

PROCESSO : 20202900100262
RECURSO : REVISIONAL N° 030/2023
RECORRENTE : MOGIANA ALIMENTOS LTDA
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
JULGADOR : AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA
RELATÓRIO : N° 165/24/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

02 - VOTO DO RELATOR

O auto de infração foi lavrado, no dia 03/12/2020, em razão de o sujeito ter promovido saída de mercadoria constante dos DANFE's vinculados às Nota Fiscal eletrônicas 225560 sujeitas ao instituto da Substituição Tributária com pagamento do ICMS contendo erro na determinação da base de cálculo.

Afirma a Autoridade Fiscal que houve erro de cálculo do imposto, pois o contribuinte deixou de observar, no cálculo do ICMS-ST devido a este Estado, a MVA ajustada prevista no parágrafo 1º do art. 17 do Anexo VI do RICMS/RO – Dec. 22721/2018. Incorrendo, por conseguinte, em infração à legislação tributária.

Diante disso, foi lançada a diferença do imposto e aplicada a multa de 90% 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 – a penalidade prevista no artigo 77, IVI, “a”, item 4, da Lei 688/96.

O sujeito passivo foi notificado por meio de aviso postal com ciência em 17/02/2021 (fls. 08). Apresentou defesa, em 18/03/2021 (fls. 11-15), alegando que o Auto de Infração é nulo por ilegitimidade passiva e que a penalidade aplicada deve a prevista no art. 77, IV, “k” – multa de 5% (cinco por cento) do valor da operação, ao remetente substituto tributário que não efetuar a retenção do imposto ou efetuar a retenção a menor.

Na instância monocrática o Auto foi julgado procedente, porque o julgador concluiu que houve pagamento a menor, pois a empresa não utilizou a MVA ajustada, conforme a decisão proferida (fls. 31- 35). A decisão singular foi notificada ao sujeito passivo, em 13/10/2021, pelos Correios por meio de Aviso de Recebimento BZ 878194867 BR, (fls. 36).

Discordando da decisão proferida, interpôs Recurso voluntário com as mesmas alegações feitas na sua impugnação, que é parte ilegítima para a cobrança, porque consoante o que está estabelecido pela legislação é do destinatário de bens e mercadorias submetidas ao regime de substituição

tributária, inclusive o varejista, a responsabilidade pelo imposto devido por substituição tributária, quando o remetente, sujeito passivo por substituição, não efetuar a retenção ou efetuar retenção a menor do imposto (Art. 12, § 2º, Anexo VI, do RICMS/RO - Dec. 22.721/2018).

Em 14 de fevereiro de 2023, a Segunda Câmara deste Tribunal, por unanimidade, no Acórdão nº 015/2023/2ªCAMARA/TATE/SEFIN, considerou comprovada a infração, e, com isso, desproveu o recurso, mantendo a decisão singular que julgou procedente o Auto de Infração (fls. 80). A empresa foi notificada da decisão por via postal, com ciência em 21/03/2023 (fls. 82).

Irresignada, apresentou recurso revisional alegando ilegitimidade passiva, por não ser ela a responsável pelo pagamento da diferença do imposto lançado neste Auto de Infração.

Esta presidência, em análise preliminar, citandos os Acórdãos nº 0258/2023/2ªCAMARA/TATE/SEFIN e nº 0299/2023/1ªCAMARA/TATE/SEFIN, que concluíram pela ilegitimidade passiva do remente na situação em que houve retenção a menor do imposto, definido ser a responsabilidade do destinatário, deferiu o pedido revisional e notificou a empresa (fls. 111). Destacou que apesar de o dispositivo que embasou os Acórdão ser o Art. 78-A, § 2º, do RICMS/RO – Dec. 8321/98, tal comando normativo foi reproduzido no novo RICMS – Dec. 22721/2018 (art. 12, § 2º, do Anexo VI).

É o breve relato.

02.1- Da análise dos autos e fundamentos do voto.

A exigência tributária decorreu do fato de o sujeito passivo, segundo a Autoridade fiscal, ter feito retenção e recolhimento do imposto em valor inferior ao devido, uma vez que deixou de observar, no cálculo do ICMS ST devido, a MVA ajustada prevista no parágrafo 1º do art. 17 do Anexo VI do RICMS/RO – Dec. 22721/2018.

O dispositivo da penalidade indicada (art. 77, IV, “a”, item 4, da Lei 688) estabelece a multa de 90% 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.

Do que consta nos autos, restou incontroverso que a empresa realizou venda para contribuinte estabelecido em Rondônia, que houve a retenção, porém, o cálculo foi feito com base na MVA original, sem os acréscimos da

MVA ajustada devida, pelo fato de o destinatário estar estabelecido em Guajará-Mirim (ALC).

A questão que se restou controvertida é a alegada nulidade do Auto de Infração, em razão da ilegitimidade passiva da empresa, porque, no seu entender, não é dela a responsabilidade pelo pagamento da diferença do imposto.

Por ser o revisional uma espécie de recurso extraordinário, para que seja conhecido deve estar presente o requisito da divergência, no critério de julgamento, de outra decisão proferida por qualquer das Câmaras ou pela Câmara Plena (art. 144-A da Lei 688/96). No presente caso, os dois Acórdãos paradigmas apresentam a divergência com o Acórdão objeto desse recurso, destacando-se que o de nº 0258/2023/2ªCAMARA/TATE/SEFIN analisou a mesma matéria, pagamento a menor em razão da não aplicação de MVA ajustada em remessa para Área de Livre Comércio de Guajará-Mirim.

No que diz respeito ao dispositivo da legislação, que embasou os dois Acórdãos paradigmas, foi o já revogado - Art. 78-A, § 2º, do RICMS/RO – Dec. 8321/98. Porém, como bem ressaltou a Presidência, apesar da revogação, tal comando normativo foi reproduzido no novo RICMS – Dec. 22.721/2018 (art. 12, § 2º, do Anexo VI), base de argumento da autuada em questionar sua ausência de responsabilidade pelo pagamento do imposto lançado.

Quanto à nulidade da ação fiscal, em razão da ilegitimidade passiva, alegada nas três oportunidades em que a empresa impugnou este lançamento, deve ser analisado o que estabelece a legislação sobre a responsabilidade pelo recolhimento do imposto. O art. 12, § 2º, do ANEXO VI – RICMS/RO – Dec. 22.721/18, é a norma que disciplina a matéria. O caput do artigo estabeleceu que o remetente, que promover operações interestaduais destinadas ao Estado de Rondônia com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, é o responsável, na condição de sujeito passivo por substituição, pela retenção e recolhimento do imposto relativo às operações subsequentes. Contudo, o parágrafo segundo desse dispositivo define que o **destinatário de bens e mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, inclusive o varejista, é responsável pelo imposto devido por substituição tributária, quando o remetente, sujeito passivo por substituição, não efetuar a retenção ou efetuar retenção a menor do imposto.**

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.

(....)

§ 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.

Diante do que está previsto na legislação, razão assiste à empresa, porque, no caso de retenção a menor que o devido, a responsabilidade pelo pagamento da diferença do ICMS aqui lançado é do destinatário (adquirente). Por consequência, a ação fiscal é nula, por ilegitimidade passiva, uma vez que o imposto, no presente caso, foi lançado para o remetente – a empresa autuada. Por essa razão, deve ser modificada a decisão proferida neste processo, para, na forma como decidiu o Tribunal nos dois Acórdãos paradigmas, julgar, por ilegitimidade passiva, nula a ação fiscal.

Importante ressaltar que, consoante o que foi alegado pela empresa, a penalidade aplicada deveria ser a prevista no art. 77, IV, “k” – multa de 5% (cinco por cento) do valor da operação, ao remetente substituto tributário que não efetuar a retenção do imposto ou efetuar a retenção a menor. Também nessa parte, razão assiste à autuada, uma vez que houve, no presente caso, retenção a menor, fato que se subsume ao tipo infracional. Por essa razão, nos termos do art. 108 da Lei 688/96, deveria ser feita a recapitulação da penalidade.

Todavia, o Art. 146 do CTN, impede a recapitulação acima mencionada, pois tal dispositivo estabelece que a “**modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução**”.

Diante desse óbice legal, apesar de compreender que ao caso deve ser aplicada a penalidade prevista no art. 77, IV, “k”, deixa-se de fazer a recapitulação, porque para esse contribuinte, no início deste ano, foi decidido, em processo da mesma natureza, a nulidade pela ilegitimidade passiva, sem aplicação da penalidade. Decidir diferente, estar-se-ia violando o princípio da proteção da confiança e, especificamente, deixando de cumprir o comando legal (Art. 146 do CTN), que positiva o aludido princípio.

Consigna-se, por fim, que, como o fato gerador ocorreu em 2020, a Administração Tributária pode proceder o lançamento para o sujeito passivo que detém a responsabilidade pelo pagamento do ICMS (o destinatário da mercadoria).

De todo o exposto e por tudo que dos autos consta, conheço do recurso revisional interposto para dar-lhe provimento, alterando a decisão proferida no 015/2023/2ªCAMARA/TATE/SEFIN de precedente para nulo o Auto de Infração, consoante os Acórdãos paradigmas, que de forma correta aplicou-se a legislação, considerando ilegítimo, nessa situação, um lançamento feito para o remetente do produto sujeito ao regime de substituição tributária.

É como VOTO.

Porto Velho, 17 de maio de 2024.

~~Amarildo Ibiapina Atvarenga~~
AFTE Cad.
JULGADOR



GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE

PROCESSO : 20202900100262
RECURSO : REVISIONAL. Nº 030/2023
RECORRENTE : MOGIANA ALIMENTOS LTDA
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR : AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA

RELATÓRIO : Nº 165/2024/CÂMARA PLENA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO Nº. 010/2024/CÂMARA PLENA/TATE/SEFIN.

EMENTA : ICMS/MULTA – RETENÇÃO A MENOR ICMS-ST – ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO – LANÇAMENTO PARA O REMETENTE – ILEGITIMIDADE PASSIVA – NULIDADE – Restou provado nos autos que o sujeito passivo recolheu ICMS-ST a menor que o devido, pois utilizou a MVA original e não ajustada nas operações destinadas à Área de Livre Comércio de Guajará-Mirim, configurando a retenção a menor do ICMS-ST, nos termos do art. 77, IV, “k” da Lei 688/96, há subsunção do fato ao tipo infracional. Deixa-se de fazer a recapitulação para este contribuinte em razão do estabelecido no art. 146 do CTN. A responsabilidade pelo pagamento do imposto devido por substituição tributária, quando o remetente, sujeito passivo por substituição, efetuar retenção a menor é do destinatário (Art. 12, § 2º, Anexo VI, do RICMS/RO - Dec. 22.721/2018) – ilegitimidade passiva para o imposto. Alterada a decisão proferida no Acórdão 015/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN, de procedente para nulo o Auto de Infração, ressalvado o refazimento do feito para o destinatário. Recurso Revisional provido. Decisão por maioria 5 x 3.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os membros do **EGRÉGIO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE**, à unanimidade, em conhecer do recurso interposto para, no mérito, por maioria, 5x3, dar-lhe provimento, reformando a decisão prolatada no Acórdão 015/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN de procedente para **NULO** o auto de infração, conforme Voto do Julgador Relator Amarildo Ibiapina Alvarenga, acompanhado pelos julgadores, Leonardo Martins Gorayeb, Juarez Barreto Macedo Júnior, Dyego Alves de Melo e Manoel Ribeiro de Matos Júnior. Apresentou voto divergente o Julgador Roberto Valladão Almeida de Carvalho, defendendo a procedência do auto de infração e a impossibilidade de recapitulação de ofício da multa, em decorrência da aplicação do princípio da proporcionalidade, acompanhado pelos julgadores. Reinaldo do Nascimento Silva e Fabiano Emanuel Fernandes Caetano,

TATE, Sala de Sessões, 17 de maio de 2024.

~~Anderson Aparecido Arnaut~~
Presidente

~~Amarildo Ibiapina Alvarenga~~
Julgador/Relator