



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

SUJEITO PASSIVO: *VOTORANTIM CIMENTOS S.A.*

ENDEREÇO:

PAT Nº: 20223006300014

DATA DA AUTUAÇÃO: 18/11/2022

CAD/CNPJ: 01.637.895/0094-31

CAD/ICMS: 00000000351636

DECISÃO NULO Nº: 2023/1/47/TATE/SEFIN

1. Deixar de recolher ICMS decorrente de recolhimento inferior. 2. Operações sujeitas ao ICMS-ST. 3. Recolhimento na forma do ICMS por Diferencial de Alíquotas. 4. Mercadorias destinadas a Construção Civil. 5. Diferença apurada. 6. Art. 77, IV, “a-4 da Lei 688/96. 7. Com defesa. 8. Infração ilidida. 9. Auto de infração NULO.

1 - RELATÓRIO

O sujeito passivo foi autuado por deixar de recolher na origem o ICMS-ST devido das operações interestaduais, decorrente de erro de cálculo e recolhimento na forma do ICMS diferencial de alíquotas, de mercadorias sujeita ao recolhimento por substituição tributária na origem. Constatado que o destinatário exerce a atividade de comércio varejista de materiais de construção, devendo o recolhimento de ICMS-ST, retido e recolhido pelo remetente. Infração por descumprimento de obrigação fiscal principal capitulada nos artigos 678 a 680, c/c art. 27, c/c Anexo V, do RICMS/RO – Dec. 8321/98 c/c Protocolo ICMS nº 11/85, com penalidade aplicada de acordo com o art. 77, inciso IV, alínea “a-4”, da Lei 688/96.

O crédito tributário, à época da lavratura, tem a seguinte composição:

Al 20223006300014 - Votorantim Cimentos S.A

ICMS	R\$ 23.288,99
MULTA 90% DO VALOR DO IMPOSTO CORRIGIDO	R\$ 20.960,09
JUROS	R\$ -
ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA	R\$ -
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 44.249,08

O sujeito passivo foi notificado da autuação por via DET sob nº 13614419 em 31-01-2023, fl. 23. Apresentou defesa tempestiva em 03/03/2023.

Ação Fiscal determinada pela Designação de Serviços de Fiscalização – DSF nº 20223706300421 de 14/10/2022. Não consta nos autos notificação de início da ação fiscal ao contribuinte. Lavratura do auto de infração em 18/11/2022, no Posto Fiscal de Vilhena-RO, para fatos ocorridos em fevereiro, março e abril de 2017, conforme planilha de fl. 03. Consta na DSF referida que, ‘se for o caso’, promover o refazimento do AI 20172906700032.

Consta no Acordão nº 048/2022/1ªCAMARA/TATE/SEFIN, anulando o auto de infração, ante a ausência de Designação autorizativa (DFE) para realizar o trabalho fiscal, em vista de que, a autuação (20172906700032) teve sua lavratura fora do plantão fiscal.

O auto de infração constitui o lançamento tributário relativo a diferença relativa a forma de tributação destacada nos documentos fiscais (ICMS-Difal), em produto sujeito à substituição tributária.

O contribuinte destinatário das mercadorias em Rondônia, adquiriu para comercialização, não existindo nenhuma prova nos autos de que tais mercadorias se destinariam a consumo na construção civil.

2 - DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

1. Alega a impugnante em preliminares que, tendo sido notificada em 31/01/2023 e a exigência contemplando fatos ocorridos em 2017, encontra-se decaído o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário na forma do art. 150, § 4º do CTN.
2. **No mérito** alega que, não houve fato gerador, eis que o imposto destacado e devido das operações, estão devidamente recolhidos, fazendo prova do recolhimento da nota fiscal 208375 – (BC 12.106,92 com ICMS-ST R\$ 665,88).
3. Argumenta a defesa que, indevido o ICMS-Difal, quando as mercadorias são destinadas a aplicação na construção civil, na forma da Súmula nº 432 do STJ.
4. Argumenta pela necessidade de perícia/diligência no sentido de confirmar as arguições elencadas, especialmente, o fato de que o destinatário das mercadorias, efetivamente, aplicou os produtos (cimento) em obras da construção civil que, em tese, não haveria incidência de ICMS. Requer a improcedência do auto de infração no entendimento de que recolheu o ICMS-Difal das operações,

na forma da legislação de regência, à época dos fatos.

3 – FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO

O sujeito passivo foi autuado por descumprimento de obrigação principal, consistente em reter e recolher o ICMS/ST devido de diversas operações destinadas à contribuinte comerciante estabelecido em Monte Negro/RO, aquisições de cimento no período de 02 a 04/2017, consignando nos documentos fiscais o cálculo do ICMS-Diferencial de Alíquotas. Nestas circunstâncias, foi indicada Infração capitulada os artigos 678 a 680, c/c art. 27, c/c Anexo V, do RICMS/RO – Dec. 8321/98 c/c Protocolo ICMS nº 11/85, com penalidade aplicada de acordo com o art. 77, inciso IV, alínea “a-4”, da Lei 688/96.

Lei 688/96

Art. 77. As infrações e as multas sujeitas a cálculo na forma do inciso II, do artigo anterior são as seguintes:

(---)

IV -infrações relacionadas ao pagamento, retenção ou apuração do ICMS: (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 –efeitos a partir de01/07/15)

(---)

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

(---)

4. do valor do imposto apurado a menor em documento fiscal que contenha erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração do imposto; e

Em sua defesa o sujeito passivo alega no item 1, que, ocorreu a decadência do direito de exigir do Fisco, eis que as operações do ano de 2017 já havia ultrapassado o prazo de cinco anos da data do fato gerador, na forma do artigo 150, § 4º do CTN. **O argumento não deve prosperar.** O auto de infração nasce em razão de outra lavratura anterior sob nº 20172906300032, dos mesmos fatos, no Posto Fiscal de entrada do Estado, sendo julgado nulo por ausência de Designação própria, ressaltando seu refazimento. Na ocorrência de nulidade, que é o caso, aplica-se o estabelecido no art. 173, II, do CTN. *Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: (---); II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.* Os Fatos ocorreram, o erro no destaque do imposto e recolhimento a menor resta comprovado nos autos, conforme se visualiza no relatório de fl. 03 e documentos fiscais de fls. 04 a 15. Não resta dúvida que o período de 2017, encontra-se decaído o direito de lançar, caso a ação fiscal iniciasse em 2023. No caso em questão, a ação fiscal já estava em curso, que será novamente analisada, em relação ao lançamento em face do sujeito passivo.

Nos itens 2 e 3 da defesa, as alegações de que, o ICMS das operações foi recolhido, comprovando o recolhimento de ICMS – Diferencial de alíquotas a ex. da NF 208375. Enfatiza que, o ICMS-DA não é devido quando destinado a construtora para aplicação direta na construção civil (Súmula 432/STJ). **De fato**, consta nos autos recolhimentos do ICMS por diferença de alíquota, por entender que as mercadorias seriam aplicadas na construção civil. O entendimento, todavia, resta equivocado, eis que, houvesse destinação específica de aplicação na construção civil, o ICMS não seria devido, restando caracterizado o recolhimento equivocado ICMS-DA, o que caracteriza a real operação de venda de produtos destinados à comercialização. Portanto, nestas circunstâncias é devido o ICMS por substituição tributária em função do

produto. O Fisco calculando o valor devido de cada operação autuada deduziu o valor recolhido, apurando a diferença e lançando de ofício, o que se debate. A empresa em consulta no setor produtivo e na SEFIN, realizada por este julgador, confirmou que a empresa destinatária sempre desenvolveu o comércio na cidade de Monte Negro – RO.

No item 4, a defesa pugna pela realização de diligência afim de confirmar os fatos alegados de que a empresa destinatária, aplicou os produtos em obras da construção civil, não havendo, portanto, incidência do ICMS nessas operações. A própria alegação defensiva se contradiz, se destinada a construção não há incidência, o que gera dúvida acerca do recolhimento do ICMS-Diferencial de alíquotas, empresa conceituada, conhecedora da legislação, como pode contrapor a legislação aplicável ao produto cimento, quando se vislumbra que se destinava a comercialização no estabelecimento Norte Mat Constr – J. R. Borges de Monte Negro-RO. Considerando que, seja ICMS - Diferencial de alíquota ou substituição tributária, deveria onerar a operação, ou seja, o ICMS retido é um desembolso do destinatário, não é o caso, especificamente, dessas operações que, embora destacado/informado, não onerou a operação. Entende-se, nesse caso, que o ICMS do produto, constando embutido no preço do produto.

Pois bem!

No caso concreto, temos que, o ICMS devido em operações interestaduais com cimento, deve-se concretizar a retenção e recolhimento do ICMS devido na origem, ou seja, pelo remetente das mercadorias. O sujeito passivo por substituição tributária observará as normas da legislação tributária da unidade federada de destino do bem e da mercadoria, concernente à retenção e recolhimento do ICMS, seja substituição tributária ou diferença de alíquotas.

Ocorre que nas operações autuadas, o remetente, não reteve o ICMS-ST, nem onerou o adquirente por essa forma de tributação.

Em sua defesa a autuada remetente das mercadorias argumentou que os produtos ‘cimento’ se destinavam a aplicação em obras da construção civil, afirmando que, nesse caso ‘seria indevido o ICMS’ na forma do que estabelecido em Súmula do STJ. Todavia, destacou e recolheu o ICMS por diferença de alíquota, comprovando tal recolhimento a Rondônia. Porém, a empresa adquirente exerce a atividade de comércio varejista de materiais de construção.

É fato que as construtoras são inscritas como prestadoras de serviços, sujeitando-se ao imposto municipal (ISSQN), na forma da LC 116/2003, no entanto, o destinatário das mercadorias não exercia, na época dos fatos, a atividade de construção civil, as próprias notas fiscais de fls. 04 a 15, consigna ‘informações complementares, a venda a comércio varejista, o que contradiz o alegado de aplicação em obras da construção, conforme a defesa do sujeito passivo. Assim, o ICMS por substituição tributária das operações, ora autuadas, deveria constar retenção e recolhimento do imposto devido a Rondônia.

A defesa traz ainda, alegação acerca da decadência pelo prazo de cinco anos na previsão do § 4º do art. 150 do CTN. Afastado o argumento, pois que, a autuação ora em debate tem origem na anulação do auto de infração nº 20172906700032, ou seja, houve o refazimento do auto de infração, com designação fiscal específica para autuação das operações. Ocorre que, a anulação ocorreu por falta de Designação própria, eis que não realizada no plantão fiscal da época do trânsito das mercadorias, o que exigia uma autorização de autoridade competente. Nesse caso, a decadência é afastada na forma do art. 173, II, do CTN.

Assim, feito o auto de infração o Fisco considerou as operações sujeitas ao ICMS-ST, observou o

recolhimento pela diferença de alíquota e exigiu do contribuinte substituto o valor lançado no presente auto de infração, remetendo os cálculos dos acréscimos à data da lavratura do AI 20172906700032, conforme relatado em fl. 03.

O RICMS/98 – Dec. 8321/98, vigente à época dos fatos, em seu artigo 78, tratava da responsabilidade em operações sujeitas ao ICMS por substituição tributária. Vislumbra-se que a legislação define a responsabilidade do remetente das mercadorias, mas, no entanto, não deixa o destinatário afastado de tal responsabilidade, bastando passar os olhos no **caput** e § 2º do citado dispositivo, vejamos:

RICMS/RO – Dec. 8321/98

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. (AC pelo Dec. 22242, de 04.09.17 - efeitos a partir de 1º.10.17 - Conv. ICMS 52/17)**

§ 1º. A responsabilidade prevista no caput deste artigo aplica-se também ao imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna da unidade federada de destino e a alíquota interestadual incidente sobre as operações interestaduais com bens e mercadorias especificadas em convênio ou protocolo que disponha sobre o regime de substituição tributária e destinadas ao uso, consumo ou ativo imobilizado do destinatário.

*§ 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.***

O artigo 678 do RICMS/RO – Dec. 8321/98, dispõe que, a responsabilidade pelo pagamento do imposto no início da operação quando destinados a estabelecimento rondoniense.

DAS OPERAÇÕES COM CIMENTO

Art. 678. Na saída de cimento, de qualquer espécie, classificado na posição 2523 da NCM/SH com destino a estabelecimento localizado em território rondoniense, fica atribuída a responsabilidade pelo pagamento do imposto incidente nas subseqüentes saídas ou na entrada para o uso ou consumo do destinatário: (Lei 688/96, art. 12 e art. 24, § 6º, inciso VII, e Protocolo ICM 11/85, cláusula primeira e décima primeira) (NR dada pelo Dec. 18705, de 20.03.14 – efeitos a partir de 1º.02.14 – Pror. ICMS 128/13)

No caso em questão, constata-se que na época dos fatos quem deveria reter e recolher o ICMS-ST era o remetente da mercadoria. Ocorre que, por motivo alheio à ação do fisco, o remetente recolheu o imposto por diferencial de alíquotas, devido a Rondônia, na forma da EC 87/15, em decorrência do entendimento de que as mercadorias se destinavam a aplicação direta na construção civil. O Fisco, recentemente constatou que a empresa destinatária de tais mercadorias, não exerceu atividade de construção civil, mas, sim, sempre atuou com estabelecimento comercial varejista de materiais de construção, conforme verificação *in loco* (Norte Mat Construção).

O responsável substituto tributário, na forma da legislação, deve reter e recolher o ICMS por substituição tributária, de operações interestaduais com produtos sujeitos a essa forma de tributação. É uma forma de antecipação da ocorrência do fato gerador futuro, onerando a operação em face do

destinatário dos produtos.

O novo RICMS-RO, dispõe no Anexo VI, no art. 12, § 2º, estabelece que eventual retenção ou recolhimento a menor deve ser exigido a diferença do destinatário, nesse caso, a exigência, caso se confirmasse tratar-se de destino comercial dos produtos, deveria ser direcionada ao adquirente das mercadorias, efetivo devedor do tributo.

ANEXO VI – RICMS/RO – Dec. 22721/18

DA RESPONSABILIDADE

Art. 12. *O contribuinte remetente que promover operações interestaduais destinadas ao Estado de Rondônia com bens e mercadorias especificados 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 imposto relativo às operações subsequentes devido a este Estado, mesmo que o imposto tenha sido retido anteriormente. (Convênio ICMS 142/18, cláusula oitava) (Lei 688/96, art. 24-A, § 2º, inciso I). (NR dada pelo Dec. 23465, de 27.12.18 – efeitos a partir de 01.01.19).*

(---)

§ 2º. O destinatário de bens e mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, inclusive o varejista, é responsável pelo imposto devido ao Estado de Rondônia por substituição tributária, quando o remetente, sujeito passivo por substituição, não efetuar a retenção e recolhimento, ou efetuar retenção e recolhimento a menor do imposto devido.

O destinatário é que suporta o valor do imposto, quando retido na origem, agregando o imposto ao valor total da operação. Também é fato que em havendo retenção e recolhimento a maior o destinatário tem direito à restituição desse valor, porque foi ele que arcou com a imposição tributária da operação e da antecipação do imposto que seria gerado na venda final.

No caso concreto, na forma da legislação tributária vigente, tanto o antigo RICMS como o novo RICMS/RO, temos duas responsabilidades; i) conforme disposto no *caput* do art. 12, do Anexo VI do RICMS-RO, impõe-se **responsabilidade** ao remetente das mercadorias a obrigação de reter e recolher o imposto que seria devido na operação final no destino; e ii) o § 2º do mesmo dispositivo, remete a obrigação ao destinatário das mercadorias como **responsável** pelo recolhimento quando ocorrer retenção e recolhimento a menor na origem. Os dispositivos referidos visam garantir ao Erário exigir o imposto não retido e recolhido, de quem, efetivamente, é o contribuinte que suporta o ônus financeiro desde a origem, inicialmente, pela antecipação do remetente e, em momento posterior, não se realizando a retenção integral, responsabilizando o destinatário pelo pagamento do imposto remanescente. Em todas as situações descritas (retenção ou remanescentes) o pagamento do imposto devido ao final da cadeia, recai sobre o destinatário das mercadorias.

Com estas considerações, compreendo, smj, que o auto de infração deve ser nulo, em razão da ilegitimidade passiva caracterizada pela retenção a menor efetivada na operação de venda do sujeito passivo (autuado), devendo ser direcionada a exigência fiscal à destinatária das mercadorias, da diferença - ICMS-ST - não retida nem recolhida aos cofres públicos.

Como as operações foram realizadas entre fevereiro e junho de 2017, já se encontra decaído o

direito do Fisco de realizar levantamento fiscal em face do destinatário de tais mercadorias, (art. 150, § 4º do CTN), nesse caso, deve considerar que os fatos geradores ocorreram em 2017 (a mais de cinco anos da data do fato gerador).

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, decido pela **Nulidade** do auto de infração, e declaro **indevido** o crédito tributário lançado de R\$ 44.249,08 (quarenta e quatro mil, duzentos e quarenta e nove reais e oito centavos).

Desta decisão, por ser contrária às pretensões do Fisco estadual, recorro de ofício à Câmara de Segunda Instância, na forma do art. 132 da lei 688/96. Em face do disposto no § 3º desse mesmo artigo, que se encaminhe o processo para ciência do autor do feito.

5 – ORDEM DE NOTIFICAÇÃO

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

Porto Velho, 09/05/2023 .

NIVALDO JOAO FURINI

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

NIVALDO JOAO FURINI, Auditor Fiscal, -----, Data: **09/05/2023**, às **22:59**.

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