



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

SUJEITO PASSIVO: ARCELORMITTAL BRASIL S/A

ENDEREÇO: Alameda Oscar Niemeyer, Sala 1301, 119 - Vila da Serra - Nova Lima/MG - 13º andar
CEP: 34006-056

DADO PARA INTIMAÇÃO: SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO, OAB/MG nº 9.007,
Alameda Oscar Niemeyer, nº 119, 12º e 13º andares, Vila da Serra, Nova Lima – MG, Cep:
34.006-056

PAT Nº: 20212700100363

DATA DA AUTUAÇÃO: 11/11/2021

CAD/CNPJ: 17.469.701/0121-83

CAD/ICMS: 00000003003515

DECISÃO PROCEDENTE Nº: 2022/1/142/TATE/SEFIN

1. Deixar de pagar o imposto devido em razão do não estorno de crédito do ICMS. 2. Com defesa. 3. Infração não ilidida. 4. Auto de infração procedente.

1 – RELATÓRIO

O sujeito passivo acima identificado foi autuado por ter deixado de recolher o ICMS devido ao não efetuar o estorno dos créditos de ICMS, decorrente de saídas isentas de mercadorias com destino à Zona de Livre Comércio de Guajará Mirim-RO, conforme determinado pelo art. 46-I do RICMS/RO, vigente à época dos fatos geradores. Instruindo o corrente Auto de Infração, como parte integrante do mesmo, encontram-se acostado ao processo Termo circunstanciado detalhando a infração perpetrada, bem como, memória de cálculo denominada ANEXO I, além de documentação comprobatória do fato narrado.

Para capitulação legal da infração legal da infração foi indicado o art. 46-I do RICMS/RO aprovado pelo Decreto nº 8321/98, e para a multa o art. 77-IV-a-1 da Lei 688/96.

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

Tributo ICMS	R\$ 460.442,46
Multa 90%	R\$ 627.736,10
Juros	R\$ 390.795,37

Atualização monetária	R\$ 237.042,18
TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	R\$ 1.716.016,11

O sujeito passivo foi notificado do auto de infração via DET em 03.01.2022, e apresentou sua defesa tempestivamente.

2 – DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA

Na defesa apresentada, em síntese, o sujeito passivo trouxe inicialmente duas questões preliminares, primeiro alegou da deficiência na motivação do auto de infração (o que ensejaria o cancelamento do mesmo), pois o agente autuante teria agido com profundo descompasso ao deixar de analisar a real serventia no processo produtivo dos bens glosados, tendo em vista que o estabelecimento autuado se equipara a estabelecimento industrial, estando desobrigado de promover o referido estorno, prejudicando, assim, a elaboração pelo contribuinte de ampla defesa tecnicamente adequada.

Segundo, que do período fiscalizado (01.01.2016 a 31.12.2016), alegou **decadência parcial** relativa ao período anterior a 19.11.2016 (para fins de extinção da exigência fiscal), considerando a ciência do auto de infração ocorrida via DET em **19.11.2021**, situação que levaria, em seu entendimento, a aplicação ao caso concreto da regra da decadência do art. 150-§4º (data do fato gerador), e não a regra geral do art. 173-I (do primeiro dia do exercício seguinte àquele em o lançamento poderia ter sido efetuado), pois teria entregue todas as declarações do período fiscalizado (o que afastaria a incidência da Súmula 555 do STJ para se aplicar o art. 173-I do CTN) com saldo credor decorrente dessas operações não estornadas (não havendo que se falar em qualquer falta de recolhimento de tributo declarado e não pago), mas que não se pode confundir ausência de tributo a recolher, após o cotejo entre os débitos e os créditos verificados no período, com falta de recolhimento.

Que tanto pagamento antecipado de saldo devedor no mês de referência, bem como a demonstração de saldo credor com a ausência de tributo a recolher, seriam condições para aplicação do art. 150-§4º do CTN, não se podendo alegar que não haveria o que o Fisco homologar, argumentando, ainda, que não haveria qualquer razão em prosperar a alegação do Fisco de que a empresa teria agido com dolo, atraindo a incidência do art. 173-I do CTN, que dispõe sobre a regra geral para o início da contagem do prazo decadencial sem ao menos se desincumbir da apresentação de fatos e fundamentos que efetivamente demonstrem eventual conduta no sentido de lesar o Fisco, como, por exemplo, adoção de condutas evasivas ou simulação de operações não ocorridas.

Como razões de mérito 4.1 (Esclarecimentos prévios. Da não incidência de ICMS sobre as operações realizadas. Natureza jurídica das vendas com destino à ZFM/ALC. Equiparação às exportações para todos os fins fiscais), para a integral procedência da presente impugnação, alegou primeiramente o fato de que é entendimento sedimentado pelos Tribunais do país a equiparação da remessas à Zona Franca de Manaus às exportações, permitindo a manutenção do crédito tributário, não ensejando o estorno dos créditos escriturados por ocasião das entradas das mercadorias pela ora impugnante, uma vez que tais operações são equiparadas à exportação para o estrangeiro nos termos do art. 4º do Dec. 288/67, sendo tal entendimento da desoneração do imposto estadual, na saída de produtos industrializados (depois ampliada já na Constituição de 1967, na forma do art. 23-§5º), situação assentada pela doutrina

abalizada(Geraldo Ataliba e Cleber Giardino, Roque Carazza e Eduardo Botallo) e jurisprudência colacionadas (REsp 1276540-AM, AgRg no Ag 1292410-AM, Resp 681395-SC, Agravo de Instrumento 0800926-66.2017.822.0000-RO).

Que o art. 40 das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, teria expressamente recepcionado aquele dispositivo na CF/88 ao manter a ZFM com suas características de Área de Livre Comércio de exportação e importação e de incentivos fiscais (convalidou todos os incentivos anteriores relativos à ZFM até 2023, EC 42/2003), e com base no art. 49-I do citado Decreto, o benefício atingia também o então ICM, além dos tributos federais, o que era permitido expressamente pela Constituição de 1967, art. 20-§2º e pela Constituição de 1969 no art.19-§2º (convalidação conforme art. 5º da LC 4/69).

Na sequência traz o item 4.2 (**Cláusula terceira do Convênio ICMS 65/88. Impossibilidade de revogação dos efeitos. Razões adicionais para o provimento da impugnação**), **asseverando que o Convênio ICMS 52/92 foi responsável por estender a aplicação do Convênio ICM 65/88 às Áreas de Livre Comércio.** Ademais, o Convênio 65/88 prevê, em sua cláusula terceira, a possibilidade de manutenção dos créditos relativos às entradas de matérias primas, materiais secundários e materiais de embalagem, para os estabelecimentos industriais que promoverem as saídas de mercadorias para a ZFM.

Que a análise do julgamento da ADI nº 310-1/90 torna-se relevante neste litígio, entendendo que o quadro normativo pré-constitucional de incentivo à ZFM constitucionalizou-se pelo art. 40 da ADCT, adquirindo, por força dessa regra transitória, natureza de imunidade, e que o STF suspendeu a vigência do Conv. ICMS 06/90, responsável por revogar a Cláusula Terceira do Conv. 65/88, que permitia a manutenção dos créditos relativos às entradas de matérias-primas, materiais secundários e materiais de embalagem, para os estabelecimentos industriais que promoverem as saídas para a ZFM, sem necessidade de estorno dos créditos correspondentes pela entrada.

Que, como Rondônia, em litisconsórcio, compõe o polo passivo da aludida ADI 310-1/90, a aplicação dos artigos do RICMS-RO, exigindo o estorno integral dos créditos, configura explícito descumprimento da decisão do STF na citada ADI.

Já no item 4.3 (Lei Complementar nº. 24/1975. Impossibilidade de decreto mitigar incentivo fiscal, estímulo ou prêmio. Violação à segurança jurídica), afirma que pela LC 24/75, nenhuma Unidade da Federação pode mitigar “incentivo fiscal, estímulo ou prêmio” concedido à ZFM/ALC, ficando claro que não seria possível entender que os dispositivos citados pela Fiscalização sejam aplicáveis ao caso em tela e, por fim, tendo em vista a legalidade do procedimento da empresa, que agiu em conformidade com o próprio RICMS/RO, inarredável que a procedência da presente impugnação.

No item 4.4 (Desnecessário estorno de crédito: produtos industrializados de origem nacional remetidos para ALC. Estabelecimento equiparado a industrial), aduz que não teria respeitado a Nota 6 do Item 68, ou seja, que as entradas não são insumos do processo industrial do respectivo estabelecimento, é completamente equivocado, **pois o mesmo é um posto avançado que tem como objetivo a comercialização de produtos industrializados remetidos por outros estabelecimentos da própria empresa no Estado de Rondônia, inclusive, na ZFM/ALC, razão pela qual, legalmente, é equiparado a estabelecimento**

industrial, nos termos do art. 9º-III do RIPI e do art. 4º-II da Lei 4.502/64, com redação dada pela Lei 9.532/97, e, por fim, tendo em vista a legalidade do procedimento da empresa, que agiu em conformidade com o próprio RICMS/RO, inarredável que a procedência da presente impugnação é medida que se impõe.

Além disso, é incontroverso que o Convênio ICM 65/88 garante a manutenção dos créditos ao estabelecimento industrial que promover a saída para a ZFM/ALC; que as operações de saídas glosadas são de produtos industrializados de origem nacional para comercialização ou industrialização na ZFM/ALC; o estabelecimento autuado comprova que é equiparado a estabelecimento industrial, por quanto o mesmo apura e recolhe IPI regularmente, conforme atestam os Livros de Registro de Apuração do IPI do ano de 2016 (doc. 04), e os materiais glosados estão funcionalizados na consecução da atividade fim do estabelecimento, sendo claramente improcedente o débito tributário lançado pelo Estado de Rondônia.

O item 4.5 (Possibilidade de consideração da Cláusula terceira do Convênio ICM 65/88, do art. 15 da Lei Complementar Nº. 24/1975 e do art. 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CRFB/88), o sujeito passivo afirma que o princípio da legalidade e o princípio da vinculação dos atos administrativos, não se restringem ao respeito do que determina o RICMS-RO, mas sim ao que dispõe o ordenamento jurídico como um todo, notadamente o que dispõe a CF/88, e que os dispositivos do RICMS-RO não são aplicáveis ao caso concreto dos autos, não podendo, assim, afastar preceitos constitucionais, a legislação complementar e o Convênio ICMS, numa tentativa de justificar a aplicação do RICMS-RO com o princípio da legalidade ou da vinculação.

No item 5 afirma restar evidente o cancelamento da multa com base no art. 77-IV-a-1 da Lei 688/96, em sendo indevido o tributo, já que o Convênio ICMS-RO prevê expressamente a possibilidade de manutenção dos créditos do ICMS (a infração material não ocorreu e a impugnante não deixou de pagar tributo), além do que a penalidade de 90% sobre o valor do imposto supostamente devido, viola a vedação do confisco (art. 150-IV da CF/88, conforme doutrina e jurisprudência colacionada), sem falar nos comandos da razoabilidade e proporcionalidade que vinculam a administração pública, o que, inclusive, contraria o STF, que possui diversas decisões no sentido de limitar o percentual aplicável a 20% (ARE 1154222), podendo, ainda, a redução da multa ser feita com base na equidade, prevista no art. 108-IV do CTN, e caso não se decida pelo cancelamento da penalidade exigida (como entende o STJ, demonstrada boa-fé do contribuinte e ausência de prejuízo ao erário), *ad argumentandum*, necessário ao menos reduzi-la para patamares mais razoáveis, menos restritivos de direitos fundamentais do contribuinte, mais adequados às circunstâncias do caso e à finalidade sancionatória imbuída no dispositivo legal.

Diante do exposto, requereu a procedência da impugnação, com o cancelamento do crédito nela consubstanciado, e subsidiariamente, em relação à multa aplicada, seja cancelada integralmente por ausência de tipicidade, e por razões de vedação do confisco, razoabilidade e proporcionalidades; sucessivamente, que sejam reduzidas para patamares minimamente aceitáveis, incluso em respeito à boa-fé e por razões de equidade.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em Direito, em especial os documentos em anexo, que declara autênticos, sob pena de responsabilidade pessoal dos

signatários.

Requeru, ainda, que sejam as intimações realizadas em nome do advogado SACHA CALMON NAVARRO COELHO, OAB/MG nº 9.007, com endereço na Alameda Oscar Niemeyer, nº 119, 12º e 13º andares, Vila da Serra, Nova Lima – MG, Cep: 34.006-056, para fins de recebimento das intimações noproteste feito, sob pena de nulidade (artigo 272, parágrafo 5º, do CPC/15, aplicado subsidiariamente ao processo administrativo).

3 - FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Conforme consta na peça básica, a autuação ocorreu **sob a acusação fiscal de que o sujeito passivo** teria deixado de recolher o ICMS devido ao não efetuar o estorno dos créditos de ICMS, decorrente de saídas isentas de mercadorias com destino à Zona de Livre Comércio de Guajará Mirim-RO, conforme estabelecido no art. 46-I do RICMS/RO, vigente à época dos fatos geradores.

Feita a regulamentar notificação ao sujeito passivo, o processo veio devidamente instruído com as provas da acusação e com a defesa tempestiva do sujeito passivo.

Inicialmente, enfrenta-se as preliminares arguidas. Quanto à primeira alegação, deficiência na motivação do auto de infração, o que ensejaria o cancelamento do mesmo, vez que o autuante teria deixado de analisar a real serventia no processo produtivo dos bens glosados do sujeito passivo, por este se equiparar a estabelecimento industrial, não cabe acolhimento, visto que para fins da legislação do ICMS no tocante à isenção prevista no Item 68 da Tabela I do Anexo I, Nota 6 do antigo RICMS-RO (*que assegura ao estabelecimento industrial que promover as saídas de que tratam este item, a manutenção dos créditos relativos às matérias-primas, materiais secundários e de embalagens utilizados na produção dos bens objetos de tais saídas. NR dada pelo Dec. 16404, de 15.12.11 –efeitos a partir de 1º.09.11 – Conv. ICMS 71/2011*), a mesma alcança apenas os estabelecimentos industriais (o que não é o caso da ora impugnante, cujo CNAE é 4679606, COMÉRCIO ATACADISTA ESPECIALIZADO DE MATERIAIS NÃO ESPECIFICADOS, conforme consulta ao SINTEGRA), ademais disso, não há na legislação regente estadual qualquer menção da aludida isenção extensiva a estabelecimento equiparado a estabelecimento industrial, sendo que interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre outorga de isenção (art. 111-II do CTN).

Em relação à alegação de decadência parcial relativa ao período anterior a 19.11.2016, para fins de extinção da exigência fiscal, também não cabe acolhimento, pela simples razão de que, como se verá mais adiante, **a apropriação dos créditos fiscais na EFD no ano de 2016, de fato, é indevida** (o autuado não é estabelecimento industrial), neste caso, **aplicar-se-á a regra geral de contagem do prazo decadencial do art. 173-I do CTN** (*do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado*), não por caracterizar dolo (vez que tal situação não restou comprovada pelo autuante), como entendeu a autoridade fiscal, **e não a regra do art. 150-§4º do CTN**, a partir da ocorrência do fato gerador como afirmado pela defesa, embora, realmente, a apropriação de crédito fiscal em conta gráfica, equivale ao pagamento antecipado, ainda que parcial, mas que não se trata da hipótese sob exame.

Contudo, no presente caso temos a situação em que **o creditamento indevido provocou a total ausência de recolhimento , devendo ser aplicada a regra do art. 173-I do CTN** , ou

seja, uma situação excludente da aplicação do art. 150-§ 4º do CTN, conforme entendimento pacificado no STJ, *in verbis*, no julgamento realizado nos termos do art. 543-C do CPC, não havendo, assim, que se falar em decadência, cuja data fatal finda em **31.12.2021**:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. DECADÊNCIA. PRAZO PARA A CONSTITUIÇÃO DE DÉBITO PELA FAZENDA ESTADUAL. (...). MATÉRIA PACIFICADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 973.733/SC).

(...)

2. A **Primeira Seção do STJ**, no julgamento do REsp 973.733/SC, realizado nos termos do art. 543-C e sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, **sedimentou o entendimento de que o art. 173, I, do CTN se aplica aos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou, quando, a despeito da previsão legal, não há o pagamento, salvo nos casos de dolo, fraude ou simulação.**

(...)

4. Com efeito, a jurisprudência consolidada por esta Corte dirime a questão jurídica apresentada a partir da existência, ou não, de pagamento antecipado por parte do contribuinte. Para essa finalidade, salvo os casos de dolo, fraude ou simulação, despidendo se mostra indagar a razão pela qual o contribuinte não realizou o pagamento integral do tributo.

5. A dedução aqui considerada (creditamento indevido) nada mais é do que um crédito utilizado pelo contribuinte decorrente da escrituração do tributo apurado em determinado período (princípio da não cumulatividade), que veio a ser recusada (glosada) pela Administração. **Se esse crédito abarcasse todo o débito tributário a ponto de dispensar qualquer pagamento, aí sim, estar-se-ia, como visto, diante de uma situação excludente da aplicação do art. 150, § 4º, do CTN.**

(...)

7. Agravo regimental não provido". (AgRg nos EREsp 1199262/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2011, DJe 07/11/2011) – (G.n.).

Quanto ao mérito, restou comprovado que, nos termos do art. 46-I do antigo RICMS-RO, *in verbis*, era dever do sujeito passivo proceder ao estorno dos créditos apropriados decorrentes da aquisição de mercadorias cuja saída subsequente foi beneficiada por isenção do ICMS, o que não foi feito:

Art. 46. O contribuinte procederá ao estorno do imposto de que se creditou, sempre que o serviço recebido ou o bem ou a mercadoria entrada no estabelecimento vier a ser: (NR dada pelo Dec.12419, de 19.09.06 – efeitos a partir de 1º.08.01)

I – objeto de subsequente operação ou prestação não tributada ou isenta, quando esta circunstância for imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

(...)

Nesse fluxo de argumentação, não restam dúvidas que a glosa dos créditos era medida evidente, considerando-se, notadamente, que o comando da Nota 6 do Item 68 do Anexo I da Tabela I do RICMS-RO, à época vigente, *in verbis*, no qual se sustentou o sujeito passivo para levar à EFD os indigitados créditos, é expresso em **permitir a manutenção dos créditos relativos à matéria-prima, materiais secundários e de embalagens**, utilizados na produção dos bens objeto das saídas dos produtos industrializados, **apenas a estabelecimento industrial**, não se estendendo, tal hipótese, aos estabelecimentos **equiparados a estabelecimento industrial**, como pretende o sujeito passivo em sua defesa, e como dito alhures, qualquer norma tributária concessiva de benefícios fiscais, suspensão ou exclusão de crédito tributário, ainda que as previstas na CF/88, devem ser interpretadas literalmente, de forma a restringir a sua aplicação e garantir os recursos necessários ao Estado para fazer frente às necessidades dos cidadão e ao funcionamento da máquina pública (art. 111 do CTN):

68. A saída de produtos industrializados de origem nacional destinados à comercialização ou industrialização na Zona Franca de Manaus, nos municípios de Rio Preto da Eva e de Presidente Figueiredo no Estado do Amazonas, bem como nas Áreas de Livre Comércio de Guajará-Mirim, no Estado de Rondônia, de Macapá e Santana, no Estado do Amapá, Bonfim e Boa Vista, no Estado de Roraima, Tabatinga, no Estado do Amazonas, e Cruzeiro do Sul e Brasiléia, com extensão para o Município de Epitaciolândia, no Estado do Acre, desde que o estabelecimento destinatário tenha domicílio nos municípios de Manaus, Rio Preto da Eva, Presidente Figueiredo, ou nas áreas acima citadas. ([Convênio ICM 65/88](#) e [Convênios ICMS 52/92 e 49/94](#))

(...)

Nota 6. Fica assegurada, ao estabelecimento industrial que promover as saídas de que tratam este item, a manutenção dos créditos relativos às matérias-primas, materiais secundários e de embalagens utilizados na produção dos bens objetos de tais saídas.

(...)

Portanto, após a análise dos autos, que inclui o Relatório Circunstanciado de fls. 04/19 e seus Anexos, parte integrante do auto de infração, verifica-se que a acusação está corretamente posta, atendendo a todos os requisitos previstos na norma para a prática do lançamento de ofício do crédito tributário levado a efeito, nos termos do art. 149-V do CTN, sendo que as provas eletrônicas juntadas pelo autuante, conforme RC nº 002/2017/GAB/ SEFIN/CRE/TATE, comprovam os fatos imputados (apropriação indevida de crédito fiscal de ICMS o ano de 2016).

Quanto ao argumento do item 4.1, entendo que procede, **especificamente**, em relação às remessas para a Zona Franca de Manaus, o entendimento sedimentado pelos Tribunais do país no que tange sua equiparação às exportações para o estrangeiro nos termos do art. 4º do Dec. 288/67 (**vez que tal equiparação se restringe à ZFM e não alcança outras Áreas de Livre Comércio, como a de Guajará-Mirim-RO**), desonerando o imposto estadual na saída de produtos industrializados, mantendo a ZFM com suas características de Área de Livre Comércio de exportação e importação e de incentivos fiscais.

No item 4.2 não se vislumbra qualquer fundamentação jurídica que autorize a manutenção dos créditos glosados no presente auto de infração. Neste item o sujeito passivo apenas, citando o julgamento da ADI 310, reitera que neste julgamento o STF termina por confirmar as características de Área de Livre Comércio de exportação e importação para a ZFM, reconhecendo a equiparação a uma exportação para o exterior (sendo este o entendimento deste Julgador a despeito do julgamento da ADI 310, mas não em relação à ZLC de Guajará-Mirim-RO), as remessas a ela destinadas, de acordo com o art. 4º do Decreto-Lei nº 288/67 (sem diferenciação de espécies de produtos industrializados), e uma vez alçada à estatura constitucional pelo art. 40 do ADCT, adquiriu natureza de imunidade tributária.

Ainda quanto ao citado item 4.2, *data vênia*, entendo que a controvérsia (equívoco) do sujeito passivo consistiu 1) na pretensão do direito à manutenção do crédito por se considerar **estabelecimento equiparado a industrial** (porém, não tem amparo na norma concessiva de isenção, a qual se refere apenas a **estabelecimento industrial** para fins de manutenção dos créditos relativos às matérias-primas, materiais secundários e de embalagens utilizados na produção dos bens objetos de tais saídas, conforme Nota 6 do Item 68 da Tabela I do Anexo I do RICMS-RO), e 2) o fato do Convênio ICMS 52/92 ter sido responsável por estender a aplicação do Convênio ICMS 65/88 às Áreas de Livre Comércio, não significou dizer que as saídas de mercadorias para a Área de Livre Comércio de Guajará-Mirim-RO também tenham sido equiparadas à exportação de produtos para o exterior, até porque não é esta a previsão do Convênio ICMS 65/88, diferentemente do que ocorre com as saídas de mercadorias para a Zona Franca de Manaus, estas, sim, equiparadas à exportação de produtos para o exterior (art. 4º do Decreto-Lei nº 288/67 c/c o art. 40 do ADCT).

Neste sentido, para que fique claro, a ADI 310 ao retirar a eficácia do Convênio ICMS 6/90, apenas voltou a permitir ao **estabelecimento industrial** (e não a estabelecimento equiparado a industrial) que promover a saída mencionada na cláusula primeira do Convênio nº 65/88 (isenção do imposto às saídas de produtos industrializados de origem nacional **para comercialização ou industrialização na Zona Franca de Manaus**) a **manutenção dos créditos relativos às matérias-primas, materiais secundários e materiais de embalagens** utilizados na produção dos bens objeto daquela isenção, manutenção esta a que se refere o Convênio nº 52/92, que estendeu tal aplicação do Convênio ICMS 65/88 às Áreas de Livre Comércio.

É de se notar, portanto, que a única hipótese constitucional prevista para a manutenção dos créditos fiscais, referentes ao ICMS cobrado nas operações anteriores é a de **exportação**, nos termos do art. 155-§2º-X-a da CF/88, que, por lógica decorrência, com o julgamento de mérito da ADI 310, todos os produtos destinados à ZFM (semi-elaborados ou não) estão cobertos pela não incidência de ICMS incorporada pelo art. 40 do ADCT, **o que não inclui outras Áreas de Livre Comércio, como a de Guajará-Mirim-RO**, que goza, **apenas**, dos benefícios do Convênio 65/88, estendidos pelo Convênio 52/92, o que não abarca, obviamente, a equiparação à exportação de produtos para o exterior, da qual goza as saídas de mercadorias para a ZFM, por força do art. 4º do Decreto-Lei nº 288/67 c/c o art. 40 do ADCT.

Em relação aos itens 4.3, 4.4 e 4.5, considera-se como já analisados, ao se enfrentar as alegações dos itens 4.1 e 4.2, uma vez que, em última análise, tais itens pretendem avocar para as saídas de mercadorias destinadas a Guajará-Mirim-RO, objeto do presente auto de infração, o

mesmo tratamento dispensado às saídas para a ZFM (ADI 310), ou seja, **equiparadas à exportação para o exterior**, hipótese constitucional em que não há estorno do crédito do imposto das operações anteriores, mas, ao contrário, o crédito é mantido, porém, como já demonstrado, alhures, não é o caso das saídas para ZLC de Guajará-Mirim-RO, que goza tão somente de isenção, nos termos do Item 68 da Tabela I do Anexo I do RICMS-RO, sendo permitida apenas a manutenção dos créditos relativos às entradas de matérias-primas, materiais secundários e materiais de embalagem, utilizados na produção dos bens objeto de tais saídas, sem necessidade de estorno dos créditos correspondentes pela entrada.

No que concerne às alegações do item 5.5, também não comportam acolhimento, visto que repetem a mesma linha de raciocínio nos itens precedentes, como negar a infração, quando já restou demonstrado que o creditamento indevido absorveu todo o débito (sendo incabível a Súmula 555 do STJ), e que a manutenção dos créditos do ICMS via Convênio ICMS 65/98 não se aplica às saídas para Guajará-Mirim, objeto da autuação, porquanto o sujeito passivo **não é estabelecimento industrial** (condição *sine qua non* para manter os aludidos créditos, de acordo com a Nota 6 da Tabela I do Anexo I do antigo RICMS-RO), mas apenas posto avançado, como expressamente admitiu em sua defesa, que comercializa produtos industrializados remetidos por outros estabelecimentos da própria empresa, logo, era seu dever ter feito os estornos dos créditos, por ocasião, inclusive, da Notificação do FISCONFOME, porém, não houve atendimento, sendo descabida a alegação de valor injurídico do imposto como base de cálculo da multa cominada, assim como também, não cabe aplicação, como pretendido pela defesa, da equidade (art. 108-IV do CTN), pois, não se constitui o presente caso em hipótese de ausência de disposição expressa, conforme demonstrado.

Quanto à alegação de que a multa do art. 77-V-a-1 da Lei 688/96 teria caráter confiscatório, também não procede, primeiro porque não se trata de multa moratória a que se refere o ARE 1154222 trazido à baila pela impugnante, mas de multa punitiva (STF, AI 727.872/RS) acompanhada de lançamento de ofício, e, segundo, ressalte-se, por oportuno, que o entendimento corrente do STF nesta seara é no sentido de que possui natureza confiscatória a multa por infração à legislação tributária que ultrapassa o montante do próprio tributo devido, o que não é o caso sob exame (precedente STF, ARE 938538), não havendo, assim, nessa fase processual, qualquer previsão legal para o atendimento do pedido de redução da multa aplicada.

Dessa forma, em vista dos fatos e considerando que restou comprovada a autoria e materialidade da infração imputada na peça básica, não se desincumbindo o autuado da acusação fiscal (deixar de pagar o imposto em razão do não estorno dos créditos de ICMS), decido pela procedência do presente auto de infração.

4 – CONCLUSÃO

De acordo com o previsto no artigo 12, I, da Lei nº 912, de 12 de julho de 2000, 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 PROCEDENTE** o auto de infração e DEVIDO o crédito tributário de R\$ 1.716.016,11, devendo o mesmo ser atualizado na data do efetivo pagamento.

5 – ORDEM DE INTIMAÇÃO

Fica o sujeito passivo intimado a recolher o crédito tributário devido 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, 05/03/2022.

Elder Basílio e Silva

JULGADOR DE 1ª INSTÂNCIA



Documento assinado eletronicamente por:

Elder Basílio e Silva, Auditor Fiscal,

em: **05/03/2022**, às **22:25**.

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