



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

SUJEITO PASSIVO: AMERICANAS S.A.

ENDEREÇO: ROD PRESIDENTE DUTRA, S/N - POLO INDUSTRIAL I - RESENDE/RJ - KM 298
LOTE 7 B AREA 1 CEP: 27537-000

PAT Nº: 20212910400001

DATA DA AUTUAÇÃO: 17/08/2021

CAD/CNPJ: 00.776.574/1453-91

CAD/ICMS: 00000006037445

DECISÃO IMPROCEDENTE Nº: 2021/1/61/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. Auto de infração improcedente.

1 - RELATÓRIO

O sujeito passivo acima qualificado foi autuado por ter promovido a circulação de mercadorias através dos DANFEs nº 2604, 2405 e 2649, destinadas a consumidor final não contribuinte situado neste Estado, sem apresentar o comprovante do recolhimento do ICMS do diferencial de alíquotas devido ao Rondônia. A EC 87/2015 dispõe que caberá ao Estado do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota do Estado destinatário e a alíquota interestadual quando destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS. Base de Cálculo: R\$ 16.449,94 x 10,5% (Difal) = R\$ 1.727,24. Base de Cálculo da multa: R\$ 1.727,24 x 90%: R\$ 1.554,51.

Para a capitulação legal da infração foram indicados arts. 270-I-a-b-c, 273 e 275 do Anexo X do RICMS/RO, aprovado pelo Dec. Nº 22.721/2018, c/c a EC 87/2015, e para a multa

o art. 77-IV-a-1 da Lei 688/96.

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

Tributo ICMS	R\$ 1.727,24
Multa	R\$ 1.554,51
Juros	R\$ 0,00
Atualização Monetária	R\$ 0,00
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 3.281,75

O sujeito passivo foi regularmente notificado da autuação via DET, fls. 09, e apresentou defesa tempestiva em anexo.

2 - DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

Na impugnação, o sujeito passivo afirma inicialmente que não teria cometido infração à legislação tributária estadual, e que antes de adentrar no mérito da autuação, informa que impetrou o Mandado de Segurança nº 7017117-29.2019.8.22.0001, que tramita perante a 2ª Vara da Fazenda Pública do Estado 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).

E que nesta ação sobreveio decisão, proferida pelo Juízo da 2ª Câmara Especial, em 15/07/2021, determinando que o impetrado, Superintendente de Controle e Fiscalização da SEFAZ/RO, se abstenha de exigir o DIFAL da empresa, ora impugnante (Doc. 06).

Dessa forma, a impugnante pede que seja cancelada a exigência do DIFAL consubstanciada no auto de infração nº 20212910400001, em cumprimento à decisão judicial proferida em favor da empresa, nos termos do art. 151-IV do CTN, requerendo, ainda, a improcedência do auto de infração lavrado, entendendo ser medida de rigor, ressaltando que 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, não existiria no presente caso.

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 poderia exigir o referido tributo dos contribuintes, com fundamento 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. Que ao editar o referido convênio, o CONFAZ teria invadido a competência do Congresso Nacional para editar as regras gerais sobre o DIFAL. E tanto isso seria 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 87/2015 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 ADI nº 5469, no sentido de que é inconstitucional a cobrança do DIFAL antes da edição de uma lei complementar que discipline a EC no 87/2015, tendo 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 no caso do processo ajuizado pela empresa, ora impugnante), em relação aos quais a decisão tem efeitos imediatos, inclusive para o passado, trazendo à baila a transcrição da ata do julgamento do Tema 1093, assim como da ata do julgamento da ADI 5469.

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 12.04.2019 o Mandado de Segurança nº 7017117.29.2019.8.22.0001, para discutir o tema.

Com isso, teria restado 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, 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 da decisão judicial proferida em favor da empresa, na forma do art. 151-IV do CTN;
- b) Seja acolhido integralmente o pedido de impugnação do crédito tributário efetuado mediante auto de infração, e, por via de consequência, seja cancelada a exigência em debate;
- c) E na remota hipótese de manutenção da cobrança, o que não se acredita, que seja determinado o cancelamento da multa aplicada.

3 - FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO

Conforme consta na peça básica, a autuação ocorreu por ter o sujeito passivo promovido a circulação de mercadorias através dos DANFEs nº 2604, 2405 e 2649, destinadas a consumidor final não contribuinte situado neste Estado, sem apresentar o comprovante do recolhimento do ICMS do diferencial de alíquotas devido ao Rondônia, nos termos previstos da

EC 87/15 e no Conv. ICMS 93/15.

Regularmente notificado, o sujeito passivo trouxe como principal argumento em sua defesa, para fins de cancelamento do auto de infração, a decisão judicial proferida a seu favor, em 15.07.2021, na forma do art. 151-IV do CTN, suspendendo a exigibilidade dos créditos tributários em questão.

Pois bem, após a análise dos autos, verifica-se ser a questão de fácil deslinde, podendo-se adiantar que a presente ação fiscal não se sustenta, pelos motivos a seguir aduzidos.

Extraí-se do acervo probatório que razão assiste ao sujeito passivo, tendo em vista que, embora, num primeiro momento, tenha sido denegada a segurança nos autos do MS 7017117-29.2019.8.22.0001, na data de 31.10.2019, consta, contudo, conforme se constata na consulta processual, que, em 15.07.2021, a 2ª Câmara Especial do Tribunal de Justiça de Rondônia, deferiu liminar em Recurso de Apelação, determinando a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários relativos ao Diferencial de Alíquota de ICMS – DIFAL, devidos por ocasião da aquisição/venda de mercadorias oriundas de outros Estados da federação, até o julgamento do citado recurso interposto.

Ademais disso, a concessão da aludida liminar em grau de recurso, importante destacar, teve como fundamento a recente decisão, em 24.02.2021, pelo STF, onde foi **declarada inconstitucional a cobrança em lei ordinária**, no Tema 1.093 do Recurso Extraordinário com Agravo no 1.237.351/DF, **nas operações interestaduais envolvendo consumidores finais não contribuintes do imposto, nos termos da EC nº 87/2015**, em conjunto com a ADI nº 5469, que ao modular os efeitos da decisão, ressaltou desta, as ações judiciais em curso, de modo que inequívoca a aplicação do entendimento ao citado mandado de segurança, impetrato bem antes do julgamento do Tema nº 1.093, tudo 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), *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, e considerando 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\$ 3.281,75 .

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 **9:10**.

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