



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

SUJEITO PASSIVO: *MULTICOM COMERCIO MULTIPLO DE ALIMENTOS LTDA*

ENDEREÇO:

PAT Nº: 20212906300325

DATA DA AUTUAÇÃO: 07/04/2021

CAD/CNPJ: 05.656.062/0001-70

CAD/ICMS:

DECISÃO PROCEDENTE Nº: 2021/1/105/TATE/SEFIN

1. Deixar de Pagar o ICMS DIFAL devido ao Estado de Rondônia – Operação Interestadual Destinatário Consumidor Final
2. Defesa Tempestiva
3. Infração Não Ilidida
4. Auto de infração Procedente

1 – RELATÓRIO

Auto de Infração lavrado em 07/04/2021 no Posto Fiscal de Vilhena – RO, no qual os autuantes descrevem como infração que *“O Sujeito Passivo acima identificado, promoveu a circulação de mercadorias constantes na(s) NF-e nº 27346 e nº 27347 alcançadas pela EC 87/15, onde dispõe que caberá ao Estado do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual, quando destinem bens e serviços a consumidor final (não contribuinte), contudo sem comprovar o referido pagamento quando da passagem por este Posto Fiscal, vez que não fora apresentado comprovante de recolhimento do ICMS devido a este Estado (Rondônia) e, em consulta ao SITAFE, também não fora localizado qualquer valor correspondente, conforme tela de sistema anexo. Tal*

responsabilidade pelo recolhimento do ICMS fica a cargo da empresa remetente da mercadoria. Base de Cálculo do ICMS e da Multa detalhada no Anexo I (Planilha de Cálculo do Crédito Tributário)."

Período Fiscalizado: "07/04/2021 a 07/04/2021". Capitulação Legal: Infração: "Art. 270, I, letra "c", Art. 273, Art. 275, todos do Anexo X, do RICMS-RO aprov. pelo Dec. nº 22.721/2018 e EC 87/15" Multa: "Lei 688/96, artigo 77, inciso IV, alínea a, item 1". Base de Cálculo: Tributo: "179.279,10" Multa: "18824,31"

Composição do Crédito Tributário lançado:

TRIBUTO: 10,50%	R\$ 18.824,31
MULTA: 90,00%	R\$ 16.941,87
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 35.766,18

2 – DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

O sujeito passivo apresentou defesa administrativa tempestiva, na qual traz, resumidamente, as seguintes alegações:

1) INEXISTÊNCIA/INCONSTITUCIONALIDADE DO DIFAL DO ICMS NO CASO EM ANÁLISE

- que "está em análise pelo Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade da cobrança do DIFAL em operações envolvendo consumidores finais, uma vez que a tal cobrança encontra-se fundamentada apenas no Convênio do Confaz nº 93/2015, enquanto tal matéria deveria ter sido tratada por lei federal complementar, nos termos do art. 146, inciso I e III, alínea "a" da Constituição Federal."

- que "...no dia 24/02/2021, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a cobrança do Diferencial de Alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, introduzida pela

Emenda Constitucional nº 87/2015, sem a prévia edição de lei complementar para disciplinar a matéria.”

- que “a discussão do tema ocorreu no julgamento conjunto do Recurso Extraordinário nº 1.287.019, com Repercussão Geral, consubstanciado no Tema nº 1093, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.469...”

- que “nos termos dos votos dos relatores, a ADI nº 5.469 foi julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade formal das cláusulas 1ª, 2ª, 3ª, 6ª e 9ª do Convênio CONFAZ ICMS nº93/2015.”

- que “...pelo fato de o Convênio CONFAZ ICMS nº 93/2015 ter sido publicado sem a prévia edição da lei complementar, desde 1º de janeiro de 2016 a cobrança do Difal do ICMS é indevida, devendo, portanto, todas as cobranças a título do referido tributo serem anuladas por inconstitucionalidade formal.”

2) INFRINGÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA VEDAÇÃO DO CONFISCO E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

- que “...cobrar uma multa exorbitante em função de algum tipo de tributo, nada mais estaria se fazendo do que utilizar esse tributo de maneira confiscatória, mesmo que indiretamente, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.”

- que “...nada mais confiscatório do que a aplicação de uma multa referente a 90% (noventa por cento) do imposto supostamente devido.”

3) INFRINGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE/RAZOABILIDADE

- que “há verdadeira subversão entre os fins e os meios e, embora legal, a exigência de multa nestes

patamares fere o Princípio da Razoabilidade, porque há inadequação, desproporcionalidade, entre o quantum das multas aplicadas e o quantum do imposto cujo recebimento se busca viabilizar através do Auto de Infração ora combatido.”

No mais, o sujeito passivo coleciona conceitos doutrinários e jurisprudências acerca dos temas abordados nas alegações, e conclui requerendo a *“improcedência de plano do lançamento tributário consignado no Auto de Infração ora combatido”* elou *“que seja cancelada a penalidade aplicada, ou ao menos reduzida a patamares razoáveis e proporcionais”*.

3 – DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO

Trata-se de auto de infração lavrado no Posto Fiscal de Vilhena em 07/04/2021, em razão da venda de mercadorias a consumidor final localizado no Estado de Rondônia, através das NFe's nº 27346 e nº 27347, sem o recolhimento do ICMS Difal.

A defesa administrativa apresentada pelo sujeito passivo traz, em síntese, a alegação de que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 5.469, teria decidido pela *“inconstitucionalidade formal das cláusulas 1ª, 2ª, 3ª, 6ª e 9ª do Convênio CONFAZ ICMS nº93/2015, devendo, portanto, todas as cobranças a título do referido tributo serem anuladas”*, e a alegação de que a penalidade aplicada infringiria os princípios da vedação do confisco e da capacidade contributiva, e da proporcionalidade/razoabilidade.

Em relação ao julgamento da ADI nº 5.469 pelo STF, de fato, por maioria, foi declarada a inconstitucionalidade formal das cláusulas 1ª, 2ª, 3ª, 6ª e 9ª do Convênio ICMS nº 93/2015, porém, o sujeito passivo esqueceu-se de mencionar que, também por maioria, foram modulados os efeitos da referida decisão, a fim de que produzisse efeitos somente a partir de 1º de janeiro de 2022, exceto para os contribuintes Optantes do Simples Nacional, cujo efeito da decisão retroage à 12/02/2016.

Tendo em vista que o sujeito passivo não é Optante do Simples Nacional, conforme Consulta anexa a folha 08 do PAT físico, o mesmo somente se beneficiará dos efeitos da inconstitucionalidade declarada na ADI nº 5.469 a partir de 01/01/2022, e portanto, é devido o ICMS DIFAL cobrado no Auto de Infração em análise.

Quanto as alegações relativas ao efeito confiscatório e a desproporcionalidade da penalidade aplicada, temos a esclarecer o que segue:

A atividade de lançamento é plenamente vinculada, não restando margem alguma de discricionariedade ao agente fiscal, que tem o dever de cobrar o tributo que apurar (bem como aplicar as penalidades cabíveis), na forma e percentual previstos em Lei sob pena de responsabilidade funcional.

O próprio sujeito passivo em sua defesa confirma a legalidade da aplicação da penalidade, quando diz que “...embora legal, a exigência de multa nestes patamares fere o Princípio da Razoabilidade...”.

Assim como a atividade de lançamento, a competência dos órgãos de julgamento está vinculada a Legislação, da qual destacamos o disposto no Art. 14 do Anexo XII do RICMS/RO:

“Art. 14. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, salvo no caso da inconstitucionalidade ter sido proclamada: (Lei 688/96, [art. 90](#))

I - em ação direta de inconstitucionalidade de dispositivo estadual ou que tenha relação com a legislação estadual;

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

§ 1º. Considera-se, para fins do disposto neste artigo, dispositivo que tenha relação com a legislação estadual, aquela que constar expressamente na legislação oriunda de:

I - Convênio, Protocolo, Ajuste, Ato Cotepe, Resolução do CONFAZ, e outros atos emanados do CONFAZ;

II - Lei Complementar federal, Resolução do Senado e outros atos emanados do Governo Federal que tratam do imposto.

§ 2º. Não se inclui, também, na competência do Tribunal: (Lei 912/00, art. 13)

I - as questões relativas ao reconhecimento de isenções e restituições de tributos; e

II - a negativa de aplicação de lei ou de ato normativo emanado do Governador do Estado de Rondônia, Secretário de Estado

de Finanças ou do Coordenador Geral da Receita Estadual.”

Uma vez que a penalidade aplicada está prevista em dispositivo legal emanado pelo Governador do Estado de Rondônia (Lei nº 688/96), para o qual não existe nenhuma declaração de inconstitucionalidade nos termos dos incisos I e II do Art. 14 acima transcrito, não está na competência deste Tribunal negar sua aplicabilidade, conforme determinado no inciso II do §2º do mesmo dispositivo (Art. 14 do Anexo XII do RICMS/RO /Art. 90 da Lei nº 688/96).

Diante de todo o exposto, entendemos que não foram apresentados na defesa administrativa, elementos suficientes para ilidir a autuação.

4 – CONCLUSÃO

Nos termos do disposto no Art. 79, II, do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo Tributário – TATE, aprovado pelo Decreto nº 9157, de 24 de julho de 2000, **JULGO PROCEDENTE** o Auto de Infração e declaro **DEVIDO** o crédito tributário lançado, no valor total de R\$ 35.766,18 (Trinta e cinco mil setecentos e sessenta e seis reais e dezoito centavos), devendo o mesmo ser atualizado até a data do efetivo pagamento.

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.

Porto Velho, 31/10/2021 .

Jamily Costa Moldero

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

Jamily Costa Moldero, Auditora Fiscal,

Data: **31/10/2021**, às **19:44**.

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