



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

SUJEITO PASSIVO: FORTLEV INDUSTRIA E COMERCIO DE PLASTICOS LTDA

ENDEREÇO: AV. Dante Michelini, 4595 - JARDIM CAMBURI - Vitória/ES - CEP: 29090-070

PAT Nº: 20222906300463

DATA DA AUTUAÇÃO: 09/08/2022

CAD/CNPJ: 10.921.911/0008-81

CAD/ICMS:

DECISÃO PARCIAL Nº: 2022/1/187/TATE/SEFIN

1. Deixar de comprovar o recolhimento do imposto ICMS DIFAL (EC 87/15).
2. Apresentação de Defesa Tempestiva.
3. Infração Parcialmente Ilidida.
4. Auto de Infração Parcial Procedente.

1 – RELATÓRIO

Conforme descrito no auto de infração 20222906300463 (fl. 02 - documentos dos volumes do Auto), emitido em 09/08/2022, no Posto fiscal Wilson Solto em Vilhena/RO, constatou-se que “O Sujeito Passivo promoveu a saída de mercadoria acobertada pelas NF-e n. 358633, 366756, 366757, 366758, 366923 e 202339, operação está alcançada pela EC 87/15 - Dispõe que cabe ao Estado do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual quando destinem bens e serviços a não contribuinte (17,5% - 7% = 10.5%) sem comprovar o recolhimento do ICMS devido a Rondônia, embora tenha feito menção do ICMS DIFAL no campo "Informações Complementares" das Notas Fiscais. Na ação judicial MS n. 7025576-15.2022.8.22.0001 (1a Vara Faz. Publica, TJ RO), verificamos que houve, de fato, decisão favorável ao contribuinte, mas tal decisão foi proferida no sentido de afastar a cobrança do ICMS DIFAL até 90 dias da promulgação da LC 190/2022. Na data atual, portanto, a presente operação não é mais alcançada por tal decisão (Segue Memória de cálculo anexa).”

A infração foi capitulada no Art. 5º, §º Único, Art. 27, Art. 57, Inc. II, alínea "b", RICMS/RO aprovado pelo Dec. 22721/18 c/c Art. 9º da IN 034/2018/GAB/CRE. A multa foi capitulada no Artigo 77, inciso IV, alínea "a", item 1 da Lei 688/96.

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

Descrição	Crédito Tributário	
Tributo:	R\$	6.029,97
Multa 20%	R\$	5.426,97
Juros	R\$	0,00
A. Monetária	R\$	0,00
Total do Crédito Tributário	R\$	11.456,94

A fiscalização foi realizada pelo Posto Fiscal de Vilhena (fls. 02) com lavratura do auto de infração em 09/08/2022 (fls. 02). A intimação do sujeito passivo foi solicitada pelo autuante em 09/08/2022 (fls. 21), com lista de postagem dos correios (fls. 23). Sendo apresentada a defesa Tempestiva conforme consta no e-PAT em 24/08/2022, nas folhas 24 e termo de juntada nas folhas 28 da autuação.

2 - DAS ARGUIÇÕES DA DEFESA

O sujeito passivo apresentou defesa tempestiva, na qual, em resumo, expõe o seguinte argumento:

2.2.1 Alega que a empresa ajuizou o Mandado de Segurança que tramita sob o nº 7025576- 15.2022.8.22.0001 (informações em anexo) para discutir a constitucionalidade da exigência do Diferencial de Alíquotas de ICMS ("DIFAL"), nas operações interestaduais envolvendo consumidor final não contribuinte localizado no Estado de Sergipe- (fls. 1 da defesa).

2.2.2 Alega não ocorrência do fato gerador do DIFAL na operação da NF 202339. Que não houve o recolhimento do DIFAL previsto na EC nº 87/2015, referente à NF 202339 porque o consumidor final não está localizado no Estado de Rondônia. E, que a

base da autuação lavrada se encontra incorreta, eis que realizou o lançamento de crédito tributário do Diferencial de Alíquotas do ICMS – DIFAL em operação interestadual envolvendo consumidor final não contribuinte do imposto. Que a compra e venda realizada em outra unidade da federação, com a entrega em mãos dos consumidores no local do estabelecimento, não caracteriza operação interestadual - (fls. 01 da defesa).

2.2.3 Alega suspensão da exigibilidade dos créditos tributários art. 151, II, CTN e cita a Súmula 112/STJ. Que, a empresa realizou depósitos judiciais nos autos da ação, na integralidade dos valores declarados, conforme comprovantes de depósito anexo - (fls. 02 a 03 da defesa).

Por fim, pede que seja cancelada a exigência do DIFAL- (fls. 03 da defesa).

3 – FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Baseado na argumentação e pedido da defesa descrito no item anterior, passo à análise dos fatos trazidos aos autos:

3.2.1 - Em ao Mandado de Segurança que tramita sob o nº 7025576-15.2022.8.22.0001 para discutir a constitucionalidade da exigência do Diferencial de Alíquotas de ICMS ("DIFAL"), nas operações interestaduais envolvendo consumidor final não contribuinte localizado no Estado de Sergipe - (fls. 1 da defesa).

Não levamos em conta o erro do contribuinte em relação a localização do Estado, pois constatamos a existência da ação nº 7025576-15.2022.8.22.0001 - (fls. 11 da autuação). Ressaltamos, que a autuação foi realizada no Estado de Rondônia e não Sergipe. Portanto, a competência de fiscalizar é privativa da administração tributária perante a qual a obrigação deveria ter sido cumprida e nesse caso é de Rondônia.

O autuante anexou o Mandado de Segurança que deferiu a Liminar pleiteada em parte - (fls. 11 a 18 da autuação). A liminar determinou que o Estado se abstenha de cobrar o ICMS DIFAL de consumidor final não contribuinte, antes dos 90 dias da promulgação da LC 190/2022 - (fls. 18 da autuação). A Lei Complementar entrou em vigor na data de sua publicação, ou seja, 4 de janeiro de 2022.

A Liminar pleiteada em parte foi concedida em 16/04/2022 e confirmada parcialmente a segurança em sentença do dia 30/07/2022. O sujeito passivo impetrou agravo nº 0804453-50.2022.8.22.0000 da decisão proferida pela 1a. Vara de Fazenda Pública da comarca de Porto Velho em Mandado de Segurança, o qual foi indeferido em 20 de maio de 2022 – (Decisões e agravo anexados nos autos).

Em 23/12/2022 foi julgado prejudicado o recurso nº 0804453-50.2022.8.22.0000, por superveniente perda de objeto, nos termos do art. 932, III, do Código de Processo Civil.

Após verificar que a decisão liminar determina que o Estado se abstenha de cobrar o ICMS DIFAL de consumidor final não contribuinte, antes dos 90 dias da promulgação da LC 190/2022 - (fls. 18 da autuação). E que a LC 190/2022 foi publicada em 4

de janeiro de 2022 e que a autuação aconteceu em 09/08/2022 (fls. 02 da autuação), portanto, mais de 90 dias da publicação da referida lei. Com isso, concluímos que a autuação está em obediência a decisão judicial e que não assiste o direito ao sujeito passivo.

3.2.2 - Em relação a não ocorrência do fato gerador do DIFAL na operação da NF 202339 e que não houve o recolhimento do DIFAL previsto na EC nº 87/2015, referente a essa operação, porque o consumidor final não está localizado no Estado de Rondônia. E, que a base da autuação lavrada se encontra incorreta, pois foi lançado crédito tributário do Diferencial de Alíquotas do ICMS – DIFAL envolvendo consumidor final não contribuinte do imposto. Que a compra e venda realizada em outra unidade da federação, com a entrega em mãos dos consumidores no local do estabelecimento, não caracteriza operação interestadual - (fls. 01 da defesa).

Em relação a NF 202339 existe uma divergência, pois a defesa anexou no EPAT – Volume “8” da defesa – Doc 04 NF 000202339.pdf – referente a uma operação com CFOP “5401”, emitida em 24/07/2019, com data de saída em 24/07/2019, para o destinatário “Edson Haruo Nacanisi – Ferragens”, com inscrição estadual nº 111844145110 e CNPJ 57.604.027/0001-00, com endereço em São Paulo - SP.

Acontece que a autuação - (fls. 02 da autuação), contém a NF-e nº 202339, a qual foi anexada pelo autuante - (fls. 08 da autuação), referente a uma operação de venda a não contribuinte da IBRATIN INDUSTRIA E COMERCIO LTDA, I.E: 312006048119 e I.E-ST: 540501, emitida em 02/08/2022, com data de saída em 02/08/2022, localizada em Franco da Rocha - SP, para o destinatário “GIARDINNI EMPREENDIMENTO IMOBILIARIO SPE LTDA”, não constando inscrição e com CNPJ 38.392.977/0001-74, com endereço em Porto Velho-RO.

Portanto, a nota fiscal apresentada pela defesa não é a nota constante na autuação. Sendo assim, o contribuinte não tem razão em sua alegação. Entretanto, o Processo Administrativo deve contemplar todas as verdades. Por isso, consideramos o princípio da verdade material ou real, para desconsiderar a NF-e nº 202339, pois não foi emitida pelo sujeito passivo - (fls. 02 e 08 da autuação). O julgador deve tomar as decisões com base na realidade dos fatos apresentado, não considerando apenas as provas apresentadas pelas partes. Assim, no tocante as provas, o julgador pode produzi-las desde que obtidas por meios lícitos, conforme o inciso LVI do art. 5º da CF.

As demais notas fiscais foram emitidas pelo sujeito passivo e destinadas a não contribuinte. Nas notas fiscais consta nos dados adicionais o valor do ICMS INTERESTADUAL para o destinatário e que o material deve ser encaminhado para transportadora situada no Estado de São Paulo para entregar em Rondônia - (fls. 03, 04, 05, 06, 07 da autuação). Além disso, foi anexado nos autos o DAMDFE - (fls. 20 da autuação).

Pelo que consta dos autos, a operação foi destinada a consumidor final não contribuinte e não houve a retenção e o recolhimento do diferencial de alíquotas. E, assim, a obrigação de fazer o recolhimento está estabelecida pela Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 87/15:

["EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 87, DE 16 DE ABRIL DE 2015](#)

Art. 1º Os incisos VII e VIII do § 2º do art. 155 da [Constituição Federal](#) passam a vigorar com as seguintes alterações:

VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota

interestadual;

a) (revogada);

b) (revogada);

VIII - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:

a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto;

b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto;

Por ocasião de sua defesa administrativa tributária, o contribuinte tem o direito e o dever de juntar aos autos todas as provas necessárias a confirmar suas alegações. Não pode este tribunal tomar uma mera alegação como verdade absoluta, mas apenas quando existem provas que corroborem as alegações. Portanto, em relação as demais notas fiscais emitidas, a autuação está de acordo com a legislação tributária e com a EC 87/15, que dispõe que cabe ao Estado do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual quando destinem bens e serviços a não contribuinte.

Em razão da desconsideração da NF-e nº 202339, pois não foi emitida pelo sujeito passivo - (fls. 02 e 08 da autuação) o Crédito Tributário foi recalculado por esse julgador. Além disso, **alteramos a infração para os artigos 269 e 270, I, “c”, art. 273 e art. 275 todos do Anexo X - RICMS, Dec. 22.721/18 c/c art. 75 da Lei 688/96.** Essas alterações foram realizadas, com base no artigo 108 da Lei nº 688/96:

Art. 108. Estando o processo em fase de julgamento, os erros de fato e os de capitulação da infração ou da penalidade serão corrigidos pelo órgão de julgamento, de ofício ou em razão de defesa ou recurso, não sendo causa de decretação de nulidade, desde que da correção resulte penalidade de valor igual ou inferior ao constante no auto de infração. (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

O sujeito passivo, deixou de recolher o imposto no prazo legal, e descumpriu a obrigação tributária principal (art. 77, IV, “a”, 1, da Lei nº 688/98):

IV - Infrações relacionadas ao pagamento, retenção ou apuração do ICMS: (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

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;

Assim, o Crédito Tributário foi recalculado, conforme quadro demonstrativo da nova memória de cálculo e o lançamento ajustado nesse ato:

ITEM	DANFE	VALOR TOTAL DA NF-e (R\$)	ALÍQUOTA INTERNA (17,5%) MENOS INTER-ESTADUAL (7%)	ICMS DEVIDO A RONDÔNIA	MULTA 90% (art. 77-inc IV- “a”-item 1 da Lei 688/96)
			A		

1	358633	15.523,34	10,50%	1.629,95	1.466,93
2	366756	7.761,67		814,98	733,48
3	366757	7.761,67		814,98	733,48
4	366758	7.761,67		814,98	733,48
5	366923	7.761,67		814,98	733,48
TOTAL		46.570,02		4.889,85	4.400,86

Credito Tributário	Original do Auto	Devido
Tributo ICMS	6.029,97	4.889,85
Multa de 90% - Valor do imposto	5.426,97	4.400,86
Juros	0,00	0,00
Correção Monetária	0,00	0,00
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	11.456,91	9.290,71

O valor do imposto devido ao estado de Rondônia, em razão das operações citadas neste processo, é, segundo meus cálculos, R\$ 4.889,85 e a penalidade R\$ 4.400,86, perfazendo o total do crédito tributário devido de R\$ 9.290,71. Sendo que as correções reduziram os valores do crédito tributário, e que por isso, não causam nulidade ou improcedência do auto, conforme artigo 108 da Lei nº 688/96.

3.3.3 - Em relação à alegação da suspensão da exigibilidade dos créditos tributários art. 151, II, CTN e cita a Súmula 112/STJ e que, a empresa realizou depósitos judiciais nos autos da ação, na integralidade dos valores declarados, conforme comprovantes de depósito anexo - (fls. 02 a 03 da defesa).

O lançamento do crédito tributário tem como efeito tornar líquida, certa e exigível a obrigação existente. Isso, faz com que o sujeito passivo cumpra a obrigação tributária. Porém existem hipóteses em que a cobrança fica suspensa, sendo esses casos disciplinados pelo artigo 151 do CTN:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I – moratória;

II – o depósito do seu montante integral;

III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV – a concessão de medida liminar em mandado de segurança;

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

VI – o parcelamento.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias

dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

A suspensão do crédito tributário é interpretada de forma literal conforme dispõe o artigo 111, I, do CTN, sendo sua lista taxativa. O sujeito passivo pode impugnar o lançamento via administrativa ou judicial. No caso em análise a impugnação é referente a esfera administrativa, pois conforme já analisamos, a ação nº 7025576-15.2022.8.22.0001 - (fls. 11 da autuação) não abrange o fato gerador lançado pelos autuantes.

Como estamos tratando de contestação via administrativa, o próprio processo já suspende a exigibilidade do crédito, o que já foi feito pela administração tributária - (fls. 29 da autuação). Mas, o contribuinte pode optar pela efetivação do depósito do montante integral como meio de se livrar dos juros de mora. Entretanto, as formas de suspensão não impedem o lançamento tributário, só tendo efeito sobre a exigibilidade.

Sendo que no final do processo, havendo razão ao sujeito passivo, esse receberá de volta o valor total ou parcial, mas se a razão for da administração tributária, esse valor será convertido em renda para os cofres públicos. Nesse último caso, será uma causa de extinção.

Após analisar os autos, constatamos que os autuantes através de consulta na conta corrente – sistema SITAFE/SEFIN-RO, não encontrou qualquer recolhimento de tributo incidente sobre o DIFAL - (fls. 10 da autuação). E que o sujeito passivo realizou depósito judiciais - (fls. 01 a 10 - Doc 05 Guias e Comprovantes de Depósito do DIFAL da defesa), referente ao ICMS DIFAL das NF-e n. 358633, 366756, 366757, 366758, constantes no auto de infração, já o ICMS-DIFAL da NF-e n. 202339 não foi depositado.

Além disso, o sujeito passivo também não apresentou os depósitos referentes a multa. Nesse caso, o contribuinte não respeitou a Súmula 112 do Superior Tribunal de Justiça que determina que o depósito deve ser do montante exigido pela Fazenda pública.

Súmula 112:

“O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro”.

Portanto, o depósito do montante integral foi realizado sem respeitar os requisitos exigidos por lei. Sendo nesse caso em análise, aplicada apenas a suspensão administrativa, conforme já citado.

Por todo o exposto, conheço da defesa para dar-lhe parcial provimento, reduzindo, com isso, o valor do crédito tributário lançado no auto de infração de R\$ 11.456,91 para R\$ 9.290,71, devendo o mesmo ser atualizado na data do efetivo pagamento.

4 – CONCLUSÃO

No uso da atribuição disposta no artigo 79, II, do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo Tributário – TATE, aprovado pelo Decreto nº 9.157, de 24 de julho de 2000 e no inciso IV do artigo 131 da Lei 688/1996 e de acordo com o previsto no artigo 12, I, da Lei nº 912, de 12 de julho de 2000, JULGO PARCIAL PROCEDENTE a ação fiscal do crédito tributário lançado no auto de infração e declaro devido apenas o valor de R\$ 9.290,71 (Nove mil, duzentos e noventa reais e setenta e um centavos), conforme demonstrado no julgamento, devendo o mesmo ser atualizado na data do efetivo pagamento.

Como a importância excluída R\$ 2.166,20 (Dois mil cento e

sessenta e seis reais e vinte centavos), não excede a 300 (trezentas) UPF/RO, fica dispensada a interposição do recurso de ofício à Câmara de Julgamento de Segunda Instância, conforme disposto no inciso I, do § 1º do art. 132 da Lei n. 688/96.

5 – ORDEM DE INTIMAÇÃO

De acordo com o artigo 131, inciso V e parágrafo único, artigo 134 e artigo 146 da Lei 688/96, fica o sujeito passivo intimado a recolher o crédito tributário no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência deste, com redução de 50% sobre o valor da multa (RICMS - Anexo XII, artigo 34, § 6º e § 2º do art.108 da Lei 688/96), garantindo o direito de recurso voluntário à Câmara de Segunda Instância, no mesmo prazo, sob pena de inscrição em Dívida Ativa do Estado e consequente execução fiscal.

Porto Velho, 26/12/2022 .

Augusto Barbosa Vieira Junior

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

Augusto Barbosa Vieira Junior, Auditor Fiscal,

, Data: **27/12/2022**, às **0:23**.

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