PROCESSO: 20222906300212
RECURSO: VOLUNTÁRIO N.º 276/2022
RECORRENTE: DFG - BRASIL SOLUCOES INTEGRADAS SPE LTDA
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR: DYEGO ALVES DE MELO
RELATÓRIO: N.º 0180/23/2ª INSTÂNCIA/TATE/SEFIN

1.0 RELATÓRIO

1.1 Do Auto de Infração.

Trata-se de Processo Administrativo Tributário com a seguinte Descrição da Infração:

“O Sujeito Passivo promoveu a circulação de mercadorias alcançada pelo Conv. ICMS 236/2021 das letras "a" a "c" do Inciso I da Cláusula segunda, 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 do 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 NFes nº128 emitida em 20/04/2022 em operação sob fiscalização conjunta com o Fisco de Origem. Base de Cálculo: R\$ 402.768,00 x 10,5% = R\$ 42.290,64”

A infração tem por Capitulação Legal os artigos 273 c/c Art. 270, inciso I, letra "a", "b" e "c" e 275 todos do Anexo X do RICMS/RO DEC. 22721/18 e EC 87/2015. CONV. 236/2021. A multa é a prevista no artigo 77, VII, "b", 2, da Lei 688/96, culminou no crédito tributário total no valor de R\$80.352,21.

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

VII - infrações relacionadas às operações com mercadorias ou bens ou, ainda, aos casos de prestações de serviços:

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

2. do valor do imposto, por promover a saída de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto antecipadamente à operação, sem a comprovação do pagamento na forma da legislação tributária;

1.2 Síntese do Processo Administrativo Tributário – PAT.

Auto de infração lavrado em flagrante na data de 29/04/2022, ciência do sujeito passivo na data de 24/05/2022 (págs. 01 e 13).

Defesa juntada nos autos na data de 23/06/2022, o sujeito passivo sustenta as seguintes teses de defesa:

1. Discorre acerca da cobrança do ICMS DIFAL, das alterações legislativas promovidas pela EC 87/15. Enfatiza o teor do julgamento do REsp 1287019, com repercussão geral (Tema 1093) e da ADI 5469, na qual o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da cobrança do imposto nas operações interestaduais destinadas a não contribuintes, quando ausente a presença de Lei Complementar. Narra a modulação dos efeitos da decisão a partir do exercício de 2022, que permaneceu autorizada a cobrança até 31/12/2021, e que, a partir de então, a cobrança só poderia ocorrer mediante regulamentação de Lei Complementar.

2. Que a LC 190/2022, que regulamenta a cobrança do DIFAL foi publicada em 04/01/2022, impossibilitando a exigência do tributo em razão do princípio da anterioridade noventena e anual, artigo 150, III, “b” e “c”, da CF.

3. Sustenta que a LC 190/2022 introduziu nova hipótese de incidência tributária, conforme reconhecido no Tema 1093 do Supremo Tribunal Federal, cita trechos do julgado, com destaque nas passagens “criou uma nova relação jurídico-tributária” e “substancial alteração na sujeição ativa da obrigação tributária”, entende obrigatória a aplicação do princípio da anterioridade anual.

4. Narra que o Convênio CONFAZ 236/2021 não possui condão de legitimar a cobrança do DIFAL ICMS, que não foi respeitado o fluxo de

positivação, não tendo o Estado de Rondônia editado Lei Estadual que permita a cobrança.

5. Disserta acerca do caráter confiscatório do valor da multa aplicada, em violação ao artigo 150, IV, da CF. Cita julgados do TJ SP e do Supremo Tribunal Federal (págs. 24 a 51).

Em Primeira Instância, foi proferida a Decisão Procedente n.º 2022/01/482/TATE/SEFIN. Reconhece a aplicação do princípio da anterioridade noventena, contudo, esclarece que não se adequa ao caso, pois a nota fiscal objeto do auto de infração foi emitida em 20/04/2022, posterior ao prazo de 90 a partir da publicação da LC 190/2022, tornando assim válida a cobrança do imposto. Rechaça a aplicação do princípio da anterioridade anual em relação a LC 190/2022 e ao DIFAL. Acerca da ausência da previsão legislativa do Estado de Rondônia, destaca da previsão da cobrança do ICMS DIFAL na Lei 688/96, artigo 2.º, parágrafo único, VI. Demonstra que no caso, a multa corresponde a 90% do valor do imposto atualizado, e que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que está configurada como confiscatória a multa de 100% do valor do imposto. Ao final, julgou totalmente procedente o auto de infração e declarou devido o crédito tributário (págs. 53 a 57).

Apresentou Recurso Voluntário na data de 31/10/2022, reafirma as teses de defesa anteriormente arguidas (págs. 58 a 74).

Saneados os autos, foram remetidos para análise do Recurso Voluntário (pág. 75).

É o relatório.

2.0 DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Sujeito passivo foi autuado por promover a circulação de mercadorias sujeitas ao Convênio 236/2021, para destinatário não

contribuinte do ICMS, sem apresentar o comprovante de recolhimento do ICMS-DIFAL devido ao Estado de Rondônia.

O autor capitulou a infração nos artigos 273 c/c Art. 270, inciso I, letra "a", "b" e "c" e 275 todos do Anexo X do RICMS/RO DEC. 22721/18 e EC 87/2015. CONV. 236/2021.

Art. 273. O recolhimento do imposto a que se refere a alínea "c" dos incisos I e II do art. 270 deve ser efetuado por meio da GNRE ou DARE, por ocasião da saída da mercadoria ou do bem ou do início da prestação de serviço, em relação a cada operação ou prestação. (Convênio ICMS 236/21, cláusula quinta)

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:

a) utilizar a alíquota interna prevista no Estado de Rondônia, para calcular o ICMS total devido na operação;

b) utilizar a alíquota interestadual prevista para a operação, para o cálculo do imposto devido à unidade federada de origem;

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. 275. O contribuinte do imposto de que trata a alínea "c" dos incisos I e II do art. 270, situado na unidade federada de origem, deve observar a legislação rondoniense. (Convênio ICMS 236/21, cláusula sétima)

2.1 – Análise dos autos.

1. Discorre acerca da cobrança do ICMS DIFAL, das alterações legislativas promovidas pela EC 87/15. Enfatiza o teor do julgamento do REsp 1287019, com repercussão geral (Tema 1093) e da ADI 5469, na qual o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da cobrança do imposto nas operações interestaduais destinadas a não contribuintes, quando ausente a presença de Lei Complementar. Narra a modulação dos efeitos da decisão a partir do exercício de 2022, que permaneceu autorizada a cobrança até 31/12/2021, e que, a partir de

então, a cobrança só poderia ocorrer mediante regulamentação de Lei Complementar.

2. Que a LC 190/2022, que regulamenta a cobrança do DIFAL foi publicada em 04/01/2022, impossibilitando a exigência do tributo em razão do princípio da anterioridade noventena e anual, artigo 150, III, “b” e “c”, da CF.

3. Sustenta que a LC 190/2022 introduziu nova hipótese de incidência tributária, conforme reconhecido no Tema 1093 do Supremo Tribunal Federal, cita trechos do julgado, com destaque nas passagens “criou uma nova relação jurídico-tributária” e “substancial alteração na sujeição ativa da obrigação tributária”, entende obrigatória a aplicação do princípio da anterioridade anual.

É aplicável à LC 190/2022, o princípio da anterioridade noventena, por força da disposição do artigo 150, III, “c”, da Constituição Federal.

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

III – cobrar tributos:

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;

Contudo, o caso não se exaure neste ponto.

A publicação da LC 190/2022 foi realizada no Diário Oficial da União na data de 05/01/2022, logo, respeitado o prazo de 90 dias previsto na Constituição Federal, seus efeitos iniciam a partir do dia 05/04/2022.

O auto de infração persegue a Nota Fiscal n.º 128 (pág. 03), emitida na data de 20/04/2022, 15 dias após o início dos efeitos da LC 190/2022, razão pela qual o princípio da anterioridade noventena não prejudica o crédito tributário exigido no AI.

Ao princípio da anterioridade anual, previsto no artigo 105, III, “b”, da CF, o qual dispõe que é vedado a cobrança do tributo no exercício financeiro que foi publicada a lei que o instituiu ou majorou, não é aplicável ao caso em apreço.

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

III – cobrar tributos:

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

A LC 190/2022 alterou disposições da LC 87/96 (Lei Kandir), para regulamentar a cobrança do ICMS DIFAL no âmbito das operações interestaduais destinadas ao consumidor final não contribuinte. Trata-se da criação de uma nova/atualização da relação jurídico-tributária da incidência do ICMS.

Ainda assim, a legislação constitucional é incisiva ao enunciar que é vedada a cobrança do tributo no exercício em que tenha sido publicada a lei que o instituiu ou aumentou, a LC 190/2022 não se ocupa da criação de novo imposto ou da majoração da carga tributária, foi elaborada para garantir melhor equidade na distribuição do imposto do ICMS entre os Estados, medida impositiva em razão do contínuo crescimento do mercado de vendas online, que beneficiava um estado em detrimento do outro quanto a incidência do ICMS-DIFAL.

Portanto, não há que se falar na incidência do princípio da anterioridade anual.

4. Narra que o Convênio CONFAZ 236/2021 não possui condão de legitimar a cobrança do DIFAL ICMS, que não foi respeitado o fluxo de positivação, não tendo o Estado de Rondônia editado Lei Estadual que permita a cobrança.

5. Disserta acerca do caráter confiscatório do valor da multa aplicada, em violação ao artigo 150, IV, da CF. Cita julgados do TJ SP e do Supremo Tribunal Federal.

A incidência do imposto cobrado no auto de infração está descrita expressamente no artigo 2.º, parágrafo único, VI, da Lei 688/96, sendo assim, não há que se falar na ausência de norma que discipline sobre a cobrança do imposto.

Art. 2º O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS, de competência dos Estados, incide sobre:

Parágrafo único. O imposto incide também:

VI- nas operações e prestações iniciadas em outra unidade da Federação que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do imposto localizado neste Estado, observado o disposto no inciso VIII do artigo 12.

Quanto à aplicação da norma e ante o suposto aspecto confiscatório do valor da multa aplicado, temos que extrapola a competência deste Tribunal Administrativo acatar o pleito do sujeito passivo, sob pena de incorrer na negativa da aplicação da lei emanada do Governo do Estado de Rondônia, o que é vedado pelo artigo 14, §2.º, II, do Anexo XII, do RICMS/RO.

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)

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

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.

Ao final, destaco que o sujeito passivo não apresentou prova do integral e tempestivo recolhimento do imposto ICMS-DIFAL referente a Nota Fiscal n.º 128 na forma da legislação, razão pela qual impõe-se a

procedência do auto de infração. Restou comprovado que o sujeito passivo deixou de recolher o ICMS-DIFAL devido das operações destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS.

Diante o exposto, voto no seguinte teor.

3.0 CONCLUSÃO DO VOTO

Nos termos do artigo 78, 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 negar-lhe provimento, mantendo a Decisão de Primeira Instância que julgou **PROCEDENTE** a ação fiscal, assim, declaro **DEVIDO** o crédito tributário no valor total de R\$80.352,21.

É como voto.

DYEGO ALVES DE
MELO:048555124
19

Assinado de forma digital
por DYEGO ALVES DE
MELO:04855512419
Dados: 2023.10.21
20:45:41 -04'00'

Porto Velho/RO, 19 de junho de 2023.

DYEGO ALVES DE MELO
Relator/Julgador

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

PROCESSO : N° 20222906300212
RECURSO : VOLUNTÁRIO N.º 276/2022
RECORRENTE : DFG – BRASIL SOLUCOES INTREGRADAS SPE LTDA
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR : JULGADOR – DYEGO ALVES DE MELO

RELATÓRIO : N° 0180/2023/1.ª CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO N° 0170/2023/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

EMENTA : **ICMS/MULTA – PROMOVER A CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS SUJEITAS AO CONVÊNIO 236/2021 PARA DESTINATÁRIO NÃO CONTRIBUINTE DO ICMS – NÃO APRESENTAÇÃO COMPROVANTE DE RECOLHIMENTO – OCORRÊNCIA** – Restou comprovado que o sujeito passivo deixou de recolher o ICMS Diferencial de Alíquota devido quando a operação é destinada a consumidor final não contribuinte do ICMS. Aplicação da anterioridade noventena, que não prejudica a cobrança do crédito tributário, eis que a Nota Fiscal objeto da autuação foi emitida em 20/04/2022, após início dos efeitos da LC 190/2022. Inaplicabilidade do princípio da anterioridade anual, pois a LC 190/2022 não instituiu ou majorou imposto. Infração Não Ilidida. Auto de Infração Procedente. Recurso Voluntário desprovido. Mantida a Decisão de Primeira Instância. 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 **PROCEDENTE** a ação fiscal, conforme Voto do Julgador Relator Dyego Alves de Melo acompanhado pelos julgadores Leonardo Martins Gorayeb, Reinaldo do Nascimento Silva. Impedido o Julgador Renato Furlan, por ser o Julgador de Primeira Instância.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINAL/PROCEDENTE

DATA DO LANÇAMENTO 29/04/2022: R\$ 80.352,21

***CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVE SER ATUALIZADO NA DATA DO SEU EFETIVO PAGAMENTO.**

TATE, Sala de Sessões, 19 de junho de 2023,