



PROCESSO N° : 20142700100221
RECURSO VOLUNTÁRIO N° : 020/16
RECORRENTE : ENERGIA SUSTENTÁVEL DO BRASIL S/A
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
JULGADOR : REINALDO DO NASCIMENTO SILVA
RELATÓRIO N° : 121/16/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN
E COMPLEMENTAR (fls. 288/292 e 512/514)

Voto.

1. Fundamentos de fato e de direito.

1.1. Da infração.

O sujeito passivo, pelo que se depreende dos autos, deixou de registrar, em seu livro Registro de Entradas, os documentos arrolados no anexo 01 (fl. 20), referente à entrada de mercadorias sujeitas ao ICMS relativo à diferença entre alíquota interna e interestadual, deixando, em decorrência da omissão, de apurar e recolher o ICMS devido.

Tal irregularidade, de acordo com o auto de infração, constitui infração aos artigos 310, 30, III, 49, III, e 53, V, "a", todos do RICMS/RO.

Pela inobservância verificada, exigiu-se o imposto que, em tese, deixou de ser pago, a multa do art. 78, III, "c", da Lei nº 688/96 e demais acréscimos legais, que, na época da autuação (28/10/2014), apresentavam os seguintes valores:

Crédito Tributário	
Tributo:	R\$ 154.609,94
Multa: 40%	R\$ 749.305,53
Juros:	R\$ 49.434,44
A. Monetária:	R\$ 20.274,01
Total:	R\$ 973.623,92

1.2. Das razões recursais.

1.2.1. Tese nº 01 – Do momento da ocorrência do fato gerador do ICMS nas operações de entrada interestaduais e da lei aplicável – Decreto nº 10.663/03; do enquadramento da autora no conceito de industrialização e de estabelecimento industrial e da solução de consulta interna nº 19 – COSIT – Receita Federal (fls. 241 a 244).



Em relação a este subitem, o recorrente salienta que a aquisição dos equipamentos foi feita em outros estados ou no exterior através de parte e peças e componentes; que, após a explicação, passa-se a fixar o momento da ocorrência do fato gerador do ICMS nas operações de importação realizadas pela recorrente, para posteriormente, verificar a lei aplicável ao caso concreto ora apresentado; que, de acordo com a legislação de Rondônia, quando os bens importados forem entregues aos destinatários antes do momento do desembarço aduaneiro, o fato gerador do ICMS fica antecipado para o ato de sua entrega; que os equipamentos importados estão incursos no § 5º do art. 17 da Lei nº 688/96; que, considerando que a autoridade aduaneira permite a entrega antes da realização do desembarço aduaneiro, considera-se ocorrido o fato gerador no momento desta entrega, e conseqüentemente a lei aplicável é a que estiver em vigor no momento deste fato, no caso a Lei Estadual nº 10.663/03, que concedia isenção do imposto nessas operações; que a própria legislação de Rondônia, em seu art. 195, regulamenta a emissão de documentos fiscais em que a aquisição dos bens se dá de forma fracionada, como ocorre no caso; que as notas fiscais são emitidas conforme vão chegando os bens, porém sem o destaque do imposto, vez que está impresso na primeira nota fiscal; que o fato gerador do ICMS ocorre, nas operações de importação, no momento da entrega da primeira peça de cada equipamento, quando ainda vigorava o Decreto 10.663/03, que beneficiava a recorrente com isenção do ICMS sobre essas operações; que a Lei nº 2.331/10 e o Parecer GETRI 535/10 jamais poderiam ter valor maior que o Decreto que regulamenta o IPI; que não se afigura admissível que, no uso da competência residual, o Estado de Rondônia formule uma disciplina que acabe por afastar aplicação de normas federais de caráter geral; que atribuição da expressão "NT – Não Tributado" à energia elétrica na TIPI, surgiu com o desaparecimento do imposto único previsto no art. 74 do CTN, onde o bem passou estar sujeito ao ICMS, mas não que não fosse um produto industrializado, que a recorrente, ademais, realizou, em sua fase inicial, quando da entrada da primeira peça do gerador, verdadeira operação industrial, quando da montagem de seus geradores e turbinas, antes mesmo da geração de energia elétrica; que a instalação dos geradores foi executada exclusivamente pela recorrente, visto que recebeu do fabricante apenas o gerador em partes e peças; que, quando da montagem do gerador, realizou verdadeira operação de industrialização, nos termos do artigo 4º do RIPI/2010.

1.2.2. Tese nº 2 – Do momento do pagamento do imposto. Aquisição de mercadoria. Não fornecimento de energia elétrica



Em relação a este tópico, aduz que se o imposto fosse devido, deveria ser pago no momento do fato gerador; que está a se tratar de aquisição de mercadoria, e não de imposto sujeito à apuração mensal em fornecimento de energia elétrica; que o fato gerador do diferencial de alíquotas do equipamento como um todo ocorre com o ingresso da primeira peça que comporá a integralidade; que, no momento da ocorrência do fato gerador, vigia o Decreto nº 10.663/03, e, por consequência a recorrente estava amparada pela hipótese de isenção ali disciplinada; que não há que se falar em pagamento do ICMS nos termos do art. 53, V, "a", do RICMS-RO.

1.2.3. Tese nº 3 – Da desproporcionalidade e confiscatoriedade da multa aplicada.

Segundo a recorrente, a multa, ainda que seja de 20%, continua sendo desproporcional e confiscatória; que extrapola o caráter educativo; que deve haver uma correlação entre a exigência estabelecida pela ordem jurídica e o encargo para seu cumprimento; que há evidente desproporcionalidade entre ato e punição; que a multa é desproporcional, vez que ultrapassa e muito o valor do imposto se devido fosse; que deve a multa ser afastada em consonância com a jurisprudência do STF; que o Tate, ao afirmar que não tem competência para analisar a questão constitucional, está indo de encontro com a Constituição Federal; que não há como subsistir a multa de 20% sobre o valor do tributo.

1.3. Da análise.

Do benefício fiscal.

O Decreto nº 10.663, de 25 de setembro de 2003, dentre outras providências, acrescentou à Tabela I do Anexo I do Regulamento do ICMS – RICMS/RO, aprovado pelo Decreto nº 8.321, de 30 de abril de 1998, o item 74, que trata da seguinte hipótese de isenção:

"RICMS-RO

ANEXO I

Isenções

(Previsto no artigo 6º deste regulamento)

TABELA I DO ANEXO I

ISENÇÕES - CONCESSÕES POR TEMPO INDETERMINADO

(...)

74. A importação e a entrada interestadual de bem ou mercadoria, sem similar no mercado interno deste estado, destinado ao ativo fixo ou imobilizado de estabelecimento industrial ou agropecuário.

Nota 1: A isenção prevista neste item deverá ser previamente reconhecida e autorizada, caso a caso, conforme disciplina estabelecida em Resolução do Coordenador-Geral da Receita Estadual.



GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS

Fls. 518
Ass. _____
TATE-SEFIN/RO

Nota 2: Este benefício não se aplica à entrada de mercadoria destinada ao consumo final do estabelecimento adquirente.”

Esse benefício fiscal, em que pese o nobre objetivo de estimular e desenvolver setores relevantes da economia, por meio da redução do custo de aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado, foi instituído em flagrante desconpasso com ordenamento jurídico, ao não observar o que estabelece a alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal e o art. 1º da Lei Complementar nº 24/75, que dispõem:

“CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

XII - cabe à lei complementar:

(...)

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.”

“LEI COMPLEMENTAR Nº 24, DE 7 DE JANEIRO DE 1975

Art. 1º - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei.”

Em outras palavras, a aludida isenção foi criada por meio de ato do poder executivo de Rondônia, mas sem ter amparo em convênio celebrado pelos Estados e Distrito Federal.

Por outro lado, apesar da evidente mácula (ausência de convênio), que compromete a validade e os efeitos da norma que instituiu a citada isenção, este tribunal administrativo, em virtude do disposto no artigo 90 da Lei nº 688, de 27 de dezembro de 1996, não detém competência para declarar a inconstitucionalidade do aludido benefício fiscal:

“Lei nº 688/96

Art. 90. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, salvo no caso da inconstitucionalidade ter sido proclamada: (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

(...)”



Vale registrar, por oportuno, que, em decorrência de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) proposta pelo Ministério Público de Rondônia (processo 0801985-26.2016.8.22.0000), está a se avaliar, no Poder Judiciário, se o Decreto nº 10.663/03, que instituiu a mencionada isenção, é ou não constitucional.

Destaque-se, ainda, que o Tribunal de Justiça de Rondônia, no julgamento do incidente de arguição de inconstitucionalidade nº 0806869-59.2020.8.22.0000, declarou a inconstitucionalidade do art. 1º do Decreto nº 10.663/03, mas modulou a inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc* (a partir de 25/03/2022).

Enfim, seja por meio dessas ações ou de outras, é o Poder Judiciário que, ao cabo, decidirá sobre a validade ou não do Decreto nº 10.663/03.

No entanto, ainda que o aludido benefício fiscal seja declarado constitucional ou válido em determinado período pelo Poder Judiciário, ainda que, de fato, tenha havido a reconstituição do Decreto nº 10.663/03 (em razão da ADI nº 0009603-94.2012.8.22.0000, que declarou inconstitucional o ato que o havia anulado), o fato é que, em verdade, a hipótese prevista no item 74 da Tabela I do Anexo I do RICMS-RO (Decreto nº 8321/98) não se aplica, como será abordado adiante, às operações abrangidas por este processo.

Do caso em exame.

A aludida isenção, consoante descrito na respectiva norma, alcançava a importação de bem ou mercadoria, sem similar no mercado interno deste estado, destinado ao ativo fixo ou imobilizado de estabelecimento industrial ou agropecuário ou, a partir de 2008 (Decreto nº 13.850), prestador de serviço de radiodifusão.

E o autuado, à luz da legislação tributária do ICMS, pela atividade que realiza, geração de energia elétrica, não é estabelecimento industrial, muito menos agropecuário ou prestador de serviço de radiodifusão.

Existem, no entanto, estudos que levam à conclusão de que o autuado é um estabelecimento industrial, como os constantes às fls. 52 a 76, da lavra do Grupo de Estudos do Setor Elétrico (GESEL) da UFRJ e do ilustríssimo senhor Alberto Xavier, mas eles, como todo respeito, não estão alinhados com a legislação que rege o tema, pois, segundo o disposto no art. 4º, II, do RICMS-RO (Decreto nº 8321/98):

"RICMS-RO

Art. 4º Para efeito de aplicação da legislação do imposto, considera-se:

(...)



II – industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do **produto** ou o aperfeiçoe para consumo, tal como:

- a) a que, executada sobre matéria-prima ou produto intermediário, resulte na obtenção de espécie nova;
- b) a que importe modificação, aperfeiçoamento ou, de qualquer forma, alteração do funcionamento, da utilização, do acabamento ou da aparência do produto;
- c) a que consista na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte um novo produto ou unidade autônoma;
- d) a que importe em alteração da apresentação do produto pela colocação de embalagem, ainda que em substituição à original, salvo quando a embalagem aplicada destinar-se apenas ao transporte da mercadoria;
- e) a que, executada sobre o produto usado ou partes remanescentes de produto deteriorado ou inutilizado, o renove ou restaure para utilização.” (grifei e destaquei)

Ou seja, de acordo com a legislação do ICMS, industrialização é a operação que modifica a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoa para consumo.

O que está sendo modificado ou aperfeiçoado, segundo esse conceito, como expressamente está citado na norma, é o produto.

A operação de industrialização, destarte, segundo a legislação tributária, é aplicada sobre um produto (ou grupo de produtos – no caso da montagem). E tem como resultado: novos produtos (transformação), produtos melhores (beneficiamento), etc.

Logo, para efeitos de aplicação da legislação do ICMS, e o benefício do Decreto nº 10.663/03 se refere a esse tributo, há de se considerar, pois, que a operação de industrialização é empregada sobre um produto.

Segundo o estudo efetuado pela GESEL da UFRJ, a geração de energia elétrica é uma atividade industrial, pela transformação da energia contida na água, no vento e em outros em energia elétrica (fl. 146, § 1º). Já, segundo Alberto Xavier, a geração de energia elétrica é uma indústria que conduz à produção de produto industrial (energia elétrica), mediante operação de transformação de energia potencial contida em fontes primárias em energia elétrica (fl. 193, alínea “e”).

Esses conceitos de atividade industrial ou de indústria podem ser adotados, quiçá, em outras searas, mas não em relação à legislação do ICMS, porquanto não acompanham a definição dada pelo art. 4º, II, do RICMS-RO (Decreto nº 8321/98).

Segundo a legislação do ICMS, lembrando, a operação de industrialização é aplicada sobre produtos. E, *data venia*, a energia contida na água ou no vento ou a energia potencial, que seriam os elementos a serem transformados para obtenção de energia elétrica, não constituem produtos.



É certo que há uma transformação no processo de geração de energia elétrica, mas essa, segundo a legislação do ICMS, não constitui industrialização.

O processo de transformação que é considerado industrialização, reitero, é o aplicado sobre o produto.

E, com todo respeito, a energia contida na água ou no vento não é produto. Pois, além de não serem suscetíveis de valoração nem de negociação, esses tipos de energia não se enquadram como produto primário, semielaborado ou industrializado, nem como produto de origem animal, vegetal ou mineral, nem com qualquer outro conceito de produto adotado pela legislação tributária do imposto estadual.

Logo, para que haja subsunção entre operação realizada pela autuada (importação) e a norma que prevê o referido benefício fiscal, é necessário que faça um alargamento do significado (ou conceito) de produto ou de industrialização, que, em meu juízo, extrapola a definição dada pela legislação do ICMS.

Destarte, em linha art. 4º, II, do RICMS-RO (Decreto nº 8321/98), a energia elétrica não resulta de processo de industrialização, mas, sim, de geração; por isso, o autuado não deve ser considerado um estabelecimento industrial, mas um gerador de energia elétrica.

Esta Secretaria de Estado, ressalte-se, por meio do parecer nº 346/2009/GETRI/CRE/SEFIN, de 29 de junho de 2009 (fls. 87 a 94), tinha um entendimento inapropriado, idêntico aos apresentados, de que as geradoras, ao transformarem qualquer forma de energia em eletricidade nas usinas, eram estabelecimentos industriais (fl. 213, § 1º). Interpretação que permitiu, inclusive, registre-se, a expedição de alguns despachos declaratórios de reconhecimento de isenção.

Todavia, com a alteração promovida na Lei nº 688/96 pela Lei nº 2.331/10 (efeitos a partir de 16/07/2010), a interpretação outrora dada pela SEFIN-RO, por via obliqua, restou revogada, afastando a possibilidade de que geradores de energia elétrica e outros (como empresas da construção civil) fossem indevidamente enquadrados como estabelecimento industrial e, sobretudo, permitindo que, neste caso, prevaleça o que sempre deve prevalecer, a legislação que rege o tema:

“Lei nº 688/96

Art. 2º-A Para efeito de aplicação da legislação do imposto, somente são considerados (AC pela Lei 2331, de 16.07.10 – efeitos a partir de 16.07.10)

I - produtos industrializados, aqueles submetidos à incidência do Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI, conforme legislação pertinente;



II - estabelecimentos industriais, aqueles cujos produtos estejam submetidos à incidência do Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI, conforme legislação pertinente.”

Aponto, ainda, por relevante, que o disposto no Decreto nº 41.019/57 e no § único do art. 46 do CTN, em nada alteram a conclusão dada.

Explico.

O Decreto nº 41.019/57, que regulamentava os serviços de energia elétrica, assim estabelecia, em seus artigos 2º e 3º:

“DECRETO Nº 41.019, DE 26 DE FEVEREIRO DE 1957

Art 2º. São serviços de energia elétrica os de produção, transmissão, transformação e distribuição de energia elétrica, quer sejam exercidos em conjunto, quer cada um dêles separadamente.

Art 3º. O serviço de produção de energia elétrica consiste na transformação em energia elétrica de qualquer outra forma de energia, seja qual for a sua origem”

Como dito outrora, reconheço que há uma transformação no processo de geração de energia elétrica, todavia essa não constitui, para efeitos de aplicação à legislação do ICMS, um processo de industrialização, porquanto, como largamente discorrido, não é aplicada sobre um produto, mas, sim, sobre uma forma de energia.

O Código Tributário Nacional - CTN, por sua vez, estatuiu:

“Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:

(...)

Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.”

Como se vê, o conceito dado pelo CTN está em linha com o adotado pela legislação do ICMS. Logo, discorrer sobre hierarquia de normas ou sobre competência legislativa ou tributária, neste caso, não se faz necessário.

Registre-se, ainda, por oportuno, que o fato de realizar a montagem ou a instalação dos geradores e turbinas que adquiriu (em partes ou componentes) também não transforma o recorrente em estabelecimento industrial.

A montagem de equipamentos ou similares (por exemplo: computadores, cadeiras, balcões e outros) pode ser efetuada pela própria pessoa que o adquire (o comerciante, o produtor agropecuário, a pessoa comum, etc.), mas isso não altera, a despeito de se enquadrar



na hipótese do disposto no art. 4º, II, "c", do RICMS-RO (Decreto nº 8.321/98), o que essa é. Continuam a ser comerciantes, produtores agropecuários ou pessoas comuns; não se transformam em estabelecimentos industriais.

A diferença é que o estabelecimento industrial promove a circulação econômica dos bens que transforma, beneficia ou monta, ou melhor, realiza a comercialização desses; os demais fazem a montagem dos bens que adquiriram para uso próprio.

Um outro fato que diferencia o estabelecimento industrial, especialmente em relação a certos prestadores de serviço, é o volume, a escala de produção. Daí o uso da expressão "escala industrial".

Logo, a instalação ou montagem de bens ou equipamentos adquiridos para uso próprio, como as turbinas e geradores comprados pelo recorrente, não desconstituem a natureza do estabelecimento. Ele, autuado, em outras palavras, a despeito disso, não se torna um estabelecimento industrial, continua sendo, em verdade, um gerador de energia elétrica.

Há de se registrar, também, que nem o regulamento do IPI, evocado pelo recorrente, nessa hipótese, o acompanha:

"DECRETO Nº 7.212, DE 15 DE JUNHO DE 2010.

Art. 5º Não se considera industrialização:

(...)

VIII - a operação efetuada fora do estabelecimento industrial, consistente na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte:

a) edificação (casas, edifícios, pontes, hangares, galpões e semelhantes, e suas coberturas);

b) instalação de oleodutos, usinas hidrelétricas, torres de refrigeração, estações e centrais telefônicas ou outros sistemas de telecomunicação e telefonia, estações, usinas e redes de distribuição de energia elétrica e semelhantes;

ou

c) fixação de unidades ou complexos industriais ao solo;" (grifei)

Em relação à solução de consulta interna nº 19 – Cosit (fls. 283 a 286), da Coordenação-Geral de Tributação da Receita Federal do Brasil, que trata de caso similar (fabricante vende gerador; o entrega em partes e peças ao adquirente – a Usina, que tem a incumbência de montá-lo, sob a supervisão do primeiro), extrai-se que, embora a montagem seja efetuada pelo adquirente (a Usina), o IPI apenas incidirá sobre os valores relacionados às atividades realizadas pelo fabricante do equipamento (ou seja, sobre a venda do gerador acrescida da supervisão de montagem). Em outras palavras, não incidirá IPI sobre os custos de montagem ou instalação realizada pela empresa adquirente (no caso, a Usina), denotando que



GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS

Fls. _____

524

Ass. _____

TATE-SEFIN/RO

as atividades relacionadas a esses (custos de montagem ou instalação) não constituem parte do processo de industrialização que o consultor da RFB entendeu haver e que, por conseguinte, a parte que a Usina exerce no processo não configura industrialização.

Enfim, por qualquer prisma que observe, há uma única conclusão: o autuado não é um estabelecimento industrial.

Em suma, por todo o exposto, ainda que o benefício previsto no item 74 da Tabela I do Anexo I do RICMS-RO (Decreto nº 8.321/98), incorporado a ele pelo art. 1º do Decreto nº 10.663/03, seja declarado constitucional ou válido em determinado período pelo Poder Judiciário, o recorrente, por não ser estabelecimento industrial, não faz jus ao uso dessa desoneração fiscal.

Resta concluir, com isso, que o imposto em relação às operações abrangidas pela autuação (diferencial de alíquotas) é devido.

Do momento do pagamento do imposto.

Em primeiro lugar, deve-se pontuar que as menções relativas à importação e a aspectos dessa, apontados no recurso, não tem qualquer pertinência com o caso, pois aqui está a se tratar de operações oriundas de outros Estados.

Passemos, assim, aos demais aspectos.

Em primeiro lugar, a análise sobre o momento da ocorrência do fato gerador do imposto, para saber se é aplicável ou não, ao caso, o Decreto nº 10.663/03, em vista do exposto anteriormente, perdeu o sentido, porquanto o recorrente não faz jus ao benefício previsto nessa norma.

E, em não havendo tal benefício, o imposto, de fato, deveria ter sido recolhido como apontado na peça básica, no prazo indicado no artigo 53, V, "a", do RICMS-RO, e não, como sustenta o recorrente, na data em que ocorreu o fato gerador, pois o que ele deixou de pagar (diferencial de alíquotas) deveria ter sido lançado em conta gráfica (escrita fiscal) e considerado na apuração do período respectivo, conforme segue:

"RICMS-RO – Decreto nº 8321/98

Art. 30. Os estabelecimentos enquadrados no regime de apuração normal, apurarão no último dia de cada mês (Lei 688/96, art. 41):

(...)

III – no Registro de Apuração do ICMS (RAICMS), após os lançamentos correspondentes às operações de entradas e saídas de mercadorias e dos serviços tomados e prestados durante o mês:

a) o valor do débito do imposto relativo às operações de saída e aos serviços prestados;

b) o valor dos outros débitos;



c) o valor dos estornos de créditos;

(...)

Art. 48. O imposto será calculado, aplicando-se a alíquota cabível à base de cálculo prevista para a operação ou prestação tributada, obtendo-se o valor que será debitado na escrita fiscal do contribuinte (Lei 688/96, art. 32).

(...)

Art. 49. Constitui débito fiscal para efeito de cálculo do imposto a recolher:

I – o valor obtido nos termos do “caput” do artigo anterior;

II – o valor dos créditos estornados.

III – o valor correspondente à diferença de alíquotas nas operações com mercadorias ou bens oriundos de outros Estados e utilizações de serviços cujas prestações se tenham iniciado em outra Unidade da Federação e não estejam vinculados a operações ou prestações subsequentes sujeitas ao imposto

Art. 53. O ICMS deverá ser pago (Lei 688/96, art. 45): (NR dada pelo Dec. 11655, de 09.06.05 – efeitos a partir de 01.07.05)

(...)

V – no décimo quinto dia do mês subsequente:

a) àquele em que houver ocorrido o fato gerador, no caso de imposto sujeito ao regime de apuração mensal, por estabelecimentos comerciais, industriais, fornecedores de água ou energia elétrica, prestadores de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, observado o § 7º, ou de comunicação e outros enquadrados neste regime de apuração, excetuados os estabelecimentos beneficiadores de látex” (grifei)

Da penalidade imposta.

A pena aplicada ao caso, consoante estampado na peça básica, correspondia a 40% do valor da operação, todavia, em razão da retroatividade da norma menos gravosa (art. 106, II, “c”, do Código Tributário Nacional - CTN), o julgador monocrático alterou a capitulação legal da multa para art. 77, IV, “a”, 1. da Lei nº 688/96 e reduziu o valor da multa para 20% do valor da operação (decisão às fls. 233/237).

Medida que, registre-se, reputo correta.

O recorrente, a despeito de tal redução, ainda entende que essa pena se mostra desproporcional e com caráter confiscatório.

Para afastar a multa, com base nessa tese, este Tribunal teria que excluir os efeitos da lei que garante a sua aplicação (Lei nº 688, art. 77, IX, “a”), mas isso não se inclui no âmbito de sua competência:

“Lei nº 688/96.

Art. 90. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, salvo no caso da inconstitucionalidade ter sido proclamada: (NR Lei nº 3583, de 9/7/15 – efeitos a partir de 01/07/15)

I - em ação direta de inconstitucionalidade; e



II - por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em via incidental, desde que o Senado Federal ou a Assembleia Legislativa tenha suspenso a execução do ato normativo."

Deste modo, por este Tribunal não deter competência para afastar o que a lei estabeleceu para o caso, a multa aplicada, com a redução dada pelo julgador singular, deve ser mantida.

Diante da análise efetuada, resta patente, entre outros, que:

I – mesmo que o Decreto nº 10.663/03 seja declarado constitucional ou válido em determinado período pelo Poder Judiciário (ADI nº 0801985-26.2016.8.22.0000 ou outras ações judiciais) e mesmo que tenha, de fato, havido a repriminção desse aludido Decreto em razão da ADI nº 0009603-94.2012.8.22.0000 (que declarou inconstitucionais os artigos 1º a 4º do Decreto nº 15.858), o fato é que o autuado não faz jus ao benefício fiscal nele tratado, pois, apesar de manifestações exaradas pelo Poder Judiciário e pareceres apresentados pelo recorrente, ele (autuado) *data venia*, em conformidade com a legislação tributária, não é um estabelecimento industrial, mas, sim, um gerador de energia elétrica;

II – não estando as operações abrangidas neste processo sujeitas à isenção, deve-se reconhecer como devido o imposto lançado (ICMS diferencial de alíquotas);

III – a emissão de despachos declaratórios de reconhecimento de isenção, em razão do exposto, não se mostra pertinente;

IV – não há nenhum elemento no processo capaz de ilidir a infração verificada;

V – a multa de 20% do valor da operação, indicada na decisão singular, não deve ser excluída.

2. Voto.

Pelo exposto, conheço do recurso voluntário interposto para negar-lhe provimento, mantendo a decisão monocrática proferida, que julgou procedente o auto de infração.

É como voto.

TATE, Sala de Sessões, 22/06/2022

Julgador Relator



GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS

Fis. 527

Ass. _____

TATE-SEFIN/RO

GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
SECRETARIA DE ESTADO DE FINANÇAS
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE

PROCESSO : 20142700100221
RECURSO : VOLUNTÁRIO Nº 020/16
RECORRENTE : ENERGIA SUSTENTÁVEL DO BRASIL S/A
RECORRIDA : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RELATOR : REINALDO DO NASCIMENTO SILVA

RELATÓRIO : Nº 121/2016/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO Nº 198/2022/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

EMENTA : **IMPOSTO E MULTA – DEIXAR DE REGISTRAR DOCUMENTOS FISCAIS DE ENTRADA E, POR DECORRÊNCIA, NÃO RECOLHER O IMPOSTO DEVIDO (DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS) – OCORRÊNCIA.**
O sujeito passivo foi autuado por realizar a entrada de mercadorias provenientes de outros Estados, sem registrar os documentos fiscais correspondentes no livro fiscal próprio e, por consequência, sem efetuar o recolhimento do imposto devido (diferencial de alíquotas). Embora alegue fazer jus à isenção de que trata o item 74 do Anexo I da Tabela I do RICMS-RO (Decreto nº 8.321/98), introduzida pelo Decreto nº 10.663/03, que alcança operações de aquisição de bens provenientes de outros estados ou do exterior para compor o ativo fixo de estabelecimento industrial ou agropecuário, sem similar em Rondônia, o recorrente não se enquadra na condição de estabelecimento industrial para fins da legislação do ICMS, por não modificar a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade de um produto. Manutenção da decisão a quo, que julgou procedente o auto de infração e reduziu, em virtude da retroatividade da norma menos gravosa, o valor do crédito tributário devido. Recurso Voluntário Desprovido. Decisão Unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os membros do **EGRÉGIO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS – TATE**, à unanimidade, em conhecer do recurso voluntário interposto para no final negar-lhe provimento, mantendo a decisão de primeira instância, que julgou **PROCEDENTE** o auto de infração, conforme voto do julgador relator, constante dos autos, que faz parte integrante da presente decisão. Participaram do julgamento os Julgadores: Reinaldo do Nascimento Silva, Amarildo Ibiapina Alvarenga, Leonardo Martins Gorayeb e Dyego Alves de Melo.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINAL
RS 973.623,92

*CRÉDITO TRIBUTÁRIO PROCEDENTE.
*RS 598.971,16 (fl. 237)

*CRÉDITO TRIBUTÁRIO PROCEDENTE DEVE SER ATUALIZADO NA DATA DO SEU EFETIVO PAGAMENTO

TATE, Sala de Sessões, 22 de junho de 2022.