



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

**SUJEITO PASSIVO:** *LIDERANCA DISTRIBUIDORA DE COSMETICOS IMP. E EXP. LTDA*

**ENDEREÇO:**

**PAT Nº:** 20232701200009

**DATA DA AUTUAÇÃO:** 30/05/2023

**CAD/CNPJ:**

**CAD/ICMS:** 00000002921766

**DECISÃO PROCEDENTE Nº: 2023/1/1080/TATE/SEFIN**

1. Apropriação indevida de crédito fiscal. 2. Defesa tempestiva. 3. Infração não ilidida. 4. Auto de infração procedente.

**1 – RELATÓRIO**

O sujeito passivo acima identificado foi autuado por ter se apropriado indevidamente de créditos fiscais na entrada de mercadorias de 31 (trinta e uma) notas fiscais, conforme relação "CRÉDITOS APROPRIADOS NA EFD COM VALORES SUPERIORES AOS DO ICMS DESTACADO NAS NF-E", anexa, pois os ICMS não haviam sido destacados nas mesmas.

Para capitulação legal da infração foi indicado o art. 40-I do RICMS aprovado pelo Decreto nº 22.721/2018, e para a multa o art. 77-V-a-1 da Lei 688/96.

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

|                                    |                       |
|------------------------------------|-----------------------|
| Tributo ICMS                       | R\$ 48.129,46         |
| Multa de 90% (noventa por cento)   | R\$ 66.512,95         |
| Juros                              | R\$ 25.158,66         |
| Atualização monetária              | R\$ 14.885,49         |
| <b>TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO</b> | <b>R\$ 154.686,56</b> |

O sujeito passivo foi notificado do auto de infração pela via DET em 02.08.2023, e apresentou sua defesa tempestivamente.

**2 – DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA**

Na defesa apresentada o sujeito passivo, inicialmente, antes de adentrar nas razões da defesa propriamente dita, informa que tem como atividade principal o comércio atacadista de cosméticos e produtos de perfumaria (CNAE nº 4646001), e que por estar localizada em uma área de livre comércio, usufrui dos benefícios fiscais de isenção pela entrada de produtos industrializados e crédito presumido nas saídas dentro da área, com exceção de armas e munições, fumo e seus derivados, veículos de passageiros e perfumes.

Informa também a descrição da infração, a capitulação legal da infração prevista no art. 40-I do novo RICMS-RO, bem como a multa aplicada do art. 77-V-a-1 da Lei 688/96.

E como fundamentos jurídicos do seu pedido, ao final, de nulidade do auto de infração, argumentou:

**1)** Presunção de legitimidade (Item 3.1 da defesa), sob a alegação de ausência completa da descrição do fato gerador, com suposta ofensa ao art. 142 do CTN, por não atender aos requisitos formais neste previsto, c/c o art. 100-IV-V da Lei 688/88 (ao deixar de atender aos requisitos formais de relato objetivo da infração e citação expressa do dispositivo legal infringido e a indicação da penalidade aplicada), em homenagem ao princípio do contraditório e da ampla defesa do art. 5º-LV da CF/88, trazendo a doutrina de Hugo de Brito Machado, definindo que a descrição do fato determinante da infração tributária é condição essencial para o pleno exercício do direito de defesa, acrescentando, ainda, quanto ao fato similar ora *sub exame*, os Acórdãos nº 255/2020 1ª CÂMARA TATE/SEFIN (nulidade por utilizar legislação diversa da conduta apresentada pelo sujeito passivo), e o nº 092/2018/2ª CÂMARA/ATE/SEFIN (improcedência por ausência de provas).

**2)** Que o dispositivo legal infringido não definiria a suposta infração cometida, (Item 3.2 da defesa), ou seja, vício material, sob a alegação de que a capitulação legal da infração indicada no auto de infração, art. 40-I do RICMS-RO, trata de direito ao crédito, e não de dispositivo legal infringido, devendo ser nulo o auto de infração em consonância com o posicionamento firme do TATE sobre o assunto, como se vê nos Acórdãos nº 93 e 164/17/1ª CÂMARA TATE/SEFIN (nulidade do PAT, pois, os dispositivos infringidos não se coadunam com a conduta infracional do sujeito passivo), e a Decisão nº 2023/1/54/TATE/SEFIN, que também referenda tal entendimento, isto é, os dispositivos infringidos, não refletiriam, adequadamente, a conduta que o sujeito passivo deixou de cumprir.

Que os dispositivos legais infringidos seriam de generalismo sem precedente, “poluindo” a leitura da descrição da infração, e com isto não tornando o texto inteligível, denotando várias infrações em um só auto de infração, o que seria vedado pelo art. 28-§4º do Anexo XII do novo ICMS/RO, trazendo, ainda, que, inclusive, o Conselho Administrativo da Receita Federal – CARF, decidindo-se pela improcedência do lançamento em situações como esta por meio do Acórdão 1202-000.744, 11/04/2012, entendendo que erros decorrentes de dispositivos infringidos e sua consequente penalidade não configura vício formal, mais sim erro material na constituição do crédito tributário e nesta hipótese, não ser aplicável o termo inicial do prazo de decadência previsto no art. 173-II do CTN, mais sim aquele previsto no art. 150-parágrafo 4º (data do fato gerador), ou do art. 173-I (primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado), conforme o caso, (Acórdão CSRF/CARF n. 9202.02.056, de 21/03/2012, Conselheiro Relator Gustavo Lian Haddad).

Que o STJ teria convalidado o entendimento acima nos termos do AgRg nº RESP n. 1.050.432 - SP, Ministro CASTRO MEIRA, STJ - Segunda Turma, DJE em 02/06/2010, sendo fato a constatação de que os dispositivos infringidos estariam distanciados da realidade fática do caso relatado, e que tais desacertos na indicação do dispositivo legal ao qual se subsume o evento relatado (enquadramento legal), gerairregularidades na indicação dos aspectos materiais, temporais e espaciais, previstos na hipótese de incidência.

Pelo exposto, requereu:

- a) o recebimento da presente e dos documentos anexos por meio eletrônico;
- b) a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151-III do CTN, até decisão definitiva, ficando esta Fazenda Pública impedida de inscrever a defendente em Dívida Ativa, obstar a obtenção de Certidão Positiva com efeitos de Negativo, emitida nos termos do art. 206 do CTN, bem como adotar qualquer medida coercitiva de cobrança dos valores impugnados;
- c) sejam acolhidos os pedidos formulados à guisa de nulidade, conforme argumentações perfiladas em sua defesa;
- d) *Ad cautelam*, não obstante a flagrante nulidade acima demonstrada, caso ainda assim não seja considerada em razão dos mesmos argumentos demonstrados na presente defesa, para os quais se reporta, sucessivamente, requer que seja desqualificada a penalidade aplicada na presente autuação, atribuindo a multa prevista no art. 77-V-d da Lei 688/96, correspondente a 20 UPFs por período de apuração do imposto.

### **3 – FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO**

Conforme consta na peça vestibular, a autuação ocorreu por ter o sujeito passivo se apropriado indevidamente de créditos fiscais na entrada de mercadorias de 31 (trinta e uma) notas fiscais, conforme relação "CRÉDITOS APROPRIADOS NA EFD COM VALORES SUPERIORES AOS DO ICMS DESTACADO NAS NF-E", anexa, pois o ICMS não haviam sido destacados nas mesmas.

Regularmente notificado, o sujeito passivo pugnou pela nulidade do auto de infração, primeiro, sob alegação de que a ausência de completa descrição do fato gerador da infração caracterizaria falta de presunção de legitimidade do ato do lançamento no auto de infração levado a efeito, com suposta ofensa aos requisitos de validade do mesmo previstos no art. 100-IV-V da 688/98, assim como no art. 142 do CTN, e, segundo, sob a alegação de vício material, pois o dispositivo legal infringido não definiria a suposta infração cometida (art. 40-I do novo ICMS-RO), sendo que, ao final, em não se acatando a arguição de nulidade, que fosse aplicada a multa prevista no art. 77-V-d da Lei 688/96, correspondente a 20 UPFs por período de apuração do imposto, e não a penalidade do art. 77-V-a-1 da Lei 688/96 (90% do crédito fiscal apropriado indevidamente).

No caso sob exame, por meio da DFE 20222501200007, para realizar a Auditoria Específica – Conta Gráfica, do período de 01/01/2019 a 31.12.2020, a fiscalização apurou, após confrontar as notas fiscais eletrônica de entrada com a Escrituração Fiscal Digital (EFD/SPED,) que o sujeito passivo, contribuinte do Regime Normal de Pagamento, localizado no município de Guajará Mirim-RO, tendo como atividade principal o comércio atacadista de cosméticos e produtos de perfumaria, efetuou a apropriação indevida de crédito de ICMS no valor **R\$ 48.129,46** nos meses de janeiro a setembro de 2019, relativo a 31 (trinta e uma) notas fiscais

onde não havia destaque de ICMS, conforme relação “Anexo 1.1.04, CRÉDITOS APROPRIADOS NA EFD COM VALORES SUPERIORES AOS DO ICMS DESTACADO NAS NF-E, ANO DE APURAÇÃO: 2019”, fls. 03/05 dos autos.

Deve-se ressaltar que, embora notificado através do FISCOFORME para promover a autorregularização das pendências, o sujeito passivo não o fez até o início do procedimento de fiscalização, ensejando, assim, a lavratura do presente auto de infração com a aplicação da penalidade cabível.

Pois bem, pode-se adiantar, que razão não assiste ao sujeito passivo, devendo o auto de infração prosperar, pelos motivos adiante alinhavados.

Como se verificou o sujeito passivo, que tem como atividade principal o **comércio atacadista de cosméticos e produtos de perfumaria**, está domiciliado na Área de Livre Comércio de Guajará-Mirim-RO, e, portanto, goza do benefício de isenção do ICMS na saída de produtos industrializados de origem nacional a ele destinados para comercialização, de acordo com o previsto no Anexo I do RICMS-RO, Parte 2, Item 44, *in verbis*:

*A saída de produtos industrializados de origem nacional destinados à comercialização ou industrialização na Zona Franca de Manaus, nos municípios de Rio Preto da Eva e de Presidente Figueiredo no Estado do Amazonas, **bem como nas Áreas de Livre Comércio de Guajará-Mirim, no Estado de Rondônia**, de Macapá e Santana, no Estado do Amapá, Bonfim e Boa Vista, no Estado de Roraima, Tabatinga, no Estado do Amazonas, e Cruzeiro do Sul e Brasília, com extensão para o Município de Epitaciolândia, no Estado do Acre, desde que o estabelecimento destinatário tenha domicílio nos municípios de Manaus, Rio Preto da Eva, Presidente Figueiredo, ou nas áreas acima citadas. ([Convênio ICM 65/88](#) e [Convênios ICMS 52/92 e 49/94](#))(G.n.)*

Na situação acima retratada, as notas fiscais são emitidas sem destaque do ICMS, sendo o imposto que seria devido descontado do preço da mercadoria, conforme demonstrado no campo “Dados Adicionais”, das aludidas notas fiscais objeto da autuação, sendo, neste caso, **vedado** ao contribuinte **creditar-se** desse imposto, nos termos do art. 44-I do novo RICMS-RO, *in verbis*:

***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](#))*

*I - **resultantes de operações ou prestações isentas** ou não tributadas;*

*(...)(G.n.)*

Em relação às 31 (trinta e uma) notas fiscais autuadas, embora, em regra, seja permitido se creditar para fins de compensação do imposto devido, o que fora cobrado nas operações anteriores, nos termos do art. 40-I do RICMS-RO, no presente caso, realmente, não poderia ter se creditado em sua EFD do imposto dispensado em função da isenção nas notas fiscais de entrada, sendo que a possibilidade de manutenção do crédito só é permitida para estabelecimentos industriais em relação às matérias-primas, materiais secundários e de

embalagens utilizados na produção dos bens objetos de tais saídas, conforme previsto na Nota 8 do Item 44 do Anexo I do RICMS-RO, Parte 2 (Das isenções por prazo indeterminado), *in verbis*, aqui o sujeito passivo, ao contrário, é estabelecimento comercial, não havendo, assim, que se falar em uso, na sua EFD, do crédito do ICMS das notas de entrada, já que se tratava de operações isentas:

***Nota 8.** Fica assegurada, ao estabelecimento industrial que promover as saídas de que tratam este item, a manutenção dos créditos relativos às matérias-primas, materiais secundários e de embalagens utilizados na produção dos bens objetos de tais saídas.*

No que se refere à defesa do sujeito passivo, o mesmo não negou a apropriação indevida do crédito fiscal, apenas trouxe duas alegações sob o fundamento de pretensa nulidade do auto de que infração que, porém, restam afastadas, senão, vejamos.

Primeiro, não se vislumbrou a suposta ofensa aos requisitos de validade do auto de infração do art. 100-IV-V da Lei 688/96, vez que a conduta faltosa descrita na peça básica foi por demais cristalina ao apontar a apropriação indevida do crédito de ICMS, tendo como consequência, além da glosa do crédito, a aplicação da penalidade cabível do art. 77-V-a-1 da Lei 688/96, não se moldando ao caso concreto o Acórdão nº 255/2020 1ª CÂMARA TATE/SEFIN e o de nº 092/2018/2ª CÂMARA/ATE/SEFIN colacionados, vez que não se trata de nulidade por utilizar legislação diversa da conduta apresentada pelo sujeito passivo, muito menos caso de improcedência por ausência de provas.

E, segundo, também não procede a alegação (Item 3.2 da defesa), de que o dispositivo legal infringido (art. 40-I do RICMS-RO, trataria de direito ao crédito e não de suposta infração cometida), tendo ocorrido vício material, tendo em vista que, a despeito da jurisprudência administrativa trazida à baila, Acórdãos nº 93 e 164/17/1ª CÂMARA TATE/SEFIN e a Decisão nº 2023/1/54/TATE/SEFIN, refletir falta de subsunção do dispositivo legal infringido apontado no RICMS-RO, com a conduta inflacional descrita, entende-se que esta não é a situação dos autos aqui tratada, restando devidamente demonstrado com a juntada das provas pelo autor do feito, a comprovação da materialidade da infração imputada.

Além disso, a lei não exige mais a citação expressa do dispositivo legal infringido e a indicação da penalidade aplicada, como entendeu a impugnante, mas apenas agora o dispositivo legal que define a infração e lhe comina penalidade, que neste caso, é o art. 77-V-a-1 da Lei 688/96, acertadamente aplicado pelo autuante, não havendo, portanto, razões concretas para mudança daquela para a multa prevista no art. 77-V-d da Lei 688/96, correspondente a 20 (vinte) UPFs por período de apuração do imposto, a pedido do sujeito passivo, devendo o auto de infração ser mantido.

Dessa forma, em vista dos fatos e considerando-se que o sujeito passivo não se desincumbiu da acusação fiscal imposta, sendo que ficou comprovada a infração indicada na peça vestibular (apropriação indevida de créditos fiscais na entrada de mercadorias no ano de 2019), decido pela procedência do presente auto de infração.

#### **4 – CONCLUSÃO**

De acordo com o previsto no art. 12, I, da Lei 912, de 12 de julho de 2000, no uso da atribuição disposta no artigo 79, II, do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo Tributário

– TATE, aprovado pelo Decreto nº 9157, de 24 de julho de 2000, **JULGO PROCEDENTE** o auto de infração e **DEVIDO** o crédito tributário de R\$ 154.686,56, devendo o mesmo ser atualizado na data do efetivo pagamento.

#### **5 - ORDEM DE INTIMAÇÃO**

Fica o sujeito passivo intimado a recolher o crédito tributário devido no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência deste, garantido o direito de Recurso Voluntário à Câmara de Segunda.

*Porto Velho, 18/10/2023 .*

***ELDER BASILIO E SILVA***

***AFTE Cad.***

***JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA***



Documento assinado eletronicamente por:

**ELDER BASILIO E SILVA, Auditor Fiscal**, \_\_\_\_\_, Data: **19/10/2023**, às **17:51**.

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