

PROCESSO : N° 20222906300132 E-PAT 014.959
RECURSO : DE OFÍCIO
RECORRENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA : 2ª INSTÂNCIA/TATE/SEFIN
INTERESSADA : DATEN TECNOLOGIA LTDA.
RELATOR : LEONARDO MARTINS GORAYEB
RELATÓRIO : N° 164/2023/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

VOTO

DOS FATOS

Fora lavrado o auto de infração contra o sujeito passivo em epígrafe, por promover a saída de mercadoria com destino a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado nesta unidade federada, sem comprovação do pagamento do ICMS-Diferencial de Alíquota antecipadamente à operação. Cálculo do ICMS: $1.023.000,00 \times 5,5\% = 56.265,00$. A infração foi capitulada nos Artigos 269; Art. 270, I, "c", Art. 273, Art 275, tudo do Anexo X do RICMS/RO aprovado pelo Dec. 22721/18. 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\$ 106.903,50.

O Sujeito Passivo apresenta a sua impugnação inicial suscitando as seguintes teses: Que a EC 87/2015 instituiu a cobrança do DIFAL -Diferencial de alíquotas para as operações destinadas a consumidor final contribuinte ou não do ICMS, em decorrência foi editado o Convênio ICMS 93/2015 com disposições sobre os procedimentos serem observados nas operações que destinem bem e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS que esteja localizado em outra unidade da federação. O STF considerou inconstitucionais as cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do referido convênio por invasão de competência de lei complementar, com modulação efeitos a partir de 2022. Que a despeito da LC 190/2022 editada em janeiro determinar a produção de efeitos para 90 dias da sua publicação, só poderá ser exigido em janeiro de 2023, em respeito ao princípio da anterioridade do exercício (art. 150, III, b, da CF/88). Por fim, Requer a improcedência do auto de infração, por ser inequívoca a inexistência da infração apontada, uma vez que o ICMS-DIFAL somente deve ser exigido a partir de 1º de janeiro de 2023.

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. O que há na verdade, é mudança na partilha do ICMS entre o Estado de origem e o Estado de destino, que antes pertencia em sua totalidade ao Estado de origem da mercadoria. 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 de mercadoria com destino a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado nesta unidade federada, sem comprovação do pagamento do ICMS-Diferencial de Alíquota antecipadamente à operação.

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.

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 20222906300132 E-PAT 014.959
RECURSO : DE OFÍCIO Nº 014.959
RECORRENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRID : DATEN TECNOLOGIA LTDA
RELATOR : JULGADOR – LEONARDO MARTINS GORAYEB

RELATÓRIO : Nº 164/2023/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN.

ACÓRDÃO Nº 0159/2023/1ª 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.

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.