



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

SUJEITO PASSIVO: *MEDILAR IMPORTACAO E DISTRIBUICAO DE PRODUTOS MEDICO HOSPITALARES S/A*

ENDEREÇO: *NOBERTO OTTO WILD, 420 - IMIGRANTE - VERA CRUZ/RS - MEDILAR CEP: 96880-000*

PAT Nº: *20222910400022*

DATA DA AUTUAÇÃO: *04/12/2022*

CAD/CNPJ: *07.752.236/0001-23*

CAD/ICMS: *00000005777704*

DECISÃO IMPROCEDENTE Nº: 2023/1/135/TATE/SEFIN

1. Deixar de pagar o ICMS/DIFAL referente a mercadorias abrangidas pela EC 87/15.
2. Defesa tempestiva.
3. Infração ilidida.
4. Auto de infração improcedente.

1 – RELATÓRIO

O sujeito passivo acima identificado foi autuado por ter promovido a circulação de 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 857237, cujo destinatário é o Município de Ji-Paraná. Base de Cálculo: R\$ 33.480,00 x 10,5% (diferencial de alíquota/Estado de origem Rio Grande do Sul), total ICMS devido: R\$ 3.515,40, Multa 90% do valor do imposto devido: R\$ 3.163,86.

Para a capitulação legal da infração foram indicados os arts. 270-I-c, 273 e 275, todos do Anexo X do novo RICMS-RO e EC 87/15, 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\$ 3.515,40
Multa 90% (noventa por cento)	R\$ 3.163,86

Juros	R\$ 0,00
Atualização monetária	R\$ 0,00
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 6.679,26

O sujeito passivo foi notificado do auto de infração em 04.08.2022 por meio do AR nº YJ406002782BR, fls. 02, e apresentou sua defesa tempestivamente.

2 – DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

Na defesa apresentada o sujeito passivo, inicialmente, aduziu que o auto de infração não se sustentaria, vez que não teria cometido infração à legislação tributária estadual, alegando, para fins de se julgar improcede o auto de infração, que **1)** considerando-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu, no julgamento da ADI 5469 e do RE 1287019 (*leading case* do Tema 1093), a inexigibilidade do DIFAL/ICMS enquanto não editada lei complementar regulamentando as normas gerais da exação, introduzida no ordenamento jurídico pela EC 87/2015, com a fixação da tese “*A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupões a edição de lei complementar veiculando normas gerais*”, não teria sido observado o princípio da anterioridade de exercício previsto no art. 150-III-b da CF/88, além da anterioridade nonagesimal prevista na alínea “c” deste mesmo artigo, de acordo com a própria redação do art. 3º da LC 190/2022 (publicada em 05.01.2022) impossibilitando, assim, a cobrança do tributo no exercício de 2022, já que, pela anterioridade, este poderiaser exigido, apenas em 2023.

2) que, conforme (Doc. 04), o sujeito passivo possui decisão judicial favorável proferida pela 2ª Câmara Especial em 24.11.2022 nos seguintes termos nos autos da citada ação antiexacional (Processo nº 7028034-05.2022.8.22.0001) “*Quanto ao recurso de Medilar Importação e Distribuição de Produtos Médico Hospitalares S/A, dou-lhe provimento para o fim de determinar ao ente tributante a observância das regras da anterioridade anual e nonagesimal para a cobrança do ICMS-DIFAL, bem como para que se abstenha da prática de atos fiscalizatórios e sancionatórios com base nesse fundamento.*”, afastando a cobrança dos créditos tributários ora executados, o que suspenderia, portanto, a sua exigibilidade, nos termos do art. 151-IV do CTN (a concessão de medida liminar em mandado de segurança).

E que, ante a manifesta inexigibilidade do montante ora exigido, não haveria 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, sendo a improcedência do auto de infração medida de rigor.

Diante de todo o exposto, requereu a impugnante:

I) seja suspensa a exigibilidade do tributo discutido no presente auto de infração, nos termos do art. 151-IV do CTN;

II) seja acolhida integralmente a presente Impugnação, para o fim de se julgar improcedente o auto de infração e, por via de consequência, cancelar a exigência nele consubstanciada;

III) 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 na integralidade e dentro da data prevista na legislação para pagamento do tributo, consoante prevê expressamente o Código Tributário Nacional.

3 - FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Conforme consta na peça vestibular, a autuação ocorreu por ter o sujeito passivo promovido a circulação de mercadorias (NF nº 857237) alcançadas pela EC 87/2015, 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 ao Estado de Rondônia.

Regularmente notificado, o sujeito passivo requereu a improcedência do auto de infração sob a alegação de que não teria sido observado o princípio da anterioridade de exercício previsto no art. 150-III-b da CF/88, e que possui decisão judicial favorável proferida pela 2ª Câmara Especial em 24.11.2022 (Processo nº 7028034-05.2022.8.22.0001), afastando a cobrança do crédito tributário, nos termos do art. 151-IV do CTN.

Inicialmente em que pese o citado Mandado de Segurança nº 7028034-05.2022.8.22.0001, no que tange ao julgamento do auto de infração sob exame, não há qualquer prejuízo, nos termos do art. 91 da Lei 688/96, *in verbis*, que segue sua tramitação normal com vistas à decisão que será proferida na 1ª Instância que, pode-se adiantar, comporta julgamento a favor do sujeito passivo, ou seja, auto de infração improcedente:

Art. 91. As ações propostas contra a Administração Tributária, sobre matéria tributária, inclusive mandados de segurança contra atos de autoridades estaduais, não prejudicarão o julgamento dos respectivos Processos Administrativos Tributários - PAT. (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15).

Bem, é certo que já era possível na data da autuação (04.12.2022) a cobrança do ICMS/DIFAL da aludida nota fiscal, tendo em vista o entendimento da Administração Tributária de Rondônia, com a entrada em vigor da aludida LC nº 190/2022, a partir de 05.01.2022, e nos termos da modulação dos efeitos da ADI 5479, que manteve até 31.12.2021 a validade do Convênio ICMS 93/15, foi no sentido de optar pela anterioridade nonagesimal (art. 150-III-c da CF/88), em relação à produção dos efeitos, como previsto no referido art. 3º da LC nº 190/2022, *in verbis*, ou seja, somente 90 (noventa) dias após sua publicação, no caso a partir de 06.04.2022, devendo, assim, ser respeitada a vontade do legislador infraconstitucional que previu a observância apenas da anterioridade nonagesimal, uma vez que não houve aumento ou instituição de novo tributo, sem incidência justificável em teses, portanto, do princípio da anterioridade anual:

Artigo 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 artigo 150 da Constituição Federal" (G.n.)

Contudo, verifica-se que razão assiste ao sujeito passivo ao requerer o cancelamento da exigência do ICMS-DIFAL do presente auto de infração, pois, de fato, na data da autuação **04.12.2022**, a exigibilidade do crédito tributário já se encontrava suspensa, nos termos art. 151-

III do CTN, em decorrência da decisão judicial proferida em 24.11.2022 pelo Desembargador Roosevelt Queiroz Costa, em grau de recurso de apelação, que deu provimento ao pedido do sujeito passivo **para que fosse observado também o princípio da anterioridade anual**, que questionava a decisão do Juízo de Primeiro Grau que antes havia determinado que o Estado de Rondônia observasse apenas a regra da anterioridade nonagesimal para a cobrança do ICMS-DIFAL, **o que na prática significava que, no caso concreto, a cobrança só poderia ocorrer a partir de 2023**, levando-se em consideração que o Estado de Rondônia, conforme consulta processual no *site* do Tribunal de Justiça de Rondônia, fora intimado da decisão em **27.11.2022**, decisão esta da qual se extrai trecho descrito em seu item III, *in verbis*:

“EM FACE DO EXPOSTO:

a) *quanto ao recurso de Medilar Importação e Distribuição de Produtos Médico Hospitalares S/A, **dou-lhe provimento para o fim de determinar ao ente tributante a observância das regras da anterioridade anual** e nonagesimal para a cobrança do ICMS-DIFAL, **bem como para que se abstenha da prática de atos fiscalizatórios e sancionatórios com base nesse fundamento;***

b) *quanto ao recurso da Fazenda do Estado de Rondônia, dou-lhe provimento para o fim de considerar que o art. 3º da Lei Complementar Federal n.º 190/2022 dispõe sobre a regra da anterioridade nonagesimal. (...)*” (G.n.)

Dessa forma, em vista dos fatos, e considerando-se a decisão judicial favorável ao sujeito passivo nos autos do aludido processo, proferida em grau de recurso de apelação pela 2ª Câmara Especial no Tribunal de Justiça de Rondônia, em consonância com o art. 151-III do CTN, decido pela improcedência do presente auto de infração.

4 – CONCLUSÃO

No uso da atribuição disposta no art. 79, inciso 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 no valor de R\$ 6.679,26.

Deixo de interpor recurso de ofício, de acordo com o inciso I do §1º do art. 132 da Lei 688/96.

5 - ORDEM DE INTIMAÇÃO

Notifique-se o autuado da Decisão de Primeira Instância.

Porto Velho, 28/04/2023.

ELDER BASILIO E SILVA

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

ELDER BASILIO E SILVA, Auditor Fiscal, , Data: **28/04/2023**, às **23:56**.

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