



SUJEITO PASSIVO : *MICROSENS LTDA.*

ENDEREÇO :

CARIACICA (ES)

PAT N° : *20202906700019*

DATA DA AUTUAÇÃO : *22/04/2020*

CAD/ICMS : *00000000469327-2*

CNPJ/MF : *78.126.950.0011-26*

DECISÃO N° : *2023.06.08.03.0021*

1. Deixar de recolher diferencial de alíquotas em operações destinadas a não contribuinte do ICMS. 2. Defesa tempestiva. 3. Empresa com ação judicial em curso, ressalvadas da modulação RE 1287019. 4. Auto de infração improcedente.

1 - RELATÓRIO

O sujeito passivo promoveu circulação de mercadorias acobertadas pelas NF-es 15781 e 16011, destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS sem apresentar comprovante do recolhimento do ICMS-Diferencial de Alíquotas devido ao Estado de Rondônia, (EC 87/2015). Contribuinte com inscrição estadual inativa.



A infração foi capitulada nos artigos 270, I, “c”, 273 e 275, do Anexo X do RICMS/RO aprovado pelo decreto 22.721/2018 c/c EC 87/2015. A penalidade foi art. 77, IV, a, 1 da Lei 688/96.

Demonstrativo da base de cálculo: R\$ 100.800,00 (Vr do produto) x 05,5% (Dif. alíquota) = R\$ 5.544,00 (ICMS devido); multa: R\$ 5.544,00 x 90% = R\$ 4.989,60; total = R\$ 10.533,60.

O sujeito passivo foi notificado por AR, no dia 28.09.2020, fl. 11, apresentando defesa tempestiva.

2 - DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

A impugnante alega que em 01.2020 emitiu a nota fiscal 15781, realizando o pagamento em 14.02.2020, por depósito judicial, conforme documentos anexos. Contudo, no mês seguinte, ocorreu a devolução da mercadoria pela NF-e 10341, e a venda foi realizada pela NF-e 16011. Não obstante a devolução, ao ser transmitida a GIA-ST para essa nota, foi emitido como pagamento antecipado ao invés de devolução, gerando o valor ora cobrado.

Em vista do pagamento da NF-e 15781 e o erro na digitação na NF-e 16011, já corrigido pela GIA-ST retificadora, é indevida a autuação.

3 – FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Consta que o sujeito passivo não recolheu o ICMS-DA devido em operação destinada a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado no Estado de Rondônia. Ação fiscal desencadeada no posto fiscal de Vilhena.

Dispositivos apontados como infringidos:

Anexo X do RICMS/RO aprovado pelo Decreto 22721/2018

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. **(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)**

PENALIDADE 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)**

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;

Versa a presente autuação sobre a falta de recolhimento antecipado do ICMS-DA em operação interestadual destinada a não contribuinte localizado no Estado de Rondônia. Segundo a fiscalização, o ICMS deveria ser recolhido antes da operação, em razão da inscrição estadual estar inativa.



Em sua defesa, o contribuinte aduz que fez o recolhimento via depósito judicial. Alega também, que a operação referente a NF-e 15781 foi desfeita pela devolução com a NF-e 10341. Que nova operação ocorreu com a emissão da NF-e 16011 no mesmo valor.

Em exame aos documentos contidos nos autos, verifico que, de fato, a operação referente a NF-e 15781 foi anulada com a NF-e 10341 emitida para devolução, sendo emitida a NF-e 16011 para acobertar a operação. Embora o procedimento previsto na legislação seja o cancelamento da NF-e com erro, ou a emissão de carta de correção, a forma utilizada pelo contribuinte deve ser levada em consideração, pois devidamente comprovado.

O contribuinte impetrou MS 0803532.33.218.822.0000 visando afastar a cobrança de ICMS-DIFAL sob a alegação de ausência de Lei Complementar Nacional instituindo tal modalidade de imposto, tendo optado por depositar os valores do ICMS-DIFAL referente operações destinadas a não contribuintes localizados em Rondônia. Diante disso, a exigibilidade do crédito tributário em questão está suspensa (art. 151, II do CTN).

Dito isso, em consonância com o Enunciado TATE/SEFIN 008, de início deve ser afastada a multa, pois o depósito integral do ICMS supostamente devido foi efetuado, no dia 14.02.2020, fl. 15, enquanto a notificação do auto de infração ocorreu em 28.09.2020, fl. 11.

I - Depósito feito antes da ciência do Auto de Infração:

a) se integral, serão afastados (excluídos) a multa e os acréscimos legais (juros e correção monetária), e a análise do lançamento se limita ao tributo lançado;

A questão aqui tratada se insere nas discussões sobre a inconstitucionalidade da cobrança do DIFAL antes da edição de Lei Complementar. O STF fixou a tese de repercussão geral no RE 1287019 nos seguintes termos: A cobrança do diferencial de alíquota alusiva ao ICMS, conforme introduzido pela emenda EC 87/2015, pressupõe a edição de lei complementar veiculando normas gerais" (Tema 1093).

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Direito tributário. Emenda Constitucional nº 87/2015. ICMS. Operações e prestações em que haja a destinação de bens e serviços a consumidor



*final não contribuinte do ICMS localizado em estado distinto daquele do remetente. Inovação constitucional. Matéria reservada a lei complementar (art. 146, I e III, a e b; e art. 155, § 2º, XII, a, b, c, d e i, da CF/88). Cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do Convênio ICMS nº 93/15. Inconstitucionalidade. Tratamento tributário diferenciado e favorecido destinado a microempresas e empresas de pequeno porte. Simples Nacional. Matéria reservada a lei complementar (art. 146, III, d, e parágrafo único, da CF/88). Cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15. Inconstitucionalidade. 1. A EC nº 87/15 criou nova relação jurídico-tributária entre o remetente do bem ou serviço (contribuinte) e o estado de destino nas operações com bens e serviços destinados a consumidor final não contribuinte do ICMS. O imposto incidente nessas operações e prestações, que antes era devido totalmente ao estado de origem, passou a ser dividido entre dois sujeitos ativos, cabendo ao estado de origem o ICMS calculado com base na alíquota interestadual e ao estado de destino, o diferencial entre a alíquota interestadual e sua alíquota interna. 2. Convênio interestadual não pode suprir a ausência de lei complementar dispondo sobre obrigação tributária, contribuintes, bases de cálculo/alíquotas e créditos de ICMS nas operações ou prestações interestaduais com consumidor final não contribuinte do imposto, como fizeram as cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do Convênio ICMS nº 93/15. 3. A cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15, ao determinar a extensão da sistemática da EC nº 87/2015 aos optantes do Simples Nacional, adentra no campo material de incidência da LC nº 123/06, que estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte, à luz do art. 146, inciso III, d, e parágrafo único, da Constituição Federal. 4. Tese fixada para o Tema nº 1.093: “A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais”. 5. Recurso extraordinário provido, assentando-se a invalidade da cobrança do diferencial de alíquota do ICMS, na forma do Convênio nº 93/1, em operação interestadual envolvendo mercadoria destinada a consumidor final não contribuinte. 6. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do convênio questionado, de modo que a decisão produza efeitos, quanto à cláusula nona, desde a data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF e, quanto às cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta, a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022), aplicando-se a mesma solução em relação às respectivas leis dos estados e do Distrito Federal, para as quais a decisão deverá produzir efeitos a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022), exceto no que diz respeito às normas legais que versarem sobre a cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15, cujos efeitos deverão retroagir à data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF. **Ficam ressalvadas da modulação as ações judiciais em curso.** (RE 1287019, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno,*



julgado em 24/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-099 DIVULG 24-05-2021 PUBLIC 25-05-2021).

Seguindo a decisão do STF, o Desembargador Miguel Mônico Neto, do TJ-RO, concede a segurança ao sujeito passivo:

“Na hipótese, como a presente ação foi proposta em **16/01/2019**, ou seja, muito antes do julgamento do recurso e, por consequência, da data da publicação da ata de julgamento (**03.03.21**), não restam dúvidas de que a espécie se enquadra na ressalva à modulação de efeitos do Tema 1093, uma vez que se trata de ação judicial em curso.”

“Ademais, não se pode olvidar que o art. 927 e art. 1.040, II e III, do CPC, determinam a observância obrigatória pelos órgãos fracionários do Poder Judiciário às decisões emanadas pelo STF em repercussão geral.”

Por se tratar de operação realizada no ano de 2020, antes da edição da Lei Complementar veiculando normas gerais, por se enquadrar na exceção de modulação dos efeitos da decisão da Suprema Corte, em razão de ação judicial em curso, a cobrança do ICMS é indevida.

4 – CONCLUSÃO

Conforme previsto no artigo 15, I, da Lei 4.929 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 **IMPROCEDENTE** a ação fiscal e declaro indevido o crédito tributário no valor de R\$ 10.533,60 (Dez mil, quinhentos e trinta e três reais e sessenta centavos).

Deixo de recorrer de ofício desta decisão, à Câmara de 2ª Instância, nos termos do artigo 132, § 1º, I, da Lei 688/96.

5 - ORDEM DE INTIMAÇÃO

Fica o sujeito passivo intimado da decisão de 1ª Instância e do seu arquivamento, nos termos do artigo 93 da Lei 688/96.



Porto Velho, 30 de junho de 2023.

EDUARDO DE SOUSA MARAJO

JULGADOR