



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

SUJEITO PASSIVO: JUNO VELOSO VIDAL DOS SANTOS EIRELI

ENDEREÇO: NUC RURAL PONTE ALTA, FAZENDA MACEDONIA, S/N - PONTE ALTA NORTE -
BRASÍLIA/DF - DF 001 / DF 480 - CHÁCARA RANCHINHO - LOTE 02 CEP: 72445-010

PAT Nº: 20212906300424

DATA DA AUTUAÇÃO: 01/05/2021

CAD/CNPJ: 37.145.968/0001-16

CAD/ICMS:

DECISÃO IMPROCEDENTE Nº: 2021/1/58/TATE/SEFIN

1. Não recolhimento do ICMS/DIFAL nos termos da EC 87/15. 2. Defesa tempestiva. 3. Infração ilidida. 4. Auto de infração improcedente.

1 - RELATÓRIO

O sujeito passivo acima identificado foi autuado por ter promovido a saída de mercadorias em operação interestadual acobertada pelas NF-e nº 9798, 9799 e 9800, operação alcançada pela EC 87/15, em que dispõe que caberá ao Estado destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual (DIFAL), quando destinar bens e serviços a consumidor final não contribuinte ($17,5\% - 12\% = 5,5\%$), sem apresentar o comprovante de recolhimento do ICMS devido a Rondônia. O contribuinte alegou ausência de DIFAL nos termos do Conv. 153/2015. Ocorre que o convênio não confere dispensa do DIFAL, pelo contrário, a § 2º da Cláusula 1ª estabelece claramente que o DIFAL é devido à unidade de destino. Para composição da base de cálculo do ICMS devido, considerou-se a redução da base de cálculo obtida pelo contribuinte na origem, conforme Cláusula 1ª do Conv. Mencionado: Base de cálculo do tributo: R\$ 217.314,75 x 5,5% = R\$ 11.952,31. Base de cálculo da multa: R\$ 11.952,31 x 90% = R\$ 10.757,08.

Para a capitulação legal da infração foram indicados os arts. 270-I-c, 273 e 275, todos do Anexo X do RICMS-RO aprovado pelo Dec. 22.721/2018 e EC 87/15, e para a penalidade o art. 77-VII-e-4 da Lei 688/96.

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

Tributo ICMS	R\$ 11.952,31
--------------	---------------

Multa	R\$ 10.757,08
Juros	R\$ 0,00
Atualização monetária	R\$ 0,00
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 22.709,39

O sujeito passivo foi notificado do auto de infração via DET, sendo sua defesa recebida tempestivamente.

2 – DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

A impugnante aduz inicialmente em sua defesa que o lançamento é nulo, pois eivado de ilegalidade e inconstitucionalidade.

Que, em síntese, o DIFAL previsto na EC 87/2015, regulamentado pelo Conv. ICMS 93/2015, e incorporado pelo RICMS-RO, prevendo a aplicação da diferença entre a alíquota interestadual e a alíquota interna do Estado de destino, cabendo ao Estado destinatário tal diferença a ser recolhida pelo remetente, quanto destina bens ou serviços a consumidor final não contribuinte, seria, nesse caso, inexistente, considerando que a **alíquota interna** das mercadorias objeto da autuação em Rondônia é **12% (doze por cento)**, e a **interestadual DF/RO, também é 12% (doze por cento)**, não havendo, assim, que se falar na exigência de ICMS/DIFAL, caracterizando, desse modo, nulidade absoluta.

Que a regulamentação da EC 87/2015 (emenda esta que implicou na alteração dos incisos VII e VIII do § 2º do art. 155 da CF/88), via CONFAZ (a quem compete apenas editar normas complementares à legislação tributária, nos termos do art. 100-IV do CTN), ao editar o Conv. ICMS 93/2015 (que alterou a relação jurídico-tributária em matéria de ICMS, sem, contudo, alterar a Lei Kandir, LC 87/1996), seria ilegal e inconstitucional, na medida em que foram usurpadas competências reservadas à lei complementar para alterar a regra matriz do ICMS ao definir critério pessoal, quantitativo e objetivo nas operações interestaduais, e que fora incorporada pela legislação tributária de Rondônia.

Que a decisão do Ministro Dias Toffoli, concedendo medida cautelar na ADI 5464 (12.02.2016), reconheceu que não poderia o CONFAZ determinar a aplicação do Convênio em debate às microempresas e às empresas optantes do Simples Nacional, em razão de ausência de lei complementar e de norma constitucional nesse sentido, trazendo à baila, diversos precedentes que corroboram tal entendimento, ou seja, a necessidade de lei complementar (ADI 4628, ADI 1851, RE 760.230/MG) e que, por consequência, atinge de inconstitucionalidade e de ilegalidade os dispositivos da capitulação legal da infração do RICMS-RO citados no presente auto de infração, e ainda que se assim não fosse, não haveria diferença de ICMS a ser exigida, tratando de 12% na saída do remetente no Estado de origem e 12% a alíquota interna no Estado de destino (Rondônia).

Por todo o exposto, requereu a impugnante a desconstituição do crédito tributário lançado no presente auto de infração, bem como da multa de 90, por entender que não existe DIFAL/ICMS entre as alíquotas interestadual e a interna de Rondônia, e por ter a legislação local incorporado matéria ilegal e inconstitucional veiculada pelo Conv. 93/2015.

3 - FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Conforme consta na peça básica, a autuação ocorreu por ter o sujeito passivo promovido a saída de mercadorias interestadual acobertada pelas NF-e nº 9798, 9799 e 9800, operação alcançada pela EC 87/15, em que dispõe que caberá ao Estado destinatário o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual (DIFAL), quando destinar bens e serviços a consumidor final não contribuinte (17,5% -12% = 5,5%), sem ter apresentado o comprovante de recolhimento do ICMS/DIFAL

devido a Rondônia.

Regularmente notificado, o sujeito passivo, como se viu, requereu a desconstituição do lançamento do crédito tributário afirmando que não existe DIFAL/ICMS entre as alíquotas interestadual e a alíquota interna de Rondônia, e que a legislação local estaria eivada de inconstitucionalidade e ilegalidade ao incorporar matéria veiculada pelo Conv. 93/15.

Pois bem, após a análise dos autos, verifica-se ser a questão de fácil deslinde, podendo-se adiantar que razão assiste ao sujeito passivo, pelos motivos a seguir aduzidos.

Quanto à alegação de que a cobrança do ICMS/DIFAL, instituída pela EC 87/2015, seria ilegal e inconstitucional, pois sua regulamentação necessita de lei complementar, que não seria papel do Conv. ICMS 93/2015 fazê-lo (precedentes ADI's 5464, 4628 e 1851), deve-se registrar que em 24.02.2021 o STF concluiu o julgamento conjunto do Recurso Extraordinário nº 1.287.019, *leading case* no Tema 1093, e ADI nº 5469, consignando que é inconstitucional a cobrança do DIFAL antes da edição de uma lei complementar que discipline a EC nº 87/2015, tendo fixada a seguinte tese “*A cobrança do diferencial de alíquota alusivo ao ICMS, conforme introduzido pela Emenda Constitucional nº 87/2015, pressupõe edição de lei complementar veiculando normas gerais*”.

Deve-se registrar, contudo, que o STF modulou os efeitos da decisão, de modo que ela só vai produzir efeitos a partir de 01.01.2022, ressalvados os processos judiciais em curso, o que não é o caso da ora impugnante, ou seja, vista por este ângulo a cobrança do ICMS/DIFAL seria devida no presente processo até 31.12.2021.

Por outro lado, em relação ao argumento de que não há diferença a recolher entre a alíquota interna de Rondônia e a alíquota interestadual, **procede**, devendo ser afastada a cobrança do ICMS/DIFAL lançada no presente auto de infração, posto que, realmente, alíquota interna de Rondônia das mercadorias **filé de frango, carne bovina e óleo comestível**, relacionadas nas aludidas notas fiscais, objeto da autuação, corresponde a 12% (doze por cento), conforme ar. 12-I-b-2-10 da Lei 688/96, e considerando-se que a alíquota interestadual também é de 12% (doze por cento), nos termos da Resolução nº 22/89 do Senado Federal, resta que não há, efetivamente, que se falar em ICMS/DIFAL a ser cobrado.

Dessa forma, em vista dos fatos e das considerações declinadas, e uma vez comprovado que não há ICMS/DIFAL a ser lançado para o contribuinte, em razão das alíquotas previstas na legislação tributária aplicável ao caso concreto (interna e interestadual) serem iguais (12% - 12% = 0), decido pela improcedência do presente auto de infração.

4 – CONCLUSÃO

No uso da atribuição disposta no artigo 79, II do Regulamento Interno deste Tribunal Administrativo -TATE, aprovado pelo Decreto nº 9157, de 24 de julho de 2000, **JULGO IMPROCEDENTE** o auto de infração e INDEVIDO o crédito tributário de R\$ 22.709,39.

Desta decisão, recorro de ofício à Câmara de Julgamento de Segunda Instância, nos termos do art. 132 da Lei 688/96.

Em face do disposto no § 3º desse mesmo artigo, que se encaminhe o processo aos autores do feito.

5 – ORDEM DE INTIMAÇÃO

Notifique-se o contribuinte autuado da decisão de Primeira Instância, reservado o direito de vistas e manifestação junto à Câmara de Julgamento de Segunda Instância.

Porto Velho, 13/12/2021.

Elder Basílio e Silva

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

Elder Basílio e Silva, Auditor Fiscal,

Data: **14/12/2021**, às **0:20**.

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