



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

Fis. \_\_\_\_\_

Ass. \_\_\_\_\_

TATE-SEFINRO

SUJEITO PASSIVO : ELÉTRICA RADIANTE MATERIAIS ELETRICOS  
ENDEREÇO : Rua Goias, esq. c/ Sto Dumont, Sen.Canedo-GO  
CEP 75.250-000  
PAT. N. : 20212906300531  
DATA DA AUTUAÇÃO : 15/05/2021  
CAD/ICMS-RO :  
CAD/CNPJ : 15.984.883/0001-99

**DECISÃO N. 2021.10.22.01.0078/UJ/TATE/SEFIN**

1. ICMS-DIFAL não recolhido antecipadamente 2. Defesa Tempestiva 3. Infração não ilidida. 4. Ação Fiscal procedente.

**1- Relatório.**

**1.1-Autuação**

Da peça inicial, colhemos a informação de que o sujeito passivo promoveu a circulação de mercadoria através das NFe's n. 27796, 27795 e 27794 para destinatário não contribuinte do ICMS, alcançada pela EC 87/15, sem apresentar o comprovante de recolhimento antecipado do ICMS-DIFAL.

Capitulou-se a infração pelo descumprimento aos artigos 74-A, Art. 74-B, Inc. I, Art. 74-D e Art. 74-J do RICMS/RO e EC 87/2015 e Convênio ICMS nº 93/2015. E penalidade (multa) aplicada com fulcro no art. 77, Inciso IV, alínea "a", item 1 da Lei 688/1996.

Composição do crédito tributário lançado:

|                             |               |
|-----------------------------|---------------|
| Tributo                     | R\$ 15.356,60 |
| Multa 90%                   | R\$ 13.820,94 |
| Total do crédito tributário | R\$ 29.177,54 |



Feita a notificação por via AR BZ697488483BR em 16/08/2021 (fls.: 18), o autuado apresentou impugnação em 01/07/2021, conforme protocolo de recebimento de defesa tempestiva n. 276/2021(fl. 19).

### **1.2 – Alegações da defesa.**

A defendente apresentou impugnação tempestiva e nela arguiu quanto a:

1.2.1 inconstitucionalidade e ilegalidade em tributar o destinatário da mercadoria que por se tratar de ente Político goza de imunidade recíproca prevista no artigo 150, inciso VI, alínea “a” e § 2º da CF;

1.2.2 embora o Convênio ICMS 93/2015 tenha estabelecido as diretrizes gerais do novo regime de recolhimento de ICMS em operações e prestações interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes do imposto, decorrentes da Emenda Constitucional nº 87/2015 e com o intuito de acabar com guerra fiscal no e-commerce nas vendas não presenciais por meio da repartição das receitas do ICMS, SE OMITIU AO NÃO PRESERVAR A RELAÇÃO JURÍDICO/TRIBUTÁRIA dos fornecedores quando realizam vendas a municípios e órgãos públicos, pois, lhe exige o recolhimento do diferencial de alíquota, mesmo que esses destinatários não estejam sujeitas ao recolhimento do diferencial de alíquota;

1.2.3 o STF já declarou inconstitucional a exigência de ICMS prevista em lei ordinária editada antes da edição de lei complementar que disciplinou uma nova hipótese de incidência do imposto introduzida por emenda constitucional e nas decisões proferidas na ADI 5469 MC/DF e RE 1287019/DF (tema 1093) houve a declaração de inconstitucionalidade da cobrança de diferencial das alíquotas nas operações interestaduais de venda de mercadorias para destinatários que não sejam contribuintes do ICMS, por ausência de lei complementar que a regule.

Pelo exposto, ao final, requer o cancelamento integral do auto de infração.

### **2- Fundamentos de fato e de direito.**

Na lavratura da peça básica consta informação de que o sujeito passivo promoveu a circulação de mercadoria através das NFe's n. 27796, 27795 e 27794 para destinatário não contribuinte do ICMS, alcançada pela EC 87/15, sem apresentar o comprovante de recolhimento antecipado do ICMS-DIFAL.

Em suas argumentações, a impugnante defende a impossibilidade da cobrança do ICMS-DIFAL da Prefeitura (ente Político) em razão de imunidade constitucional. Necessário destacar, que não se trata de imunidade e sim de isenção prevista no item 49, parte 2, anexo I do RICMS e estendida às operações interestaduais por força do artigo 5º, inciso III descritos abaixo:

*“ANEXO I – ISENÇÃO*

*PARTE 1*

*DAS DISPOSIÇÕES GERAIS*



*Art. 5º. As isenções previstas neste anexo também se aplicam:*

.....

*III - ao imposto devido na forma de diferencial de alíquotas referente às operações e prestações interestaduais de entrada.”*

*“PARTE 2 - DAS ISENÇÕES POR PRAZO INDETERMINADO*

*Item-49 Aquisição de bens, mercadorias ou serviços, por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias. (Convênio ICMS 26/03)*

*Nota 1. A isenção prevista neste item fica condicionada:*

*I - ao desconto no preço, do valor equivalente ao imposto dispensado;*

*II - à indicação, no respectivo documento fiscal, do valor do desconto;”*

Apesar da isenção ser concedida para operações internas, o art. 5º, inciso II, estendeu a isenção prevista no referido Anexo ao imposto devido na forma de diferencial de alíquotas previsto na EC87/15, referente às operações e prestações interestaduais de entrada, o que torna a operação isenta. Como o objetivo é reduzir os custos de aquisição para a Administração Pública, para o gozo da isenção foi condicionada às exigências previstas nos incisos I e II da Nota 1, os quais não foram cumpridos pela impugnante, pois ela não destacou nos campos próprios das notas fiscais o valor dos descontos eventualmente concedidos, nem fez prova em sua defesa. Conhecemos seu argumento e negamos provimento.

O impugnante suscitou a tese de que não há ocorrência do fato gerador do diferencial de alíquotas (DIFAL), em razão da ausência de lei complementar veiculando normas gerais.

Poderia, em relação a esse tema, discorrer sobre normas constitucionais materiais e programáticas, sobre a competência deste tribunal em relação a normas supostamente inconstitucionais e mais uma série de temas pertinentes, contudo tal matéria, data vênua, não comporta mais discussões, pois foi plenamente resolvida na esfera judicial, pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal - STF.

O Plenário do STF, com efeito, julgou inconstitucional a cobrança do Diferencial de Alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (Difal/ICMS), introduzida pela Emenda Constitucional (EC) 87/2015, sem a edição de lei complementar para disciplinar esse mecanismo de compensação. A matéria foi discutida no julgamento conjunto do Recurso Extraordinário (RE) 1287019, com repercussão geral (Tema 1093), e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5469. Ao final do julgamento, os ministros decidiram que a decisão produzirá efeitos apenas a partir de



2022, dando oportunidade ao Congresso Nacional para que edite lei complementar sobre a questão.

A tese de repercussão geral fixada no RE 1287019 foi a seguinte: "A cobrança do diferencial de alíquota alusiva ao ICMS, conforme introduzido pela emenda EC 87/2015, pressupõe a edição de lei complementar veiculando normas gerais".

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 (hipótese em que o remetente da mercadoria está enquadrado no Simples Nacional), em que o efeito retroage a fevereiro de 2016, quando foi deferida, em medida cautelar na ADI 5464, sua suspensão.

Em outras palavras, a despeito de considerarem inconstitucional a exigência do DIFAL, permitiram que esse tributo continuasse a ser exigido, mesmo sem a existência de lei complementar, até final de 2021.

Portanto, com fulcro na decisão do STF, o imposto lançado à fl. 02 (auto de infração), a despeito da tese do impugnante, é devido.

### **3- Conclusão.**

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 a ação fiscal e declaro devido o crédito tributário lançado na peça básica (R\$ 29.177,54), devendo o mesmo ser atualizado na data do efetivo pagamento.

### **4 – 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.

Porto Velho, 27 de outubro de 2021.

**Roberto Luís Costa Coelho**