



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: *20222906700039*

DATA DA AUTUAÇÃO: *17/10/2022*

CAD/CNPJ: *01.637.895/0184-22*

CAD/ICMS: *00000003852083*

DECISÃO PARCIAL Nº: 2023/1/107/TATE/SEFIN

1. Operação sujeita ao ICMS Diferencial de Alíquota. 2. EC 87/2015. 3. Não apresentar GNRE. 4. Art. 77, VII, "b-2" da Lei 688/96. 5. Com defesa. 6. Infração parcialmente ilidida. 7. 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 363792 de 14/10/22. Infração por descumprimento de obrigação fiscal principal capitulada nos artigos 269; 270, I, "c"; 273 e 275, todos do Anexo X, do RICMS/RO (Dec. 22721/18), com penalidade aplicada de acordo com o art. 77, inciso VII, alínea "b-2", da Lei 688/96.

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

AI 20222906700039 - Votorantim Cimentos S.A	
ICMS	R\$ 2.011,84

MULTA 90% DO VALOR DO IMPOSTO CORRIGIDO	R\$	1.810,66
JUROS	R\$	-
ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA	R\$	-
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$	3.822,50

O sujeito passivo foi notificado da autuação pessoalmente por assinatura digital em 21/12/2022, conforme as fls. 07 e 08 do PAT. Apresentou defesa tempestiva em 21/12/2022.

2 - DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

1. Alega a impugnante em preliminares que, é ilegal a exigência tributária, relativa ao ICMS – Difal no ano de 2022, em vista do princípio da anterioridade (art. 150, III, “b” da CF). Nesse sentido, impetrou-se Mandado de Segurança, autos nº 7018565-32.2022.8.22.0001 (**doc. 01**), em trâmite na 1ª Vara Da Fazenda Pública de Porto Velho/RO, optando por **realizar o depósito judicial dos valores relativos ao ICMS-DIFAL** nas saídas efetuadas a consumidores finais não contribuintes do ICMS localizados no estado de Rondônia. Salieta a defesa, ainda em preliminares, que, foi efetivado o depósito judicial antes do vencimento da obrigação relativa a nota fiscal autuada. Ressalta que, ainda que se efetive a exigência do tributo, a multa deve ser afastada, em razão da garantia oferecida.
2. No mérito alega que, a impugnante é contribuinte inscrito em RO como substituto tributário e, dessa forma, deve apurar o ICMS em GIA-ST para pagamento por apuração até o dia 15 do mês seguinte, na forma da IN 005/2016. Salieta a defesa que, na época dos fatos, não era devido o imposto, pela observação do princípio da anterioridade legal (Art. 150, III, “b”, da CF), ainda que fosse devido, a exigência não deveria ocorrer em razão da autuada estar inscrita no estado de Rondônia como substituto tributário com apuração mensal em GIA-ST.
3. Argumenta a defesa que a penalidade aplicada possui caráter confiscatório, eis que consolidado entendimento no STF de que a multa deve atingir o patamar de 20%. Requer em preliminares a nulidade e no mérito improcedência da autuação.

3 – FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO

O sujeito passivo foi autuado por descumprimento de obrigação tributária principal, consistente em deixar de pagar o ICMS Diferencial de alíquotas, incidente sobre mercadorias remetida através da nota fiscal nº. 363792 de 14/10/22. Ampara a acusação fiscal o disposto no Anexo X (artigos 269, 270, I, “c”; 273; e 275) do novo RICMS/RO (Dec. 22721/18). A penalidade aplicada do art. 77, inciso VII, alínea “b-2”, da Lei 688/96.

ANEXO X (RICMS/RO - Dec. 22721/18)

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.***

Lei 688/96

*Art. 77. **As infrações e as multas correspondentes são as seguintes: (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 –efeitos a partir de 01/07/15)***

(---)

*VII -**infrações relacionadas às operações com mercadorias ou bens ou, ainda, aos casos de prestações de serviços:(NR dada pela Lei nº 3756, de 30.12.15)***

(---)

*b) **multa de 90% (noventa por cento):***

(---)

*2. **do valor do imposto, por promover a saída de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto antecipadamente à operação, sem a comprovação do pagamento na forma da legislação tributária;***

Flagrante infracional detectado em trânsito de mercadorias no Posto Fiscal Wilson Souto em Vilhena-RO, entrada do Estado.

Conforme a descrição da peça básica o sujeito passivo não apresentou comprovação de recolhimento de ICMS-DA devido ao estado de Rondônia, por ocasião do trânsito das mercadorias no Posto Fiscal de entrada.

O sujeito passivo possui CAD-ICMS de substituto tributário no estado de Rondônia. Nesse sentido, o recolhimento do imposto substituição tributária e diferencial de alíquotas ocorre através de apuração mensal apurada em GIA-ST.

3.1 Análise das teses defensivas

Na defesa, item 1, alega que na exigência não se observou o princípio da anterioridade legal prevista no art. 150, III, “b” da CF. Assim, a empresa autuada impetrou Mandado de Segurança, efetivando depósito judicial do valor relativo ao ICMS-Difal da operação ora autuada. Aduz que ainda que se mantenha a exigência do imposto a multa deve ser afastada, pela garantia ofertada. **Argumentos que devem ser rebatidos da seguinte forma:** quanto ao princípio da anterioridade, invocado para afastar a exigência, tem se que, 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**”*. Neste contexto, observa-se que, o TJ-RO firmou posição no sentido de que o art. 3º da LC 190/22, define a

sua vigência a partir de 90 (noventa) dias de sua publicação, assim, a partir de 05/04/2022, a exigência no estado de Rondônia se torna legal. Dessa forma, entendeu o TJ-RO, julgando o Agravo de Instrumento nº 0803942- 52.2022.8.22.0000 acolhendo 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 escoreita.”

Em relação ao Mandado de Segurança e ao depósito judicial do montante do imposto, autos nº 7018565-32.2022.8.22.0001. **Analisado o argumento da defesa**, vislumbra-se dos autos que, a autuada, inscrita em Rondônia como substituto tributário (CAD-ICMS-ST 385208-3) apurou o montante do imposto devido no mês 10/2022, para então efetivar o depósito judicial, conforme doc. 03 do Mandado de Segurança. A autuação contempla documento fiscal nº 363792 emitido em 14/10/2022, entrando no Estado em 17/10/22. O fato, conforme descrito na inicial, não impede a ação do Fisco quando detectado irregularidade na operação, em trânsito de mercadoria. Ainda que, seja contribuinte inscrito, constatou irregularidade pela ausência de recolhimento de ICMS-DIFAL nos períodos de 2022, motivando a autuação e o lançamento tributário no presente auto de infração.

No **item 2, da defesa**, no mérito, argumenta que, a empresa autuada possui CAD-ICMS/RO-ST, o que lhe confere possibilidade de apuração e recolhimento do ICMS-Difal, através da GIA-ST com pagamento para o dia 15 do mês seguinte. **Argumento que deve ser considerado**, de acordo com a IN 005/2016, o contribuinte que possui CAD-ICMS como substituto tributário deve apurar o imposto estadual e GIA-ST e recolher em GNRE ao estado de Rondônia no dia 15 do mês seguinte ao da apuração. Contudo tal argumento não afasta a ação do Fisco em relação ao lançamento tributário realizado.

No **item 3 da defesa**, argumenta que a multa aplicada possui caráter confiscatório, referindo-se ao entendimento pacificado no STF, acerca da multa moratória definida no patamar de 20%. **Argumento que deve ser afastado**, eis que a multa aplicada no caso em questão não é moratória, mas sim, punitiva por irregularidade constatada em operação com mercadorias transitando pelo Posto Fiscal de entrada do Estado, ainda assim, deve-se esclarecer que a multa aplicada ao caso concreto foi definida pelo E. STF, no ano de 2015 e, firmada na legislação estadual pelas leis 3583 e 3756/2015. Portanto a penalidade aplicada, vigente, e de acordo com a lei estadual e em conformidade com aquela definida pela corte superior.

No caso concreto, a empresa autuada impetrou Mandado de Segurança nº 7018565-32.2022.8.22.0001, solicitando que o Estado de Rondônia se abstenha de exigir o ICMS-DIFAL, nas operações realizadas no ano de 2022, em respeito aos princípios da anterioridade anual e nonagesimal, previsto na CF/88. O juízo competente deferiu liminar parcial suspendendo a cobrança do diferencial de alíquotas antes de transcorrido 90 dias da promulgação da Lei 190/2022. Em sentença, confirma-se a liminar concedida, para o fim de abster a cobrança do ICMS-Difal antes dos 90 dias da promulgação da LC 190/2022. Nesse caso, a tese da anterioridade nonagesimal foi confirmada para aplicação relativa aos dispositivos da Lei Complementar nº 190/22, vez que não considera criação ou majoração de tributo, sendo apenas mecanismo de distribuição de receita, existente anteriormente, entre os estados da federação, conforme a decisão em Agravo de Instrumento nº 0803300-79.2022.8.22.0000.

Diante das considerações acima e havendo depósito em garantia do crédito tributário (art. 151, II do CTN), comprovado nos autos. Assim, compreendo, smj, que, o auto de infração deve ser declarado parcialmente procedente, afastando a penalidade aplicada. Assim, do valor total do crédito tributário lançado de R\$ 3.822,50, declaro devido apenas o valor do ICMS-Difal de R\$ 2.011,84, relativo ao destaque na NF 363792 de 14-10-2022, conforme demonstrado a seguir:

AI 20222906700039 - Votorantim Cimentos S.A	Parte Devida	Parte Indevida
ICMS	R\$ 2.011,84	R\$ -
MULTA 90% DO VALOR DO IMPOSTO CORRIGIDO	R\$ -	R\$ 1.810,66
JUROS	R\$ -	R\$ -
ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA	R\$ -	R\$ -

TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 2.011,84	R\$ 1.810,66
-----------------------------	--------------	--------------

4- CONCLUSÃO

De acordo com o previsto no artigo 15, I, da Lei 4929 de 17 de dezembro de 2020 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\$ 2.011,84 (dois mil, onze reais e oitenta e quatro centavos) e, **indevido** o valor da multa de ofício de R\$ 1.810,66. Observando a existência de depósito judicial do montante integral.

Desta decisão, pela parte improcedente de R\$ 1.810,66, 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, 28/03/2023 .

NIVALDO JOAO FURINI

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

NIVALDO JOAO FURINI, Auditor Fiscal,

Data: **28/03/2023**, às **9:55**.

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