

SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS
UNIDADE DE JULGAMENTO DE SEGUNDA INSTÂNCIA

PROCESSO : 20162930506025
RECURSO : VOLUNTÁRIO Nº 145/2019
RECORRENTE : UNILIMA UNIFORMES E CONFECÇÕES
LTDA
RECORRIDA : 2ª INSTÂNCIA TATE/SEFIN
JULGADOR • J***** B***** M***** J*****
RELATÓRIO : Nº036/20/2ª CÂMARM TATE/SEFIN

VOTO DO RELATOR
DOS AUTOS

Versa a acusação fiscal que o auto de infração fora lavrado em 24/05/2016, por conta que o sujeito passivo promoveu a venda de mercadoria destinadas à consumidor final situado neste Estado, sem providenciar o recolhimento do ICMS do diferencial de alíquota devido ao estado consumidor. Trata-se da falta de recolhimento do ICMS-DA da Nota

Fiscal 220 de 02/05/2016, transitando na entrada do estado de Rondônia sem o

O comprovante do recolhimento do imposto. Nestas circunstâncias, exigiu-se o ICMS-DA no presente auto de infração e indicado como dispositivo infringido os artigos 74-A, 74-B, I, 74-D, 74-F e 74-J, todos do RICMS/RO - Dec. 8321/98, c/c EC 87/2015 e Convênio ICMS nº 93/2015 e para a penalidade o artigo 77, IV, "a", item -1 da Lei 688/96.

O sujeito passivo foi notificado da autuação por via postal através do AR DV263500215BR em 22/07/2016 (fl. 06), apresentou peça defensiva em 19/07/2016, aduzindo em suma: (fls. 08 a 10).

A requerente possui sede social na cidade de Cachoeiro de Itapemirim, no Estado do Espírito Santo, explora como atividade econômica principal a CONFECÇÃO DE PEÇAS DE VESTUÁRIO, EXCETO

ROUPAS ÍNTIMAS E AS CONFECIONADAS SOB MEDIDA (CNAE 14120 6/01), atende regularmente vários setores da Administração pública, pela participação em diversas modalidades licitatórias, em especial pela denominada "Pregão Eletrônico", e em 02/05/2016, através da Nota Fiscal

Eletrônica de DANFE nº 220, forneceu ao Corpo de Bombeiros Militar de Rondônia, "CAMISETAS DE MALHA BRANCA PERSONALIZADAS", conforme requisitado através da NOTA DE EMPENHO nº 2016NE00077.

Aduz que conforme contido no campo de

"informações Complementares" do DANFE a requerente é optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte — Simples Nacional, instituído O pela Lei Complementar n ° 123, de 14 de dezembro de 2006.

Informa que de fato em 17/09/2015, o CONFAZ — Conselho Nacional de Política Fazendária, pela edição do Convênio ICMS 93/12015 regulamentou sobre os procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuintes do ICMS, localizados em outra unidade da federada, com base na Emenda Constitucional n ° 87 de 16 de março de 2015, que trata da sistemática de cobrança do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação incidente sobre as operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizados em outro Estado.

No texto original do referido Convênio, em sua Cláusula Nona está previsto:

Cláusula nona- Aplicam-se as disposições deste convênio aos contribuintes optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar n ° 123, de 14 de dezembro de 2006, em relação ao imposto devido à unidade federada de destino.

(Nota: O STF concedeu medida cautelar ad referendum do Plenário suspendendo a eficácia da cláusula nona até o julgamento final da ação).

Aduz, que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil-CFOAB ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI

5.464 - DISTRITO FEDERAL), com pedido de medida cautelar, acerca da constitucionalidade da cláusula nona da supracitada norma, por ofensa aos arts. 5º, II; 145, §1º, 146, III,d; 150,I,II e IV; 152; 155, § 2º, I; 170, IX e 179 da

CF. Acontece que na data de 12/02/2016, o Exmo. Ministro DIAS TOFFOLI, concedeu a medida cautelar pleiteada, AD REFERENDUM do Plenário, para suspender a eficácia da cláusula nona, até o julgamento final da ação.

Aduz ainda, que conforme sustentou o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (COFOAB) na referida ação, o CONFAZ não poderia determinar a aplicação do convênio em debate as microempresas e as empresas de pequeno porte optantes do Simples Nacional, em razão da ausência de lei complementar e de norma constitucional nesse sentido; que o convênio em questão estabeleceu as diretrizes gerais do novo regime de recolhimento do ICMS em operações decorrentes da Emenda Constitucional nº

87/2015; e que, no regime tributário da LC n.º 123/2006 criado para dar tratamento diferenciado e favorecido aquelas empresas, os tributos são calculados mediante aplicação de uma alíquota única incidente sobre a receita bruta mensal e, posteriormente, o produto da arrecadação é partilhado entre os entes tributantes, além disso, não haveria a incidência de ICMS "em cada operação de venda realizada, mas sim um fato gerador único verificado no final de cada mês-calendário". Por fim defendeu, que esse diploma (LC 123/2006) limita o poder de tributar e evita surpresas em desfavor do contribuinte.

Por fim, com base na medida cautelar mencionada que suspendeu a aplicabilidade da Cláusula Nona do Convênio 93/2015 para as empresas optantes do Simples Nacional, que se digne em acatar a presente IMPUGNAÇÃO e a proceder O CANCELAMENTO do Auto de Infração n.º 20162930506025 de 24/05/2016.

Submetido a julgamento de 1.ª Instância o douto julgador monocrático, após considerar que não há nulidades a serem analisadas e, passa ao julgamento nos seguintes termos:

A entrada de qualquer mercadoria advinda de outro Estado da Federação incide o diferencial de alíquota, isto é, o sujeito passivo compra a mercadoria com incidência de alíquota de 7% ou 12% dependendo do Estado da Federação e recolhe a diferença, isto é, a diferença de 7 ou 12 em relação a alíquota interna do Estado de Rondônia de 17,5%. Ela incide sobre as mercadorias de revenda e sobre "mercadorias, bens, produtos ou

SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS

UNIDADE DE JULGAMENTO DE SEGUNDA INSTÂNCIA

outros" que se destina não a revenda, mas ao uso ou consumo ou ativo "imobilizado".

Discorre que o art. 90 da Lei 688/96 deixa expressamente claro que não se pode discutir na seara administrativa a

O inconstitucionalidade da lei. Entretanto, a lei traz uma excepcionalidade. Trata-se da proclamação da inconstitucionalidade de Lei no âmbito do STF. No caso concreto é uma liminar de Ministro. Isto não impede a continuação da lide.

Verbis:

Art 90. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, salvo no caso da inconstitucionalidade ter sido proclamada:

Nota: Nova Redação Lei n.º 3583, de 9/7/15 — efeitos a partir de 01/07/15

I - em ação direta de inconstitucionalidade; e

Il-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.

Nesta esteira, o julgador singular após analisar os autos e a peça impugnativa, decidiu pela procedência da ação fiscal, considerando que os argumentos do sujeito passivo devem ser afastados eis que a liminar deferida pelo ST F, não possui eficácia diante da legislação estadual que está em plena vigência e deve ser aplicada ao caso.

Inconformado o sujeito passivo interpõe recurso voluntário em 09/04/2019 (fls. 31 a 33), reproduz "ipsis litteris" os mesmos argumentos já esposados na peça impugnativa, ou seja, reconhece a sistemática de cálculo do imposto devido na forma do Convênio ICMS 93/2015, no entanto, entende estar amparado pela medida cautelar à ADI 5464 MC/DF, suspendendo a eficácia da cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/20156, em benefício das empresas enquadradas no regime do Simples Nacional (LC 123/2006). É o breve relatório.

Da análise dos autos e fundamentos do voto.

O PAT foi impulsionado a esta Segunda Instância em razão do Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo em face do princípio do devido processo legal e duplo grau de jurisdição.

A ação fiscal desenvolvida em Posto Fiscal está totalmente amparada pela legislação que determina ação por parte do auditor fiscal quando da constatação de infração fiscal. Assim grafa o art. 97 da Lei 688/96 c.c. Parágrafo Único do art. 142 CTN. In verbis:

Art. 97. Verificada qualquer infração à Legislação Tributária, deverá ser iniciado o Processo Administrativo Tributário - PAT, por intermédio da lavratura de Auto de Infração, observada as exceções previstas nos SS 3º e 4º.

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

— PAT 3.527.14



IFls. nº SI

SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS UNIDADE
DE JULGAMENTO DE SEGUNDA INSTÂNCIA

I –.....

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

A exigência tributária ocorre em razão do sujeito passivo não recolher o ICMS diferencial de alíquotas devido ao estado de Rondônia, na forma do Convênio ICMS 93/2015. Fato constatado no Posto Fiscal de Vilhena, entrada do Estado. Mercadorias destinadas a não contribuinte do imposto estadual.

A recorrente argumenta que deixou de recolher por estar amparada em medida cautelar (Liminar) deferida no STF pelo Ministro Dias Tofoli, até julgamento final da ação, suspendendo a eficácia da Cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015, que estabelece que as empresas enquadradas no regime do Simples Nacional devem recolher o ICMS-DA devido ao Estado destinatário das mercadorias.

A legislação tributária estadual determina a obrigatoriedade de se recolher o ICMS-DA quando destinadas a não contribuinte do ICMS, independentemente de quem seja o remetente, recolhendo antecipadamente o imposto que seria devido ao Estado destinatário (artigos 74-A, 74-B, I, 74-D e 74-J, do RICMS/RO). A mesma disposição consta da Cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015, que estabeleceu a obrigação de se recolher o ICMS-DA antecipadamente em GNRE pelo remetente das mercadorias em operações interestaduais. Vejamos:

CONVÊNIO ICMS 93, DE 17 DE SETEMBRO DE 2015
Cláusula nona Aplicam-se as disposições deste convênio aos contribuintes optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em relação ao imposto devido à unidade federada de destino.

Pois bem. Apesar dos argumentos retro citados, resta-

nos definir alguns pontos controvertidos que porá fim a celeuma no presente autos. A saber:

- Qual a data da autuação do fisco ou lavratura do Auto de Infração? Resposta: 24/05/2016;
- A Liminar de Suspensão da Cláusula Nona do Convênio 93/2015, entrou em vigor em que data? Resposta: 12/02/2016. Obs. 02 meses antes da autuação. (Grifo nosso);
- Situação de Inscrição e de Situação Cadastral? Resposta: Data de Abertura em 28/05/2013 fls. 16
- Consulta Optantes do Simples Nacional no site da Receita Federal em 18/07/2016? Resposta: Optante pelo Simples Nacional desde 28110512013. Obs. Datas coincidentes. fls.21
- Consta no campo dados adicionais — informações complementares do DANFE N° 220 que a Empresa é optante pelo Simples Nacional nos termos da Lei Complementar 123/2006? Resposta; sim

Isto posto, este julgador, entende que as respostas retro citada, provadas documentalmente nos autos, põe fim, a celeuma na presente demanda, mormente por conta da decisão da lavra do douto Ministro do Supremo Tribunal Federal Dias Toffoli ao concedeu medida cautelar, suspendendo a eficácia da Cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/2015, até

julgamento final da ação. Tal ADI em julgamento final, foi objeto de pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes, tendo já proferido voto cinco ministros e, apenas um foi favorável à constitucionalidade do dispositivo. Entendo que se tal dispositivo se encontra com sua eficácia suspensa, não se pode exigir o ICMS do caso ora em análise diante do enquadramento do sujeito passivo no regime do Simples Nacional (LC 123/2006).

Assim, considero que o auto de infração deve ser julgado improcedente.

De todo exposto e por tudo que dos autos consta conheço do Recurso Voluntário interposto para ao final dar-lhe provimento no sentido de reformar a decisão singular de procedente para declarar a improcedência do auto de infração.

É como VOTO.

Porto Velho, 01 de fevereiro de 2022.

RELATOR/JULGADOR

GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE

PROCESSO : Nº 20162930506025
RECURSO : VOLUNTÁRIO Nº 145/2019
RECORRENTE : UNILIMA UNIFORMES E CONFECÇÕES LTDA.
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR : JULGADOR – J***** B***** M***** J*****
RELATÓRIO : Nº 036/20/2CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO Nº 012/2022/? CÂMARA/TATE/SEFIN

EMENTA

. ICMS-DA - SIMPLES NACIONAL - CONVÊNIO 93/2015 NÃO RECOLHER ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DEVIDO AO ESTADO CONSUMIDOR - INOCORRÊNCIA. O sujeito passivo realizou operação de venda destinada a não contribuinte do ICMS no estado de Rondônia, sem recolher o ICMS diferencial de alíquota devido nos termos do Convênio ICMS 93/2015. Nos termos da decisão proferida pelo STF na ADI 5.464, foi declarada inconstitucional a cláusula nona do Convênio 93/2015 em relação as empresas optantes do Simples Nacional, por conseguinte impede a constituição do crédito tributário em comento. Recurso Voluntário Provido. Reforma da decisão de procedente para improcedente. Decisão Unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os membros do EGRÉGIO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE, à unanimidade, em conhecer o Recurso Voluntário interposto para ao final dar-lhe provimento, reformando a decisão de Primeira Instância que julgou procedente para IMPROCEDENTE a ação fiscal, conforme Voto do Julgador Relator, constantes dos autos, que passa a fazer parte integrante da vertente decisão. Participaram do Julgamento os Julgadores: Juarez Barreto Macedo Junior, Fabiano Emanuel Fernandes Caetano, Amarildo Ibiapina Alvarenga, Manoel Ribeiro de Matos Junior.

TATE, Sala de Sessões, 17 de fevereiro de 2022.