



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

SUJEITO PASSIVO: *DE NIGRIS DITR. DE VEICULOS LTDA.*

ENDEREÇO: *Avenida Nove de Julho, 3452 - Jardim Paulista - São Paulo/SP - Conjunto 131 CEP: 01406-000*

PAT N°: *20222906300547*

DATA DA AUTUAÇÃO: *15/09/2022*

CAD/CNPJ: *61.591.459/0001-00*

CAD/ICMS:

DECISÃO PROCEDENTE N°: 2023/1/209/TATE/SEFIN

1.Falta de recolhimento do ICMS-DIFAL 2. Defesa Tempestiva 3. Infração não ilidida 4. Ação Fiscal Procedente

1 – RELATÓRIO

O Sujeito Passivo promoveu a circulação de mercadorias alcançada pela EC87/15, 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 476032, cujo destinatário é o Município de Vilhena. Perda de redução na base de cálculo do ICMS por descumprimento da legislação tributária em vigor. Em razão dessa irregularidade, foi lançado o ICMS não recolhido e aplicada a multa prevista no art. 77, inciso IV, alínea "a", item 1, da Lei 688/96.

| | |
|---------|-----------|
| Tributo | 27.667,71 |
|---------|-----------|

| | |
|------------------------------------|------------------|
| Multa | 24.900,93 |
| Juros | 0,00 |
| Atualização Monetária | 0,00 |
| TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO | 52.568,64 |

A intimação foi realizada, **em 20/10/2022, Via postal, com AR (fls.9)** nos termos do artigo 112, inciso II da Lei nº 688/96. A defesa foi apresentada de forma tempestiva.

2 - DAS ARGUIÇÕES DA DEFESA

O sujeito passivo, alega o que se segue:

2.1. Que, preliminarmente, o Auto de Infração seja anulado de ofício por estar desconsoante do Tema 1093 do STF e do art.149, I do CTN;

2.2. Que seja convertido o julgamento em diligência para que seja verificado se os procedimentos administrativos realizados estão conformes com a legislação pertinente a matéria;

2.3. Que quer o reconhecimento da “**ILEGALIDADE E NULIDADE** da lavratura do Auto de Infração aqui contestado” (pg.17), pois não foram respeitados os princípios da “Não surpresa” e da “Segurança jurídica” referentes ao Direito Tributário, consistentes nos princípios da Anterioridade do exercício e da Anterioridade Nonagesimal, de acordo com o art.150, III, alíneas “b” “c” da CF/88.

3 – FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO

O sujeito passivo, CONCESSIONÁRIA DE AUTOMÓVEIS, comerciante atacadista de caminhões novos e usados, conforme consta nos autos na folha 04, sem benefícios fiscais, optante do regime normal de tributação, promoveu a circulação interestadual da mercadoria sujeita ao ICMS, caminhão Mercedes Benz novo, para o estado de Rondônia para entrega a consumidor final não contribuinte, Município de Vilhena, sem apresentar, na fronteira deste Estado, o comprovante de pagamento do diferencial de alíquota devido ao estado de Rondônia referentes a DANFE nº 476032 (fl.3).

Está disposto no art.151 do CTN que é causa da suspensão da exigibilidade do crédito tributário seu inciso III, as reclamações e os recursos (defesa do contribuinte) nos termos do PAT.

3.1. Preliminarmente, não há que se falar de anulação do Auto de Infração.

O que informa o Acórdão do julgamento do RE 1287019 / DF sobre o Tema 1093 do STF? Informa que, para empresas Não Optante do Simples Nacional, o Convênio interestadual nº 93/15 não pode suprir a ausência de lei complementar disposta sobre obrigação tributária, contribuintes, bases de cálculo/alíquotas e créditos de ICMS nas operações ou prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do imposto. E por isso, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona deste Convênio, a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento, ou seja, a partir de 2022.

Após isso, sobreveio a LC 190/2022, que legislou sobre a matéria e ocupou o espaço “vazio” da legislação, com publicação a partir de 04.01.2022 e vigência na mesma data. Contudo, trazendo uma ressalva relevante no seu art.3º:

Art. 3º. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, observado, quanto à produção de efeitos, o disposto na [alínea “c” do inciso III do caput do art. 150 da Constituição Federal](#).

Que o momento da cobrança deverá observar o Princípio da Anterioridade Nonagesimal, ou seja, a cobrança do DIFAL poderá ocorrer após 90 dias do início da vigência da LC 190/22.

3.2. Deixo registrado que segundo o Convênio ICMS nº 136/2021, que trata dos procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem mercadorias, bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS localizados em outra unidade federada, sua Cláusula Segunda dispõe o seguinte sobre a repartição de receita entre Estados remetente e destinatário:

Cláusula Segunda. Nas operações e prestações de que trata este convênio, o contribuinte que as realizar deve:

I - se remetente da mercadoria ou do bem:

- a) utilizar a alíquota interna prevista na unidade federada de destino para calcular o ICMS total devido na operação;
- b) utilizar a alíquota interestadual prevista para a operação, para o cálculo do imposto devido à unidade federada de origem;
- c) recolher, para a unidade federada de destino, o imposto correspondente à diferença entre o imposto calculado na forma da alínea “a” e o calculado na forma da alínea “b”;

E o que dispõe a EC nº 87/2015, que alterou o §2º do art.155 da CF/88 e incluiu o art.99 no ADCT/ CF/88. (**atenção, este diploma já existe desde 2015 sobre o mecanismo de repartição de receita do ICMS - DIFAL**).

Art. 2º. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 99:

"Art. 99. Para efeito do disposto no inciso VII do § 2º do art. 155, no caso de **operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte localizado em outro Estado, o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual será partilhado entre os Estados de origem e de destino**, na seguinte proporção:

I - para o ano de 2015: 20% (vinte por cento) para o Estado de destino e 80% (oitenta por cento) para o

Estado de origem;

II - para o ano de 2016: 40% (quarenta por cento) para o Estado de destino e 60% (sessenta por cento) para o Estado de origem;

III - para o ano de 2017: 60% (sessenta por cento) para o Estado de destino e 40% (quarenta por cento) para o Estado de origem;

IV - para o ano de 2018: 80% (oitenta por cento) para o Estado de destino e 20% (vinte por cento) para o Estado de origem;

V - a partir do ano de 2019: 100% (cem por cento) para o Estado de destino."

Que segundo o Regulamento do ICMS do estado de Rondônia- RICMS/RO – Decreto 22721/2018, está disposto o seguinte sobre o tema em comento:

Anexo X – Regimes Especiais, Operações e Sistemas Especiais de Tributação do RICMS/RO (Dec. 22721/2018)

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)

Nota: vide ADI 5.439 no STF, relativa à disposição da cláusula segunda do Convênio ICMS 93/15.

I - se remetente do bem:

a) utilizar a alíquota interna prevista no Estado de Rondônia, para calcular o ICMS total devido na operação;

b) utilizar a alíquota interestadual prevista para a operação, para o cálculo do imposto devido à unidade federada de origem;

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);

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)

Estando os procedimentos administrativos fiscais, assim, em consonância com a legislação específica, não há motivo para perícia ou oitiva ou prestações de informações de representante da empresa.

Lembro que a Defesa tempestiva, é a forma hábil e usual para que o sujeito passivo possa apresentar a sua contradita com provas e esclarecimentos, e assim, se defender de qualquer exação por parte do Fisco.

Lei estadual 688 / 1996

SEÇÃO VI - DA DEFESA

Art. 119. A defesa compreende, dentro dos princípios legais, qualquer manifestação do sujeito passivo no sentido de reclamar, impugnar ou opor embargos a qualquer exigência fiscal.

§ 1º. A defesa apresentada tempestivamente suspende a exigibilidade do crédito tributário constituído. (AC pela Lei nº 3583, de 9 de julho de 2015 - efeitos a partir de 01/07/15)

Art. 120. Na defesa, o sujeito passivo alegará, por escrito, toda a matéria que entender útil, indicando ou requerendo as provas que pretenda apresentar e juntando desde logo as que constarem de

documentos que tiver em seu poder.

Com relação ao Contraditório, caso o sujeito passivo mantenha a sua inconformidade com relação ao resultado do primeiro julgamento a Lei 688/96 ainda prevê outra oportunidade de recorrer.

SEÇÃO X - DO RECURSO VOLUNTÁRIO

Art. 134. Proferida a decisão de primeira instância administrativa, terá o sujeito passivo prazo de 30 (trinta) dias para, sob pena de inscrição de Dívida Ativa, liquidar o crédito tributário ou interpor Recurso Voluntário perante o Tribunal Administrativo de Tributos Estaduais – TATE. (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

§ 1º. O recurso poderá versar sobre parte da decisão recorrida, desde que o recorrente assim o declare ou reconheça expressamente a procedência das exigências que não forem objeto do recurso.

§ 2º. Na hipótese do § 1º o recorrente, sob pena de não admissão do recurso, deverá pagar, no prazo deste artigo, o crédito tributário na parte por ele reconhecida como procedente. (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

E, na sessão de julgamento do Recurso voluntário, previamente agendada, o sujeito passivo, através do seu patrono, solicita sua inscrição para, oralmente, sustentar os argumentos de seu recurso.

SEÇÃO XII - DO JULGAMENTO DE SEGUNDA INSTÂNCIA

Art. 142. Fica assegurada a sustentação oral dos recursos cabíveis perante o Tribunal Administrativo de Tributos Estaduais - TATE, na forma do seu Regimento Interno. (NR Lei nº 869, de 23/12/99 - efeitos a partir de 24/12/99)

3.3. Com relação a possibilidade de violação do princípio da Anterioridade do exercício, afastado a possibilidade de cobrança do ICMS-DIFAL só em 01 de janeiro de 2023, porque NÃO se trata de instituição de tributo novo ou aumento do já existente. O ICMS já existe há muito tempo. O diferencial de alíquota se trata de um regramento de repartição de receita entre o ente tributante na origem e o ente tributante no destino (EC 87/2015).

O diferencial de alíquota (DIFAL) é um mecanismo criado para dar um tratamento tributário mais isonômico às disparidades econômicas existentes entre as unidades federadas das diversas regiões do nosso vasto país. Tentou-se minimizar, em termos de receita, as diferenças de desenvolvimento e população existentes, entre, por exemplo, as UFs da região sul e sudeste em relação as UFs da região norte do país. Desta maneira, em vez de termos uma alíquota interna (cheia) a entregar receita apenas para o ente que produz, vende e importa (e pratica a remessa da mercadoria), teremos uma divisão de receitas entre o ente de origem desta operação de remessa (alíquota interestadual) e o que faltaria, a diferença, para completar a alíquota cheia do ente do destino, onde ocorre o consumo, etapa final, da cadeia produtiva.

No caso em tela, temos que a seguinte operação: a DANFE nº 476032 que acoberta uma operação interestadual, cujo UF de origem é o Estado de São Paulo e o estado de destino, Rondônia, verifica-se que a Base de Cálculo do ICMS (neste caso, igual ao Valor total da NF) R\$ 263.502,00, e o valor equivalente ao ICMS destacado, R\$ 15.181,36. A alíquota interestadual é igual a 7% (18.445,14 / 263.502,00) relativa as operações interestaduais e a alíquota interna do estado de Rondônia é 17,5%. Falta a receita, no valor de R\$ 27.667,71, da diferença entre as duas alíquotas, 10,5% (17,5% - 7%), que caberia ao estado de destino.

O art.3º da LC 190/2022 informa que essa lei teve vigência a partir da data de sua publicação, 04.01.2022, mas que passou a produzir efeitos legais apenas 90 dias após a sua vigência, ou seja, a partir de 05.04.2022, de acordo e de maneira expressa ao disposto na alínea “c” do inciso III do art.150 da CF/88, **o princípio da Anterioridade Nonagesimal**. Lembremos que a autuação, o momento do Fato gerador do imposto, ocorreu em 15/09/2022, ou seja, bem mais de 90 dias do início da vigência da LC 190/22, em 04/01/22.

Saliento que o estado de Rondônia publicou, em 30.06.2022, a Lei Estadual nº 5369, regulamentando o ICMS-DIFAL, produzindo efeitos já a partir de 01.04.2022 e não a partir de 05.04.22 como reza o art.3º da LC 190/22.

Quanto ao argumento exposto pela Defesa, este NÃO procede, porque como exposto acima, a data da lavratura da autuação, momento do Fato Gerador, é posterior ao prazo de 90 dias da vigência da LC 190/22 e posterior a vigência da Lei Estadual 5369/22.

Dessa maneira, para o estado de Rondônia, o ICMS-DIFAL poderia ser cobrado desde 01/04/2022, e sendo assim, a autuação é VÁLIDA.

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 PROCEDENTE e DEVIDO o crédito de R\$ 52.568,64**, devendo o valor ser atualizado até a data do seu efetivo pagamento.

5 – 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 ao recurso voluntário à Câmara de Segunda Instância, no mesmo prazo, sob pena de inscrição em dívida ativa do Estado e o consequente processo de Execução Fiscal.

Porto Velho, 09/02/2023 .

Armando Mário da Silva Filho

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

Armando Mário da Silva Filho, Auditor Fiscal,

Data: **09/02/2023**, às **13:17**.

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