



GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS
UNIDADE DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

SUJEITO PASSIVO: *MERCANTIL BARRETO COM.PROD.HOSP.SUP.LTDA*

ENDEREÇO: *AVENIDA CONTORNO, BLOCO 925, 1 - NUCLEO BANDEIRANTE - BRASILIA/DF -
CEP: 71705-014*

PAT Nº: *20222906300281*

DATA DA AUTUAÇÃO: *22/05/2022*

CAD/CNPJ: *15.031.173/0001-44*

CAD/ICMS:

DECISÃO NULO Nº: 2022/1/58/TATE/SEFIN

1. Deixar de recolher o ICMS Diferencial de Alíquotas 2. Defesa Tempestiva 3. Infração Ilidida 4. Auto de infração Nulo

1 - RELATÓRIO

Conforme descrito no auto de infração (fl. 02), "o sujeito passivo promoveu a venda de mercadorias através do DANFE nº 000014836, 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 à alíquota do Estado destinatário e a alíquota interestadual quando destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS. Demonstrativo da base de cálculo: R\$ 30.384,00 (Vr da operação) X 5,5% (Difal) = R\$ 1.671,12 X 90% (multa) = R\$ 1.504,00."

O Auto de Infração foi lavrado no Posto Fiscal Wilson Souto em Vilhena RO no dia 22/05/2022 às 05:40hs.

Como dispositivos legais infringidos foram indicados: artigos 269, 270 inciso I, letra "c", 273 e 275 do Anexo X do RICMS/RO aprovado pelo Decreto nº 22.721/2018 e EC 87/2015. A penalidade foi aplicada com base no artigo 77, inciso IV, alínea "a", item 1 da Lei nº 688/1996.

O crédito tributário, à época da lavratura, foi lançado com a seguinte composição:

Tributo	R\$ 1.671,12
Multa 90%	R\$ 1.504,00
Juros	R\$ 0
A. Monetária	R\$ 0
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 3.175,12

A intimação do sujeito passivo foi realizada via postal, com base no artigo 112, inciso II da Lei 688/1996.

2 – ARGUMENTOS DA DEFESA.

A autuada apresentou defesa tempestiva, na qual, em resumo, expõe a seguinte argumentação:

I) De que o ICMS DIFAL (diferencial de alíquotas) aprovado pela LC nº 190/22 deve obedecer a dois princípios constitucionais: da noventena e anterioridade anual; de que por decisão do STF, o Difal somente poderá ser cobrado a partir de 04/04/2023.

3 - FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO.

A infração imputada é de que o sujeito passivo deixou efetuar o pagamento, de forma antecipada, do ICMS Diferencial de Alíquotas relativo a circulação de mercadoria acobertada pela Nota Fiscal Eletrônicas nº 14.836, tendo em vista que o destinatário é não contribuinte do imposto. Assim, cumpre-me, primeiramente, destacar o que prescreve a legislação:

Anexo X do RICMS/RO, aprovado pelo Dec. 22.721/2018

Art. 269. Nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada, devem ser observadas as disposições previstas neste capítulo.

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:

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. 273. O recolhimento do imposto a que se refere a alínea “c” dos incisos I e II do artigo 270 deve ser efetuado por meio da GNRE ou DARE, por ocasião da saída do bem ou do início da prestação de serviço, em relação a cada operação ou prestação.

Art. 275. O contribuinte do imposto de que trata a alínea “c” dos incisos I e II do artigo 270, situado na unidade federada de origem, deve observar a legislação rondoniense. (Convênio ICMS 93/15, cláusula sexta)

Emenda Constitucional Nº 87, de 16 de abril de 2015

Altera o § 2º do art. 155 da Constituição Federal e inclui o art. 99 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para tratar da sistemática de cobrança do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação incidente sobre as operações e prestações que destinem

bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado.

Quanto à pena aplicada, assim determina a Lei nº 688/96, em caso de descumprimento das mencionadas obrigações:

Lei nº 688, de 27 de dezembro de 1996 – d.o.e. de 30/12/96

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

IV – infrações relacionadas ao pagamento, retenção ou apuração do ICMS:

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

1. 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, nas hipóteses para as quais não haja previsão de penalidade específica;

Desta forma, verifica-se a correta indicação da capitulação da penalidade e dispositivos legais infringidos.

3.2 – Da análise das alegações de defesa

3.2.1 – De que o ICMS DIFAL (Diferencial de Alíquotas) somente poderá ser cobrado a partir de 04/04/2023.

Sustenta o sujeito passivo que a Lei Complementar nº 190/2022 deve atender ao princípio da noventena e anterioridade para cobrança do ICMS Difal e que, portanto, só poderia ser exigido a partir de 04/04/2023.

O tema possui entendimentos conflitantes entre os Estados e os contribuintes desde antes da Lei Complementar 190/2022. Os Estados foram perdedores na defesa da tese de que a cobrança da DIFAL se bastava pela Emenda Constitucional 87/2015. Contudo o STF validou as cobranças e pagamentos até a data de 31/12/2021 e passou a exigir a edição de Lei Complementar para o embasamento da cobrança do ICMS/DIFAL a partir de então.

A tão esperada Lei Complementar nº 190 foi publicada em 04 de janeiro de 2022 e permitiu a cobrança do diferencial de alíquota do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS DIFAL) no caso de o destinatário de mercadorias ou serviços em estado diverso do remetente não ser contribuinte de ICMS.

Apesar de respeitar a posição do contribuinte em relação ao período de *vacatio legis* a ser atendida para que se possa efetuar a cobrança do DIFAL (a partir de 04/04/2023), no Estado de Rondônia a cobrança do ICMS Diferencial de Alíquotas é permitida a partir de 05/04/2022.

Destaca-se, por oportuno, que o Tribunal de Justiça de Rondônia se manifestou recentemente no Mandado de Segurança nº 7019450-46.2022.8.22.0001, reconhecendo a obrigatoriedade de obediência apenas ao Princípio da Noventena, ou seja, a possibilidade de cobrança do DIFAL a partir de 05/04/2022.

Portanto, como a Nota Fiscal Eletrônica nº 14.836, base desta autuação, foi emitida em 19/04/2022, ou seja, após o transcurso do período de 90 dias exigido pelo princípio da noventena, conforme requerido pela Lei Complementar nº 190/2022, observa-se que a cobrança do ICMS diferencial

de alíquotas encontra-se em conformidade com a legislação em vigor.

No entanto, embora discorde do argumento apresentado pela defesa, não é possível dar provimento à ação fiscal, tendo em vista a ausência de designação da autoridade competente.

Ressalvada a hipótese de flagrante infracional verificado em operações com mercadorias ou bens em trânsito ou em serviços de transporte em andamento, o AFTE, nos termos do artigo 65, inciso V, da Lei nº 688/96, somente poderá exercer atividades de fiscalização com expressa designação da autoridade administrativa competente, *in verbis*:

“LEI Nº 688, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1996 – D.O.E. de 30/12/96

Art. 65. O Auditor Fiscal de Tributos Estaduais está impedido de exercer atividade de fiscalização, diligência ou perícia junto a sujeito passivo:

.....

V - sem expressa designação da autoridade administrativa competente, salvo nos casos de flagrante infracional em operações com mercadorias ou bens em trânsito ou em serviços de transporte intermunicipal ou interestadual em andamento. (NR Lei nº 828, de 07/07/99 - D.O.E. de 09/07/99)” (grifei)

Neste caso, entretanto, o AFTE autuante deixou de observar tal exigência, e a ação fiscal, por essa razão, não deve ser mantida.

Após consulta ao Portal da Nota Fiscal Eletrônica comprovei que as mercadorias transitaram pelo Posto Fiscal de Vilhena (local da autuação) **no dia 02/05/2022** (conforme registro de passagem) e a **autuação** somente ocorreu no dia **22/05/2022**.

Isso deixa claro, em meu juízo, que a infração não foi verificada pelo autuante no momento da passagem das mercadorias pelo posto fiscal. Pois, se assim tivesse sido, o auto de infração teria sido expedido no dia em que a mercadoria transitou por Vilhena:

“Lei nº 688/96

Art. 97. Verificada qualquer infração à Legislação Tributária deverá ser iniciado o Processo Administrativo Tributário - PAT, através da lavratura de Auto de Infração, observada a exceção prevista no § 3º. (grifei)

Descaracterizada, pois, a hipótese de flagrante infracional em operações com mercadorias em trânsito ou em serviços de transporte em andamento, e não havendo nos autos nenhuma designação (DSF ou DFE), ou, mesmo, alguma menção em relação à sua existência, há de se declarar nula a ação fiscal.

Logo, por ofensa ao art. 65, V, da Lei nº 688/96 (ausência de designação da autoridade competente), a ação fiscal não deve, *data venia*, ser confirmada.

4 - CONCLUSÃO

No uso da atribuição disposta no artigo 79, II, do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo Tributário – TATE, aprovado pelo Decreto nº 9157, de 24 de julho de 2000, JULGO NULA a ação fiscal e declaro INDEVIDO o crédito tributário no valor R\$ 3.175,12 (três mil, cento e setenta e cinco reais e doze centavos), devendo o mesmo ser atualizado na data do efetivo pagamento.

Em decorrência do exposto no § 1º, I, do art. 132 da Lei nº 688/96, não interponho recurso de ofício:

Lei nº 688/96

Art. 132.

§ 1º Será dispensada a interposição do recurso de ofício quando a importância excluída:

I - não exceder a 300 (trezentas) UPF/RO, computados, para esse fim, os juros de mora e a atualização monetária, e considerando-se o valor da UPF/RO vigente à data da decisão;

5 – ORDEM DE INTIMAÇÃO

Notifique-se o contribuinte autuado da decisão de Primeira Instância.

Porto Velho, 26/09/2022 .

Rosilene Locks Greco

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

Rosilene Locks Greco, Auditora Fiscal, , Data: **26/09/2022**, às **19:3**.

Conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.