

PROCESSO : 20222906300699 - E-PAT 023.615
RECURSO : RECURSO DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO Nº 24/2023
RECORRENTE : PRODIET NUTRIÇÃO CLÍNICA LTDA
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATÓRIO : Nº 100/2024/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

02 - VOTO DO RELATOR

O Auto de Infração foi lavrado, no dia 04/12/2022, em razão de o sujeito passivo ter deixado de fazer o pagamento da DIFAL (Diferença de Alíquotas) referente à entrada de mercadorias destinadas a não contribuinte do ICMS. Diante disso, foi cobrado o ICMS e aplicada a multa de 90% (noventa por cento) 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 – a penalidade prevista no artigo 77, IV, “a”, item 1, da Lei 688/96.

O sujeito passivo foi notificado da autuação por via postal, em 13/02/2023. Apresentou peça defensiva alegando, em preliminar, que, em razão do princípio da anterioridade, não pode haver a cobrança do diferencial de alíquota nas saídas para consumidores finais não contribuintes durante o ano de 2022. No mérito, alega que não existe a apontada infração, porque fez depósito do montante integral em processo judicial movido contra o Estado de Rondônia - Mandado de Segurança 7022448-84.2022.8.22.0001. Por fim, requer a improcedência do Auto de Infração, ou a redução da multa aplicada por possuir efeito confiscatório.

Submetido a julgamento de 1ª Instância, o julgador singular após analisar os autos e a peça impugnativa, considerou comprovada a infração, porque não houve o recolhimento do ICMS-DIFAL, porém, em razão de ter havido o depósito do ICMS, seguindo o entendimento consolidado deste Tribunal Administrativo, julgou parcial procedente o Auto de Infração, afastando a multa aplicada e mantendo o imposto lançado. Consignou, por fim, que com o depósito realizado, o crédito tributário está com a exigibilidade suspensa (art. 151, II do CTN) até o trânsito em julgado do MS 7022448-84.2022.8.22.0001. Por ser a decisão contrária à Fazenda Pública, recorreu de ofício à Câmara de Julgamento de Segunda Instância, nos termos do art. 132 da lei 688/96. Em virtude do disposto no § 3º do artigo 132 da Lei nº 688/96, o processo foi encaminhado ao autor do feito.

A empresa foi notificada da decisão singular, em 03/04/2023, e por não concordar com a decisão proferida, interpôs recurso voluntário com as mesmas

alegações já feitas na instância singular. Alega que a jurisprudência do STJ é no sentido de que o depósito judicial afasta a exigência e aplicação de juros, multa e correção monetária, que inexistente razão para a aplicação da multa, uma vez que houve depósito integral, não havendo falta de pagamento. Acrescenta que não há fundamento legal para a interposição do recurso de ofício, pois o valor da exoneração tributária não supera 300 UPF/RO. Ao final, requer que seja reformada a decisão de primeira instância, julgando o Auto de Infração improcedente. Subsidiariamente, que seja afastada a multa e determinado o sobrestamento do julgamento até o trânsito em julgado do MS.

É o breve relato.

02.1- Da análise dos autos e fundamentos do voto.

A exigência tributária decorreu do fato de o sujeito passivo ter promovido circulação de mercadorias destinadas a consumidor final não contribuinte em Rondônia, sem apresentar o recolhimento do ICMS devido. Pois, consoante as informações constantes do documento fiscal e confirmada na decisão singular, a empresa fez depósito judicial do valor referente ao ICMS-DIFAL no MS nº 7022448-84.2022.8.22.0001, em que discute a legalidade de cobrança do imposto no ano de 2022.

O dispositivo da penalidade indicado (art. 77, IV, “a”, item 1, da Lei 688/96), determina a aplicação da multa de 90% (noventa por cento) 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.

Do que consta nos autos, restou incontroverso que a empresa realizou venda de mercadoria para não contribuinte estabelecido em Rondônia e que não recolheu o diferencial de alíquota sobre essa operação, pois depositou o valor em juízo.

A questão controvertida ficou sobre a possibilidade, ou não, da cobrança do ICMS-DIFAL em 2022, em face do princípio da anterioridade e se, pelo fato de a empresa ter feito o depósito integral do valor do imposto é devido, ou não, a cobrança de multa.

Quanto ao princípio da anterioridade, que veda a cobrança de tributo no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou

aumentou, em 29/11/2023, o Supremo Tribunal Federal - STF, julgou improcedente as ADI's 7066, 7070 e 7078, que questionavam a aplicação da anterioridade, reconhecendo a constitucionalidade da cláusula de vigência prevista no art. 3º da Lei Complementar 190, na decisão o Supremo estabeleceu que a lei complementar passasse a produzir efeitos noventa dias da data de sua publicação, ou seja, a partir de 05/04/2022.

Nesse mesmo sentido, o TJRO, pelo fato de ICMS-DIFAL tratar-se apenas de repartição de receita, pois na regra anterior o ICMS era pago integralmente à origem, com essa norma (LC 190/2022) o imposto é repartido entre a origem e o destino, no MS interposto pela empresa afastou a aplicação de tal princípio, decidindo pela necessidade apenas do *vacatio legis* prevista no art. 3º, da Lei Complementar 190/2022, que definiu que o diferencial de alíquota do ICMS para o consumidor final não contribuinte só passará a ser exigido depois de 90 dias da promulgação da LC 190/2022. Por tais razões, considera-se que como o lançamento foi realizado após o *vacatio legis*, ele foi feito na forma da lei.

Importante também nessa análise, destacar que a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual), foi definida pela Constituição, quando o Congresso Nacional editou a EC 87/2015. Essa Emenda estabeleceu que, na remessa interestadual de mercadorias destinadas a consumidor final, caberá ao Estado, de localização do destinatário, o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual, atribuindo a responsabilidade ao remetente pelo recolhimento do imposto, quando o destinatário não for contribuinte de ICMS, o que ocorreu no caso em análise (Art. 155, § 2º, incisos VII e VIII, da CF/88).

Para regulamentar o dispositivo constitucional, foi editada a LC 190/2022. Tal norma estabeleceu que considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída, de estabelecimento de contribuinte, de bem ou mercadoria destinados a consumidor final não contribuinte do imposto domiciliado ou estabelecido em outro Estado (art. 12, XIV). Definiu, ainda, que tratando-se de operações interestaduais destinadas a consumidor final, em relação à diferença entre a alíquota interna do Estado de destino e a alíquota interestadual, o local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é o do estabelecimento do remetente, quando o destinatário ou tomador não for contribuinte do imposto (art. 11, V, "b").

Assim, consoante as regras estabelecidas pela Constituição Federal e disciplinada pela LC 190/2022, o fato gerador ocorreu, o imposto é devido e a responsabilidade pelo pagamento é do remetente da mercadoria, ou seja, no presente caso da empresa autuada.

No que se refere ao argumento de que não há fundamento legal para a interposição do recurso de ofício, pois o valor da exoneração tributária não supera 300 UPF/RO, cumpre esclarecer, para esse ponto, que o valor é o atualizado, com a inclusão dos juros de mora, e não o original (art. 58, § 3º, Anexo XII, do RICMS/RO). Além disso, o processo, pelo recurso ordinário interposto pela empresa, retornaria para análise nessa Câmara, independente do recurso de ofício. Nesse sentido, restou prejudicada a tese de que pretende afastar a remessa feita pela instância singular, cuja finalidade é a reanálise da matéria.

Importante, ainda, ser destacado que o Tribunal Administrativo de Tributos Estaduais – TATE para padronizar o entendimento na análise de auto de infração lavrado no trânsito de mercadorias, em que o crédito tributário esteja com sua exigibilidade suspensa pelo depósito de seu montante integral (art. 151, inciso II, do CTN), por meio do Enunciado 008, definiu que se o tributo for considerado devido, como no presente caso, o Auto de Infração será julgado parcial procedente, excluindo-se do lançamento a multa e acréscimos legais, posição que já fora adotada na instância singular e que para manter a estabilidade da jurisprudência deste Tribunal, a decisão proferida deve ser confirmada.

Com relação à solicitação de sobrestamento do julgamento até o trânsito em julgado do MS, por determinação legal o processo deve ser analisado, pois a legislação estabelece que ações judiciais que questionam o lançamento não prejudicam o julgamento dos Processos Administrativos Tributários – PAT (art. 91, Lei 688/96), destacando-se que na hipótese de a matéria objeto de PAT, em andamento, estar sendo questionada no poder judiciário, o curso deste não será susinado, exceto quanto aos atos relativos à execução de decisão final nele proferido (art. 94, § 4º, Lei 688/96). Razão pela qual indefere-se o pedido de sobrestamento.

Consigna-se, ainda, que consoante o que vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça – STJ, o depósito judicial do crédito tributário, ainda que realizado antes de qualquer procedimento do Fisco, por não se tratar de pagamento, não configura denúncia espontânea (art. 138 do CTN), logo, em

situação como essa, ocorre a mora no recolhimento do tributo, ensejando a incidência de multa moratória.

STJ – Informativo 576

DIREITO TRIBUTÁRIO. DEPÓSITO JUDICIAL INTEGRAL DOS TRIBUTOS DEVIDOS E DENÚNCIA ESPONTÂNEA.

O depósito judicial integral do débito tributário e dos respectivos juros de mora, mesmo antes de qualquer procedimento do Fisco tendente à sua exigência, não configura denúncia espontânea (art. 138 do CTN). A doutrina entende que o instituto previsto no art. 138 do CTN (denúncia espontânea) demanda três elementos para a sua configuração, quais sejam: (a) a denúncia da infração; (b) o pagamento do tributo, se for o caso, e respectivos juros de mora; (c) espontaneidade, definida pelo parágrafo único do referido dispositivo como a providência tomada antes do início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização relacionados com a infração (....) - EREsp 1.131.090-RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 28/10/2015, DJe 10/2/2016.

Assim, como o fato gerador ocorreu e a responsabilidade pelo pagamento é do remetente da mercadoria, o imposto lançado é devido. Porém, diante do depósito realizado pela autuada, a multa deve ser excluída, com isso, o crédito tributário deve ser reduzido de R\$ 66.023,84 para o valor de R\$ 34.749,39.

De todo o exposto e por tudo que dos autos consta, conheço do recurso voluntário interposto para negar-lhe provimento, mantendo a decisão singular que julgou parcial procedente a ação fiscal, destacando-se que pelo depósito feito, o crédito tributário está suspenso (art. 151, II, do CTN).

É como VOTO.

Porto Velho, 08 de maio de 2024.

~~Amarildo Ibiapina Alvarenga~~
AFTE Cad.
JULGADOR

GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE

PROCESSO : 20222906300699 - E-PAT 023.615
RECURSO : DE OFÍCIO E VOL. Nº. 024/2023
RECORRENTE : FPE E PRODIET NUTRIÇÃO CLÍNICA LTDA
RECORRIDA : PRODIET NUTRIÇÃO CLÍNICA LTDA E FPE
RELATOR : AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA

RELATÓRIO : Nº 100/2024/1.ª CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO Nº 0116/2024/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

EMENTA : ICMS/MULTA – DEIXAR DE PAGAR O ICMS-DIFAL – DEPÓSITO JUDICIAL DO MONTANTE INTEGRAL – OCORRÊNCIA – Restou provado nos autos que o sujeito passivo deixou de recolher ICMS-DIFAL devido na operação interestadual destinada a não contribuinte do ICMS. Excluída a multa do lançamento, porque a empresa depositou em juízo o valor do imposto devido antes da ciência do auto de infração. Aplicação do Enunciado 008/TATE-SEFIN-RO. Infração ilidida em parte. Mantida a decisão que julgou parcial procedente o Auto de Infração. Recurso Voluntário desprovido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os membros do **EGRÉGIO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE**, à unanimidade em conhecer do recurso interposto para no final dar-lhe provimento, reformando a decisão de Primeira Instância de nulo para **PARCIAL PROCEDENTE** o auto de infração, conforme Voto do Julgador Relator Amarildo Ibiapina Alvarenga, acompanhado pelos julgadores Dyego Alves de Melo, Leonardo Martins Gorayeb e Reinaldo do Nascimento Silva.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINAL

DATA DO LANÇAMENTO 04/12/2022: R\$ 66.023,84

*CRÉDITO TRIBUTÁRIO PROCEDENTE REMANESCENTE DEVE SER ATUALIZADO NA DATA DO SEU EFETIVO PAGAMENTO.

*CRÉDITO TRIBUTÁRIO PROCEDENTE

*R\$ 34.749,39

TATE, Sala de Sessões, 08 de maio de 2024.

Anderson Aparecido Arnaut
Presidente

Amarildo Ibiapina Alvarenga
Julgador/Relator