



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

SUJEITO PASSIVO: *TORINO INFORMATICA LTDA*

ENDEREÇO: *Rita de Carvalho Monteiro, 110 - Retiro São João - Sorocaba/SP - CEP: 18085-750*

PAT Nº: *20212906300543*

E-PAT Nº: *7251*

DATA DA AUTUAÇÃO: *20/06/2021*

CAD/CNPJ: *03.619.767/0005-15*

CAD/ICMS: *não possui*

DECISÃO IMPROCEDENTE Nº: 2021/1/47/TATE/SEFIN

1. Deixar de apresentar o comprovante de recolhimento do ICMS (DIFAL). 2. Apresentação de defesa. 3. Infração ilidida (ADI 5469 – STF). 4. Autuação improcedente.

1. Relatório.

De acordo com a peça básica, o sujeito passivo *“promoveu a circulação de mercadorias alcançada pela EC 87/15, onde 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 da NF nº 7883, emitida em 10/06/2021.”*

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 (20/06/2021), apresentavam os seguintes valores:

Tributo ICMS	R\$ 49.041,30
Multa	R\$ 44.137,17
Juros	R\$ 0,00
Atualização Monetária	R\$ 0,00
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 93.178,47

A notificação para pagamento do crédito tributário, com redução de 50% (cinquenta por cento) da multa, ou apresentação de defesa ocorreu pela via postal, em 24 de agosto de 2021 (comprovante à fl.11) e, também, por intimação pessoal, em 22/09/2021 (fl. 12).

2. Alegações da defesa.

Dentro do prazo legal, conforme atesta o documento de fls. 17/18, o sujeito passivo apresentou defesa. Na impugnação aduziu-se, em resumo, que a defesa é tempestiva; que é inconstitucional a exigência do ICMS-DIFAL sem anterior edição de lei complementar federal; que o STF, por maioria, deu provimento à ADI, 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 93/15, ante a ausência de lei complementar disciplinadora; que a impugnante impetrou, aos 08/02/2021, mandado de segurança preventivo distribuído sob o nº 7005258-45.2021.8.22.0001, em trâmite perante a 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital; que a modulação estabelecida pelo STF excepcionou as ações judiciais em andamento, dispositivo que se amolda com perfeição à situação fática da Impugnante, porquanto a distribuição do referido mandado de segurança deu-se em data anterior ao julgamento proferido pelo Pretório Excelso; que foi proferida, aos 18/08/2021, a r. sentença de Id. Num. 61363677, com vistas a conceder a segurança requerida pela Impugnante, a fim de afastar a exigência do ICMS-DIFAL e do respectivo FECOEP; que, considerando que a Impugnante detém tutela jurisdicional exarada nos autos do mandado de segurança em epígrafe, com vistas a afastar a cobrança do ICMS-DIFAL e do respectivo FECOEP, de rigor o reconhecimento da ilegalidade do lançamento tributário em apreço; que, visando se resguardar de eventuais embaraços, promoveu o depósito judicial do montante integral do ICMS-DIFAL, incidente sobre a

operação descrita na nota fiscal nº 7883, antes de sua efetiva comercialização; que o depósito judicial também possui o condão necessário para anular integralmente o Auto de Infração ora combatido; que o STJ proferiu, no sistema representativo de controvérsia previsto no art. 54-C, do CPC/73 (vigente à época), o v. acórdão nos autos do recurso especial nº 1.140.956-SP (2009/0089753-9), consignando que o depósito judicial integral realizado em momento anterior ao do “processo de cobrança”, tem o condão necessário para impedir a lavratura do auto de infração. Ao fim, com fulcro no exposto, requereu que fosse reconhecida a nulidade do lançamento tributário consubstanciado no Auto de Infração nº 20212906300543.

3. Fundamentos de fato e de direito.

O Plenário do STF, 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 tal tema. 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 nº 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).” (grifei)

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 7005258-45.2021.8.22.0001, que versa sobre a exigência do Diferencial de Alíquota do ICMS (DIFAL) em operações de venda interestadual de mercadorias a consumidores finais não contribuintes do ICMS (localizados no estado de Rondônia), 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 nº 7005258-45.2021.8.22.0001), 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 Administrativo não detenha, em regra, competência para declarar a inconstitucionalidade, pode ele aplicar, em situações específicas, o entendimento do Poder Judiciário:

“LEI Nº 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.

§ 1º 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.” (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 a proposta de modulação de efeitos indicada na aludida ADI (em razão de ter ele interposto mandado de segurança em data anterior à referida decisão do STF), 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\$ 93.178,47).

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, 25/11/2021 .

Reinaldo do Nascimento Silva

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

Reinaldo do Nascimento Silva, Auditor Fiscal,

i, Data: **25/11/2021**, às **19:40**.

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