercadorias sujeitas a substituição tributária e, em razão, do destino, o ICMS na forma da legislação e do Convênio deve ser apurado e recolhido por ocasião da venda efetiva no estado de Rondônia (destino das mercadorias transferidas). As transferências, entre estabelecimentos, ainda que não sofra a incidência pela operação (transferência), mas ao final da cadeia, o ICMS deverá ser destacado e recolhido, porque as mercadorias estão sujeitas a tributação por substituição, fase não encerrada anteriormente.

3.2 Da decisão.

No presente caso, a autuação ocorreu por que o sujeito passivo deixou de recolher parte do ICMS (no caso de operação própria – CFOP 5405), que seria devido em razão da origem das mercadorias (transferência entre matriz e filial de Rondônia), amparando-se na previsão do Art. 79, II, do RICMS/RO e Cláusula nona, § 7º, do Convênio ICMS nº 52/17.

Incontroverso que, a transferência de mercadorias entre matriz e filial, não incide o imposto estadual, nos termos da Súmula 166 do STJ, em que, *'não há incidência de ICMS na transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, ainda que em operação interestadual'*. É fato, na transferência dessa natureza não há destaque do imposto, todavia, na operação seguinte a mercadoria retorna ao *'status quo'*, voltando a ser sujeita ao ICMS-ST, devendo ser promovido o destaque do imposto devido em cada operação e recolhido ao Erário, onde estabelecido o contribuinte destinatário. Não afastamento da tributação em decorrência da transferência. A transferência entre estabelecimentos, não há incidência do imposto estadual, por força de precedente judicial, porém, a mercadoria continua sendo tributada, conforme estabelece a legislação.

Decorre que, havendo transferência da matriz-Manaus-AM para filial em Porto Velho-RO (atacadista), nenhuma tributação há, pela operação, mas, chegando ao destino, por que atacadista, assim que vende o produto para o varejista há que se demonstrar o cálculo do ICMS devido, pela venda a destinatário diverso, varejista/consumidor final, neste Estado, na forma do § 7º da Cláusula nona do Convênio ICMS 52/17.

*§ 7º Na hipótese desta cláusula, exceto em relação ao inciso V do caput, a sujeição passiva **por substituição tributária caberá ao estabelecimento destinatário**, salvo disposição em contrário na legislação da unidade federada de destino.*

Assim, neste entendimento, o ICMS devido das operações de saídas deveria ser destacado, apurado e recolhido aos cofres públicos. Nesse caso, exige-se o ICMS operação própria, pela alíquota interna de 17,5% do valor da operação, conforme demonstrado em fls. 04 a 08 do PAT.

Vislumbra-se nos autos que as operações sob o CFOP 5405, já confirma tratar-se de vendas de mercadorias sujeitas a substituição tributária. O Fisco, todavia, está exigindo a parte do ICMS, relativa a operação própria, pela alíquota interna, de venda de mercadoria sujeita a substituição tributária.

O relatório circunstanciado de fls. 12 a 16 dos autos, detalha o procedimento e, afirma que as operações anteriores tiveram o ICMS postergado (diferido) para etapas posteriores, no caso, as saídas destinadas a varejistas/consumidores no estado de Rondônia. Operação com mercadorias sujeitas a substituição tributária, sem retenção e recolhimento do imposto na fase anterior, sob condição de cálculo, demonstrativo e recolhimento quando da efetiva venda a estabelecimentos varejistas/consumidores finais.

No caso concreto, deve o ICMS-ST ser recolhido no momento da saída para empresa diversa, na saída para varejista do mesmo titular, ou ainda, para consumidor final, regra especial (§ 7º referido).

Dessa forma, compreendo, smj, que o presente auto de infração deve ser declarado **procedente**, sendo devido o valor lançado de R\$ 731.660,69.

4 – CONCLUSÃO

De acordo com o previsto no artigo 15, I, da Lei 4929 de 17 de dezembro de 2020 e, no uso da atribuição disposta no art. 79, II, do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo Tributário – TATE, aprovado pelo Decreto nº 9157 de 24/07/00, julgo **Procedente** o auto de infração, declarando **devido** o valor de R\$ 731.660,69 (setecentos e trinta e um mil, seiscentos e sessenta reais e sessenta e nove centavos), sujeitando-se a atualização e juros, pela taxa SELIC, na data do efetivo pagamento.

5 – ORDEM DE INTIMAÇÃO

Fica o sujeito passivo intimado a recolher o crédito tributário no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência deste, garantido o direito de recurso voluntário à Câmara de Segunda Instância, no mesmo prazo, sob pena de inscrição em Dívida Ativa do Estado e consequente execução fiscal.

Porto Velho, 13/06/2023 .

NIVALDO JOAO FURINI

AFTE Cad.

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

NIVALDO JOAO FURINI, Auditor Fiscal.

, Data: **13/06/2023**, às **11:59**.

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