



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

SUJEITO PASSIVO: *MEDILAR IMPORTACAO E DISTRIBUICAO DE PRODUTOS MEDICO HOSPITALARES S/A*

ENDEREÇO: *NORBERTO OTTO WILD, 420 - IMIGRANTE - VERA CRUZ/RS - MEDILAR CEP: 96880-000*

PAT Nº: *20222900100101*

DATA DA AUTUAÇÃO: *28/08/2022*

CAD/CNPJ: *07.752.236/0001-23*

CAD/ICMS: *00000005777704*

DECISÃO PARCIAL Nº: 2023/1/267/TATE/SEFIN

1. Não recolhimento do ICMS-DA em operação destinada a não contribuinte.
2. Defesa tempestiva
3. Depósito judicial efetuado antes da ciência.
4. Auto de infração parcial procedente

1 - RELATÓRIO

O sujeito passivo promoveu a circulação de mercadoria acobertada pela NF-e 815776 destinada 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).

A infração foi capitulada nos artigos art. 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\$ 7.227,00 (Vr do bem) x 10,5% (Dif. alíquota) = R\$ 758,84 (ICMS devido); multa: R\$ 758,84 x 90% = R\$ 682,95; total = R\$ 1.441,79.

Consta que o sujeito passivo foi notificado por AR, fl. 08, apresentando defesa tempestiva conforme documentos juntados ao E-PAT.

2 - DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

A defesa argumenta que a autuação viola os princípios da noventena e da anterioridade nonagesimal, pois o STF concluiu o julgamento conjunto do Recurso Extraordinário nº 1.287.019, leading case no Tema 1093, no sentido de que é inconstitucional a cobrança do DIFAL antes da edição de uma lei complementar que discipline a Emenda Constitucional nº 87/2015.

A lei 190/2022 só foi publicada em 04.01.2022, logo, o Estado não poderia cobrar o DIFAL no mesmo exercício financeiro, por contrariar os artigos 150, III, “b” e “c”, da CF.

A autuada possui decisão judicial favorável (Doc. 04) proferida nos autos da citada ação antiexacional (Processo nº 7028034-05.2022.8.22.0001) afastando a cobrança dos créditos tributários ora executados, o que suspende, portanto, a sua exigibilidade, nos termos do art. 151, IV, do CTN.

Pede que seja acolhida a presente impugnação cancelando a exigência fiscal, e na remota hipótese de manutenção da cobrança, que seja cancelada a multa aplicada, porquanto os valores depositados foram realizados na integralidade e dentro da data prevista na legislação para pagamento do tributo, consoante prevê expressamente o Código Tributário Nacional.

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. Mercadorias acobertadas pela NF-e 815776. 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;

A autuação ocorreu por omissão no pagamento do ICMS-DA pelo remetente de mercadoria para não contribuinte localizado no Estado de Rondônia.

Inicialmente deve ser mencionado que seguindo a jurisprudência do TATE (Enunciado 008) afasta-se a aplicação multa, pois o sujeito passivo recolheu o ICMS-DIFAL antes da ciência do auto de infração pelo sujeito passivo. Depósito judicial efetuado em 17.08.2022, notificação ocorrida em 23.11.2022.

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 impugnante alega que a cobrança não pode ser realizada no ano de 2022, pois para sua efetivação necessita de edição de Lei Complementar, conforme sedimentado pelo STF, no RE 1287019, Tema 1093, a seguinte tese: "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".

Antes da EC 87/2015, nas operações destinadas a consumidor final localizado em outro Estado, adotava-se a alíquota interna em caso de não contribuinte. Nesses casos, o produto da arrecadação pertencia ao Estado de origem da operação.

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

~~VII – em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:~~

~~a) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;~~

Com o advento da EC 87/2015, as operações antes citadas passaram a ter tributação na unidade da federação de origem e de destino.

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;

Os Estados, através do CONFAZ, editaram o Convênio ICMS 93/2015 para regulamentar a matéria, porém declarado inconstitucional. (ADI 5469 e RE 1.287.019), modulando seus efeitos para o início de janeiro de 2022.

“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”.

A lei Complementar 190/2022 que regulamentou a cobrança do ICMS nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto foi sancionada em 04.01.2022.

A Constituição Federal dispõe:

CF/88

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III - cobrar tributos:

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;

Tais princípios são proteções ao contribuinte evitando que seja surpreendido pela cobrança de um tributo sem que transcorra um determinado tempo, para que este se planeje para suportar o ônus.

No caso do DIFAL (diferencial de alíquotas) para não contribuinte inexistente instituição ou aumento de tributo, pois nessas operações é aplicada a alíquota interna. O que há na verdade, é mudança na partilha do ICMS entre o Estado de origem e o Estado de destino, que antes pertencia em sua totalidade ao Estado de origem da mercadoria. Anteriormente à Emenda Constitucional 87/2015 as operações destinadas a não contribuintes tinham tributação integral na origem. Após a Emenda 87/2015 a tributação continua a mesma, com mudanças apenas quanto ao destino do valor arrecadado entre os Estados de origem e destino das operações e prestações.

Em relação ao prazo nonagesimal, aplicam-se os mesmos fundamentos da anterioridade anual. Apesar da redação da lei tratar do prazo de noventa dias como anterioridade nonagesimal (150, III, c, CF/88), entendo que se trata de *vacatio legis*, porém, em uma situação ou outra, independente da nomenclatura, fica afastada a cobrança do diferencial de alíquotas até o transcorrer desse prazo.

Em que pese o entendimento do julgador ser esse, a Justiça Estadual na ação (Processo nº 7028034-05.2022.8.22.0001) decidiu pela aplicabilidade dos princípios da noventena e anterioridade anual

a) quanto ao recurso de Medilar Importação e Distribuição de Produtos Médico Hospitalares S/A, dou-lhe provimento para o fim de determinar ao ente tributante a observância das regras da anterioridade anual e nonagesimal para a cobrança do ICMS-DIFAL, bem como para que se abstenha da prática de atos fiscalizatórios e sancionatórios com base nesse fundamento;

Diante disso, enquanto não transita em julgado a ação judicial antes mencionada, mantém-se o lançamento do ICMS, devendo permanecer suspenso (art. 151, II do CTN) até a decisão final, que prevalecerá sobre a decisão ora tomada.

Crédito tributário devido:

ICMS = R\$ 758,84

Crédito tributário indevido: Multa = R\$ 682,95

4 – CONCLUSÃO

De acordo com o 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 **PARCIAL PROCEDENTE** a ação fiscal e declaro devido o crédito tributário no valor de R\$. R\$ R\$ 758,84 (Setecentos e cinquenta e oito reais e oitenta e quatro 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 – ÓRDEM DE INTIMAÇÃO

Fica o sujeito passivo intimado da decisão de 1ª Instância, garantido o direito de apresentar Recurso Voluntário à Câmara de Julgamento de Segunda Instância no prazo de 30 dias.

Frisa-se que o crédito tributário está com a exigibilidade suspensa (art. 151, II do CTN) até o trânsito em julgado do Processo nº 7028034-05.2022.8.22.0001.

Porto Velho, 08/08/2023 .

EDUARDO DE SOUSA MARAJO

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

EDUARDO DE SOUSA MARAJO, Auditor Fiscal,

, Data: **08/08/2023**, às **16:27**.

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