

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

PAT: 20152900110693

RECURSO: ESPECIAL Nº 074/18

RECORRENTE: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

RECORRIDA: 2ª INSTÂNCIA/TATE/SEFIN/FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

INTERESSADA: ENERGIA SUSTENTÁVEL DO BRASIL S/A

RELATOR: MANOEL RIBEIRO DE MATOS JÚNIOR

RELATÓRIO Nº: 008/2022/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN

VOTO DO RELATOR

A empresa já qualificada nos autos foi autuada, sob acusação de ter promovido a entrada de mercadoria sujeita ao pagamento do imposto antecipadamente à entrada no Estado, sem apresentar o comprovante de pagamento na forma da legislação tributária. Operação acobertada pelas DANFES 9558, 9564, 9546 e 9573, todas emitidas pela Energia Sustentável do Brasil. No caso presente, trata-se de Recurso Especial em face do Acórdão nº 075/18/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN, objetivando, em síntese, a reforma da decisão exarada na 2ª Instância do TATE/SEFIN que julgou nula a autuação fiscal, inerente ao auto de infração nº 20152900110693 da empresa Energia Sustentável do Brasil S/A.

A infração foi capitulada no artigo 2º, XVIII, art. 53, III e §9º e art. 76, I, "g" do RICMS/RO, aprovado pelo Decreto 8321/98. A penalidade foi tipificada no artigo 77, inciso IV, "d", da Lei nº 688/96.

Tributo 17,5%: R\$ 101.549,12

Multa 150%: R\$ 152.323,68

Valor total do Crédito Tributário R\$ 253.872,80 (duzentos e cinquenta e três mil oitocentos e setenta e dois reais e oitenta centavos).

O sujeito passivo tomou ciência do auto de infração, através do AR, no dia 25/11/2015, fls 114 e apresentou defesa tempestiva, fls. 20/37, o Julgador Singular, através da decisão de 1ª instância sob o nº 001103/2016/TATE/SEFIN (fls. 208/212),

decidiu pela parcial procedência da ação fiscal e, declarou devido o crédito tributário somente no valor de R\$ 99.876,54; O Sujeito Passivo foi intimado da Decisão Singular via AR (fl. 213), apresentou Recurso Voluntario em 17/10/2016 (fls. 219/252); Relatório do Julgador de 2ª Instância, às fls. 321/328. Petição pelo Sujeito passivo apresentando fatos novos, fls. 329/336. Pedido de Sustentação oral do contribuinte na sessão de julgamento da Segunda Câmara, às fls. 387. Voto e Acórdão do Relator da 2ª Instância, fls. 390/393, entendendo pela Nulidade da Autuação. Memoriais pelo sujeito passivo, fls. 395/407. Recurso Especial pelo Coordenador Geral da Receita Estadual, fls. 483/488. Deferimento do Recurso Especial pelo Presidente do TATE, fls. 492/493. Contrarrazões ao Recurso Especial, fls. 500/515. Relatório deste Julgador, fls. 528/529.

Em julgamento de 1ª Instância (fls. 208/212), o julgador singular decidiu pela Parcial Procedência, por entender que o sujeito passivo estava obrigado a apresentar comprovante de recolhimento do imposto antecipadamente e não o fez, descumprindo a legislação tributaria. Aplicou a tributação prevista na Lei 3277/2013 que reduziu a base de cálculo do ICMS e alterou a penalidade pela Lei 3583/2015 em que reduziu do patamar de 150% para 90% do valor do imposto, aplicando a lei mais benéfica ao sujeito passivo para fazer jus à redução da multa.

Após apresentar recurso voluntário insistindo no argumento de que está configurado como Indústria e que a ele deve ser mantida a isenção do ICMS consolidada pelo Decreto nº 10.663/2003. O julgamento da 2ª Câmara reformou a Decisão Singular para nulidade da ação fiscal, por entender que o Termo de início do procedimento fiscal datava de 27/06/2015 e a lavratura do auto de infração se deu apenas em 02/07/2015, caracterizando vício formal, por fugir da regra de flagrante infracional e decretou a nulidade da ação fiscal.

O sujeito passivo retornou aos autos, em memoriais, e apresentou novos documentos alegando a necessidade de suspensão de todos os processos administrativos em tramitação pelo TATE, considerando a concomitância em sede judicial, visando anular os autos de infração, em que se discute a constitucionalidade e isenção do ICMS, acobertados pela Decreto nº 10.663/2003.

Inconformado com o Julgamento de 2ª Instância, houve a interposição do presente Recurso Especial pelo Coordenador Geral da Receita Estadual, onde alega que não houve vicio formal que gerasse nulidade da autuação, bem como que embora

o TJRO tenha julgado inconstitucional o Decreto 15.858/2011, dando efeito repristinatório ao Decreto 10.663/03, entendeu que este último possui máculas que não foram julgadas ainda, e enfatizou que a Lei 3.277/2013 foi julgada inconstitucional pelo TJRO, logo, requereu reanálise dos autos para julgamento do recurso apresentado, o que fora deferido pelo Presidente do TATE, do qual o sujeito passivo apresentou manifestação requerendo a manutenção da nulidade da ação fiscal.

Em razão do Recurso Especial interposto, após a análise das peças constitutivas deste feito, passo as seguintes considerações:

1. DA NULIDADE

Primeiramente, em relação à arguição da defesa do sujeito passivo pela manutenção do Julgamento de Nulidade do presente PAT, vejo que tal argumento não deve ser mantido, visto que o atual entendimento do Tate/RO é de que o Flagrante Infracional é considerado até cinco dias seguintes da ocorrência do fato gerador, conforme entendimento já pacificado por este Tribunal em Acórdãos proferidos em 2ª Instância, senão vejamos:

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

**PROCESSO: Nº 20202900400026
RECURSOS: DE OFÍCIO Nº 1067/2021
RECORRENTE: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA: 2ª INSTÂNCIA/TATE/SEFIN
INTERESSADA: MARCUS VINICIUS RAMIRES JUDICE
RELATOR: Julgador – MANOEL RIBEIRO DE MATOS JÚNIOR**

RELATÓRIO : Nº 237/21/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN

ACÓRDÃO Nº 373/21/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN

EMENTA: ICMS – DEIXAR DE RECOLHER O ICMS NA SAÍDA DE GADO EM PÉ – NULIDADE - A acusação fiscal é por ter o sujeito passivo promovido à circulação de mercadoria sujeita ao recolhimento antecipado do ICMS sem apresentar o comprovante de pagamento na forma da legislação tributária de regência. Todavia, constata-se pelas provas dos autos que a autuação ocorreu no Posto Fiscal de Vilhena/RO, e que entre a data da passagem da Nota Fiscal objeto da autuação, 24.01.2020, e a data da lavratura do auto de infração, 03.02.2020, transcorreram mais de 5 (cinco) dias, lapso temporal excessivo, a descaracterizar o flagrante infracional, havendo neste caso a necessidade de autorização expressa para o procedimento fiscal nos termos do art. 65, V, da Lei nº 688/96, c/c o art. 1º, único da IN nº 011/2008/GAB/CRE. Manutenção da decisão de instância singular de

nulidade do auto de infração. Ressalvado o refazimento do auto de infração, mediante designação específica. Recurso de Ofício desprovido. Decisão Unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os membros do **EGRÉGIO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE**, à unanimidade, em conhecer o Recurso de Ofício interposto para ao final negar-lhe provimento, mantendo-se a decisão de Primeira Instância de **NULIDADE** da ação fiscal, conforme Voto do Julgador Relator, constante dos autos, que passa a fazer parte integrante da vertente decisão. Participaram do Julgamento os Julgadores: Manoel Ribeiro de Matos Junior, Carlos Napoleão, Márcia Regina Pereira Sapia e Nivaldo João Furini.

TATE, Sala de Sessões, 07 de dezembro de 2021.

Anderson Aparecido Arnaut
Presidente

Manoel Ribeiro de Matos Junior
Julgador/Relator"

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

PROCESSO: Nº. 20202900400047

RECURSO: VOLUNTÁRIO Nº. 734/20

RECORRENTE: MARCUS VINICIUS RAMIRES JUDICE

RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

RELATOR: NIVALDO JOÃO FURINI

RELATÓRIO: Nº. 203/21/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN.

ACÓRDÃO Nº 384/21/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN.

EMENTA: ICMS – DEIXAR DE RECOLHER O ICMS NA SAÍDA DE GADO EM PÉ – NULIDADE - A acusação fiscal é por ter o sujeito passivo promovido à circulação de mercadoria sujeita ao recolhimento antecipado do ICMS sem apresentar o comprovante de pagamento na forma da legislação tributária de regência. **Todavia, constata-se pelas provas dos autos que a autuação ocorreu no Posto Fiscal de Vilhena/RO, e que entre a data da passagem da Nota Fiscal objeto da autuação, 03.02.2020, e a data da lavratura do auto de infração, 13.02.2020, transcorreram mais de 5 (cinco) dias, lapso temporal excessivo, a descaracterizar o flagrante infracional, havendo neste caso a necessidade de autorização expressa para o procedimento fiscal nos termos do art. 65, V, da Lei nº 688/96, c/c o art. 1º, único da IN nº 011/2008/GAB/CRE. Infração ilidida pela recorrente. Reforma da decisão de instância singular de procedente para nulidade do auto de infração. Ressalvado o refazimento do auto de infração, mediante designação específica. 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 o Recurso Voluntário interposto para ao final dar-lhe provimento, reformando-se a decisão de Primeira Instância de procedente para **NULIDADE** da ação fiscal, conforme Voto do Julgador Relator, constante dos autos, que passa a fazer parte integrante da

vertente decisão. Participaram do Julgamento os Julgadores: Manoel Ribeiro de Matos Junior, Carlos Napoleão, Márcia Regina Pereira Sapia e Nivaldo João Furini.

TATE, Sala de Sessões, 07 de dezembro de 2021

Anderson Aparecido Arnaut
Presidente

Nivaldo João Furini
Julgador/Relator"

Assim sendo, considerando que o Termo de início da fiscalização se deu em 27/06/2015, a contagem começa a partir do próximo dia subsequente e revelando-se que o mês de junho possui 30 dias, a contagem cessa exatamente no dia 02/07/2015, dia da autuação. Logo, sem mais delongas, não há que se discutir a ocorrência de Nulidade pela ausência de DFE ou DSF, uma vez que a autuação está enquadrada como flagrante infracional e dispensa a emissão de designação específica que autoriza a fiscalização, posto que, de acordo com a argumentação do Fisco trazida no Recurso Especial.

Superada a premissa de nulidade, passemos a discutir o mérito da questão:

2. DO MÉRITO

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.

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 descompasso 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 e concedida por meio de ato do poder executivo de Rondônia, mas sem ter amparo em convênio celebrado pelos Estados e Distrito Federal.

Apesar dessa evidente mácula, 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), em breve, talvez, saberemos se o Decreto nº 10.663/03, que instituiu a mencionada isenção é ou não constitucional. Segundo pesquisa realizada, a matéria, em razão de recurso extraordinário interposto, aguarda apreciação do Supremo Tribunal Federal.

Logo, a confirmação ou não da validade e da capacidade de produzir efeitos da norma que instituiu a mencionada isenção, espera-se, será dada com o trânsito em julgado dessa ADI.

DO CASO EM EXAME:

O benefício fiscal previsto no item 74 da Tabela I do Anexo I do RICMS-RO (Decreto nº 8.321/98), incorporado a ele pelo Decreto nº 10.663/03, ainda que seja declarado constitucional na ADI relativa ao processo nº 0801985-26.2016.8.22.0000, ainda que tenha havido a repristinação desse aludido Decreto (em razão da ADI nº 0009603-94.2012.8.22.0000, que declarou inconstitucional o ato que o havia anulado), em verdade, não se aplica, como será abordado adiante, à operação descrita nas notas fiscais eletrônicas (NF-e) nº 9558, 9564, 9546 e 9573 (DANFES às fls. 05 e 06 – 08 e 09).

A aludida isenção, consoante descrito na respectiva norma, alcança a importação de bem ou mercadoria, sem similar no mercado interno deste estado, destinado ao ativo fixo ou imobilizado de estabelecimento **industrial ou agropecuário**.

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

Existem estudos que levam à conclusão de que o autuado é um estabelecimento industrial, da lavra do Grupo de Estudos do Setor Elétrico (GESEL) da UFRJ e do ilustríssimo Dr. Alberto Xavier, mas eles, como todo respeito, não estão alinhados com a legislação que rege o tema, pois, segundo o disposto no art. 4º, inciso 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. 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.

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 vênica, 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 extrapola a definição dada pela legislação do ICMS.

Destarte, em linha do 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 tinha um entendimento inapropriado, idêntico aos apresentados pelo recorrente, de que as geradoras, ao transformarem qualquer forma de energia em eletricidade nas usinas, eram

estabelecimentos industriais. 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 dada pela SEFIN-RO, por via oblíqua, restou revogada, 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."

Em suma, 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 na ADI relativa ao processo nº 0801985-26.2016.8.22.0000, ainda que se considere a repristinação desse decreto, o recorrente, por não ser estabelecimento industrial, não faz jus ao uso dessa desoneração fiscal.

Diante do argumento de defesa apresentado pelo sujeito passivo, de que ele tinha direito à isenção do item 74 da Tabela I do Anexo I do RICMS/RO, estabelecida pelo Decreto nº 10.663/03, restava aos julgadores de 1ª e 2ª Instâncias avaliarem se essa alegação era procedente.

A despeito das muitas variáveis que poderiam ser analisadas, para ratificar ou não a arguição do autuado, o nobre julgador monocrático optou por verificar se houve o cumprimento das condições para fruição do benefício fiscal, sem adentrar em outros aspectos. Bem como o Julgador de 2ª Instância se ateu aos aspectos formais do auto de infração.

E, como não houve apresentação de despachos declaratórios da SEFIN-RO reconhecendo e autorizando a isenção em relação à operação de importação de que trata este processo, que era a condição para a fruição do benefício, ele, corretamente, diante do que se lhe apresentava, concluiu que a operação era tributada (e não isenta).

ANEXO I

Isenções

(Previsto no artigo 6º deste regulamento)

TABELA I DO ANEXO I

ISENÇÕES - CONCESSÕES POR TEMPO INDETERMINADO

74 (...)

Nota 1: A isenção prevista neste item deverá ser reconhecida e autorizada, caso a caso, até 30 (trinta) dias após a entrada do bem ou mercadoria no estabelecimento destinatário, conforme disciplina estabelecida em Ato da Coordenadoria da Receita Estadual."

"INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 012/2005/GAB/CRE

*Art. 1º O direito à fruição do benefício previsto no item 74 da Tabela I do Anexo I do RICMS/RO **condiciona-se ao seu reconhecimento e autorização, caso a caso**, pela Coordenadoria da Receita Estadual, mediante requerimento protocolado pelo contribuinte até 30 (trinta) dias após a entrada do bem no estabelecimento destinatário, na forma do artigo 2º. (NR dada pela IN Nº 012, de 07.08.09 – efeitos a partir de 04.09.09)"*

Em grau recursal, a situação permaneceu a mesma, ou seja, não foram adicionados aos autos despachos declaratórios de isenção relativos à operação de importação em exame, o que nos leva a corroborar com a decisão monocrática outrora prolatada.

Ademais, em razão da tese recursal de que, supostamente, em muitas vezes, o ente concedente (fisco) teria se negado a receber os requerimentos administrativos em que se pleiteava a isenção de ICMS, a análise abrangeu também aspectos outros, como tratado alhures, mas que levaram à mesma conclusão da decisão singular, ou seja, que a operação de importação realizada pelo autuado, por não ser ele um estabelecimento industrial, não se submete à isenção do imposto; portanto é, em verdade, tributada.

DA IMPORTAÇÃO E DO MOMENTO DO PAGAMENTO DO IMPOSTO

Consta dos DANFEs abrangidos pela autuação NFs nºs 9558, 9564, 9546 e 9573 (às fls. 05 e 06 – 08 e 09), que as mercadorias neles constantes dizem respeito a uma parte (ou parcela) do bem indicado na NF-e 3463, de 05/11/2012, referente a DI 12/1612211-5 (campo dados adicionais); NF-e 3982, de 14/12/2012, referente a DI 12/1801968-0 (campo dados adicionais); NF-e 3462, de 05/11/2012, referente a DI

12/1612601-3 (campo dados adicionais); NF-e 4013, de 17/12/2012, referente a DI 12/1803773-5 (campo dados adicionais), respectivamente.

Já, as notas fiscais eletrônicas anteriormente referenciadas (NF-e 3463, 3982, 3462 e 4013), evidenciam, conforme informação prestada no campo dados adicionais, que a mercadoria seria transportada parceladamente e que o desembaraço seria realizado em 03/07/2016, 02/08/2016, 03/06/2016 e 01/09/2016, respectivamente.

Com bases nesses dados prestados pelo próprio autuado, em seus documentos fiscais, conclui-se que:

a) o desembaraço aduaneiro das mercadorias relativas à NFs-e 9558, 9564, 9546 e 9573, que são parte (ou parcela) dos bens correspondentes às NFs-e 3463, 3982, 3462 e 4013, deveriam ocorrer em 03/07/2016, 02/08/2016, 03/06/2016 e 01/09/2016, conforme descrito em informações adicionais.

Com isso, deve-se reconhecer que o fato gerador do imposto, em relação à operação de importação em exame, segundo estabelece o artigo 17, IX, da Lei nº 688/96, ocorreu em 26/06/2015 (data de emissão e entrada dos bens) e que o imposto deveria ter sido pago, por conseguinte, nessa mesma data, consoante estipulava o artigo 53, III, do RICMS-RO (Decreto nº 8321/98), verbis:

“Lei nº 688/96

Art. 17. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

IX - do desembaraço aduaneiro das mercadorias ou bens importados do exterior; (NR dada pela lei 1239, de 03.11.03 – efeitos a partir de 01.01.04)

(...)

§ 5º Na hipótese de entrega da mercadoria ou bem importado do exterior, antes do desembaraço aduaneiro, considera-se ocorrido o fato gerador neste momento, devendo a autoridade responsável exigir, salvo disposição em contrário, a comprovação do pagamento do imposto. (AC pela lei 1239, de 03.11.03 – efeitos a partir de 01.01.04)”

“RICMS-RO

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)

(...)

III – por ocasião do desembaraço aduaneiro de mercadorias ou bens importados do exterior, ou da sua entrega quando esta ocorrer antes do desembaraço, e das aquisições em concorrência ou leilões promovidos pelo poder público de mercadoria ou bens importados do exterior e apreendidos ou abandonados, ainda que o despacho aduaneiro se realize em outra unidade da Federação, observado o disposto no § 9º deste artigo; (NR dada pelo Dec.16961, de 1º.08.12 – efeitos a partir de 1º.08.12)”

DA GLME

A GLME (Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira sem Comprovação do Recolhimento do ICMS) é o documento que se apresenta para comprovar que determinada operação não está sujeita ao pagamento do imposto por ocasião do desembaraço aduaneiro de importação:

“RICMS-RO – Decreto nº 8321/98

Art. 792-A. A não exigência do pagamento do imposto, integral ou parcial, por ocasião da liberação de bens ou mercadorias, em virtude de imunidade, isenção, não incidência, diferimento ou outro motivo, será comprovada mediante apresentação da Guia para Liberação de Mercadoria Estrangeira sem Comprovação do Recolhimento do ICMS - GLME, conforme modelo constante no Anexo 16, e observará o seguinte: (AC pelo Dec. 14843, de 11.01.10 – efeitos a partir de 1º/10/09 – Convênio ICMS 85/09)

I - o Fisco da unidade da Federação do importador aporá o “visto” no campo próprio da GLME, sendo esta condição indispensável, em qualquer caso, para a liberação de bens ou mercadorias importados;

II - o depositário do recinto alfandegado do local onde ocorrer o desembaraço aduaneiro, após o “visto” da GLME da unidade federada do importador, efetuará o registro da entrega da mercadoria no campo 8 da GLME.

§ 1º O visto na GLME, que poderá ser concedido eletronicamente, não tem efeito homologatório, sujeitando-se o importador, adquirente ou o responsável solidário ao pagamento do imposto, das penalidades e dos acréscimos legais, quando cabíveis.

(...)

Art. 792-B. A RFB exigirá, antes da entrega da mercadoria ou bem ao importador, a exibição do comprovante de pagamento do ICMS ou da GLME, de acordo com o art. 12, §§2º e 3º da Lei Complementar 87/96, de 13 de setembro de 1996. (AC pelo Dec. 14843, de 11.01.10 – efeitos a partir de 1º/10/09 – Convênio ICMS 85/09)

Parágrafo único. Em qualquer hipótese de recolhimento ou exoneração do ICMS uma das vias do comprovante de recolhimento ou da GLME deverá acompanhar a mercadoria ou bem em seu trânsito.”

Como, no caso em questão, pela análise efetuada, o sujeito passivo não tem direito à isenção na operação de importação realizada, a emissão da GLME, em relação a essa, data vênia, não se mostra pertinente.

Apesar disso, em virtude de sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública de Porto Velho (processo nº 7032029-02.2017.8.22.0001), foi determinado ao impetrado (Coordenador da Receita Estadual) que emitisse GLMEs – Guia de Liberação Mercadoria Estrangeiras de bens destinados ao recorrente.

Nessa decisão, o douto juiz considerou, dentre outras, que resta latente a vigência do Decreto nº 10.663/03 e que a atividade da recorrente se enquadra como estabelecimento industrial, de modo que é beneficiária da isenção do ICMS nas importações.

Porém, sem dúvida, tais argumentos se contrapõem às conclusões deste julgador, mas que merecem, sim, o maior respeito. E há, ainda, reconhecimento, outras manifestações favoráveis às teses do recorrente.

Todavia, ainda que concordasse com esses entendimentos, o que, data vênia, não é o caso, não seria admitido, por força do disposto no art. 16, II, da Lei nº 4.929/20, negar aplicação às normas da legislação que fundamentam este voto:

“LEI Nº 4.929, DE 17 DE DEZEMBRO DE 2020

Art. 16. Não compete ao TATE:

(...)

II - a negativa de aplicação de lei ou de ato normativo emanado do Governo de Rondônia, Secretário de Estado de Finanças ou do Coordenador-Geral da Receita Estadual;”

Logo, a interpretação a ser dada por este Tribunal Administrativo, a despeito de manifestações valorosas em contrário, deve seguir, como se está fazendo neste voto, fielmente o que estabelece a legislação tributária.

DA PENALIDADE IMPOSTA

A pena aplicada ao caso, consoante estampado na peça básica, correspondia a 150% do valor do imposto, 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 90% do valor do imposto.

Medida que, registre-se, reputo correta, no entanto, o sujeito passivo, a despeito de tal redução, ainda entende que essa pena se mostra desproporcional e com caráter confiscatório.

O fato é que todas as opiniões não vão determinar, por mais judiciosas que sejam, o valor da pena; porque isso, *data vêniam*, incumbe exclusivamente à lei estabelecer, segundo o critério de proporcionalidade e razoabilidade adotada pelo legislador:

"Código Tributário Nacional

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

...

V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;"

Acrescente-se, ainda, que, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF, a multa apenas apresenta caráter confiscatório quando ultrapassa o valor do tributo devido, o que, com efeito, não é o caso:

"A G .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.158.977 - GOIÁS AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. MULTA. PERCENTUAL SUPERIOR AO VALOR DO TRIBUTO. CARÁTER CONFISCATÓRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 150, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Nos termos da jurisprudência do STF, é inconstitucional a imposição de penalidade pecuniária que se traduza em valor superior ao do tributo devido. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento."

Conclui-se, diante do exposto, que a redução da pena efetuada no julgamento de 1ª Instância, de 150% para 90% do valor do imposto devido, por estar em consonância com o artigo 106, II, "c", do CTN e com art. 77, IV, "a", 1, da Lei nº 688/96, é correta.

E por não ser esse valor, segundo a jurisprudência do STF, confiscatório, deve ele ser mantido.

Diante da análise efetuada, resta patente que:

I – mesmo que o resultado da ADI nº 0801985-26.2016.8.22.0000 seja pela constitucionalidade do Decreto nº 10.663/03 e mesmo que tenha havido a repristinação 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 15.858/2011), 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, *data vênia*, ele (autuado), em conformidade com a legislação tributária, não é um estabelecimento industrial, mas, sim, um gerador de energia elétrica;

II – além de não ser um estabelecimento industrial, o autuado não apresentou despachos declaratórios da SEFIN-RO que reconheçam e autorizem a fruição da isenção em comento, em relação à operação tratada neste processo;

III – não estando sujeita à aludida isenção, a operação de que trata os DANFES de fls. 05 e 06 – 08 e 09 devem ser considerados tributados;

IV – a emissão de GLME ou de despachos declaratórios de reconhecimento de isenção, considerando que se trata de operação tributada, não se mostram pertinentes;

V – o fato gerador do imposto, no caso em questão, ocorreu em 26/06/2015 (data da entrega da mercadoria), conforme NFs-e 9558, 9564, 9546 e 9573;

VI – o imposto referente à importação promovida deveria ter sido pago nessa mesma data de acordo com o art. 53, III, do RICMS-RO, mas o autuado não promoveu tal recolhimento;

VII – a multa de 90% do valor do imposto, indicada na decisão singular, é válida e deve ser mantida;

Por fim, quanto à tese de sobrestamento dos atos executórios relativos a este processo, sigo a judiciosa manifestação da Presidência do Tate, exarada no curso do processo, de que a competência deste tribunal circunscreve à constituição definitiva dos créditos tributários, não cabendo, dentre outros, o sobrestamento de execução fiscal.

Corroborando com entendimento do julgador de 1ª Instância, citamos a parte de análise dos presentes autos da Procuradoria do Estado de Rondônia pelo PARECER nº 06/2022/PGE-PF:

"Infere-se que a autuação fiscal é resultante de infração à legislação estadual referente ao pagamento de ICMS, na entrada de mercadorias e serviços, por ocasião do desembaraço aduaneiro. Em que pese os bem articulados argumentos da defesa, há de ser ponderado que, apesar da concessão do efeito repristinatório concedido pelo julgamento da ADI, que reconheceu a inconstitucionalidade do Decreto Estadual nº. 15.858/2011, não é possível reconhecer automática constitucionalidade do Decreto nº. 10.663/03.

O Decreto 10.663/03 foi editado de forma autônoma, tendo previsto, dentre outras, a regra contida no item 74 da Tabela I do Anexo I do RICMS para isentar a operação de "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".

Diante disso, constata-se que a isenção prevista em tal norma foi disciplinada pela via do decreto e, ainda, sem a autorização prévia prevista no art. 155, § 2º, XII, g, da CR/88. Assim sendo, conquanto ainda não tenha havido declaração do Poder Judiciário, resta patente a inconstitucionalidade do Decreto 10.663/2003, já que inviável a concessão de benefício fiscal por ato normativo secundário.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. BENEFÍCIOS FISCAIS. REMISSÃO, MEDIANTE DECRETO DO GOVERNADOR DE ESTADO. INCONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que a concessão de benefícios fiscais relativos ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços pressupõe não somente a autorização por meio de convênio celebrado entre os Estados e o Distrito Federal, nos termos da Lei Complementar nº 24/1975, mas também da edição de lei em sentido formal de cada um daqueles entes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, 1ª Turma, RE 579630 AgR/RN, Relator o Ministro Roberto Barroso, Dje de 27.09.2016)

Diante disso, forçoso reconhecer a inconstitucionalidade da norma, excluindo sua aplicação e não concedendo a isenção pretendida pela autuada. De igual modo, não se pode permitir vingar a ideia de que o Decreto 10.663/03 tenha sido validado constitucionalmente pelo TJRO.

O fato de ter sido o segundo decreto julgado inconstitucional não acarreta no entendimento pela validade do primeiro decreto, muito menos se presta a convalidá-lo. É dizer, o eventual efeito repristinatório (que atua no campo da eficácia) do primeiro decreto não tem o condão de torná-lo constitucional.

Para considerar, mesmo que hipoteticamente, a possibilidade de incidência do Decreto Estadual nº. 10.663/03, é preciso lastrear-se na conclusão de que o estabelecimento possuiria natureza industrial, fundada na análise de legislação federal sobre o IPI.

Contudo, analisando a legislação estadual sobre ICMS, aplicável à matéria, necessário consignar para fins do ICMS, a lei somente considera

produto industrializado aquele sobre o qual incide o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e, em decorrência, somente considera estabelecimento industrial aqueles cujos produtos sejam industrializados:

Lei 688/96 –

Art. 2º-A Para efeito de aplicação da legislação do imposto, somente são considerados:

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.

De outro lado, forçoso observar que, sobre a produção de energia elétrica, não incide IPI. Isso porque, conforme mandamento constitucional, sobre a energia elétrica somente pode incidir ICMS e os impostos alfandegários da União:

Art. 155, § 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.

Assim, constata-se que, sendo a produção de energia elétrica atividade imune ao IPI, o estabelecimento da autuada não se enquadra na categoria de estabelecimento industrial.

Nesse norte, imperioso afastar a aplicação do art. 8º do Decreto Federal 7.212/10, pois os estabelecimentos que executam atividades imunes ao IPI não podem ser considerados estabelecimentos industriais em virtude da não incidência daquele tributo, conforme a legislação do ICMS.

Ainda nesse ponto, mesmo que se pretenda afastar a análise da lei estadual aplicável, a própria legislação federal permite a mesma conclusão. Isso porque o art. 8º do Decreto Federal 7.212/10 somente considera estabelecimento industrial aquele que realiza operações tributadas pelo IPI, ainda que sob alíquota zero, ou tenham excluída a sua incidência em razão de isenção:

Art. 8º Estabelecimento industrial é o que executa qualquer das operações referidas no art. 4º, de que resulte produto tributado, ainda que de alíquota zero ou isento.

Em análise a essas duas regras, constata-se que, sendo a produção de energia elétrica atividade imune ao IPI, o estabelecimento da recorrente não se enquadra na categoria de estabelecimento industrial.

Com efeito, as únicas exceções abertas pela regra do art. 8º acima transcrito são relacionadas a atividades sobre as quais recaia alíquota zero ou isenção.

Ou seja, são considerados estabelecimentos industriais aqueles cuja atividade se encontra prevista como fato imponible, ainda que não sofram os efeitos econômicos da incidência tributária, o que é totalmente diferente da imunidade em que não há a própria hipótese de incidência, não sendo tal conceito uma novidade.

Com efeito, a Lei 4.502/64, que regulava o extinto imposto sobre consumo, previa como estabelecimento produtor era aquele que industrializava produto sujeito ao imposto, in verbis:

Art. 3º Considera-se estabelecimento produtor todo aquele que industrializar produtos sujeitos ao imposto.

É dizer, a definição de estabelecimento industrial na legislação do IPI sempre foi vinculada a dois requisitos: a produção de produto industrializado (ou industrialização) e a incidência do IPI sobre essa atividade. No caso dos autos, não obstante a tese de que a energia elétrica seria produto industrializado, certo é que sobre ela não há incidência de IPI em virtude da imunidade, não podendo ser a recorrente considerada estabelecimento industrial.

Noutro giro, buscando afastar até mesmo a natureza de "produto industrializado" defendida pela recorrente, trazemos excerto do voto do Desembargador Federal Otávio Roberto Pamplona em acórdão nos autos 2004.70.03.007279-3/PR.

Com efeito, naquele caso discutia-se a hipótese de direito de creditamento de IPI, tendo o magistrado concluído que sendo caso de não tributação, como na hipótese de imunidade, resta afastado o conceito legal de produto industrializado. Senão vejamos:

"Também nesse tópico, em que se pleiteia o direito ao crédito do IPI relacionado às aquisições de matérias-primas, insumos e embalagens tributadas e utilizadas em produtos cuja saída seja não tributada, tenho que não merece prosperar a tese da impetrante. Tal afirmo em consideração à circunstância de que a hipótese de não-tributação diz respeito justamente aos casos em que não há processo de produção industrial consoante a definição legal contemplada no parágrafo único do artigo 46 do CTN, restando afastada a hipótese de incidência do IPI. Desse modo, em caso tal não há como reconhecer a aplicabilidade do princípio da não cumulatividade contemplado no inciso II do § 3º do artigo 153 da CF/88, que reza no sentido de que o tributo "será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores", já que inexistente, por rompida, a cadeia sequencial de industrialização."

Outrossim, ainda sobre o conceito de industrialização, necessário lembrar que não se pode pretender utilizar em Direito Tributário noções profanas ou mesmo técnicas de outras áreas do conhecimento para fins de qualificar determinado processo como "processo de industrialização". Ao contrário, forçoso afirmar que o Direito pode definir o conceito de "produto industrializado" conforme outros aspectos, como ensina o Professor Hugo de Brito Machado:

"Realmente, o conceito de produto industrializado independe de lei. É um conceito pré-jurídico. Mesmo assim, para evitar ou minimizar conflitos, a Lei Complementar pode e deve estabelecer os seus contornos. Assim, é que o Código Tributário Nacional estabeleceu que para 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."

Aliás, consoante clássico ensinamento, não se pode pretender entender como produto industrializado/estabelecimento industrial determinada coisa ao fundamento de que as demais ciências a classificam como tal. Isso porque deve ser considerado o conceito de industrialização para a ciência do Direito, sendo certo que na "elaboração do Direito Positivo pressupõe e faz necessária a liberdade para deformar os fenômenos da realidade social e isto decorre da própria lógica do procedimento normativo (criação da regra jurídica que é regra de conduta social)".

Em conclusão, é inviável pretender aplicar a isenção do Decreto 10.663/03 em virtude da não qualificação da recorrente como estabelecimento industrial, o que, em consequência, afasta a aplicação da isenção pleiteada.

Não bastasse, eventual isenção concedida pelo Decreto nº 10.663/03 estava condicionada ao pedido administrativo pelo contribuinte ao Fisco estadual. A inexistência do pedido administrativo implica no não

cumprimento da obrigação acessória do contribuinte de se apresentar perante o Fisco para requerer a isenção que foi alçada como condição para que o contribuinte pudesse fazer jus ao benefício.

O Decreto nº 10.663/2003 concedeu isenção tributária a entrada interestadual de bem ou de mercadoria, sem similar no mercado interno, destinado ao ativo fixo ou mobilizado de estabelecimento industrial ou agropecuário, inserindo o Item 74 da Tabela I do Anexo I do Regulamento do ICMS/98, que trata da isenção:

"Art. 1º Fica acrescentado o item 74 à Tabela I do Anexo I do Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – RICMS/RO, aprovado pelo Decreto nº 8.321, de 30 de abril de 1998:

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

A isenção deve ser prevista em lei de competência do ente tributante, podendo ser total ou parcial. Parte da doutrina entende que a isenção se situa no âmbito da não incidência legal e, por isso, exclui a própria obrigação tributária, não ocorrendo, portanto, o fato gerador.

O Supremo Tribunal Federal interpreta que a isenção se infere no âmbito da incidência, pois no caso ocorre o fato gerador, surge a obrigação tributária, no entanto, não haverá o crédito, por força da lei incentiva que dispensa o pagamento do tributo. Assim, considerando o entendimento do STF, compreende-se que existe o fato gerador, porém a lei desobriga o contribuinte do pagamento, impedindo, em regra, o lançamento tributário. A isenção está prevista no art. 176 do Código Tributário Nacional:

"Art. 176. A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração. Parágrafo único. A isenção pode ser restrita a determinada região do território da entidade tributante, em função de condições a ela peculiares."

Tratando-se de isenção tributária, esta pode ser concedida de forma geral ou específica (individual). A isenção concedida em caráter geral é aquela que atinge uma generalidade de contribuintes, independentemente de suas características pessoais.

A lei que concede o benefício não exige a comprovação de alguma característica pessoal especial para que o sujeito passivo possa alcançá-la.

Por outro lado, a isenção concedida em caráter específico (individual ou especial) é aquela em que se exige o preenchimento de determinados requisitos, preexistentes em lei, para que o contribuinte possa fazer jus ao benefício. Por isso, essa isenção somente será concedida através de requerimento do interessado à autoridade fiscal.

No caso de isenção especial, não bastaria a lei dispor sobre o benefício, mas, é preciso que o contribuinte demonstre ser beneficiário do incentivo fiscal perante a autoridade administrativa fazendária.

Por conseguinte, a isenção concedida, por intermédio do Decreto nº 10.663/2003, refere-se à isenção especial, posto que não atinge a generalidade de contribuintes do Estado, mas, somente, os estabelecimentos industriais e agropecuários.

"Art. 1º Fica acrescentado o item 74 à Tabela I do Anexo I do Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - RICMS/RO, aprovado pelo Decreto nº 8.321, de 30 de abril de 1998:

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.

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

Em vista disso, diferentemente do alegado pela recorrente, a isenção não foi concedida de ofício ou de forma automática, precisa ser previamente reconhecida e autorizada, sendo necessária a comprovação do preenchimento dos requisitos estabelecidos na lei, mediante prévio requerimento administrativo.

O contribuinte deve requerer administrativamente a isenção concedida pela Lei, juntando os documentos e informações, para que a Administração Pública delibere acerca da pretensão.

A lei não estipulou o benefício de forma automática ou de ofício, mas, condicionada ao pedido administrativo.

Além da previsão no Decreto nº 10.663/2003, também, dispõe o Código Tributário Nacional, que a isenção somente será concedida quando houver requerimento administrativo e a comprovação das condições e requisitos legais.

"Art. 179. A isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para sua concessão."

Por fim, convém mencionar que o Parecer nº 346 da GETRI/CRE/SEFIN é do ano de 2009, portanto anterior à edição da Lei 2331/2010. Conclui-se, portanto, pela validade e legalidade do r. julgamento proferido pelo Tribunal Administrativo de Tributos Estaduais.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, atento ao conjunto fático-probatório, a Procuradoria Geral do Estado de Rondônia manifesta-se pela manutenção da decisão de primeira instância, para procedência da ação fiscal, declarando devido o crédito tributário, pois presentes os requisitos de legalidade e juridicidade da autuação.

É o parecer.

Porto Velho/RO, 30 de março de 2022.

WILLAME SOARES LIMA Procurador do Estado OAB/RO 949"

Portanto, pelo parecer acima exposto, concluímos que a Procuradoria Geral do Estado está em consonância com os fundamentos expostos pela Secretaria de Finanças, uma vez que não reconhece a validade do Decreto 10.663/03 e que também, para fins tributários, não reconhece o sujeito passivo como Indústria.

Importante ressaltar, que o sujeito passivo já havia sido notificado do posicionamento da administração tributária que o mesmo não se enquadrava na modalidade de indústria e que, portanto, não faria jus à isenção descrita no item 74, Tabela I, Anexo I do RICMS/RO.

Mesmo assim, o sujeito passivo insistia em protocolizar processos, cujo recebimento estava paralisado, para ter reconhecida a isenção do ICMS em suas operações de importação.

Também, mesmo após a recusa da aceitação dos processos e reconhecimento da isenção, o sujeito passivo continuou a realizar suas operações sem o recolhimento do ICMS na importação.

Em relação aos documentos juntados aos autos pelo Procurador do sujeito passivo, na data de 20/07/2022, trata-se de julgamento onde o Tribunal de Justiça de Rondônia, em sede de incidente de arguição de inconstitucionalidade no Recurso de Apelação suscitada pelo Estado de Rondônia, enfrentou o mérito, sobre a incidência de isenção do Decreto 10.663/2003 e decidiu pela inconstitucionalidade do Decreto, entretanto, modulou os seus efeitos como *ex nunc*. E reconheceu que o Decreto seria válido da data da Ata do Julgamento para trás. Todavia, a empresa Energia Sustentável no seu processo de produção de energia, não se enquadra como um procedimento de industrialização.

Nesta esteira, o Sujeito passivo infringiu a legislação tributária ao não efetuar o recolhimento do ICMS antecipadamente na forma da legislação de regência, ficando sujeito as penalidades que o caso requer.

Entretanto, se faz necessário a reformar a decisão singular de parcialmente procedente para procedente, uma vez que o julgador singular ao decidir o feito fiscal reduziu da base de cálculo do crédito tributário nos termos do **art. 3º da Lei nº 3277/2013**. Todavia a referida Lei foi considerada inconstitucional pelo TJ/RO,

conforme ADI n. 0801986-11.2016.8.22.0000, assim afasta-se a redução da base de cálculo mantida na decisão primeira, retornando-se ao crédito tributário originário do auto de infração, porém mantendo-se a recapitulação do **art.77, inciso IV da Lei 688/96 para o art. 77, inciso IV, alínea "a", item I**, que altera o valor da penalidade (multa) de **150% para 90% do valor do ICMS**, isto em observância à retroatividade da lei mais benéfica ao autuado, nos termos do artigo **106, inciso II, alínea "c", do CTN**.

Logo, considero que deve ser mantida a redução da multa, por força do art. 77, IV, "a", 1, da Lei nº 688/96, o crédito tributário passa a ser assim constituído:

Tributo: R\$ 101.549,12

Multa 90%: R\$ 91,394,20

Valor total do Crédito Tributário: R\$ 192.943,32 (cento e noventa e dois mil, novecentos e quarenta e três reais e trinta e dois centavos), que deverá ser corrigido na data do seu efetivo pagamento.

Por todo o exposto, e mais que dos autos constam, **CONHEÇO DO RECURSO ESPECIAL** interposto para **DAR-LHE PROVIMENTO**, devendo ser reformada a decisão de 2ª Instância de **NULIDADE** para **PROCEDENCIA** do auto de infração.

É O VOTO.

Porto Velho, 22 de julho de 2022.

MANOEL RIBEIRO
DE MATOS
JUNIOR

MANOEL RIBEIRO DE MATOS JÚNIOR
Julgador/Relator da 2ªCâm/TATE/SEFIN

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

PROCESSO : Nº 20152900110693
RECURSO : ESPECIAL Nº 074/2018
RECORRENTE : FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA : ENERGIA SUSTENTÁVEL DO BRASIL S/A
RELATOR : JULGADOR – MANOEL RIBEIRO DE MATOS JÚNIOR

RELATÓRIO : Nº 008/2022/CÂMARA PLENA/TATE/SEFIN.

ACÓRDÃO Nº 012/2022/ CÂMARA PLENA/TATE/SEFIN.

EMENTA

: ICMS – ENTRADA DE MERCADORIAS SEM RECOLHIMENTO DO ICMS ANTECIPADO – OCORRÊNCIA – Demonstrado pelo fisco na lide que o sujeito passivo deixou de recolher o ICMS devido nas operações referente as entradas de bens importados do exterior, portanto em desacordo com o art. 53, inc. III, do RICMS/RO – Dec. 8321/98. Afastada a nulidade, em razão da autuação estar caracterizada como flagrante infracional, ante o lapso temporal máximo de 05 (cinco) dias após a lavratura do termo de início de fiscalização, conforme entendimento já pacificado por este Tribunal. Afastada a tese de isenção, uma vez que não houve deferimento pela Receita Estadual nos termos da exigência contida na Nota 1, item 74, Tabela I, do RICMS/RO aprovado pelo Decreto nº 8321/98. A atividade de geração de energia elétrica não é atividade industrial para fins da legislação tributária do ICMS, por não modificar a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade de um produto. Reformada a decisão singular, visto que a Lei n. 3.277/13 foi considerada inconstitucional conforme ADI n. 0801986-11.2016.8.22.0000. A penalidade aplicada deve ser reduzida em razão da retroatividade benéfica em razão da Lei nº 3583/2015, que recapitulou e reduziu a penalidade disposta na inicial, de 150% para 90% do valor do imposto não pago, conforme art. 77, IV, “a-1”, da Lei nº 688/96, nos termos do art. 106, II, “c”, do CTN. Infração fiscal não ilidida. Reforma da Decisão de Segunda Instância, Acórdão nº 075/18/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN, de nulo para procedente o auto de infração. Recurso Especial Provido. Decisão por maioria 7 x 1.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os membros do **EGRÉGIO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE TRIBUTOS ESTADUAIS - TATE**, decide por maioria em conhecer do Recurso Especial interposto para ao final dar-lhe provimento, reformando a decisão de Segunda Instância, Acórdão nº 075/18/2ª CÂMARA/TATE/SEFIN, de nulo para **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: Fabiano Emanuel Fernandes Caetano, Roberto Valladão Almeida De Carvalho, Manoel Ribeiro de Matos Júnior, Juarez Barreto Macedo Júnior, Dyego Alves de Melo, Leonardo Martins Gorayeb, Amarildo Ibiapina Alvarenga. Julgador Reinaldo Nascimento Silva apresentou voto divergente, pela manutenção da nulidade do auto de infração.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO ORIGINAL
R\$ 253.872,80

NOVO CRÉDITO TRIBUTÁRIO
R\$ 192.943,32

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

TATE, Sala de Sessões, 22 de julho de 2022,

Anderson Aparecido Arnaut
Presidente

Manoel Ribeiro de Matos Junior
Julgador/Voto Divergente