



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

SUJEITO PASSIVO: *MPS DISTRIBUIDORA MERCANTIL LTDA*

ENDEREÇO: *Alameda Santos, 1165 - JD. PAULISTA - SÃO PAULO/SP - cj. 221 e 224 CEP: 01419-002*

PAT Nº: *20222906300397*

DATA DA AUTUAÇÃO: *16/07/2022*

CAD/CNPJ: *09.570.732/0004-34*

CAD/ICMS:

Advogado : *Dr. Rodrigo Freitas De Natale - ALAMEDA SANTOS, 1165, CONJ. 221 E 224, JARDIM PAULISTA – SÃO PAULO/SP – CEP 01419-002, PABX. 55.11.5549.6800*

DECISÃO PARCIAL Nº: 2022/1/163/TATE/SEFIN

- 1. Operação sujeita ao ICMS Diferencial de Alíquota. 2. EC 87/2015.*
- 3. Não apresentar GNRE. 4. Com defesa. 5. Infração parcialmente ilidida.*
- 6. Auto de infração parcialmente procedente.*

1 – RELATÓRIO

O sujeito passivo foi autuado por deixar de recolher na origem o ICMS-Diferencial de Alíquotas, devido das operações interestaduais, destinadas a consumidores finais de Rondônia, conforme a nota fiscal 442432 de 30/06/22. Infração por descumprimento de obrigação fiscal principal capitulada nos artigos 270, I, “c”, 273 e 275, todos do Anexo X, do RICMS/RO (Dec. 22721/18) e EC 87/2015, com penalidade aplicada de acordo com o art. 77, inciso IV, alínea “a-1”, da Lei 688/96.

O crédito tributário, à época da lavratura, tem a seguinte composição:

AI 20222906300397 - MPS Distribuidora Mercantil Ltda	
ICMS	R\$ 3.393,86
MULTA 90% DO VALOR DO IMPOSTO CORRIGIDO	R\$ 3.054,47
JUROS	R\$ -
ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA	R\$ -
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 6.448,33

O sujeito passivo foi notificado da autuação por via postal, através de AR nº YG948286443BR, em 12/08/2022 (fl. 12). Apresentou defesa tempestiva em 08/09/2022.

2 - DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

1. Alega a impugnante em preliminares que, a exigência possui característica confiscatória.
2. No mérito alega que, a Lei Complementar nº 190/22 que institui a cobrança do ICMS-DIFAL, pelos Estados, foi publicada em 05-01-2022 e o Convênio ICMS nº 236/2021, com publicação em 06-01-22, considerando que os Estados já sinalizaram a exigência a partir do termo de 90 (noventa) dias da publicação de referido diploma legal. Aduz a defesa que, com a publicação de referida LC em 2022, sua vigência ocorreria somente a partir de 01-01-2023, em obediência ao princípio da anterioridade legal estabelecido na Constituição Federal (Art. 150, III, “b” da CF).
3. Que, pelos fatos elencados acima, o sujeito passivo impetra Mandado de Segurança (março/2022), a fim de requerer: i) *autorização para a realização de depósito dos supostos valores devidos a título de ICMS-DIFAL, bem como a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários, nos termos do art. 151, II do CTN; ii) a determinação de que a Fiscalização Estadual se absteresse de realizar qualquer questionamento pelo não recolhimento do DIFAL-ICMS, tais como multa, apreensão de mercadorias, protesto ou inscrição dos débitos em dívida ativa; e, por fim, iii) a concessão definitiva da segurança, nos termos da Lei nº 12.016/09 e artigo 5, LXIX da CF, impedindo que fosse exigido da Empresa, pelo ente fazendário, o ICMS-Difal.* Comprova junto à peça defensiva os depósitos judiciais do ICMS devido por diferencial de alíquotas (apuração demonstrada e recolhimento mensal), incluído a parte relativa a NF 442432 de 30-06-22, objeto da autuação em questão, diante da tutela obtida e, conseqüentemente, suspendendo a exigência do lançamento, na forma do art. 151 do CTN. Entende a defesa que em função do depósito judicial a autuação não poderia se efetivar, fato que inviabiliza seu prosseguimento.

3 – FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO

O sujeito passivo foi autuado por descumprimento de obrigação principal, consistente em deixar de pagar o ICMS Diferencial de alíquotas, incidente sobre mercadorias remetida através da nota fiscal nºs. 442432 de 30/06/22. Ampara a acusação fiscal o disposto no Anexo X (artigos 270, I, “c”; 273; e 275) do novo RICMS/RO (Dec. 22721/18) e EC 87/2015. A penalidade aplicada do Art. 77, IV, “a-1” da Lei

ANEXO X

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. (Convênio ICMS 93/15, cláusula primeira)*

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. 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. (Convênio ICMS 93/15, cláusula quarta)*

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)*

Parágrafo único. Ato do Coordenador Geral da Receita Estadual poderá dispensar o contribuinte de obrigações acessórias, exceto a emissão de documento fiscal.

Na defesa, item 1, alega caráter confiscatório da exigência, **argumento afastado** eis que as entradas das mercadorias no Estado, estão sujeitas ao cumprimento da legislação tributária estadual do destinatário. No caso, como a autuada não possui CAD-ICMS no Estado, destinando mercadorias a consumidor final, haveria necessidade de comprovação do recolhimento antecipado do ICMS-Diferencial de Alíquotas através de GNRE. Por isso, a autuação exigindo o imposto e penalidade aplicável ao fato de não comprovar antecipadamente o recolhimento do ICMS devido ao Estado. Não havendo comprovação de recolhimento do imposto no momento da entrada do Estado, o Fisco tem o dever de aplicar as medidas prevista na legislação.

No item 2, da defesa, no mérito, a alegação de que, a publicação da LC 190/22 em 05-01-22, ensejaria a cobrança do ICMS-DIFAL somente a partir 01-01-2023. Ocorre que tanto o STF ao decidir sobre o Tema 1093, quanto a própria edição da LC 190/22 não se trata de norma de instituição ou majoração de tributo, mas sim, de mecanismo eficiente para a exigência, já existente nas normativas anteriores, apenas pendente de regulação, que, de acordo com o que decidido pelo STF, deveria ocorrer através de Norma complementar, o que veio a se efetivar com a citada Lei Complementar 190/22 que, em seu art. 3º, estabelece a observação, para sua vigência, ao estabelecido no art. 150, III, “b” da Constituição Federal. Assim, compreende-se que a LC 190/22 e o Convênio ICMS nº 236/2021, ambos têm sua eficácia e vigência definida no próprio texto para exigir a partir de 05-04-22 (90 dias após a publicação). Nesse sentido, afastada a tese de que a referida LC só valeria no ano seguinte ao de sua publicação. O contribuinte autuado, valendo-se de sua interpretação, promoveu circulação de mercadorias (NF 442432 de 30/06/22), portanto, de acordo com as considerações acima, tal fato, constatado no Posto Fiscal de entrada do Estado, estaria, sim, sujeito a exigência do imposto por diferencial de alíquotas, conforme exigido no lançamento tributário veiculado na peça exordial.

O entendimento encontra respaldado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia que, ao julgarem o Agravo de Instrumento nº 0803942- 52.2022.8.22.0000 acolheram o pedido subsidiário da Agravante (Estado de Rondônia) para declarar a exigibilidade após o transcurso de 90 (noventa) dias após a promulgação da LC nº 190/2022. Vejamos:

“Dentro desse cenário, há de um lado a LC n.190/22, cujos efeitos só começam em 05 de abril de 2022; e, de outro, o Convênio do CONFAZ, que passou a exigir o diferencial de alíquota desde 1º de janeiro de 2022.

Por fim, vale ponderar que, malgrado o direito brasileiro não contemple a constitucionalização superveniente de normas inconstitucionais, o STF entende que leis tributárias aprovadas após a emenda constitucional que as prevê, mas antes de editada a lei complementar que deveria regulamentar a matéria, como no caso do Estado de Rondônia, são válidas, ficando, todavia, sua eficácia condicionada à entrada em vigor da norma geral.

Como o convênio não possui autoridade hierárquica sobre a lei, deve a ela se subsumir, de modo que, em princípio, parece haver pertinência no pedido subsidiário da agravante, aos fins de salvaguardar os 90 dias do exercício de 2022 para iniciar a validade da exigência do recolhimento.”

Com efeito, tal entendimento (exigibilidade do tributo em observância ao prazo nonagesimal) também restou endossado no Agravo de Instrumento nº 08024640920228220000. In verbis:

“Contudo, a norma trouxe expressamente o respeito ao prazo nonagesimal quando estabeleceu (verbis):

LEI COMPLEMENTAR Nº 190, 4 DE JANEIRO DE 2022 Altera a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996 (Lei Kandir), para regulamentar a cobrança do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto.

[...] Art. 3º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, observado, quanto à produção de efeitos, o disposto na alínea “c” do inciso III do caput do art. 150 da Constituição Federal. Assim, não há se de falar em qualquer violação a direito do fisco estadual, sendo certo que, após o prazo de 90 dias, permitido será a cobrança do referido tributo (o que acontecerá brevemente), de tal modo que a decisão seja escorreita.”

Com essas considerações, **Compreendo por afastar os argumentos da defesa.**

O STF julgando o RE nº 1.287.019-DF, firmou a seguinte tese com repercussão geral – tema 1093: *“A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme **introduzido** pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe a edição de lei complementar veiculando normas gerais”.*

No item 3, da defesa, a menção de que, efetivou recolhimento do ICMS-DIFAL através de depósito judicial (comprovantes incluídos na defesa), com base em liminar (MS) obtida junto ao TJ-RO. Entende a defesa que, ao depositar o valor em juízo, o Fisco não poderia agir, diante da constatação de trânsito de mercadorias sem o devido recolhimento do imposto por diferencial de alíquota. **Ocorre que**, o fisco ao constatar a irregularidade, deve promover a competente ação na forma do art. 142 do CTN e art. 97 da lei 688/96. **No caso em debate**, a autuada indicou no documento fiscal o valor que seria devido de ICMS ao Estado de destino, no entanto, naquele momento não foi apresentada comprovação de tal recolhimento. Essa a motivação para a autuação e o lançamento tributário via auto de infração em questão. **Contudo**, tal depósito do montante integral do tributo ocorreu na data da notificação da autuação e, antes da apresentação da defesa, fatos que devem ser considerados para análise da efetividade do lançamento

tributário. No momento do trânsito das mercadorias não foi constatado a existência de depósito judicial do imposto devido da operação. **Todavia**, o depósito do valor devido não impede a lavratura do auto de infração, mas, afasta a multa de ofício diante do fato de que o tributo está garantido pelo depósito do montante integral e suspenso a exigibilidade na forma do inciso II do art. 151 do CTN. **Assim**, pelas considerações expendidas, o auto de infração deve ser declarado parcialmente procedente para exigir apenas o valor do tributo de R\$ 3.154,96, observando que, nesse caso, o cálculo correto do imposto está destacado e informado ao destinatário no documento fiscal, realizado pela forma de cálculo - valor da operação x 17,5% deduzido do ICMS próprio destacado no documento fiscal.

Assim a demonstração do cálculo do crédito tributário exigindo o ICMS que não fora recolhido antes de iniciada a operação, sem comprovação na entrada do Estado.

Número	Valor	Alíquota	ICMS	ICMS	ICMS-DIFAL
NF	Produtos	origem	origem	Destino	Devido
442432	38204,71	0,12	4584,57	6685,82	R\$ 2.101,26
442432	9574,79	0,04	382,99	1675,59	R\$ 1.292,60
Total					R\$ 3.393,86

Nova composição do crédito tributário

AI 20222906300397 - MPS Distribuidora Mercantil Ltda	
ICMS	R\$ 3.393,86
MULTA 90% DO VALOR DO IMPOSTO CORRIGIDO	R\$ -
JUROS	R\$ -
ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA	R\$ -
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 3.393,86

Dessa forma e de todo exposto, compreendo, smj, pela **parcial procedência** do auto de infração. Assim do valor lançado no auto de infração de R\$ 6.448,33, **apenas o valor de R\$ 3.393,86 é devido**

4- CONCLUSÃO

De acordo com o previsto no artigo 15, I, da Lei 4929 de 17 de dezembro de 2.020 e, no uso da atribuição disposta no art. 79, II, do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo Tributário – TATE, aprovado pelo Decreto nº 9157 de 24/07/00, julgo **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o auto de infração e **devido** o ICMS lançado de R\$ 3.393,86 (três mil, trezentos e noventa e três reais e oitenta e seis centavos) e, **indevido** o valor da multa de ofício de R\$ 3.054,47.

Desta decisão, deixo de recorrer à Câmara de Julgamento de Segunda Instância, na forma do art. 132 da Lei 688/96, em razão o valor do crédito tributário inferior a 300 (trezentas) UPFs.

5 – ORDEM DE INTIMAÇÃO

Fica o sujeito passivo intimado a recolher o crédito tributário no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência deste, conforme previsto no Art. 127-B, da Lei 688/96, sob pena de inscrição em Dívida Ativa do Estado.

Porto Velho, 23/10/2022 .

Nivaldo João Furini

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por

Nivaldo João Furini, Auditor Fiscal,

Data: **23/10/2022**, às **19:52**.

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