



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: 20222700100310

DATA DA AUTUAÇÃO: 29/10/2022

CAD/CNPJ:

CAD/ICMS: 00000000983471

DECISÃO PARCIAL Nº: 2023/1/225/TATE/SEFIN

1. Levantamento fiscal. 2. Deixar de pagar ICMS-ST de operações não oneradas anteriormente 3. Imposto exigido da parte adicionada pela Margem de Valor Agregado - MVA. 4. Produtos sujeitos à substituição tributária. 5. Infração - Art. 77, IV, “a-1” da Lei 688/96. 6. Descumprimento obrigação principal. 7. Infração parcialmente ilidida. 8. Auto de infração parcial procedente.

1 - RELATÓRIO

Consta descrito na peça inicial que o sujeito passivo deixou de pagar parte do ICMS – substituição tributária interna, incidente sobre a saída de mercadoria não onerada anteriormente pelo imposto, decorrente de transferência da matriz de Manaus-AM, utilizando benefício previsto no art. 11, II, 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 11, c/c art. 11, II, do Anexo VI, ambos do RICMS-RO (Dec. 22721/18 e penalidade do artigo 77, IV, “a-1” da Lei 688/96.

O sujeito passivo foi notificado da autuação via DET 13532832 em 22/11/2022, conforme fl. 21 do

PAT.

O crédito tributário lançado com a seguinte composição:

AI 20222700100310 - Japurá Pneus Ltda	
ICMS	R\$ 125.047,32
MULTA 90% DO VALOR DO IMPOSTO CORRIGIDO	R\$ 163.177,07
JUROS	R\$ 58.777,93
ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA	R\$ 56.260,61
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 403.262,93

A ação fiscal teve origem na elaboração da Designação de Fiscalização de Estabelecimento – DFE 20222500100043 de 28/06/2022 (fl. 12), notificada ao sujeito passivo conforme Termo de Início de Ação Fiscal e Termo de Intimação em 11/08/2022 - DET 13350997 (fl. 13). Relatório Fiscal de detalhamento dos procedimentos fiscais realizados (fls. 16 a 20). Ação fiscal motivada pelo planejamento da Gerência de Fiscalização – GEFIS - SISMONITORA – Relatório Fiscal – 1ª DRRE

2. DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA.

1. Em **preliminares: Diz a defesa que**, há vício material decorrente de falta de indicação da concreta infração e fundamentos do cálculo e formal, por descumprir requisitos previstos no art. 100, V, e pela ausência de subsunção do fato à norma, não observando a previsão dos artigos 930 do RICMS/RO e 100 da Lei 688/96.
 - 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.
 - 1.2 **Salienta a defesa que**, a autuação não observou os recolhimentos antecipados de ICMS-ST, bem como, tributou todas as operações de saídas quando alega a defesa existirem recolhimentos antecipados das empresas fornecedoras.
 - 1.3 **Aduz a defesa que**, inexistindo infração conforme se comprova na defesa, inconsistente também, se torna a base de cálculo da multa. Contesta os cálculos que embasam a autuação, especificamente, na visão da defesa, ser incompreensível o cálculo de parte do ICMS-ST, descrito na inicial.
 - 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, em operação interna de vendas.

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. Salientando 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 parte do ICMS-ST de operações não oneradas pelo imposto, no período de 2019, decorrente de mercadorias sujeitas à substituição tributária que, sendo transferidas da Matriz de Manaus-AM para Filial atacadista de Porto Velho-RO, não incidiu o ICMS-ST 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 11, c/c art. 11, II, § 6º, ambos do RICMS-RO (Dec. 22721/18) e penalidade do artigo 77, IV, “a-1” da Lei 688/96.

RICMS/RO – Dec. 8321/98

Art. 11. A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. (CTN, art. 113, § 1º)

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.

Convênio ICMS 142/18

Cláusula nona Salvo disposição em contrário, o regime de substituição tributária não se aplica:

(---)

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

(---)

*§ 3º Na hipótese desta cláusula, exceto em relação ao inciso V desta cláusula, **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;

3.1 Análise das argumentações da defesa.

Inicialmente argumenta haver vício material e formal, falta de indicação concreta da real infração e base de cálculo, descumprindo os requisitos previstos no art. 100, da Lei 688/96. **Argumento totalmente inconsistente.** A descrição na peça inicial reflete o descumprimento da legislação tributária pela falta de pagamento do ICMS das operações de vendas, restando comprovado nos autos. Alegou ainda, que, não houve, no caso, cruzamento de dados capaz de verificar que há diversos pagamentos a título de antecipação de ICMS-ST. **Esse argumento não prospera.** O Fisco atuante para realizar o trabalho de levantamento fiscal, necessitou efetuar o cruzamento das informações das entradas e saídas dos produtos e, concluir que, tais produtos entrou no estabelecimento sem recolhimento do ICMS-ST que, por força do Convênio ICMS 142/18 e art. 11, II, § 5º, do Anexo VI, do RICMS/RO, estabeleceu a responsabilidade do destinatário. Ademais, consta nas planilhas demonstrativas dedução do que foi pago em relação às operações autuadas.

Em Preliminares alegou o que segue:

No item 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. **Afastado tal argumento**, eis que, na própria descrição já indica os dispositivos infringidos, para o caso específico de deixar de pagar o ICMS-ST, envolvendo as operações de transferências entre estabelecimento, bem como, a venda a varejista e consumidores diversos, além da tipificação da penalidade (art. 77, IV, “a-1” da lei 688/96), amparando a acusação fiscal, confirmando a descrição dos fatos narrados na inicial.

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, alegando 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. **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, porque na 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, mas 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 auto de infração. **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, por consequência, postergado o momento da ocorrência do fato gerador 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 sendo que os produtos comercializados estão sujeitos à substituição tributária, regime substituído em sua forma de aplicação por força do Convênio ICMS nº 142/2018. **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 nem recolhido, portanto, a exigência através do lançamento no auto de infração é a via adequada.

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 substituição tributária e, em razão, do destino, o ICMS-ST 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, no caso, por substituição tributária.

3.2 Da decisão.

No presente caso, a autuação ocorreu porque o sujeito passivo deixou de recolher parte do ICMS-ST, em razão de não ter sido onerado na operação anterior, fato que, transfere a responsabilidade de recolhimento do ICMS para o destinatário. A exigência, trata-se do percentual de MVA sobre o valor da venda, conforme demonstrado nas planilhas de fls. 04 a 11, onde indica o percentual de 42% de MVA, e o imposto lançado, sendo resultado desse cálculo. que seria devido em razão da origem das mercadorias (transferência entre matriz e filial de Rondônia), não se aplicando o regime da substituição tributária, na forma do art. 11, II, do Anexo VI do RICMS/RO.

Entende-se que, o regime não se aplica na operação de transferência, porque se destina à mesma empresa, conforme a jurisprudência tratando da matéria, já pacificada nos Tribunais Superiores.

Ocorre que, na substituição tributária, decorrente do produto, encerra a fase de tributação desde a origem até o consumo final.

Os produtos Pneus, Câmaras de ar e outros pneumáticos em geral, estão inseridos no rol de produtos sujeitos à substituição tributária (Anexo VI, item 14, do RICMS/RO).

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-ST 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 calculado na forma da substituição tributária que deixou de ocorrer na transferência entre estabelecimento.

Pelo que se visualiza nos autos, as operações objeto da exigência fiscal, conforme demonstrado em fls. 04 a 08, foi utilizada pelo Fisco autuante para calcular a Margem de Valor Agregado – MVA, previsto no Anexo VI do RICMS-RO, exigindo no presente auto de infração o ICMS-ST.

Vislumbra-se nos autos que as operações sob o CFOP 5405, já confirma tratar-se de vendas de mercadorias sujeitas 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.

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).

Contudo, o que se visualiza nos autos é que o sujeito passivo, recebeu mercadorias sujeitas ao ICMS por substituição tributária, na modalidade de transferências entre estabelecimentos, operação que, não sofre incidência do ICMS – Súmula 166 do STJ.

Dessa forma, o ICMS que seria devido antes por substituição, passa a ser de responsabilidade do destinatário das mercadorias, no caso, a autuada estabelecida (filial) em Porto Velho-RO, na forma do que disposto no art. 79, II do RICMS-RO, quando da venda para varejista, sujeitando-se ao demonstrativo no documento fiscal e recolhimento do ICMS-ST (§ 5º, art. 11 do Anexo VI do RICMS-RO).

Ocorre que, o sujeito passivo ao efetivar suas vendas, não destacou o ICMS nem efetivou qualquer recolhimento a título de ICMS-ST, nem mesmo registrou em sua conta gráfica o ICMS dessas operações.

Na compreensão deste julgador, efetivou-se despacho ao autor do feito para refazer os cálculos da exigência tributária contemplando apenas as operações internas destinadas a estabelecimentos varejistas, observando o que dispõe a legislação tributária rondoniense e o Convênio ICMS nº 142/2018.

Em resposta, a autoria do feito refez os cálculos deduzindo os valores que se entende não devido, que constavam na planilha original, reduzindo o crédito tributário lançado. Assim, a nova composição do crédito tributário:

Al 20222700100310 - Japurá Pneus Ltda	
ICMS	R\$ 17.356,66
MULTA 90% DO VALOR DO IMPOSTO CORRIGIDO	R\$ 22.649,11

JUROS	R\$ 8.158,42
ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA	R\$ 7.809,01
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 55.973,20

Remanescendo, nesse caso, o pagamento do ICMS-ST das operações internas de saídas destinadas a varejistas.

Com essas considerações, compreendo, smj, que, o auto de infração em discussão, deve ser parcialmente procedente, conforme se demonstra a seguir:

AI 20232800100001 - Japurá Pneus Ltda	Procedente	Improcedente
ICMS	R\$ 17.356,66	R\$ 107.690,66
MULTA 90% DO VALOR DO IMPOSTO CORRIGIDO	R\$ 22.649,11	R\$ 140.527,96
JUROS	R\$ 8.158,42	R\$ 50.619,51
ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA	R\$ 7.809,01	R\$ 48.451,60
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 55.973,20	R\$ 347.289,73

Valores compostos na data da lavratura do auto de infração sujeitos a atualização e juros na data do efetivo pagamento.

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 **parcialmente procedente** o auto de infração, declarando **devido** o valor de R\$ 55.973,20 (cinquenta e cinco mil, novecentos e setenta e três reais e vinte centavos) e **indevido** o valor de R\$ 347.289,73 (trezentos e quarenta e sete mil, duzentos e oitenta e nove reais e setenta e três centavos).

Desta decisão, pela parte improcedente de R\$ 347.289,73, 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.

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, conforme previsto no Art. 127-B, da Lei 688/96, sob pena de inscrição em Dívida Ativa do Estado.

Porto Velho, 17/09/2023 .

NIVALDO JOAO FURINI

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

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