



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

SUJEITO PASSIVO: *FRIGORIFICO FRIGORACA LTDA*

ENDEREÇO:

PAT Nº: 20232700100055

DATA DA AUTUAÇÃO: 24/04/2023

CAD/CNPJ: 09.675.688/0001-84

CAD/ICMS: 00000001729781

DECISÃO PARCIAL Nº: 2023/1/174/TATE/SEFIN

1) Acusação de apropriação indevida e a maior de créditos de ICMS e de estorno de débitos decorrentes de saídas de mercadorias (carne bovina) com benefício fiscal. 2) Defesa tempestiva. 3) Infração parcialmente afastada. A ação fiscal demonstrou o valor do imposto não pago até o mês 07 de 2020. Após, concedido o Ato CONDER ao sujeito passivo, não houve suspensão ou cancelamento do benefício fiscal que ensejasse a perda do direito de fruição do crédito presumido, não cabendo à ação fiscal, de forma autônoma, a aplicação da penalidade de multa sobre os fatos por ela tidos como irregulares. 4) Auto de infração parcial procedente.

1. RELATÓRIO

O auto de infração é decorrente de ordem de fiscalização vinculada à DFE (Designação de Fiscalização de Estabelecimento) feita pela Gerência de Fiscalização e foi lavrado pelo fato do contribuinte, durante os anos de 2019 e 2020, ter se apropriado de créditos de ICMS e feito estorno de débitos em suas EFD's em desacordo com a legislação tributária.

Conforme exposto pela ação fiscal, o sujeito passivo recebeu notificações do Fisco conforme a respeito das irregularidades, no entanto, não procedeu com a correção dos lançamentos incorretos.

A ação fiscal contextualizou a ocorrência do ilícito dividindo os fatos em duas circunstâncias

temporais, uma em que prevaleceu a incidência do crédito presumido condicionado ao Anexo IV do RICMS, Nota 1 do item 5 (Decreto 22.721/2018), até o mês de julho de 2020. E, após, com o benefício fiscal concedido pelo CONDER, vinculado aos dizeres da Lei 1558/2005.

A principal sustentação para a lavratura do auto de infração foi a falta de pagamento do FITHA, tido como condicionante para o uso do benefício do crédito presumido da carne (de forma que a carga tributária seja de 3% - RICMS, Anexo IV, Nota 1 do Item 5) e previsto também como obrigação pela Lei 1558/2005.

Na primeira situação, constatou-se a falta de pagamento do FITHA, bem como o não recolhimento do imposto que deveria ter sido pago através de DARE a ser emitido em cada operação beneficiada, com vencimento do 15º dia do mês subsequente ao da saída.

Aplicada ao caso, assim determina a legislação (RICMS, Anexo IV, Nota 1 do Item 5):

Nas saídas de carne e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, secos ou temperados, resultantes do abate de aves, leporídeos e gado bovino, bufalino, caprino, ovino e suíno, produzidos no Estado de Rondônia, de forma que a carga tributária seja equivalente a 3% (três por cento).

Nota 1. A fruição do benefício previsto neste item fica condicionada a que o contribuinte não possua débito vencido e não pago relativo a tributos administrados pela CRE e a que:

I - recolha 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento) do valor da operação para o FITHA, até a data de vencimento do imposto devido pela operação beneficiada, nos termos do inciso II;

II - emita, no portal do contribuinte, disponível no endereço eletrônico da SEFIN/RO, o documento de arrecadação - DARE correspondente a cada nota fiscal de saída beneficiada, com vencimento do imposto no 15º (décimo quinto dia) do mês subsequente ao da respectiva saída.

Nota 2. O contribuinte deverá fazer constar na nota fiscal que acobertar a saída das mercadorias a seguinte expressão: 'DARE EMITIDO NOS TERMOS DO ITEM 05 DA PARTE 2 DO ANEXO IV DO RICMS/RO'.

Nota 3. A opção pelo benefício implica a vedação do aproveitamento de outros créditos relativos à entrada de mercadorias, bens ou serviços, inclusive os concedidos por Lei de Incentivo Fiscal.

Nota 4. A falta de pagamento do imposto na data prevista no inciso II da Nota 1 implicará a perda do benefício para as operações realizadas a partir dessa data e a vedação de opção pelo benefício até o último dia do mês subsequente.

Nota 5. A exigência prevista no inciso I da Nota 1 deste item não se aplica aos abatedouros frigoríficos cujo quadro de funcionários não exceda 50 empregados.

Nota 6. Sobre os recolhimentos em atraso para o FITHA, incidirão os juros e a multa de mora, conforme disciplinado na legislação do ICMS.

E dito pela ação fiscal:

Considerando a inexistência dos recolhimentos ao FITHA, dos períodos 10/2019 a 07/2020, bem como 11 e 12/2020, os créditos foram considerados indevidos total

ou parcialmente, ante o descumprimento de condicionante legal para fruição do benefício.

E em relação ao período em que se aplica o benefício fiscal da Lei 1558/2005 (após julho de 2020), a ação fiscal indicou como irregularidade o pagamento parcial do FITHA nos meses 08, 09 e 10 de 2020; e o não pagamento nos meses 11 e 12 desse mesmo ano.

Como base para a contextualização da infração, a ação fiscal transcreveu parte da Lei 1558/2005:

Art. 2º A fruição do incentivo tributário de que trata esta Lei condiciona-se a que o contribuinte:

I – não possua nenhum débito vencido e não pago relativo a tributos administrados pela Coordenadoria da Receita Estadual;

III – recolha mensalmente:

a) 1,0 % (um inteiro por cento) sobre o faturamento total, para o Fundo para Infra-estrutura de Transporte e Habitação – FITHA, quando se tratar de estabelecimento cuja atividade principal seja a indicada nos incisos I, IV e V do artigo 1º;

E entendeu, ainda, ser pertinente as providências:

Art. 3º O descumprimento de qualquer disposição desta Lei por estabelecimento industrial contemplado pelo incentivo tributário previsto no inciso I do artigo 1º-A, acarretará:

I – a perda imediata do incentivo para as operações realizadas a partir da data em que ocorrer o descumprimento desta Lei;

II – a exigência do imposto em sua totalidade em relação às operações realizadas após o descumprimento desta Lei; e

III – a vedação de nova concessão do incentivo até o último dia do mês subsequente àquele em que ocorreu o descumprimento desta Lei.

Foram capituladas a infração e a penalidade de multa com base no artigo 77, inciso V, alínea "a-1" da Lei 688/96 (cujo texto se refere à infração cometida pelo sujeito passivo e o *quantum* à penalidade). Ainda, como infração, foi indicada a Nota 1 do item 5 da parte 2 do Anexo IV do RICMS, e artigo 2º incisos I e III da Lei 1558/2005.

Houve Termo de Início de Fiscalização, em 17/02/2023 (sexta feira anterior ao carnaval, que resultou como sendo a quinta-feira, dia 23/02, como sendo o primeiro dia útil de expediente e, portanto, a data de início do prazo para a conclusão da ação fiscal). A lavratura e ciência do auto de infração se deu em 24/04/2023. O sujeito passivo apresentou defesa tempestiva.

O crédito tributário lançado pelo auto de infração foi de:

ICMS: R\$ 190.235,41.

Multa: R\$ 251.679,78.

Juros: R\$ 69.315,43.

At. Monetária: R\$ 48.208,17.

Total: R\$ 559.438,79.

2. ARGUIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

A defesa qualifica a atividade do sujeito passivo como sendo o abate de bovinos, fato para o qual se aplica a redução de base de cálculo (Conv. ICMS 89/2005), de forma que a alíquota do ICMS seja equivalente a 7%.

Indica que “goza de incentivos quanto a isenção do ICMS desde que preenchidos os requisitos exigidos para a sua fruição” e se apega nos dizeres da Lei 1558/2005, com ato concessório que lhe concedeu 85% de crédito presumido do ICMS debitado no período (trata-se de empresa beneficiada pela modalidade implantação).

Detalha os procedimentos de cálculos sobre o ICMS apurado pelas operações do sujeito passivo - dadas a redução da base de cálculo e a fruição do crédito presumido - com a circunstância de pagamentos via DARE em cada operação (situação que se aplica anteriormente ao início do benefício da Lei 1558/2005 – CONDER), o que justifica a os estornos dos débitos existentes na EFD do contribuinte, já que os pagamentos se deram, como dito, desvinculados da apuração normal do imposto, com DARE emitido sob o código de receita 1380.

E diz:

Por fim, da remota hipótese de não serem acolhidos os argumentos ora explanados, requer sejam considerados os pagamentos efetivamente realizados sob a mesma rubrica, devendo os mesmos serem deduzidos dos montantes apurados, face a vedação ao enriquecimento ilícito da administração pública.

Contudo, apesar de expor detalhes acerca da lei do incentivo fiscal que faz jus, a defesa não se contrapõe com efetividade em relação à acusação da falta de pagamento do FITHA, uma das motivações para a lavratura do auto de infração, já que não comprova outros pagamentos além do que fora aferido pela ação fiscal. Acerca do fato, diz:

Outro requisito exigido e preenchido pela empresa autuada, diferentemente do alegado pelo Sr. Fiscal no momento da lavratura do referido auto de infração, se refere ao previsto na cláusula terceira do Convênio, especificamente o que tange o inciso II quanto a condição de fruição do benefício às regras de controle, conforme prevê o Decreto Estadual nº 22.721, anexo II e IV, item 05 e o artigo 2º, I e III da Lei Estadual nº 1.558/05.

Dessa forma, o Decreto prevê que as empresas somente terão direito a fruição do benefício desde que: não possua débito vencido e não pago relativo a tributos administrados pelo CRE e desde que recolha mensalmente os percentuais previstos, estando a autuada inserida na previsão do inciso I.

É certo afirmar que ao final da apuração do faturamento mensal, a empresa autuada procedeu com os recolhimentos relativos ao Fundo para Infra-estrutura de Transporte e Habitação – FITHA, cumprindo assim as obrigações para enquadramento para redução da base de cálculo do ICMS, conforme previsto do Convênio ICMS 89/05.

Por amor ao argumento, na hipótese de possíveis recolhimentos em atraso, mas dentro do mesmo mês do vencimento, não podemos alegar não enquadramento quanto a fruição do benefício, uma vez que houve o pagamento devido, não ficando inadimplente.

Questiona a valoração da multa aplicada pelo auto, entendendo que 90% sobre o valor do imposto não pago é um valor exorbitante, dado que cumpriu com as obrigações e apenas pode ter atrasado alguns pagamentos, de forma que a multa, a existir, deveria ser apenas acessória.

Com base no que expôs, pede pela nulidade ou insubsistência do auto de infração.

3. FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

INTRODUÇÃO

A análise dos fatos deve ser dividida em duas situações temporais: antes e depois da concessão do crédito presumido de 85% dado pelo Ato Conder que beneficiou o sujeito passivo, com efeitos a partir de agosto de 2020 sobre as EFD's do contribuinte.

3.1 – Benefício do crédito presumido dado pelo RICMS

Assim sendo, até julho de 2020, o caso deve ser visto com base na legislação específica da Nota 1 do item 5 da parte II do Anexo IV do RICMS/RO Decreto 22.721/2018. Com base nessa legislação tem-se por correta (1) a redução da base de cálculo a ser calculada nas notas fiscais de saída; (2) após, com o uso do crédito presumido onde a alíquota do recolhimento do imposto corresponda a 3%, seja emitido documento de arrecadação para cada operação, com vencimento no 15º dia do mês subsequente; e, por fim, (3) que se recolha o FITHA no valor de 1,5% das operações beneficiadas com o crédito presumido.

Pois bem, da análise da planilha apresentada pela ação fiscal (arquivo xlsx denominado “2.5 AJUSTES”), percebe-se que a soma dos estornos de débitos e dos ajustes a crédito corresponde exatamente ao valor dos débitos apurados pelo contribuinte em cada mês (até julho de 2020). Isto é, o contribuinte informou inexistir imposto apurado por suas operações próprias em conta gráfica, dado que pela aplicação da legislação deveria ter pago os impostos de forma desvinculadas de sua apuração de tributo em EFD (como dito, os DARES deveriam ser emitidos em cada operação de saída, atendendo os requisitos do parágrafo anterior, para efetivo recolhimento no dia 15 do mês subsequente).

Ocorre que, conforme demonstrado pela ação fiscal, existiram duas irregularidades em relação aos fatos: (1) o contribuinte não pagou integralmente o ICMS sobre todas as suas operações de saída que deveriam ter os DARES emitidos para esta finalidade, o que implica no estorno de débito a maior registrado pelo sujeito passivo em suas EFD's. (2) Além disso, em nenhum período compreendido entre 10/2019 a 07/2020 houve qualquer recolhimento para o FITHA, de forma que não se teve por atendida a condição para o benefício do crédito presumido dado pelo RICMS – Anexo IV, o que resulta na irregularidade da utilização do crédito presumido. Ressalte-se que esta unidade de julgamento estendeu pesquisa acerca dos pagamentos feitos pelo sujeito passivo para o FITHA e não encontrou recolhimentos além dos que foram expostos pela ação fiscal até a data deste julgado.

Extrai-se, portanto, que está correta a acusação fiscal referente à constituição do crédito tributário calculada até a data de julho de 2020, fora do período de abrangência do benefício fiscal concedido pelo Ato Conder dado pelo contribuinte e vinculado à Lei 1558/2005.

3.2 – Benefício do incentivo fiscal da Lei 1558/2005

Já em relação à parte do crédito tributário apurada sob a égide da aplicação da Lei 1558/2005, faço a seguinte análise:

Nesse período (08 a 12 de 2020) a ação fiscal indicou que o contribuinte recolheu parcialmente o FITHA nos meses 08, 09 e 10, não havendo recolhimento nos meses 11 e 12, sendo que a diferença tida como não paga se deu apenas pela utilização indevida do crédito presumido, decorrente da irregularidade dos recolhimentos do FITHA, tida como condicionante para o uso do benefício fiscal concedido pela Lei 1558/2005.

Transcreveu, a ação fiscal (Lei 1558/2005):

Art. 2º A fruição do incentivo tributário de que trata esta Lei condiciona-se a que o contribuinte:

I – não possua nenhum débito vencido e não pago relativo a tributos administrados pela Coordenadoria da Receita Estadual;

III – recolha mensalmente:

a) 1,0 % (um inteiro por cento) sobre o faturamento total, para o Fundo para Infra-estrutura de Transporte e Habitação – FITHA, quando se tratar de estabelecimento cuja atividade principal seja a indicada nos incisos I, IV e V do artigo 1º;

Porém, diferentemente do que informou a defesa acerca da perda do benefício, o sujeito passivo, por ser contemplado com incentivo concedido pela modalidade “implantação”, não se submete aos dizeres do artigo 3º incisos I e II da Lei 1558/2005, cuja transcrição feita pela ação fiscal indica:

*Art. 3º O descumprimento de qualquer disposição desta Lei por estabelecimento industrial **contemplado pelo incentivo tributário previsto no inciso I do artigo 1º-A**, acarretará:*

I – a perda imediata do incentivo para as operações realizadas a partir da data em que ocorrer o descumprimento desta Lei;

II – a exigência do imposto em sua totalidade em relação às operações realizadas após o descumprimento desta Lei;

Ou seja, a perda imediata do incentivo e a exigência do imposto em sua totalidade são aplicadas para os estabelecimentos industriais dispensados de apresentação de projeto, o que não foi o caso do sujeito passivo da ação fiscal.

Para o caso em tela (empresa beneficiada pela modalidade de implantação), estabelece a Lei 1558/2005:

Art. 3º-A O descumprimento de qualquer disposição desta Lei por estabelecimento industrial contemplado pelo incentivo tributário previsto nos incisos II ou III do artigo 1º-A, acarretará:

I – a suspensão do incentivo até sua regularização, no caso de o beneficiário deixar de cumprir as obrigações decorrentes desta Lei ou de seu regulamento.

II – o cancelamento do incentivo, nos seguintes casos:

a) não regularização, no prazo previsto na notificação, das irregularidades que ensejaram a suspensão;

b) constatação, a qualquer momento da prática de dolo, fraude ou simulação, sem as quais o beneficiário não obteria o incentivo tributário ou obteria numa escala menor;

c) constatação de que, com a alteração do quadro societário, operação de cisão, fusão, incorporação ou qualquer outra forma de assimilação, deixe de atender aos objetivos desta Lei e do Programa de Desenvolvimento Industrial, Comercial e Mineral do Estado de Rondônia – PRODIC, instituído pela Lei Complementar nº 61 de 21 de julho de 1992;

d) usar o crédito presumido em desacordo com a Legislação do Incentivo Tributário.

Da leitura do texto legislativo interpreta-se que a irregularidade pertinente ao descumprimento referente ao pagamento do FITHA deve acarretar a suspensão do incentivo e, posteriormente, caso não regularizada, resultar em seu cancelamento.

No caso concreto, não se verifica que tenha havido a suspensão do incentivo fiscal do sujeito passivo (e nem o cancelamento), circunstâncias que ocorrem pela tutela da CONSIT. Não é a ação fiscal que efetua esse procedimento, logo, entendo ser indevido o afastamento da possibilidade de uso do crédito presumido do sujeito passivo concedido pela Lei 1558/2005, tal como feito pela ação fiscal de forma unilateral.

Outrossim, observo que a ação fiscal utilizou como parâmetro para a aferição do faturamento base de cálculo para o pagamento do FITHA o valor total das operações do contribuinte em cada período de apuração do imposto. Contudo, dentro desse escopo de entendimento, existem operações de valores relevantes para a Zona Franca de Manaus (saídas isentas) em que não houve benefício do crédito presumido, logo, não seria plausível se exigir o recolhimento do FITHA sobre uma operação da qual não se utilizou o incentivo fiscal do crédito presumido.

E também, observo que diversas notas fiscais de saída se referem a operações internas com incidência de substituição tributária, da qual fez parte, o ICMS ST cobrado do destinatário. Igualmente, não se tem como pertinente que, sobre o ICMS devido pro substituição tributária, haja o pagamento do FITHA.

Pelos fatos, entendo ser nula a ação fiscal referente ao período em que o sujeito passivo esteve sob a égide da Lei 1558/2005, dado que a competência para declarar a suspensão ou cancelamento do benefício discal que lhe concedera 85% do crédito presumido não é da ação fiscal, mas sim da CONSIT.

4. CONCLUSÃO

Complementando o entendimento exarado neste julgamento, elaborei planilha de reconstituição do crédito tributário, apurado exclusivamente no período de 10/2019 a 07/2020, que segue juntada ao e-Pat.

Ajustados os valores referentes às correções mencionadas, fica o crédito tributário assim constituído:

	VL ORIGINAL R\$	VL PROCEDENTE R\$	VL NULO R\$
ICMS	190.235,41	158.256,66	31.978,75
MULTA	251.679,78	210.511,89	41.167,89
JUROS	69.315,43	64.713,47	4.601,96
AT. MONET.	48.208,17	41.184,05	7.024,12
TOTAL	559.438,79	474.666,07	84.772,72

Nos termos do disposto no inciso IV do artigo 131 da Lei 688/1996, julgo **PARCIAL PROCEDENTE** o auto de infração, declarando-se devido o valor de R\$ 474.666,07 e indevido, por vício

formal, o valor de R\$ 84.772,72.

5. ORDEM DE INTIMAÇÃO

Notifique-se o sujeito passivo principal da decisão de Primeira Instância, intimando-o a recolher o crédito tributário devido no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência deste, com redução de 50% sobre o valor da multa (RICMS - Anexo XII, artigo 34, § 6º), garantindo-se o direito de recurso voluntário à Câmara de Segunda Instância, no mesmo prazo.

Por ter sido excluído do crédito tributário do auto de infração valor superior a 300 UPF's, interpõe-se recurso de ofício à Câmara de Segunda Instância.

Notifique-se o autor do feito para, desejando, apresentar manifestação contrária à decisão proferida.

Porto Velho, 21 de junho de 2023.

Juntados no e-Pat:

Planilha com reconstituição do crédito tributário (Excel).

RENATO FURLAN
Auditor Fiscal de Tributos Estaduais
Julgador de 1ª Instância TATE/RO



Documento assinado eletronicamente por:

RENATO FURLAN, Delegado da 3ª DRRE,

, Data: **22/06/2023**, às **11:2**.

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