



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

SUJEITO PASSIVO: *HAVAN LOJAS DE DEPARTAMENTOS LTDA*

ENDEREÇO:

PAT Nº: 20232700300008

DATA DA AUTUAÇÃO: 17/03/2023

CAD/CNPJ: 79.379.491/0102-27

CAD/ICMS: 00000004316304

DECISÃO PROCEDENTE Nº: 2023/1/662/TATE/SEFIN

1. Levantamento fiscal. 2. Ativo permanente. 3. Apropriação de crédito fiscal indevido – Art. 77, V, “a-1” da Lei 688/96. 4. Defesa Tempestiva. 5. Infração não ilidida. 6. Auto de infração procedente.

1 - RELATÓRIO

O auto de infração lavrado em 17/03/2023, ocorreu em razão do sujeito passivo apropriar-se indevidamente de crédito de ICMS, decorrente de devolução de mercadorias, emissão própria, decorrente de aquisição de bens e produtos utilizados na edificação do contribuinte, descumprimento da vedação prevista no art. 44, II, do RICMS-RO), além de apropriar-se em valores superiores ao destacado em documento fiscal – adicionado do diferencial de alíquota pago. A apropriação indevida ocorreu entre 05-18 e 07-22, demonstrado em planilha. Período fiscalizado 01-05-2018 a 31-07-2022, conforme a Designação de Fiscalização de Estabelecimento DFE nº 20222500300010. Assim, foi indicado como dispositivos infringidos os artigos 39, § 4º e 44, II, ambos do, ambos do RICMS/RO (Dec. 8321/98) e penalidade do artigo 77, V, “a-1” da Lei 688/96.

O sujeito passivo foi notificado da autuação via DET 13673029 em 03/04/2023, conforme fl. 26, do PAT. O crédito tributário lançado com a seguinte composição:

AI 20232700300008 - Havan S.A	
ICMS	R\$ 998.622,17
MULTA 90% DO VALOR DO IMPOSTO CORRIGIDO	R\$ 1.252.363,39
JUROS	R\$ 368.305,50
ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA	R\$ 198.161,56
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 2.817.452,62

A ação fiscal teve origem na elaboração da Designação de Fiscalização de Estabelecimento – DFE 20222500300010 de 26/08/2022 (fl. 15), notificada ao sujeito passivo conforme Termo de Início de Ação Fiscal e Termo de Intimação em 17/01/2023 - DET 13591879 (fl. 17). Notificado o contribuinte para auto regularização na forma do FISCONFORME de 23/06/2022, via DET 1591879 de fls. 18 a 20. Relatório Fiscal de detalhamento dos procedimentos fiscais realizados (fls. 04 a 12). Demonstrativos das operações objeto da autuação através da mídia eletrônica nos autos. O sujeito passivo apresentou peça defensiva em 18/04/2023.

2. DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA.

- Argumenta inicialmente que, a exigência fiscal viola princípio constitucional da não-cumulatividade (art. 155, § 2º, I, da CF), salientando que, impõe-se uma vedação não prevista na legislação que limita indevidamente o direito ao crédito de ICMS de aquisições para o ativo permanente.
- Aduz a impugnante que, o art. 20 da Lei Complementar nº 87/96, assegura o direito ao crédito de ICMS, cobrado em operação anterior de aquisição de mercadoria, inclusive a destinada a uso ou ao ativo permanente, com as vedações estabelecidas no § 3º, I e II, e art. 21, III, da norma referida, na forma do art. 146 da CF. As vedações, todavia, ocorrem em apenas duas situações, i) na saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, ou, ii) somente dará direito a crédito, quando a entrada da mercadoria vier a ser utilizada na atividade fim da empresa. Salienta a defesa que referido dispositivo da LC citada, foi repetido na Lei nº 688/96, no artigo 31 e §§ 1º e 2º, porém, em tais vedações não está inserido as aquisições de materiais de construção de estabelecimento comercial que abriga as atividades do contribuinte.
- Aduz que, por estas circunstâncias, existe decisão favorável ao contribuinte no estado de São Paulo através de Consulta tributária nº 028/2011, anexo da defesa, na Bahia, decisão do TJ-BA de 10/22, em Goiás, decisão do TJ-GO em 2012.
- Argumenta a defesa que, em contraponto ao relatado pelo Fisco de que houve creditamento em valores superiores ao destaque + diferencial de alíquota das operações, o que ocorreu, em realidade, foi que, o contribuinte lançava em conta gráfica sob a nomenclatura “outros débitos – DIFAL”, refletindo na apuração mensal de ICMS próprio, conforme planilhas anexas na peça defensiva, portanto, entende a impugnante que agiu corretamente.

5. Por fim, alega a impugnante que a multa aplicada possui caráter confiscatório, alcançando o percentual de 125,4% do valor do tributo, o que é vedação da Constituição Federal (Art. 150, IV da CF).

Requer ao final o cancelamento do auto de infração em questão.

3. FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO.

Depreende-se da descrição fática na peça inicial que, o sujeito passivo apropriou-se de crédito de ICMS, conforme constatação nos arquivos da EFD, decorrente de aquisição de materiais de bens e produtos para a edificação do estabelecimento do contribuinte, vedação estabelecida no art. 44, II, do RICMS-RO – Dec. 8321/98. Descreve também situações de crédito em valores superiores ao que estabelecido na legislação. Período da ocorrência maio-18 a julho-2022. Nestas circunstâncias foi indicado como dispositivo infringido, o art. 44, II, do RICMS-RO – Dec. 8321-98. A penalidade aplicada do artigo 77, V, “a-1” da Lei 688/96.

Lei 688/96

Art. 30. O imposto é não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outra unidade da Federação. (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 –efeitos a partir de 01/07/15)

Art. 31. Para a compensação a que se refere o artigo 30, é assegurado ao sujeito passivo o direito de se creditar do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo imobilizado, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, observado o disposto no artigo 33. (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 –efeitos a partir de 01/07/15)

§ 1º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

§ 2º Salvo prova em contrário, presumem-se alheios a atividade do estabelecimento os veículos de transporte pessoal. (---)

RICMS-RO - Dec. 8321/98

Art. 39. Constitui crédito fiscal para fins de compensação do imposto devido: (NR dada pelo Dec. 12419, de 19.09.06 – efeitos a partir de 1º.08.01)

(---)

§ 4º Em relação aos créditos decorrentes de entrada de mercadorias no estabelecimento, destinadas ao ativo permanente, de que trata a alínea —bII do inciso IV do § 1º deste artigo, deverá ser observado que: (AC PELO DEC. 14155, DE 23.03.09 – EFEITOS A PARTIR DE 1º.07.07)

I – a apropriação será feita à razão de 1/48 (um quarenta e oito avos) por mês, do valor do crédito destacado no documento fiscal de aquisição do bem, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a exclusão

do Simples Nacional;

II – o número de frações remanescentes, a ser apropriado mensalmente, será igual ao resultado da subtração do número de meses decorridos desde a data em que ocorreu a entrada do bem no estabelecimento, do prazo original de 48 meses;

III – não será admitido o creditamento de parcelas referentes aos meses anteriores ao da exclusão do Simples Nacional;

IV – deverá ser observada a disciplina reservada à compensação do imposto, relativamente aos créditos decorrentes de entrada de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente, conforme disposto neste RICMS/RO, especialmente no artigo 37.

Art. 44. *É vedado ao contribuinte creditar-se do imposto relativo à entrada de bens ou mercadorias, inclusive se destinados ao uso, consumo ou ativo imobilizado do estabelecimento, ou a utilização dos serviços, nos seguintes casos: (Lei 688/96, art. 31, §§ 1º, 2º e 3º)*

(---)

II - que se refiram a bens, mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento;

(---)

*§ 1º. Para fins do disposto no inciso II deste artigo, **presumem-se** alheios à atividade do estabelecimento, exceto quando diretamente vinculados aos seus objetivos sociais:*

I - os veículos de transporte pessoal e as mercadorias ou serviços utilizados na sua manutenção;

II - as mercadorias ou serviços destinados a benefícios sociais de funcionários e seus dependentes, inclusive transporte e alimentação;

III - obras de arte;

IV - artigos de lazer, decoração e embelezamento.

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)*

(---)

V - infrações relacionadas ao crédito do ICMS: (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

(---)

a) multade 90% (noventa por cento):

1. do valor do crédito fiscal apropriado indevidamente, ressalvado o disposto nas alíneas “b” e “d” deste inciso; e

O auto de infração ocorreu porque o Fisco autuante desconsiderou os créditos de ICMS das operações de aquisição de bens e mercadorias que se destinavam a edificação do estabelecimento ou, ainda, de aquisições para ativo imobilizado de utilização secundária em relação as atividades fins do estabelecimento.

Destaca-se que, o art. 20, §§ 1º e 2º da LC 87/96 c/c art. 146, III, 'b' e 155, § 2º, XII, 'c' da Constituição Federal, autoriza o aproveitamento de créditos do imposto cobrado anteriormente em operações de que tenha resultado entrada de mercadorias destinadas ao ativo permanente, para compensação com o imposto que for devido posteriormente pelas saídas de mercadorias ou serviços.

Não obstante, vedam expressamente o aproveitamento do crédito nas hipóteses em que o bem do ativo permanente seja empregado em finalidade alheia às atividades do estabelecimento.

Lei Complementar nº 87/96

*Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a **entrada de mercadoria**, real ou simbólica, no estabelecimento, **inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente**, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.*

§ 1º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

§ 2º Salvo prova em contrário, presumem-se alheios à atividade do estabelecimento os veículos de transporte pessoal.

A legislação estadual, nos termos dos artigos 30 e 31, da Lei 688/96, bem como o art. 44, Inciso II, § 1º do RICMS/RO – Dec. 22721/18, ainda, observando os comandos dos artigos 19 e 20 da Lei Complementar 87/96, para aproveitamento de crédito de ICMS, no âmbito do estado de Rondônia, devendo cumprir os seguintes requisitos: (i) ser mercadoria; (ii) estar regularmente escriturado em conta contábil do ativo imobilizado; e (iii) **ser empregado nas atividades fins do estabelecimento**. Há diversos entendimentos e decisões do STJ, confirmando que, a aquisição de materiais para edificação de supermercado, hipermercado, não ampara direito de crédito de ICMS (STJ – Resp 860701 7 MG 2006/0047743-7), (STJ, Primeira Turma. AgRg no Ag1.145.693/RS de 22/06/2010), entre outros.

3.1 - Análise das argumentações da defesa.

No item 1 da defesa, a alegação de que a exigência fiscal viola princípio constitucional da não-cumulatividade (art. 155, § 2º, I, da CF), impondo vedação não prevista na legislação, limitando indevidamente o direito ao crédito de ICMS de aquisições para o ativo permanente. **Os argumentos não prosperam**, eis que, as mercadorias adquiridas pelo estabelecimento, objeto da glosa do crédito tributário apropriado, encontra-se em descompasso com a legislação tributária estadual. Os bens e materiais aplicados na construção/edificação, ainda que estejam contabilizados no ativo imobilizado, não possuem relação direta com a comercialização de mercadorias, ou seja, é um empreendimento que se utilizado na atividade, mas, todavia, de utilização secundária, por isso, não subsiste direito de crédito do ICMS, nesse tipo de aquisição para o ativo permanente, afim de reduzir o montante do débito das operações de vendas da

empresa.

No item 2, alega que, o art. 20 da Lei Complementar nº 87/96, assegura o direito ao crédito de ICMS, cobrado em operação anterior de aquisição de mercadoria, inclusive a destinada a uso ou ao ativo permanente, com as vedações estabelecidas no § 3º, I e II, e art. 21, III, da norma referida, na forma do art. 146 da CF. As vedações, todavia, ocorrem em apenas duas situações, i) na saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, ou, ii) somente dará direito a crédito, quando a entrada da mercadoria vier a ser utilizada na atividade fim da empresa. Salienta a defesa que referido dispositivo da LC citada, foi repetido na Lei nº 688/96, no artigo 31 e §§ 1º e 2º, porém, em tais vedações não está inserido as aquisições de materiais de construção de estabelecimento comercial que abriga as atividades do contribuinte. **Os argumentos devem ser afastados.** A impugnante em seu questionamento já responde, pois que a legislação tributária rondoniense não indica vedação específica para aquisição de materiais de construção, mas veda, expressamente, na forma da LC 87/96 e da legislação rondoniense, a utilização de crédito fiscal que não tenha relação direta com as atividades fins do contribuinte. Traduzindo, se o bem é adquirido de forma que seja para manutenção da atividade, mercadorias, estoque e outras necessidades primordiais, dependendo de análise de cada caso, individualmente, pode amparar o direito a crédito, p. ex. aquisição de uma câmara fria para um açougue/supermercado, extremamente, necessário para resfriamento das mercadorias objeto da atividade, evidente que terá o direito ao creditamento do ICMS da aquisição, cumprindo as obrigações acessória de contabilizar no ativo permanente e apropriando de acordo com a legislação, elaborando o CIAP.

No item 3, aduz que, existe decisão favorável a contribuintes no estado de São Paulo através de Consulta tributária nº 028/2011, anexo da defesa, na Bahia, decisão do TJ-BA de 10/22, em Goiás, decisão do TJ-GO em 2012. **As decisões elencadas, não favorecem ao contribuinte em relação a questão posta no presente auto de infração.** Conforme o relatório fiscal da autuação, indicando diversas decisões, inclusive dos mesmos Tribunais e de outros, definindo expressamente que aquisição de materiais de construção para edificação de supermercado, hipermercado não confere direito a crédito de ICMS, diante dos requisitos previstos em legislação. Diante desse caso, a legislação tributária de Rondônia, vigente e válida, não pode ser descumprida e, assim, devemos observar o que estabelecido na lei 688/96, e seu regulamento interno no estado de Rondônia, além do que previsto na LC 87/96. Assim, o argumento em nada contrapõe aquilo apurado pelo Fisco, através de análise das operações do sujeito passivo estabelecido em Vilhena-RO, declaradas no SPED-EFD no período de maio-18 a julho-22.

No item 4, salientando que, em contraponto ao relatado pelo Fisco de que houve creditamento em valores superiores ao destaque + diferencial de alíquota das operações, o que ocorreu, em realidade, foi que, o contribuinte lançava em conta gráfica sob a nomenclatura “outros débitos – DIFAL”, refletindo na apuração mensal de ICMS próprio, conforme planilhas anexas na peça defensiva, portanto, entende a impugnante que agiu corretamente. **Esse argumento não favorece as partes.** Esses pontos argumentativos, estão demonstrados também, no relatório circunstanciado em fls. 09, 10 e 11 do PAT. O Fisco visualizou nas operações declaradas que os débitos estavam além do que destacado em documentos fiscais registrados, das aquisições para o ativo permanente, está provado no SPED-EFD da empresa. O contribuinte apenas esclarece que tal diferença ocorreu porque parte do crédito glosado estava declarado como ‘estorno de débito de diferencial de alíquota’. Já o Fisco detalhou sua apuração, no relatório,

observando aquilo que o contribuinte declarou.

No item 5, entende que a multa aplicada possui caráter confiscatório, alcançando o percentual de 125,4% do valor do tributo, o que é vedação da Constituição Federal (Art. 150, IV da CF). **Argumento afastado.** A multa aplicada sobre o valor do tributo devido na época dos fatos geradores atualizado até a data da lavratura do auto de infração. A multa aplicada no caso, foi de 90% do valor do imposto corrigido, conforme o art. 77, V, “a-1” da Lei 688/96. Não é competência deste Tribunal Administrativo de Tributos Estaduais - TATE, analisar constitucionalidade de norma dispositiva, por força do art. 90 da Lei 688/96, porém, o Supremo Tribunal Federal – STF, definiu o patamar das multas tributárias em 2015, estabelecendo parâmetros que foram adequados no estado de Rondônia pelas Leis 3583 e 3756/2015. Portanto, restam afastados todos os argumentos expendidos pela defesa.

3.2 Da análise conclusiva.

No caso concreto, o Fisco utilizou das declarações do sujeito passivo para caracterizar como irregular os créditos utilizados em razão das aquisições de bens e mercadorias destinadas a edificação do estabelecimento do contribuinte. Analisou todas as aquisições, destinadas para o ativo permanente, através dos documentos fiscais registrados e que motivaram a utilização dos créditos, ora glosados.

Assim, tal exigência pelo que contem nos autos restaram provadas e fundamentadas em Lei, estadual e federal. O relatório circunstanciado detalhando todos os procedimentos adotados e as apurações realizadas, pormenorizando as irregularidades apontadas como de aproveitamento de crédito fiscal oriundo de aquisições de bens e materiais aplicados na construção do prédio do estabelecimento do contribuinte em Vilhena-RO.

As provas da acusação fiscal foram gravadas em mídia e entregues ao sujeito passivo.

Do conteúdo do processo depreende-se que, ocorreu a infração à legislação tributária. Assim, considerando que não restou provado, pelo sujeito passivo, o direito aos créditos utilizados que, foram glosados pelo Fisco, entendo por declarar a procedência do auto de infração e devido o crédito tributário lançado de R\$ 2.817.452,62.

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, e declaro **devido** o crédito tributário de R\$ 2.817.452,62 (dois milhões, oitocentos e dezessete mil, quatrocentos e cinquenta e dois reais e sessenta e dois centavos).

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, 11/06/2023 .

NIVALDO JOAO FURINI

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

NIVALDO JOAO FURINI, Auditor Fiscal,

, Data: **11/06/2023**, às **22:21**.

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