

PROCESSO : 20142900101181
RECURSO : OFÍCIO Nº 0199/2016
RECORRENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA : ENERGIA SUSTENTÁVEL DO BRASIL S.A.
JULGADOR : AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA
RELATÓRIO : Nº 194/2022/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

02 - VOTO DO RELATOR

O presente processo, em agosto de 2016, foi relatado pelo então julgador Antônio Rocha Guedes, por essa razão, inicialmente ratifico o relatório já elaborado (fls. 245 e 246)

O Auto de Infração foi lavrado, no dia 16/04/2014, em razão de o sujeito ter promovido a entrada de mercadoria (NF-e nº 7317, DANFE à fl. 04) sujeita ao pagamento do imposto antecipadamente à entrada no Estado (importação), sem apresentar o comprovante de pagamento. Diante disso, foi aplicado a multa de 150% do valor do imposto, por promover a saída ou transportar mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto antecipadamente à operação, ou à prestação, ou à entrada no Estado, sem apresentar o comprovante de pagamento na forma da legislação tributária - a penalidade prevista no artigo 77, IV, "d", da Lei 688/96.

O sujeito passivo foi notificado da autuação por aviso postal, em 16/11/2014 (fls. 07), apresentou peça defensiva tempestivamente em 16/12/2014 (fls. 09 a 22) alegando que a operação é isenta, porque a empresa é um estabelecimento industrial e a operação realizada está contemplada no item 74 da Tabela I do Anexo I, do RICMS/RO, norma válida e eficaz, que não ocorreu o fato gerador porque importação é por partes e o desembaraço aduaneiro não ocorreu, acrescenta que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória.

Submetido a julgamento de primeira Instância (fls. 236 a 239), o julgador singular após analisar os autos e a peça impugnativa, considerou que, no momento da ação fiscal, a mercadoria ainda não estava entregue à autuada, por se encontrava na posse de transportador, decidindo, com isso, pela procedência da ação fiscal. Por ser a decisão contrária à Fazenda Pública, recorreu de ofício à Câmara de Julgamento de Segunda Instância, nos termos do art. 132 da lei 688/96.

Em virtude do disposto no § 3º do artigo 132 da Lei nº 688/96, o processo foi encaminhado ao autor do feito.

A empresa foi notificada da decisão singular por via postal em 03/03/2016, (fls. 241) sendo o processo encaminhado ao Autor do Feito – Despacho (fls. 242). Em manifestação, o Autuante posicionou-se no sentido de ser julgado procedente ação fiscal porque o fato gerador ocorreu e a obrigação de a empresa recolher se o imposto dar-se por ocasião do desembaraço aduaneiro de mercadorias ou bens importados do exterior, ou da sua entrega quando esta ocorrer antes do desembaraço (art. 53, III, do RICMS/RO).

A empresa em suas manifestação reproduz as alegações feitas na defesa, acrescentando que o Decreto 15.585/11 foi declarado inconstitucional, ensejando o efeito repristinatório do item 74 da Tabela I do Anexo I, do RICMS/RO. Ao final, pugna pela reforma da decisão singular para declarar insubsistente o Auto de Infração (fls. 111 a 139).

É o breve relato.

02.1- Da análise dos autos e fundamentos do voto.

A exigência tributária decorreu do fato de o sujeito passivo ter promovido a entrada de mercadoria (NF-e nº 7317, DANFE à fl. 04) sujeita ao pagamento do imposto antecipadamente à entrada no Estado (importação), sem apresentar o comprovante de pagamento.

A penalidade aplicada, a multa de 150% do valor do imposto, por promover a saída ou transportar mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto antecipadamente à operação, ou à prestação, ou à entrada no Estado, sem apresentar o comprovante de pagamento na forma da legislação tributária, penalidade prevista, à época dos fatos, no artigo 77, IV, “d”, da Lei 688/96. Essa penalidade foi revogada pela 3583/15 e recapitulada com redução para 90% (noventa por cento) do valor imposto - art. 77, IV, “a”, item 1, da lei 688/96.

Como medida saneadora e atendendo o que dispõe o art. 106, II, "c", do CTN, por ter a nova lei cominado penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da ocorrência da infração, seus efeitos devem retroagir e alcançar o lançamento sob exame. Assim, recapitula-se a infração para a estabelecida no Art. 77, IV, "a", item 1, da lei 688/96 de 90% (noventa por cento) do valor imposto.

Do que consta nos autos, restou comprovado que a empresa realizou importação e que não efetuou o recolhimento do ICMS, restando controvertido o momento da ocorrência do fato gerador e se a operação realizada estaria, ou não, contemplada da pela isenção.

A empresa em seu recurso alegou que por ser um estabelecimento industrial a operação realizada está contemplada no item 74 da Tabela I do Anexo I, do RICMS/RO, norma válida e eficaz, até mesmo porque o Decreto 15.585/11, que anulou o dispositivo, foi declarado inconstitucional, ensejando o efeito repristinatório, que não ocorreu o fato gerador porque importação é por partes e o desembaraço aduaneiro não ocorreu, alega, ainda, que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória.

Com relação ao benefício fiscal previsto no item 74 da Tabela I do Anexo I, do RICMS/RO, regra editada com o objetivo de estimular e desenvolver setores relevantes da economia local, pois com a isenção concedida, havia uma redução do custo de aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado, tal benefício foi instituído em flagrante descompasso com ordenamento jurídico, ao não observar o que foi estabelecido pela Constituição Federal de 1988 – CF/88.

A isenção não se compatibiliza com a CF/88 (art. 150, § 6º), porque a Carta Magna estabelece que qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido **mediante lei específica**, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g. Esse último dispositivo exige, nos benefícios fiscal para o ICMS, a concordância das demais unidades federadas, norma regulamentada pela Lei Complementar nº 24/75.

Ou seja, para concessão de um benefício fiscal no ICMS, consoante o comando constitucional, é exigido dois requisitos: lei específica e a autorização dos demais Estados por meio de Convênio. No presente caso, não existiu nenhum dos requisitos, o que torna o dispositivo que concedeu a isenção inconstitucional, motivo pelo qual a isenção foi anulada pelo Decreto 15.585/11. O fato de esse último decreto ter sido anulado pelo TJRO, repristinando o decreto anterior, tal repristinação não corrige a mácula anterior de inconstitucionalidades, até mesmo porque ela é clara, evidente, óbvia, manifesta, não restando qualquer dúvida sobre o vício, logo, essa situação, nas palavras do então Ministro do STF Sepúlveda Pertence, trata-se de uma inconstitucionalidade chapada.

Registra-se, por oportuno, que na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) proposta pelo Ministério Público de Rondônia (processo 0801985-26.2016.8.22.0000), requerendo a inconstitucionalidade do Decreto nº 10.663/03, que instituiu a mencionada isenção, apesar de o TJRO ter concluído pela perda do objeto, por meio de Recurso Extraordinário, o processo foi remetido ao STF, ou seja, a matéria ainda está sendo analisado.

Também é verdade que o Tribunal de Justiça de Rondônia, no julgamento do incidente de arguição de inconstitucionalidade nº 0806869-59.2020.8.22.0000, como já afirmado, por o caso se tratar de uma inconstitucionalidade evidente, flagrante, a norma foi declarada inconstitucional. Porém, o Tribunal modulou a inconstitucionalidade dando efeitos *ex nunc*. Destacando-se que a questão está ainda sendo analisada em razão de recurso interposto pela Procuradoria do Estado de Rondônia – PGE.

Vale destacar que isenção indicada, consoante descrito na respectiva norma, alcançava, quando vigorava, 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 a empresa autuada, pela atividade que realiza, geração de energia elétrica, para a legislação do ICMS (art. 4º, II, do RICMS-RO - Decreto nº 8321/98) não é

estabelecimento industrial, muito menos agropecuário ou prestador de serviço de radiodifusão.

Pois, 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. Ou seja, necessário a existência de um produto como matéria prima, diante dessa ausência, transformação realizada na geração de energia pela autuada, não pode ser considerado, para o ICMS, um estabelecimento industrial.

Dito de outro modo, dentro dos contornos estabelecidos pelo 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, a autuada não pode ser considerado um estabelecimento industrial, mas, sim, um gerador de energia elétrica; afastando-se, assim, da isenção pretendida.

Importante acrescentar que além de a autuada não ter sua atividade enquadrada como processo industrial (RICMS/RO), com a alteração promovida na Lei nº 688/96, pela Lei nº 2.331/10 (efeitos a partir de 16/07/2010), incluindo o art. 2º-A definindo que estabelecimentos industriais, são aqueles cujos produtos estejam submetidos à incidência do Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI, restou-se afastada qualquer possibilidade de que geradores de energia elétrica e outros (como empresas da construção civil) sejam considerados estabelecimento industrial.

Quanto ao fato gerador do imposto, em relação à operação de importação realizada, de acordo com o estabelecido no artigo 17, IX, § 5º, da Lei nº 688/96, ele ocorreu por ocasião da entrada do produto e, com isso, o imposto deveria ter sido pago naquela mesma data, consoante estipulava o artigo 53, III, do RICMS-RO (Decreto nº 8321/98), norma em vigor a época dos fatos, com a redação dada pelo Dec.16.961/2012, com efeitos a partir de 1º/08/12.

Para a situação em análise, o disposto no art. 195 do Regulamento do ICMS de Rondônia, que disciplina a hipótese em que a mercadorias não podem ser transportadas de uma vez só, são regras instrumentais que não alteram, em relação ao fato gerador do tributo, o que foi estabelecido na lei complementar competente.

Assim, como a operação indicada na peça básica ocorreu em 2014 aplica-se, ao caso, a regra de pagamento do imposto introduzida pelo Decreto nº 16.961/12 (em vigor desde 01/08/2012)

No que diz respeito à tese de que a multa aplicada é confiscatória, desproporcional, esclarece-se que além de a multa aplicada ser a prevista na lei para a situação em que o contribuinte deixar de pagá-lo ou contribuir para que o sujeito passivo deixe de pagá-lo, mediante ação ou omissão que resulte na falta de pagamento (art. 77, IV, "a", item 1, da Lei 688/96), o que se deu nesse caso, a análise de tal argumento encontra óbice legal, pois tanto a Lei 688/1996 (art. 90), quanto a Lei 4929/2020 (art. 16), excluem da competência deste Tribunal a análise de inconstitucionalidade, ou a negativa de aplicação de lei ou de ato normativo emanado do Governo de Rondônia.

Dessa forma, ainda que a norma inconstitucional, que concedia isenção, fosse considerada válida, pelo fato de a autuada, para a legislação do ICMS (art. 4º, II, do RICMS-RO - Decreto nº 8321/98) não ser enquadrada como estabelecimento industrial, e o fato gerador ocorreu e a operação é tributada. Logo, com a ausência de pagamento do imposto, restou configurada a infração à legislação tributária. Assim, o lançamento efetuado por meio deste Auto de Infração foi regular e a ação fiscal, num primeiro momento, deve ser considerada procedente.

Contudo, em razão de a nota fiscal (NF-e nº 7317, DANFE à fl. 04), objeto deste lançamento, também estar lançada no Auto de Infração 20172700100354, configurando uma segunda tributação sobre o mesmo fato, um deles deve ser excluído e, com isso, a ação fiscal julgada improcedente. Daí, em razão dos princípios da eficiência, da economicidade e, especialmente, o do consequencialismo (art. 20 da LINDB), que, por esse último, o Tribunal deve considerar as consequências práticas da sua decisão como elemento para a própria tomada de decisão, e, ainda, em conformidade com os anteriores (eficiência e economicidade), para facilitar uma futura execução fiscal, devem ser excluídos os diversos lançamentos em duplicidade efetuados na fiscalização do trânsito, mantendo-se apenas um deles – o realizado por meio da Auditoria, uma vez que

esse último reúne num mesmo lançamento e numa mesma CDA todo o crédito tributário referente às diversas Notas Fiscais.

Consigna, por fim, que, em 21 de outubro de 2022, por ocasião do julgamento do RECURSO ESPECIAL Nº 064/18, no PAT 20152900100001, essa matéria foi analisada pela composição plena deste Tribunal, com voto de divergência apresentado por este relator, a maioria de seus membros decidiu pela improcedência em casos de lançamento em duplicidade. Assim, por força do que dispõe o art. 926 do CPC de aplicação supletiva e subsidiária ao Processo Administrativo (art. 15), este Tribunal além de ter o dever de uniformizar sua jurisprudência, deve mantê-la instável, íntegra e coerente.

CPC /2015

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

De todo o exposto e por tudo que dos autos consta, conheço do recurso de ofício interposto para negar-lhe provimento, mantendo a decisão singular que julgou improcedente o Auto de Infração.

É como VOTO.

Porto Velho, 12 de dezembro de 2022.

~~Amarco Idiapina Aivarenga~~

AFTE Cad.

JULGADOR

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

PROCESSO : 20142900101181
RECURSO : DE OFÍCIO Nº 0199/2016
RECORRENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA : ENERGIA SUSTENTÁVEL DO BRASIL S.A.
JULGADOR : AMARILDO IBIAPINA ALVARENGA

RELATÓRIO : Nº 194/2022/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO Nº. 438/2022/1ª CÂMARA/TATE/SEFIN.

EMENTA : IMPOSTO E MULTA – FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO – IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS – OPERAÇÃO TRIBUTADA – INOCORRÊNCIA. O sujeito passivo foi autuado por ter realizado operação de importação sujeita ao recolhimento antecipado do imposto, sem efetuar o pagamento do imposto devido, porém, restou provado pela Administração Pública que o crédito tributário constituído em relação às notas fiscais eletrônicas (NF-e nº 7317, DANFE à fl. 04) está sendo cobrado, também, no auto de infração 20172700100354-Auditoria Geral, resultando em duplicidade de cobrança. Infração ilidida. Mantido julgamento singular de improcedência do auto de infração, com alteração da fundamentação legal. Recurso de Ofício provido. 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 interposto para no final negar-lhe provimento, mantendo a decisão de primeira instância, que julgou **IMPROCEDENTE** 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, Leonardo Martins Gorayeb e Dyego Alves de Melo e Amarildo Ibiapina Alvarenga.

TATE, Sala de Sessões, 12 de dezembro de 2022.

~~Anderson Aparecido Arnaut~~
Presidente

~~Amarildo Ibiapina Alvarenga~~
Julgador/Relator