



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

SUJEITO PASSIVO: *Emam Emulsões e Transportes Ltda.*

ENDEREÇO:

PAT Nº: 20242910400011

DATA DA AUTUAÇÃO: 12/06/2024

CAD/CNPJ: 04.420.916/0003-13

CAD/ICMS: 00000002964350

DECISÃO IMPROCEDENTE Nº: 2024/1/129/TATE/SEFIN

1) Fiscalização de mercadorias em trânsito pelo Posto Fiscal. ICMS DIFAL. Obra de construção civil. Materiais não produzidos pelo remetente responsável pela execução da obra. 2) Defesa tempestiva. 3) Infração ilidida. A incidência do ICMS somente é devida quando a mercadoria oriunda de outra unidade da federação for produzida pelo prestador de serviço, conforme definido pela LC 116/2003. 4) Auto de infração improcedente.

1 – RELATÓRIO

Refere-se o auto de infração a procedimento de fiscalização feito pelo Posto Fiscal de Vilhena, no qual se acusa o sujeito passivo de promover a saída de mercadorias destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado no estado de Rondônia, sem que se tenha feito o pagamento do ICMS DIFAL.

O corpo do auto cita duas notas fiscais como justificativas para o lançamento do

crédito tributário, que acobertaram o envio de “emulsão asfáltica” destinadas à obra de construção civil no estado de RONDÔNIA. Apesar de as referidas notas não terem sido emitidas pelo sujeito passivo (foram emitidas por empresa de construção civil, não contribuintes do ICMS e estabelecidas no estado do Mato Grosso), a ação fiscal entendeu se tratar de uma operação de venda em que o produto seria entregue diretamente na obra, em Rondônia, sem transitar pelo estabelecimento do adquirente (a empresa de construção civil que emitiu as notas alvos da lavratura do auto de infração).

Constam no processo as duas notas citadas pelo auto de infração, bem como outras duas notas fiscais emitidas pelo sujeito passivo, informando a venda dos produtos alvos da ação fiscal para a construtora do estado do Mato Grosso que os remeteu para Rondônia.

Corroborando com o entendimento do fisco, o auto cita o Parecer 18/2019, emitido pela GETRI, além dos dizeres da Lei Complementar 87/96, artigo 11, inciso V, alínea “b” e § 7º. E, justificando a constituição do crédito tributário, os artigos 273; 270, alíneas “a” e “c”; e 275 do Anexo X do RICMS.

A infração e penalidade vinculam-se à capitulação do artigo 77, inciso VII, alínea “b-2” da Lei 688/1996:

VII - infrações relacionadas às operações com mercadorias ou bens ou, ainda, aos casos de prestações de serviços:

b) multa de 90% (noventa por cento):

2. do valor do imposto, por promover a saída de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto antecipadamente à operação, sem a comprovação do pagamento na forma da legislação tributária;

O valor do crédito constituído pelo auto de infração foi de:

ICMS: R\$ 15.771,09.

MULTA: R\$ 14.193,98.

TOTAL: R\$ 29.965,07.

O sujeito passivo foi cientificado e apresentou defesa tempestiva.

2 – ARGUIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

O principal argumento da defesa diz respeito ao fato de o qualificado sujeito passivo não figurar nem como remetente e nem como destinatário das notas fiscais que justificaram a lavratura do auto de infração.

Explica que efetuou venda dos produtos, em operação interna no estado do Mato Grosso, destinada a construtora não contribuinte do ICMS e que está, após, efetuou a remessa dos produtos para o estado de Rondônia, acobertados por notas fiscais de sua emissão.

Relata que as notas fiscais emitidas pelo sujeito passivo não indicam que os produtos teriam como destino final o estado de Rondônia, razão pela qual, não se enquadraria na obrigação do pagamento do ICMS devido pelo diferencial de alíquotas pretendido pelo auto de infração.

E pede para que seja declarada a insubsistência do crédito tributário. Subsidiariamente, caso entendido de outra forma, que se afaste a penalidade de multa aplicada pelo auto de infração.

3 – FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Pela análise formal dos documentos que compõem o processo do auto de infração, há que se prover o argumento da defesa, já que as notas fiscais que acobertavam o transporte dos produtos alvos da ação fiscal foram emitidas pelo adquirente original (construtora) e este, não contribuinte do ICMS, remeteu o produto (emulsão asfáltica) para uso próprio no estado de Rondônia. Ou seja, formalmente, o sujeito passivo vendeu os produtos para construtora em operação interna no estado do Mato Grosso e esta emitiu novas notas fiscais iniciando outra operação e destinando os produtos para o estado de Rondônia.

A rigor, não se tem por cabível a aplicação do Parecer 18/2019 da GETRI, já que no referido Parecer consta, de forma explicativa que pode ser aplicada ao caso, que:

Por outro lado, caso o destino físico das mercadorias adquiridas fosse o próprio estabelecimento da consulente ou algum outro enquadrado como consumidor final não contribuinte localizado no Estado de São Paulo, e o fornecedor estivesse situado em outra unidade federada, o diferencial de alíquotas seria devido ao Estado de São Paulo, pois seria este o destino físico das mercadorias.

Posteriormente, se houvesse remessa, pela consulente, da mercadoria adquirida, para ser utilizada em serviço de construção neste Estado, deveria a construtora emitir nota fiscal, com CFOP 6.949 (outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado), e sem destaque do ICMS, por se tratar de operação fora do campo de incidência do referido imposto, nos termos da legislação supracitada,

desde que o serviço se enquadrasse nos requisitos do item 7.02 da lista de serviços mencionada no art. 1º, § 2º da LC nº 113/2013. Assim, estando a operação fora do campo de incidência do ICMS, não haveria que se falar em diferencial de alíquotas devido ao Estado de Rondônia.

A priori, a narrativa do auto de infração evidencia exatamente a ocorrência prescrita pela parte negritada do Parecer que aborda o tema.

Observo, ainda, que as notas fiscais das vendas originais feitas pelo sujeito passivo e destinadas à construtora indicam como responsável pelo transporte o destinatário, ou seja, sequer se poderia atribuir a responsabilidade pela entrada dos produtos no estado de Rondônia ao vendedor original dos produtos.

O que se depreende dos fatos é que somente se os produtos viessem para Rondônia, acobertados pelas notas fiscais de venda emitidas pelo sujeito passivo, ter-se-ia como pertinente a incidência do ICMS DIFAL em favor do estado de Rondônia.

Para o caso, cabe ainda a leitura da Lei Complementar 116/2003, cuja lista de serviços regula o ISS e as possibilidades de incidência do ICMS em seu anexo, assim indica (grifos meus):

7.02 – Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

7.05 – Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

Pela leitura da Lei Complementar 116/2003, entendo não haver espaço para a incidência do ICMS, haja vista que os produtos para os quais o auto de infração tenta impor a cobrança do DIFAL não foram produzidos pelo prestador de serviços, mas, adquiridos de terceiro, o que afasta, por definitivo a possibilidade de procedência do crédito tributário lançado pelo fisco.

4 – CONCLUSÃO

Nos termos do disposto no inciso IV do artigo 131 da Lei 688/1996, julgo **IMPROCEDENTE** o auto de infração e **INDEVIDO** o crédito tributário no valor originalmente constituído de R\$ 29.965,07.

Por se tratar de decisão contrária à Administração Tributária, com importância de valor excluído inferior a 300 UPF's, não se interpõe recurso de ofício.

5 – ORDEM DE INTIMAÇÃO

Notifique-se o contribuinte da decisão de Primeira Instância.

Porto Velho, 24 de setembro de 2024.

RENATO FURLAN
Auditor Fiscal de Tributos Estaduais
Julgador de 1ª Instância TATE/RO



Documento assinado eletronicamente por:

RENATO FURLAN, Julgador de 1ª Instância - TAT, , Data: **24/09/2024**, às **22:42**.

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