



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

SUJEITO PASSIVO: *VOTORANTIM CIMENTOS S.A.*

ENDEREÇO: *Av. Pres. Juscelino Kubitschek, 1830 - Itaim Bibi - São Paulo/SP - CEP: 04543-900*

PAT Nº: *20222906700025*

DATA DA AUTUAÇÃO: *13/08/2022*

CAD/CNPJ: *01.637.895/0094-31*

CAD/ICMS: *00000000351636*

DECISÃO PROCEDENTE Nº: 2023/1/525/TATE/SEFIN

1. Não recolhimento do ICMS/DIFAL | Vendas a consumidor final em RO | art. 77, VII, b, 2, Lei 688/96. 2. Defesa tempestiva 3. Infração não ilidida 4. Ação fiscal procedente

1 - RELATÓRIO

O sujeito passivo foi autuado em flagrante infracional porque teria promovido circulação de mercadorias, através das Notas Fiscais eletrônicas nº 427658 e 427659, de sua emissão, destinadas a consumidor final situado neste Estado, sem providenciar antecipadamente o recolhimento do "ICMS Diferença de Alíquota" devido ao Estado Consumidor, conforme previsto na EC nº 87/2015, Lei 688/1996 e RICMS/RO/2018.

A infração por descumprimento de obrigação fiscal principal foi capitulada nos artigos 269; 270, I, "c"; 273; 275, todos do Anexo X do RICMS/RO/2018.

A penalidade foi aplicada de acordo com o art. 77, inciso VII, alínea "b", item 2, da Lei 688/96.

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

Tributo ICMS	R\$ 4.025,34
Multa	R\$ 3.622,81
Juros	R\$ 0,00
Atualização Monetária	R\$ 0,00
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 7.648,15

O sujeito passivo foi notificado da autuação pelo DOE, em 26/08/2022, sendo apresentada defesa tempestiva a qual passo a analisar.

O PAT está com exigibilidade suspensa.

2 - DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

A defesa apresenta, em síntese, os seguintes argumentos, assim numerados pela impugnante:

I- PRELIMINARMENTE - DO DEPÓSITO JUDICIAL NOS AUTOS DO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 7018565-32.2022.8.22.0001:

Aduz a defesa que impetrou Mandado de Segurança, autos nº 7018565-32.2022.8.22.0001 (doc. 01), junto à 1ª Vara de Fazenda Pública de Porto Velho/RO, optando por realizar o depósito judicial dos valores relativos ao ICMS-DIFAL nas saídas efetuadas a consumidores finais não contribuintes do ICMS localizados no estado de Rondônia. Junta comprovante de depósito judicial, cujo valor monta as operações do mês 08/2022 (R\$ 121.650,02), efetivado somente no dia 05/09/2022.

Invoca o inciso II do artigo 151 do CTN. A impetração do Mandado de Segurança garantiria seus efeitos a partir da impetração, assim, deveria o Auto de Infração ser sobrestado.

II- DA ESPECIALIDADE DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 005/2016/GAB/CRE:

O auto de infração combatido seria nulo de pleno direito. Ainda assim, no mérito não poderia prosperar.

A impugnante argumenta que possui inscrição como contribuinte substituto no Estado de Rondônia e que, por isso, não estaria obrigada a recolher antecipadamente o ICMS-DIFAL,

segundo se extrai da literalidade dos artigos 1º, 3º e 4º da Instrução Normativa 005/2016/GAB/CRE.

Estando inclusa na hipótese da referida normativa, não deveria recolher o ICMS antecipadamente, mas sim até o 15º dia do mês subsequente.

III- DO EFEITO CONFISCATÓRIO DA MULTA QUE CORRESPONDE A 90% DO VALOR DO IMPOSTO

Conclui que a multa seria exacerbada, colacionando jurisprudência acerca de possível inconstitucionalidade (ferimento aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade) e efeito confiscatório da penalidade atribuída.

Pede, ao final, pela nulidade ou improcedência do auto de infração sob análise.

3 - FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO

A autuação se deu por ter, o sujeito passivo, promovido venda de mercadorias destinadas a consumidor final situado neste Estado, sem providenciar o recolhimento do “ICMS - Diferencial de Alíquota” devido ao Estado consumidor, conforme previsto na Emenda Constitucional nº 87/2015 e legislação tributária estadual. Esta é a acusação fiscal que pesa contra a Impugnante.

As notas fiscais transitaram pelo Posto Fiscal de Vilhena/RO, quando da autuação, com destaque, mas sem o recolhimento do ICMS devido a Rondônia. O fato é característica de “flagrante infracional com mercadorias em trânsito”, o que permite a intervenção fiscal direta, ora analisada.

Ao receber o presente processo para decisão, este julgador diligenciou junto à procuradoria do estado – PGE/PF para se inteirar da situação jurídica da ação em Mandado de Segurança citado pela defesa, bem como sobre a situação dos depósitos judiciais que a impugnante afirma que fizera.

Retornam-me os autos agora, acompanhados do Ofício 933/2023/PGE-PF noticiando que a decisão judicial de primeira instância teria entendido pela “vacatio legis” de 90 dias da Lei Complementar 190/2022. Assim, o fisco estaria impedido de cobrar ICMS/DIFAL do período de 05/01/2022 a 05/04/2022.

Acerca dos depósitos judiciais a informação sobrevinda é de que apenas o valor do imposto do mês de abril/2022 estaria depositado, não especificando quais as notas fiscais. Permito-me

transcrever o teor do referido documento:

“1. Sem prévia manifestação do juízo acerca de depósitos judiciais, a empresa realizou depósito de R\$ 54.441,43 informando que refere-se à competência de abril de 2022 do ICMS/DIFAL, porém, sem especificar a quais notas fiscais o valor está atrelado.

Nesse ponto, importante apontar que, conforme sedimentado pelo STJ, o depósito prévio, integral e em dinheiro do tributo é faculdade do contribuinte, como forma de suspensão da exigibilidade do tributo, na forma do artigo 151, II do CTN. Nestes termos, comprovado o depósito, suspensa estará a exigência da exação.

2. Na primeira instância, a ação foi julgada parcialmente procedente, para afastar a cobrança do ICMS/DIFAL pelo período de 90 dias após a publicação da Lei Complementar 190/22, ou seja, de 05/01/2022 a 05/04/2022.

3. A empresa interpôs apelação visando afastar a cobrança durante todo o exercício de 2022. O Estado ainda apresentará contrarrazões.

Sendo assim, por ora, o tributo suspenso é aquele da competência de abril de 2022 até o valor de R\$ 54.441,43 em razão do depósito judicial e as cobranças do período de 05/01/2022 a 05/04/2022 em razão da sentença.”

A defesa, por sua vez, apresentou comprovante de recolhimento de depósito judicial no valor de R\$121,650,02, datado de 05/09/2022, o que reputo idôneo nesta decisão. Deixarei para analisar no mérito. As questões de direito precisam ser previamente analisadas.

Sobre o entendimento jurídico da matéria debatida judicialmente me manifesto. Primeiramente convém ressaltar que a decisão do STF: tema 1093, entende pela inaplicabilidade direta de lei estadual, enquanto não normatizada por lei complementar. Os efeitos da decisão, contudo, foram modulados para vigorar a partir de 2022. Esse procedimento foi adotado para não prejudicar as receitas estaduais já combatidas pela Pandemia/COVID.

Os questionamentos da impugnante partem da falsa premissa de que a LC 190/2022 deveria respeitar os princípios da “anterioridade de exercício” e “anterioridade nonagesimal”, o que é um equívoco. O artigo 3º da referida LC apenas cita a “nonagesimal” ou noventa.

Este tribunal tem entendimento de que, com relação ao princípio da anterioridade anual, o DIFAL já estava previsto na legislação estadual (Lei 3699/2015), sendo por isso recepcionado na nova ordem normativa complementar (LC 190/2022). Não houve majoração do tributo que estava sendo cobrado anteriormente, então não há que se aplicar a “anterioridade de exercício”.

Na prática, o advento da Lei Complementar 190/2022 convalidou as leis já editadas que tratavam da matéria. Aliás, o próprio CTN (Lei 5.172/1966) foi recepcionado ante nova ordem constitucional (CF de 1988), não sendo necessária edição de novo código tributário.

Há de se ressaltar que Rondônia já havia introduzido a exigência tributária em sua legislação (lei estadual e Regulamento de ICMS) no ano de 2015, com base de cálculo e alíquotas aplicáveis perfeitamente definidas, não causando “surpresa tributária”. Por isso, inaplicável o princípio constitucional da anterioridade de exercício. Inarredável o direito do Estado de Rondônia ao tributo elidido.

Com relação à “noventena”, contudo, a lei complementar 190/2022 expressamente previu a “vaccacio legis” de noventa dias no seu artigo 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”.

Assim, publicada a lei complementar em 05/01/2022, o ICMS/DIFAL só pode ser cobrado por Rondônia a partir do dia 06/04/2022. Esse entendimento consta da decisão monocrática da ação mandamental recorrida.

As notas fiscais objetos do auto de infração foram emitidas no mês de agosto/2022 e continham o destaque do ICMS/DIFAL devido à UF/Destino (campo “Dados Adicionais/Informações Complementares”), o que denota que a empresa tinha conhecimento da exigibilidade do DIFAL por Rondônia, quando da ocorrência fiscal ora combatida. O mês de agosto/2022 já dentro do prazo legal de cobrança, conforme entendimento do fisco e da justiça deste Estado.

Conforme visto acima, houve depósito judicial em relação às notas fiscais emitidas em agosto de 2022. Então, deverá ocorrer a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (inciso II do artigo 151 do CTN) assim que transitado em julgado este PAT, se ainda não houver decisão definitiva do `mandamus`. Afasto a tese preliminar de nulidade, pois a suspensão da exigibilidade não obsta o trânsito processual administrativo, mas apenas a execução de eventual crédito tributário.

Afasto igualmente a segunda tese (especialidade da IN 005/2016/GAB/CRE), pois a impugnante, mesmo sendo inscrita como “substituto tributário” não declarou os valores de ICMS do período 08/2022 ao fisco rondoniense, mesmo que eventualmente incidentes.

Os fatos descritos no auto de infração ocorreram após a “vaccacio legis”. Assim, a tributação está correta.

O ICMS lançado neste auto de infração é, portanto, exigível e atende aos requisitos formais de lançamento e constituição.

Acerca do depósito judicial havido em 05/09/2022, este foi feito após a notificação do auto de infração, que ocorreu em 26/08/2022. Aplicável aqui a sabedoria do Enunciado-TATE-008, especificamente enquadrado na hipótese do inciso II. De acordo com o entendimento, só será inexigível a multa penal, se o crédito tributário fosse depositado em juízo antes da ciência da ação fiscal. Como o depósito foi posterior à notificação, não ilide o lançamento fiscal, nem o crédito tributário dele decorrente.

Os valores estão corretamente definidos e sua cobrança é legal.

O PAT decorrente deste auto de infração segue tramitação formalmente regular.

A tese de confisco pela multa atribuída não pode ser acolhida. A eventual inconstitucionalidade suscitada no penúltimo argumento defensivo, por ferimento a princípios insculpidos na carta magna, aliada a decisões jurídicas apresentadas na impugnação, não pode ser analisada administrativamente. É o que impõe o artigo 90 da Lei 688/96.

Art. 90. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, salvo no caso da inconstitucionalidade ter sido proclamada: (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

I - em ação direta de inconstitucionalidade; e

II - por 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.

A multa atribuída está prevista em hipótese legal que se tipifica em completo pelas provas e pelos fatos narrados na acusação. A lei é válida e vigente, não tendo sido declarada inconstitucional por “desproporcionalidade” ou “efeito confiscatório”. Mantém-se, pois, a pretensão fiscal.

Crédito Tributário Devido

Tributo ICMS	R\$ 4.025,34
Multa	R\$ 3.622,81
Juros	R\$ 0,00
Atualização Monetária	R\$ 0,00
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 7.648,15

4 - CONCLUSÃO

De acordo com o previsto no artigo 12, I, da Lei nº 912, de 12 de julho de 2000, 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** a ação fiscal.

Declaro **devido** o crédito tributário de R\$ 7.648,15 (sete mil, seiscentos e quarenta e oito reais e quinze centavos), em valores compostos à data da lavratura, sujeitos a atualização na data do efetivo pagamento.

5 - ORDEM DE INTIMAÇÃO

Fica o sujeito passivo intimado a pagar ou parcelar o crédito tributário no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência deste, garantido o direito de recurso voluntário à Câmara de Segunda Instância, no mesmo prazo, sob pena de inscrição em Dívida Ativa do Estado.

Sendo definitiva esta decisão, deverá o PAT aguardar o trânsito em julgado do Mandado de Segurança para só então promover a execução fiscal. O Depósito judicial garante a suspensão da exigibilidade do crédito tributário ora exigido.

Porto Velho, 25/04/2023.

RUDIMAR JOSÉ VOLKWEIS

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

RUDIMAR JOSE VOLKWEIS, Auditor Fiscal,

Data: **25/04/2023**, às **9:53**.

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