

PROCESSO : 20212906300171
RECURSO : VOLUNTÁRIO E-PAT 003.352
RECORRENTE : BR MACHINE LOCACOES LTDA
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
JULGADOR : AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA
RELATÓRIO : Nº 011/2023/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

02 - VOTO DO RELATOR

O Auto de Infração foi lavrado, no dia 22/02/2021, em razão de o sujeito passivo ter promovido circulação de mercadorias destinadas a consumidor final não contribuinte em Rondônia, sem apresentar o recolhimento do ICMS devido. Diante disso, foi cobrado imposto devido e aplicada a multa de 90% (noventa por cento) 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 – a penalidade prevista no artigo 77, IV, “a”, item 1, da Lei 688/96.

O sujeito passivo foi notificado da autuação por via postal, em 23/03/2021, apresentou peça defensiva tempestivamente alegando que o Convênio ICMS 93/15 é inconstitucional por que essa matéria conforme a decisão do STF (RE 1287019 e a ADI 5469), deve ser disciplinada por Lei Complementar, nos termos do art. 146 da CF/88, acrescenta que mesmo que o STF tenha modulado os efeitos para 2022, tal cobrança não pode ser feita porque a norma por ser inconstitucional é nula desde a origem. Ao final, requer a improcedência da ação fiscal.

Submetido a julgamento de 1ª Instância, o julgador singular após analisar os autos e a peça impugnativa, afastou a preliminar, por não ter havido prejuízo ao exercício da ampla defesa, e, no mérito, por está comprovado que houve a remessa de mercadoria consumidor final não contribuinte, sem o pagamento do ICMS devido, decidiu pela procedência da ação fiscal.

A empresa foi notificada da decisão singular por aviso postal, com ciência em 20/10/2021, que discordando da decisão interpôs Recurso Voluntário com as mesmas teses já apresentadas na impugnação, acrescentando que a decisão reconheceu omissão no lançamento. Ao final, requer a reforma da decisão monocrática, com a improcedência do Auto de Infração.

É o breve relato.

02.1- Da análise dos autos e fundamentos do voto.

A exigência tributária decorreu do fato de o sujeito passivo ter promovido circulação de mercadorias destinadas a consumidor final não contribuinte em Rondônia, sem apresentar o recolhimento do ICMS devido.

O dispositivo da penalidade indicado (art. 77, IV, “a”, item 1, da Lei 688/96), determina a aplicação da multa de 90% (noventa por cento) 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.

Do que consta nos autos, restou comprovado que a empresa realizou venda de mercadoria para não contribuinte estabelecido em Rondônia e que não recolheu o diferencial de alíquota sobre essa operação. A questão controvertida ficou sobre uma possível omissão no cálculo do imposto e pela possibilidade, ou não, de ocorrer o lançamento de imposto, diante da necessidade de a matéria ser regulamentada por lei complementar, o que tornou o Convênio ICMS 93/2015 inconstitucional.

Essa situação (responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual), foi definida pela Constituição quando o Congresso Nacional editou a EC 87/2015. Essa Emenda estabeleceu que, na remessa interestadual de mercadorias destinadas a consumidor final, caberá ao Estado, de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual, atribuindo a responsabilidade ao remetente pelo recolhimento do imposto, quando o destinatário não for contribuinte de ICMS, o que ocorreu no caso em análise (Art. 155, § 2º, incisos VII e VIII, da CF/88).

Para regulamentar o dispositivo constitucional, o CONFAZ editou o Convênio ICMS 93/2015, que definiu os procedimentos a serem observados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada. Tal norma estabeleceu que recolhimento do imposto deve ser efetuado por ocasião da saída do bem/mercadorias, em relação a cada operação.

Assim, consoante as regras estabelecidas pela Constituição Federal e disciplinada pelo Convênio ICMS 93/2015, o imposto é devido e a

responsabilidade pelo pagamento é do remetente da mercadoria, ou seja, no presente caso da empresa autuada.

No que diz respeito à preliminar de nulidade suscitada, de omissão quanta ao cálculo do imposto, cumpre destacar que, na descrição da infração, a Autoridade indicou que a infração “Trata-se da NFe DANFE nº 5005, emitidas em 15/02/2021, anexa, sob fiscalização conjunta com o Fisco de Origem. Base de Cálculo (=) R\$80.000,00, diferencial de alíquota (=) R\$10.800,00. Base de Cálculo da Multa 90% do imposto (=) R\$9.720,00,” não existindo qualquer omissão, quanto a esse ponto. Além disso, citou o dispositivo legal que define a infração cometida e comina a penalidade aplicada, não existindo sobre esse ponto. Ou seja, o procedimento fiscal atendeu o disposto legal e a empresa compreendeu a infração, pois a impugnou em defesa, não existindo nenhum prejuízo, motivo pelo qual rejeita-se a preliminar suscitada, mantendo-se o que foi decidido em primeira instância.

Com relação à alegação de que o Convênio 93/2015 tratar de regra nula, por ter sido declarado inconstitucional pelo STF (RE 1287019 e a ADI 5469), frisa-se que o STF, ao julgar essa ação, declarou a inconstitucionalidade formal do Convênio, porém, modulou os efeitos para a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento, ou seja, para o ano de 2022. Logo, a norma que embasa o lançamento (Convênio 93/2015) ainda que considerada inconstitucional, pela modulação de seus efeitos, estava vigente na data do lançamento, que se deu em 22/02/2021.

No que se refere à tese de que a multa aplicada é confiscatória, contrariando a jurisprudência do STF, esclarece-se que além de a multa aplicada ser a prevista na lei, por deixar de pagar o ICMS ou contribuir para que o sujeito passivo deixe de pagá-lo, mediante ação ou omissão que resulte na falta de pagamento (art. 77, IV, “a”, item 1, da Lei 688/96), o que se deu nesse caso, uma vez que a empresa deixou de pagar o imposto, há óbice legal para tal análise (art. 90 da Lei 688/96).

Ainda sobre a postulação pela redução do percentual da multa, ressalta-se que a jurisprudência do STF, com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, firmou entendimento no sentido de que são confiscatórias as multas punitivas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido (AG. REG.

NO RE C/ AGRAVO 905.685 - GO). Porém, a aplicada foi de 90% do valor imposto, logo, em conformidade com o entendimento do Supremo.

De todo o exposto e por tudo que dos autos consta, conheço do recurso ofício interposto para negar-lhe provimento, mantendo a decisão singular que julgou procedente a ação fiscal.

É como VOTO.

Porto Velho, 19 de abril de 2023.

~~Amarildo Ibiapina Alvarenga~~
AFTE Cad.
JULGADOR

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

PROCESSO : 20212906300171 - E-PAT 003.352
RECURSO : VOLUNTÁRIO Nº 15/2021
RECORRENTE : BR MACHINE LOCACOES LTDA
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
JULGADOR : AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA

RELATÓRIO : Nº 011/2023/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO Nº. 0107/23/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN.

EMENTA : ICMS/MULTA – DEIXAR DE RECOLHER O ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA – EC 87/15 – CONVÊNIO ICMS 93/2015 – OPERAÇÃO INTERESTADUAL DESTINADA A CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE – OCORRÊNCIA - Provado nos autos que a empresa, em fevereiro de 2021, promoveu circulação de mercadorias destinadas a consumidor final não contribuinte em Rondônia e não recolheu o ICMS referente a diferença de alíquota. Na ADI 5469, o STF declarou inconstitucionalidade do Convênio ICMS 93/2015, porém, modulou os efeitos para o exercício de 2022. Infração não ilidida. Recurso Voluntário desprovido. Mantida a decisão singular de procedência. 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 monocrática de **PROCEDENTE** o auto de infração, conforme Voto do Julgador Relator Amarildo Ibiapina Alvarenga, acompanhado pelos julgadores Dyego Alves de Melo, Leonardo Martins Gorayeb e Reinaldo do Nascimento Silva.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINAL
DATA DO LANÇAMENTO 22/02/2021: R\$ 20.520,00
*CRÉDITO TRIBUTÁRIO EXTINTO PELO PAGAMENTO.

TATE, Sala de Sessões, 19 de abril de 2023.

~~Anderson Aparecido Arnaut~~
Presidente

~~Amarildo Ibiapina Alvarenga~~
Julgador/Relator