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. Agagemon Magalhães, 4779 - Ilha do Leite - Recife/PE - Torre Empresarial Isaac Newton - Salas 601/603 CEP: 50070-160*
PAT Nº: *20222906700021*
DATA DA AUTUAÇÃO: *27/07/2022*
CAD/CNPJ: *01.637.895/0184-22*
CAD/ICMS: *00000003852083*

DECISÃO IMPROCEDENTE Nº: 2023/1/5/TATE/SEFIN

1. Deixar de efetuar o pagamento do ICMS Difal 2. Defesa tempestiva 3. Infração ilidida 4. Ação Improcedente.

1 - RELATÓRIO

Conforme descrito no auto de infração (fl. 02), “o sujeito passivo realizou venda de mercadorias (cimento) sujeitas ao regime de substituição tributária – Protocolo ICMS 11/85 para contribuinte do ICMS. Dados do destinatário: DDP Preparação de Concretos, CNPJ 24.701.015/0001-45, IE 4548370, atividade principal: preparação de massa de concreto e argamassa. Cálculo do diferencial de alíquota devido: R$ 37.544,28 x 5,5% = R$ 2.064,93.”

Autuação ocorrida no Posto Fiscal Wilson Souto em Vilhena – RO em 27/07/2022.

Como dispositivos legais infringidos foram indicados: artigo 77, inciso VII, alínea “b” item 2 do RICMS/RO. A penalidade foi aplicada com base no artigo 77, inciso VII, alínea “b”, item 2 da Lei nº 688/1996.

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

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: fe0e-15f9-7d0e-3dda

Tributo 5,5%	R$ 2.064,93
Multa 90%	R$ 1.858,44
Juros	R$ 0
A. Monetária	R$ 0
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R$ 3.923,37

A intimação do sujeito passivo foi realizada via postal, com base no artigo 112, inciso II da Lei 688/1996.

2 – ARGUMENTOS DA DEFESA.

A autuada apresentou defesa tempestiva, na qual, em resumo, expõe a seguinte argumentação:

I) Da Impugnação com suspensão de exigibilidade – Aplicação imediata dos arts. 151, III e 206 do CTN, especialmente para fins de obtenção de Certidão de Regularidade Fiscal;

II) Da nulidade do auto de infração por intransponível vício formal - Erro na capitulação Legal; de que a capitulação legal da infração é incompatível com a descrição da infração; de que o artigo 77 do RICMS (capitulação da infração) trata apenas de débitos que são objeto de parcelamento, tema alheio ao Diferencial de Alíquota, conforme descrição da infração; de que existente vício formal, há evidente erro na aplicação do lançamento, gênese do crédito tributário, o que enseja sua nulidade, colacionando Acórdão nº 141/18/2ª Câmara/TATE/SEFIN que trata de erro de capitulação legal da infração;

III) Do mérito – Da improcedência do lançamento em face de inexistência de infração pela falta de recolhimento do ICMS – Tributo adequadamente recolhido; de que o ICMS-DIFAL da nota nº 351.088 foi devidamente recolhido através de GNRE do período 07/2022. A guia de recolhimento (valor total de R$ 16.458,10), foi paga em 09/08/2022 e contempla o valor do DIFAL no importe de R$ 2.064,94;

IV) Da improcedência do lançamento - Não incidência de DIFAL em virtude da não realização, pelas construtoras, de operações sujeitas ao ICMS; de que a Legislação e Jurisprudência do STJ entendem pela não incidência de ICMS em operações de aquisição de insumos para a construção civil, por construtoras; se há permissão legal e jurisprudencial para a não incidência do DIFAL, bem como a impugnante comprovou de maneira fidedigna a utilização dos insumos, nada mais justo que o julgamento seja pela improcedência da autuação fiscal;

V) Da juntada de novos documentos e da busca da verdade material - Imprescindibilidade da realização de perícia técnica/diligência fiscal; de que diante do cenário fático ora apresentado e que só existe mediante a complexidade da operação comercial realizada pela Impugnante, faz-se necessário que todo o alegado seja confirmado pelo Estado através de perícia técnica/diligência fiscal; que seja determinado diligência/perícia aos órgãos competentes, para que apresentem relatório circunstanciado com 3 indagações.

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: fe0e-15f9-7d0e-3dda

3 - FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO.

A infração imputada é de que o sujeito deixou de pagar ICMS DIFAL referente a venda de mercadorias (cimento), lastreadas pela NF-e nº 351.088. Assim, cumpre-me, primeiramente, destacar o que prescreve a legislação sobre infrações relacionadas a falta de pagamento do ICMS DIFAL.

LEI Nº 688/1996

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

VII - infrações relacionadas às operações com mercadorias ou bens ou, ainda, aos casos de prestações de serviços: (NR dada pela Lei nº 3756, de 30.12.15)

b) 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;

Desta forma, verifica-se, inicialmente, como equivocada a indicação da capitulação da infração e sua respectiva multa/penalidade, o que, no entanto, não interfere no crédito tributário total, visto que consigna percentual de igual patamar.

No entanto, observo que o auto em apreço não deve ser mantido, em razão do regular recolhimento do imposto, o que será melhor abordado em subtópicos seguintes.

3.1 – Da análise das alegações de defesa

Conforme elenco de argumentações e pedidos da defesa descritos no tópico 2, passo à análise de cada ponto nos subtópicos abaixo:

3.1.I – Da Impugnação com suspensão de exigibilidade – Aplicação imediata dos Arts. 151, III e 206 do CTN, especialmente para fins de obtenção de Certidão de Regularidade Fiscal

Informo que o crédito tributário se encontra com status de “suspenso” em nossos sistemas informatizados, em atendimento ao que prescreve o artigo 119, § 1º da Lei nº 688/1996, a saber:

Art. 119. A defesa compreende, dentro dos princípios legais, qualquer manifestação do sujeito passivo no sentido de reclamar, impugnar ou opor embargos a qualquer exigência fiscal.

§ 1º. A defesa apresentada tempestivamente suspende a exigibilidade do crédito tributário constituído. (AC pela Lei nº 3583, de 9 de julho de 2015 - efeitos a partir de 01/07/15)

Assim, não existe qualquer impedimento para a emissão de certidão de regularidade fiscal que tenha como fundamento este auto de infração.

3.1.II - Da nulidade do auto de infração por intransponível vício formal - Erro na capitulação Legal; de que o artigo 77 do RICMS (capitulação da infração) trata apenas de débitos que são objeto de parcelamento, tema alheio ao Diferencial de Alíquota, conforme descrição da infração.

Como já consignado alhures, de fato, existe equívoco do Fisco na capitulação legal da infração, especificamente na indicação da legislação infringida, uma vez que a penalidade aplicável ao caso é a prevista no art. 77, inciso VII, alínea “b”, item 5 da Lei nº 688/1996.

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: fe0e-15f9-7d0e-3dda

No entanto, a alteração encontraria permissivo legal consubstanciado no artigo 108 da Lei nº 688/1996, a saber:

Lei nº 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).

Assim, não merece prosperar a tese de nulidade por vício formal.

3.1.III - Do mérito – Da improcedência do lançamento em face de inexistência de infração pela falta de recolhimento do ICMS – Tributo adequadamente recolhido.

Como podemos verificar nos documentos fiscais, o sujeito passivo possui inscrição de substituto tributário no Estado de Rondônia, o que lhe possibilita o recolhimento do ICMS – DIFAL através de apuração mensal, no dia 09 do mês subsequente ao da saída da mercadoria, nos termos do artigo 57, inciso XII do RICMS/RO, a saber:

RICMS/RO aprovado pelo Decreto nº 22.721/2018

Art. 57. .....

XII - no dia 9 (nove) do mês subsequente ao da saída do bem e da mercadoria, em se tratando de sujeito passivo por substituição inscrito no CAD/ICMS-RO;

A autorização para pagamento em data posterior à saída do bem e da mercadoria, foi autorizada pelo § 5º do artigo 274, Anexo X, *in verbis:*

Anexo X aprovado pelo Decreto nº 22.721/2018

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. 274. A critério da CRE e conforme dispuser ato do Coordenador-Geral da Receita Estadual, pode ser exigida ou concedida inscrição no CAD/ICMS-RO ao contribuinte localizado na unidade federada de origem. (Convênio ICMS 93/15, cláusula quinta)

§ 4º. Fica dispensado de nova inscrição no CAD/ICMS-RO o contribuinte já inscrito na condição de substituto tributário no Estado de Rondônia.

§ 5º. Na hipótese prevista no § 4º, o contribuinte deve recolher o imposto previsto na alínea "c" dos incisos I e II do artigo 270, no prazo previsto no respectivo convênio ou protocolo que dispõe sobre a substituição tributária.

De acordo com a defesa, o valor de R$ 2.064,94, objeto deste auto de infração, foi recolhido através da GNRE em 09/08/2022. Ocorre que, a referida GNRE consigna valor superior e não detalha os documentos fiscais relacionados. Assim, em homenagem ao princípio da verdade material, efetuei consulta na GEAR/SEFIN e verifiquei que de fato o imposto relativo à Nota Fiscal nº 351.088 estava incluído na referida GNRE, motivo pelo qual não deve ser mantido o auto de infração em apreço.

3.1.IV - Da improcedência do lançamento - Não incidência de DIFAL em virtude da não realização, pelas construtoras, de operações sujeitas ao ICMS.

Reconheço, como o autuado sustentou, que a mercadoria vendida (cimento) elencada na NF-e nº 351.088 se destina, pelo que consta na consulta pública à REDESIM, a uma empresa do ramo

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: fe0e-15f9-7d0e-3dda

da construção civil (DDP Preparação de Concretos e Argamassa Industrializada Ltda), para uso na atividade que realiza.

Considero, outrossim, que o destinatário dos produtos vendidos, apesar de possuir Inscrição Estadual (IE), não efetua operações de circulação de mercadorias que envolvam o cimento ou sua transformação, conforme descrição de atividades secundárias, e, portanto, é considerado não contribuinte para efeito desta operação.

ATIVIDADES SECUNDÁRIAS
2330302 | Fabricação de artefatos de cimento para uso na construção
4120400 | Construção de edifícios
4930202 | Transporte rodoviário de carga, exceto produtos perigosos e mudanças, intermunicipal, interestadual e internacional
4930204 | Transporte rodoviário de mudanças
7111100 | Serviços de arquitetura

Assim, na operação interestadual realizada pelo defendente há sim a incidência do diferencial de alíquotas.

É o que estabelece a Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 87/15:

"EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 87, DE 16 DE ABRIL DE 2015

Art. 1º Os incisos VII e VIII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal passam a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 155.....

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;

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:

b) ao remetente, quando o destinatário não for contribuinte do imposto;

Ressalto por oportuno, que apesar de alegar, neste ponto, não ser devido o ICMS DIFAL, o contribuinte apurou e efetuou o pagamento por meio de GNRE, conforme os comandos legais já mencionados. Destarte, como o valor era devido e foi recolhido ao Estado de Rondônia, inclusive antes da ciência desta auto de infração, entendo como satisfeita a obrigação tributária e improcedente este feito fiscal.

3.1.V - Da juntada de novos documentos e da busca da verdade material - Imprescindibilidade da realização de perícia técnica/diligência fiscal.

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: fe0e-15f9-7d0e-3dda

O processo contém todas as informações necessárias para a formação da convicção desta julgadora. Por essa razão, reputo desnecessária a realização da perícia técnica (diligência) postulada pelo impugnante.

4 - 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 IMPROCEDENTE** a ação fiscal e declaro INDEVIDO o crédito tributário lançado na peça básica, no valor total de R$ 3.923,37 (três mil, novecentos e vinte e três reais e trinta e sete centavos).

Em decorrência do exposto no § 1º, I, do art. 132 da Lei nº 688/96, não interponho recurso de ofício:

Lei nº 688/1996

Art. 132. .....

§ 1º Será dispensada a interposição do recurso de ofício quando a importância excluída: (NR dada pela Lei nº 3930, de 21.10.16 - efeitos a partir de 21.10.16)

I - não exceder a 300 (trezentas) UPF/RO, computados, para esse fim, os juros de mora e a atualização monetária, e considerando-se o valor da UPF/RO vigente à data da decisão.

5 – ORDEM DE INTIMAÇÃO

Notifique-se o contribuinte autuado da decisão de Primeira Instância.

Porto Velho, 17/01/2023 .

Rosilene Locks Greco

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA

Documento assinado eletronicamente por:
Rosilene Locks Greco, **Auditora Fiscal**, , Data: **17/01/2023**, às **11:52**.
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: fe0e-15f9-7d0e-3dda