

PROCESSO: 20212906300178  
RECURSO: VOLUNTÁRIO N.º 1382/21  
RECORRENTE: MULTICOM COMÉRCIO MÚLTIPLO DE ALIMENTOS  
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RELATOR: DYEGO ALVES DE MELO  
RELATÓRIO: N.º 385/22/2ª INSTÂNCIA/TATE/SEFIN

## 1.0 RELATÓRIO

### 1.1 Do Auto de Infração.

Trata-se de Processo Administrativo Tributário com a seguinte Descrição da Infração:

"O Sujeito Passivo acima identificado, promoveu a circulação de mercadorias constantes na(s) NF-e n.º 000.027.482 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 de Crédito Tributário).".

A infração tem por Capitulação Legal os artigos 270, I, "c", 273 e 275, todos do Anexo X, do RICMS/RO, aprovado pelo Decreto 22.721/18 e EC 87/15. A multa é a prevista no artigo 77, IV, "a", 1, da Lei 688/96, culminou no crédito tributário total no valor de R\$35.694,72.

Art. 77. As infrações e as multas correspondentes são as seguintes:

IV - infrações relacionadas ao pagamento, retenção ou apuração do ICMS:

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;

## 1.2 Síntese dos autos.

Auto de Infração lavrado na data de 26/02/2021, ciência do sujeito passivo via A.R. na data de 22/03/2021 (fls. 02, 21 e 22).

Recebida a Defesa na data de 08/04/2020 (fls. 23 a 54), o sujeito passivo apresenta as seguintes teses defensivas: **1.** Inconstitucionalidade do ICMS-DIFAL previsto no CONFAZ ICMS 93/15; **2.** Impossibilidade da aplicação de penalidade no percentual de 90%; **3.** Da infringência aos princípios da vedação ao confisco e da capacidade contributiva. Artigo 150, IV e 145, §1.º da CF; **4.** Da Infringência aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

O Julgador de primeira instância proferiu a Decisão n.º 2021.07.08.01.0096, julgou procedente a Ação Fiscal.

Recurso Voluntário recebida na data de 24/09/2021 (fls. 65 a 77), o sujeito passivo reafirma os argumentos apresentados na Defesa.

É o relatório.

## 2.0 DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

O sujeito passivo foi autuado por promover a circulação interestadual de mercadorias destinadas a consumidor final não contribuinte, submetidas ao recolhimento do ICMS-DIFAL, sem comprovar o devido recolhimento do tributo.

O autor apontou como infringidos os artigos 270, I, "c", 273 e 275, todos do Anexo X, do RICMS/RO, aprovado pelo Decreto 22.721/18 e EC 87/15, abaixo colacionados:

Art. 270. Nas operações e prestações de serviço de que trata esta Seção, o contribuinte que as realizar deve: (Convênio ICMS 93/15, cláusula segunda)

I - se remetente do bem:

c) recolher, para o Estado de Rondônia, o imposto correspondente à diferença entre o imposto calculado na forma da alínea "a" e o calculado na forma da alínea "b" deste inciso;

Art. 273. O recolhimento do imposto a que se refere a alínea "c" dos incisos I e II do artigo 270 deve ser efetuado por meio da GNRE ou DARE, por ocasião da saída do bem ou do início da prestação de serviço, em relação a cada operação ou prestação. (Convênio ICMS 93/15, cláusula quarta)

Art. 275. O contribuinte do imposto de que trata a alínea "c" dos incisos I e II do artigo 270, situado na unidade federada de origem, deve observar a legislação rondoniense. (Convênio ICMS 93/15, cláusula sexta)

2.1 – Análise das teses defensivas.

2.2 – Teses.

1. Inconstitucionalidade do ICMS-DIFAL previsto no CONFAZ ICMS 93/15;
2. Impossibilidade da aplicação de penalidade no percentual de 90%;
3. Da infringência aos princípios da vedação ao confisco e da capacidade contributiva. Artigo 150, IV e 145, §1.º da CF;
4. Da Infringência aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Da análise.

Os artigos capitulares da infração, provém do Convênio ICMS 93/15 do CONFAZ, conforme consta na própria legislação.

Em relação à constitucionalidade do CONFAZ ICMS 93/15, julgada na ADI 5469, de fato o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade formal das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do Convênio CONFAZ ICMS 93/15, ainda assim, há de se observar os efeitos modulados da declaração de inconstitucionalidade.

Salvo a cláusula nona, a decisão produz efeitos a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão do julgamento da ADI 5469, vejamos trecho da Ementa:

"Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do convênio questionado, para que a decisão produza efeitos, quanto à cláusula nona, desde a data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF e, quanto às cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta, a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste presente julgamento (2022), aplicando-se a mesma solução em relação às respectivas leis dos estados e do Distrito Federal, para as quais a decisão deverá produzir efeitos a partir do exercício financeiro seguinte à conclusão deste julgamento (2022), exceto no que diz respeito às normas legais que versarem sobre a cláusula nona do Convênio ICMS nº 93/15, cujos efeitos deverão retroagir à data da concessão da medida cautelar nos autos da ADI nº 5.464/DF. Ficam ressalvadas da modulação as ações judiciais em curso."

Não obstante, o julgamento ocorreu no exercício de 2021, razão pela qual a inconstitucionalidade das cláusulas primeira, segunda, terceira e sexta do CONFAZ ICMS 15/93 e legislação do Estado de Rondônia (artigos 270, I, "c", 273 e 275, todos do Anexo X, do RICMS/RO, aprovado pelo Decreto 22.721/18), produz efeitos tão somente a partir do início do exercício de 2022, sendo assim, a inconstitucionalidade da norma não atinge ao tempo que o sujeito passivo realizou o ilícito tributário.

Quanto a multa.

O sujeito passivo narra não é possível aplicação de multa no percentual de 90%, que foram infringidos os princípios da vedação ao confisco e da capacidade contributiva, previsto nos artigos 150, IV e 145, §1.º da CF, assevera ainda, que foram infringidos os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

A citada legislação:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:  
IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Em que pese o entendimento do sujeito passivo, não deve prosseguir, vejamos abaixo.

Este Tribunal Administrativo Tributário está adstrito ao cumprimento a aplicação da norma vigente no Estado de Rondônia, não é sua competência exercer a sua negativa, conforme previsto no Anexo XII, artigo 14 do Novo RICMS/RO e artigo 16 da Lei 4929/20 abaixo transcritos:

Anexo XII do Novo 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)

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

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.

Lei 4929/20

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

Portanto, em que pese o Supremo Tribunal Federal ter julgado inconstitucional parte do Convênio CONFAZ ICMS 93/15, seu julgamento para as cláusulas pertinentes ao caso, somente produzem efeitos a partir do ano de 2022, conforme modulação do próprio Tribunal. Denota-se que a infração ocorreu no ano de 2021.

### 3.0 CONCLUSÃO DO VOTO

Nos termos do artigo 78, II, do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo Tributário – TATE, aprovado pelo Decreto n.º 9.157, de 24

de julho de 2000, por tudo que consta nos autos, conheço do Recurso Voluntário interposto, para ao final negar-lhe provimento, mantendo a Decisão de Primeira Instância que julgou **PROCEDENTE** a ação fiscal, assim, declaro devido o crédito tributário no valor total de R\$35.694,72.

É como voto.

~~Ponte Velho~~/RO, 17 de abril de 2023.

~~DYEGOTALVES DE MELO~~  
REITOR/Julgador

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

PROCESSO : Nº 20212906300178  
RECURSO : VOLUNTÁRIO N.º 1382/21  
RECORRENTE : MULTICOM COMÉRCIO MULTIPLO DE ALIMENTOS  
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RELATOR : JULGADOR – DYEGO ALVES DE MELO

RELATÓRIO : Nº 0385/22/1.ª CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO Nº. 099/2023/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN.

**EMENTA** : ICMS – PROMOVER A CIRCULAÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMIDOR FINAL EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO - NÃO RECOLHIMENTO DO ICMS DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA – EC 87/15 – CONVÊNIO ICMS 93/15 – ADI 5469-STF – OCORRÊNCIA – Restou comprovado que o sujeito passivo incorreu em ilícito tributário por deixar de cumprir norma do Convênio ICMS 93/15 do CONFAZ, ao não recolher para o estado de destino o ICMS DIFAL. O julgamento da ADI 5469 pelo Supremo Tribunal Federal, modulou o efeito da inconstitucionalidade, a partir de 01.01.2022, validando a exigência deste lançamento. Infração não ilidida. Mantida a decisão de primeira instância que julgou 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 negar-lhe provimento, mantendo a decisão de Primeira Instância que julgou **PROCEDENTE** a ação fiscal, conforme Voto do Julgador Relator constante dos autos, que faz parte integrante da presente decisão. Participaram do julgamento os Julgadores: Dyego Alves de Melo, Leonardo Martins Gorayeb, Reinaldo do Nascimento Silva e Amarildo Ibiapina Alvarenga.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINAL/PROCEDENTE

RS 35.694,72

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

TATE, Sala de Sessões, 17 de abril de 2023

~~Anderson Aparecido Arnau~~  
Presidente

~~Dyego Alves de Melo~~  
Julgador/Relator