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

SUJEITO PASSIVO: *DE NIGRIS DITR. DE VEICULOS LTDA.*
ENDEREÇO: *Av. Nove de Julho , 3452 - Jardim Paulista - São Paulo /SP - Conj. 131 CEP: 01406-000*
PAT Nº: *20222906300557*
DATA DA AUTUAÇÃO: *20/09/2022*
CAD/CNPJ: *61.591.459/0001-00*
CAD/ICMS:

DECISÃO PROCEDENTE Nº: 2023/1/749/TATE/SEFIN

1. Não recolhimento do ICMS-DIFAL em operações destinadas a não contribuinte. 2. Defesa tempestiva 3. Infração não Ilidida 4. Auto de infração procedente

1 - RELATÓRIO

O sujeito passivo promoveu a circulação de mercadoria acobertada pela NF-e 476.749 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$ 263.502,00 (Vr do bem) x 10,5% (Dif. alíquota) = R$ 27.667,71 (ICMS devido); multa: R$ 27.667,71 x 90% = R$ 24.900,94; total = R$ 52.568,65.

Consta que o sujeito passivo foi notificado por AR, fl. 13, apresentando defesa tempestiva conforme documentos juntados ao E-PAT.

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 1045-d876-6786-4d1b

2 - DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

Os argumentos da impugnante estão centrados na impossibilidade de cobrança de ICMS-Diferencial de alíquotas nas operações destinadas a não contribuintes antes de 01.01.2023.

Preliminarmente, alega que restou 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". Desse modo, os tribunais administrativos devem observar, cumprir e fazer cumprir, as decisões judiciais em REPERCUSSÃO GERAL.

Entende que o lançamento deve ser anulado ou a cobrança suspensa, por vinculação à decisão em repercussão geral exarada pela Suprema Corte.

Aduz que é necessária a edição de Lei Complementar para aplicabilidade da Emenda Constitucional 87/2015.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou a ADI 5469 e determinou que 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.

Que a cobrança do ICMS-DIFAL em questão, ofende o princípio da anterioridade anual, assim como o princípio da anterioridade nonagesimal, previstos no art. 150, III, b e c, da CFB, pois a Lei Complementar nº 190/2022, publicada somente no exercício de 2022, não pode ensejar a cobrança do DIFAL de imediato.

A própria Lei Complementar nº 190/2022 dispõe sobre a necessidade de observância da anterioridade para a produção de seus efeitos, conforme se observa da redação do seu art. 3º:

A instituição do DIFAL representou a criação de uma nova hipótese de incidência do ICMS para o contribuinte, configurando nova forma de tributação: se antes da EC nº 87/2015 o contribuinte somente pagava o ICMS com alíquota interestadual para o Estado de origem da mercadoria, após a mudança constitucional ele passou a ter que efetuar o recolhimento da diferença da alíquota também para o Estado de destino.

Requer diligências apresentando questionamentos como:

a) Foi comprovado, documentalmente, que não houve recolhimento do ICMS/DIFAL no período de 20/09/2022?

a.1) Em caso positivo. Justificar o período anos/base considerados na formação do lançamento?

a.2) Neste caso, esclarecer o r. agente vistor indicado pela SEFIN/RO, se foi promovida a observância JULGADO PELA CORTE CONSTITUCIONAL – STF TEMA 1093 – RE Nº. 1287019, especialmente, no que pressupõe a edição de lei complementar veiculando normas gerais, em razão da declaração da INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DAS CLÁUSULAS PRIMEIRA, SEGUNDA, TERCEIRA, SEXTA E NONA DO CONVÊNIO ICMS Nº 93, DE 17 DE SETEMBRO DE 2015, DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA FAZENDÁRIA (CONFAZ);

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 1045-d876-6786-4d1b

b) No exame do AIIM sob o nº 20222906300557 e documentos apresentados pela IMPUGNANTE esclarecer o r. agente vistor indicado pela SEFIN/RO, especificando as infrações de obrigações acessórias, no que tange a emissão irregular de documento fiscal?

b.1) Caso o sujeito não seja responsável tributário pelo recolhimento do ICMS-DIFAL, quais foram as infrações legais nas obrigações acessórias realizadas pela empresa autuante? Em caso positivo justificá-las apresentando a base legal;

c) Foi comprovado, documentalmente, a obrigação legal da empresa como responsável tributário pelo recolhimento do ICMSDIFAL ao Estado de Rondônia, com base na legislação da Constituição Federal e RICMS/RO?

c.1) Em caso positivo justificar;

d) Esclarecer o r. agente vistor indicado pela SEFIN/RO, se foi promovida a observância dos arts. 142 e 144 § 1º do CTN-Código Tributário Nacional, especialmente que as disposições em destacadas abaixo, APONTANDO, EM CADA LANÇMENTO RESPECTIVO, ONDE ESTÃO DEMONSTRADAS SUAS APLICAÇÕES, nos termos também do art. 3733 caput da CR/88?

e) No exame do AIIM sob o nº 2022290630557, por tratar-se de período apurado de 20/09/2022, esclarecer o r. agente vistor indicado pela SEFIN/RO, se foi promovida a observância do artigo 173 do CTN, no que tange a decadência da constituição do crédito em tela?

Indica como perito, ainda nos termos do inciso IV, do Decreto-Lei que regula o processo administrativo constitucional tributário, Dr. Paschoal Perito Judicial Contábil – CRC

Requer o acatamento da presente defesa, com a nulidade da autuação.

Requer, para total esclarecimento dos fatos, e correta formação do juízo da autoridade julgadora, a oitiva ou prestação de informações pela auditora fiscal, acarretando, com a negativa desta na nulidade absoluta do processo administrativo constitucional tributário.

Oitiva ou prestação de Informações, do representante legal da empresa, funcionários encarregados para que possam colaborar com os esclarecimentos pertinentes ao caso:

Requer ainda, dignem-se Vossas Exas., outorgar SUSTENTAÇÃO ORAL in limine.

Requer que todas as publicações e intimações referentes ao presente Processo Administrativo sejam efetuadas exclusivamente, registra-se e roga-se observância em nome do Advogado, Dr. Luís Carlos

3 – FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Consta que o sujeito passivo não recolheu o ICMS-DA devido em operação destinada a

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 1045-d876-6786-4d1b

consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado no Estado de Rondônia. Mercadorias acobertadas pela NF-e 476.479. 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.

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".

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 1045-d876-6786-4d1b

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:*~~

~~*b) 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

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 1045-d876-6786-4d1b

para suportar o ônus.

No caso do DIFAL (diferencial de alíquotas) para não contribuinte inexiste 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.

Portanto, não prospera a argumentação de que o DIFAL só poderá ser exigido a partir de 2023, inexistindo violação aos princípios da anterioridade anual e nonagesimal (150, III, “b” e “c”, CF/88).

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.

Como dito antes, não procede a alegação que antes da EC nº 87/2015 o contribuinte somente pagava o ICMS com alíquota interestadual para o Estado de origem da mercadoria, após a mudança constitucional ele passou a ter que efetuar o recolhimento da diferença da alíquota também para o Estado de destino. Antes da EC 87/2015 a tributação era pela alíquota interna na origem, após a emenda houve apenas mudança na repartição do imposto, ficando com o Estado de origem o imposto referente à alíquota interestadual e com o Estado de destino a diferença entre as alíquotas internas e interestadual.

Indefiro o pedido de diligências efetuado pela impugnante. Os questionamentos apresentados pelo sujeito passivo, ou já foram mencionados na decisão, ou serão tratados a seguir:

O sujeito passivo não apresentou o comprovante de recolhimento do imposto, também não consta registro no conta corrente do mesmo.

A infração foi devidamente apontada na peça básica.

Quanto aos questionamentos sobre obrigação legal da empresa como responsável tributário pelo recolhimento do ICMSDIFAL ao Estado de Rondônia; se houve observância dos arts. 142 e 144 § 1º do CTN-Código Tributário Nacional; se foi promovida a observância do artigo 173 do CTN, no que tange a decadência da constituição do crédito em tela? A autuada é a emitente da nota fiscal, logo, é contribuinte em relação ao DIFAL. O lançamento está em sintonia com as disposições do art. 142 do CTN. A legislação aplicável é a vigente na data da ocorrência do fato gerador. O fato gerador ocorreu em setembro de 2022, portanto, não há que se falar em decadência.

Indeferido o pedido de oitiva do Auditor Fiscal autor do feito, do representante legal da

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 1045-d876-6786-4d1b

empresa, pois os documentos trazidos aos autos são suficientes para o deslinde da questão.

O pedido de sustentação oral em julgamento singular não pode ser atendido, entretanto, á facultado ao sujeito passivo a sustentação oral no julgamento colegiado, desde que faça a solicitação nos termos do art. 58 do Regimento Interno do TATE, aprovado pelo Decreto 9157/2000

Art. 58. É assegurado aos interessados o direito de sustentação oral de qualquer recurso interposto perante o Tribunal, desde que seja solicitada por escrito no próprio recurso ou à Secretaria Geral, até 24 (vinte e quatro) horas antes do julgamento do processo.

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 **PROCEDENTE** a ação fiscal e declaro devido o crédito tributário no valor de R$. R$ R$ 52.568,65 (Cinquenta e dois mil, quinhentos e sessenta e oito reais e sessenta e cinco centavos), devendo o mesmo ser atualizado até a data do pagamento.

5 – ÓRDEM DE INTIMAÇÃO

Fica o sujeito passivo intimado a recolher o crédito tributário devido no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência deste, garantido o direito de apresentar Recurso Voluntário à Câmara de Julgamento de Segunda Instância, no mesmo prazo, conforme artigo 134, da Lei 688/96, sob pena de inscrição em Dívida Ativa do Estado e consequente execução fiscal.

Conforme pedido, **notificar o advogado, Dr. Luís** **OAB/SP nº.**

Porto Velho, *01/08/2023* .

EDUARDO DE SOUSA MARAJO

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA

Documento assinado eletronicamente por:
EDUARDO DE SOUSA MARAJO, **Auditor Fiscal**, [illegible], Data: **01/08/2023**, às **10:59**.
Conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: 1045-d876-6786-4d1b