

PROCESSO - A. I. Nº 299314.0011/04-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e WHITE MARTINS DE CAMAÇARI SOCIEDADE ANÔNIMA
RECORRIDOS - WHITE MARTINS DE CAMAÇARI SOCIEDADE ANÔNIMA e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0163-04/05
ORIGEM - IFEP - DATA/METRO
INTERNET - 18/08/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0275-12/05

EMENTA. ICMS. **a)** RETORNO SIMBÓLICO DE ENERGIA ELÉTRICA RECEBIDA PARA INDUSTRIALIZAÇÃO POR CONTA E ORDEM DO REMETENTE. **b)** INDUSTRIALIZAÇÃO EFETUADA PARA OUTRA EMPRESA. SAÍDA SEM TRIBUTAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Para a legislação tributária e pertinente a matéria dos autos, a energia elétrica, no processo produtivo do sujeito passivo, não se enquadra nos conceitos de matéria-prima ou produto intermediário. É, apenas, força motriz para os equipamentos que são utilizados objetivando extrair ar da atmosfera, o comprimir e o encaminhar ao encomendante da mercadoria. Entretanto, o sujeito passivo tributário não é o autuado e sim o remetente da energia elétrica, que não poderia encaminhá-la sem a incidência do imposto, porquanto operação tributável. Quanto ao “ar de serviço” e “ar de instrumento”, as operações envolvendo estas utilidades constituem fato gerador distinto, com base de cálculo própria, devendo ser imputado ao recorrente a responsabilidade pelo pagamento do ICMS. Infração, quanto a estas mercadorias, caracterizada. Não acatadas as argüições de nulidades. Rejeitado o pedido de perícia fiscal. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 4ª JJF que decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, e de Recurso de Ofício em razão de o julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito em valor superior ao previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00. São objetos dos presentes recursos as seguintes infrações imputadas ao recorrente:

O Auto de Infração, lavrado em 27/12/2004, exige ICMS no valor de R\$218.238,47, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do imposto em razão de o contribuinte ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. A operação trata de saídas de mercadorias e produtos próprios da indústria do autuado sem recolhimento do ICMS sob o argumento de ter recebido a energia elétrica (insumo não industrializável) sem destaque do imposto para atender contrato com cliente (exercício de 1999).

Julgado em Primeira Instância, o Auto de Infração foi declarado Procedente em Parte, pelas seguintes razões:

“O impugnante argüiu questão de nulidade ao presente lançamento fiscal aduzindo de que, nos autos, existia incompatibilidade entre o relato circunstanciado dos fatos e os dispositivos legais ditos infringidos. Este é argumento que não posso aceitar. A situação relatada foi a falta de recolhimento do ICMS por terem sido realizadas operações tributáveis como não tributáveis. Os dispositivos legais indicados pelos autuantes se referem ao dever do recolhimento do imposto, inclusive com a multa a ela inerente. Além do mais, o impugnante entendeu perfeitamente a matéria em discussão, trazendo aos autos uma defesa clara e totalmente voltada para o foco da questão.

Rejeito a solicitação de perícia técnica feita in loco, pois os elementos de provas e informações trazidos aos autos são suficientes para o meu convencimento e Decisão da lide.

Quanto à argüição de inconstitucionalidade da taxa SELIC deixo de me pronunciar em obediência ao disposto no art. 167, do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99), já que não se inclui na competência deste órgão julgador, de âmbito administrativo, apreciar tal questão.

Analizando a matéria posta em discussão, observo que se trata da falta de recolhimento do ICMS em razão do contribuinte ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

O procedimento do autuado que gerou a autuação foi o seguinte: através de contrato (fl. 54/61 dos autos) com a Copene – Petroquímica do Nordeste S/A, hoje Braskem S/A, o impugnante se comprometia em produzir, sob encomenda, “Ar de Serviço”. Para que este “Ar de Serviço” fosse produzido, a Copene (contratante) fornecia, sem ônus para a contratada (o autuado), energia elétrica suficiente para a produção das quantidades do citado ar. Estas são as condições postas na Cláusula Primeira do referido contrato. Para realização da operação, a Copene emitia uma nota fiscal (fl. 103) enviando a quantidade suficiente de energia elétrica para industrialização da encomenda, tendo o documento fiscal como natureza da operação: “Remessa para Industrialização” e com suspensão do imposto. Quando do envio do “Ar de Serviço”, o defensor emitia duas notas fiscais: uma devolvendo simbolicamente a energia elétrica que havia sido anteriormente enviada, sem destaque do ICMS e outra com o “Ar de Serviço” e “Ar de Instrumento” com natureza de operação “Ind Efetuada p/ Outra Empresa” sem destaque do imposto, conforme determinação do art. 616, do RICMS/97 (fls. 104/105 do PAF).

Em vista desta situação, os autuantes lavraram o Auto de Infração, entendendo que as operações eram tributáveis, pois a energia elétrica não podia ser considerada matéria prima ou mesmo produto intermediário. Assim, eram inaplicáveis as determinações contidas no art. 615, do RICMS/97, que trata de operações de remessa de mercadoria ou bem para industrialização nesta ou em outra unidade da Federação por Conta e Ordem, ocasião em que a incidência do ICMS fica suspensa.

O autuado, por sua vez, contestou este entendimento baseado no argumento de que, pela legislação, tanto federal como estadual, a energia elétrica é bem industrializável, utilizada como insumo no processo de fabricação de seus produtos finais (ar de serviços e ar de instrumento), não se agregando diretamente ao produto, pois inteiramente consumida durante o processo de fabricação. Portanto, perfeitamente inserida dentro do conceito de operação de industrialização sob encomenda, operações realizadas e autuadas.

Após tal relato, decido a lide.

Não discordo do impugnante quanto ao fato de que a energia elétrica para consecução de sua atividade, e a ora em discussão, seja elemento indispensável. Todavia, o questionamento, nos autos, está em se definir se a energia elétrica pode ser considerada um bem

industrializável. A definição de industrialização na legislação tributária é a prevista no parágrafo § 5º do art. 2º do RICMS-BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que é a mesma do Regulamento do IPI - Imposto sobre Produtos Industrializados: considera-se industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoe para o consumo, tais como: I - transformação, assim entendida a que, executada sobre matéria-prima ou produto intermediário, resulte na obtenção de espécie nova; II - beneficiamento, a que importe modificação, aperfeiçoamento ou, de qualquer forma, alteração do funcionamento, da utilização, do acabamento ou da aparência do produto; III - montagem, a que consista na reunião de peças ou partes e de que resulte um novo produto ou unidade autônoma; IV - acondicionamento ou reacondicionamento, a que importe alteração da apresentação do produto pela colocação de embalagem, ainda que em substituição à originária, salvo quando se tratar de simples embalagem de apresentação de produto primário ou de embalagem destinada apenas ao transporte da mercadoria; V - renovação ou recondicionamento, a que, executada sobre produto usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização.

Ou seja, o conceito definido pela legislação tributária do que seja “industrialização para fins tributários” é a transformação, o beneficiamento, a montagem, o acondicionamento ou reacondicionamento e a renovação ou recondicionamento. Somente dentro deste conceito é que se pode afirmar se a energia elétrica é ou não um bem industrializável, pois o conceito de consumo é inerente a toda matéria prima, insumo, ou mesmo de material de uso e consumo, este último com a vedação do crédito fiscal até 2007, pela Lei Complementar nº 87/96, e a energia elétrica permitido, conforme disposições do art. 33, II, “b” da citada LC.

Portanto, é dentro do conceito do que seja “industrialização para fins tributários” é que se deve perquirir para se saber se a energia elétrica é ou não “industrializável”. Observo que tal definição não pode ser tomada de uma maneira tão elástica que permita confundir “direito ao crédito tendo em vista o consumo” e a “industrialização da energia elétrica”.

O autuado utiliza a energia elétrica para extrair ar da atmosfera, o comprimindo (Ar de Serviço e Ar de Instrumento) e, através de gasodutos, o envia ao encomendante, no caso, à Copene. Neste processo pergunto se a energia elétrica transformou ou beneficiou o ar extraído da atmosfera e se este ar pode ser considerado uma industrialização. Para embasar meu raciocínio, quanto à primeira indagação, me valho, como exemplo, de três decisões do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, órgão competente para legislar sobre o IPI.

ACÓRDÃO 201-77777 de 11/8/2004. PRIMEIRA CÂMARA. CONCEITO DE MATÉRIA-PRIMA, PRODUTO INTERMEDIÁRIO E MATERIAL DE EMBALAGEM. Somente podem ser considerados como matéria-prima ou produto intermediário, além daqueles que se integram ao produto novo, aqueles que sofrem desgaste ou perda de propriedade, em função de ação diretamente exercida sobre o produto em fabricação, ou proveniente de ação exercida diretamente pelo bem em industrialização, e desde que não correspondam a bens do ativo permanente. Recurso negado.

ACÓRDÃO 202-15056 09/09/2003. SEGUNDA CÂMARA. IPI - CRÉDITO PRESUMIDO PARA RESSARCIMENTO DE PIS E COFINS - VENDAS A COMERCIAL EXPORTADORA. ENERGIA ELÉTRICA E COMBUSTÍVEIS - Incluem-se entre as matérias-primas e produtos intermediários aqueles que, embora não se integrando ao novo produto, forem consumidos, desgastados ou alterados no processo de industrialização, em função de ação direta exercida sobre o produto em fabricação, salvo se compreendidos entre os bens do ativo permanente. A energia elétrica e os combustíveis, materiais utilizados como força motriz no processo produtivo, vez que não incidem diretamente sobre o produto, não podem ser

considerados como matéria-prima ou produto intermediário para os fins do cálculo do benefício tratado. (grifo)

ACÓRDÃO 201-227 de 12/11/2002 da Primeira Câmara. IPI. CRÉDITO PRESUMIDO DE IPI – AQUISIÇÕES DE ENERGIA ELÉTRICA. A Lei nº 9.636, de 13.12.96, enumera taxativamente as espécies de insumos, cujas aquisições dão direito ao crédito presumido de IPI, são elas: as matérias primas, os produtos intermediários e os materiais de embalagem. Para a legislação da exação em questão somente se caracterizam como tais espécies os produtos que, embora não se integrando ao novo produto fabricado, sejam consumidos, em decorrência de ação direta sobre o produto, no processo de fabricação. A energia elétrica não sofre essa ação direta, não se enquadrando nos conceitos de matéria-prima ou produto intermediário. (grifo)

Dentro deste contexto a resposta é não. A energia elétrica, no processo produtivo do autuado, é apenas força motriz para os equipamentos que são utilizados objetivando extrair ar da atmosfera, o comprimir e o encaminhar ao encomendante.

E quanto à segunda indagação que fiz, de igual forma somente posso negativá-la. O sujeito passivo, para consecução de sua atividade, ora em discussão, extraí o ar da atmosfera. Na legislação tributária estadual não se considera industrializado o produto extrativo que apenas tiver sido submetido a prensagem, beneficiamento ou acondicionamento (art. 2, § 6º, I, “c”, II, III, do RICMS/97), caso presente.

Diante de todo este entendimento, o autuado não poderia utilizar às determinações contidas nos art. 615 a 617, do RICMS/97 para vender ar comprimido (Ar de Serviço e Ar de Instrumento) à Copene, como realizado, a entendendo como hipótese de suspensão e de diferimento do imposto. A operação de venda do ar beneficiado e extraído da atmosfera é tributável e a entrega da energia elétrica, por parte da Copene são operações que estão no âmbito de incidência do ICMS. No entanto, na operação com a energia elétrica entendo que o sujeito passivo tributário não é o autuado e sim o remetente da energia elétrica, no caso, a Copene, que não poderia, encaminhá-la sem a incidência do imposto, porquanto operação tributável. Este imposto deve ser, a ela, cobrado.

No contexto, refaço o demonstrativo de débito do Auto de Infração, excluído os valores cobrados em relação a energia elétrica e baseada nos levantamentos fiscais. Ressalto, por oportuno, como bem colocado pelo autuante, a consulta feita ao Estado de Minas Gerais aqui não se aplica.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

CÓD. DÉBITO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	IMPOSTO	MULTA
10	31/1/99	9/2/99	9.247,60	60
10	28/2/99	9/3/99	9.557,71	60
10	31/3/99	9/4/99	5.947,05	60
10	30/4/99	9/5/99	9.746,21	60
10	31/5/99	9/6/99	10.095,77	60
10	30/6/99	9/7/99	9.866,14	60
10	31/7/99	9/8/99	10.590,72	60
10	31/8/99	9/9/99	12.593,66	60
10	30/9/99	9/10/99	12.991,36	60
10	30/10/99	9/11/99	14.073,99	60
10	30/11/99	9/12/99	13.614,93	60
10	31/12/99	9/01/00	14.878,27	60
TOTAL				133.203,41

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE da autuação para exigir o ICMS no valor de R\$133.203,41.”

Inconformado com a Decisão de 1ª Instância, o autuado interpôs o Recurso Voluntário que ora se examina.

DA NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA

Na oportunidade da apresentação de sua defesa aos termos das infrações imputadas ao recorrente, após verificado que a lavratura do Auto de Infração deixou de observar as disposições legais regentes, bem como que se fazia imprescindível a produção de provas técnicas hábeis para que o recorrente comprovasse suas alegações, assim foi postulado em sua peça de defesa, inclusive nomeando sua assistente técnica.

O pleito de produção de prova técnica pericial, devidamente consignado pelo recorrente em sua defesa, tinha por finalidade demonstrar os aspectos técnicos do funcionamento de sua planta de produção de gases, demonstrando assim a legalidade de sua operação, em extrema conformidade às disposições legais.

No entanto, o duto colegiado julgador *a quo* deixou de observar o direito do recorrente à ampla defesa, princípio insculpido e positivado em nossa Constituição Federal, no art. 5º, inciso LV. Considerando-se que o deslinde do ponto nodal da lide está em questão técnica, faz-se extremamente necessária a produção de prova pericial, para o fim específico de demonstrar e comprovar o processo produtivo e a adequação deste face à legislação tributária vigente.

O argumento utilizado pelo órgão julgador para rejeitar a produção da prova técnica afronta não só o próprio Regimento Interno deste egrégio Conselho, mas vai mais além, suprime do recorrente o seu legítimo e inafastável direito à ampla defesa, sob pena de consequente inobservância ao devido processo legal e expropriação patrimonial do recorrente sem a observância do princípio positivado no inciso LIV do art. 5º da CF/88.

Por esta razão, a referida Decisão ora recorrida está eivada de nulidade, nos exatos termos do art. 18, inciso II, do Regimento Interno deste Egrégio Conselho de Fazenda Estadual:

“Art. 18. São nulos:

(...)

II – os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;”

Diante destas razões, imperiosa a aplicação do dispositivo supracitado, para que se restabeleça a ordem jurídica e a legalidade procedural, tanto prevista no R.I. do CONSEF, bem como em nossa Carta Magna.

Entretanto, caso não seja este o entendimento de V. Exas., o que se admite apenas *ad argumentandum*, bem como em razão do princípio da eventualidade, não podem prosperar as exigências contidas no Auto de Infração lavrado, nem tampouco as mantidas pelo Acórdão ora recorrido pelas demais razões que passa a aduzir.

DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

Diante dos termos contidos no Auto de Infração, verifica-se que há manifesta discordância entre a descrição circunstanciada dos fatos atribuídos ao recorrente e os dispositivos legais invocados pela autoridade administrativa, responsável pela sua lavratura, o que eiva de nulidade o Auto de Infração.

O relato do Auto de Infração assinala que o recorrente tornou-se devedora de ICMS, uma vez que “*deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. O contribuinte efetuou saídas de mercadorias e produtos próprios de sua indústria sem o recolhimento do ICMS, argumentando que recebeu energia elétrica (insumo não industrializável) sem destaque do ICMS para atender contrato*”, infringindo os artigos 2º, 50, 111, inciso I e 124, inciso I do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Assim, transparece que a transcrição dos dispositivos invocados pelo Auto de Infração não guardam qualquer identidade com a conduta relatada pela autoridade administrativa responsável pela lavratura.

O artigo 2º do RICMS, ao materializar a hipótese de incidência do imposto, relacionou os incisos I a X com diversos fatos geradores, porém, no Auto de Infração referenciado não consta o respectivo inciso no qual se enquadraria o fato apontado como infringido pelo recorrente, bem como o artigo 50 do RICMS também não menciona especificamente qual a alíquota a ser aplicada ao fato considerado infringido e inobservado pelo recorrente.

Em consequência, impõe-se a decretação de nulidade do Auto de Infração, tendo em vista que a descrição circunstanciada dos fatos não é compatível com os dispositivos legais invocados para caracterizar a infração.

No mérito, há que se observar que a Decisão ora recorrida culminou por validar parcialmente um Auto de Infração nulo de pleno direito, posto que incompatível com os dispositivos legais invocados para caracterizar a infração e, quanto ao mérito, sua improcedência também se impõe ante as razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

A energia elétrica é um produto/mercadoria/insumo do processo de industrialização reconhecido pela doutrina e pelos fiscos federal e estadual. Tanto é assim que o próprio Código Penal, ao tipificar o crime de furto, no artigo 155, equipara a energia elétrica, no seu § 3º, à coisa móvel, apenando o furto da mesma com um a quatro anos de reclusão, bem com o Decreto Federal nº 4.542, de 26/12/02, que mantém anexa relação dos produtos sujeitos a incidência sobre Produtos Industrializados – TIPI, classifica a energia elétrica como produto industrializado, cuja classificação fiscal consta da aludida tabela é 2716.00.00.

Quanto ao ICMS, o artigo 33, II, alínea “b”, da Lei Complementar do ICMS nº 87, de 1996, também segue a mesma linha da doutrina e da legislação federal, quanto ao tratamento da energia elétrica mercadoria.

Por conseguinte, a energia é uma mercadoria reconhecidamente utilizada por estabelecimentos, tais como o do recorrente, como insumo no processo de fabricação de produtos finais. Como insumo, no processo de fabricação de produtos finais. Como insumo, no se agrava diretamente ao produto, eis que é inteiramente consumido durante o processo de fabricação, mas nem por isso deixa de ser insumo indispensável ao mencionado processo, eis que sem ele, não há produto final.

Sendo produto/mercadoria/insumo, conforme já mencionamos, o recorrente recebe a energia elétrica através da nota fiscal emitida pela encomendante, sem destaque de ICMS, para uso em processo produtivo, e a devolve posteriormente, de maneira simbólica, após o emprego no processo de industrialização, nas mesmas quantidades recebidas da encomendante, também sem o destaque de ICMS.

Neste passo, insta observar que o conceito da operação de industrialização sob encomenda é eminentemente fiscal. Esse conceito emana do artigo 9º, inciso IV, do Decreto Federal nº 4.544, de 2002, que equipara a estabelecimento industrial os comerciantes de produtos cuja industrialização seja feita por estabelecimento de terceiros, mediante a remessa de matérias-primas, produtos intermediários ou materiais de embalagens para emprego no processo de industrialização.

Nesse sentido, o recorrente recebe de terceiro o insumo (energia elétrica) para utilização na fabricação de produto feito por encomenda. Para tanto, o remetente e o recorrente se valem dos seguintes dispositivos legais que desoneram de impostos a operação de industrialização sob encomenda.

A remessa de insumo pela encomendante para industrialização está amparada pela suspensão nos termos do artigo 42, inciso VI, do Decreto nº 4.544, de 2002, referente ao IPI. Quanto ao ICMS, o RICMS/BA, encontra amparo nos art. 615, § 1º.

A encomendante, portanto, remete a energia elétrica para o recorrente para fins de emprego no processo de industrialização dos produtos “*ar de serviço e ar de instrumento*” por encomenda.

Após o recebimento da energia elétrica, o recorrente remete ao encomendante o produto industrializado, valendo-se dos dispositivos do RICMS/BA, art. 616 e 617, incisos I e II.

O retorno simbólico da energia elétrica pertencente à encomendante, remetida anteriormente para industrialização no estabelecimento do recorrente, é feito através da emissão de nota fiscal, sem o respectivo destaque do ICMS em atendimento ao disposto no art. 616 do RICMS/BA.

Cita acórdãos do Estado de São Paulo que afastam a aplicação de juros pela taxa SELIC, substituindo-os pelos juros moratórios de 1% ao mês.

Cita também decisões na esfera judicial.

E CONCLUI:

Diante de todo o exposto, restando cabalmente demonstradas as fundamentações pelas quais improcedem os termos do Auto de Infração julgado parcialmente procedente em Primeira Instância, o recorrente espera e requer que se dignem dar provimento ao Recurso Voluntário, para que seja declarada a nulidade da Decisão de Primeira Instância nos termos do art. 18, inciso II do R. I. deste egrégio CONSEF, determinando a produção da prova pericial requerida nos autos, restabelecendo-se a legalidade do procedimento. Contudo, caso não seja este o entendimento, o que se admite em razão do princípio da eventualidade, o recorrente espera e confia que seja reformada a Decisão de Primeira Instância, declarando a nulidade do Auto de Infração, uma vez que a descrição dos fatos não guarda consonância com sua fundamentação legal ensejando cerceamento do direito de defesa sob esse aspecto e, também, sob o aspecto do arbitramento do montante tributável sem a observância do contraditório. No mérito, requer, pelas razões já demonstradas, a improcedência da exigência fiscal, por absoluta falta de respaldo na legislação de regência, declarado insubstancial o Auto de Infração e o crédito tributário juntamente com as penalidades nele lançadas.

Protesta e requer a produção de todas as provas admissíveis em direito, notadamente pela juntada de provas documentais supervenientes, bem como a produção de perícia técnica para comprovar a legalidade da aplicação da energia elétrica como insumo no processo de industrialização por encomenda, indicando como sua Assistente Técnica a engenheira Drª Renata Marques Pinto.

A PGE/PROFIS através da Douta procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, emite Parecer argüindo que o recorrente alega, em síntese, que a Decisão é nula, pois negou o pedido de perícia; que o Auto de Infração é nulo, uma vez que os dispositivos legais indicados não têm correlação com a infração imputada, nem com os fatos narrados; que no mérito a infração é improcedente, pois o recebimento da energia elétrica da COPENE, assim como a devolução do “ar de serviço”, após industrialização estão amparados pelo diferimento. Ao final, contesta a aplicação da taxa SELIC.

Da análise dos autos, verifica que a Decisão recorrida apreciou todas as alegações do Defendente, ora recorrente, tendo se valido de suas prerrogativas regulamentares e regimentais para negar a diligência/perícia requerida. Com isso, não vislumbra a nulidade suscitada.

Quanto à nulidade do Auto de Infração, os dispositivos citados correspondem de fato, como alegado pelo recorrente, a ocorrência do fato gerador, momento do pagamento, etc, uma vez que a infração caracterizada é uma prática de fato tributável como não tributável. O autuado, compreendeu perfeitamente a infração que lhe fora imputada, tanto pelos dispositivos que a sustentam, como pela descrição fática que acompanha a infração, assim como pelos demonstrativos de débito, cópia de contrato, etc.

O direito de defesa do autuado foi exercido de forma ampla, incontestável, e por isso não concorda com a alegação de nulidade.

No mérito, observa que a questão do Recurso Voluntário se resume a saída de “ar de serviço” sem destaque do ICMS, por entender a empresa, que se trata de retorno ao estabelecimento de origem, autor da encomenda, das mercadorias ou bens remetidos para industrialização.

Em sendo essa a situação, conclui que a operação está albergada pelo diferimento, nos termos do art. 616 do RICMS/97.

Observa, no entanto, que a mercadoria ou bem recebido pelo autuado para industrialização é a energia elétrica, e o bem ou mercadoria devolvido é “ar de serviço”. Ou seja, a empresa autuado recebe energia elétrica da COPENE e devolve ar comprimido, sendo lógico concluir que não se trata esse último de resultado de industrialização da energia elétrica remetida.

A energia elétrica remetida “para industrialização” não se transforma em ar comprimido, como parece crer o recorrente. Esta funciona tão somente como força motriz do processo industrial, já que o ar comprimido é resultado da extração do ar atmosférico.

Em sendo assim, conclui que não se trata de operação enquadrada no diferimento como alegado pelo recorrente, sendo a saída de “ar de serviço” da empresa autuado para a COPENE, hoje BRASKEM, uma operação tributada pelo ICMS.

Quanto à alegação referente à taxa SELIC, a Lei nº 9.250/95 prevê, nos termos da autorização do art. 161 do CTN, que esse será o instrumento para aplicação dos juros de mora.

A questão já foi por demais debatida nos Tribunais Superiores que têm reiteradamente exarado decisões no sentido da legalidade e constitucionalidade da aplicação da Taxa SELIC.

“Quanto à aplicação da taxa SELIC, a jurisprudência desta Corte, consolidou o entendimento no sentido de que, a partir de 1º de janeiro de 1996, passou a ser legítima sua aplicação no campo tributário, em face de determinação contida no parágrafo 4º. Do art. 39, da Lei nº 9.250/95” STJ, AGRESP 438757/MG.

Diante do exposto, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO VENCIDO (Recurso de Ofício)

Quanto ao Recurso de Ofício, face ao julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito exigido no lançamento, consoante determina o art. 169, I, “a”, “l”, do RPAF/99, não concordo com o julgamento da 1ª Instância, quando o relator da 4ª JJF, argumentou que na operação com a energia elétrica entende que o sujeito passivo tributário não é o autuado, e sim, o remetente da energia elétrica, no caso, a COPENE, que não poderia, encaminhá-la sem a incidência do imposto, porquanto operação tributável.

Acontece que o recorrente é usuária final de energia elétrica. Esta é recebida para utilização no seu processo produtivo.

É necessário não se confundir o fato gerador da autuação em exame, que na realidade trata-se de venda normal de produção do estabelecimento – White Martins – (ar de serviço ou ar de instrumento), com o destaque do ICMS, que engloba o total da saída do produto resultante da sua industrialização – no montante de R\$218.238,47, definido de forma errada pelo autuado como: “retorno de energia elétrica no valor de R\$85.035,06 e retorno de industrialização de ar de serviço ou ar de instrumento no valor de R\$133.203,41”, sem o destaque do imposto.

Na realidade o autuado tenta transformar uma industrialização normal, com fornecimento ou não de material de consumo (energia elétrica) por outra empresa (COPENE), tentando amparar-se numa transação embasada nos artigos 615 a 617 do RICMS/97, que tratam da suspensão da incidência do referido imposto, quando da remessa de matéria-prima para industrialização, para o momento em que, após o retorno dos produtos industrializados ao estabelecimento de origem, for por este efetuada a subsequente saída das mesmas mercadorias ou dos produtos resultantes de sua industrialização seguinte, desde que, cumulativamente, (ver art. 617 “caput” do RICMS/97).

Fica praticamente impossível assimilar a assertiva de transformação de energia elétrica em ar de serviço ou ar de instrumento.

Entendo que a própria Lei Complementar nº 87/96, deixa muito claro no art. 33, II, “a”, que energia elétrica só é considerada como matéria-prima quando a saída é também de energia elétrica.

Em qualquer outra hipótese, o art. 33, II, “b”, da citada LC nº 87/96, considera como material de consumo.

Vamos citar os artigos 19 e 20 da LC nº 87/96, para consubstanciar os argumentos a seguir sobre o art. 33 da mesma Lei. É necessário que se observe que o texto Legal transrito a seguir foi efetuado na forma apresentada no site do CONFAZ, órgão pertencente ao Ministério da Fazenda, portanto, com cortes lineares nos artigos que são alterados:

Lei Complementar nº 87/96

Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

Agora vejamos:

A Lei Complementar nº 87/96, no seu art. 33, define que:

Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

I – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2000; (Redação dada pela LCP nº 92, de 23.12.1997)

I – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2003; (Redação dada pela LCP nº 99, de 20.12.1999)

I – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2007; (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

II – a energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento dará direito de crédito a partir da data da entrada desta Lei Complementar em vigor;

II – somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento: (Redação dada pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica; (Alínea incluída pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

b) quando consumida no processo de industrialização; (Alínea incluída pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

Ou seja, energia elétrica só é considerada como matéria-prima (alínea “a”), quando for objeto de saída de energia elétrica. Em qualquer outra hipótese, a mesma é considerada como material de consumo (alínea “b”) na industrialização.

Na realidade, a operação de remessa de energia elétrica efetuada pela COPENE para o autuado, (que na realidade, repito, trata-se de outro fato gerador do ICMS, completamente diferente do ocorrido na autuação), foi efetuada sem o destaque do ICMS, portanto, não dá, em hipótese alguma, o direito a crédito do imposto pelo recorrente, (fato incontestável ocorrido nesta transação), desde quando não houve o respectivo débito anterior – não ocorrendo consequentemente o recolhimento do ICMS ao Estado da Bahia, na fase anterior.

Dante do exposto, insisto, que o ICMS cobrado do recorrente é referente à fase posterior, ou seja, venda de produção do autuado, com emprego de material de consumo (energia elétrica) enviado pelo destinatário (COPENE), no total das notas fiscais de saídas emitidas pelo autuado.

Pelos motivos acima expostos, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para que se restaure o Auto de Infração na sua plenitude.

Quanto ao Recurso Voluntário, reitero os mesmos argumentos explanados no Recurso de Ofício acima, portanto, não acatando as argumentações da defendant.

Em relação à argüição de nulidade da lavratura do Auto de Infração, tenho a esclarecer que os dispositivos citados correspondem de fato, como alegado pelo recorrente, à ocorrência do fato gerador, momento do pagamento, etc, uma vez que a infração caracterizada é uma prática de fato tributável. O autuado, comprehendeu perfeitamente a infração que lhe fora imputada, tanto pelos dispositivos que a sustentam, como pela descrição fática que acompanha a infração, assim como pelos demonstrativos de débito, cópia de contrato, etc. O direito de defesa do autuado foi exercido de forma ampla e incontestável. Ademais a Decisão da 4ª JJF, já afastou esta prerrogativa de nulidade.

Quanto à argüição de nulidade da Decisão recorrida verifico que a Decisão da 4ª JJF, apreciou todas as alegações do defendant, ora recorrente, de forma coerente e sensata, tendo se valido de suas prerrogativas regulamentares e regimentais para negar a diligência/perícia requerida. Com isso, não vislumbro a nulidade suscitada.

Reitero todos os argumentos ao meu convencimento da desnecessidade de perícia ou diligência na empresa, para averiguações sobre os fatos presentes ao processo, porque, acredito, não existe fórmula, para que o autuado me convença da transformação de energia elétrica em ar de serviço ou ar de instrumento.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício e NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Recurso de Ofício) e DISCORDANTE (Quanto à Fundamentação do Recurso Voluntário)

Preliminarmente devo dizer que acompanho o voto do ilustre relator, Consº José Hilton de Souza Cruz, nas questões vinculadas às nulidades, no sentido de afastá-las, pois o Auto de Infração e a Decisão recorrida não padecem de quaisquer vícios que impliquem na nulificação daqueles atos administrativos. Também rejeito o pedido de realização de diligência pelas mesmas razões externadas no voto do Sr. relator.

Peço *venia*, todavia para discordar do Sr. relator em relação ao mérito, pois entendo que a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal não merece qualquer reparo. De imediato, verifico que a autuação não tem por fundamento legal ou fático quaisquer questões relacionadas à apropriação indevida de créditos fiscais conforme foi apontado pelo Sr. relator em seu voto.

Passo, então, ao exame dos fatos trazidos à discussão nesta lide fiscal. Da análise dos autos pude deduzir que a operação autuada tem origem no contrato firmado entre a Copene – Petroquímica do Nordeste S/A, hoje Braskem S/A e o recorrente, onde foi firmado o acordo através do qual aquela última se comprometia a produzir, sob encomenda, “Ar de Serviço”, recebendo sem ônus, energia elétrica suficiente para a industrialização da encomenda. A operação foi promovida pelos contribuintes envolvidos, sob o amparo da “*suspensão do ICMS, sendo que no envio do Ar de Serviço*”, o recorrente emitia duas notas fiscais: uma devolvendo simbolicamente a energia elétrica que havia sido anteriormente enviada, sem destaque do ICMS, e outra com a inclusão do “Ar de Serviço” e “Ar de Instrumento”, utilidades produzidas pela defendant, tendo por natureza da operação “Industrialização efetuada p/ outra empresa”, sem destaque do imposto, com enquadramento da operação no art. 616 do RICMS/97.

Os agentes fiscais, entretanto, deram interpretação diversa aos fatos acima narrados, entendendo que as operações eram tributáveis, pois a energia elétrica não poderia ser considerada matéria-prima ou mesmo produto intermediário, sendo inaplicáveis às operações em questão a norma contida no art. 615 do RICMS/97, que trata da remessa de mercadorias para industrialização por conta e ordem, sujeita à suspensão do ICMS.

A partir da análise dos fatos descritos nos autos passo a decidir a presente lide fiscal. A energia é insumo utilizável em diversos processos produtivos, em geral, como força motriz de máquinas e equipamentos. Em outros processos participa como agente indispensável à produção de reações químicas, a exemplo do que ocorre na eletrólise. Trata-se de insumo que tem características próprias, pois a energia elétrica no momento em que é produzida é também instantaneamente consumida; caso contrário se perde na natureza, em razão de se mover através das linhas de transmissão à velocidade próxima à da luz, em torno de 300.000 Km/s. Conforme foi acertadamente observado pelo julgador de 1^a Instância, a energia elétrica não é “produto” que se preste a novo processo de industrialização, constituindo insumo que se consome nos processos produtivos onde é aplicada de forma instantânea.

Da descrição do processo produtivo apresentado pelo autuado nesta lide administrativa, constato que a energia elétrica é utilizada para extrair o ar da atmosfera, o comprimindo e transformado a utilidade em Ar de Serviço e Ar de Instrumento e, através de gasodutos, os envia ao encomendante, no caso, a BRASKEM S/A. Nesse processo, a energia elétrica é apenas força motriz para os equipamentos que são utilizados para a extração do ar da atmosfera, sua compressão e envio para o encomendante, não havendo qualquer transformação industrial da energia elétrica recebida. Diante disso, o autuado não poderia amparar as operações nos arts. 615 a 617 do RICMS/97, pois as mesmas não se encontram albergadas nos institutos da suspensão e do diferimento do ICMS. Interpreto que a operação que ensejou o lançamento de ofício é de natureza mercantil, e envolve a permuta ou troca de mercadorias ou utilidades, ou seja, a BRASKEM S/A remete energia elétrica e recebe em troca o envio de “Ar de Serviço”. O ICMS, nos termos do art. 1º, inc. I, da Lei nº 7.014/96, incide sobre operações de circulação de mercadorias, ou seja, sobre qualquer negócio jurídico em que se opere a transferência de mercadorias, com habitualidade, de um contribuinte para outro. Este negócio jurídico pode ser de diversas espécies: compra e venda, remessa em consignação, permuta, doação, dação em pagamento etc. No caso presente, as operações foram pagas em mercadorias ou utilidades, havendo venda de energia da BRASKEM para a White Martins e correspondente venda de “Ar de Serviço” da White Martins para a BRASKEM. É fácil deduzir que a operação de remessa de energia não pode se enquadrar nas hipóteses de remessa para industrialização em outra empresa, por conta e ordem do remetente, pois a energia elétrica, conforme já dito linhas acima, não sofre qualquer transformação no destino, sendo totalmente consumida no processo industrial do recorrente. A interpretação dada pelo contribuinte aos fatos integrantes da autuação não tem amparo na legislação do ICMS vigente e o contrato firmado entre as empresas envolvidas não pode alterar a natureza jurídica do fato gerador do ICMS, pois de acordo com o art. 118 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66):

“A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I - da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II - dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos”.

Ademais, os acordos privados não podem ser opostos ao fisco objetivando alterar o conteúdo da obrigação tributária principal.

Pelas razões acima expostas voto pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Em relação ao Recurso de Ofício, voto também pelo Não Provimento do mesmo, pois restou demonstrado, após leitura detida dos autos, que os autuantes exigiram imposto sobre a devolução simbólica de energia elétrica, conforme evidenciado no Anexo 2 do Auto de Infração, inserido a fl. 22 do PAF. Não houve, de fato, devolução de energia elétrica, nem simbólica nem real, e sim remessa de “Ar de Serviço” produzido pelo autuado, que utilizou e consumiu a energia no seu processo industrial de produção de “Ar de Serviço”. O envio desta última utilidade constituiu forma de pagamento da remessas onerosas de energia elétrica da BRASKEM S/A para o autuado.

Houve, portanto, fato gerador do ICMS na operação de envio de energia elétrica e outro fato gerador, distinto, nas remessas de “Ar de Serviço” do autuado para a BRASKEM, cabendo responsabilizar as empresas envolvidas nas citadas operações pelo pagamento do ICMS pertinente a cada um dos fatos geradores que praticaram. Ao recorrente só é possível imputar a responsabilidade pelo pagamento do imposto que incidiu nas saídas de “Ar de Serviço” ou “Ar de Instrumento”, devendo se incluir no custo de produção destas utilidades o valor da energia elétrica, para fins de apuração da base de cálculo nas saídas destinadas à empresa encomendante, no caso a BRASKEM S/A. Nesse sentido, represento à autoridade fiscal competente, para que determine a renovação do procedimento fiscal, visando apurar, junto ao recorrente, o valor correto das saídas de “Ar de Serviço”, com a inclusão na base de cálculo, do custo relacionado ao uso de energia elétrica no processo de produção da citada utilidade. Também represento à mesma autoridade fiscal para que seja determinada a abertura de procedimento fiscal junto à empresa BRASKEM S/A para que se apure a responsabilidade tributária da mesma em relação às operações de remessa de energia elétrica, indevidamente lançadas ao amparo da suspensão do ICMS.

Diante do acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, para manter inalterada a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299314.0011/04-6, lavrado contra **WHITE MARTINS DE CAMAÇARI SOCIEDADE ANÔNIMA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$133.203,41, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Recurso de Ofício

VOTO VENCEDOR: Conselheiros José Carlos Barros Rodeiro, Nelson Antonio Daiha Filho, Álvaro Barreto Vieira e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO (Recurso de Ofício): Conselheiros José Hilton de Souza Cruz e Fauze Midlej.

Recurso Voluntário

VOTO VENCEDOR (Quanto a Fundamentação): Conselheiros, José Hilton de Souza Cruz, José Carlos Barros Rodeiro, Nelson Antonio Daiha Filho e Álvaro Barreto Vieira.

VOTO VENCIDO (Improcedência): Conselheiro Fauze Midlej.

VOTO DISCORDANTE (Quanto a Fundamentação): Conselheiro Tolstoi Seara Nolasco.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de julho de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/VOTO VENCEDOR (Recurso de Ofício) e DISCORDANTE (Quanto a Fundamentação do Recurso Voluntário)

JOSÉ HILTON DE SOUZA CRUZ – RELATOR/VOTO VENCIDO (Recurso de Ofício)

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS