



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

SUJEITO PASSIVO: *CM HOSPITALAR S.A.*

ENDEREÇO: *AV. Braz Olaia Costa , 727 - Jardim Califórnia - Ribeirão Preto/SP - 7º andar CEP: 14026-040*

PAT Nº: *20222906700055*

DATA DA AUTUAÇÃO: *06/11/2022*

CAD/CNPJ: *12.420.164/0001-57*

CAD/ICMS: *00000004850491*

DECISÃO PROCEDENTE Nº: 2023/1/376/TATE/SEFIN

1. Operação sujeita ao ICMS Diferencial de Alíquota. 2. EC 87/2015. 3. Não apresentar GNRE. 4. Art. 77, VII, “b-2”, da Lei 688/96. 5. Com defesa. 6. Infração não ilidida. 7. Auto de infração procedente.

1 – RELATÓRIO

O sujeito passivo foi autuado por deixar de recolher na origem o ICMS-Diferencial de Alíquotas, devido das operações interestaduais, destinadas a consumidores finais de Rondônia, conforme a notas fiscais 806316, 806337, 806339, 806340, 806341, 806343, 806344, 806352, 806353 e 806364, todas emitidas em 31-10-22. Infração por descumprimento de obrigação fiscal principal capitulada nos artigos 269, 270, I, “c”, 273 e 275, todos do Anexo X, do RICMS/RO (Dec. 22721/18) e EC 87/2015, com penalidade aplicada de acordo com o art. 77, inciso VII, alínea “b-2”, da Lei 688/96.

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

AI 20222906700055 - CM Hospitalar S.A

ICMS	R\$ 190.872,59
MULTA 90% DO VALOR DO IMPOSTO CORRIGIDO	R\$ 171.785,33
JUROS	R\$ -
ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA	R\$ -
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 362.657,92

O sujeito passivo foi notificado por ia postal através do AR KJ367791499BR em 16/12//22 (fl. 17). Apresentou defesa tempestiva em 19/12/2022.

2 - DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

1. Alega ilegalidade e inconstitucionalidade da exigência do ICMS-DIFAL, em razão do princípio da anterioridade e anualidade da LC 190/22, publicada em 04-01-2022, entendendo que, a LC criou relação jurídica nova, para exigir o ICMS de operações interestaduais destinadas a consumidores finais e, que, só poderia ocorrer a exação a partir do exercício seguinte, sob pena de ofensa aos princípios da não surpresa e da segurança jurídica, corolários do princípio maior da legalidade. Em razão disso, entende a defesa que o estado de Rondônia não poderia exigir ICMS_DIFAL relativo a fatos geradores no período de 2022.

Requer a nulidade e/ou improcedência do auto de infração.

3 – FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO

O sujeito passivo foi autuado por descumprimento de obrigação principal, consistente em deixar de pagar o ICMS Diferencial de alíquotas, incidente sobre mercadorias remetidas através das notas fiscais nºs. 806316, 806337, 806339, 806340, 806341, 806343, 806344, 806352, 806353 e 806364, todas emitidas em 31/10/22. Ampara a acusação fiscal o disposto no Anexo X (artigos 269, 270, I, “c”; 273; e 275) do novo RICMS/RO (Dec. 22721/18) e EC 87/2015. A penalidade aplicada do Art. 77, IV, “a-1” da Lei 688/96.

ANEXO X

Art. 269. Nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada, devem ser observadas as disposições previstas neste capítulo. (Convênio ICMS 93/15, cláusula primeira)

Art. 270. Nas operações e prestações de serviço de que trata esta Seção, o contribuinte que as realizar deve: (Convênio ICMS 93/15, cláusula segunda)

I - se remetente do bem:

a) utilizar a alíquota interna prevista no Estado de Rondônia, para calcular o ICMS total devido na operação;

b) utilizar a alíquota interestadual prevista para a operação, para o cálculo do imposto devido à unidade federada de origem;

c) recolher, para o Estado de Rondônia, o imposto correspondente à diferença entre o imposto calculado na forma da alínea “a” e o calculado na forma da alínea “b” deste inciso;

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. 275. O contribuinte do imposto de que trata a alínea “c” dos incisos I e II do artigo 270, situado na unidade federada de origem, **deve observar a legislação rondoniense**. (Convênio ICMS 93/15, cláusula sexta)*

Parágrafo único. Ato do Coordenador Geral da Receita Estadual poderá dispensar o contribuinte de obrigações

3.1 - Da análise das teses defensivas.

A defesa alega inconstitucionalidade e ilegalidade da exigência do imposto estadual, na forma descrita na exordial, em razão da LC 190/22, publicada em 04-01-22, devendo observância a princípio da anualidade e nonagesimal, ou seja, entende a defesa que, sendo publicada em 2022 somente poderia exigir o imposto a partir de 01-01-23. **Os argumentos, data vênua, devem ser afastados**, eis que a exigência tributária já estava prevista em Lei (Art. 2º, Parágrafo único, VI, da Lei 688/96), antes da edição da LC 190/22, que possibilitou eficácia definitiva dos dispositivos acima transcritos. Esclarecendo que o ICMS - Diferencial de alíquotas estabelecido na LC 87/96 e na CF/88, alcança o destinatário das mercadorias, ou seja, tanto aquele contribuinte inscrito no CAD-ICMS, como os consumidores finais, exigindo o crédito tributário no destino. Com a EC 87/2015 e Convênio ICMS nº 93/2015, tal exigência passou a ocorrer na origem (início da operação) devendo ser retido e recolhido pelo remetente das mercadorias, na forma do referido Convênio. O STF, todavia, entendeu que o mecanismo instituído para a exigência do DIFAL (EC 87/2015 e Convênio ICMS 93/2015), dependeria de Lei Complementar para dar eficácia a essa modalidade de exigência tributária na origem, surgindo a edição da LC 190/22, publicada em 04-01-22. Assim, considerando as decisões do TJ-RO a respeito da matéria, em que se deve respeitar a anterioridade nonagesimal, expresso no art. 3º da LC 190/22, para exigir o DIFAL apenas a partir de 05-04-22. Por essa compreensão, afasta-se os argumentos de que não existe lei estadual que ampare a exigência do ICMS-DIFAL.

Lei 688/96

Art. 2º O imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - ICMS, de competência dos Estados, incide sobre:

(---)

Parágrafo único. O imposto incide também:

(---)

VI - nas operações e prestações iniciadas em outra unidade da Federação que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do imposto localizado neste Estado, observado o disposto no inciso VIII do artigo 12. (AC pela Lei nº 3699, de 22.12.15 – efeitos a partir de 01.01.16)

Ocorre que o STF ao decidir sobre o Tema 1093, indicou a necessidade de lei complementar para amparar a exigência do ICMS-Diferencial de alíquotas em operações interestaduais de circulação de mercadorias. A Lei Complementar nº 190/22 foi publicada em 04-01-22, inserindo em seu texto (art. 3º) o início da produção de efeitos de seu conteúdo, especificamente, aquele estabelecido na Constituição Federal (Art. 150, III, “c” da CF). Tal art. 3º da LC, afirmando que a vigência da lei somente ocorrerá a partir da data de 05-04-22 (anterioridade nonagesimal), passando a ser exigido o ICMS-Difal das operações interestaduais destinadas a consumidores finais não contribuintes do imposto. Assim, compreende-se que a LC 190/22 e o Convênio ICMS nº 236/2021, ambos têm sua eficácia e vigência definida no próprio texto da lei, para exigir a partir de 90 (noventa) dias da publicação.

O entendimento encontra respaldo no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia que, ao julgarem

o Agravo de Instrumento nº 0803942- 52.2022.8.22.0000 acolheram o pedido subsidiário da Agravante (Estado de Rondônia) para declarar a exigibilidade após o transcurso de 90 (noventa) dias da promulgação da LC nº 190/2022. Vejamos:

“Dentro desse cenário, há de um lado a LC n.190/22, cujos efeitos só começam em 05 de abril de 2022; e, de outro, o Convênio do CONFAZ, que passou a exigir o diferencial de alíquota desde 1º de janeiro de 2022.

Por fim, vale ponderar que, malgrado o direito brasileiro não contemple a constitucionalização superveniente de normas inconstitucionais, o STF entende que leis tributárias aprovadas após a emenda constitucional que as prevê, mas antes de editada a lei complementar que deveria regulamentar a matéria, como no caso do Estado de Rondônia, são válidas, ficando, todavia, sua eficácia condicionada à entrada em vigor da norma geral.

Como o convênio não possui autoridade hierárquica sobre a lei, deve a ela se subsumir, de modo que, em princípio, parece haver pertinência no pedido subsidiário da agravante, aos fins de salvaguardar os 90 dias do exercício de 2022 para iniciar a validade da exigência do recolhimento.”

Com efeito, tal entendimento (exigibilidade do tributo em observância ao prazo nonagesimal) também restou endossado no Agravo de Instrumento nº 08024640920228220000. In verbis:

“Contudo, a norma trouxe expressamente o respeito ao prazo nonagesimal quando estabeleceu (verbis):

LEI COMPLEMENTAR Nº 190, 4 DE JANEIRO DE 2022 Altera a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996 (Lei Kandir), para regulamentar a cobrança do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto.

[...] Art. 3º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, observado, quanto à produção de efeitos, o disposto na alínea “c” do inciso III do caput do art. 150 da Constituição Federal. Assim, não há se de falar em qualquer violação a direito do fisco estadual, sendo certo que, após o prazo de 90 dias, permitido será a cobrança do referido tributo (o que acontecerá brevemente), de tal modo que a decisão seja correta.”

No caso concreto, as operações autuadas emitidas em 31/10/2022, deixando de reter e recolher o imposto devido ao estado de Rondônia, por isso, a exigência através do lançamento descrito na peça inicial.

Dessa forma e de todo exposto, compreendo pela **procedência** do auto de infração, sendo devido o crédito tributário lançado no valor de R\$ 362.657,92.

4- CONCLUSÃO

De acordo com o previsto no artigo 15, I, da Lei 4929 de 17 de dezembro de 2020 e, no uso da atribuição disposta no art. 79, II, do Regimento Interno deste Tribunal Administrativo Tributário – TATE, aprovado pelo Decreto nº 9157 de 24/07/00, julgo **PROCEDENTE** o auto de infração e **devido** o crédito

tributário de R\$ 362.657,92 (trezentos e sessenta e dois mil, seiscentos e cinquenta e sete reais e noventa e dois centavos), a ser atualizado na data do efetivo pagamento.

5 – ORDEM DE INTIMAÇÃO

Fica o sujeito passivo intimado a recolher o crédito tributário 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 e consequente execução fiscal.

Porto Velho, 20/03/2023 .

Nivaldo João Furini

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

Nivaldo João Furini, Auditor Fiscal,

Data: **20/03/2023**, às **13:47**.

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