

PROCESSO : N° 20222906300015 E-PAT 012.430
RECURSO : DE OFÍCIO
RECORRENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA : 2ª INSTÂNCIA/TATE/SEFIN
INTERESSADA : EMPORIUM COM. E SERVIÇOS LTDA
RELATOR : LEONARDO MARTINS GORAYEB
RELATÓRIO : N° 167/2023/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

VOTO

DOS FATOS

Fora lavrado o auto de infração contra o sujeito passivo em epígrafe, promover a saída da mercadoria constante do DANFE vinculado à NFe 6176, emitida em 31/12/2021, destinada a consumidor final não contribuinte, sujeita ao recolhimento do ICMS diferencial de alíquota (DIFAL), por ocasião da saída do bem, na forma das letras "a" a "c" do inciso I da Cláusula segunda do Conv. ICMS 93/2015, sem, no entanto, efetuar referido recolhimento. A infração foi capitulada nos Artigos 273 c/c Art. 270, inciso I, letras "a" a "c"; Art. 275, todos do Anexo X do RICMS/RO (Dec. 22721/18) e EC 87/2015. MULTA: Artigo 77, inciso VII, alínea "b", item 2 da Lei 688/96. Segundo o agente autuante o valor total do crédito tributário é de R\$ TOTAL: R\$ 93.445,80.

O Sujeito Passivo apresenta a sua impugnação inicial suscitando as seguintes teses: Que somente o disposto no artigo 3º da LC 190/2022 já seria suficiente para afastar a cobrança do ICMS ora discutido. Entende que tal cobrança se submete aos princípios da anterioridade do exercício e nonagesimal, posto que DIFAL só foi introduzido no ordenamento jurídico com a edição da LC 190/2022. Também não há dúvidas de que o DIFAL caracteriza a criação de nova exação ou, ainda, nova relação jurídico tributária. Ainda que se entenda que o DIFAL não caracteriza instituição de nova exação ou relação jurídico-tributária, o que se admite apenas para argumentar, visto que o Convênio ICMS nº. 93/2015 foi considerado INCONSTITUCIONAL pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a exigência acarretaria sim na majoração do ICMS incidente nas operações interestaduais destinadas a não contribuintes, visto que Emenda Constitucional nº. 87/2015 QUE ESTÁ EM VIGOR, estabelece o recolhimento apenas, para o Estado de Origem com base na alíquota interestadual, que no caso em tela, para o estado de Rondônia, é de 7% (sete por cento). A autuação tem como base dispositivos declarados inconstitucionais. Assim o auto de infração se encontra na situação de inexistência de força para estabelecer qualquer obrigação tributária além da que já foi devidamente cumprida pela notificada, devendo ser devidamente declarado nulo.

O julgador Singular após analisar a peça defensiva, No caso do DIFAL (diferencial de alíquotas) para não contribuinte inexistente instituição ou aumento de tributo, pois o ICMS nessas operações é aplicada a alíquota interna. Anteriormente à Emenda Constitucional 87/2015 as operações destinadas a não contribuintes tinham tributação integral na origem. Após a Emenda 87/2015 a tributação continua a mesma, com mudanças apenas quanto ao destino do valor arrecadado entre os Estados de origem e destino das operações e prestações. Diante do que foi dito, não prospera a argumentação de que o DIFAL só poderá ser exigido a partir de 2023, inexistindo violação aos princípios

da anterioridade anual e nonagesimal (150, III, “b” e “c”, CF/88). Assim, mesmo não sendo aplicável o princípio da anterioridade nonagesimal pelo mesmo fundamento para a inaplicabilidade da anterioridade do exercício, ou seja, não houve instituição ou aumento de tributo, a cobrança ora guerreada não deve prevalecer. A meu ver houve uma impropriedade na redação da lei ao tratar do prazo de noventa dias como anterioridade nonagesimal (150, III, c, CF/88), em face dos fundamentos acima. Entendo que se trata de *vacatio legis*, porém, em uma situação ou outra, independente da nomenclatura, fica afastada a cobrança do diferencial de alíquotas até o transcorrer desse prazo, por fim julga pela improcedência do auto de infração. Notificada da decisão, não há manifestação nos autos.

DO MÉRITO DO VOTO

No presente caso em análise, tem-se que o sujeito passivo promoveu a saída da mercadoria constante do DANFE vinculado à NFe 6176, emitida em 31/12/2021, destinada a consumidor final não contribuinte, sujeita ao recolhimento do ICMS diferencial de alíquota (DIFAL), por ocasião da saída do bem, na forma das letras "a" a "c" do inciso I da Cláusula segunda do Conv. ICMS 93/2015, sem, no entanto, efetuar referido recolhimento.

Compulsando os autos observa-se que o Julgador Singular após análise da peça defensoria do autuado, entendeu que não deverá prevalecer a ação fiscal, em razão do entendimento do STF.

Da análise do Mérito, este tribunal tem o entendimento que nos casos em que o fato gerar esteja dentro do período da noventena, sendo fixada em decorrência da publicação da Lei Complementar 190/2022, deverá ser afastada tal cobrança, tal entendimento tem amparo legal nas Decisões Proferidas pelo STF, portanto, sendo afastada a cobrança do imposto.

Nesse sentido, entendo que deverá ser mantida a Decisão proferida pelo Douto Julgador Singular de Improcedência da ação fiscal, em respeito ao Princípio nonagesimal.

III - DO VOTO- CONCLUSÃO

Este Relator, conhece do presente Recurso de Ofício para negar-lhe provimento, no sentido de que seja mantida a Decisão de 1ª Instância pela Improcedência da ação fiscal.

Porto Velho-RO, 05 de Junho de 2023.

LEONARDO MARTINS GORAYEB

CONSELHEIRO DA 1ª CAMARA DE JULGAMENTO DE 2ª INSTÂNCIA

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

PROCESSO : Nº 20222906300015 E-PAT 012.430
RECURSO : DE OFÍCIO Nº 012.430
RECORRENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRID : EMPORIUM COM. E SERVIÇOS LTDA
RELATOR : JULGADOR – LEONARDO MARTINS GORAYEB

RELATÓRIO : Nº 0167/2023/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN.

ACÓRDÃO Nº 0158/2023/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

EMENTA : ICMS/MULTA – EC 87/15 - DEIXAR DE RECOLHER O DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DE MERCADORIA DESTINADA A CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE - INOCORRÊNCIA – A acusação nos autos é de que o sujeito passivo promoveu a saída de mercadoria com destino a consumidor final não contribuinte, deixando de recolher o diferencial de alíquota. Afastada a cobrança do imposto em razão da noventena fixada pela LC 190/2022. Infração ilidida. Recurso de Ofício desprovido. Mantida a decisão singular de improcedência. Decisão Unânime entre os votantes.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os membros do **EGRÉGIO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE**, à unanimidade em conhecer do recurso interposto para negar-lhe provimento, mantendo a decisão de Primeira Instância que julgou **IMPROCEDENTE** o auto de infração, conforme Voto do Julgador Leonardo Martins Gorayeb, acompanhado pelos julgadores Dyego Alves de Melo, Renato Furlan e Nivaldo João Furini.

TATE, Sala de Sessões, 05 de junho de 2023.