

A. I. N° - 269197.0003/18-0
AUTUADA - LOJAS RIACHUELO S/A
AUTUANTES - MARCELO DE AZEVEDO MOREIRA, HÉLIO ANTONIO MEDIANO e JOSÉ LUIS S.
SANTOS
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 29.03.2019

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0032-05/19

EMENTA: ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. INCIDÊNCIA. CONSUMO NA COMERCIALIZAÇÃO. Procede a cobrança de imposto na entrada de energia elétrica oriunda de outros Estados, quando aproveitada para uso nas atividades comerciais do contribuinte. Despiciendo para fixação da responsabilidade tributária, estar o contribuinte diretamente conectado à Rede Básica de Transmissão, estando esta ligada a um distribuidor de energia que, ao invés de consumi-la, providencia seu repasse para o destinatário final. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Vale salientar de início, que o presente relatório atende aos parâmetros de elaboração desenhados no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos participantes processuais.

O presente Auto de Infração, lavrado em 13/08/2018, tem como fundamento a falta de recolhimento de imposto alusivo à aquisição interestadual de energia elétrica no Mercado Livre de Energia e atinge fatos geradores ocorridos de março a dezembro de 2016 e janeiro a dezembro de 2017.

Detalhadamente, a cobrança contém a seguinte exigência:

Infração 1 – 02.01.24: Deixou, o contribuinte, de recolher o ICMS incidente sobre a entrada de Energia Elétrica em seu estabelecimento, adquirida por meio de Contrato de Compra e Venda, firmado em ambiente de Contratação Livre – ACL. Estando ele conectado, diretamente à Rede Básica de transmissão, para fim de seu próprio consumo. Mesmo tendo sido a operação regularmente escriturada.

O estabelecimento adquiriu energia elétrica em outra Unidade da federação em ambiente de contratação livre, nos termos definidos nos artigos 400/403 C/C332, inciso XVI, omitindo-se do recolhimento do ICMS incidente sobre tais operações. Integra o lançamento o demonstrativo Anexo I, que evidencia o cálculo analítico do débito por operação de entrada.

O valor histórico monta R\$205.883,80 e o enquadramento legal se dá pelos arts. 400 e 401 do RICMS, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, arts. 16, II, “i”, 16-A, V, 17, §1º e 34, III, todos da Lei 7014/96, c/c os e cláusulas primeira, segunda e terceira, inciso I, do Convênio ICMS 77/2011, e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei atrás mencionada.

Com o fito de emprestar consolidação à acusação tributária, os autuantes anexam, entre outros documentos, científicação do início da ação fiscal (fl. 06), demonstrativos do cálculo da falta de recolhimento de ICMS incidente nas aquisições interestaduais de energia elétrica (fls. 10/12), DANFES registradores das vendas de energia elétrica (fls. 16/37), CDR contendo arquivos digitais (fl. 38).

Ciente do lançamento em 27.8.2018 (fls. 40/41), contribuinte oferta impugnação (fls. 43/61) em 02.10.2018, com registro no sistema de protocolo (fl. 42), pontuando desde logo ser ela tempestiva.

Após lembrar estar o crédito tributário com a exigibilidade suspensa, o contribuinte pontua que não se encontra diretamente conectado à rede básica de transmissão, condição nuclear para que sofresse a imputação tributária.

Neste fio, traz a lume a Resol. ANEEL 67/2004, a qual indica, no art. 3º, o que compõe a rede básica do sistema interligado nacional (SIN) e, no dispositivo seguinte, o que não integra a rede básica do sistema interligado nacional (SIN), ponderando que não recebe a energia diretamente da citada rede básica, até porque é a “Coelba”, na qualidade de distribuidor de energia, quem faz o repasse desta para a autuada.

Com base nestes fatos, continua a sustentar a autuada, não está ela enquadrada como responsável tributário, visto que, pelas disposições contidas no art. 6º da LC 87/96, lei estadual *poderá* atribuir a contribuinte do imposto a condição de substituto tributário e, pelo art. 9º, §1º, da citada lei complementar, a adoção do regime da substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado entre os Estados.

De sorte que o acordo interestadual previsto no caso é o Conv. ICMS 77/2011, cuja cláusula primeira estabelece que pode figurar como substituto tributário o consumidor de energia que, tendo-a adquirido em ambiente de contratação livre, esteja ligado diretamente à rede básica de transmissão, o que não é o caso da autuada.

Em seguida, com lastro na busca da verdade material, postula a realização de perícia técnica, designadamente para demonstrar que a autuada não se ata diretamente à rede básica de transmissão, estando sua conduta acorde com a legislação regente da matéria.

Por fim, tendo em mira o percentual da multa, invoca a impugnante ser ele confiscatório.

Nestes termos, alega ser absurdo o percentual aplicado de penalidade, ficando latente a constitucionalidade desta exigência, e traz escólios do STF.

Dessa forma, se mantida a exigência tributária, o que se cogita apenas por hipótese, minimamente deve ser reduzida a penalidade imposta, para patamares proporcionais com a suposta conduta que a Impugnante teria praticado.

Pede, em síntese, a improcedência do auto de infração.

Dentre outros documentos, acompanham a defesa procuraçāo (fls. 63/64), substabelecimento (fl. 65), carteira da OAB (fl. 66), ata da assembleia geral (fls. 67/72), termos de posse de diretor (fls. 73/77) e mídia eletrônica contendo cópia da impugnação (fl. 79).

Em suas informações fiscais (fls. 81/95), os autuantes rebateram a vertente principal impugnatória - não estar a empresa conectada diretamente à rede básica de transmissão - conferindo o sentido prático dado ao art. 2º, §1º, III, da LC 87/96, c/c o art. 2º, III, 4º, VIII, e 5º, §1º, IV, da Lei 7014/96.

Para eles, a implantação do princípio do destino nas aquisições interestaduais de energia elétrica não foi instituída em prol do consumidor, mas em favor do estado destinatário, a quem cabe receber a totalidade do imposto incidente na operação, circunstância inclusive confirmada pelo STF, em decisão prolatada no RE 198.088-5.

E referenciam que o STJ – no REsp 1340323 – já ratificou que a não incidência do imposto estadual nas operações de energia só se dá quando a energia comprada sofrer um novo processo de industrialização ou ela mesma for comercializada.

Analizando a fundo a alegação de que a empresa não estava conectada diretamente à rede básica de transmissão, os informantes sustentam que tal particularidade não lhe retira a responsabilidade tributária, até porque aquela recebeu a energia por intermédio de distribuidora que atende a maioria dos consumidores baianos, cobrando-lhe apenas os encargos de transmissão, tal qual exige o art. 400, §3º.

Por seu turno, advertem que o Conv. ICMS 77/2011, meramente autorizativo para efeito de adesão pela Bahia, apenas previu a possibilidade de atribuir à empresa distribuidora ou a destinatária da

energia que esteja ligada diretamente à rede básica de transmissão, sendo que, em relação à distribuidora, no caso a Coelba, esta obteve provimento judicial no proc. 0522779-83.2014.8.05.0001, retirando-lhe a obrigação de pagar o tributo, de modo que a obrigação passou a ser da autuada, do RICMS-BA.

Contrastam ser prescindível a perícia técnica, até porque um dos autuantes tem formação em engenharia elétrica.

E lembram que já se encontram nos autos os elementos de prova necessários à subsistência do lançamento, notadamente os Danfes representativos das compras de energia oriunda de outros Estados.

Arrematam dizendo que constitui matéria não adequada à discussão administrativa a arguição de violência à proporcionalidade e vedação de confisco como óbices à aplicação da multa de 60%.

Sorteado o processo para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo.

Considero suficientes para formação da minha convicção os elementos probatórios carreados aos autos, estando o PAF devidamente instruído.

É o relatório. Passo a decidir.

VOTO

Cabe examinar, inicialmente, as questões formais e preliminares do processo.

O presente lançamento cumpre com os requisitos de lei, constatados todos os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua validade.

A impugnação foi oferecida dentro do prazo regulamentar, não se identificando aqui anomalias com extemporaneidade.

De logo, indefiro o pedido de perícia formulado pela impugnante, por entender presentes nos autos os elementos fático-probatórios suficientes para instrução e deliberação acerca da exigência fiscal. A solicitação teve como objetivo demonstrar que a empresa não estava diretamente ligada à rede básica de transmissão e parece restar incontrovertida esta circunstância nos autos, visto que admitido pelos autuantes. Incontroverta e desnecessária, conforme se verá adiante.

A celeuma reside em saber se deve o adquirente comercial, estranho ao ramo energético, pagar o ICMS incidente nas compras interestaduais de energia elétrica na entrada da mercadoria, mesmo não estando ela diretamente conectada à rede básica de transmissão.

Portanto, a análise passa pela interpretação a ser conferida a vários dispositivos que regimentam a matéria, a começar pela Lei Maior, no seu art. 155:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

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:

(...)

X - não incidirá:

(...)

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;”

Sabe-se que, regra geral, o ICMS tem sua sistemática de direcionamento do produto da arrecadação norteada pelo princípio da origem. Assim, o beneficiário do imposto estadual será aquele ente federativo onde se localizar o contribuinte que promover a operação mercantil, no

mais das vezes, a saída da mercadoria (sem se querer abordar aqui a prestação dos serviços tributados pelo imposto estadual).

Quis o constituinte inverter esta lógica de titularização do sujeito ativo, para as transações interestaduais que envolvem a energia elétrica, entre outros produtos, como regra imunizante parcial para o Estado de origem, ao implantar, nestes casos, o princípio do destino, vale dizer, atribuir como usufrutuário do imposto o sujeito ativo onde estiver localizado o adquirente do produto.

Noutras palavras: blindou com a imunidade as movimentações interestaduais de energia elétrica, de modo que a unidade federativa de onde partiu a operação não pode reclamar em seu favor o ICMS que normalmente incidiria se ali se admitisse o princípio da titularização pela origem.

Entretanto, como o objetivo desta imunidade é transferir a titularidade da sujeição ativa para a unidade federativa de destino, seria preciso fixar em qual momento e condições isto se daria.

Consciente desta excepcionalidade constitucional, o legislador complementar resolveu considerar tal momento como sendo a entrada no território do Estado destinatário da energia elétrica, dentre outras mercadorias, desde que não adquirida para comercialização ou industrialização.

Esta é a disposição contida no art. 2º, §1º, XII, c/c os arts. 13, VIII e 33, II todos da LC 87/96, *verbis*:

Art. 2º O imposto incide sobre:

(...)

§ 1º O imposto incide também:

(...)

III - sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

(...)

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

VIII - na hipótese do inciso XII do art. 12, o valor da operação de que decorrer a entrada;

(...)

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

(...)

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; [\(Incluída pela LCP nº 102, de 11.7.2000\)](#)

b) quando consumida no processo de industrialização; [\(Incluída pela LCP nº 102, de 11.7.2000\)](#)

c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e [\(Incluída pela LCP nº 102, de 11.7.2000\)](#)

d) a partir de 1º de janeiro de 2020 nas demais hipóteses; [\(Redação dada pela Lcp nº 138, de 2010\)](#)

Resta saber o que significa no contexto da norma transcrita, aquisição de energia não destinada à comercialização ou industrialização.

Do ponto de vista do contribuinte, à vista deste dispositivo, haveria a obrigação tributária quando a energia elétrica adquirida de outros Estados não fosse vertida para uso no seu processo produtivo ou para comercialização.

Do ponto de vista dos i. auditores fiscais, à vista deste dispositivo, só não haveria o nascimento da obrigação tributária na entrada interestadual, se a energia comprada fosse revendida ou transformada para aperfeiçoar o seu consumo, mas ainda como energia.

Pouco importa se há transformação de tensão para a energia ser consumida pela autuada. Na

verdade, a energia não foi industrializada para ser revendida. Repita-se: foi adquirida para ser consumida na sua atividade de comercialização.

Acertam os autuantes ao ponderarem que o fato gerador se dá quando da entrada no estabelecimento da energia elétrica para consumo, sendo a adequabilidade da tensão um mero procedimento de utilização operacional da mercadoria.

É de se notar, que a legislação regente da matéria pende pela recepção do entendimento defendido na autuação.

Em primeiro lugar, vejam-se os mandamentos contidos no inciso VIII do art. 4º da Lei nº 7014/96:

"Art. 4º. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

VIII - da entrada, no território deste Estado, de lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo e de energia elétrica oriundos de outra unidade da Federação, quando não destinados à comercialização, industrialização, produção, geração ou extração (LC 87/96 e 102/00)

Destarte, dá-se a realização da hipótese de incidência do imposto na entrada em território baiano da energia originada de outros entes federativos.

Logo, a despeito da imunidade incidente nas saídas interestaduais da citada mercadoria e o acolhimento do princípio do destino, intentou o legislador estadual que houvesse o recolhimento logo na entrada no território onde se localize o destinatário, exceto se a energia elétrica estiver direcionada para nova comercialização, industrialização, produção, geração ou extração.

Vê-se claramente que as atividades de comercialização, industrialização, produção, geração e extração ali referenciadas aludem ao tratamento que será dado à energia elétrica e demais produtos na mesma situação: se a energia adquirida é comercializada, não se pagará o imposto na entrada; se a energia adquirida é industrializada no sentido de ser aperfeiçoada para consumo, não se pagará o imposto na entrada; se a energia é adquirida para nova geração, não se pagará o imposto na entrada; e se a energia é adquirida para nova produção, não se pagará o imposto na entrada.

Havendo a entrada na Bahia, a partir daí poder-se-á cobrar o ICMS. A sujeição passiva poderia ser direta, a ser atribuída ao contribuinte do tributo, aquele que tem relação pessoal e imediata com o fato gerador, ou indireta, na condição de responsável tributário *stricto sensu*, atribuindo-se por imposição legal o cumprimento da obrigação a alguém postado na cadeia produção/consumo antes do contribuinte.

Esta última opção intentou fazer o legislador do Conv. ICMS 77/2011, ao franquear ao distribuidor de energia o ônus de pagar o imposto estadual. Obtendo este último, ordem judicial para não assumir o pagamento, não há que se falar em observância dos mandamentos insertos no citado acordo interestadual.

De modo inequívoco, os Danfes juntados pela auditoria às fls. 16 a 37, bem demonstram que a energia foi comprada pela empresa autuada, portanto, adquirente da mercadoria. Os valores cobrados pela “Coelba” apenas dizem respeito às despesas havidas pela transmissão e distribuição da energia. A venda do produto se deu entre a “IBS Comercializadora”, fornecedora paulista, e a “Lojas Riachuelo”, cliente situada na Bahia.

Portanto, para deslinde da questão, é de se identificar nesta operação quem é o contribuinte do imposto, aquele - repita-se – que possui relação pessoal e direta com a ocorrência do fato gerador, nos moldes do art. 121, parágrafo único, I do CTN.

Com efeito, reza o art. 4º, parágrafo único, IV da LC 87/96:

"Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Parágrafo único. É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial:

(...)

IV - adquira lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização” (negritos da transcrição).

Mandamento replicado pelo inciso IV do §1º do art. 5º da Lei 7014/96, a saber:

Art. 5º Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

§ 1º É também contribuinte a pessoa física ou jurídica que, mesmo sem habitualidade ou intuito comercial:

(...)

IV - adquira de outra unidade da Federação lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo e energia elétrica, quando não destinados à comercialização, industrialização, produção, geração ou extração (LC 87/96 e 102/00)” (negritos da transcrição).

Pela inteligência destes dispositivos legais (contidos na lei complementar e na lei institutiva do imposto), o contribuinte do ICMS na operação interestadual envolvendo energia elétrica é o adquirente da mercadoria.

E, indubiosamente, à vista das notas fiscais de venda trazidas pela fiscalização, o adquirente da energia elétrica é quem figura como contribuinte do imposto, o comprador do produto, vale dizer, a empresa autuada.

Não há como desvincilar-se deste vínculo jurídico-tributário, salvo se alguém, autorizado por lei, estivesse substituindo o sujeito passivo direto nesta obrigação. E, decididamente, não há ninguém com tal compromisso legal, haja vista o provimento judicial conquistado pela “Coelba”.

Portanto, afigura-se totalmente dispensável saber se o adquirente da energia estava ou não conectado diretamente à rede básica de transmissão. Não há tal condicionante nos preceptivos legais regedores da matéria, nem na lei estadual, muito menos na lei complementar de normas gerais.

Daí ser desnecessário investigar-se através de perícia técnica se estava a autuada atada a rede de transmissão. Estar desatrelado a ela não a retira da condição de contribuinte, cujo pagamento deverá ser feito quando da entrada da energia no território baiano.

Por conseguinte, se a autuada não fez o recolhimento do imposto quando da ocorrência do fato gerador e, em seguida, no prazo estabelecido pela legislação tributária, deve a presente exigência fiscal ser considerada inegavelmente subsistente.

Como arremate, guardando consonância com a lógica até agora desenvolvida, o Regulamento Baiano do ICMS aponta exatamente a situação enfrentada neste PAF, qual seja, quando o contribuinte adquire em outro ente federativo energia elétrica no ambiente de contratação livre (ACL), caso em que tomará como base inicial imponível o valor da nota fiscal emitida pelo remetente da mercadoria (os documentos fiscais constam nos autos), de cujo tributo, em guia separada, será recolhido no prazo regulamentar.

Importante trazer a lume a redação atual do art. 400 do RICMS-BA:

“Art. 400. O cálculo do ICMS devido pelo consumidor de energia elétrica, responsável pelo pagamento quando adquirido em outra unidade da Federação em ambiente de contratação livre, nos termos inciso VIII do caput do art. 4º e no inciso IV do § 1º do art. 5º da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, tomará por base o valor da nota fiscal emitida pelo remetente da energia elétrica, acrescido dos valores cobrados por todas as empresas transmissoras pela conexão e uso dos respectivos sistemas de transmissão, aos quais deve ser integrado o montante do próprio imposto.

(...)

§ 2º O adquirente deverá recolher o ICMS devido em documento de arrecadação em separado, no prazo

previsto no inciso XVI do art. 332" (negritos da transcrição).

Sem embargo de não tratar como fulcro central a questão ora debatida, o E. STJ, em sede de recursos repetitivos, apontou ser devido o pagamento do ICMS na entrada interestadual de energia elétrica, quando consumida no processo industrial. Eis a ementa, com especial destaque para os itens 5, 9 e 11:

"RECURSO ESPECIAL Nº 1.117.139 - RJ (2009/0099551-5)

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX

RECORRENTE : SENDAS DISTRIBUIDORA S/A

ADVOGADO : WILLIAN MARCONDES SANTANA E OUTRO(S)

RECORRIDO : ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADOR : CLÁUDIA COSENTINO FERREIRA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO (PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE). AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA NO ESTABELECIMENTO COMERCIAL (SUPERMERCADO). ATIVIDADES DE PANIFICAÇÃO E CONGELAMENTO DE ALIMENTOS. ARTIGO 33, II, "B", DA LEI COMPLEMENTAR 87/96. ARTIGO 46, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN. DECRETO 4.544/2002 (REGULAMENTO DO IPI). PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. CREDITAMENTO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE.

1. As atividades de panificação e de congelamento de produtos perecíveis por supermercado não configuram processo de industrialização de alimentos, por força das normas previstas no Regulamento do IPI (Decreto 4.544/2002), razão pela qual inexiste direito ao creditamento do ICMS pago na entrada da energia elétrica consumida no estabelecimento comercial.

2. A Lei Complementar 87/96, pelo princípio da não-cumulatividade, assegura ao sujeito passivo do ICMS, entre outros, o direito de creditamento do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria destinada ao uso ou consumo do estabelecimento (artigo 20, caput).

3. O artigo 33, II, da lei complementar em tela, no que concerne ao direito de aproveitamento de crédito de ICMS decorrente da energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento, previu o que se segue:

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

(...)

II - a energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento dará direito de crédito a partir da data da entrada desta Lei Complementar em vigor;" (redação original)

"II – somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;

b) quando consumida no processo de industrialização;

c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e

d) a partir de 1º de janeiro de 2003, nas demais hipóteses;" (inciso e alíneas com a redação dada pela Lei Complementar 102, de 11 de julho de 2000)

"d) a partir de 1º de janeiro de 2007, nas demais hipóteses;"(alínea com a redação dada pela Lei Complementar 114, de 16 de dezembro de 2002)

"d) a partir de 1º de janeiro de 2011, nas demais hipóteses;" (redação dada pela Lei Complementar 122, de 12 de dezembro de 2006)

(....)"

4. A redação original do inciso II, do artigo 33, da Lei Complementar 87/96, preceituava que a energia elétrica genericamente usada ou consumida no estabelecimento geraria direito ao creditamento do ICMS, a partir de 1º.11.1996 (data da entrada em vigor da aludida lei complementar).

5. Deveras, com o advento da Lei Complementar 102/2000 (entrada em vigor em 1º.08.2000), a entrada de energia elétrica no estabelecimento somente ensejaria direito de crédito: **(i)** quando objeto de operação de saída de energia elétrica (alínea "a"); **(ii)** quando consumida no processo de industrialização (alínea "b"); **(iii)** quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior (alínea "c"); e **(iv)** a partir de 1º de janeiro de 2003, nas demais hipóteses (alínea "d").

6. A Lei Complementar 114, de 16 de dezembro de 2002 (vigência a partir de 17.12.2002), no que concerne

às hipóteses diversas das previstas nas alíneas "a", "b" e "c", do inciso II, do artigo 33, da Lei Kandir, dispôs que haveria direito de creditamento de ICMS na entrada de energia elétrica no estabelecimento a partir de 1º de janeiro de 2007.

7. Por fim, a Lei Complementar 122, de 12 de dezembro de 2006 (entrada em vigor em 13.12.2006), determinou que o aludido direito de creditamento do ICMS na entrada de energia elétrica no estabelecimento (em hipóteses outras que as elencadas nas alíneas "a", "b" e "c", do inciso II, do artigo 33, da LC 87/96) surge somente a partir de 1º de janeiro de 2011.

8. Consecutariamente, a entrada de energia elétrica no estabelecimento, que não for objeto de operação de saída de energia elétrica, que não for consumida no processo de industrialização e cujo consumo não resulta em operação de saída ou prestação para o exterior, somente ensejará direito ao creditamento de ICMS a partir de 1º.01.2011.

9. In casu, contudo, o estabelecimento comercial (supermercado) ajuizou embargos à execução fiscal fundada em auto de infração, lavrado em 20.08.2004, que considerou indevido o creditamento de ICMS pago na entrada de energia elétrica consumida nas atividades de panificação e congelamento de produtos perecíveis.

10. Deveras, o objeto social da empresa, ora recorrente, consiste na "comercialização de produtos manufaturados, semi-manufaturados, ou in natura, nacionais ou estrangeiros, de todo e qualquer gênero e espécie, natureza ou qualidade, desde que não vedada por lei, bem como a industrialização e processamento de produtos por conta própria ou de terceiros", tendo sido confirmado, pelo Tribunal de origem, que o supermercado, em alguns setores, realiza atividades tendentes à transformação de matéria-prima e ao aperfeiçoamento de produtos destinados ao consumo.

11. A tese genérica de que o contribuinte tem direito ao creditamento de ICMS se comprovar ter utilizado a energia elétrica "no processo de industrialização", ex vi do disposto no artigo 33, II, "b", da Lei Complementar 87/96, foi consagrada pela Primeira Seção, no âmbito de embargos de divergência interpostos por estabelecimento industrial (EREsp 899.485/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 13.08.2008, DJe 15.09.2008).

12. O parágrafo único, do artigo 46, do CTN, ao versar sobre o IPI, considera industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.

13. Nada obstante, as normas previstas no Regulamento do IPI (Decreto 4.544/2002) afastam a caracterização das atividades de panificação e congelamento de alimentos como industriais.

14. Com efeito, o artigo 3º, do aludido regulamento, preceitua que "produto industrializado é o resultante de qualquer operação definida neste Regulamento como industrialização, mesmo incompleta, parcial ou intermediária".

15. As características e modalidades de industrialização restaram elencadas no artigo 4º, do Decreto 4.544/2002, verbis:

"Art. 4º Caracteriza 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 (Lei nº 4.502, de 1964, art. 3º, parágrafo único, e

Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, art. 46, parágrafo único):

I - a que, exercida sobre matérias-primas ou produtos intermediários, importe na obtenção de espécie nova (transformação);

II - a que importe em modificar, aperfeiçoar ou, de qualquer forma, alterar o funcionamento, a utilização, o acabamento ou a aparência do produto (beneficiamento);

III - a que consista na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte um novo produto ou unidade autônoma, ainda que sob a mesma classificação fiscal (montagem);

IV - a que importe em alterar a apresentação do produto, pela colocação da embalagem, ainda que em substituição da original, salvo quando a embalagem colocada se destine apenas ao transporte da mercadoria (acondicionamento ou reacondicionamento); ou V - a que, exercida sobre produto usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização (renovação ou recondicionamento).

Parágrafo único. São irrelevantes, para caracterizar a operação como industrialização, o processo utilizado para obtenção do produto e a localização e condições das instalações ou equipamentos empregados. "

16. O aludido regulamento, por seu turno, enumera as operações que não são consideradas industrialização,

entre as quais consta: "I - o preparo de produtos alimentares, não acondicionados em embalagem de apresentação: a) na residência do preparador ou em restaurantes, bares, sorveterias, confeitorias, padarias, quitandas e semelhantes, desde que os produtos se destinem a venda direta a consumidor" (artigo 5º, inciso I, alínea "a", do Regulamento do IPI).

17. O regulamento do IPI, em seu artigo 6º, incisos I e II, esclarece que embalagem de apresentação não se confunde com o acondicionamento para transporte do produto.

18. Conseqüentemente, a atividade de panificação, desenvolvida pelo supermercado, não se afigura como "processo de industrialização", à luz do disposto no artigo 46, do CTN, em virtude da exceção prevista no artigo 5º, inciso I, alínea "a", do Decreto 4.544/2002, que se apresenta como legislação tributária hígida.

19. A atividade de congelação de alimentos, por seu turno, não se amolda aos critérios estabelecidos no artigo 4º, do regulamento citado.

20. O Supremo Tribunal Federal, em 22.10.2009, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 588.954/SC, cujo thema iudicandum restou assim identificado:

"ICMS. Creditamento de serviços de energia elétrica utilizado no processo produtivo. Princípio da não-cumulatividade. Supermercado. Atividade industrial de alimentos. Panificação e congelação."

21. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, como cediço, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes.

22. É que os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008).

23. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do thema iudicandum, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso.

24. Os dispositivos legais apontados como violados restaram implicitamente prequestionados, não se vislumbrando violação do artigo 535, do CPC, uma vez que o acórdão recorrido afastou a alegação de cerceamento de defesa (pugnando pela desnecessidade da prova) e considerou impossível o creditamento do ICMS, ao fundamento de que "a atividade desenvolvida pela apelante não pode ser considerada como industrial para efeito de creditamento, porquanto ainda que se vislumbre, em alguns setores, a transformação de matéria-prima e o aperfeiçoamento de produtos destinados ao consumo, seu desempenho possui caráter secundário no plano empresarial, focado, essencialmente, na comercialização de bens de consumo".

25. O artigo 557, do CPC, autoriza o relator a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (redação dada pela Lei 9.756/98).

26. A manutenção do julgado monocrático pelo órgão colegiado, em sede de agravo interno, com a encampação dos fundamentos exarados pelo relator, torna prejudicada a controvérsia acerca da regular aplicação do caput, do artigo 557, do Código de Processo Civil (Precedentes do STJ: AgRg no Ag 1.155.697/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17.09.2009, DJe 13.10.2009; AgRg no Ag 807.013/GO, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 03.09.2009; REsp 772.447/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 27.11.2008; AgRg no REsp 389.936/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 09.09.2008, DJe 09.10.2008; e REsp 1.038.501/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 17.04.2008, DJe 12.05.2008).

27. A apontada violação dos artigos 130 e 131, do CPC, não resta configurada, quando o Tribunal de origem, prestigiando o princípio do livre convencimento motivado do julgador, considera desnecessária a produção de prova, sob o fundamento de que "a atividade desenvolvida pela apelante não pode ser considerada como industrial para efeito de creditamento, porquanto ainda que se vislumbre, em alguns setores, a transformação de matéria-prima e o aperfeiçoamento de produtos destinados ao consumo, seu

desempenho possui caráter secundário no plano empresarial, focado, essencialmente, na comercialização de bens de consumo".

28. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008” (grifos duplos da transcrição).

Vencido este aspecto, cabe examinar se a cobrança carece de aplicação da multa, haja vista a circunstância do seu percentual implicar em confisco.

Na verdade, a proposição da multa de 60%, teve respaldo em comando de lei (art. 42, II, “f” da Lei nº 7014/96).

Tem este Colegiado, a obrigação de basear-se na penalidade prevista em lei. Para as situações retratadas neste PAF, a sanção cabível é aquela consignada no lançamento.

Há a conformação do ilícito tributário à previsão normativa mencionada no corpo do auto de infração.

Quanto à alegação de confisco, falece competência a esta JJF, apreciar pedido de dispensa ou redução de pena pecuniária em vista de inconstitucionalidades, segundo vedação disposta no art. 167 do RPAF-BA.

Afasto, pois, o pedido de inaplicação da penalidade.

Pelo exposto, considero insubsistente os motivos defensivos agitados e julgo o presente lançamento de ofício **PROCEDENTE**.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269197.0003/18-0**, lavrado contra **LOJAS RIACHUELO S/A**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$205.883,80**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de Fevereiro de 2019.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR