



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

**SUJEITO PASSIVO:** *BR MACHINE LOCACOES LTDA*

**ENDEREÇO:** *RUA CONDA, 100 - TERREO, SECCO, PRESIDENTE CASTELO BRANCO-SC*

**PAT Nº:** *20212906300171*

**DATA DA AUTUAÇÃO:** *22/02/2021*

**CAD/CNPJ:** *09.943.635/0001-05*

**CAD/ICMS:** .....

**DECISÃO PROCEDENTE Nº: 2021/1/39/TATE/SEFIN**

1. Promover a circulação de mercadoria alcançada pela EC 87/2015, sem apresentar o comprovante de recolhimento do DIFAL, a cargo do remetente.
2. Com defesa.
3. Infração não ilidida.
4. Ação fiscal procedente.

**1 - RELATÓRIO**

O sujeito passivo acima qualificado foi autuado por ter promovido a circulação de mercadorias, pelo Posto Fiscal de Vilhena/RO, comando 20213050034309, capturada pelo background Home Office SEFIN/CRE, alcançadas pela EC nº 87/15, a qual 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, conforme art. 5º da IN nº 005/2016/GAB/CRE. Tal responsabilidade pelo recolhimento do ICMS fica a cargo da empresa remetente da mercadoria. Trata-se da NFe DANFE nº 5005, emitidas em 15/02/2021, anexa, sob fiscalização conjunta com o Fisco de Origem. Base de Cálculo: R\$ 80.000,00, diferencial de alíquota (=) R\$10.800,00. Base de Cálculo da Multa 90% do imposto (=) R\$ 9.720,00.

Para capitulação legal da infração foram indicados os arts. 269, 270-I-c, 273 e 275, Cap. XXI do Anexo X do novo RICMS-RO c/c EC 87/95 c/c art. 5º IN 005/16/GAB/CRE, e para a

multa o art. 77-IV-a-1 da Lei 688/96.

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

Tributo ICMS	R\$ 10.800,00
Multa	R\$ 9.720,00
Juros	R\$ 0,00
Atualização Monetária	R\$ 0,00
<b>TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO</b>	<b>R\$ 20.520,00</b>

O sujeito passivo foi regularmente notificado pela via postal, e apresentou defesa tempestiva em anexo.

## **2 - DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA**

Na defesa apresentada o sujeito passivo alegou inicialmente prejuízo ao princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º-LV DA CF/88), devido a falta de clareza do auto de infração, devendo ser nulo, uma vez que não atende ao art. 142 do CTN, pois o DIFAL não traz o percentual do diferencial de alíquota correspondente, não traz informação da base de cálculo, e nem utiliza o próprio campo do auto para esse fim, dificultando o entendimento.

Que o fato gerador seria inexistente pois o DIFAL em questão, advindo da EC 87/15 e editado os procedimentos a serem seguidos nas operações interestaduais por meio do Conv. ICMS 93/15, está sendo exigido sem a devida Lei Complementar, como exigido no art. 146 da CF/88.

Que, embora o STF tenha julgado em conjunto o RE 1287019 e a ADI 5469, considerando inconstitucional o DIFAL introduzido pela EC 87/15, cuja produção dos efeitos foi modulado a partir de 2022, dando oportunidade ao Congresso Nacional para que edite lei complementar sobre a questão, o sujeito passivo entende que não há que se falar em modulação a partir daquela data, uma vez que a norma é inconstitucional, visto ser nula.

Que, inclusive, foi esse o entendimento do Juiz de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de Porto Alegre, nos autos do processo 5020330-36.2021.8.21.0001, entendendo que no caso analisado não teria ocorrido fato gerador do ICMS/DIFAL, visto ser inconstitucional.

Que a multa aplicada seria uma ofensa ao princípio do não confisco (art. 150-IV da CF/88) e da proporcionalidade, pela sua desproporção à norma primária dispositiva, convertendo-se em instrumento inidôneo de arrecadação, afastando-se do seu caráter punitivo e ressarcitório, e que o STF há muito se manifesta de forma negativa à recorrente atuação confiscatória do Estado (conforme colação: ADI 5511/600-RJ, ADI 551/RJ, trecho do voto do Min. Celso de Mello do STF, relator do RE nº 374.981/RS e entendimento do Pleno do STF, nos autos da ADI nº 1.075/DF), como no presente caso em que a multa de 90% é quase o dobro do suposto valor da dívida.

Portanto, entende que a multa em questão é flagrantemente inconstitucional, pois carecedora de proporcionalidade, caso houvesse a conduta pela autuada, pelo que deve ser

cancelada, vez que extrapola os limites da razoabilidade.

Diante de todo o exposto, requereu seja sua impugnação conhecida e provida, para que seja anulado completamente o auto de infração, uma vez que não ocorreu o fato gerador do ICMS, e que se este não for o entendimento, seja a penalidade integralmente cancelada, pela ofensa ao princípio constitucional do não confisco e o da razoabilidade, e que seja suspensa a exigibilidade do crédito tributário até o trânsito em julgado da decisão administrativa em última instância.

### **3 - FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO**

Conforme consta na peça básica o sujeito passivo acima identificado foi autuado por ter promovido a circulação da mercadoria constante da nota fiscal nº 5005, emitida em 15.02.2021, alcançada pela EC 87/15, sem apresentar o comprovante de recolhimento do ICMS/DIFAL devido a Rondônia.

O sujeito passivo regularmente notificado, em preliminar, requereu a nulidade do auto de infração, sob o fundamento de cerceamento de defesa, pois não trouxe informação da base de cálculo, e no mérito, alegou falta de ocorrência do fato gerador, uma vez que STF julgou inconstitucional o DIFAL por estar sendo cobrado sem a edição prévia de Lei Complementar, e que estaria configurado efeito confiscatório diante de multa de 90%, pelo que deve esta ser cancelada.

Pois bem, após a análise do processo, verifico que razão não assiste ao sujeito passivo, pelas razões a seguir aduzidas.

Inicialmente, ao enfrentar a questão preliminar de nulidade, sob o fundamento de suposto cerceamento de defesa, não merece acolhimento, tendo em vista não se vislumbrar, efetivamente, qualquer ofensa ao art. 100 da Lei 688/96, que trata dos requisitos de validade do auto de infração. Ademais disso, verifica-se que o sujeito passivo manejou com inteiro conhecimento acerca da acusação fiscal descrita na peça básica, não se constatando, portanto, qualquer prejuízo ao exercício do seu direito à ampla defesa, como suscitado.

Quanto à suposta falta da base de cálculo, que na verdade, apenas estava omissa a alíquota de 13,5%, nos termos do art. 107 c/c o art. 108 da Lei 688/96, resta corrigida para: Base de cálculo R\$ 80.000,00 x 13,5% (17,5%, alíquota interna - 4%, alíquota interestadual nfe 5005) = R\$ 10.800,00.

Em relação ao mérito, vale ressaltar que os incisos VII e VIII do § 2º do art. 155 da CF/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 87/2015, dispõem que, 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, bem como definem o responsável pelo

recolhimento do ICMS.

Neste sentido, os Estados e o Distrito Federal editaram o Convênio ICMS nº 93/2015, para uniformizar os procedimentos a serem observados nas operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, e já em sua Cláusula segunda do aludido Convênio ICMS nº 93/2015, há a determinação de que o remetente do bem ou o prestador do serviço, nas operações ou prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto, deverá utilizar a alíquota interna prevista na unidade federada de destino para calcular o ICMS total devido na operação ou prestação, aplicar a alíquota interestadual para calcular o imposto devido ao Estado de origem e recolher, para a unidade federada de destino, o imposto correspondente à diferença entre o ICMS total e o imposto devido à unidade de origem.

Por seu turno, o dispositivo em questão foi disciplinado no novo RICMS-RO pelo Estado de Rondônia, *in verbis*:

*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)*

*Nota: vide ADI 5.439 no STF, relativa à disposição da cláusula segunda do Convênio ICMS 93/15.*

*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;*

No presente caso, a par dos dispositivos retro mencionados, a cobrança do ICMS/DIFAL levada a efeito por meio deste auto de infração está correta, e de acordo com o STF, pois este, em 24.02.2021, ao concluir o julgamento do RE 1287019 e da ADI 5469, modulou os efeitos da decisão (no sentido de que **é inconstitucional a cobrança do DIFAL** antes da edição de uma lei complementar que discipline a EC nº 87/2015), sendo que ela passe a produzir efeitos a partir de 01.01.2022, ressaltando-se os processos judiciais em curso, o que não é o caso aqui tratado, que é processo administrativo, e quanto à discordância do sujeito passivo em relação aos efeitos a partir de 01.01.2022, embora seja um direito seu, não tem o condão de ilidir o presente auto de infração, assim como também a alegação de efeito confiscatório da multa aplicada, uma vez que o art. 77-IV-a-1 da Lei 688/96 aplicado, está em plena vigência e não se enquadra em nenhuma hipótese prevista no art. 90 da Lei 688/96, *in verbis*, para fins de declaração de inconstitucionalidade por este Tribunal:

*Art. 90. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, salvo no caso da inconstitucionalidade ter sido proclamada:*

*Nota: [Nova Redação 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.*

Portanto, uma vez que restou consumada a infração prevista, e que os documentos comprobatórios em anexo são capazes de sustentar a acusação fiscal, entende-se que fora correta a ação fiscal perpetrada.

Dessa forma, estando a cobrança do ICMS/DIFAL sob exame em consonância com todos os requisitos legais, e considerando que o sujeito passivo não se desincumbiu da acusação fiscal imputada, decido pela procedência do presente auto de infração.

#### **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 DEVIDO o crédito tributário de R\$ 20.520,00 , 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, 03/09/2021 .*

***Elder Basílio e Silva***

**JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA**



Documento assinado eletronicamente por:

**Elder Basílio e Silva, Auditor Fiscal,**

Data: **03/09/2021**, às **6:3**.

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