



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: 20222906700054

DATA DA AUTUAÇÃO: 05/11/2022

CAD/CNPJ: 01.637.895/0184-22

CAD/ICMS: 00000003852083

DECISÃO PARCIAL Nº: 2023/1/170/TATE/SEFIN

1.Falta de recolhimento do ICMS-DIFAL 2. Destinatário contribuinte do ICMS 3. Defesa Tempestiva 4. Infração parcialmente ilidida 5. Ação Fiscal **parcialmente procedente**

1 – RELATÓRIO

Por meio da NFe 366277 o sujeito passivo acima identificado promoveu a saída de mercadorias com destino a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado nesta unidade federada, sem comprovação do pagamento do ICMS-Diferencial de Alíquota antecipadamente à operação. Sujeito passivo impetrou mandado de segurança (ação 7018565-32.2022.8.22.0001) para não cobrança do ICMS-DIFAL. Porém a concessão da segurança foi para que o fisco de Rondônia não cobrasse o ICMS-DIFAL apenas no período de 90 dias após a promulgação da LC 190/2022 (04/01/2022). Sendo assim, a partir do dia 04/04/2022 passou a ser devido o recolhimento/destaque do ICMS-DIFAL e aplicada a multa prevista no art. 77, inciso VII, alínea “b”, item 2, da Lei 688/96.

Tributo	1.944,96
---------	----------

Multa	1.750,46
Juros	0,00
Atualização Monetária	0,00
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	3.695,42

A intimação foi realizada, **em 13/02/2023, Via postal na data do recebimento do AR (fls.07)** nos termos do artigo 112, inciso II e §1º, II da Lei nº 688/96. A defesa foi apresentada de forma tempestiva.

2 - DAS ARGUIÇÕES DA DEFESA

O sujeito passivo, alega o que se segue:

2.1. A Defesa alega em preliminar que a cobrança do diferencial de alíquota do ICMS nas saídas para consumidores finais não contribuintes do imposto durante 2022 é ilegal pelo princípio constitucional da anterioridade;

2.2. No mérito, a defendente alega que por ser contribuinte do ICMS como substituto tributário não está obrigada a realizar o recolhimento do DIFAL-ICMS a cada operação e cita a IN nº 005/2016/GAB/CRE que dispõe em seu art.4º que os valores apurados deverão ser recolhidos até o dia 15 do mês subsequente;

2.3. A Defesa pede a anulação da multa ou sua redução porque alega que possui efeito confiscatório.

3 – FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO

O sujeito passivo, Votorantim Cimentos S.A., filial de Cuiabá, vendeu cimento a granel, através da NF nº 366277, para consumidor não contribuinte do estado de Rondônia sem comprovar o recolhimento do diferencial de alíquota do ICMS. Foi apresentado pelo sujeito passivo o Mandado de Segurança nº 7018565-32.2022.8.22.0001, impetrado no TJ-RO.

Inicialmente, entendia que a aplicação da multa que mais se adequa ao caso concreto era a disposta no art.77, inciso IV, alínea 'a', item 5 da Lei 688/96 que informa que:

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):

(...)

5. do valor do imposto não pago correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, quando na entrada no território deste Estado, procedente de outra unidade da Federação, de mercadoria ou bem destinado ao uso ou consumo ou ao ativo imobilizado, em estabelecimento de contribuinte do imposto ou de serviço, adquirido por este, cuja prestação se tenha iniciado em outra Unidade da Federação e não esteja vinculada a operação ou prestação subsequente sujeita ao imposto;

Baseado no exposto e com fulcro no art.108 da Lei 688/96, procederá a recapitulação da multa cobrada por não haver mudança no *quantum debeat*. Vejamos as análises dos argumentos de Defesa para entender o que mudou.

3.1. De acordo com o art.3º da Lei Complementar 190/2022, a cobrança do DIFAL-ICMS, nos termos dessa Lei, deve observar, quanto a produção de efeitos, o lapso temporal, “*Vacatio legis*”, de 90 dias a partir da data de publicação (alínea ‘c’ do inciso III do caput do artigo 150 da Constituição Federal), ou seja, o princípio da Noventena.

No caso em tela, a data de emissão da NF é de 31/10/2022 e o limite dos 90 dias para a não cobrança do imposto era 05/04/2022, portanto, a cobrança é legal e fora do escopo da proteção deste princípio constitucional.

Quanto ao princípio da Anterioridade do exercício, alínea ‘b’ do inciso III do art.150 da CF/1988, este se refere a criação ou majoração de tributo. Não é o caso, pois a cobrança do DIFAL-ICMS se trata de uma repartição de receita tributária, para a origem e para o destino (aplicação na base de cálculo da alíquota interestadual para o estado de origem e da diferença entre alíquota interna do destino e a alíquota interestadual para o estado de destino).

Ainda não há um posicionamento jurisprudencial definitivo sobre esta tese. O que se sabe é que o Ministro Alexandre de Moraes indeferiu as cautelares impetradas nas ADIs 7066, 7070, 7075 e 7078, favorecendo as unidades federativas. De qualquer maneira, ainda não há uma decisão definitiva do STF. Caso seja favorável ao contribuinte, o sujeito passivo poderá buscar os meios de reverter a cobrança aplicada.

3.2. A alegação da Defesa é que por ser contribuinte do imposto por substituição tributária, o sujeito passivo não estaria obrigado a recolher o ICMS antecipadamente por ocasião das saídas das mercadorias, a cada operação, pois atenderia o prazo e as regras do art.4º da IN nº 005/2016/GAB/CRE, já citada, a qual passo a reproduzir:

Art. 4º. O valor apurado com base nas declarações referidas no artigo 3º deverá ser recolhido até o dia 15 (quinze) do mês subsequente, por intermédio de Guia Nacional de Tributos Estaduais – GNRE, utilizando-se do código de receita 10011-0 – ICMS consumidor final não contribuinte outra UF por apuração”

Contudo, apesar da alegação ser verdadeira, o sujeito passivo, como substituto tributário, não destacou o imposto no campo ST do documento fiscal em favor do estado de Rondônia, como é possível verificar na folha 03 dos autos. Por isso, a cobrança torna-se devida no momento da entrada da

mercadoria no estado de Rondônia.

Desta maneira, o sujeito passivo, substituto tributário, emitiu documento fiscal, NF nº 366277, sem a retenção do imposto. Esta conduta se insere no rol de infrações cuja penalidade estaria disposta no art.77, inciso IV, alínea K da Lei 688/96, da seguinte maneira:

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)

(...)

k) multa de **5%** (cinco por cento) do valor da operação, ao remetente substituto tributário que não efetuar a retenção do imposto ou efetuar a retenção a menor, não podendo ser inferior a 10 (dez) UPF/RO. (AC pela Lei nº 4208, de 14/12/17 - efeitos a partir de 14/12/17)

Desta forma, de acordo com o art. 108 da Lei 688/96, por ser de menor valor, recapitulo a infração cobrada e indico como a mais adequada ao caso.

Contudo, de acordo com o que foi narrado acima, a ciência do auto de Infração pelo contribuinte ocorreu em 13/02/2023 por via postal, e o depósito judicial, cujo valor do imposto cobrado (R\$ 1.944,96) está contido, foi pago em 07/11/2022 (conforme comprovante de pagamento). Dessa maneira, por entendimento consolidado deste Tribunal, o depósito judicial suspende a exigibilidade do crédito tributário que seria igual ao valor, apenas, do imposto. A multa pecuniária cobrada, por conseguinte, estaria afastada, seria improcedente. *(Ver planilha em excel que estou anexando neste E-PAT, vinculando o valor depositado, total do mês 11/2022, e o valor do imposto cobrado deste Auto de Infração).*

3.3. Este item que trata da pertinência ou não do caráter confiscatório da multa ficou prejudicado pela suspensão de sua exigibilidade e por isso, não será analisado.

Abaixo, deixo o Quadro Comparativo do valor do crédito tributário – parte procedente e parte improcedente:

	VI. cobrado AI	VI. Procedente	VI. Improcedente
Tributo	1.944,96	1.944,96	0,00
Multa	1.750,46	0,00	1.750,46
Crédito Tributário	3.695,42	1.944,96	1.750,46

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 sendo devido o valor do imposto de R\$ **1.944,96** e indevido a diferença referente a **parcela da multa de R\$ 1.750,46**.

Enquanto tramitar o Mandado de Segurança sem a decisão definitiva por parte do TJ-RO, o valor a ser cobrado do crédito tributário (valor do imposto) encontrar-se-á com sua exigibilidade suspensa.

Ressalto que a suspensão da exigibilidade é relativa a multa por “infração”, que não tem a ver com a multa “moratória” (art.46-B da Lei 688/1996), esta permanece surtindo seus efeitos.

De acordo com o inciso I do § 1º do art.132 da Lei 688/96, deixo de recorrer de ofício a 2ª Instância deste Tribunal, pela importância ser menor que 300 UPF/RO.

5 – ORDEM 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 recurso voluntário à Câmara de Segunda Instância, no mesmo prazo, sob pena de inscrição em dívida ativa do Estado e consequente execução fiscal.

Porto Velho, 03/05/2023 .

ARMANDO MARIO DA SILVA FILHO

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

ARMANDO MARIO DA SILVA FILHO, Auditor Fiscal

Data: **03/05/2023**, às **9:51**.

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