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

SUJEITO PASSIVO: *VOTORANTIM CIMENTOS S.A.*
ENDEREÇO: *Av. Pres. Juscelino Kubitschek, 1830 - Itaim Bibi - São Paulo/SP - CEP: 04543-900*
PAT Nº: *20222906700035*
DATA DA AUTUAÇÃO: *30/09/2022*
CAD/CNPJ: *01.637.895/0094-31*
CAD/ICMS: *00000000351636*

DECISÃO PARCIAL Nº: 2023/1/273/TATE/SEFIN

1. Não comprovação do recolhimento do ICMS DIFAL referente a saída de mercadoria para consumidor final neste Estado. 2. Defesa Tempestiva 3. Infração Parcialmente Ilidida 4. Auto de infração Parcialmente Procedente

1 – RELATÓRIO

Conforme descrito no auto de infração 20232900100021, lavrado em 14/01/2023 (folhas 01 - Documento do volume do Auto), constatou-se que “Por meio da NFe 435444 o sujeito passivo acima identificado promoveu a saída de mercadorias com destino a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado nesta unidade federada, sem comprovação do pagamento do ICMS-Diferencial de Alíquota antecipadamente à operação. Sujeito passivo impetrou mandado de segurança (ação 7018565-32.2022.8.22.0001) para não cobrança do ICMS-DIFAL. Porém a concessão da segurança foi para que o fisco de Rondônia não cobrasse o ICMS-DIFAL apenas no período de 90 dias após a promulgação da LC 190/2022 (04/01/2022). Sendo assim, a partir do dia 04/04/2022 passou a ser devido o recolhimento/destaque do ICMS-DIFAL.”

A infração foi capitulada no Artigo 269; Art. 270, I, "c", Art. 273, Art 275, do Anexo X do RICMS/RO aprovado pelo Dec. 22721/18. A multa foi capitulada no Artigo 77, inciso VII, alínea "b", item 2 da Lei 688/96 - (fl. 01 - documento do volume do Auto).

O crédito tributário, à época da lavratura, foi lançado com a seguinte

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: 6679-5c84-d235-cd2c

composição:

Descrição	Crédito Tributário	
Tributo:	R$	2.088,33
Multa 90%	R$	1.879,50
Juros	R$	0,00
A. Monetária	R$	0,00
Total do Crédito Tributário	R$	3.967,83

A fiscalização foi realizada pelo Posto Fiscal Wilson Souto - Vilhena/RO (fls. 01 - documento do volume do Auto). Com solicitação para providenciar o Termo de Início de Ação Fiscal em 03/10/2022 (fls: 5 - documento do volume do Auto) e Notificado por Carta Registrada – AR nº YI936911272BR, com ciência no dia 10/11/2022 – (fls: 11 - documento do volume do Auto).

2 - DAS ARGUIÇÕES DA DEFESA

O sujeito passivo apresentou defesa tempestiva, na qual, em resumo, expõe o seguinte argumento:

2.1 – Preliminares:

2.1.1. Em Preliminar entende ser ilegal a cobrança do Diferencial de Alíquota (DIFAL) do ICMS nas saídas para consumidores finais não contribuintes do imposto durante o exercício de 2022, tendo em vista o princípio da anterioridade (art. 150 III, “b”, da CF/88). Por isso, impetrou Mandado de Segurança nº 7018565-32.2022.8.22.0001 (doc. 01) optando por realizar deposito judicial dos valores relativos ao ICMS-DIFAL citados acima. E, por ter realizado os depósitos dentro do prazo de vencimento e devido a suspensão do crédito tributário nos termos do art. 151, inciso II, do CTN, deve ser anulada a multa aplicada 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: 6679-5c84-d235-cd2c

qualquer acréscimo legais - (fls. 2 da parte da defesa).

2.2 - Do Mérito:

2.2.1 Alega que a defendente possui inscrição no Cadastro de Contribuinte do ICMS de Substituto Tributário – CAD/ICMS/RO-ST e portanto, não está obrigada a realizar o recolhimento do DIFAL-ICMS a cada operação conforme dispõe a Instrução Normativa nº 005/2016/GAB/CRE. E devido a essa Instrução Normativa e respeitando o princípio da especialidade, o sujeito passivo pode apurar o imposto mensalmente e recolher até o dia 15 (quinze) do mês subsequente - (fls. 03 a 05 da parte da defesa).

2.2.2 Alega o efeito confiscatório das multas aplicadas e que tais penalidades devem respeitar o princípio da equidade (art. 108, IV do CTN) e do não confisco (art. 150, IV, da CF/88) e cita que STF já pacificou o entendimento sobre o tema. Por isso, impõe-se a anulação da multa ou quando menos, sua redução, tendo em vista sua inconstitucionalidade/ilegalidade - (fls. 05 a 06 da parte da defesa).

E por fim, requer o acolhimento da preliminar arguida, decretando a nulidade do Auto de Infração e caso não seja este o entendimento solicita que o julgamento do mérito seja totalmente improcedente - (fls. 06 - documento da Defesa).

3 – FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Baseado nos documentos anexados da defesa, passo à análise dos fatos trazidos aos autos:

3.1. - Das Preliminares:

Em relação as alegações de que o fisco não observou o princípio da anterioridade (art. 150 III, “b”, da CF/88) para cobrar o Diferencial de Alíquota (DIFAL) do ICMS nas saídas interestaduais para consumidores finais não contribuintes do imposto durante o exercício de 2022. E, que impetrou Mandado de Segurança nº 7018565-32.2022.8.22.0001 (doc. 01), além de ter feito os depósitos dentro do prazo de vencimento, sendo suspenso o crédito tributário nos termos do art. 151, inciso II, do CTN - (fls. 2 da parte da defesa).

Em relação ao princípio da anterioridade citada pelo sujeito passivo, é fundamental estabelecer que este é um princípio que tem como objetivo principal a

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: 6679-5c84-d235-cd2c

segurança jurídica e a própria justiça de forma geral. É evidente, que em matéria tributária, não vale só a garantia dos fatos passados, mas se faz necessário a previsibilidade dos fatos futuros, isso é o que chamamos do princípio da não surpresa, no qual o princípio da anterioridade está inserido.

Em relação as alegações de que o fisco não observou o princípio da anterioridade (art. 150 III, "b", da CF/88) é necessário explicar que esse artigo constitucional especifica que, é vedado cobrar tributos de fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver **instituído ou aumentado**. Vejamos:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> III - cobrar tributos:
>
> b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

Observem, que essa situação é aplicada no caso de instituição ou aumento do tributo, o que não é o caso em análise. O próprio sujeito passivo afirma nas folhas 02 da defesa, que não é "este o objeto da presente defesa". Entretanto, esclarecemos que o princípio da anterioridade anual é referente ao exercício financeiro, o qual se diferencia do princípio da anterioridade nonagesimal ou noventena. Este último faz referência ao prazo mínimo de noventa dias entre a data da publicação de uma lei que aumentasse ou criasse tributos.

A cobrança do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto é regulamenta pela Lei Complementar 190/2022, que foi publicada em 05/01/2022. Nesse caso, o fisco obedeceu ao princípio da noventena para cobrar o DIFAL, pois o lançamento é referente a NFe 435444, emitida em 30/09/2022 (fls: 03 da autuação), portanto, mais de noventa dias da publicação da Lei Complementar.

Portanto não prospera, a alegação da defesa, pois a Lei Complementar nº 190/2022 é clara a respeito da regulamentação do DIFAL e o RICMS/RO disciplina a sua cobrança, vejamos:

> Lei Complementar nº 190/2022:
>
> Art. 1º A Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996 (Lei Kandir), passa a vigorar com as seguintes alterações:
> "Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.
> § 1º .....

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: 6679-5c84-d235-cd2c

§ 2º É ainda contribuinte do imposto nas operações ou prestações que destinem mercadorias, bens e serviços a consumidor final domiciliado ou estabelecido em outro Estado, em relação à diferença entre a alíquota interna do Estado de destino e a alíquota interestadual:
(...)
II - o remetente da mercadoria ou bem ou o prestador de serviço, na hipótese de o destinatário não ser contribuinte do imposto.” (NR)

“Art. 11. O local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição do estabelecimento responsável, é: .....
II - .....
.....
c) (revogada);
.....
V - tratando-se de operações ou prestações interestaduais destinadas a consumidor final, em relação à diferença entre a alíquota interna do Estado de destino e a alíquota interestadual:
a) o do estabelecimento do destinatário, quando o destinatário ou o tomador for contribuinte do imposto;
b) o do estabelecimento do remetente ou onde tiver início a prestação, quando o destinatário ou tomador não for contribuinte do imposto.

DO RICMS/RO aprovado pelo Dec. 22721/18:

Art. 2º O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS, de competência dos Estados, incide sobre:

Parágrafo único. O imposto incide também:

VI - nas operações e prestações iniciadas em outra unidade da Federação que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do imposto localizado neste Estado, observado o disposto no inciso VIII do artigo 12.

ANEXO VI DO RICMS/RO aprovado pelo Dec. 22721/18:

Art. 2º. Para fins da substituição tributária do imposto devido nas operações subsequentes, observar-se-á o disposto neste Anexo. **(Convênio ICMS 142/18, cláusula primeira)**. **(NR dada pelo Dec. 23465, de 27.12.18 – efeitos a partir de 01.01.19).**

Redação Anterior: Art. 2º. Para fins da substituição tributária do imposto devido nas operações subsequentes, observar-se-á o disposto neste Anexo. (Convênio ICMS 52/17, cláusula primeira)

§ 1º. O disposto no *caput* aplica-se também ao imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna aplicada no Estado de Rondônia sobre o bem, mercadoria ou serviço e a alíquota interestadual incidente sobre as operações e prestações interestaduais com bens, mercadorias e serviços destinados ao uso, consumo ou ativo imobilizado do destinatário contribuinte do imposto localizado neste Estado.

Art. 3º. Ocorre a antecipação de recolhimento do imposto com acréscimo da margem de valor

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: 6679-5c84-d235-cd2c

agregado e encerramento de fase de tributação, nas operações e prestações destinadas a este Estado, quando se atribui ao destinatário a responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido pelas saídas subsequentes.

Parágrafo único. A responsabilidade prevista no *caput* aplica-se também ao diferencial de alíquotas.

Em relação ao processo judicial referente ao mandado de segurança (ação 7018565-32.2022.8.22.0001), para não cobrança do ICMS-DIFAL, ele foi remetido em grau de recurso para Instância Superior em 25/08/2022. O Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, julgou Parcialmente a Segurança referente à cobrança do ICMS DIFAL durante o ano de 2022. E, determinou que à autoridade coatora se ABSTENHA de cobrar o ICMS-DIFAL de consumidor final não contribuinte, antes dos 90 dias da promulgação da LC 190/2022, Vejamos decisão:

Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE A SEGURANÇA** e determino que à autoridade coatora que se: a) ABSTENHA de cobrar o ICMS-DIFAL de consumidor final não contribuinte, antes dos 90 dias da promulgação da LC 190/2022; b) ABSTENHA de qualquer ato sancionatório (lavrar auto de infração, inscrição em cadastro restritivo, promover execução fiscal, negar expedição de certidão de regularidade fiscal, cancelar inscrições estaduais, revogar/indeferir concessão de regimes especiais) relativo a esse tributo, no período do item anterior; e, c) ABSTENHA de realizar a apreensão de mercadorias da Impetrante, quando transitarem nos postos de fiscalização do Estado, utilizando-se a apreensão como condição da exigibilidade do tributo (ICMS-DIFAL).

Confirmo, em sentença, a liminar concedida.

Resolvo o mérito, nos termos do art. 487, I do CPC.

Portanto, não assiste razão ao sujeito passivo, já que o lançamento de ofício feito pelos autuantes foi realizado com mais de noventa dias da publicação da Lei Complementar 190/2022.

Em relação a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, este é disciplinado pelo artigo 151 do Código Tributário Nacional. Vejamos:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

VI – o parcelamento. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

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: 6679-5c84-d235-cd2c

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações assessórios dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela conseqüentes.

O sujeito passivo tem razão ao afirmar que o depósito do seu montante integral suspende a exigibilidade do crédito tributário. Entretanto, a Jurisprudência afirma que a autoridade fiscal não fica impedida de fazer o lançamento, pois este é um ato de constituição do crédito tributário e não exigibilidade. Assim, o crédito deve ser constituído.

Caso o contrário fosse verdadeiro, o fisco ficaria impedido de realizar o lançamento e correria o risco de esvair-se o prazo para a constituição do crédito sem poder tomar qualquer providência por estar legalmente impedido. O que ocorre aqui é o impedimento por parte do fisco da propositura da execução fiscal, até a sentença final. Sendo que no caso da Procedência ou Parcial Procedência, o valor depositado será convertido em renda aos cofres públicos.

3.2 – Do Mérito:

3.2.1 - Em relação à alegação que a defendente possui inscrição no Cadastro de Contribuinte do ICMS de Substituto Tributário – CAD/ICMS/RO-ST e, portanto, não está obrigada a realizar o recolhimento do DIFAL-ICMS a cada operação conforme dispõe a Instrução Normativa nº 005/2016/GAB/CRE. E que devido a essa Instrução Normativa e respeitando o princípio da especialidade, o sujeito passivo pode apurar o imposto mensalmente e recolher até o dia 15 (quinze) do mês subsequente - (fls. 03 a 05 da parte da defesa).

A Instrução Normativa nº 005/2016/GAB/CRE disciplina o recolhimento do diferencial de alíquotas relativo às operações com consumidor final não contribuinte previsto artigo 2º, inciso VI da Lei n. 688, de 27 de dezembro de 1996. O artigo 4º da Instrução Normativa nº 005/2016/GAB/CRE, estabelece que o valor apurado com base na declaração realizada por contribuinte que possui inscrição no cadastro de contribuinte do ICMS de Substituto Tributário deverá pagar o imposto até o dia 15 (quinze) do mês subsequente, por intermédio de GNRE. Vejamos:

Art. 1º. Os contribuintes localizados nas demais unidades da federação, mesmo sendo optantes pelo regime do Simples Nacional, quando efetuarem operações com consumidor final localizado no Estado de Rondônia deverão observar os procedimentos estabelecidos nesta Instrução Normativa, quanto à forma de lançamento e apuração do diferencial de alíquota. (Lei 688/96, Art. 2º, inciso VI, Art. 18, § 3º)

Art. 3º. Os contribuintes mencionados no caput do artigo 1º, que possuírem inscrição no Cadastro de Contribuinte do ICMS de Substituto Tributário – CAD/ICMS/RO-ST, deverão enviar à Coordenadoria da Receita Estadual de Rondônia mensalmente:

(...)

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: 6679-5c84-d235-cd2c

> Art. 4º. O valor apurado com base nas declarações referidas no artigo 3º deverá ser recolhido até o dia 15 (quinze) do mês subsequente, por intermédio de Guia Nacional de Tributos Estaduais – GNRE, utilizando-se do código de receita 10011-0 – ICMS consumidor final não contribuinte outra UF por apuração.

O DANFE nº 435444, descrito no corpo do auto de infração é referente a venda de mercadorias por contribuintes localizados em outra unidade da federação, no caso em análise é proveniente de Nobres/Mato Grosso e destinadas à consumidor final situado neste Estado (fls: 03 da autuação). A EC 87/15, dispõe que caberá ao Estado do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota do Estado destinatário e a alíquota interestadual (DIFAL), quando destinem bens e serviços a consumidor final. O artigo 155, VIII, “b”, da EC 87/15, especifica que a responsabilidade pelo recolhimento do imposto é do remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto. Vejamos:

> "Art. 155.....
>
> .....
>
> § 2º.....
>
> .....
>
> VII - nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final, contribuinte ou não do imposto, localizado em outro Estado, adotar-se-á a alíquota interestadual e caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual;
>
> a) (revogada);
>
> b) (revogada);
>
> VIII - a responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual de que trata o inciso VII será atribuída:
>
> a) ao destinatário, quando este for contribuinte do imposto;
>
> b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto;

Ao verificar o DANFE nº 435444 (fls: 03 da autuação), constatamos que o documento emitido continha inscrição de substituto tributário e que não tinha o destaque do DIFAL a favor do Estado de Rondônia. Confirmamos que a empresa estava com o cadastro ativo no Estado de Rondônia (fls: 07 da atuação). E, também analisamos a EFD referente ao mês 09/2022 através do Sped – Sistema Publico de Escrituração Digital – e constamos que a escrituração foi realizada sem o destaque do ICMS-DIFAL, vejamos:

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: 6679-5c84-d235-cd2c

REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

CONTRIBUINTE VOTORANTIM CIMENTOS SA — PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/09/2022 a 30/09/2022

CNPJ/CPF:01.637.895/0094-31 — INSCRIÇÃO ESTADUAL: 133787877 — UF:MT — MUNICÍPIO: Nobres - MT

Data emissão	Data Saída	Nr. Doc. Inicial	Nr. Doc. Final	Modelo	Nº série	ECF/FAT	Série	Subsérie	Situação	CNPJ/CPF	IE	UF	Município	Razão social	
		CST/ICMS			CFOP	Alíquota ICMS		Valor Operação		Base de Cálculo ICMS	Valor ICMS		Base de Cálculo ICMS ST	Valor ICMS ST	Valor IPI
30/09/2022	30/09/2022	435465		55			006		00	35810343000104	0000000557058 1	RO	1100049	S & M COMERCIO DE MATERIAIS DE CO RV-Revenda	
		510			6401	12,00		35.841,60		32.465,22	3.895,83		41.555,48	3.376,38	0,00
30/09/2022	30/09/2022	435561		55			006		00	02634560000196	0000000402656	RO	1100130	P H DOS SANTOS MAT PARA CONSTRUCOES EIRELI RV-Revenda	
		510			6401	12,00		38.805,60		34.981,61	4.197,79		34.981,61	1.923,99	0,00
30/09/2022	30/09/2022	435528		55			006		00	36208541000157	0000000560 1401	RO	1100304	O I LOTTI COMERCIO DE MADEIRAS E MATERIAIS PARA CONSTRUCAO EIRELI RV-Revenda	
		510			6401	12,00		19.100,00		18.104,27	2.172,51		18.104,27	995,73	0,00
30/09/2022	30/09/2022	435444		55			006		00	92779503000982	0000000037559 4	RO	1100265	CASTILHO ENGENHARIA E EMPREENDIMENTOS S A CF-Consumidor Final	
		500			6107	12,00		37.969,80		37.969,80	4.556,38		0,00	0,00	0,00
30/09/2022	30/09/2022	435560		55			006		00	16585503000106	0000000365310 2	RO	1100700	FORTE & CLEMENCIO LTDA RV-Revenda	
		510			6401	12,00		5.208,00		4.853,86	582,46		5.382,00	354,14	0,00

Então, por não ter ocorrido o destaque do imposto, não ter apresentado a GNRE e não ter escriturado o DIFAL, a cobrança torna-se devida no momento da entrada da mercadoria no estado de Rondônia. Lembramos, que aqui se trata da constituição do crédito tributário, ou seja, já existe no mundo dos fatos a situação definida em Lei como fato gerador do tributo. Portanto, há a ocorrência da obrigação tributária, o qual tem de ser lançado para nascer o crédito tributário, conforme artigo 142 do CTN, vejamos:

> **Art. 142.** Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.
>
> **Parágrafo único**. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Devido a atividade ser vinculada, os auditores são obrigados a realização do lançamento de ofício. Sendo que a suspensão alegada pelo contribuinte só acontece se tiver lançamento, caso contrário não haveria necessidade de suspender o que não existe.

Os autuantes capitularam a infração e a penalidade conforme o artigo 77, inciso VII, alínea b-2 da Lei 688/1996:

> b) multa de 90% (noventa por cento):

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: 6679-5c84-d235-cd2c

2. do valor do imposto, por promover a saída de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto antecipadamente à operação, sem a comprovação do pagamento na forma da legislação tributária;

Entretanto, conforme descrição no corpo do auto, a operação realizada pelo sujeito passivo possui enquadramento específico, descrita no artigo 77, inciso IV, alínea k da Lei 688/1996:

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

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

k) multa de 5% (cinco por cento) do valor da operação, ao remetente substituto tributário que não efetuar a retenção do imposto ou efetuar a retenção a menor, não podendo ser inferior a 10 (dez) UPF/RO."

Portanto, corrige-se, de ofício, a capitulação da infração e penalidade para o artigo 77, inciso IV, alínea k da Lei 688/1996, com base no artigo 108 da Lei 688/1996, que permite que seja feita correções na penalidade até na fase de julgamento, desde que da correção resulte penalidade de valor igual ou inferior ao constante no auto de infração. Vejamos a Lei 688/96:

Art. 108. 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. (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

Portanto, o julgador com base no artigo 108 da lei 688/96 corrige de ofício a infração capitulada no auto de infração para o artigo 77, inciso IV, alínea k da Lei 688/1996.

3.2.2 - Em relação à alegação que as multas aplicadas têm efeito confiscatório e que tais penalidades devem respeitar o princípio da equidade (art. 108, IV do CTN) e do não confisco (art. 150, IV, da CF/88) e que STF já pacificou o entendimento sobre o tema. Por isso, impõe-se a anulação da multa ou quando menos, sua redução, tendo em vista sua inconstitucionalidade/ilegalidade - (fls. 05 a 06 da parte da defesa).

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: 6679-5c84-d235-cd2c

Sobre a alegação da multa ser de efeito confiscatório, o contribuinte equivoca-se, pois o instituto referente a multa é especificada na Lei 688/96. Além disso, o artigo 90 dessa mesma lei, combinado com o artigo 16 da Lei 4.929/2020 excluem da competência deste Tribunal a análise de inconstitucionalidade, ou a negativa de aplicação de lei ou de ato normativo emanado pelo Governo de Rondônia.

Entretanto, no caso em análise, não há que falar em multa, devido a suspensão de sua exigibilidade. Por isso, alteramos o valor do crédito tributário, conforme prever legislação:

	Vl. Cobrado AI	Vl. Procedente	Vl. Improcedente
Tributo	2.088,33	2.088,33	0,00
Multa	1.879,50	0,00	1.879,50
Crédito Tributário	3.967,83	2.088,33	1.879,50

Por todo o exposto, conheço da defesa e concluímos que o auto de infração deve ser declarado parcialmente procedente, conforme legislação demonstrada.

4 – CONCLUSÃO

No uso da atribuição disposta no artigo 79, II, do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo Tributário – TATE, aprovado pelo Decreto nº 9.157, de 24 de julho de 2000 e no inciso IV do artigo 131 da Lei 688/1996 e de acordo com o previsto no artigo 15, I, da Lei nº 4.929 de 17 de dezembro de 2020, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação fiscal sendo devido o valor de R$ 2.088,33 (Dois mil e oitenta e oito reais e trinta e três centavos) referente ao imposto e declaro indevido o valor de R$1.879,50 (Hum mil e oitocentos e setenta nove reais e cinquenta centavos) referente a multa.

Fica suspensa a exigibilidade do valor devido até decisão judicial final

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: 6679-5c84-d235-cd2c

sobre o mérito da cobrança do DIFAL no ano de 2022.

De acordo com o inciso I do § 1º do art.132 da Lei 688/96, deixo de recorrer de ofício a 2ª Instância deste Tribunal, pela importância ser menor que 300 UPF/RO.

5 – ORDEM DE INTIMAÇÃO

De acordo com inciso V e parágrafo único do artigo 131 e artigo 146 da Lei 688/96, fica o sujeito passivo intimado da decisão de primeira instância.

Porto Velho, *23/08/2023* .

AUGUSTO BARBOSA VIEIRA JUNIOR

AFTE Cad.

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA

Documento assinado eletronicamente por:
AUGUSTO BARBOSA VIEIRA JUNIOR, **Auditor Fiscal**, , Data: **23/08/2023**, às **14:31**.
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: 6679-5c84-d235-cd2c