



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

**SUJEITO PASSIVO:** *COMERCIAL CIRURGICA RIOCLARENSE LTDA*

**ENDEREÇO:** *Av. Angélica, 1968 - Higienópolis - São Paulo/SP - 10 andar CEP: 01228-200*

**PAT Nº:** *20212906700013*

**DATA DA AUTUAÇÃO:** *04/04/2021*

**CAD/CNPJ:** *67.729.178/0004-91*

**CAD/ICMS:** *00000004603061*

**DECISÃO PROCEDENTE Nº: 2021/1/273/TATE/SEFIN**

1. Deixar de efetuar o recolhimento do imposto devido (DIFAL). 2. Defesa tempestiva. 3. Infração não ilidida. 4. Ação fiscal procedente.

**1– Relatório.**

**1.1- Autuação.**

De acordo com a peça básica, o sujeito passivo promoveu a circulação de mercadorias constantes das NFe 1413594 emitida em 23/03/2021, destinadas a consumidor final não contribuinte, sujeita ao recolhimento do ICMS diferencial de alíquotas (DIFAL), na forma das letras “a” a “c” do inciso I da cláusula segunda do convênio ICMS 93/2015, sem efetuar o referido recolhimento.

Capitulou-se a infração como incurso no art. 270, Inciso I, letra “c”, art. 273; art. 275, todos do RICMS/RO, aprovado pelo Dec. 22.721/18 e EC 87/2015. E, em face da infração apontada, exigiu-se o imposto que supostamente deixou de ser recolhido e a multa do artigo 77, IV, “a”, 1, da Lei nº 688/96.

Demonstrativo do crédito tributário lançado:

Tributo	R\$ 53.459,70
Multa – 90%	R\$ 48.113,73
<b>Total</b>	<b>R\$ 101.573,43</b>

O sujeito passivo foi notificado via AR BZ418042951BR, em 02/06/2021 e apresentou defesa tempestiva em 02/07/2021 conforme atesta o Protocolo de recebimento de defesa tempestiva n. 72/2021.

## **1.2- Alegações da defesa.**

O sujeito passivo, dentro do prazo legal, apresentou sua defesa e nela alegou-se, em síntese, que:

1.2.1 não houve infração, pois, a IMPUGNANTE está dispensada do recolhimento do ICMS- Difal nas vendas a órgãos da Administração Pública Estadual Direta suas Fundações e Autarquias, nos moldes do regulamento vigente do estado de destino Conv. 26/03 onde há previsão de isenção interna e o Convênio ICMS nº 153/2015, em sua cláusula primeira, estabelece que os benefícios fiscais de isenção do ICMS, autorizados por meio de outros convênios de ICMS, serão considerados no cálculo do valor do imposto devido, correspondente à diferença entre a alíquota interestadual e a alíquota interna do destino da localização do consumidor final;

1.2.2 recentemente foi proferido pelo Supremo Tribunal Federal o no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.287.019/DF e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.469/DF – TEMA 1093 (Doc. 04), declarando a inconstitucionalidade da cobrança, em operação interestadual envolvendo mercadoria destinada a consumidor final não contribuinte, do Diferencial de Alíquota do ICMS, porquanto ausente lei complementar disciplinadora e a IMPUGNANTE é associada da Associação Brasileira dos Distribuidores de Medicamentos Especiais e Excepcionais – ABRADIMEX, conforme faz prova abaixo, a qual no ano de 2015 ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.439/DF (Doc. 05) objetivando questionar a cláusula segunda do Convênio ICMS nº 93/15, ou seja, matéria idêntica à que foi decidida no RE nº 1.287.019/DF e na ADI nº 5.469/DF;

1.2.3 o suposto erro cometido pelo contribuinte ao não apontar o desconto no documento fiscal se trata de mera obrigação secundária, acessória e descaracterizar a isenção de tais mercadorias em função de um mero erro é incabível. Tal entendimento claramente está supervalorizando a obrigação acessória em detrimento do direito material;

1.2.4 a imposição absurda de uma multa de 90% (noventa por cento) evidencia o caráter nitidamente confiscatório de tal penalidade, o qual, de acordo com o nosso ordenamento constitucional, é expressamente vedado (artigo 150, inciso IV da Constituição Federal). A IMPUGNANTE chama a atenção dos Ilustres Julgadores para o recente pronunciamento do E. Supremo Tribunal Federal, que decretou a repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 640.452, uma vez que considerou a multa de 40% imposta pelo Estado de Rondônia exorbitante, com caráter nitidamente confiscatório;

1.2.5 é importante que também ressalte que os índices de correção monetária fixados pelo Estado de Rondônia para atualização de débitos provenientes de tributos não se coadunam com o ordenamento jurídico pátrio; - o índice de atualização fixado pelo Estado é, claramente, exorbitante e afronta diretamente o disposto no supracitado art. 22, VI, VII e seu parágrafo único da Constituição Federal de 1988, pois, a aplicação das disposições legais do Estado podem ocasionar a incidência de juros equivalente a 1% (um por cento) ao mês, enquanto que a Taxa Selic, índice adotado pela União para atualização de débitos federais, tem sido fixada em patamares inferiores.

Ao fim, requereu, acolhimento da impugnação, reconhecimento da inconstitucionalidade da cobrança do ICMS/DIFAL e da impertinência da multa.

### **2- Fundamentos de fato e de direito.**

Ao rever a peça básica, verifiquei que os autuantes descreveram com clareza e objetividade a infração verificada, apontaram, de forma precisa, os dispositivos relacionados à irregularidade observada e, também, à multa cabível, assim como outros requisitos exigidos no artigo 100 da Lei nº 688/96.

O impugnante suscitou a tese de que não há ocorrência do fato gerador do diferencial de alíquotas (DIFAL), uma vez que está dispensada do recolhimento do ICMS- Difal nas vendas a órgãos da Administração Pública Estadual Direta suas Fundações e Autarquias, nos moldes do regulamento vigente do estado de destino Conv. 26/03. Necessário destacar, que a isenção está prevista no item 49, parte 2, anexo I do RICMS foi estendida às operações interestaduais por força do artigo 5º, inciso III descritos abaixo:

**“ANEXO I – ISENÇÃO**

**PARTE 1**

**DAS DISPOSIÇÕES GERAIS**

**Art. 5º.** *As isenções previstas neste anexo também se aplicam:*

.....

*III - ao imposto devido na forma de diferencial de alíquotas referente às operações e prestações interestaduais de entrada.”*

**“PARTE 2 - DAS ISENÇÕES POR PRAZO INDETERMINADO**

**Item-49** *Aquisição de bens, mercadorias ou serviços, por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias. (Convênio ICMS 26/03)*

*Nota 1. A isenção prevista neste item fica condicionada:*

*I - ao desconto no preço, do valor equivalente ao imposto dispensado;*

*II - à indicação, no respectivo documento fiscal, do valor do desconto;”*

Apesar da isenção ser concedida para operações internas, o art. 5º, inciso II, estendeu a isenção prevista no referido Anexo ao imposto devido na forma de diferencial de alíquotas previsto na EC87/15, referente às operações e prestações interestaduais de entrada, o que torna a operação isenta. Como o objetivo é reduzir os custos de aquisição para a Administração Pública, para o gozo da isenção foi condicionada às exigências previstas nos incisos I e II da Nota 1, os quais não foram cumpridos pela impugnante, pois ela não destacou nos campos próprios das notas fiscais o valor dos descontos eventualmente concedidos, nem fez prova em sua defesa. Conhecemos seu argumento e negamos provimento.

Quanto à declaração de inconstitucionalidade da cobrança do diferencial de alíquota, *data devida vênia*, não comporta mais tanto debate, pois foi plenamente resolvida na esfera judicial, pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal - STF.

O Plenário do STF, com efeito, julgou inconstitucional a cobrança do Diferencial de Alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (Difal/ICMS), introduzida pela Emenda Constitucional (EC) 87/2015, sem a edição de lei complementar para disciplinar esse mecanismo de compensação. A matéria foi discutida no julgamento conjunto do Recurso Extraordinário (RE) 1287019, com repercussão geral (Tema 1093), e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5469. Ao final do julgamento, os ministros decidiram que a decisão produzirá efeitos apenas a partir de 2022, dando oportunidade ao Congresso Nacional para que edite lei complementar sobre a questão.

A tese de repercussão geral fixada no RE 1287019 foi a seguinte: "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".

Os ministros aprovaram, por nove votos a dois, a modulação de efeitos para que a decisão, nos dois processos, produza efeitos a partir de 2022, exercício financeiro seguinte à data do julgamento, ou seja, as cláusulas continuam em vigência até dezembro de 2021, exceto em relação à cláusula 9ª (hipótese em que o remetente da mercadoria está enquadrado no Simples Nacional), em que o efeito retroage a fevereiro de 2016, quando foi deferida, em medida cautelar na ADI 5464, sua suspensão.

Em outras palavras, a despeito de considerarem inconstitucional a exigência do DIFAL, permitiram que esse tributo continuasse a ser exigido, mesmo sem a existência de lei complementar, até final de 2021.

Portanto, com fulcro na decisão do STF, o imposto lançado à fl. 02 (auto de infração), a despeito da tese do impugnante, é devido.

Apesar da contestação do impugnante, há de se registrar que a multa foi aplicada na proporção definida pelo legislador estadual:

*“Lei nº 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;”

Para afastá-la, portanto, seria necessário excluir os efeitos da lei que autorizou a sua aplicação, porém, tal medida não se inclui no âmbito de competência deste Tribunal:

“Lei nº 4.929/20

Art. 16. Não compete ao TATE:

.....  
II - a negativa de aplicação de lei ou de ato normativo emanado do Governo de Rondônia, Secretário de Estado de Finanças ou do Coordenador-Geral da Receita Estadual; e (grifei)

Assim, por estar de acordo com a lei, a multa aplicada no lançamento de ofício (auto de infração), apesar dos argumentos do impugnante, em virtude do disposto no artigo 16, II, da Lei nº 4.929/20, não deve ser cancelada. Ademais, a tese da impugnante refere-se à aplicação de multa acessória que incidiu sobre o valor da operação (Recurso Extraordinário nº 640.452), que deve ser analisado no caso concreto; nos autos em debate, a multa de 90% incidiu sobre o valor do tributo não pago e como dito, em vigor na legislação tributária de Rondônia.

Em que pese a intensão de contestar a aplicação do índice de correção adotado pelo Estado, no presente caso não houve correção. O crédito tributário será atualizado no momento de sua quitação, a partir da data do lançamento (04/04/2021) e pela norma vigente, será utilizada a SELIC.

Como não há provas de que o autuado tenha recolhido o imposto exigido na peça básica e não foram apresentados, na defesa, argumentos capazes de invalidar a autuação ou de ilidir a infração, conheço da defesa para, com fulcro em todo o exposto, negar-lhe provimento, mantendo a exigência de que trata este processo.

### **3- 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 PROCEDENTE** a ação fiscal e declaro devido o crédito tributário lançado na peça básica no valor de R\$ 101.573,43, a ser atualizado na data do efetivo pagamento.

### **4- 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.

INFORMAÇÕES DE NOTIFICAÇÃO:

Dra. Julia Leite Alencar de Oliveira, inscrita na OAB/SP nº 266.677, com endereço profissional na Av. Angélica, nº 1968, 10º Andar, Higienópolis, CEP 01228-200, São Paulo – SP, E-MAIL tributario@nottoli.adv.br.

Porto Velho, 16/12/2021 .

***Roberto Luís Costa Coelho***

***JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA***



Documento assinado eletronicamente por:

**Roberto Luis Costa Coelho, Auditor Fiscal,**

Data: **16/12/2021**, às **16:28**.

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