

PROCESSO - A. I. Nº 279196.0001/05-0
RECORRENTE - BRASKEM S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0375-03/05
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 10/05/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0156-11/06

EMENTA: ICMS. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA PARA OUTRA EMPRESA. OPERAÇÃO REGISTRADA COMO REMESSA PARA INDUSTRIALIZAÇÃO. **a)** SAÍDA SEM TRIBUTAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Perante a legislação tributária pertinente a matéria dos autos, a energia elétrica, no processo produtivo do destinatário, 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, comprimir e encaminhar ao encomendante da mercadoria. Fica caracterizado que a operação realizada pelo autuado, motivo deste lançamento de ofício, é na verdade venda de mercadoria tributável, já que a ausência de remessa de matéria-prima, elemento essencial no procedimento em discussão, descaracteriza totalmente a operação de industrialização por encomenda. Infração caracterizada. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DA PARCELA DESTINADA AO FUNDO ESTADUAL DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTO SUPÉRFLUO [ENERGIA ELÉTRICA]. É legal a exigência do adicional de combate à pobreza nas operações realizadas com mercadorias supérfluas. Infração não elidida. Rejeitado o pedido de perícia a diligência. Não acatada as arguições de nulidade. Afastada a decadência suscitada pela defesa. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário instaurado contra o Auto de Infração em lide, lavrado em 29/07/05, o qual exige ICMS, no valor de R\$1.351.860,58, acrescido da multa de 50%, por ter o autuado, nos exercícios de 2000 a 2004, praticado às seguintes infrações:

1. Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, o ICMS relativo a operações de fornecimento de energia elétrica escrituradas nos livros próprios. Consta, na descrição dos fatos, que deixou de recolher ICMS nas operações de saídas tributadas de energia elétrica para a empresa White Martins S/A (vendas), mas classificadas como industrialização por encomenda (CFOP 5.93, 5.901). A energia elétrica, objeto da autuação é utilizada na produção de ar comprimido, tudo conforme o Anexo I - R\$1.282.799,84.
2. Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, o ICMS relativo a operações de fornecimento de energia elétrica escrituradas nos livros próprios, destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza conforme disposto no art. 51-A do RICMS/BA - R\$69.060,74.

O recorrente inicialmente apresentou defesa (fls. 83 a 107), através de seus representantes legalmente constituídos (fl. 108), discorrendo acerca das infrações. Ressalta que a fiscalização já

lavrou Auto de Infração para exigir imposto relativo a saída de energia elétrica para a White Martins, em situação idêntica a da presente autuação.

Os ilustres julgadores apreciam as apresentações da defesa, inicialmente não acatando pedido de perícia e diligência para comprovar as alegações defensivas, com base no art. 147, I e II, do RPAF/99, tendo em vista o convencimento da ilustre JJF sobre a presente lide. Informam já ter sido feita diligência pela ASTEC/CONSEF por conta do PAF de nº 279196.0003/04-4 relativo ao mesmo estabelecimento e matéria idêntica a desta autuação, cujo Parecer juntado às fls. 207 a 209, se aplica nesta mesma situação do presente processo.

Rejeitam a pretensão de nulidade intentada pelo recorrente, tendo em vista que a situação relatada e caracterizada foi da falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do ICMS relativo a operações de fornecimento de energia elétrica para White Martins S/A, escrituradas nos livros fiscais próprios, e que os dispositivos indicados na autuação se referem ao dever do pagamento do imposto inclusive com a multa a ela inerente. Concluem pelo perfeito entendimento da matéria em discussão, haja vista a apresentação de defesa clara e totalmente voltada ao foco da questão.

A argüição, com base no § 4º artigo 150 do Código Tributário Nacional, da decadência do crédito tributário pelas saídas de energia elétrica ocorrerem anteriormente a 02.08.2000, e só científica da do Auto de Infração em 02.08.2005, também é rejeitada pelos seguintes motivos:

O art. 173, I do CTN, incorporado a Lei do ICMS (art. 31, § 1º da Lei nº 7.014/96,) e art. 965, I do RICMS/97 determina que:

“Art. 173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;”

Opinam que o referido art. 150, § 4º do CTN, se aplica quando a legislação do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os fatos geradores ocorreram entre o período de 01/01/00 a 30/07/04 e só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2006.

Dizem do mérito do Auto de Infração, se constituir na exigência do ICMS relativo a operações de fornecimento de energia elétrica escrituradas nos livros próprios e consequentemente da parcela destinada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Repetem os argumentos da impugnação;

- a) que a energia elétrica remetida para a White Martins é insumo industrial equiparado a mercadoria, necessário para a fabricação do chamado “ar de serviço” e “ar de instrumento”;
- b) o “ar de serviço” e “ar de instrumento” retorna a seu estabelecimento, onde parte é utilizado e parte vendido;
- c) que a operação é de remessa de mercadorias para industrialização é contemplada com a suspensão da incidência do ICMS, tanto na saída (energia elétrica), quanto no retorno (ar) nos termos dos artigos 341, 615, 616 e 617 do RICMS/BA;
- d) se descaracterizada a operação de remessa para industrialização, não haveria qualquer prejuízo na arrecadação do imposto, visto que a White Martins teria direito ao crédito decorrente da aquisição de energia elétrica e o autuado poderia creditar-se do imposto pago pela White Martins na saída do ar de serviço em retorno ao seu estabelecimento, anulando o tributo exigido na saída com os créditos aproveitados na entrada;
- e) que o art. 46 do CTN; art. 4º do RIPI e art. 2º, § 2º do RICMS/BA, define a operação praticada como industrialização: TRANSFORMAÇÃO: de insumos e matérias-primas para obtenção de novo produto.

Para em contraponto a estas questões, informar que os autuantes afirmaram que na operação em tela não houve remessa de matéria-prima e sim de um insumo (energia elétrica) necessário ao processo industrial para produzir “ar de serviço” e “ar de instrumento”.

Da análise deste PAF, consideram os srs. julgadores correto o argumento defensivo de que a energia elétrica, remetida pelo autuado a título de “remessa para industrialização”, para ser utilizada na White Martins S/A na produção de “ar de serviço e de instrumento”, constitui-se de fato em insumo consumido no processo produtivo do estabelecimento destinatário, fato que foi reconhecido pelos autuantes. Porém, não o reconhecem como matéria-prima ou produto intermediário, e sim, força motriz consumida instantaneamente nos equipamentos utilizados para extrair o ar da atmosfera, purificar, comprimir e o encaminhar ao encomendante da mercadoria.

Verificam os ilustres julgadores, com relação à alegação de que a energia elétrica foi remetida pela Braskem para ser industrializada na White Martins e que retornam produtos industrializados (ar de serviço e de instrumento), que o conceito de industrialização no CTN é:

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

...

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

Citam ainda, o art. 2º, § 5º do RICMS-BA, redação mesma do art. 4º do RIPI, as quais consideram industrialização:

“Art. 4º. Caracteriza-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, tal 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.”

Descartam a aplicação dos conceitos definidos pela legislação tributária, do que sejam “industrialização” as modalidades do “beneficiamento”, “montagem”, “acondicionamento/recondicionamento” e “renovação/recondicionamento”, com relação à operação em comento, de remessa de energia para industrialização com retorno de “ar de serviço e de instrumento”.

Dizem os ilustres julgadores que na situação presente, a energia elétrica remetida pelo autuado é consumida instantaneamente nos equipamentos do estabelecimento destinatário. Assim, inconcebível que o produto recebido em devolução (ar de serviço e de instrumento) se adeque ao conceito de “transformação”, pois não é uma espécie nova decorrente da ação exercida sobre a energia elétrica. O produto industrializado recebido em devolução da White Martins tem como “matéria prima” o ar atmosférico, que submetido ao seu processo produtivo resulta nos produtos “ar de serviço e ar de instrumento”, essa sim, é uma espécie nova obtida a partir do ar atmosférico.

Aduz a ilustre JJF que o conceito de industrialização definido pela legislação tributária, na situação presente pode-se afirmar com segurança que a energia elétrica é um insumo utilizável no processo industrial, mas não é um bem industrializável. Em decorrência, descaracterizada a “remessa para industrialização” e resta a efetiva saída de mercadorias do estabelecimento, que é fato gerador do ICMS. Portanto, não se aplicam às regras contidas no art. 615, do RICMS/97, que trata 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 ficaria suspensa.

Citam a título de referências conceituais, diversas decisões proferidas pelo Conselho de Contribuintes todas no entendimento de que a energia elétrica configura um material utilizado como força motriz no processo produtivo e que não pode ser considerada como matéria-prima ou produto intermediário para os fins tributários.

"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)"

Abordam os Srs. julgadores o argumento defensivo de que ainda descaracterizada a operação de remessa para industrialização, não haveria qualquer prejuízo na arrecadação do imposto, visto que o imposto debitado pelo remetente seria creditado pelo destinatário, o que neutralizaria o imposto ora exigido; dizem não poder ser acolhido pelos seguintes motivos:

- a) O ICMS incide sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte (art. 1º e 4º, I da Lei nº 7.014/96), ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;
- b) Neste caso específico, o fornecimento de energia elétrica encontra-se no campo de incidência do imposto. Assim sendo, ao "remeter a mercadoria para industrialização", ocorreu de fato a circulação da mercadoria (energia elétrica) o que configura a ocorrência do fato gerador e consequentemente a obrigatoriedade de o sujeito passivo de pagar o imposto, exceto nas situações em que a legislação dispensa o pagamento do ICMS neste momento (diferimento, remessa para concerto, etc.);
- c) O industrializador ao devolver o suposto produto industrializado (ar de serviço e instrumento) ao estabelecimento autuado, de fato está entregando outro produto por ele produzido, o que implica em ocorrência de novo fato gerador e obrigatoriedade de pagamento do imposto;

Visto que a operação realizada pelo autuado, motivo deste lançamento de ofício, é na verdade venda de mercadoria tributada, já que a ausência de remessa de matéria-prima, elemento essencial no procedimento em discussão, descaracteriza totalmente a operação de industrialização por encomenda.

Assim, concluem os ilustres julgadores, não há como acatar a pretensão do autuado de que não deve ser exigido o valor do ICMS incidente na saída do estabelecimento de energia elétrica, por conta do valor equivalente da saída de outra mercadoria industrializada por outro estabelecimento que lhe foi entregue, tendo em vista que se tratam de fatos geradores distintos. Acatando tal pretensão, isto ensejaria que diversos contribuintes fizessem permutas de operações de circulação de mercadorias e prestação de serviços, compensando o imposto entre si, o que tornaria a legislação do imposto inaplicável.

Votam pela procedência da infração 1.

Quanto à alegação do autuado, referente à infração 02, falta de recolhimento da parcela correspondente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, de que a regulamentação contida no art. 51-A do RICMS/BA, é inconstitucional nos termos do art. 167, IV da Constituição Federal de 1988, que veda a vinculação prévia de receita de imposto a qualquer fundo ou despesa, observam os ilustres julgadores que o percentual de dois pontos é previsto no art. 16-A da Lei nº 7.014/96. Deverá ser adicionado às alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas no art. 16, II "j" (energia elétrica), destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Referido percentual foi instituído pela Lei nº 7.988, de 21/12/01, com efeitos a partir de 22/12/01 e alterado com a redação atual da Lei nº 8.350, de 28/08/02, com efeitos a partir de 01/01/03 a 31/12/2010.

À argüição da inconstitucionalidade fundamentada no art. 167, IV da CF/88, conforme disposto no art. 167 do RPAF/BA, conclui a ilustre JJF não competir a este órgão declarar a inconstitucionalidade da legislação tributária pela inoportunidade da discussão sobre este tema.

Julgam os d. membros da JJF, por manter o valor exigido na infração 2.

Em comento à alegação defensiva de que a atualização de débitos tributários pela taxa SELIC é abusiva e inconstitucional, diz a i. 3ª JJF que a referida taxa é prevista nos art. 102, § 2º, II da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e conforme disposto no art. 161, § 1º, do citado Código, a taxa SELIC deve ser aplicada na atualização dos débitos tributários Estaduais. Assim, da mesma forma já vista nos relatos anteriores, este órgão julgador não pode declarar a inconstitucionalidade da legislação do Estado (art. 167 do RPAF/BA).

Julgam pela Procedência do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário apresentado por advogados prepostos do recorrente, é trazida à lide argumentação de que saídas para industrialização são sujeitas à suspensão do ICMS, conforme Lei e da existência de processo anterior ainda em julgamento (Auto de Infração nº 279196.0003/04-4), relativo a feitos de 1999.

Na preliminar de decadência citam ensinamentos dos mestres Luciano Amaro e Paulo de Barros Carvalho (Editora Saraiva) e Decisões do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo, todos com exposições interpretativas da decadência ocorrer a 05 anos do fato gerador.

Aponta o recorrente que toda fundamentação legal trazida pelo autuante e emprestadas à autuação, são deficientes e ofendem ao art. 5º, LIV, e LV da CF/88, pois que a empresa envia energia elétrica à empresa, White Martins, recebe os produtos desta, ar comprimido, o qual utiliza em seus processos produtivos e também o vende a clientes diversos. Que tal operação nada mais é que remessa para industrialização com suspensão do ICMS, art. 341 do RICMS/BA. Aduzem que impostos incidentes sobre a saída de energia elétrica assim como sobre a devolução de ar de serviço, devem ambos ser suspensos, e em consequência a exigência fiscal cancelada.

Reproduzem o conceito de industrialização dado pelo CTN, art. 46 § único, e pelo Decreto nº 4544/02 RIPI, art. 4º inciso, ambos corroborando seu entendimento, conforme observa-se também no citado art. 2º § 5º do RICMS/BA.

Explicam que a energia elétrica recebida pela White Martins é utilizada em processos de compressão de gases do ambiente. Este processo acarreta a formação de ar de serviço, produto centenas de vezes mais puro que o ar comum, utilizado para funcionamento de equipamentos industriais e mesmo para limpeza dos mesmos. E que o processo resume-se em compressão,

filtragem (eliminação de aerosóis líquidos, finos, em suspensão, hidrocarbonetos e bactérias), secagem, e após obtido o produto final (ar comprimido) é o mesmo remetido para o estabelecimento industrial do requerente, consistindo a energia elétrica em verdadeiro insumo de industrialização do ar de serviço ou ar comprimido.

Cita o recorrente a Lei Complementar nº 87/96, a qual disciplina o ICMS em todo território nacional, estabelecendo que energia elétrica consumida é equiparada a mercadoria, gerando inclusive direito a crédito do ICMS quando de sua aquisição.

Argúi o recorrente a inconstitucionalidade da alíquota destinada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, na base de 2% adicionada ao ICMS, disposta pelo art. 51 do RICMS/BA. E que o texto constitucional, art. 167 inciso IV da CF/88 veda a vinculação prévia de receita, a qualquer Fundo ou Despesa, representando flagrante violação ao texto constitucional. Cita Decisões do STF a respeito do tema. Não vê sentido na instância administrativa se aplicar normas dissonantes aos princípios que norteiam o Sistema Tributário Nacional e que colidem com jurisprudência do STF.

Com referência a taxa SELIC, o recorrente afirma a mesma apresentar variações muito acima aos 1% previstos no CTN, na verdade incluindo juros, mais atualização monetária, portanto excessivos. Diz da sua nítida natureza remuneratória, isto é, remunera o capital alheio, e não foi instituída, muito menos regulamentada em Lei.

Concluem seu pedido para revisão da Decisão recorrida, para cancelamento do Auto de Infração em comento, e se ultrapassada esta fase, seja reconhecida a alegada decadência. Pleiteia o recorrente o cancelamento da aplicação da taxa Selic na correção monetária do débito, por não possuir natureza de recomposição de perda monetária.

No Parecer exarado pelo ilustre procurador Dr. Deraldo Dias de Moraes Neto, da PGE/PROFIS, ao início aborda a alegada decadência, dizendo da inaplicabilidade do art. 150 § 4º do CTN, por ter a legislação da Bahia regulado a matéria de forma distinta conforme permissivo legal, fixado no art. 965 do RICMS/BA, inciso I.

A seguir o ilustre procurador enfrenta o questionamento da nulidade, ao qual aduz que o art. 124, I, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6284/97 circunda convenientemente a questão por estarem perfeitamente capitulados, o fato (operação tributada, considerada como não), como a repercussão jurídica (não recolheu o ICMS no prazo regulamentado). Ainda que houvesse sido equivocadamente lançada a tipificação (não é o caso), o art. 19 do RPAF/99 prescreve...” *a indicação de dispositivo regulamentar, equivale à menção de dispositivo legal que lhe seja correspondente, não implicando em nulidade ou erro de indicação, desde que das descrições dos fatos quede evidente o enquadramento legal*”.

Quanto a conversão do PAF em diligência, o d. procurador não prevê subsistir a pretensão do recorrente, já que não há divergências sobre as questões postas pela defesa e o posicionamento dos autuantes. A documentação integrante dos autos é suficiente para formação da convicção dos julgadores.

Voltando-se ao questionamento da aplicação da SELIC, o ilustre procurador indica o dispositivo legal, COTEB Lei nº 3959 art. 102, II, além da normatização dada pelos arts. 138, II e 138-B, II do RICMS/BA. Cita o próprio CTN, art. 161, § 1º o qual prescreve...” *se a Lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora serão calculados a taxa de 1% ao mês*”. Conclui que a ilegalidade aventada pelo recorrente não prospera, haja vista o Código Tributário do Estado da Bahia, COTEB, anteriormente citado, o qual prevê a atualização de débito mediante utilização da Taxa SELIC.

Focalizando no mérito do lançamento, o i. procurador cita o RIPI, Decreto nº 4544/02, seu art. 4º, Inciso I, o qual define e estabelece que “industrialização” e qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento ou a finalidade do produto ou ainda, que o aperfeiçoe para o consumo, e que (inciso I) *exercida sobre matéria-prima ou produto intermediário, importe na obtenção de espécie nova (transformação)*. A remessa de um material secundário, no

caso a energia elétrica, entende insuficiente para caracterizar a operação como se fora de industrialização sob encomenda.

Aduz, conforme consta dos autos, que a própria White Martins afirma não receber matéria-prima do autuado, no processamento e produção do ar de serviço. Conclui o ilustre doutor que se não houver as remessas de matérias-primas, como aconteceu no presente PAF, não se operaram remessas para industrialização por encomenda, assumindo a operação a natureza de compra e venda, pura e simples.

Diz do pacífico entendimento desta matéria no CONSEF, e à guisa de informação transcreve a ementa nº 27512/05 da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Passando a análise do lançamento relativo a infração 2, o d. procurador, diz que o autuado manteve a mesma linha de argumentação apresentada na inicial, rediscutindo os mesmos pontos que já foram objeto de manifestação do CONSEF, não adicionando qualquer documento capaz a modificar ou elidir a ação fiscal: dado o fato incontestável apurado em sua escrita fiscal, de não ter efetuado os recolhimentos do imposto a que esta obrigada, a partir das perícias realizadas ao longo do feito, restam comprovadas as alegações do autuante. E há previsibilidade constitucional (art. 82, § 1º e art. 83) para lançamento desse débito, porquanto devido.

Conclui o Dr. procurador, dizendo que todos os argumentos já foram analisados na Primeira Instância, cujo julgamento acha correto, a vista da caracterização e comprovação da infração, e o autuado não trouxe nenhum argumento ou fato novo capaz a ensejar revisão ou elisão do lançamento fiscal. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário apresentado, com a consequente manutenção da Decisão recorrida.

Em Despacho exarado pelo d. procurador do Estado, dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho, vem ratificar o Parecer do dr. Deraldo Dias de Moraes Neto, que concluiu pelo Não Provimento ao Recurso Voluntário apresentado, as fls. 267/289 dos autos.

No mérito, realça o d. procurador que a empresa White Martins de Camaçari, Bahia, não considera a operação de remessa para industrialização, pois que quando remete seus produtos, ar de serviço, ar comprimido para o autuado, o faz mediante emissão de notas fiscais de vendas.

E no tocante à alegação de créditos na entrada de produtos, expõe o ilustre procurador tratarem-se de bens de uso e consumo, portanto o ar comprimido e o ar de serviço, utilizados na limpeza de equipamentos, não geram direito a créditos quaisquer.

Referenda o ilustre procurador, o julgamento e o opinativo anteriores, quanto ao Fundo de Combate à Pobreza e à aplicação da taxa SELIC, pela assertiva da aplicabilidade dos mesmos.

VOTO

Observo de pronto, que as preliminares de nulidade e de decadência dos fatos fiscais apontados no presente PAF pelo recorrente, restam superadas.

Haja vista extensas exposições contidas neste relatório, a minha convicção quanto a nulidade não proceder, estriba-se no fato estabelecido, qual fora o de remeter mercadorias tributadas, sem recolhimento do imposto, contrariando desta forma ao quanto disposto no art. 124, inciso I do Decreto nº 6284/97 e consubstanciado, também, o lançamento pelo art. 19 do RPAF/99.

Quanto à preliminar de decadência, intentada na defesa, vejo a inaplicabilidade do citado art. 150, § 4º, em virtude do permissivo legal ao Estado da Bahia, legislar especificamente, como o fez através do art. 965, inciso I do RICMS/BA.

Da mesma forma, o questionamento de débitos corrigidos pela taxa SELIC, verifico que o mesmo CTN, em seu art. 161 § 1º concede capacidade à Lei para dispor de forma diferente a juros de 1% ao mês, e a Lei nº 3959 (COTEB), art. 102, inciso II, prevê a atualização monetária de débitos com aplicação da taxa Selic, e com normatização através os arts. 138, II e 138-B II do Regulamento do ICMS/BA.

Com respeito ao mérito do lançamento fiscal da infração 01, compreendendo a venda de energia elétrica do recorrente e por este a empresa White Martins, em Camaçari, Bahia, o qual,

irresignado, reprisa os mesmos argumentos anteriores, de ter-se tratado de remessa da energia elétrica para industrialização, tendo de volta o produto resultante que lhe foi fornecido, o ar de serviço ou ar comprimido.

A caracterização da industrialização por encomenda, deve comportar envio de matérias-primas e/ou produtos intermediários, os quais em processo industrial seguinte de transformação, resultariam em outro produto, modificada sua natureza, o funcionamento, o acabamento, a utilidade, a finalidade ou ainda o aperfeiçoamento para o consumo, com posterior devolução ao mesmo remetente.

A inexistência do envio de matéria-prima, desabilita de plano o intuito do recorrente em ver albergada sob o título de remessa para industrialização, as operações de vendas de energia elétrica à empresa White Martins, conforme a mesma assim informa a fls. 314/316 dos autos. Tanto devem ser tributadas as vendas à indústria de gases, quanto ao recorrente.

No que se refere à infração 2 do lançamento em comento, relativa à falta de recolhimento da alíquota de 2% vinculada ao recolhimento do ICMS, e destinada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, adentrando ao questionamento da constitucionalidade aventada pelo recorrente, pela cobrança vinculada ao ICMS de dois pontos percentuais destinados a este Fundo, a mesma é procedente, e está estabelecida no art. 16, A da Lei nº 7014/96.

Referido percentual deverá ser adicionado às alíquotas incidentes e prestações indicadas no art. 16, inciso VI, “j” (energia elétrica), instituído que foi por Lei nº 7988 de 21/12/01, alterado com a redação atual da Lei nº 8350 de 28/02/02 e com efeitos a partir de 01/01/03 até 31/12/2010.

O meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado, e pela manutenção da PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 279196.0001/05-0, lavrado contra BRASKEM S/A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$1.351.860,58, sendo R\$178.203,27, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$1.173.657,31, acrescido da mesma multa, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as) Oswaldo Ignácio Amador, Ciro Roberto Seifert, Fábio de Andrade Moura, Fernando Antonio Brito Aratijo e Antonio Ferreira de Freitas.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Gilberto Freire Leal Filho.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de abril de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS-PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR –REPRES. PGE/PROFIS