



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

SUJEITO PASSIVO: *DAIKIN MCQUAY ARCONDICIONADO BRASIL LTDA*

ENDEREÇO:

PAT Nº: 20242906300289

DATA DA AUTUAÇÃO: 23/04/2024

CAD/CNPJ: 02.172.568/0001-15

CAD/ICMS:

DECISÃO IMPROCEDENTE Nº: 2024/1/186/TATE/SEFIN

1. Não recolhimento do ICMS DIFAL para o Estado de Rondônia. 2. Defesa Tempestiva 3. Infração Ilidida 4. Auto de infração Improcedente

1 – RELATÓRIO

Conforme descrito no auto de infração nº 20242906300289, lavrado em 02/02/2024, constatou-se nas folhas 01 do anexo “20242906300289 DAIKIN”, que:

“O Sujeito Passivo promoveu a saída da mercadoria constante da NFe 77658, destinada a consumidor final não contribuinte, sujeita ao recolhimento do ICMS DIFAL, por ocasião da saída do bem, na forma do Art. 273 do Anexo X do RICMS/RO, apurado de acordo com as letras "a" a "c" do inciso I da Cláusula 2ª do Conv. ICMS 236/2021, sem efetuar referido recolhimento. Infringiu, portanto, à Legislação Tributária. CÁLCULO DO IMPOSTO: Conforme Demonstrativo de Cálculo anexo. Obs: A destinatária da mercadoria acobertada pela NFe acima enquadra-se como consumidor final não contribuinte haja vista sua atividade econômica se amoldar ao que prescreve os itens 7.01 e 7.02 da Lista de serviços anexa à Lei complementar nº 116, de 31 de julho de 2003 que a coloca no campo de incidência do ISS.

Obs 2: A NFe citada indica que o produto será entregue em local de obra executada pelo Sujeito Passivo, o que denota sua aplicação em prestação de serviço, cuja competência, para tributar, pertence ao ente municipal.”

A infração foi capitulada no artigo 273 c/c artigo 270, I, Letra “a” a “c”, Art, 275, do RICMS/RO Aprovado pelo Dec. Nº 22.721/2018 e EC 87/15 – fls. 01 do anexo “20242906300289 DAIKIN”.

A multa foi capitulada no artigo 77, inciso VII, alínea “b”, item “2” da Lei 688/96 – fls. 01 do anexo “20242906300289 DAIKIN”.

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

Descrição	Crédito Tributário
Tributo:	R\$ 55.160,67
Multa	R\$ 49.644,60
Juros	R\$ 00,00
A. Monetária	R\$ 00,00
Total do Crédito Tributário	R\$ 104.805,27

A fiscalização foi realizada no Posto Fiscal de Vilhena/RO, (fls. 01 do volume dos autos) e em face da impossibilidade de se proceder à intimação do sujeito passivo pessoalmente no Posto Fiscal, foi solicitada em 26/04/2024, para ser feita por DET (Domicílio Eletrônico Tributário) ou em caso de inexistência deste, por via postal ou edital conforme consta das folhas 21 do volume dos Autos. A documentação referente ao auto de infração foi enviada via AR “YO000674325BR”/2024, conforme folhas 25 do anexo “20242906300289 DAIKIN”.

A Defesa foi apresentada em 21/06/2024 e considerada tempestiva pelo Tribunal Administrativo Tributário e com efeito suspensivo do crédito tributário conforme

consta do “ protocolo de recebimento de defesa tempestiva nº 245-2024 no e-PAT” e nas folhas 33 do anexo “20242906300289 DAIKIN”.

2 - DAS ARGUIÇÕES DA DEFESA

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

2.1 – Da nulidade do auto de infração devido ao erro na indicação do sujeito passivo referente a venda de mercadoria destinada à contribuinte de ICMS:

A defesa alega que recolheu o ICMS que era devido ao Estado de origem, utilizando a alíquota de 4 (quatro) por cento na operação interestadual, pois era bem importado. E não recolheu o ICMS DIFAL ao Estado de Rondônia por não ser o sujeito ativo dessa obrigação, conforme prever o artigo 155, § 2º, inciso VIII, alíneas “a” e “b” da CF/88 e artigo 269 do Anexo X do RICMS/RO. Afirma que a venda efetuada pela impugnante foi destinada à pessoa jurídica contribuinte do imposto, conforme consta do REDESIM do Estado de Rondônia. A impugnante anexou a GIAM bem como o recibo de entrega da EFD-ICMS referente ao mês de abril de 2024 – conforme folhas 03 a 07 do anexo “01. Impugnação Administrativa - DABR- ICMS Difal RO”.

2.2 – Da nulidade do auto de infração devido a proteção à boa fé objetiva, pois o adquirente da mercadoria se declara contribuinte do ICMS:

A defesa alega que o fato de a adquirente atuar na construção civil, atividade que inicialmente incide ISS e, que por isso, a fiscalização afastou a condição de contribuinte do ICMS da adquirente. Alega que o direito tributário é pautado pelo princípio da legalidade, este deve se ater aos fatos, e esse é de que a adquirente é contribuinte do ICMS, apurando e recolhendo tributo mensalmente ao Estado. A defesa cita um caso em que uma empresa do ramo da construção civil, questionou se seria devido por ela o ICMS-DIFAL, no caso de aquisição de aparelho de ar-condicionado, a SEFAZ/SP, acertadamente se pronunciou na resposta à Consulta Tributária 29269/2024, de 01 de abril de 2024. Veja-se:

RESPOSTA À CONSULTA TRIBUTÁRIA 29269/2024, de 01 de abril de 2024.

Publicada no Diário Eletrônico em 02/04/2024

Ementa

ICMS – Construção civil – Instalação de ar-condicionado SPLIT – Incidência.

I. Para o fornecimento de mercadoria estar abrangido pela prestação do serviço de engenharia e construção civil (esse alheio ao campo de incidência do ICMS) a obra deve se caracterizar como obra de engenharia civil nos termos da legislação do ICMS.

II. Na hipótese em que o fornecedor assume a obrigação da instalação ou montagem de mercadorias que não passem a fazer parte integrante do imóvel construído incidirá o ICMS, devendo o valor referente ao serviço de instalação e montagem compor a base de cálculo do imposto.

Além disso, a defesa alega que a empresa adquirente possui como atividade, o comércio varejista de ferragens, ferramentas, materiais de construção etc. Portanto, fica claro que o sujeito passivo fornece mercadorias sujeitas ao ICMS. O tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, no julgamento do Mandado de Segurança nº 7025949-51.2019.8.22.0001, decidiu que as empresas de construção civil estão sujeitas ao recolhimento do diferencial de alíquotas sempre que se declararem contribuintes do ICMS, veja-se:

Apelação. Tributário. Pagamento de ICMS por empresas de construção civil. Afronta ao princípio da boa-fé. Improvido. 1. As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais (Enunciado 432/STJ). 2. A empresa que, em que pese não ser contribuinte de ICMS, assim se declara ao adquirir mercadorias em outros Estados agem com deslealdade perante o Fisco e afrontam o princípio da boa-fé objetiva. 3. É devido o diferencial de alíquota pelo Fisco quando a sociedade empresária se declara contribuinte de ICMS em Rondônia. 4. Apelação não provida.

(TJ-RO - AC: 7025949-51.2019.822.0001, Data de Julgamento: 12/08/20)

As alegações feitas pela defesa estão nas folhas 07 a 11 do anexo “01. Impugnação Administrativa - DABR- ICMS Difal RO”.

2.3 – Da nulidade do auto de infração devido a bis in idem referente ao recolhimento do ICMS-DIFAL pelo adquirente da mercadoria, causando o enriquecimento sem causa da administração pública:

A adquirente da mercadoria da NFe objeto da autuação (Madecon), enquanto contribuinte regular do ICMS, apurou e recolheu, tempestivamente, o ICMS-Difal incidente em tal compra. A defesa anexou a GIAM e EFD-ICMS, contendo a escrituração e apuração do DIFAL referente a nota fiscal objeto da autuação

A exigência do recolhimento do ICMS-Difal pela IMPUGNANTE acarretaria o *Bis in Idem*, na medida que o montante objeto da autuação já foi devidamente apurado e recolhido aos cofres públicos diretamente pela adquirente da mercadoria, conforme folhas 11 a 12 do anexo “01. Impugnação Administrativa - DABR- ICMS Difal RO”.

3 – FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

A controvérsia no caso em análise é se uma determinada empresa localizada fora do Estado de Rondônia, tem de recolher o ICMS-DIFAL conforme determina a EC 87/15, no momento da venda interestadual para uma empresa de construção civil, localizada em Rondonia, quando esta declara-se contribuinte de ICMS. Sendo, que a empresa tem a inscrição estadual ativa, possui outras atividades secundárias que são comerciais e apurou o ICMS-DIFAL na sua escrita fiscal.

Esse questionamento é devido a autuação feita pelo fisco, em que descreve no corpo do auto de infração:

“O Sujeito Passivo promoveu a saída da mercadoria constante da NFe 77658, destinada a consumidor final não contribuinte, sujeita ao recolhimento do ICMS DIFAL, por ocasião da saída do bem, na forma do Art. 273 do Anexo X do RICMS/RO, apurado de acordo com as letras "a" a "c" do inciso I da Cláusula 2ª do Conv. ICMS 236/2021, sem efetuar referido recolhimento. Infringiu, portanto, à Legislação Tributária. CÁLCULO DO IMPOSTO: Conforme Demonstrativo de Cálculo anexo. Obs: A destinatária da mercadoria acobertada pela NFe acima enquadra-se como consumidor final não contribuinte haja vista sua atividade econômica se amoldar ao que prescreve os itens 7.01 e 7.02 da Lista de serviços anexa à Lei complementar nº 116, de 31 de julho de 2003 que a coloca no campo de incidência do ISS. Obs 2: A NFe citada indica que o produto será entregue em local de obra executada pelo Sujeito Passivo, o que denota sua aplicação em prestação de serviço, cuja competência, para tributar, pertence ao ente municipal.” (grifo nosso)

As empresas de construção civil, inicialmente não são contribuinte do ICMS – conforme Sumula 432 STJ. Entretanto, quando a empresa de construção civil utiliza-se da condição de contribuinte do ICMS em operações interestaduais, beneficiando-se do princípio da boa fé objetiva que orienta as relações entre as partes, agindo em alguns casos com deslealdade perante o fisco, passa a assumir a responsabilidade pelo diferencial de alíquota. Salientamos que a EC 87/15, impõe a empresa destinatária que se declarou contribuinte do imposto a recolher do diferencial de alíquota, pois conforme artigo 155, § 2º, VII, da Constituição Federal, o imposto é devido ao Estado de localização do

destinatário.

Ressaltamos, que no caso dessa venda interestadual, a empresa vendedora foi informada de que a empresa adquirente era contribuinte do ICMS. O vendedor da mercadoria emitiu a nota fiscal de acordo com as informações prestadas pelo adquirente.

Se o fisco do Estado de Rondônia permite que a empresa Madecom Engenharia e Participações LTDA, tenha inscrição no cadastro estadual de contribuintes, mesmo sendo empresa com atividade de construção civil, o que pode fazer a empresa vendedora de outro Estado? Vai dizer que a empresa não é contribuinte do ICMS?

A nota fiscal nº 77658 objeto da autuação, constante das folhas 11 do anexo “20242906300289 DAIKIN”, consta a inscrição estadual da destinatária, como o seu CNPJ, portanto, a destinatária usou sua condição de contribuinte.

Em pesquisa a Consulta Pública à REDESIM de Rondônia em 16/10/2024, no sítio [Bem vindo ao Portal de Informações - SEFIN/CRE](#) verificamos que a empresa destinatária estava com a situação cadastral “habilitada” e com a situação do contribuinte “ativa”, além de ter várias atividades secundárias que necessitam de inscrição estadual.

A defesa alega ainda que o adquirente da mercadoria referenciada na NFe objeto da autuação (Madecon), enquanto contribuinte regular do ICMS, apurou e recolheu, tempestivamente, o ICMS DIFAL incidente em tal compra. A defesa anexou a GIAM e EFD-ICMS, referente ao mês de abril de 2024, contendo a escrituração e apuração do DIFAL referente a nota fiscal objeto da autuação – conforme folhas 03 a 12 do anexo “01. Impugnação Administrativa - DABR- ICMS Difal RO”.

O tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, no julgamento do Mandado de Segurança nº 7025949-51.2019.8.22.0001, decidiu que as empresas de construção civil estão sujeitas ao recolhimento do diferencial de alíquotas sempre que se declararem contribuintes do ICMS, veja-se:

Apelação. Tributário. Pagamento de ICMS por empresas de construção civil. Afronta ao princípio da boa-fé. Improvido. 1. As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais (Enunciado 432/STJ). 2. A empresa que, em que pese não ser contribuinte de ICMS, assim se declara ao adquirir mercadorias em outros Estados agem com deslealdade perante o Fisco e afrontam o princípio da boa-fé objetiva. 3. É devido o diferencial de alíquota pelo Fisco quando a sociedade empresária se declara contribuinte de ICMS em Rondônia. 4. Apelação não provida.

(TJ-RO - AC: 7025949-51.2019.8.22.0001, Data de Julgamento: 12/08/20)

Na análise das provas contidas nos autos, fica evidente que todos os documentos relativos à acusação realizada pelo autuante foram entregues ao sujeito passivo. E, que a defesa tem razão nas alegações realizadas, sendo considerada tempestiva e o crédito foi suspenso conforme determina a legislação.

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 IMPROCEDENTE a ação fiscal do crédito tributário lançado no auto de infração e declaro indevido o valor de R\$ 104.805,27 (Cento e quatro mil, oitocentos e cinco reais e vinte e sete centavos), conforme demonstrado no julgamento.

Por ser decisão contrária às pretensões da Fazenda Pública, **recorro de ofício** com efeito suspensivo, à Câmara de Julgamento de Segunda Instância, em atendimento ao artigo 132 da Lei nº 688/96 e art. 58 do Anexo X do RICMS/RO. E, nos termos do § 3º do artigo 132 da Lei nº 688/96, encaminhe-se o PAT **ao Autor do feito para que, a seu critério, possa apresentar manifestação fiscal contrário à decisão proferida.**

5 – ORDEM DE INTIMAÇÃO

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

E de acordo com o artigo 131, inciso V, artigo 132, § 3º da Lei 688/1996 e artigo 58, § 1º do Anexo XII do RICMS, encaminho para intimação do autor do feito sobre os fundamentos da decisão, que poderá, a seu critério apresentar manifestação fiscal contrário à decisão proferida de Primeira Instância.

Porto Velho, 22/10/2024 .

AUGUSTO BARBOSA VIEIRA JUNIOR

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

AUGUSTO BARBOSA VIEIRA JUNIOR, Auditor Fiscal, Data: **22/10/2024**, às **9:42**.

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