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:
PAT Nº: *20222906700046*
DATA DA AUTUAÇÃO: *28/10/2022*
CAD/CNPJ: *01.637.895/0184-22*
CAD/ICMS: *00000003852083*

DECISÃO PARCIAL Nº: 2023/1/198/TATE/SEFIN

1. Não recolher ICMS/DIFAL / art. 77, VII, b, 2, Lei 688/96. / Vendas a consumidor final em Rondônia. 2. Defesa tempestiva. 3. Infração não ilidida. 4. Ação fiscal parcialmente procedente.

1 - RELATÓRIO

O sujeito passivo foi autuado em flagrante infracional porque teria promovido circulação de mercadorias, através da Nota Fiscal eletrônica nº 365767, de sua emissão, destinada a consumidor final situado neste Estado, sem providenciar antecipadamente o recolhimento do "ICMS Diferença de Alíquota" devido ao Estado Consumidor, conforme previsto na EC nº 87/2015, Lei 688/1996 e RICMS/RO/2018.

A infração por descumprimento de obrigação fiscal principal foi capitulada nos artigos 269; 270, I, "c"; 273; 275, todos do Anexo X do RICMS/RO/2018.

A penalidade foi aplicada de acordo com o art. 77, inciso VII, alínea "b", item 2, da Lei 688/96.

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: 75d1-e05a-ac26-d4d0

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

Tributo ICMS	R$ 2.040,67
Multa	R$ 1.836,60
Juros	R$ 0,00
Atualização Monetária	R$ 0,00
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R$ 3.877,27

O sujeito passivo foi notificado da autuação pelos Correios, em 23/11/2022 (fls. 08), sendo apresentada defesa tempestiva a qual passo a analisar.

O PAT está com exigibilidade suspensa.

2 - DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

A defesa apresenta, em síntese, os seguintes argumentos, assim numerados pela impugnante:

I- PRELIMINARMENTE:

Aduz a defesa que impetrou Mandado de Segurança, autos nº 7018565-32.2022.8.22.0001 (doc. 01), junto à 1ª Vara de 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.

Defende a aplicabilidade do princípio da anterioridade anual.

Junta comprovante de depósito judicial, cujo valor monta as operações do mês 10/2022 (R$ 121.650,02), efetivado somente no dia 05/09/2022.

Invoca o inciso II do artigo 151 do CTN. A impetração do Mandado de Segurança garantiria seus efeitos a partir da impetração, assim, deveria o Auto de Infração ser sobrestado.

DAS RAZÕES DE MÉRITO

II- DA ESPECIALIDADE DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 005/2016/GAB/CRE:

O auto de infração combatido seria nulo de pleno direito. Ainda assim, no mérito não poderia prosperar.

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: 75d1-e05a-ac26-d4d0

A impugnante argumenta que possui inscrição como contribuinte substituto no Estado de Rondônia e que, por isso, não estaria obrigada a recolher antecipadamente o ICMS-DIFAL, segundo se extrai da literalidade dos artigos 1º, 3º e 4º da Instrução Normativa 005/2016/GAB/CRE.

Estando inclusa na hipótese da referida normativa, não deveria recolher o ICMS antecipadamente, mas sim até o 15º dia do mês subsequente.

III- DO EFEITO CONFISCATÓRIO DA MULTA QUE CORRESPONDE A 90% DO VALOR DO IMPOSTO

Conclui que a multa seria exacerbada, colacionando jurisprudência acerca de possível inconstitucionalidade (ferimento aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade) e efeito confiscatório da penalidade atribuída.

Pede, ao final, pela nulidade ou improcedência do auto de infração sob análise.

3 - FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO

A autuação se deu por ter, o sujeito passivo, promovido venda de mercadorias destinadas a consumidor final situado neste Estado, sem providenciar o recolhimento do “ICMS - Diferencial de Alíquota” devido ao Estado consumidor, conforme previsto na Emenda Constitucional nº 87/2015 e legislação tributária estadual. Esta é a acusação fiscal que pesa contra a Impugnante.

A nota fiscal transitou pelo Posto Fiscal de Vilhena/RO, quando da autuação, com destaque, mas sem o recolhimento do ICMS devido a Rondônia. O fato é característica de “flagrante infracional com mercadorias em trânsito”, o que permite a intervenção fiscal direta, ora analisada.

Este julgador já havia diligenciado, em situações análogas anteriores junto à procuradoria do estado – PGE/PF para se inteirar da situação jurídica da ação em Mandado de Segurança citado pela defesa, bem como sobre a situação dos depósitos judiciais que a impugnante afirma que fizera. Na ocasião, fora noticiando que a decisão judicial de primeira instância teria entendido pela “vaccatio legis” de 90 dias da Lei Complementar 190/2022. Assim, o fisco estaria impedido de cobrar ICMS/DIFAL apenas do período de 05/01/2022 a 05/04/2022.

A defesa, por sua vez, apresentou comprovante de recolhimento de depósito judicial no valor de R$143.301,60, com data de pagamento em 07/11/2022, o que reputo idôneo nesta decisão. Deixarei para analisar no mérito. As questões de direito precisam ser previamente analisadas.

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: 75d1-e05a-ac26-d4d0

Sobre o entendimento jurídico da matéria debatida judicialmente me manifesto. Primeiramente convêm ressaltar que a decisão do STF: tema 1093, entende pela inaplicabilidade direta de lei estadual, enquanto não normatizada por lei complementar. Os efeitos da decisão, contudo, foram modulados para vigorar a partir de 2022. Esse procedimento foi adotado para não prejudicar as receitas estaduais já combalidas pela Pandemia/COVID.

Os questionamentos da impugnante partem da falsa premissa de que a LC 190/2022 deveria respeitar os princípios da “anterioridade de exercício” e “anterioridade nonagesimal”, o que é um equívoco. O artigo 3º da referida LC apenas cita a “nonagesimal” ou noventena.

Este tribunal tem entendimento de que, com relação ao princípio da anterioridade anual, o DIFAL já estava previsto na legislação estadual (Lei 3699/2015), sendo por isso recepcionado na nova ordem normativa complementar (LC 190/2022). Não houve majoração do tributo que estava sendo cobrado anteriormente, então não há que se aplicar a “anterioridade de exercício”. Na prática, o advento da Lei Complementar 190/2022 convalidou as leis já editadas que tratavam da matéria. Aliás, o próprio CTN (Lei 5.172/1966) foi recepcionado ante nova ordem constitucional (CF de 1988), não sendo necessária edição de novo código tributário.

Há de se ressaltar que Rondônia já havia introduzido a exigência tributária em sua legislação (lei estadual e Regulamento de ICMS) no ano de 2015, com base de cálculo e alíquotas aplicáveis perfeitamente definidas, não causando “surpresa tributária”. Por isso, inaplicável o princípio constitucional da anterioridade de exercício. Inarredável o direito do Estado de Rondônia ao tributo elidido.

Com relação à “anterioridade nonagesimal”, contudo, a lei complementar 190/2022 expressamente previu a “vaccacio legis” de noventa dias no seu artigo 3º:

> *“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, publicada a lei complementar em 05/01/2022, o ICMS/DIFAL só pode ser cobrado por Rondônia a partir do dia 06/04/2022. Aliás, esse entendimento consta da decisão monocrática da ação mandamental recorrida.

A nota fiscal objeto do auto de infração foi emitida no mês de outubro/2022 e continha o destaque do ICMS/DIFAL devido à UF/Destino (campo “Dados Adicionais/Informações Complementares”), o que denota que a empresa tinha conhecimento da exigibilidade do DIFAL por Rondônia, quando da ocorrência fiscal ora combatida. O fato ocorreu no mês de

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: 75d1-e05a-ac26-d4d0

outubro/2022, já dentro do prazo legal de cobrança, conforme entendimento do fisco e da justiça deste Estado.

Conforme visto acima, houve depósito judicial em relação às notas fiscais emitidas em outubro de 2022. Então, deverá ocorrer a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (inciso II do artigo 151 do CTN) assim que transitado em julgado este PAT, se ainda não houver decisão definitiva do `*mandamus*`. Afasto a tese preliminar de nulidade, pois a suspensão da exigibilidade não obsta o trânsito processual administrativo, mas apenas a execução de eventual crédito tributário.

Afasto igualmente a segunda tese (especialidade da IN 005/2016/GAB/CRE), pois a impugnante, mesmo sendo inscrita como “substituto tributário” não declarou os valores de ICMS do período 10/2022 ao fisco rondoniense, mesmo que eventualmente incidentes.

Os fatos descritos no auto de infração ocorreram após a “vaccacio legis”. Assim, a tributação está correta.

O ICMS lançado neste auto de infração é, portanto, exigível e atende aos requisitos formais de lançamento e constituição.

Acerca do depósito judicial havido em 07/11/2022, este foi feito antes da notificação do auto de infração, que ocorreu em 23/11/2022. Aplicável aqui a sabedoria do Enunciado-TATE-008, especificamente enquadrado na hipótese do inciso I, alíneas “a” e “c”. De acordo com o entendimento, sendo o crédito tributário depositado em juízo antes da ciência da ação fiscal, será inexigível a multa e acréscimos moratórios. É como decido.

Os fatos descritos no auto de infração ocorreram após a “vaccacio legis”. Assim, a tributação está correta.

O ICMS lançado neste auto de infração é, portanto, exigível e atende aos requisitos formais de lançamento e constituição.

Os valores estão corretamente definidos e a cobrança do ICMS é legal.

A tese de confisco pela multa atribuída não pode ser acolhida. A eventual inconstitucionalidade suscitada no penúltimo argumento defensivo, por ferimento a princípios insculpidos na carta magna, aliada a decisões jurídicas apresentadas na impugnação, não pode ser analisada administrativamente. É o que impõe o artigo 90 da Lei 688/96.

> *Art. 90. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, salvo no caso da inconstitucionalidade ter sido proclamada: (NR Lei nº*

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: 75d1-e05a-ac26-d4d0

3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

I - em ação direta de inconstitucionalidade; e

II - por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal ou a Assembleia Legislativa tenha suspendido a execução do ato normativo.

Entendo pelo afastamento da multa de 90%, em consonância com o entendimento expresso no ENUNCIADO-TATE-008. O depósito judicial da íntegra do ICMS exigido impede a exigibilidade de multa. Decido pela procedência da exigibilidade do ICMS/DIFAL e pela improcedência da multa penal, já que o depósito do montante garante o valor pleiteado pelo Estado.

	DEVIDO	INDEVIDO
Tributo ICMS	R$ 2.040,67	R$
Multa	R$	R$1.836,60
Juros	R$	R$
Atualização Monetária	R$	R$
TOTAL	R$2.040,67	R$ 1.836,60

4 - CONCLUSÃO

No uso da atribuição disposta no artigo 79, II, do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo Tributário – TATE, aprovado pelo Decreto nº 9157, de 24 de julho de 2000, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** a ação fiscal.

Declaro DEVIDO o crédito tributário no valor de R$ 2.040,67 (dois mil e quarenta reais e sessenta e sete centavos), devendo o mesmo ser atualizado na data do efetivo pagamento.

Declaro INDEVIDA a multa no valor de R$ 1.836,60 (um mil, oitocentos e trinta e seis reais e sessenta centavos).

Em decorrência do exposto no § 1º, I, do art. 132 da Lei nº 688/96, não interponho recurso de ofício.

5 - ORDEM DE INTIMAÇÃO

Fica o sujeito passivo intimado a pagar ou parcelar o crédito tributário no prazo de 30 (trinta)

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: 75d1-e05a-ac26-d4d0

dias, a contar da ciência deste, garantido o direito de recurso voluntário à Câmara de Segunda Instância, no mesmo prazo, sob pena de inscrição em Dívida Ativa do Estado.

Sendo definitiva esta decisão, deverá o PAT aguardar o trânsito em julgado do Mandado de Segurança para só então promover a execução fiscal. O Depósito judicial garante a suspensão da exigibilidade do crédito tributário ora exigido.

Porto Velho, *29/05/2023*.

RUDIMAR JOSÉ VOLKWEIS

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA

Documento assinado eletronicamente por:
RUDIMAR JOSE VOLKWEIS, **Auditor Fiscal**, , Data: **29/05/2023**, às **17:32**.
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: 75d1-e05a-ac26-d4d0