



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

SUJEITO PASSIVO: B2W COMPANHIA DIGITAL

ENDEREÇO: ROD 040, GLEBA, 02 - DISTRITO SANTA MARIA - BRASÍLIA/DF - KM 05, MÓDULOS 01 E 02, ÁREA 01, FAZENDA SANTA MARIA CEP: 72548-607

PAT Nº: 20212900100124

DATA DA AUTUAÇÃO: 17/06/2021

CAD/CNPJ: 00.776.574/0033-33

CAD/ICMS: 00000005912539

DECISÃO IMPROCEDENTE Nº: 2021/1/12/TATE/SEFIN

1. Deixar de apresentar o comprovante de recolhimento do ICMS (DIFAL). 2. Defesa tempestiva. 3. Infração ilidida (ADI 5469 - STF). 4. Auto de infração improcedente

1. Relatório.

De acordo com a peça básica, o sujeito passivo "promoveu a circulação de mercadorias, pelo Posto Fiscal de Vilhena/RO, comando 20213050154620 em 16/06/2021 as 20:08 horas alcançadas pela E.C. n^o 87/15, a qual dispõe que caberá ao Estado do destinatário o imposto correspondente a diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual, quando destinem bens e serviços a consumidor final (não contribuinte), sem apresentar o comprovante de recolhimento do ICMS devido a este Estado (Rondônia). Tal

responsabilidade pelo recolhimento do ICMS fica a cargo da empresa remetente da mercadoria.

Trata-se de 124 NFe DANFES anexas, emitida de 09/ a 12/06/2021, sob fiscalização conjunta com o Fisco de Origem. Base de Cálculo: R\$ 217.698,41 (diferencial de alíquota) = R\$ 15415,75."

Em face dessa suposta infração, exigiu-se, por meio do lançamento de ofício, o imposto e a multa do art. 77, IV, "a", 1 da Lei nº 688/96, que, na época da autuação (17/06/2021), apresentavam os seguintes valores:

Tributo ICMS	RS 15.415,75
Multa	RS 13.874,17
Juros	RS 0,00
Atualização Monetária	RS 0,00
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	RS 29.289,92

A intimação para pagamento do crédito tributário, com redução de 50% (cinquenta por cento) da multa, ou apresentação de defesa ocorreu por meio do Domicílio Eletrônico Tributário — DET (fl. 134 do processo), em 15 de julho de 2021.

2. Alegações da defesa.

Na impugnação apresentada, o autuado aduziu, em resumo, que a defesa é tempestiva; que impetrou o Mandado de Segurança nº 70171 17-29.2019.8.22.0001, que tramita perante a 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Velho/RO para questionar a exigência do Diferencial de Alíquota do ICMS ("DIFAL") pelo Estado de Rondônia, nas operações de venda interestadual de mercadorias a consumidores finais localizados neste Estado; que teve deferido o direito pleiteado para ser declarada suspensa a exigibilidade do tributo requerido no presente auto de infração; que a referida decisão suspende a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, IV, CT N, e pede que, ante a manifesta inexigibilidade do montante ora exigido, não há em que se falar em multa sobre o valor principal, pois, ao fim e ao cabo, os consectários legais dependem da higidez/validade da quantia apontada como principal, a qual não existe no presente caso; que, assim, a improcedência do Auto de Infração lavrado é medida de rigor; que enquanto não for

editada lei complementar para regulamentar a matéria, o estado de Rondônia não pode exigir o referido tributo dos contribuintes; que, em 24 de fevereiro de 2021, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento conjunto do Recurso Extraordinário nº 1.287.019, leading case no Tema 1093, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5469, no sentido de que é inconstitucional a cobrança do DIFAL antes da edição de uma lei complementar que discipline a Emenda Constitucional nº 87/2015; que além disso, a Suprema Corte modulou os efeitos da decisão, de modo que ela passe a produzir efeitos a partir de 01.01.2022, ressaltando-se os

processos em curso (tal como no caso do processo ajuizado pela empresa, ora IMPUGNANTE), em relação aos quais a decisão tem efeitos imediatos, inclusive para o passado; que, assim sendo, o Auto de Infração deve ser cancelado.

Ao final requereu que seja reconhecida a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários em questão, em razão da tutela concedida, na forma do art. 151, IV, CTN; que seja acolhida integralmente a Impugnação apresentada, para o fim de se julgar improcedente o auto de infração e, por via de consequência, cancelar a exigência nele consubstanciada; e que na remota hipótese de manutenção da cobrança, o que não se acredita, que seja determinado o cancelamento da multa aplicada, porquanto concedida a tutela supracitada suspendendo a exigibilidade do valor em exigência.

3. Fundamentos de fato e de direito.

O Plenário do ST F, no início deste ano, julgou inconstitucional a cobrança do Diferencial de Alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (Difal/ICMS), introduzida pela Emenda Constitucional (EC) 87/2015, sem a edição de lei complementar para disciplinar esse mecanismo de compensação. A matéria foi discutida no julgamento conjunto do Recurso Extraordinário (RE) 1287019, com repercussão geral (Tema 1093), e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5469.

A tese de repercussão geral fixada no RE 1287019 foi a seguinte: "A cobrança do diferencial de alíquota alusiva ao ICMS, conforme introduzido pela emenda EC 87/2015, pressupõe a edição de lei complementar veiculando normas gerais".

Os ministros aprovaram, por nove votos a dois, a modulação de efeitos para que a decisão, nos dois processos, produza efeitos a partir de 2022, exercício financeiro seguinte à data do julgamento, ou seja, as cláusulas continuam em vigência até dezembro de 2021, exceto em relação à cláusula 9ª (hipótese em que o remetente da mercadoria está enquadrado no Simples Nacional), em que o efeito retroage a fevereiro de 2016, quando foi deferida, em medida cautelar na ADI 5464, sua suspensão. Foram ressalvadas da proposta de modulação de efeitos, também, as ações judiciais que se encontravam em curso, verbis:

"ADI 5469

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ação direta, para declarar a inconstitucionalidade formal das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do Convênio ICMS n.º 93 de 17 de setembro de 2015 do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ.), por invasão de campo próprio de lei complementar federal, nos termos do voto do

Relator, vencidos os Ministros Nunes Marques e Gilmar Mendes, e, parcialmente, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux (Presidente). Em seguida, o Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda,

terceira, sexta e nona do convênio questionado para que a decisão produza efeitos, quanto à cláusula nona, desde a data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº

5.464/DF e, quanto às cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta, a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022), aplicando-se a mesma solução em relação às respectivas leis dos estados e do Distrito Federal, para as quais a decisão produzirá efeitos a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022), exceto no que diz respeito às normas legais que versarem sobre a cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015, cujos efeitos retroagem à data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF. Ficam ressalvadas da proposta de modulação as ações judiciais em curso. Vencidos, nesse ponto, o Ministro Edson Fachin, que aderiu à proposta original de modulação dos efeitos, e o Ministro Marco Aurélio, que não modulava os efeitos da decisão. Plenário, 24.02.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). " (grifei)

"RE 1287019

Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 1.093 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, assentando a invalidade "da cobrança, em operação interestadual envolvendo mercadoria destinada a consumidor final não contribuinte do diferencial de alíquota do ICMS, na forma do Convênio nº 93/2015, ausente lei complementar disciplinadora", vencidos os Ministros Nunes Marques, Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Luiz Fux (Presidente). Em seguida, por maioria, foi fixada a seguinte tese: "A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº

87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais", vencido o Ministro Alexandre de Moraes. Por fim, o Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do convênio questionado para que a decisão produza efeitos, quanto à cláusula nona, desde a data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF e, quanto às cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta, a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022), aplicando-se a mesma solução em relação às respectivas leis dos estados e do Distrito Federal, para as quais a decisão produzirá efeitos a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022), exceto no que diz respeito às normas legais que versarem sobre a cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015, cujos efeitos retroagem à data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF. Ficam ressalvadas da proposta de modulação as ações judiciais em curso. Vencidos, nesse ponto, o Ministro Edson Fachin, que aderiu à proposta original de modulação dos efeitos, e o Ministro Marco Aurélio (Relator), que não modulava os efeitos da decisão. Redigirá o acórdão o Ministro Dias Toffoli. Plenário, 24.02.2021

(Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF). "

No presente caso, como o autuado interpôs, em data anterior às referidas decisões do STF, junto ao Tribunal de Justiça de Rondônia, o mandado de segurança nº 701711729.2019.8.22.0001, que versa

sobre a exigência do Diferencial de Alíquota do ICMS ("DIFAL") pelo Estado de Rondônia, nas operações de venda interestadual de mercadorias a consumidores finais localizados neste Estado, não se aplica a ele (autuado) a modulação proposta pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 5469 e no RE 1287019.

Em razão da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF na ADI 5469 e de não se aplicar ao sujeito passivo a modulação proposta por esse egrégio tribunal (por ter o impugnante, na data da decisão do STF ação judicial em curso, mandado de segurança n.º 701711729.2019.8.22.0001), o imposto cobrado neste processo é indevido. A multa decorrente da falta de pagamento desse, por consequência, também não é devida.

Ressalto, por relevante, que, embora este Tribunal não detenha, em regra, competência para declarar a inconstitucionalidade, pode ele aplicar, em situações específicas, o entendimento do Poder Judiciário:

"LEI N.º 4.929, DE 17 DE DEZEMBRO DE 2020.

Art. 16. Não compete ao TATE:

II - a negativa de aplicação de lei ou de ato normativo emanado do Governo de Rondônia, Secretário de Estado de Finanças ou do Coordenador-Geral da Receita Estadual; e

III - a declaração de inconstitucionalidade, salvo no caso da inconstitucionalidade ter sido proclamada em ação direta de inconstitucionalidade ou tratar-se de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal ou a Assembleia Legislativa tenha suspenso a execução do ato normativo.

§ 1.º O Tribunal poderá aplicar em suas decisões o entendimento resultante de:

I - decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade,

II - os enunciados de súmula vinculante•

III - os acórdãos de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; e

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e tributária e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e tributária.

(.J" (grifei)

Considerando que a exigência do tributo, no caso em exame, é inconstitucional, conforme ADI 5469 (STF), e considerando que não se aplica ao autuado (em razão de ter ele interposto mandado de

segurança em data anterior à referida decisão do STF) a proposta de modulação de efeitos indicada na aludida ADI, há de se concluir, com fulcro no artigo 16, § 1º, I, da Lei nº 4.929/20 e nas decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente a prolatada na ADI nº 5469, que o tributo exigido na peça básica é indevido, assim como a multa decorrente da falta de pagamento desse.

Por todo o exposto, a autuação não deve ser mantida.

4. Conclusão.

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

IMPROCEDENTE a autuação e declaro indevido o crédito tributário lançado na peça básica (R\$ 29.289,92).

Por ser decisão contrária à Fazenda Pública estadual, recorro de ofício à Câmara de Julgamento de Segunda Instância, em atendimento ao artigo 132 da Lei nº 688/96.

Em face do disposto no § 3º desse mesmo artigo, que se encaminhe o processo aos autores do feito.

5. Ordem de intimação.

Notifique-se o contribuinte autuado da decisão de Primeira Instância, reservado o direito de vistas e manifestação junto à Câmara de Julgamento de Segunda Instância.

Porto Velho, 26/10/2021 .

JULGADOR DE INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

Reinaldo do Nascimento Silva Auditor Fiscal

Data: 26/10/2021, às 15:28.

Conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º § 1º do Decreto nº 8539, de 8 de outubro de 2015.