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

PAT: 20222910400009 – E-PAT n. 018.284

RECURSO: VOLUNTÁRIO Nº 04/2023

RECORRENTE: SYNAPCOM COMERCIO ELETRONICO LTDA

RECORRIDA: 2ª INSTÂNCIA/TATE/SEFIN/FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

RELATOR: JUAREZ BARRETO MACEDO JÚNIOR

RELATÓRIO Nº: 0180/23/2ªCÂMARA/TATE/SEFIN

VOTO DO RELATOR

O Sujeito Passivo acima identificado promoveu a venda de mercadorias através dos DANFES nºs 001978456 e 001987473, destinadas à consumidor final situado neste Estado, sem providenciar o recolhimento do ICMS do diferencial de alíquotas devido ao Estado consumidor. A EC 87/15 dispõe que caberá ao Estado do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota do Estado destinatário e a alíquota interestadual quando destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS. OBS: Utilizados os valores informados no documento fiscal.

A infração foi capitulada no art. 74-A, Art. 74-B, Inc. I, art. 74-D e art. 74-J, todos do RICMS-RO e EC 87/2015 e Convênio ICMS nº 93/2015. A penalidade foi tipificada no artigo 77, inciso IV, “a”, item 1, da Lei nº 688/96. PERÍODO FISCALIZADO: 06/07/2022 a 06/07/2022.

O crédito tributário está assim constituído:

Tributo ICMS	R\$ 1.412,79
Multa de 90% - Valor do imposto	R\$ 1.271,51
Juros	R\$ 0,00
Atualização Monetária	R\$ 0,00
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 2.684,30

O sujeito passivo foi notificado por AR, no dia 28.07.2022, fl. 10, apresentando defesa tempestiva conforme documentos juntados ao E-PAT.

A defesa foi apresentada de forma tempestiva.

2 - DAS ARGUIÇÕES DA DEFESA

A defesa alega inconstitucionalidade da cobrança do ICMS diferencial de alíquotas no ano de 2022, por inobservância nos princípios da anterioridade nonagesimal e anual. A edição da LC 190 que viabilizou a cobrança do ICMS nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto foi sancionada somente em 04.01.2022.

A Impugnante impetrou Mandado de Segurança, distribuído sob o n.º 7005159-41.2022.8.22.0001 (doc. 04), perante a 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Porto Velho/RO, visando justamente o afastamento da exigência de ICMS DIFAL e do Adicional ao FECP.

Que realizou depósitos judiciais nos autos da referida ação mandamental, a título de tais tributos, visando a suspensão da exigibilidade dos valores, a teor do art. 151, inciso II do CTN. (doc. 05).

É certa a insubsistência da cobrança perseguida pela Autoridade Fiscal, tendo em vista que conforme brevemente explicitado, o crédito tributário exequendo encontra-se integralmente depositado no bojo de ação judicial, de modo que os valores em cobrança não se mostram passíveis de serem exigidos na forma pretendida pelo Fisco, porquanto plenamente vigente causa suspensiva da exigibilidade (artigo 151, II do CTN), não havendo que se falar no cometimento de qualquer infração por parte da Impugnante que pudesse justificar a manutenção do Auto de Infração ora combatido.

Argumenta pela necessária observância dos princípios da anterioridade de exercício e da anterioridade nonagesimal, previstos no artigo 150, III, “b” e “c” da CF/88.

A impossibilidade de cobrança do ICMS DIFAL no exercício de 2022 – Lei Complementar n.º 190, de 4 de janeiro de 2022: a necessária observância dos princípios da anterioridade de exercício e da anterioridade nonagesimal, previstos no artigo 150, III, “b” e “c” da CF/88.

Que a declaração de inconstitucionalidade do Conv. 93/2015, que regulamentava a cobrança do DIFAL pelos estados (ADI 5469), por ausência de Lei Complementar, modulou seus efeitos, ficando as cláusulas vigentes até 31.12.2021.

A lei foi sancionada pelo Presidente da República no dia 01.01.2022. Desse modo, devem ser respeitados os princípios da anterioridade de exercício e da anterioridade nonagesimal. Caso se entenda que a Lei Complementar n.º 190/2022 não teve o condão de instituir a cobrança tributária de ICMS DIFAL e respectivo FECP, torna-se imperativa, portanto, a necessidade de edição de Lei Estadual posterior a vigência da referida lei complementar instituindo a cobrança tributária, que, por seu turno, deve observar, de igual forma, o princípio da anterioridade (nonagesimal e de exercício).

Diante do exposto, requer a improcedência do auto de infração. Ou subsidiariamente, o não cabimento da Multa de 90% sobre valores que ainda são objeto de discussão judicial e se encontram devidamente depositados em juízo.

DESPACHO Nº. 1375/2022

Atestando que o auto foi saneado e está apto a prosseguir para análise por este Tribunal Administrativo.

Submetido a julgamento em primeira instância o douto Julgador Monocrático julgou PROCENTE o Auto de Infração, conforme se depreende da r. DECISAO Nº 2022/1/857/UJ/TATE/SEFIN, e declarou **DEVIDO** o crédito tributário no valor R\$ 2.684,30 (Dois mil, seiscentos e oitenta e quatro reais e trinta centavos).

DESPACHO N. 4/2022

Para manifestação do auto do feito, entretanto, o atuante ficou-se inerte.

Noutro norte, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário aduzindo em suma basicamente as mesmas teses já alegadas em sede de impugnação. Portanto, deixo de reproduzi-las.

É o breve relatório.

3 – FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Consta que o sujeito passivo não recolheu o ICMS-DA devido em operação destinada a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado no Estado de Rondônia. Ação fiscal desencadeada no posto fiscal de Vilhena.

A impugnante alegou inobservância aos princípios da anterioridade nonagesimal e anual. É que o STF declarou inconstitucional a cobrança do DIFAL sem a edição de lei complementar (ADI 5469 e RE 1.287.019). A edição da LC 190 que regulamentou a cobrança do ICMS nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto, bem como formalizou a instituição e exigência desse novo formato exacional foi sancionada somente em 04.01.2022.

CF/88

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; 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;

Destarte, tais princípios são proteções ao contribuinte evitando que seja surpreendido pela cobrança de um tributo sem que transcorra um determinado tempo, para que este se planeje para suportar o ônus.

Pois bem. O douto julgador singular assim se pronunciou quanto a matéria:

“...No caso do DIFAL (diferencial de alíquotas) para não contribuinte inexistente instituição ou aumento de tributo, pois 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.

Portanto, não prospera a argumentação de que o DIFAL só poderá ser exigido a partir de 2023, inexistindo violação ao princípio da anterioridade anual. (150, III, “b” CF/88).

Em relação ao prazo nonagesimal, aplicam-se os mesmos fundamentos da anterioridade anual. Apesar da redação da lei tratar do prazo de noventa dias como anterioridade nonagesimal (150, III, c, CF/88), 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.

O depósito integral do crédito tributário reclamado suspende a sua exigibilidade enquanto se discute a sua validade ou não, seja em sede administrativa ou judicial, mas não impede o fisco de apurar possíveis irregularidades em suas operações. No caso em discussão, a autuação ocorreu pela falta de recolhimento do ICMS na saída do estabelecimento do sujeito passivo (art. 270, I, C do Anexo X RICMS).

Menciona-se que o Mandado de Segurança, distribuído sob o n.º 7005159-41.2022.8.22.0001 (doc. 04), teve decisão contrária ao sujeito passivo no que tange ao pedido de impedir a cobrança do ICMS até 31.12.2022, porém, favorável a que a cobrança só ocorra 90 dias após a entrada em

vigor da Lei Complementar 190/2022.

Reproduz-se parte da decisão:

“Por todo o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE A SEGURANÇA para determinar que o impetrado se abstenha de: a) cobrar o ICMS-DIFAL de consumidor final não contribuinte, antes do período de 90 dias de vacatio legis previsto no art. 3º da LC 190/2022; b) praticar qualquer ato sancionatório (lavrar auto de infração, inscrição em cadastro restritivo, promover execução fiscal, negar expedição de certidão de regularidade fiscal, cancelar inscrições estaduais, revogar/indeferir concessão de regimes especiais) relativo a esse tributo, no período do item anterior e; c) realizar a apreensão de mercadorias da Impetrante, quando transitarem nos postos de fiscalização do Estado, utilizando-se a apreensão como condição da exigibilidade do tributo (ICMS-DIFAL)”.

Sobre a necessidade de edição de Lei Estadual posterior a vigência da Lei 190/2022, a orientação da Corte Suprema é que as leis dos Estados e Distrito Federal editadas após a EC 87/2015 que preveem o ICMS diferencial de alíquotas para consumidor final não contribuintes são válidas, mas a produção de efeitos só ocorre após Lei Complementar Federal dispor sobre o assunto, no caso, a LC 190/2022. O Estado de Rondônia editou a Lei 3.699/2015, portanto, desnecessária nova Lei para que a cobrança do DIFAL seja efetuada.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.287.019 DISTRITO FEDERAL E, aplicando à presente discussão a orientação da Corte prevalecente no RE nº 917.950/SP-AgR e no RE nº 1.221.330/SP, Tema nº 1.094, julgo que as leis estaduais ou do Distrito Federal editadas após a EC 87/15 que preveem o ICMS correspondente ao diferencial de alíquotas nas operações ou prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do imposto são válidas, mas não produzem efeitos enquanto não for editada lei complementar dispoendo sobre o assunto.

Nesse mesmo sentido é a decisão do juízo no Mandado de Segurança 7005159-41.2022.8.22.0001, impetrado pelo sujeito passivo. Reproduz-se:

“Outro ponto a destacar diz respeito à validade da Lei Estadual nº 3.699/2015. É certo que no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.287.019 (Tema 1093), com repercussão geral, e da ADI nº 5469/DF, o e. Supremo Tribunal Federal (STF) reiterou o entendimento firmado no Tema nº 1.094 de repercussão geral, no julgamento do RE nº 1.221.330/SP, para considerar válidas as leis estaduais que preveem o ICMS correspondente ao diferencial de alíquotas nas operações ou prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte existentes antes da Lei Complementar, no entanto, ficou asseverado que os efeitos das leis estaduais só seriam produzidos após a edição da lei complementar, conforme trecho do voto do Excelentíssimo Ministro Dias Toffoli, a seguir transcrito:

“E, aplicando à presente discussão a orientação da Corte prevalecente no RE nº 917.950/SP-AgR e no RE nº 1.221.330/SP, Tema nº 1.094, julgo que as leis estaduais ou do Distrito Federal editadas após a EC 87/15 que preveem o ICMS correspondente ao diferencial de alíquotas nas operações ou prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do imposto são válidas, mas não produzem efeitos enquanto não for editada lei complementar dispoendo sobre o assunto.”

Assim, considerando que no âmbito do Estado de Rondônia a matéria é regulada pela Lei Estadual n. 3.699/2015, não há que se falar em necessidade de edição de nova lei para instituição do DIFAL, já que inexistente incompatibilidade, inadequação ou conflito entre as normas da Lei Estadual nº 3.699/2015 e a LC nº 190/2022.

Frise-se, a Lei Estadual 3.699/2015 é plenamente válida, no entanto, seus efeitos só iniciaram a partir da publicação da Lei Complementar 190/2022, conforme entendimento firmado pelo e. Supremo Tribunal Federal.

Verifico que estão presentes os requisitos do Auto de Infração nos termos do art. 100 da Lei 688/96.

Destarte, restou configurada a falta de recolhimento do ICMS DIFAL. Portanto, a autuação está correta, posto que foi obedecido o período nonagesimal garantido por decisão do STF. Soma-se ao fato que não há decisão judicial consolidada impedindo a cobrança do DIFAL em 2022, desde que obedecido o prazo nonagesimal, o que foi atendido pelo auto em análise.

Frise-se, há nos autos depósito judicial que precede a lavratura do auto de infração que tem o condão de excluir multas, juros e atualização monetária. Nesse sentido, com fulcro no inciso I do Enunciado 008/TATE/CRE/SEFIN, faço as devidas exclusões formando-se novo crédito tributário, conforme se vê a abaixo:

Tributo ICMS	R\$ 1.412,79
Multa de 90% - Valor do imposto	R\$ 0,00
Juros	R\$ 0,00
Atualização Monetária	R\$ 0,00
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 1.412,79

Ante todo o exposto, conheço do Recurso Voluntário, para ao final dar-lhe provimento, no sentido de reformar a decisão singular que julgou PROCEDENTE para PARCIAL PROCEDÊNCIA o Auto de Infração e declarar DEVIDO o crédito tributário no valor de R\$ 1.412,79, devendo o mesmo ser atualizado até a data do pagamento.

É como Voto!

JUAREZ BARRETO MACEDO
JUNIOR:

JUAREZ BARRETO MACEDO JÚNIOR
Julgador/Relator da 2ª INSTÂNCIA/TATE/SEFIN

Porto Velho, 11 de julho de 2023.

Assinado de forma digital por JUAREZ BARRETO
MACEDO JUNIOR
Dados: 2023.10.17 11:59:16 -04'00'

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

PROCESSO : Nº 20222910400009 - E-PAT n. 018.284
RECURSO : VOLUNTÁRIO Nº 04/2023
RECORRENTE : SYNAPCOM COMERCIO ELETRONICO LTDA
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR : JUAREZ BARRETO MACEDO JUNIOR

RELATÓRIO : Nº 0180/2023/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO Nº 0181/2023/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN

EMENTA : IMPOSTO E MULTA – DEIXAR DE RECOLHER O ICMS (DIFAL) – OPERAÇÃO INTERESTADUAL DESTINADA A CONSUMIDOR FINAL LOCALIZADO EM RONDÔNIA - OCORRÊNCIA. O sujeito passivo, com sede no município de Cajamar - SP, vendeu mercadorias através dos DANFEs nºs 001978456 e 001987473, destinados a consumidor final domiciliado em Rondônia, não contribuinte do ICMS; hipótese que, em razão da Emenda Constitucional nº 87/15 do convênio ICMS 93/15 e da modulação de efeitos dada pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões da ADI 5469 e RE 1287018, impõe a ele a responsabilidade pelo pagamento do ICMS (DIFAL) a Rondônia. Restou comprovada a ausência de recolhimento, configurando-se a ocorrência de infração à legislação tributária. Entretanto, em razão do Depósito Judicial integral, ter sido realizado antes da ciência do auto de infração, afasta-se a multa, nos termos do Enunciado 008/TATE/SEFIN. Infração fiscal parcialmente ilidida. Reformada a decisão singular que julgou procedente para parcial procedente o auto de infração. Recurso Voluntário parcialmente 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 interposto para dar-lhe parcial provimento, reformando-se a decisão de Primeira Instância que julgou procedente para **PARCIAL PROCEDENTE** o auto de infração, conforme voto do julgador relator Juarez Barreto Macedo Junior, acompanhado dos Julgadores Rudimar Jose Volkweis , Manoel Ribeiro de Matos e Roberto Valladão Almeida de Carvalho.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO
R\$ 2.684,30 – 06/07/2022

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

*CRÉDITO TRIBUTÁRIO PROCEDENTE
*R\$ 1.412,79

TATE, Sala de Sessões, 11 de julho de 2023.

~~Anderson Aparecido Arnaut~~
Presidente

~~Juarez Barreto Macedo Junior~~
Julgador/Relator