

PROCESSO: N° 20192906301057
RECURSO: VOLUNTÁRIO N.º 0882/21
RECORRENTE: ELETRICA LUZ COMERCIAL DE MATERIAIS ELETRONICOS
LTDA - ME
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR: DYEGO ALVES DE MELO
RELATÓRIO: N.º 223/22/2ª INSTÂNCIA/TATE/SEFIN

RELATÓRIO

Trata-se de PAT em que a autuação é de seguinte teor:

"O sujeito passivo promoveu a circulação de mercadorias alcançadas pela EC 87/15, onde dispõe que caberá ao Estado do destinatário o imposto correspondente à 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. Tal responsabilidade pelo recolhimento do ICMS fica a cargo da empresa remetente da mercadoria. Trata-se das NFes 118365, 118501 e 118502. Operação sob fiscalização conjunta com o Fisco de origem. BC: R\$ 27.008,06 (valor da NFe) x 5,5% (dif. de alíquota) = R\$ 1.485,44. Multa: R\$ 1.485,44 x 90% = R\$ 1.336,89."

A infração foi capitulada nos termos dos artigos 270, I, "c", 273 e 275, todos do Anexo X do RICMS/RO, aprovado pelo Decreto 22.721/18 e EC 87/15. Culminou na multa prevista no artigo 77, IV, "a", 1 da Lei 688/96, crédito tributário no valor total de R\$ 2.822,33.

Art. 77. As infrações e as multas correspondentes são as seguintes:

IV - infrações relacionadas ao pagamento, retenção ou apuração do ICMS:

a) multa de 90% (noventa por cento):

1. do valor do imposto não pago, por deixar de pagá-lo ou contribuir para que o sujeito passivo deixe de pagá-lo, mediante ação ou omissão que resulte na falta de pagamento, nas hipóteses para as quais não haja previsão de penalidade específica;

Contribuinte tomou ciência do Auto de Infração na data de 20/11/2019, via A.R. BO087169360BR (fls. 02 e 08).

Apresentou defesa na data de 03/12/2019 (fls. 09 a 34), onde apresenta em síntese os seguintes argumentos: 1. A multa aplicada deve ser anulada, devendo serem consideradas e respeitadas as decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça; 2. O DIFAL cobrado é ilegal, por ser o destinatário ente político, que esse seria detentor de imunidade tributária, fundamenta no artigo 150, VI, "a", §2.º da Constituição Federal.

Em Primeira Instância, o Julgador proferiu a Decisão 2020.10.06.01.0087/UJ/TATE/SEFIN, na qual declarou procedente a Ação Fiscal. Fundamenta sua Decisão nos seguintes termos: A Contribuinte não comprovou o recolhimento do ICMS/DIFAL, obrigação prevista na legislação estadual. Quanto às decisões do STF e STJ, o mérito das ações ainda não foi analisado, dessa forma, não pode o Fisco deixar de aplicar os dispositivos vigentes para a constituição do crédito tributário. Afasta a hipótese da imunidade tributária em razão da condição de contribuinte de fato da Autuada, aponta que a legislação arguida alcança apenas as operações de contribuintes de direito. Corrige de ofício a penalidade para o artigo 77, IV, "a", 5 da Lei 688/96, com fulcro no artigo 108 da mesma Lei.

Autuada tomou ciência do teor da Decisão na data de 30/03/2021 via A.R. BZ170111350BR (fl. 47).

Apresentou Recurso Voluntário na data de 05/04/2021 (fls. 48 a 71), no qual reafirma os argumentos já apresentados.

É o relatório.

DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Em síntese, a Autuação ocorreu em razão da Contribuinte promover a circulação de mercadorias para não contribuinte no Estado de Rondônia sem apresentar o comprovante do recolhimento do ICMS/DIFAL.

Na passagem pelo Posto Fiscal de Vilhena, o Autor constatou que o destinatário das mercadorias é ente político não contribuinte, no interior do Estado de Rondônia, conquanto, não constava em anexo o comprovante de recolhimento do DIFAL, foi quando lavrou o Auto de Infração.

A infração foi capitulada no artigo 270, I, "c", artigos 273 e 275, todos do Anexo X do RICMS/RO, Decreto 22.721/18 e EC 87/15, *in verbis*:

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)

I - se remetente do bem:

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)

§ 1º. O documento de arrecadação deve mencionar o número do respectivo documento fiscal e acompanhar o trânsito do bem ou a prestação do serviço.

§ 2º. O recolhimento do imposto de que trata o inciso II do § 6º do artigo 270 deve ser feito em DARE ou GNRE distintos.

Nota: Nova Redação: Decreto n. 22883/18.

§ 3º. Nas prestações de serviço de transporte, o imposto a que se refere a alínea "c" do inciso II do artigo 270 poderá ser recolhido no prazo previsto no § 2º do artigo 274, observado o disposto no § 3º deste artigo 274.

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)

Parágrafo único. Ato do Coordenador-Geral da Receita Estadual poderá dispensar o contribuinte de obrigações acessórias, exceto a emissão de documento fiscal.

De ofício, o Julgador de Primeira Instância retificou a capitulação legal para o artigo 77, IV, "a", 5 da Lei 688/96, fundamenta no artigo 34 do Anexo XII do RICMS/RO e 108 da Lei 688/96, ato que retifico.

Art. 77. As infrações e as multas correspondentes são as seguintes:

IV - infrações relacionadas ao pagamento, retenção ou apuração do ICMS:

a) multa de 90% (noventa por cento):

5. do valor do imposto não pago correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, quando na entrada no território deste Estado, procedente de outra unidade da Federação, de mercadoria ou bem destinado ao uso ou consumo ou ao ativo imobilizado, em estabelecimento de contribuinte do imposto ou de serviço, adquirido por este, cuja prestação se tenha iniciado em outra Unidade da Federação

e não esteja vinculada a operação ou prestação subsequente sujeita ao imposto;

Passo para análise dos pontos levantados pela Autuada em seu Recurso Voluntário.

1. A multa aplicada deve ser anulada, devendo serem consideradas e respeitadas as decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Ao contrário do que pretende a Contribuinte, não incumbe ao presente Tribunal a declaração de inconstitucionalidade, negativa de norma do Estado de Rondônia ou SEFIN, haja vista previsão dos artigos 14 e 15 do Anexo XII do RICMS/RO, *in verbis*:

Art. 14. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, salvo no caso da inconstitucionalidade ter sido proclamada: (Lei 688/96, art. 90)

I - em ação direta de inconstitucionalidade de dispositivo estadual ou que tenha relação com a legislação estadual;

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.

§ 1º. Considera-se, para fins do disposto neste artigo, dispositivo que tenha relação com a legislação estadual, aquela que constar expressamente na legislação oriunda de:

I - Convênio, Protocolo, Ajuste, Ato Cotepe, Resolução do CONFAZ, e outros atos emanados do CONFAZ;

II - Lei Complementar federal, Resolução do Senado e outros atos emanados do Governo Federal que tratam do imposto.

§ 2º. Não se inclui, também, na competência do Tribunal: (Lei 912/00, art. 13)

I - as questões relativas ao reconhecimento de isenções e restituições de tributos; e

II - a negativa de aplicação de lei ou de ato normativo emanado do Governador do Estado de Rondônia, Secretário de Estado de Finanças ou do Coordenador-Geral da Receita Estadual.

Art. 15. 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 PAT. (Lei 688/96, art. 91)

§ 1º. Na ocorrência do disposto neste artigo, a representação fiscal, conforme dispuser o Regimento Interno do TATE, poderá requisitar cópias dos autos ou peças fiscais para exame, orientação e instrução da defesa cabível.

§ 2º. A faculdade de requisitar os documentos referidos no § 1º é extensiva às autoridades indicadas como coatoras em mandados de segurança, quando a informação for prestada sem a participação da PGE.

Ademais, apenas recairia a inconstitucionalidade sobre a norma na hipótese da declaração de inconstitucionalidade proferida contra a legislação em discussão, no entanto, não é esse o caso.

Os julgados colacionados pela Contribuinte são de normas de outros Estados, não é adequado que, por analogia considere-se uma ou outra norma como inconstitucional, sob risco de causar verdadeira perturbação a ordem jurisdicional.

2. O DIFAL cobrado é ilegal, por ser o destinatário ente político, que esse seria detentor de imunidade tributária, fundamento no artigo 150, VI, "a", §2.º da Constituição Federal.

Para análise da questão, imprescindível apresentação da legislação invocada, artigo 150, VI, "a", §2.º da Constituição Federal, vejamos:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

§ 2º - A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

Da breve leitura do dispositivo, é cristalino que trata-se da vedação de instituir imposto sobre o patrimônio, renda ou serviços, entre entes políticos.

Pois bem, primeiramente, não há qualquer dúvida que o imposto cobrado pelo Estado de Rondônia neste caso, ICMS/DIFAL, recai sobre as mercadorias, não sobre o serviço (ISSQN), muito menos sobre renda (IR) ou patrimônio (IPTU). De tal forma, desde já, considera-se equivocado o argumento proposto pela Contribuinte.

Em segundo plano, a lei acima trata da vedação do imposto exclusivamente entre os entes políticos, não se inclui na sua abrangência as relações comerciais entre pessoa jurídica de direito privado e público, ou ainda, entre pessoas jurídica de direito privado, por consequência, não é aplicável neste caso.

Ainda mais, a ônus do pagamento do imposto cobrado pelo Estado de Rondônia é da Autuada, previsão do artigo 121 do Código

Tributário Nacional, onde lê-se que é Sujeito Passivo aquele com relação pessoal com o fato gerador, *in casu*, a Contribuinte, vejamos a citada legislação:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

Pois bem, apesar de insuficiente os argumentos colacionados pela Contribuinte, há de se reconhecer a existência de erro insanável no Auto de Infração, a ausência de designação de fiscalização, analisemos o quadro fático.

A Autuada de fato promoveu a circulação de mercadorias sem recolher o imposto devido, a operação transitou pelo posto fiscal no dia 05/09/2019, motivo pelo qual foi lavrado o Auto de Infração.

Ainda assim, a autuação ocorreu apenas em 13/10/2019, ou seja, sete dias após a passagem pelo Posto Fiscal, descaracterizando o flagrante infracional, para tanto, é exigível designação de autoridade competente, nos termos do artigo 65, V, da Lei 688/96.

Art. 65. O Auditor Fiscal de Tributos Estaduais está impedido de exercer atividade de fiscalização, diligência ou perícia junto a sujeito passivo:

V- sem expressa designação da autoridade administrativa competente, salvo nos casos de flagrante infracional em operações com mercadorias ou bens em trânsito ou em serviços de transporte intermunicipal ou interestadual em andamento.

Neste sentido, compulsando os autos constato que inexistente designação do superior hierárquico competente, logo, é inexigível o crédito tributário apurado, dado que o Fisco deixou de cumprir com previsão expressa da Lei, não pode a autuação fiscal revestida de vício prosseguir.

Por final, apesar da Autuada não lograr apresentar documento que comprove o recolhimento do imposto cobrado, deixando de infirmar o disposto no Auto de Infração, deve o Auto de Infração ser anulado, pois, conforme anteriormente demonstrado, está revestido de vício.

Diante o exposto, voto no seguinte teor.

CONCLUSÃO DO VOTO

Nos termos do Artigo 78, Inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo Tributário – TATE, aprovado pelo Decreto n.º 9.157, de 24 de julho de 2000, por tudo que consta nos autos, conheço do Recurso Voluntário interposto, para ao final dar-lhe provimento, reformando a Decisão de Primeira Instância que julgou **PROCEDENTE** para **NULO** o Auto de Infração, assim, declarando indevido o crédito tributário no valor R\$ 2.822,33.

É como voto.

Porto Velho, 14 de setembro de 2022.

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

PROCESSO : N° 20192906301057
RECURSO : VOLUNTÁRIO N.º 0882/21
RECORRENTE : ELETRICA LUZ COM. DE MAT. ELETRONICOS LTDA - ME
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR : JULGADOR – DYEGO ALVES DE MELO

RELATÓRIO : N° 266/2021/1.ª CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO N° 324/2022/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN.

EMENTA : ICMS – NÃO RECOLHIMENTO DO ICMS/DIFAL – EMENDA CONSTITUCIONAL 87/15 - NULIDADE – O Sujeito Passivo promoveu a circulação de mercadorias para o Município de Machadinho do Oeste destinado a consumidor final não contribuinte sem o recolhimento do ICMS/DIFAL EC 87/2015. As operações transitaram no posto fiscal no dia 05/09/2019 e autuação ocorreu em 13/10/2019, descaracterizando o flagrante infracional. Exigida a designação fiscal do superior hierárquico. Infração ilidida. Reformada a Decisão de Primeira Instância de procedente para nulo. Recurso Voluntário provido. Decisão Unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os membros do **EGRÉGIO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE**, à unanimidade em conhecer do Recurso Voluntário interposto para dar-lhe provimento, reformando a Decisão de Primeira Instância que julgou procedente para **NULO** o auto de infração, conforme Voto do Julgador Relator constante dos autos, que faz parte integrante da presente decisão. Participaram do julgamento os Julgadores: Dyego Alves de Melo, Leonardo Martins Gorayeb, Reinaldo do Nascimento Silva e Augusto Barbosa Vieira Júnior.

TATE, Sala de Sessões, 14 de setembro de 2022.