



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

SUJEITO PASSIVO: MICROSENS LTDA

ENDEREÇO: Avenida Dez de Dezembro, 7033 - Lago Igapó - Londrina/PR - CEP: 86046-140

PAT Nº: 20212906300144

DATA DA AUTUAÇÃO: 15/02/2021

CAD/CNPJ: 78.126.950/0011-26

CAD/ICMS:

DECISÃO IMPROCEDENTE Nº: 2021/1/62/TATE/SEFIN

1. Promover a circulação de mercadoria alcançada pela EC 87/2015, sem apresentar o comprovante de recolhimento do DIFAL, a cargo do remetente. 2. Com defesa. 3. Infração ilidida. 4. Superveniência de declaração de inconstitucionalidade de cláusulas do Convênio 93/2015 – ADI 5469. 5. Auto de infração improcedente.

1 - RELATÓRIO

O sujeito passivo acima qualificado foi autuado por ter realizado a saída de mercadorias constante do DANFE nº 18452 com destino a CNPJ não contribuinte de Rondônia. O Contribuinte possui inscrição de Substituto Tributário neste Estado, no entanto, encontra-se em situação cadastral irregular - NÃO HABILITADO / SUSPENSO DE OFÍCIO - desde abril de 2020, o que configura infração a legislação tributária em vigor. Base de Cálculo: R\$ 100.450,00 x 17,5% (alíquota interna) = R\$ 17.578,75 – R \$12.054,00 (crédito origem) = R\$ 5.524,75 (ICMS devido a RO). Multa 15% do valor da operação = R\$ 15.067,50

Para capitulação legal da infração fora indicado o art. 2º-XV e art. 110-XI do novo

RICMS-RO e para a penalidade o art. 77-VII-c-1 da Lei 688/96.

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

Tributo ICMS	R\$ 5.524,75
Multa	R\$ 15.067,50
Juros	R\$ 0,00
Atualização Monetária	R\$ 0,00
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 20.592,25

O sujeito passivo foi regularmente notificado da autuação pela via postal, fls.15, e apresentou defesa tempestiva em anexo.

2 - DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

Na impugnação, o sujeito passivo informa inicialmente, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito lançado, que referente à NFs 18452 da competência de 02/2021, a soma dos valores declarados e depositados nesta competência correspondem ao montante originário exigido pela Fazenda, conforme tela anexa de débitos referentes ao CNPJ relacionados ao presente auto de infração.

Que antes de adentrar no mérito da autuação, impetrou o Mandado de Segurança nº 0803532-33.2018.8.22.0000, que tramita perante a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Rondônia, questionando a exigência do Diferencial de Alíquota do ICMS-DIFAL por este Estado, nas operações de venda interestadual de mercadorias a consumidores finais localizados neste Estado (Doc. 04).

Que com o ajuizamento da ação, a impugnante deposita mensalmente os tributos em conta judicial vinculada ao Mandado de Segurança supracitado, suspendendo a exigibilidade dos respectivos créditos tributários, nos termos do art. 151, II, do Código Tributário Nacional.

Que nesse cenário, assim como nos meses anteriores, a impugnante depositou integralmente o valor do DIFAL correspondente aos valores exigidos, conforme comprovam os documentos anexos (Doc. 05), suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, II, CTN, que é um direito subjetivo do contribuinte.

Que, dessa forma, a exigência feita por esta Gerência Tributária não deve permanecer, porque o crédito tributário está com sua exigibilidade suspensa, o que impede a sua cobrança, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“(…) E que as causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário (art. 151 do CTN) impedem a realização, pelo Fisco, de atos de cobrança, os quais têm início em momento posterior ao lançamento, com a lavratura do auto de infração.

(…)

Assim sendo, a Municipalidade não está autorizada a proceder à cobrança de tributo cuja legalidade está

sendo discutida judicialmente. (...)"

(RESP no 1.140.956, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 03/12/2010)

Portanto, a impugnante pede, respeitosamente seja cancelada a exigência do DIFAL consubstanciada no auto de infração nº 4012100244144, em decorrência da suspensão da exigibilidade do crédito tributário por conta dos depósitos judiciais, nos termos do art. 151-II do CTN.

Que ante a manifesta inexigibilidade do montante ora exigido, não há em que se falar em multa e juros sobre o valor principal, pois, ao fim e ao cabo, ambos os consectários legais dependem da higidez/validade da quantia apontada como principal, a qual, repisa-se, não existe no presente caso.

Dessa forma, não existe razão para a cobrança dos valores referidos no presente auto, bem como para a suspensão da inscrição estadual, uma vez que os impostos estão devidamente depositados, requerendo, ainda, a improcedência do auto de infração lavrado, entendendo ser medida de rigor.

E quanto ao mérito aduziu que, embora os argumentos acima expostos sejam suficientes para cancelar a exigência em comento, ressaltou ainda que o auto de infração não mereceria prosperar por outras razões, tendo em vista que enquanto não for editada lei complementar para regulamentar a matéria, o Estado de Rondônia não pode exigir o referido tributo dos contribuintes, com base nos seguintes argumentos:

- a) Que a CF/88 (arts. 146, I, III, e 155, XII, alíneas “a”, “d” e “i”) prevê que cabe à lei complementar nacional dispor sobre conflitos de competência e definir os contribuintes, estabelecimentos responsáveis, fatos geradores, base de cálculo, e local das operações em matéria de ICMS;
- b) Que o STF já decidiu que a exigência de diferencial de alíquota de ICMS por lei estadual somente é válida se tiver suporte em lei complementar, e confirmou que a LC 87/1996 não trata sequer do DIFAL exigido na compra interestadual de bens (RE 580.903, julgado em 28/04/2015) (RE 580.903, j. 28/04/2015);
- c) E que também o STF já declarou inconstitucional exigência de ICMS prevista em lei ordinária editada antes da edição de lei complementar que disciplinou uma nova hipótese de incidência do imposto introduzida por emenda constitucional (RE 439.796, julgado em 06/11/2013);
- d) Que na ADI 5.866, a Ministra Cármen Lúcia, reiterou o entendimento de que as regras gerais de ICMS devem ser disciplinadas por lei complementar, confirmando que *“as determinações dos arts. 146, III e 155, §2º, XII, da Constituição da República direcionam-se à lei complementar nacional, na qual devem ser estabelecidas diretrizes básicas para regulamentação geral do imposto que ... a despeito de sua instituição reservada à competência estadual é de configuração nacional”*;
- e) Que o próprio CONFAZ, por meio de sua assessoria jurídica (a Procuradoria- Geral da Fazenda Nacional – PGFN), quando analisou se a EC 87/2015 seria autoaplicável para a exigência do DIFAL pelos Estados de destino nas operações interestaduais, em resposta a

consulta formulada pelo Estado de São Paulo, concluiu negativamente, afirmando inclusive que: “a previsão do diferencial de alíquota no Texto Constitucional não supre a necessidade de edição de lei complementar” (Parecer nº 1.226/2015);

f) Que a Lei Complementar 87/1996 (por meio da qual o Congresso Nacional editou as normas gerais do ICMS) não prevê as regras necessárias para viabilizar a aplicação da Emenda Constitucional 87/15, pois não veicula regras para dirimir os conflitos de competência sobre o DIFAL entre as Unidades da Federação nem tampouco disciplina quais seriam os seus contribuintes e estabelecimentos responsáveis, nem sua base de cálculo, e muito menos o local das operações sujeitas ao imposto);

g) Que a necessidade de previsão das regras do DIFAL em lei complementar já foi reconhecida pelo Congresso Nacional, no qual tramita o Projeto de Lei Complementar 325/2016, que tem o objetivo de introduzir na LC 87/1996 as regras necessárias sobre o DIFAL;

h) Que o Convênio ICMS nº 93/2015, do CONFAZ, não supre a referida necessidade de lei complementar nacional para viabilizar a (válida) instituição do DIFAL pelas Unidades da Federação. Aliás, ao editar o referido convênio, o CONFAZ invadiu a competência do Congresso Nacional para editar as regras gerais sobre o DIFAL. Tanto isso é verdade que está em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Decreto Legislativo nº 318/2016, que visa a sustar os efeitos do Convênio ICMS nº 93/2015, conforme trecho colacionado da conclusão do parecer do relator neste sentido;

i) Que o Professor Roque Antonio Carrazza, um dos mais respeitados estudiosos do ICMS no País, no parecer anexado nestes autos, concluiu pela inconstitucionalidade da exigência do DIFAL de que trata a EC 87/2016 antes da sua regulamentação por lei complementar nacional.

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, sendo sido 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"*.

E 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, supostamente, no caso do processo ajuizado pela empresa, ora impugnante), em relação aos quais a decisão tem efeitos imediatos, inclusive para o passado, conforme transcrição da ata do julgamento do Tema 1093, assim como da ata do julgamento da ADI 5469, trazidos à baila.

Lembrando, ainda, que, conforme já relatado, tendo em vista não concordar com a

exigência do DIFAL antes da edição de lei complementar sobre a matéria, a impugnante impetrou na data de 14.12.2018 o Mandado de Segurança nº 0803532.33.2018.8.22.0000, para discutir o tema.

Com isso, restou definido o desfecho do julgamento da tese em debate, uma vez que, por força do art. 927-I-III do CPC, o entendimento do STF nesses precedentes deve ser, necessariamente, aplicado nestes autos, motivo pelo qual entende que deve o auto de infração ser cancelado.

Ressaltando, por fim, que a imposição de multa decorre de suposto descumprimento de obrigação principal, o que, diga-se de passagem, não ocorreu no caso em tela, porquanto efetuados os depósitos judiciais do valor em exigência, dentro do prazo legalmente previsto, decorrendo, assim, sob este fundamento, a necessidade de exclusão da multa aplicada.

Por todo o exposto, requereu a impugnante:

- a) Seja reconhecida a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários em questão, em razão dos depósitos judiciais, na forma do art. 151-III do CTN;
- b) Seja acolhido integralmente o pedido de impugnação apresentada, para o fim de se julgar improcedente o auto de infração e, por via de consequência, cancelar a exigência nele consubstanciada;
- c) Na remota hipótese de manutenção da cobrança, o que não se acredita, que seja determinado o cancelamento da multa aplicada, porquanto os valores depositados foram realizados dentro da data prevista na legislação para pagamento do tributo.

3 - FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO

Conforme consta na peça básica, a autuação ocorreu por ter o sujeito passivo realizado a saída de mercadorias constante do DANFE nº 18452 com destino a CNPJ não contribuinte de Rondônia, estando o mesmo com sua inscrição de Substituto Tributário neste Estado em situação cadastral irregular - NÃO HABILITADO/SUSPENSO DE OFÍCIO, desde abril de 2020, configurando, desse modo, infração a legislação tributária em vigor.

Regularmente notificado, o sujeito passivo alegou em sua impugnação que, embora tenha impetrado, na data de 14.12.2018 o Mandado de Segurança nº 0803532-33.2018.8.22.0000, em trâmite perante a 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual da Comarca de Rondônia para discutir o não recolhimento do DIFAL cobrado no presente auto de infração, cumpriu a obrigação principal, por meio de depósitos judiciais do valor em exigência, dentro do prazo legalmente previsto, 15.03.2021, fato que suspende a exigibilidade dos respectivos créditos tributários, nos termos do art. 151, II, do Código Tributário Nacional, e impede sua cobrança, como decidiu o STJ no RESP nº 1.140.956, e que, além disso, em 24 de fevereiro de 2021, o STF concluiu o julgamento em 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, sendo fixada a tese de que "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", ensejando, assim, razões suficientes para o cancelamento da exigência consubstanciada no auto de infração impugnado.

Após a análise dos autos, verifica-se que razão assiste ao sujeito passivo, podendo-se adiantar que a presente ação fiscal não deve prosperar, pelos motivos a seguir aduzidos.

No presente caso, embora, de fato, estivesse a inscrição de substituto tributário não habilitada, e tenha sido denegada a segurança no MS nº 0803532-2.33.2018.8.22.000, em 16.04.2019, a cobrança do ICMS/DIFAL por meio deste auto de infração deve ser afastada, visto que o pano de fundo da controvérsia é outro, pois sobreveio em 24 de fevereiro de 2021, a conclusão, pelo STF, do julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.287.019, no Tema 1093, e da ADI nº 5469, **declarando inconstitucional a cobrança do DIFAL antes da edição de uma lei complementar que discipline a EC nº 87/2015**, sendo sido 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".

E além disso, o STF modulou os efeitos daquela decisão, de modo que ela passe a produzir efeitos a partir de 01.01.2022, porém, **excluiu de tais efeitos os processos em curso**, tal como é o caso do aludido Mandado de Segurança ajuizado pela impugnante (nº 0803532-2.33.2018.8.22.000), argumentado pela defesa, em relação ao qual a citada decisão tem efeitos imediatos, conforme consta da ata do julgamento do Tema 1093, assim como da ata do julgamento da ADI 5469, trazidos à baila pelo sujeito passivo.

Resta consignado, ainda, que a presente decisão está em consonância com o art. 16-§1º-I-III da Lei 4.929 de Rondônia, a qual dispõe sobre a estrutura administrativa do Tribunal Administrativo de Tributos Estaduais – TATE), que permite a aplicação em suas decisões o entendimento do STF, como na hipótese versada nos presentes autos, *in verbis*:

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

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

(...)

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

(...)

Dessa forma, em vista dos fatos e das provas dos autos, vez que o STF declarou a

inconstitucionalidade formal das cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do Conv. ICMS nº 93/2015, substrato legal no qual se baseou a cobrança do ICMS/DIFAL, restando comprovado que a autuação exsurge manifestamente indevida, decido pela improcedência do presente auto de infração.

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** o auto de infração e INDEVIDO o crédito tributário de R\$ 20.592,25 .

Em decorrência do exposto no § 1º, I, do art. 132 da Lei nº 688/96, não interponho recurso de ofício.

5 - ORDEM DE INTIMAÇÃO

Notifique-se o contribuinte autuado da decisão de Primeira Instância.

Porto Velho, 12/11/2021.

Elder Basílio e Silva

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

Elder Basílio e Silva, Auditor Fiscal, Data: **12/11/2021**, às **19:11**.

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