



**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:** 20222700100302

**DATA DA AUTUAÇÃO:** 28/10/2022

**CAD/CNPJ:** 04.214.987/0007-93

**CAD/ICMS:** 00000000983471

**DECISÃO PROCEDENTE Nº: 2023/1/670/TATE/SEFIN**

*1. Levantamento fiscal. 2. Imposto sobre operações próprias 3. Vendas sem destaque do ICMS. 4. Mercadorias sujeitas ao ICMS-ST. 5. Infração (Art. 77, IV, “a-1” da Lei 688/96). 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 (operação própria) do ICMS devido, no período de 2019, sobre as saídas de mercadorias. Tais mercadorias sujeitas a substituição tributária na origem, não foram oneradas pelo tributo em decorrência da operação de transferência da matriz de Manaus-AM, para a filial de Porto Velho – RO – Atacadista, utilizando do benefício previsto no art. 11, II, § 5º, do Anexo VI, do RICMS/RO – Dec. 22721/18 e Conv. ICMS nº 142/18, 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 13532799 em 21/11/2022, conforme fl. 19 do PAT.

O crédito tributário lançado com a seguinte composição:

AI 20222700100302 - Japurá Pneus Ltda	
ICMS	R\$ 98.441,68
MULTA 90% DO VALOR DO IMPOSTO CORRIGIDO	R\$ 128.458,77
JUROS	R\$ 48.348,50
ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA	R\$ 44.290,35
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 319.539,30

A ação fiscal teve origem na elaboração da Designação de Fiscalização de Estabelecimento – DFE 20222500100043 de 28/06/2022 (fl. 10), notificada ao sujeito passivo conforme Termo de Início de Ação Fiscal e Termo de Intimação em 11/08/2022 - DET 13350997 (fl. 11). Relatório Fiscal de detalhamento dos procedimentos fiscais realizados (fls. 14 a 18). Ação fiscal motivada pelo planejamento da Gerência de Fiscalização – GEFIS - SISMONITORA – Relatório Fiscal – 1ª DRRE

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 recolhimentos 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.

## **2. DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA.**

**1. Em preliminares: Diz a defesa que**, há vício material insanável, 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.

1.1 **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.

1.2 **Salienta a defesa que**, a autuação não observou os recolhimentos antecipados de ICMS, pago pela impugnante e pelos fornecedores. Salientando que, há operações interestaduais com ICMS-ST destacado e recolhido pela inscrição de substituto tributário em Rondônia, não havendo, portanto, nenhuma tributação na saída interna.

- 1.3 **Aduz a defesa que**, inexistindo infração conforme se comprova na defesa, inconsistente também, se torna a base de cálculo da multa.
- 1.4 **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.
- 2.1 **Salienta a defesa que**, as operações estando sujeitas à substituição tributária, não incide a exação nas saídas dessas mercadorias.
- 2.2 **Ressalta a defesa que**, não se aplica ao caso o diferimento conforme relatório do Fisco autuante, 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 2019, decorrente de mercadorias não oneradas por substituição tributária que, sendo efetuada através de transferências entre a Matriz de Manaus-AM para Filial atacadista de Porto Velho-RO, não incidiu o ICMS por força do que dispõe o art. 11, II, do Anexo VI, do RICMS/RO – Dec. 22721/18 e do Convênio ICMS nº 142/18. Nestas circunstâncias, foi indicado como infringidos os artigos 2º, inciso I; 11; 15, inciso I, “a”; todos do RICMS-RO (Dec. 22721/18) 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.*

**Anexo VI do RICMS-RO**

*Art. 11. O regime de substituição tributária não se aplica: (Convênio ICMS 142/18, cláusula nona). (NR dada pelo Dec. 23465, de 27.12.18 – efeitos a partir de 01.01.19).*

(---)

*II - às transferências interestaduais promovidas entre estabelecimentos do remetente*

*, exceto quando o destinatário for estabelecimento varejista;*

(---)

*§ 5º. Na hipótese do inciso II do caput, o estabelecimento deste Estado que recebeu a mercadoria constante na Parte 2 deste Anexo sem a retenção do imposto por substituição tributária, deverá efetuar o seu cálculo, nas saídas internas submetidas à substituição tributária, utilizando-se da MVA destinada a estabelecimento industrial prevista na Parte 2 deste Anexo, quando houver.*

### **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;*

### **3.1 Análise das argumentações da defesa.**

Preliminarmente:

**Nos itens 1 e 1.1, diz a defesa que,** há vício material insanável (ausência de capitulação legal concreta de indicação da infração) e formal, pela ausência de requisito válido, conforme a previsão do artigo 28, do Anexo XIII, do RICMS/RO – Dec. 22721/18 e 100 da Lei 688/96 - requisitos do auto de infração. **Item 1.1 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. **Afastados tais argumentos.** No caso em questão, os vícios arguidos restam afastados, eis que, a autuação cumpriu os requisitos do art. 100 da lei 688/96. 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. 11, II, § 5º, do Anexo VI, do RICMS/RO – Dec. 22721/18. A

transferência operada, no caso, apenas transfere o momento da ocorrência do fato gerador do ICMS, da origem para o destino (§ 5º citado). Não se está tributando a operação – transferência – mas sim, a venda efetivada sem destaque do ICMS, em território rondoniense, de mercadoria sujeita ao ICMS-ST que, deixou de ser tributada dessa forma, (deixou de destacar o ICMS operação própria). Ademais, a tipificação da penalidade (art. 77, IV, “a-1” da lei 688/96), ampara a acusação fiscal, confirmando a descrição dos fatos narrados na inicial que, em sua essência, afirma que o contribuinte deixou de recolher o ICMS, pelo não destaque do imposto em documentos fiscais de vendas de mercadorias sujeitas a substituição tributária – CFOP 5405, refletindo o que estabelecido na penalidade do citado dispositivo transcrito a seguir:

*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;*

**Nos itens 1.2 e 1.3, salienta a defesa que,** a autuação não observou os recolhimentos antecipados de ICMS, pela impugnante ou pelos fornecedores. Que, há operações interestaduais com ICMS-ST destacado e recolhido pela inscrição de substituto tributário em Rondônia, não havendo, portanto, nenhuma tributação na saída interna. **Item 1.3, aduz a defesa que,** inexistindo infração conforme se comprova na defesa, inconsistente também, se torna a base de cálculo da multa. **Argumentos que devem ser afastados.** As operações de remessas por transferências constantes dos autos não refletem os argumentos da impugnante, constata-se dos documentos fiscais, diversas remessas da matriz para a filial de porto velho, sem tributação alguma, o que denota a transferência do encargo para a destinatária, na forma do Convênio ICMS nº 142/18, cláusula nona e do Anexo VI, Art. 11, II, § 5º, do RICMS-RO – Dec. 22721/18. Estes dispositivos dispõem que, nas transferências entre matriz e filial atacadista, o ICMS é devido quando da saída interna para varejistas ou consumidores finais. Não se discute a tributação das operações de transferência, apenas exige o ICMS das vendas de mercadorias tributadas por substituição, porque não operação precedente não foi recolhido, seja pela operação de transferência, seja pela mercadoria sujeita ao ICMS-ST. Nessa questão, não se trata, de exigência de ICMS-ST, mas sim, de ICMS sobre operações próprias, com mercadorias sujeitas a substituição tributária que, não foi recolhido o imposto na operação anterior. A simples transferência entre estabelecimentos não encerra a tributação. o § 5º, do art. 11, do Anexo VI, do RICMS-RO é esclarecedor.

**No item 1.4, 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. **Afasta-se tal argumento.** Na forma do art. 107, da Lei 688/96, não cabe a nulidade quando constar elementos que assegure a natureza da infração e a pessoa do infrator. *Art. 107. As incorreções ou omissões do Auto de Infração não acarretarão a sua nulidade, quando nele constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração e a pessoa do infrator.* No caso concreto, o Fisco carrou para os autos as provas suficientes da ocorrência da infração. De fato, o

contribuinte deixou de tributar as operações de venda de mercadorias, transferidas da matriz, que teve o momento da ocorrência do fato gerador, postergado para a data da venda a varejistas e/ou consumidores finais.

### 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. **Item 2.1, 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 é atacadista, no entanto, a legislação do destinatário (estado de Rondônia), bem como, o Convênio ICMS nº 142/2018, não dispensa o recolhimento do ICMS-ST, quando da saída do estabelecimento para varejistas/consumidores finais (Cláusula nona do Convênio ICMS 142/18 e Art., 11, II, § 5º do Anexo VI 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, sob o entendimento de 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, ainda que sujeitas a substituição tributária, pela operação não incide o imposto, ficando a responsabilidade ao destinatário pelo destaque 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. No caso presente, ressalta-se, trata-se de exigência do ICMS \_ CFOP 5405 – operações próprias, sem destaque do imposto, na efetiva venda final destinadas, na forma dos dispositivos referidos, a varejistas ou consumidor final.

**Item 2.2, ressalta a defesa que**, não se aplica ao caso o diferimento conforme relatório do Fisco autuante, em razão das mercadorias originadas de transferências entre Matriz e Filial não incidirem ICMS-ST. **Aduz 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). **Afastados tais argumentos**, 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 de Manaus e filial de Rondônia), amparando-se na previsão do Art. 11, II, § 5º, do Anexo VI do RICMS/RO.

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 § 5º do art. 11 do Anexo VI do RICMS/RO – Dec. 22721/18.

*§ 5º. Na hipótese do inciso II do caput, o estabelecimento deste Estado que recebeu a mercadoria constante na Parte 2 deste Anexo sem a retenção do imposto por substituição tributária, deverá efetuar o seu cálculo, nas saídas internas submetidas à substituição tributária, utilizando-se da MVA destinada a estabelecimento industrial prevista na Parte 2 deste Anexo, quando houver.*

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. 14 a 18 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 (§ 5º referido).

Dessa forma, compreendo, smj, que o presente auto de infração deve ser declarado **procedente**, sendo devido o valor lançado de R\$ 319.539,30.

#### **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\$ 319.539,30 (trezentos e dezenove mil, quinhentos e trinta e nove reais e trinta 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***

***JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA***



Documento assinado eletronicamente por:

**NIVALDO JOAO FURINI, Auditor Fiscal,**

, Data: **13/06/2023**, às **12:36**.

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