

PROCESSO : 20232700500028 - EPAT 038.851
RECURSO : DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO N° 35/2024
RECORRENTE : BMG FOODS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
JULGADOR : AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA
RELATÓRIO : N° 193/2024/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

02 - VOTO DO RELATOR

O auto de infração foi lavrado, no dia 26/09/2023, em razão de o sujeito passivo, no mês de junho de 2023, como responsável por substituição, ter deixado de recolher o ICMS diferido no valor de R\$ 2.862.594,64, sobre operações de aquisições de bovinos para abate. No lançamento, foi atribuída a condição de responsável solidário ao DISTRIBOI - INDÚSTRIA COMÉRCIO E TRANSPORTE DE CARNE BOVINA LTDA, I.E. [REDACTED] e CNPJ [REDACTED], por, no entender da Autoridade Fiscal, ter a empresa concorrido, com atos e omissões, para o não recolhimento do imposto.

Diante disso, foi cobrado o ICMS e aplicada a multa de 90% (noventa por cento) 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 – a penalidade prevista no artigo 77, IV, “a”, item 1, da Lei 688/96.

O sujeito passivo foi notificado da autuação, com ciência em 02/10/2023, apresentou peça defensiva tempestivamente alegando, em preliminar, que a ação fiscal é nula, por falta de clareza na descrição da infração, na demonstração da base de cálculo e, ainda, que há erro na capitulação da penalidade. No mérito, alega que o lançamento é indevido porque não houve encerramento do diferimento, conforme interpretação que a defesa compreende do Parecer da GETRI. Ao final, requer que lhe seja declarada a nulidade e a insubsistência do auto de infração.

Submetido a julgamento de 1ª Instância, o julgador singular, após analisar os autos e a peça impugnativa, afastou a preliminar de nulidade, pois compreendeu que o procedimento fiscal foi realizado na forma da legislação, que há clareza na descrição da infração. No mérito, considerou comprovada a infração, porque não houve o pagamento do ICMS deferido referente às operações anteriores, aplicou ao caso a parte final da Súmula 005 TATE. Porém, pelo fato de a empresa autuada estar na condição de responsável tributário, recapitulou a multa para 5% do valor da operação (art. 77, IV, “k”, da Lei 688/96). Decidindo, ao final, pela parcial procedência da ação fiscal.

Por ser a decisão contrária à Fazenda Pública, recorreu de ofício à Câmara de Julgamento de Segunda Instância, nos termos do art. 132 da lei 688/96. Em virtude do disposto no § 3º do artigo 132 da Lei nº 688/96, o processo foi encaminhado ao autor do feito.

O Autor do feito se manifestou contrário à decisão proferida, entendendo que tanto o cálculo do imposto como a penalidade aplicada estão corretos, porque a empresa autuada não deixou de fazer retenção de imposto, mas de pagar o ICMS referente a operações anteriores, requer a alteração da decisão singular, com a manutenção dos valores originalmente lançados.

A empresa foi notificada da decisão singular pelo DET, com ciência em 31/01/2024. Inconformada com a decisão, interpôs recurso voluntário com os mesmos fundamentos feitos na impugnação inicial. Acrescentou que, na época dos fatos geradores, não havia a previsão para cobrança de ICMS nas operações de transferência, pois não houve saída, como efetiva circulação e/ou operação mercantil passível de configurar a próxima etapa. Requer, ao final, que seja reformada a decisão recorrida, para que seja reconhecida a insubsistência e a improcedência do Auto de Infração, com a consequente exoneração do crédito tributário constituído.

É o breve relato.

02.1- Da análise dos autos e fundamentos do voto.

A exigência tributária decorreu do fato de o sujeito passivo, no mês de junho de 2023, como responsável por substituição, deixou de recolher o ICMS diferido no valor de R\$ 2.862.594,64, sobre operações de aquisições de bovinos para abate, uma vez que nas saídas realizadas ocorreu o encerramento do diferimento do imposto.

O dispositivo da penalidade indicado (art. 77, IV, “a”, item 1, da Lei 688/96), determina a aplicação da multa de 90% (noventa por cento) 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.

Do que consta dos autos – da Escrituração Fiscal Digital e da defesa apresentada – restou incontroverso que a empresa adquiriu gado com o ICMS diferido, fez remessa para industrialização e, posteriormente, realizou saídas não tributadas (transferências). Também comprovado que a empresa, antes do procedimento fiscal, foi notificada para recolher o ICMS devido pelo encerramento do diferimento, sem a imposição da penalidade de multa, contudo, a autuada não realizou o recolhimento do imposto, motivando a realização deste lançamento por meio do presente Auto de Infração.

Importante destacar que, em 18/07/2023, foi publicado o Decreto 28.256/2023, que estendeu a condição de estabelecimento industrial para empresa “que opera em planta própria, arrendada, alugada ou que firma contrato de aquisição de prestação de serviços”, e, no art. 2º, definiu que tal norma alcança “fatos novos e pendentes de análise ou decisão, inclusive no caso de lançamento de ofício ou notificações de débitos fiscais”. Diante desse comando normativo, a unidade de julgamento notificou a empresa para que fizesse os ajustes em suas EFD’s, apurasse o ICMS diferido e efetuasse o pagamento do imposto

devido, da mesma forma, em que agiu na anterior, não atendeu a notificação, não realizando o pagamento do ICMS diferido.

Quanto à nulidade suscitada, por falta de clareza na descrição da infração, como bem pontuou a decisão monocrática, o procedimento foi efetuado consoante a legislação, a Autoridade Fiscal de forma clara e objetiva, descreveu que a infração se deu em razão da falta de pagamento do ICMS, pelo encerramento do diferimento. A autuação atendeu o dispositivo legal e a empresa compreendeu a infração, pois a impugnou em defesa/recurso, não existindo nenhum prejuízo, motivo pelo qual fica mantida a rejeição da preliminar de nulidade, por ter o procedimento fiscal sido realizado na forma definida pela legislação.

Com relação ao mérito, os fatos que motivaram o lançamento restaram incontroversos, uma vez que houve a aquisição de gado com diferimento, deu-se o seu encerramento e não foi efetuado o pagamento do ICMS.

No que diz respeito à tese de ausência de fato gerador do ICMS em operações de transferência, da tutela judicial que a empresa conseguiu por meio do Mandado de Segurança nº 7053040-14.2022.8.22.0001 e Súmula 05/2021/TATE/SEFIN, para este ponto, cumpre esclarecer que este lançamento não se refere a cobrança de ICMS sobre a transferência, o que está sendo exigido, no Auto de Infração, é o imposto diferido referente à operação anterior (aquisição de gado com o imposto diferido), que é devido pela autuada na condição de responsável tributária (art. 12, IV, da lei 688/96), pelo fato de ter ocorrido o encerramento do diferimento, na saída dos produtos resultantes do abate de bovinos (carne e miúdos comestíveis) do estado de Rondônia para outra unidade da federação (Item 05, Nota 1, Incisos I e II, PARTE 2, do Anexo III - RICMS).

Lei 688/1996:

Art. 12. É responsável por substituição:

(...)

IV - o contribuinte que receber mercadorias ou serviços em regime de diferimento, em relação ao imposto diferido, inclusive quando a operação ou prestação subsequente for isenta ou não tributada.

RICMS (Item 05, Nota 1, Inciso II, PARTE 2 do Anexo III - DIFERIMENTO)

Item 05: As sucessivas saídas de gado em pé, bovino, bufalino, suíno, caprino ou ovino.

Nota 1. Encerra-se o diferimento no momento em que ocorrer qualquer uma das seguintes situações:

I - a saída dos produtos resultantes do abate (carne e miúdos comestíveis);

II - a saída com destino a outra unidade da Federação;

Ademais, deve ser ressaltado que o TJRO, em análise de situação análoga – operação de transferência de animais decorrente de encerramento do diferimento, no Processo nº 7001224-61.2016.8.22.0014, reverteu uma Decisão concedida liminarmente a favor de um sujeito passivo, denegando a segurança, conforme transcrição abaixo:

“No que se refere às operações relativas a gado em pé e produtos resultantes de seu abate, o Decreto 8.321/98 em seu artigo 648 e incisos, dispõe que o lançamento do imposto incidente nas sucessivas saídas de gado em pé, bovino, bufalino ou suíno, caprino ou ovino, fica diferido

para o momento em que ocorrer determinados fatos relevantes, os quais restaram expressamente previstos em lei, a exemplo da saída do bem para outro Estado da Federação, prevista no inciso II daquele dispositivo.

(...)

1. Não havendo prova pré-constituída de que a hipótese em apreço afasta a incidência de ICMS, denega-se a segurança, uma vez poder se tratar de lançamento de ICMS decorrente do diferimento tributário aplicável à espécie.”

Deve ser destacado, ainda, que a Súmula 005 -TATE, ao ressaltar, nas hipóteses de transferências, a cobrança do ICMS diferido incidente nas operações anteriores, está em perfeita consonância com a posição adotada pelo TJRO, regra que está sendo aplicada ao presente caso.

Súmula nº 05/2021

"O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular não configura fato gerador da incidência do ICMS, ainda que se trate de transferência interestadual, ressalvada a cobrança do ICMS diferido porventura incidente em operações anteriores."

No que se refere aos cálculos do imposto e à demonstração da base de cálculo, em que a empresa alega nulidade pela existência de vício material, importa para esse ponto demonstrar que o lançamento foi feito com base no valor das aquisições do gado, em cumprimento com o que está definido na legislação – (Item 05, Nota 3, Inciso II, PARTE 2 do Anexo III – RICMS/RO). Do valor da aquisição foram deduzidos pelo Autuante, os valores das operações já tributadas e das exportações, valores mantidos na instância singular.

RICMS (Item 05, Nota 3, Inciso II, PARTE 2 do Anexo III - DIFERIMENTO)

Nota 3. Em qualquer das hipóteses de encerramento do diferimento, o valor da operação utilizado para fins de cálculo e recolhimento do imposto não poderá ser inferior ao preço mínimo fixado em pauta fiscal.

Já com relação a tese de que há erro na aplicação da penalidade, e por se tratar de vício material, não poderia ser corrigida, a legislação do ICMS estabelece o contrário do que alega a empresa. Pois o art. 108 da lei 688/96 define que estando o processo em fase de julgamento, erro de capitulação da infração ou da penalidade é corrigido pelo órgão de julgamento, de ofício ou em razão de defesa ou recurso, não sendo causa de decretação de nulidade, desde que da correção resulte penalidade de valor igual ou inferior ao constante no auto de infração, o que se deu no presente caso, logo, a recapitulação feita na instância singular obedeceu ao que está estabelecido na norma.

Na instância singular, a penalidade foi recapitulada para a multa de 5% (cinco por cento) do valor da operação, que é imputada ao remetente substituto tributário que não efetuar a retenção do imposto ou efetuar a retenção a menor, multa prevista no art. 77, IV, “k”, da Lei 688/96.

Sucedo, contudo, que a autuada, apesar de ser, neste caso, a responsável tributária, não detém a condição de remetente de operação sujeita a substituição, nem tampouco,

deixou de efetuar a retenção de imposto ou efetuou a retenção a menor, impossibilitando, assim, a recapitulação feita na instância monocrática. Pois a infração que ensejou este lançamento foi o fato de a empresa, na condição de substituta tributária, ter deixado de pagar o ICMS referente a operação anterior, como destinatária de operação diferida, exatamente a que foi imputada no Auto de Infração e que, portanto, deve ser mantida, com a consequente correção da decisão monocrática.

No que se refere a empresa DISTRIBOI COMÉRCIO E TRANSPORTE DE CARNE BOVINA LTDA apontada como solidária, cumpre esclarecer que o Ato 40/2022/CRE/SEFIN, que estabeleceu o Regime Especial de Fiscalização condicionou a entrada do gado em pé no estabelecimento da DISTRIBOI, ao pagamento antecipado do ICMS diferido, quando oriundo da BMG FOODS, ao não observar essa condição, a empresa por omissão concorreu para o não recolhimento do imposto. Além disso, a empresa por ter contribuído para que o sujeito passivo deixasse de pagar o ICMS, mediante a omissão que resultou na falta de pagamento, enquadra-se no tipo infracional imputado à autuada. (art. 9º e art. 77. IV, a-1, da Lei 688/96). Por essas razões a empresa deve ser mantida como responsável solidária de todo o crédito tributário – imposto, multa e acréscimos legais.

Dessa forma, como restou comprovada a falta de pagamento do ICMS diferido, o que configura a infração, o imposto é devido e o lançamento feito é regular. E como ocorreu o encerramento do diferimento, a empresa autuada é responsável pelo pagamento e, apesar de estar na condição de substituto tributário, não é remetente com obrigação de reter imposto, mas sim, o destinatário da operação, com obrigação de pagar o ICMS, cujo fato gerador já ocorreu em etapas anteriores, logo, a infração foi a de deixar de pagá-lo ou contribuir para que o sujeito passivo deixe de pagá-lo (art. 77. IV, a-1, da Lei 688/96).

E, por fim, como a empresa indicada como responsável solidário, com a sua omissão de não cumprir com a determinação imposta pelo regime especial de fiscalização – Ato 40/2022/CRE/SEFIN, contribuiu para a infração – a falta de pagamento do ICMS pela autuada, motivo pelo qual também responde pelo crédito tributário.

Diante do exposto, conheço dos recursos de ofício e voluntário interpostos para dar provimento ao de ofício e negar ao voluntário, alterando a decisão singular para julgar procedente a ação fiscal, com o crédito tributário no valor de **R\$ 5.500.114,90**, devendo ser atualizado até a data do pagamento.

É como VOTO.

Porto Velho, 09 de setembro de 2024.

~~Amarildo Ibiapina Alvarenga~~
AFTE Cad.
JULGADOR

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

PROCESSO : 20232700500028 - E-PAT: 038.851
RECURSO : DE OFÍCIO E REC. VOLUNTÁRIO Nº 35/2024
RECORRENTE : BMG FOODS IMPORTAÇÃO E EXP. LTDA E FPE
RECORRIDA : FPE E BMG FOODS IMPORTAÇÃO E EXP. LTDA
RELATOR : AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA
REP. FISCAL : ROBERTO LUIS COSTA COELHO
PGE : EDER LUIZ GUARNIERI

RELATÓRIO : Nº 0193/2024/1.ª CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO Nº 0157/2024/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

EMENTA : **ICMS/MULTA – DEIXAR DE PAGAR O ICMS DIFERIDO – ENCERRAMENTO DO DIFERIMENTO – SAÍDA INTERESTADUAL DE PRODUTOS RESULTANTES DO ABATE DO GADO – OCORRÊNCIA.** Restou provado nos autos que o sujeito passivo, na condição de responsável tributário, deixou de pagar o imposto diferido, referente a aquisição interna de gado. Encerrado o diferimento pela saída com destino a outra unidade da Federação (Item 05, Nota 1, Inciso II, PARTE 2 do Anexo III do RICMS/RO). Aplicação da Súmula 005 TATE/RO, parte final. Corrigida a recapitulação feita na instância singular, porque a infração que ensejou o lançamento foi a de ter deixado de pagar o ICMS referente a operação anterior, e não a falta de retenção de imposto. Mantida a responsabilidade solidária da empresa DISTRIBOI, pois com a omissão de não cumprir com a determinação imposta pelo regime especial de fiscalização – Ato 40/2022/CRE/SEFIN, o responsável contribuiu para a infração. Infração não ilidida. Alterada a decisão monocrática de parcial procedente para procedente o Auto de Infração. Recurso de Ofício provido e Voluntário desprovido. Decisão Unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os membros do **EGRÉGIO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE**, à unanimidade em conhecer dos recursos interpostos para no final negar provimento ao Recurso Voluntário e dar provimento ao Recurso de Ofício, reformando a decisão de Primeira Instância de parcial procedente para **PROCEDENTE** o auto de infração, conforme Voto do Julgador Relator Amarildo Ibiapina Alvarenga, acompanhado pelos julgadores Dyego Alves de Melo, Leonardo Martins Gorayeb e Reinaldo do Nascimento Silva.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINAL

DATA DO LANÇAMENTO 29/09/2023: R\$ 5.500.114,90

***CRÉDITO TRIBUTÁRIO PROCEDENTE REMANESCENTE DEVE SER ATUALIZADO NA DATA DO SEU EFETIVO PAGAMENTO.**

TATE, Sala de Sessões, 09 de setembro de 2024.

Fabiano Emanuel F. Caetano
Presidente

Amarildo Ibiapina Alvarenga
Julgador/Relator