SUJEITO PASSIVO	:	REPREMIG REP. E COM DE MINAS GERAIS LTDA
ENDEREÇO	:	Rod. ES 010, 4255-A, SL 05, Chac. 274, Serra-ES CEP 29.164-140
PAT. N.	:	20202906301163
DATA DA AUTUAÇÃO	:	22/12/2020
CAD/ICMS-RO	:	.....
CAD/CNPJ	:	65.149.197/0002-51

DECISÃO N. 2021.08.22.01.0067/UJ/TATE/SEFIN

1. Promover a circulação de mercadorias sem comprovação do recolhimento ICMS/DIFAL - alcançadas pela EC 87/15. Defesa Tempestiva 4. Infração Fiscal NÃO Ilidida. 5. Ação Fiscal procedente.

1- Relatório.

1.1-Autuação

Depreende-se da peça inicial dos autos (fls. 02) que o sujeito passivo teria efetivado remessa de mercadorias com destino a consumidor final não contribuinte do ICMS no Estado de Rondônia através do NFe n. 20, emitido em 29/02/2016, sem apresentar os comprovantes dos recolhimentos do imposto devido (ICMS/DIFAL), estes, a título de diferencial de alíquotas, da parcela devida ao Estado destinatário das mercadorias, como impõe a EC nº. 87/2015.

Capitulou-se a infração como incursa no art. 270, Inciso I, letra “c”, art. 273; art. 275, do anexo X, todos do RICMS/RO, aprovado pelo Dec. 22.721/18 e EC nº. 87/15.

A penalidade (multa) aplicada está prevista no art. 77, Inciso IV, alínea “a”, item 1 da Lei 688/1996.

O crédito tributário apresentou a composição abaixo, na data da lavratura:

BASE DE CÁLCULO	R$ 152.750,00
ICMS – 5,5%	R$ 8.401,25
MULTA- 90%	R$ 7.561,12
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R$ 15.962,37

Feita a notificação do sujeito passivo via AR BZ043593442BR, a autuada apresentou defesa, conforme Termo de Recebimento de Defesa Tempestiva (fls. 14 a 77) em 04/03/2021.

1.2 – Alegações da defesa.

Com a apresentação da peça defensória, por meio de seus procuradores, alegou-se, em resumo, que o convênio 93/2015, de forma ilegal e inconstitucional, regulamentou a modificação trazida pela EC 87/2015; que por força dos convênios 155/2015 e 92/2015, a autuada, na qualidade de contribuinte substituído, já recolheu antecipadamente o ICMS devido na operação por força da substituição tributária; que o auto de infração é insubsistente, pois a peticionária se sujeita ao regime de substituição tributária, aplicando-se o convênio 92/2015, e não o 93/2015; que os produtos comercializados são todos tributados sob o regime da substituição tributária; que conforme protocolo entre Minas Gerais e Rio de Janeiro, o imposto foi totalmente pago antecipadamente e qualquer outra cobrança configuraria bitributação; que a EC 87/2015 não se referiu em momento algum às mercadorias tributadas pelo regime da substituição tributária; que recolher novamente o imposto, para atender aos ditames do Convênio ICMS nº 93/2015, implicaria *bis in idem*; que a tributação no regime de ST se encerra no momento em que é recolhido o tributo, com o acréscimo da margem de valor agregado, pelo substituto tributário; que não é cabível a restituição do valor recolhido a título de ICMS-ST quando ocorrer a saída de mercadoria destinada a não contribuinte do imposto ou a consumidor final para outra unidade da federação, e faz uma digressão sobre o tratamento constitucional e legal da substituição tributária; que a empresa já cumpriu antecipadamente todas as suas obrigações inerentes ao ICMS, visto que estão incluídas no recolhimento da substituição tributária também as alíquotas interestaduais para o consumidor final; que o artigo 199 do CTN cabe ao entes federativos a consequente repartição entre os tributos; que não restam dúvidas que as mercadorias listadas nos anexos II a XXIX do Convênio 92 estão sujeitas ao regime de substituição tributária, e, em consequência, estão excluídas da aplicação do Convênio 93/2015; que todos os convênios e protocolos que versam sobre substituição tributária devem ter como paradigma o disposto no convênio 92/2015; que a própria constitucionalidade do Convênio 93/2015 é discutida no âmbito das ADIs nº 5464 e 5469, tendo sido deferida liminarmente a suspensão da cláusula nona na ADI nº 5464. Ao fim, indica que o procedimento deve ser arquivado, ante à latente insubsistência da exação fiscal.

2- Fundamentos de fato e de direito.

Necessário, inicialmente, sem prejuízo da autuação fiscal nem das garantias de ampla defesa, ratificarmos a Descrição da Infração, pois o autuante mencionou a NFe n. 20 de forma equivocada. Entretanto, para todos os efeitos jurídico-tributários, foram utilizados os dados constantes da NFe n.357 juntada aos autos pelo próprio Agente às folhas 03.

A Autoridade Fiscal alega ter a defendente, por estar sediada em outra unidade da federação, infringido as disposições legais previstas no RICMS ao enviar mercadoria para consumidor final, não contribuinte, sem comprovar o recolhimento do ICMS/DIFAL devido, em

conformidade com os dispositivos previstos no art. 270, I, "c"; art. 273, 275, Capítulo XXI – Anexo X do RICMS/RO, aprovado pelo nº. 22.721/18, EC Nº. 87/95 e Convênio ICMS 93/2015 abaixo elencados:

> **ANEXO *X DO RICMS/RO, aprovado pelo Decreto nº. 22.721/18:***
> *Art. 270. Nas operações e prestações de serviço de que trata esta Seção, o contribuinte que as realizar deve: (Convênio ICMS 93/15, cláusula segunda)*
> *I - se remetente do bem:*
> *c) recolher, para o Estado de Rondônia, o imposto correspondente à diferença entre o imposto calculado na forma da alínea "a" e o calculado na forma da alínea "b" deste inciso;*
> *Art. 273. O recolhimento do imposto a que se refere a alínea "c" dos incisos I e II do artigo 270 deve ser efetuado por meio da GNRE ou DARE, por ocasião da saída do bem ou do início da prestação de serviço, em relação a cada operação ou prestação. (Convênio ICMS 93/15, cláusula quarta) (grifamos)*
> *Art. 275. O contribuinte do imposto de que trata a*
> *alínea "c" dos incisos I e II do artigo 270, situado na unidade federada de origem, deve observar a legislação rondoniense. (Convênio ICMS 93/15, cláusula sexta)*

No que diz respeito à tese da defendente acerca da Emenda Constitucional 87/15, Convênios 92 e 93/2015, com todo respeito, fica bastante claro para esse julgador a força da imposição da matéria objetivando o rateio entre os Estados membros da Federação na comercialização de mercadorias e prestação de serviços destinados a consumidor final em operações interestaduais, vejamos:

> ***EMENDA CONSTITUCIONAL nº 87/15****:*
> *Art. 155/CF/88.....*
> *§ 2º...(..)..*
> *VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;*
> *VIII - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:*
> *b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto;*

Foi expressamente conferido ao autuado (referente à NFe n. 357) a responsabilidade pelo pagamento do ICMS lançado no AI, sem fazer qualquer distinção entre modalidades de tributação, entre Diferencial de Alíquota e Substituição Tributária, cabendo apenas à defendente seu recolhimento.

Não há, também que se falar em bitributação ou *bis in iden,* pois no caso dos produtos sujeitos a Substituição Tributária em que não haja realização de etapa subsequente de comercialização, haverá restituição do tributo.

De certo que o recolhimento do Diferencial de Alíquota é imposição constitucional e a ST tem ressarcimento previsto pelo CONVÊNIO ICMS 52/17, in verbis:

> *"CONVÊNIO ICMS 52, DE 7 DE ABRIL DE 2017 Cláusula décima sexta. Nas operações interestaduais com bens e mercadorias já alcançadas pelo regime de substituição tributária, o ressarcimento do imposto retido na operação anterior deverá ser efetuado pelo contribuinte, mediante emissão de NF-e exclusiva para esse fim, em nome de qualquer estabelecimento fornecedor, inscrito como substituto tributário.*
>
> *§ 1º O ressarcimento de que trata esta cláusula deverá ser previamente autorizado pelo órgão fazendário em cuja circunscrição se localizar o contribuinte.*
>
> *§ 2º O estabelecimento fornecedor, de posse da NFe relativa ao ressarcimento de que trata o caput desta cláusula, poderá deduzir o valor a ser ressarcido do próximo recolhimento do imposto retido, a ser feito à unidade federada do contribuinte que tiver direito ao ressarcimento.*
>
> *§ 3º Quando for impossível determinar a correspondência do ICMS retido à aquisição do respectivo produto, tomar-se-á o valor do imposto retido quando das últimas aquisições dos bens e mercadorias pelo estabelecimento, proporcionalmente à quantidade saída.*
>
> *§ 4º O valor do ICMS retido por substituição tributária a ser ressarcido não poderá ser superior ao valor retido quando da aquisição dos respectivos bens e mercadorias pelo estabelecimento.*
>
> *§ 5º Em substituição à sistemática prevista nesta cláusula, ficam as unidades federadas autorizadas a estabelecer forma diversa de ressarcimento, ainda que sob outra denominação."*

Ou seja, o autuado recolhe o ICMS (diferencial de alíquotas) para o estado de destino (Rondônia) e adota, em relação ao imposto pago anteriormente por substituição tributária, os procedimentos de ressarcimento previstos na norma, razão pela qual julgamos procedente a presente autuação.

3 - Conclusão.

Assim, por derradeiro, de acordo com o previsto no artigo 12, I, da Lei nº 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 a ação fiscal e DEVIDO o crédito tributário lançado no montante de R$ 15.962,37 (quinze mil, novecentos e sessenta e dois reais e trinta e sete centavos) devendo o mesmo ser atualizado na data do efetivo pagamento.

4 – 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 Instância, no mesmo prazo, sob pena de inscrição em Dívida Ativa do Estado.

Porto Velho, 27 de agosto de 2021.

R. L. C. C.
AFTE Cad. ******631
JULGADOR