



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

SUJEITO PASSIVO: *VOTORANTIM CIMENTOS S.A.*

ENDEREÇO: *Av. Pres. Juscelino Kubitschek, 1830 - Itaim Bibi - São Paulo /SP - CEP: 04543-900*

PAT Nº: *20222906700036*

DATA DA AUTUAÇÃO: *07/10/2022*

CAD/CNPJ: *01.637.895/0094-31*

CAD/ICMS: *00000000351636*

DECISÃO IMPROCEDENTE Nº: 2023/1/89/TATE/SEFIN

1. Deixar de recolher o ICMS/DIFAL antecipadamente relativo a mercadorias abrangidas pela EC 87/15. 2. Defesa tempestiva. 3. Infração Ilidida - Contribuinte desobrigado de recolhimento por ocasião da saída - IN Nº 005/2016/GAB/CRE. 4. Auto de infração improcedente.

1 - RELATÓRIO

O sujeito acima identificado foi autuado por ter promovido a saída de mercadorias com destino a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado nesta unidade federada (Danfe 436328), sem comprovação do pagamento do ICMS-Diferencial de Alíquota antecipadamente à operação. O mesmo impetrou mandado de segurança, ação nº 7018565-32.2022.8.22.0001, para não cobrança do ICMS-DIFAL, porém, a concessão da segurança foi para que o fisco de Rondônia não cobrasse o ICMS-DIFAL apenas no período de 90 dias após a promulgação da LC 190/2022 de 04/01/2022, sendo assim, a partir de 04/04/2022 o ICMS-DIFAL passou a ser devido o seu recolhimento.

Para capitulação legal da infração foram indicados os arts. 269, 270-I-C, 273 e 275, todos do Anexo X do novo RICMS-RO, e para a multa o art. 77-VII-b-2 da Lei 688/96.

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

Tributo ICMS	R\$ 358,48
Multa de 90% (noventa por cento)	R\$ 322,63

Juros	R\$ 0,00
Atualização monetária	R\$ 0,00
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 681,11

O sujeito passivo foi notificado do auto de infração em 03.01.2023 por meio do AR nº YJ24497227BR, apresentando sua defesa tempestivamente.

2 – DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

Na defesa apresentada o sujeito passivo arguiu em preliminar, como fundamento de seu pedido de nulidade do auto de infração, que **1)**, embora não seja este o objetivo da presente defesa, entende ser ilegal a cobrança do ICMS-DIFAL nas saídas para consumidores finais não contribuintes do imposto durante o exercício de 2022, tendo em vista o princípio da anterioridade, previsto no art. 150-III-b da CF/88.

Que **2)** visando ter reconhecido seu direito, impetrou Mandado de Segurança, autos nº 7018565-32.2022.8.22.0001 (doc. 01), optando por realizar o depósito judicial dos valores relativos ao ICMS-DIFAL nas saídas para consumidores finais do ICMS não contribuintes, tendo em vista que o depósito do DIFAL foi realizado dentro do respectivo prazo de vencimento, foi cessada qualquer incidência de acréscimos legais, e considerando-se que os depósitos judiciais dos valores exigidos constituem direito potestativo do contribuinte, que, para se concretizar, só depende de sua vontade e independe de autorização judicial, teria restado suspensa automaticamente a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151-II do CTN.

E que **3)** ainda que se admita a lavratura do auto de infração para cobrança do imposto, resta claro que deve, ao menos, ser anulada a multa aplicada, bem como excluídos os demais acréscimos legais, devendo, em relação ao imposto supostamente devido, ser sobrestado o julgamento do presente auto de infração até o trânsito em julgado do Mandado de Segurança citado nº 7018565-32.2022.8.22.0001.

Quanto ao mérito, aduziu que por ter inscrição do ICMS de Substituto Tributário ativa no Estado de Rondônia – CAD/ICMS/RO-ST de nº 35163-6 (doc. 02), em razão do princípio da especialidade das normas, o mesmo estaria sujeito aos termos do art. 4º da IN nº 005/2016/GAB/CRE, quanto ao lançamento e apuração do DIFAL relativo a operações interestaduais com consumidor final localizado no Estado de Rondônia, cujo recolhimento deve ser feito até o dia 15 (quinze) do mês subsequente, por meio de GNRE, código de receita 10011-0 – ICMS consumidor não contribuinte, outra UF, por apuração, e não em relação a cada operação ou prestação, conforme capitulou o autuante, não sendo sequer devido, já que a operação fiscalizada pode apurar o imposto devido mensalmente e efetuar o recolhimento até o dia 15 do mês subsequente, restando claro o cancelamento do auto de infração, ainda que não acolhida a preliminar arguida.

Por fim, alegou efeito confiscatório da multa de 90% do valor do imposto, art. 150-IV da CF/88, c/c o princípio da equidade, art. 108-IV do CTN, nos termos da jurisprudência do STF AI 727872 ARg, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª T., p. 18/05/15, para fins de anulação da multa ou, ao menos, sua redução, tendo em vista, supostamente, sua inconstitucionalidade e ilegalidade.

Ante o exposto, requereu o acolhimento da preliminar de nulidade do auto de infração,

ou não sendo este o entendimento, a total improcedência do mesmo.

3 – FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Conforme consta na peça vestibular, a autuação ocorreu por ter o sujeito passivo por ter promovido a venda de mercadorias destinadas à consumidor final situado neste Estado (Danfe nº 436328), sem, supostamente, providenciar o recolhimento do ICMS-DIFAL devido ao Estado consumidor, abrangida pela EC 87/15 que 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. O Sujeito passivo impetrou mandado de segurança (ação 7018565-32.2022.8.22.0001) para a não cobrança do ICMS-DIFAL apenas no período de 90 dias após a promulgação da LC 190/2022 de 04/01/2022. Sendo assim, a partir desta data, passou a ser devido o recolhimento do ICMS-DIFAL.

Regularmente notificado, o sujeito passivo, como se viu, requereu em preliminar a nulidade do auto de infração, e, quanto ao mérito, requereu a improcedência do mesmo, sob o argumento de estar amparado pela IN nº 005/2016/GAB/CRE, que prevê que o recolhimento deve ser feito até o dia 15 (quinze) do mês subsequente ao da operação, no caso até 15.11.2022, e não no início da operação.

Inicialmente, deixo de apreciar as questões suscitadas nas preliminares, tendo em vista o acolhimento das razões de mérito declinadas pelo sujeito passivo, para concluir pela improcedência do auto sob comento, como adiante se demonstra.

De fato, se constata que a matéria tributável versa sobre a venda de mercadorias destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS situado neste Estado, Danfe nº 436328 em anexo, por contribuintes localizados em outra unidade da federação (Mato Grosso), de que trata a EC 87/15, que dispõe que caberá ao Estado do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota do Estado destinatário e a alíquota interestadual (DIFAL), quando destinem bens e serviços.

Que se constata também que o remente possui inscrição do ICMS de Substituto Tributário ativa no Estado de Rondônia – CAD/ICMS/RO-ST, IE-ST nº 35163-6 (doc. 02), como alegado pelo sujeito passivo, sujeitando, assim, de acordo com a afirmação do impugnante, ao previsto no art. 4º da IN nº 005/2016/GAB/CRE, *in verbis*, ou seja, o valor apurado nas declarações referidas no artigo 3º da aludida Instrução Normativa (abaixo transcrito) como na presente situação, deverá ser recolhido até o dia 15 (quinze) do mês subsequente, por meio de GNRE (no caso o prazo de recolhimento do ICMS/DIFAL relativo à aludida nota fiscal, seria até o dia 15 de novembro de 2022, já que a nota fiscal é de 06.10.2022) código de receita 10011-0 – ICMS consumidor não contribuinte, outra UF, por apuração, e não antecipadamente em relação a cada operação, conforme, por engano, entendeu o fiscal autuante, com razão, portanto, o sujeito passivo:

Art. 3º. Os contribuintes mencionados no caput do artigo 1º, que possuírem inscrição no Cadastro de Contribuinte do ICMS de Substituto Tributário – CAD/ICMS/RO-ST, deverão enviar à

Coordenadoria da Receita Estadual de Rondônia mensalmente:

I - arquivo magnético com registro fiscal das operações interestaduais efetuadas no mês anterior, ou com seus registros totalizadores zerados, no caso de não terem sido efetuadas operações no período, nos termos do Convênio ICMS 57/95, até o dia 15 (quinze) do mês subsequente ao da realização das operações;

II - Guia Nacional de Informação e Apuração do ICMS – Substituição Tributária

– GIA-ST, conforme estabelecido na cláusula décima terceira do Convênio ICMS 81/93, atentando-se para os procedimentos fixados no Ajuste SINIEF 06/15, cujo teor encontra-se reproduzido nos artigos 87-A e 87-B1 do decreto n. 8321/98, até o dia 10 (dez) do mês subsequente ao da realização das operações.

§ 1º - Os estabelecimentos obrigados à Escrituração Fiscal Digital – EFD ficam dispensados de enviar os arquivos mencionados nos incisos I e II do caput, devendo, nesse caso, informar as operações e as prestações acobertadas pela diferença de alíquotas por meio da EFD, no campo de registro E300 e respectivo registros “filhos” da EFD.

§ 2º - Os contribuintes optantes pelo regime simplificado de tributação, estabelecido pela Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, que não estejam obrigados à EFD, em substituição aos arquivos mencionados nos incisos I e II, deverão informar as operações e as prestações atinentes ao diferencial de alíquota via declaração eletrônica, por meio de aplicativo único, gratuito e acessível por meio de link disponível no Portal do Simples Nacional, conforme disciplinado na Resolução CGSN n. 123, de 14 de outubro de 2015.

Art. 4º. O valor apurado com base nas declarações referidas no artigo 3o deverá ser recolhido até o dia 15 (quinze) do mês subsequente, por intermédio de Guia Nacional de Tributos Estaduais – GNRE, utilizando-se do código de receita 10011-0 – ICMS

**consumidor final não contribuinte outraUF por
apuração. (G.n)**

Dessa forma, em vista dos fatos e considerando-se que o sujeito passivo se desincumbiu, à luz da legislação tributária então vigente, da acusação fiscal imposta (recolher o ICMS/DIFAL antecipadamente à operação), sobrevindo sua negativa, decido pela improcedência do presente auto de infração.

4 – CONCLUSÃO

No uso da atribuição disposta no art. 79, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo Tributário – TATE, aprovado pelo Decreto nº 9157 de 24 de julho de 2000, JULGO IMPROCEDENTE o auto de infração e indevido o crédito tributário no valor de R\$ 681,11.

Deixo de interpor recurso de ofício, de acordo com o inciso I do §1º do art. 132 da Lei 688/96.

5 - ORDEM DE INTIMAÇÃO

Notifique-se o autuado da Decisão de Primeira Instância, ressalvado o direito de vistas e manifestação junto à Câmara de Segunda Instância.

Porto Velho, 25/03/2023.

E. B. E S.

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA