GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA

SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS

UNIDADE DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

SUJEITO PASSIVO: *ELETRICA LUZ COMERCIAL DE MATERIAIS ELETRICOS LTDA - ME*
ENDEREÇO: *Rua Ouro Preto, 1117 - Capuava - Goiânia/GO - CEP: 74450-170*
PAT Nº: *20212906300692*
DATA DA AUTUAÇÃO: *05/08/2021*
CAD/CNPJ: *00.226.324/0001-42*
CAD/ICMS:

DECISÃO PROCEDENTE Nº: 2022/1/102/TATE/SEFIN

1.Deixar de recolher Diferencial de Alíquota - Consumidor Final não contribuinte do ICMS 2. Defesa 3. Ação fiscal não Ilidida 4. Ação Fiscal Procedente.

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: a37f-5714-ce15-dd96

1 - RELATÓRIO

O sujeito passivo, conforme consta nos autos, deixou de recolher DIFAL, por ocasião da saída da mercadoria, o imposto devido para o Estado de Rondônia, em razão de operação de venda interestadual à destinatário consumidor final não contribuinte, localizado no estado de Rondônia, conforme descrito na NFE 129481 apensa aos autos.

Para tanto, para a infração foi indicado o art.269, 270, inciso I, letra "c", art. 273, 275, todos do Anexo X do RICMSRO. Para a multa, foi indicado o art. 77, inciso VII, alínea "b", item 2, da Lei 688/96.

Foi efetuada a ciência do sujeito passivo (fls 10), através de Aviso de Recebimento – AR dos Correios.

O sujeito passivo apresentou a defesa, tempestiva.

O crédito tributário, à época da lavratura, tem a seguinte composição:

Tributo ICMS	R$ 5.857,95
Multa	R$ 5.272,15
Juros	R$ 0,00
Atualização Monetária	R$ 0,00
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	**R$ 11.130,10**

2 - DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

O sujeito passivo, em síntese, alega em sua defesa que:

I — É preciso respeitar as decisões do STF e STJ que impõe aplicação imediata aos tribunais administrativos em decisão definitiva;

II – É ilegal a cobrança do DIFAL ao destinatário em questão das mercadorias por ser ente político, entendendo que como órgão público é o contribuinte de direito do imposto, fazendo referência à imunidade citando o art. 150, inciso VI, alínea "a" parágrafo 2º da Constituição Federal de 1988.

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: a37f-5714-ce15-dd96

Ao final, requer o cancelamento total da autuação.

3 - FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO

Os fundamentos que embasaram a aplicação do auto de infração foram os seguintes:

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:

a) utilizar a alíquota interna prevista no Estado de Rondônia, para calcular o ICMS total devido na operação;

b) utilizar a alíquota interestadual prevista para a operação, para o cálculo do imposto devido à unidade federada de origem;

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)

Ao verificar os documentos apensos aos autos, não encontramos evidência de que o sujeito passivo tenha atendido ao que determina a legislação para que fosse afastado de si o descumprimento da norma.

Sendo assim, neste primeiro momento, pela não apresentação do pagamento do DIFAL ao qual estaria obrigado a recolher ao Estado de Rondônia, fica mantido o entendimento que a autuação foi devida

I – SOBRE A ALEGAÇÃO DE QUE A DECISÃO ADMINISTRATIVA NÃO RESPEITOU AS DECISÕES DO STF E STJ

A alegação de que as decisões em definitivo do STJ e STF, segundo o que foi definido no Decreto 2.346 de 1997 sobre esse tema, devem ser acatadas de imediato pelos órgãos administrativos julgadores é um fato já pacificado e realmente deve ser observado.

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: a37f-5714-ce15-dd96

No entanto, faltou o sujeito passivo citar exatamente qual decisão inequívoca e definitiva julgada por essas cortes superiores que não foi seguida, em relação ao tema da autuação qual seja: “não recolhimento do imposto devido no DIFAL pelo remetente nos termos da legislação infringida.

Apesar de haver liminar do STF em resposta a ADI 5464 e 5469, suspendendo a eficácia de algumas cláusulas do Convênio ICMS nº 93/2015, editado pelo CONFAZ, não houve decisão final de mérito das ações até a presente data.

Enquanto pendente de decisão de mérito, o fisco não pode deixar de efetuar os procedimentos administrativos para a constituição definitiva do crédito tributário, uma vez que não se sabe quais serão os alcances dos seus efeitos em futura decisão.

A propositura da ação judicial em matéria tributária, não impede que o Poder Público realize os atos subsequentes de efetivação do lançamento tributário, podendo nascer crédito tributário exigível.

Aliás, conforme entendimento sedimentado nos tribunais superiores, o fisco deve proceder à constituição definitiva de seu crédito, ainda que penda discussão judicial, sob pena de operar-se a decadência tributária (ERE 572.603/PR, REsp 260.040/SP).

Destaco abaixo os artigos do Anexo XII do novo regulamento do ICMS do Estado de Rondônia, por considerar redação autoexplicativa para o caso em questão:

”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 suspendido 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.

Art. 15. As ações propostas contra a Administração Tributária sobre matéria tributária, inclusive mandados de segurança contra atos de autoridades estaduais, não prejudicarão o julgamento dos respectivos PAT. (Lei 688/96, art. 91)

Art. 18. Considera-se iniciado o procedimento fiscal, para efeito de excluir a espontaneidade da iniciativa do

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: a37f-5714-ce15-dd96

sujeito passivo: (Lei 688/96, art. 94) (CTN, art. 138, parágrafo único)

§ 5º. Durante a vigência da medida judicial que determinar a suspensão da cobrança do imposto, não será instaurado procedimento fiscal contra o sujeito passivo favorecido pela decisão, relativamente à matéria sobre a qual versar a ordem de suspensão.

§ 6º. Caso a medida judicial, a que alude o § 3º, refira-se a matéria objeto de PAT em andamento, o curso deste não será sustado, exceto quanto aos atos relativos à execução de decisão final nele proferido."

Por último, a Lei nº 4.929 de 2020 que dispõe sobre a estrutura administrativa do Tribunal Administrativo de Tributos Estaduais no diz em seu art. 16º que:

"Art. 16. Não compete ao TATE:

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

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

III - a declaração de inconstitucionalidade, salvo no caso da inconstitucionalidade ter sido proclamada em ação direta de inconstitucionalidade ou tratar-se de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal ou a Assembleia Legislativa tenha suspendido a execução do ato normativo."

Assim, entendo que enquanto pendente de análise do mérito, o fisco deve proceder aos ditames da Lei, com a realização dos atos necessários à correta aplicação da norma legal, para que não ocorra prejuízos ao erário.

Após analisar esse argumento de defesa pelo sujeito passivo, entendemos que o mesmo não foi suficiente para afastar a materialização do descumprimento do preceito legal objeto da autuação.

II – SOBRE A ALEGAÇÃO DO DESTINATÁRIO GOZAR DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA PREVISTA NO ART. 150, INCISO VI, ALÍNEA "a" PARÁGRAFO 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Por ter assento constitucional, as imunidades são absolutas, o que significa que qualquer pretensão das unidades federativas nesse campo é nula de pleno direito. É que se partirmos do pressuposto de que imposto é uma obrigação, imposta aos indivíduos, de entregar determinado valor monetário ao Estado, para municiá-lo dos recursos necessários à promoção do bem comum, uma atividade exacional entre entes tributantes perderá o sentido.

Mas, atentemos para o seguinte. A chamada imunidade recíproca, evocada pelo sujeito passivo com decalque no inciso VI do art. 150 da CFB, diz respeito apenas aos impostos sobre patrimônio (IPTU e IPVA, por exemplo), renda (Imposto de Renda) e serviços (ISS e ICMS-Serviços). Por exclusão, os impostos sobre o comércio exterior (II e IE), sobre a produção (IPI) e sobre a circulação (IOF e ICMS-Mercadorias) não constituem objeto da imunidade recíproca. É

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: a37f-5714-ce15-dd96

a primeira consideração.

A segunda, diz respeito ao fato de a imunidade recíproca beneficiar tão-somente a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sendo extensiva a suas autarquias e fundações por eles mantidas (§ 2º do mesmo inciso VI).

A imunidade das entidades de direito público não exclui o imposto sobre circulação de mercadorias (ICMS), relativo aos bens que adquire. É que o contribuinte destes é o industrial ou comerciante ou produtor, que promove a saída respectiva.

A relação tributária instaura-se entre o industrial, ou comerciante, que vende, e por isso assume a condição de contribuinte, e a Fazenda Pública, ou Fisco, credor do tributo. Entre o Estado, comprador da mercadoria da mercadoria, e o industrial, ou comerciante, que a fornece, instaura-se uma relação jurídica inteiramente diversa, de natureza contratual.

O Estado Comprador paga simplesmente o preço da mercadoria adquirida. Não o tributo. Este pode estar incluído no preço, mas também está incluído o salário dos empregados do industrial, ou comerciante, e, nem por isto se pode dizer que há no caso pagamento de salários.

Estão incluídos, em última análise, ou poderão estar incluídos, todos os custos da mercadoria, mas isto não tem relevância para o Direito, no que pertine à questão de saber quem paga tais custos.

O Superior Tribunal Federal obrou na mesma linha, devendo, por isso, ser posta em relevo a não tão recente ementa do acórdão relativo ao Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº AI 805295 AgR/MG, julgado por sua Primeira Turma, sendo relator o Ministro Ricardo Lewandowski:

EMENTA. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ICMS. MUNICÍPIO. SERVIÇOS DE TELEFONIA, ENERGIA ELÉTRICA E AQUISIÇÃO DE BENS E PRODUTOS. CONTRIBUINTE DE FATO. ART. 150, VI, A, DA CF. IMUNIDADE. INAPLICÁVEL. PRECEDENTES. REGIMENTAL IMPROVIDO. I - A imunidade do art. 150, VI, a, da Constituição somente se aplica ao imposto incidente diretamente sobre serviço, patrimônio ou renda do próprio ente beneficiado, ou seja, na qualidade de contribuinte de direito. II - O Município é contribuinte de fato do ICMS relativo aos bens e serviços, portanto, não faz jus à imunidade em questão. Precedentes. III - Agravo regimental improvido.

Ora, no lastro das irrebatíveis lições, clara é a distinção entre contribuinte de fato (conotação econômica) e contribuinte de direito (conotação jurídica). Ocorre, que o Direito Tributário só poderá interessar-se pelo sujeito passivo de jure, ou seja, aquele que, na ordem jurídica, suporta o ônus do tributo. O ICMS envolvido na operação de venda de materiais elétricos é devido pela consulente (pessoa jurídica de direito privado que mantém relações comerciais com a prefeitura em questão) - contribuinte de direito, nos termos estabelecidos pelo § único do art. 121 do Código Tributário Nacional.

Dito de outro modo, a imunidade recíproca dirá respeito às pessoas jurídicas de direito público, somente na hipótese de essas pessoas encontrarem-se na condição de contribuintes de direito; ao contribuinte de fato - ainda que se trate de pessoa jurídica de direito público -, vale repisar, não lhe pertine a imunidade recíproca, conferida pelo texto constitucional.

Pelo exposto, também concluímos aqui que não foi afastada o descumprimento pelo sujeito passivo do que a legislação previa para o caso prático.

Sendo assim, entendemos que a multa aplicada prevista na Lei 688/96 em seu artigo 77, IV,

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: a37f-5714-ce15-dd96

alínea “a”, item 5 está de acordo com o caso concreto do não pagamento do diferencial de alíquota, e não o art. 77, inciso VII, alínea “b”, item 2, se não vejamos:

“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 infrações relacionadas ao pagamento, retenção ou apuração do ICMS: (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir efeitos de 01/07/15)

a) multa de 90% (noventa por cento):

5. do valor do imposto não pago correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, quando na entrada no território deste Estado, procedente de outra unidade da Federação, de mercadoria ou bem destinado ao uso ou consumo ou ao ativo imobilizado, em estabelecimento de contribuinte do imposto ou de serviço, adquirido por este, cuja prestação se tenha iniciado em outra Unidade da Federação e não esteja vinculada a operação ou prestação subsequente sujeita ao imposto;

Segundo o art. 34 do Anexo XII do RICMSRO, **“estando o processo em fase de julgamento, os erros de fato e os de capitulação da infração ou da penalidade serão corrigidos pelo órgão de julgamento, de ofício ou em razão de defesa ou recurso, não sendo causa de decretação de nulidade, desde que da correção resulte penalidade de valor igual ou inferior ao constante no auto de infração. (Lei 688/96, art. 108)"**

Logo, ao final de todas as ponderações das provas apensas aos autos, bem como das análises dos argumentos levantados pela defesa do sujeito passivo e **correção da capitulação para o item 5, da alínea “a”, do inciso IV do art. 77 da Lei 688,96, entendemos que a ação deve ser considerada totalmente procedente.**

Crédito Tributário Devido

Tributo ICMS	R$ 5.857,95
Multa	R$ 5.272,15
Juros	R$ 0,00
Atualização Monetária	R$ 0,00
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	**R$ 11.130,10**

4 - CONCLUSÃO

De acordo com o previsto no artigo 12, I, da Lei nº 912, de 12 de julho de 2000, 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** o auto de infração e

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: a37f-5714-ce15-dd96

DECLARO DEVIDO o crédito tributário de R$ 11.130,10, devendo o mesmo ser atualizado na 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 e conseqüente execução fiscal.

Porto Velho (RO), 13/02/2022 .

Daniel Gláucio Gomes de Oliveira

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA

Documento assinado eletronicamente por:
Daniel Gláucio Gomes de Oliveira, **Auditor Fiscal**, [illegible], Data: **13/02/2022**, às **19:0**.
Conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.

Este documento foi assinado digitalmente. As informações sobre a(s) assinatura(s) estão na última página deste documento.
A autenticidade pode ser conferida no site https://processos.sefin.ro.gov.br/bpm/app/public/consultaDocumentos, informando o código: a37f-5714-ce15-dd96