

SUJEITO PASSIVO: MA DE FREITAS CONFECÇÕES.

PAT Nº:20212900300808

E-PAT: 8169

RELATOR: LEONARDO MARTINS GORAYEB

RELATÓRIO:222/23

## VOTO

### DOS FATOS

Fora lavrado o auto de infração contra o sujeito passivo em epígrafe, por promover a circulação de mercadorias alcançada pela EC87/15, onde dispõe que caberá ao estado do destinatário o imposto correspondente a diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual, quando destinem bens e serviços a consumidor final (não contribuinte) sem apresentar o comprovante de recolhimento do ICMS devido a este Estado ( Rondônia ). Tal responsabilidade pelo recolhimento do ICMS fica a cargo da empresa remetente da mercadoria. A infração foi capitulada no Art. 270, I, letras "a,b,c", Art. 273, Art. 275, todos do Anexo X do RICMS-RO apr. pelo Dec. nº 22.721/2018 e EC 87/15, a multa da Lei 688/96, artigo 77, inciso IV, alínea a, item 1. Segundo o agente autuante o valor total do crédito tributário é de R\$ TOTAL: R\$41.285,36.

O Sujeito Passivo apresenta a sua impugnação inicial suscitando as seguintes teses: Que em janeiro do corrente ano, o Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) aprovou a isenção do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) de medicamentos e insumos hospitalares. O Convênio ICMS 01/21, publicado no DOU de 22.01.2021, que revigorou o Convênio ICMS 63/20, tem como objetivo auxiliar no combate à crise causada pela Covid-19, facilitando a aquisição dos produtos. Que em conformidade com o referido Convênio, o Anexo I do RICMS/RO 22721/2018, que trata da isenção, na PARTE 5 (TABELAS DOS PRODUTOS ISENTOS POR PRAZO DETERMINADO), TABELA 16 (MERCADORIAS UTILIZADAS NAS MEDIDAS DE PREVENÇÃO AO CONTÁGIO E ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA CAUSADA PELO CORONAVÍRUS (SARS-CoV-2), em seu item 68, trata das “Máscaras de proteção, máscaras cirúrgicas, toucas de proteção, capas descartáveis, material hospitalar descartável, protetores de pés de falso tecido”. Reque, por fim, o recebimento das informações e documentos expostos acima. Diante de todo exposto, espera e reque seja acolhida a presente defesa, cancelandose o auto de infração lavrado

O julgador Singular após analisar a peça defensiva, entende; Que a NFe n. 20417 foi emitida em favor do INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE RONDÔNIA, e a NFe n. 20123, para a SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO, CNPJ . Que muito embora consideremos que a mercadoria fornecida pela impugnante conste da lista do anexo único do Convênio 63/20, revigorado pelo Convênio 01/21 e mais recentemente pelo Convênio 125/21, de 03 de setembro de 2021, entendemos que ele não se enquadra na hipótese de isenção prevista no referido Convênio em razão da mercadoria não ser destinada, por aquisição direta ou doação a órgão público prestador de serviços de saúde. Que é essa finalidade que define a natureza da isenção, que muito embora tenham sido adquiridas por instituições públicas, não se dedicam à

prestação de serviço de saúde, o que exclui de plano, o benefício alegado. Essa é a inteligência dos incisos I e II da cláusula primeira do Convênio. Por fim Declara Procedente o auto de infração.

Notificado da Decisão, o sujeito passivo apresenta o seu Recurso Voluntário, suscitando as seguintes teses; Que não se pode perder de vista que o escopo da isenção é desonerar as operações no âmbito das medidas de prevenção ao contágio e de enfrentamento à pandemia causada pelo novo agente do Coronavírus (SARS-CoV-2). Cumpre destacar que, na presente demanda, por se tratar de contrato firmado com órgão da administração pública, as operações ora em questão seguem os comandos da Lei nº 8.666/93, que prevê as regras específicas para licitações e contratos da Administração Pública. Nesse sentido, a Recorrente, assim como as demais empresas que concorrem em licitações para contratação pelos órgãos estatais, devem necessariamente oferecer seu preço mediante os procedimentos estabelecidos no edital de licitação. Tendo em vista as regras de isenção e dedução do tributo estadual previstas no Anexo I do RICMS/RO, a Recorrente já ofereceu seu preço à licitação sem incluir o ICMS no valor do serviço, em atenção às regras do regulamento do tributo estadual, para que esse ônus não seja repassado ao órgão público contratante. Resta demonstrado, portanto, que a Recorrente faz jus à isenção no caso em tela, tendo em vista tratar-se de situação contemplada no art 5º do Anexo I. Que a multa é inconstitucional e tem um caráter confiscatório. Por fim requer que seja conhecido o Recurso e que suspendam a exigibilidade do crédito tributário, enquanto estiver em trâmite discussão administrativa sobre o auto de infração, conforme dispõe o art. 151, III do CTN; E que seja cancelado o auto de infração lavrado.

## **II – Do Mérito do Voto**

O Sujeito Passivo promoveu por promover a circulação de mercadorias alcançada pela EC87/15, onde dispõe que caberá ao estado do destinatário o imposto correspondente a diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual, quando destinem bens e serviços a consumidor final (não contribuinte) sem apresentar o comprovante de recolhimento do ICMS devido a este Estado (Rondônia) . Tal responsabilidade pelo recolhimento do ICMS fica a cargo da empresa remetente da mercadoria.

Compulsando os autos observa-se que o sujeito passivo apresenta as mesmas argumentações presentes na sua impugnação inicial, ao qual iremos nos analisar.

**Da alegação da multa ter um caráter confiscatório e que o STF já decidiu que só poderia alcançar o patamar de 20%;** Quanto da alegação da aplicação da multa de ser confiscatório e infringir os Princípios Constitucionais da Razoabilidade e Proporcionalidade, este tribunal em especial os Julgadores não tem competência para tal análise, conforme determina o Artigo 90 da Lei 688/96.

*Art. 90. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, salvo no caso de inconstitucionalidade ter sido proclamada: (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)*

- I - em ação direta de inconstitucionalidade; e*  
*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.*

Da alegação que a operação no presente auto se trata de um contrato firmado com o órgão da administração pública, em que seguem os comandos da Lei nº8.666/93, tendo em vista as regras de isenção e dedução do tributo estadual previstas no Anexo I o RICMS/RO, a Recorrente já ofereceu seu preço à licitação sem incluir o ICMS no valor do serviço, em atenção às regras do regulamento do tributo estadual, para que esse ônus não seja repassado ao órgão público contratante; No presente caso, não adentramos no mérito do contrato firmado pelo órgão e a empresa vencedora, pois a prestação de serviço, no caso da operação para consumidor final, constitui o fato gerador do imposto, conforme o Artigo 2º, Inciso XIX, “b” do Decreto 22721/2018.

*Art. 2º. Ocorre o fato gerador do imposto no momento: (Lei 688/96, [art. 17](#))*

*XIX - nas operações e prestações destinadas a consumidor final ou tomador de serviço não contribuintes do imposto:*

- a) da saída, de estabelecimento de contribuinte, de bem ou mercadoria destinados a consumidor final não contribuinte do imposto domiciliado ou estabelecido neste Estado; ou*

Da alegação que a impugnação a autuada alega que a mercadoria fornecida é isenta; conforme a leitura do Convênio 63/20, a isenção está condicionada a prestadores de serviço de saúde, no caso o destinatário nesta operação em análise é o Instituto Federal de Rondônia.

#### CONVÊNIO 63/20

Cláusula primeira Ficam os Estados de Alagoas, Amapá, Amazonas, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, São Paulo e Tocantins e o Distrito Federal autorizados a conceder isenção do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, no âmbito das medidas de prevenção ao contágio e de enfrentamento à pandemia causada pelo novo agente do Coronavírus (SARS- CoV-2), em relação às mercadorias constantes no anexo único deste convênio, nas seguintes operações:  
I - aquisição, interna ou importação, realizada por pessoa jurídica pública, prestadora de serviço de saúde;  
II- aquisição, interna ou importação, realizada por pessoa física ou jurídica, contribuinte ou não do ICMS, desde que as mercadorias objeto dessas operações sejam doadas às instituições públicas prestadoras de serviço de saúde.

No caso da cobrança do Difal, 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 no caso o Simples Nacional, em que o efeito retroage a fevereiro de 2016, quando foi deferida, em medida cautelar na ADI 5464, sua suspensão. No voto do ministro Dias Toffoli, autor da proposta de modulação, a medida é necessária para evitar insegurança jurídica, em razão da ausência de norma que poderia gerar prejuízos aos estados. O ministro salientou que, durante esse período, o Congresso Nacional terá possibilidade de aprovar lei sobre o tema. Ficam afastadas da modulação as ações judiciais em curso sobre a questão. Como no presente caso não há qualquer ação judicial, entendo que deverá ser mantida a presente autuação.

IMPOSTO	R\$ 21.729,14.
MULTA	R\$ 19.556,22.
JUROS	R\$ 0,00.
AT. MONETÁRIO	R\$ 0,00.
TOTAL	R\$ 41.285,36.

Nesse sentido, entendo que deverá ser mantida a Decisão proferida pelo Douto Julgador Singular de Procedência da ação fiscal.

### **CONCLUSÃO**

Este Relator, conhece do presente Recurso de Ofício para negar-lhe provimento, no sentido de que seja mantida a Decisão de 1ª Instância pela Improcedência da ação fiscal.

Porto Velho-RO, 15 de fevereiro de 2024.

**LEONARDO MARTINS GORAYEB**

CONSELHEIRO DA 1ª CAMARA DE JULGAMENTO DE 2ª INSTÂNCIA

**SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS**  
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE**

**PROCESSO** : Nº 20212906300808 – E- PAT 008.169  
**RECURSO** : VOLUNTÁRIO N.º 076/2023  
**RECORRENTE** : MA DE FREITAS CONFECÇÕES.  
**RECORRIDA** : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RELATOR** : JULGADOR – LEONARDO MARTINS GORAYEB

**RELATÓRIO** : Nº 0222/23/1.ª CÂMARA/TATE/SEFIN

**ACÓRDÃO Nº 013/2024/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN**

**EMENTA** : **ICMS/MULTA – EC 87/15 - DEIXAR DE RECOLHER O DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DE MERCADORIA DESTINADA A CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE - OCORRÊNCIA** – A acusação nos autos é de que o sujeito passivo promoveu a saída de mercadoria com destino a consumidor final não contribuinte, deixando de recolher o diferencial de alíquota. Deverá ser cobrado o imposto em razão da modulação dos efeitos da decisão do julgamento da ADI 5469 e do RE 128019. O STF decidiu em 24 de fevereiro de 2021, que os estados não poderiam cobrar o Difal de ICMS na ausência de Lei Complementar que regulasse o tema, contudo, a referida decisão só produziria efeito no exercício seguinte a data do julgamento, em 2022, portanto, a cobrança era válida ainda em 2021 com base no convênio. Inaplicável o Convênio ICMS 63/20 por ser restrito as máscaras adquiridas por instituição pública prestadora de serviço de saúde. Infração não ilidida. Recurso Voluntário desprovido. Mantida a decisão singular de precedente. 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-se a decisão de Primeira Instância que julgou **PROCEDENTE** o auto de infração, conforme Voto do Julgador Relator Leonardo Martins Gorayeb acompanhado pelos julgadores Dyego Alves de Melo, Reinaldo do Nascimento Silva e Amarildo Ibiapina Alvarenga.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINAL

DATA DO LANÇAMENTO 11/09/2021: R\$ 41.285,36

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

TATE, Sala de Sessões, 19 de fevereiro de 2024.

**Anderson Aparecido Arnaut**  
Presidente

**Leonardo Martins Gorayeb**  
Julgador/Relator