

PROCESSO - A. I. Nº 206888.0023/17-1
RECORRENTE - FAZENDA BRASILEIRO DESENVOLVIMENTO MINERAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0042-01/20-VD
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 02/12/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0273-11/21-VD

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. ENERGIA ELÉTRICA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RELATIVO À AQUISIÇÃO POR CONTRATO FIRMADO EM AMBIENTE DE CONTRATAÇÃO LIVRE – ACL. O imposto incide sobre a entrada, no território do Estado destinatário, decorrente de operações interestaduais de energia elétrica, quando não destinada à comercialização ou à industrialização da própria energia elétrica, e não àquelas operações destinadas à industrialização de outros produtos. Infração subsistente. Retificada a multa aplicada. Não acolhida a nulidade arguida. Mantida Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de Recurso Voluntário interposto pela autuada, em razão do Acórdão 1ª JJF Nº 0042-01/20-VD, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 11/06/2017, para exigir ICMS no valor histórico de R\$324.845,04, em razão de uma única infração, descrita da forma a seguir:

Infração 01 – 02.01.02: Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios.

Consta adicionalmente na descrição da conduta infracional imputada ao autuado que: “Adquiriu energia elétrica no chamado MERCADO LIVRE no exercício de 2017, nos meses de fevereiro e março, provenientes do Estado de Minas Gerais, tendo como fornecedor o contribuinte titular do CNPJ nº. 06.981.176/0001-58, entretanto não efetuou o recolhimento do ICMS devido, no valor total de R\$324.845,04, referente às notas de aquisições nºs 70350 e 71803, com DANFES anexados ao presente auto de infração, sendo R\$172.526,88, referente ao mês de fevereiro e 152.318,16, relativo ao mês de março do mesmo ano de 2017”.

Período de ocorrência: fevereiro e março de 2017.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 21/05/2020 (fls. 172 a 178) e julgou o Auto de Infração Procedente, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

Inicialmente, no que tange à nulidade arguida pelo impugnante, não vislumbro como possa prosperar a pretensão defensiva, haja vista que a compensação do débito exigido na autuação com créditos fiscais existentes na sua escrita fiscal não encontra amparo na legislação. Isto porque, tratando-se de exigência de imposto apurada mediante ação fiscal iniciada, a possibilidade da aduzida compensação - que poderia ser exercida pela empresa na apuração mensal do imposto antes do início da ação fiscal - resta prejudicada, pois, afastada a espontaneidade da apuração normal (débito-crédito), em face da ação fiscal que resultou na autuação em exame.

Na realidade, existe previsão regulamentar no sentido de utilização de créditos fiscais acumulados para pagamento de débito do imposto decorrente de Auto de Infração, conforme estabelecido nos artigos 316 e 317, I, “b” do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, abaixo reproduzidos:

Art. 316. Os créditos acumulados relativos a cada mês serão transferidos, no final do período, do campo “valor total de ajustes estornos de créditos” no Registro E110 (Apuração do ICMS - operações próprias), para o Registro 1200, relativo ao controle de crédito acumulado da EFD, de acordo com a origem dos

créditos.

Art. 317. Os créditos fiscais acumulados nos termos do § 4º do art. 26 da Lei nº 7.014, de 4 de dezembro de 1996, poderão ser:

I - utilizados pelo próprio contribuinte:

[...]

b) para pagamento de débito do imposto decorrente de entrada de mercadoria importada do exterior, denúncia espontânea, débito declarado, auto de infração ou notificação fiscal (g.n.).

Vale registrar que a redação atual da alínea “b”, do inciso I, do caput do art. 317, foi dada pelo Decreto nº 18.085, de 21/12/17, DOE de 22/12/17, efeitos a partir de 01/01/18, sendo que a redação originária, que produziu efeitos até 31/12/17 - período de que cuida o presente Auto de Infração – também já trazia a admissibilidade de utilização de créditos acumulados para pagamento de débito do imposto decorrente de autuação fiscal.

Entretanto, cabe também consignar que a utilização de créditos fiscais para pagamento de débito do imposto decorrente de Auto de Infração, não pode ser realizada unilateralmente pelo Contribuinte, haja vista que depende de autorização do órgão competente, conforme disposto no inciso I, do § 3º, do mesmo artigo 317, abaixo transcrita:

Art. 317. [...]

[...]

§ 3º Dependerá de autorização do inspetor fazendário do domicílio do contribuinte e, no âmbito da DAT METRO, do titular da coordenação de processos:

I – a utilização do crédito acumulado pelo próprio contribuinte para pagamento de débitos decorrentes de entrada de mercadoria importada do exterior, denúncia espontânea, débito declarado, auto de infração ou notificação fiscal;

Assim sendo, não acolho a nulidade arguida.

No mérito, constato que o próprio autuado afirma que a energia elétrica adquirida pela empresa foi utilizada na proporção de 95%, no processo de industrialização e extração, bem como, incidiu apenas sobre a quantidade de KWh consumida pela unidade, conforme demonstrativo do centro de custo que apresenta.

Diz ainda, que de todos os centros de custos elencados no demonstrativo apresentado, apenas o de numeração – 101073 – Oficina Geral e o 40311/405061 – Serviços Gerais (Escritório, Restaurante, Lavanderia, Vestíario, Iluminação das Vias, Almoxarifado), é que não está ligado diretamente ao processo produtivo.

Nos termos do artigo 2º, § 1º, III da Lei Complementar 87/96, o ICMS incide sobre a entrada de energia elétrica no território do Estado destinatário, quando não destinada à comercialização ou à industrialização, decorrente de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.

Assim dispõe o referido dispositivo legal:

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.

O entendimento predominante no âmbito deste CONSEF, aponta no sentido de que o imposto incide sobre a entrada, no território do Estado destinatário, decorrente de operações interestaduais de energia elétrica, quando não destinada à comercialização ou à industrialização da própria energia elétrica, e não àquelas operações destinadas à industrialização de outros produtos.

Neste sentido, vale invocar recentes decisões proferidas pela Segunda Instância deste Conselho de Fazenda, a exemplo dos Acórdãos CJF Nº 0308-12/19 e CJF Nº 0305-11/19, nos quais firmou-se o entendimento de que o ICMS não incide quando se tratar de industrialização ou comercialização da própria energia elétrica. Ou seja, a contrário senso, se tratando de energia elétrica destinada à comercialização ou à industrialização de outros produtos, descabe falar-se em não incidência do imposto, mas sim falar-se em incidência do ICMS.

A título ilustrativo, vale transcrever excertos do voto proferido no Acórdão CJF Nº 0308-12/19, no qual foi consignado o seguinte:

[...]

Neste diapasão, tomando o referido voto como paradigma, não existe razão ao Autuado, devendo ser exigido o imposto relativo à energia elétrica constante da autuação. A energia elétrica foi consumida no estabelecimento do Autuado e a sua utilização e correta escrituração como insumo ou uso e consumo apenas vai definir se o Autuado possui direito ou não a utilizar o imposto devido como crédito fiscal, e após o seu recolhimento.

[...]

Ressalto que esta 2ª CJF, na assentada do julgamento, decidiu encaminhar o referido processo em DILIGÊNCIA para a PGE/PROFIS solicitando a manifestação jurídica para responder a seguinte questão:

Incide o ICMS nas entradas de energia elétrica, quando decorrentes de operações interestaduais, uma vez destinadas à indústria de fertilizantes (e não à comercialização, industrialização, produção, geração ou extração da própria energia elétrica), à luz do disposto no Art. 2º, §1º, III, da LC nº 87/96 c/c o disposto nos Arts. 3º, III, 4º, VIII, e 5º, §1º, IV da Lei nº 7.014/96? Ou trata-se de hipótese de não incidência?

A PGE, em seu parecer, acolhido pela PGE/PROFIS/NCA, concluiu que não há que se falar em não incidência quando existente um processo fabril de outros produtos tendo como insumo ou força motriz a energia elétrica, uma vez que a mesma é consumida neste processo, diferente da transformação num processo de industrialização dela mesma, baseado na decisão neste sentido da 1ª Turma do STJ no Resp 13.403-23.

[...]

Assim sendo, restando comprovado, no presente caso, que a energia elétrica adquirida pelo autuado foi destinada a industrialização dos seus produtos e não à industrialização ou comercialização da própria energia elétrica, a infração é subsistente.

Entretanto, no que tange à multa aplicada há um reparo a ser feito. Isto porque, no Auto de Infração foi indicada a multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº. 7.014/96, enquanto a multa correta é de 60%, prevista artigo 42, II, "f" do mesmo diploma legal.

Assim sendo, retifico, de ofício, a multa para 60% do valor do imposto devido, prevista no art. 42, II, "f" da Lei nº. 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração."

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, "b" do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 187 a 212, mediante o qual aduz o seguinte.

Explica, inicialmente, tratar-se de Auto de Infração lavrado pelo Estado da Bahia sob a fundamentação de que a Empresa Recorrente supostamente deixou de recolher ICMS referente a energia elétrica adquirida no chamado Mercado Livre, proveniente do Estado de Minas Gerais, no valor de R\$324.845,04, referente às Notas de Aquisição nº 70350 e 71803, sendo R\$172.526,88, referentes ao mês de fevereiro de 2017, e R\$152.318,16, relativos ao mês de março de 2017. Explica, ainda, que a cobrança em tela tem sua origem justificada no art. 2º, inciso I, e art. 32, ambos da Lei Estadual nº 7.014/96 e no art. 332, inciso I, § 6º do RICMS/BA, os quais determinam que o ICMS incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias, devendo o imposto ser pago em local definido em lei e no prazo estipulado. Além disso, explica que foi cometida multa de mora no percentual de 100% do valor do tributo supostamente devido, nos termos do art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

Alega, todavia, que, conforme demonstrado na Impugnação ao Auto de Infração, a energia elétrica adquirida pela Recorrente foi utilizada na proporção de 95% no processo de industrialização e extração, operação em que não incide ICMS, nos termos do art. 3º da Lei nº 7.014/96. Nada obstante, explica que a 1ª Junta de Julgamento Fiscal, no julgamento da Impugnação ao Auto de Infração, entendeu que não incide ICMS sobre a entrada de energia elétrica apenas quando destinada à comercialização ou industrialização da própria energia elétrica. Além disso, informa que A JJF retificou, de ofício, a multa aplicada para 60% do valor do imposto previsto, conforme art. 42, II, "f" da Lei nº 7.014/96.

Afirma, contudo, que a decisão exarada não merece prosperar, pelo que passa a expor.

Preliminarmente, alega nulidade insanável por desconsideração da existência de saldo credor da

recorrente que implicaria na ausência de imposto a ser exigido. Alega a existência de saldo credor (indevidamente não considerado pelo fiscal autuante) mais que suficiente para integral quitação dos valores exigidos, bem como a inobservância da sistemática de débito e crédito (conta gráfica) em desrespeito ao art. 142 do CTN e aos arts. 316 e 317, I, b, do RICMS/BA.

Argumenta que, ao contribuinte que realizar operações e prestações tributadas, é assegurada a compensação entre créditos e débitos, apurando saldo credor a ser transportado para o período seguinte, ou saldo devedor a ser objeto do pagamento antecipado previsto no art. 150, § 1º do CTN. Ou seja, o lançamento de débito de ICMS, via de regra, só ocorre após prévio encontro de contas entre créditos e débitos dos contribuintes, ou seja, o creditamento não é mera faculdade do contribuinte, mas dever para com o ordenamento jurídico objetivo, pois os créditos de ICMS não constituem apenas faculdade do contribuinte de escriturá-los e compensá-los no exercício da atividade a que se refere o art. 150 do CTN, mas também dever da Fazenda Pública ao verificar a matéria tributável, na realização do lançamento.

Descumprido tal mister, tal como ocorreu na hipótese dos presentes autos, defende que o lançamento encontra-se totalmente corroído de vício material insanável. Transcreve jurisprudência em apoio à sua tese.

Nesse sentido, informa que tinha registrado em seus livros fiscais, no mês de julho de 2017, mês da lavratura do presente Auto de Infração, R\$19.772.382,57, referentes a saldo credor de ICMS, conforme consta no Recibo de Entrega de Escrituração Fiscal Digital - SPED Fiscal de julho de 2017.

Considerando que o Auto de Infração ora impugnado imputou-lhe um débito no valor de R\$324.845,04, sem efetuar a compensação com o saldo credor mencionado acima, conclui que esse débito é absolutamente inexistente.

Ante o exposto, corroído o presente auto de vício material insanável, pede o provimento do presente recurso para cancelamento integral da exigência fiscal.

No mérito, sustenta a tese da não incidência do ICMS sobre a energia elétrica utilizada como insumo na industrialização. Argumenta que a CF/88, ao definir as regras gerais do imposto estadual sobre 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 (ICMS), determinou que este não incidirá sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica (conforme art. 155, § 2º, X, b). Já na LC nº 87/1996, explica que o legislador cuidou de determinar a incidência do ICMS sobre energia elétrica, exceto quando destinada à industrialização ou à comercialização.

Ressalta que, em momento algum, o legislador federal definiu que a industrialização ou a comercialização da energia elétrica deveria ser destinada à industrialização ou comercialização da própria energia elétrica, como pretendeu afirmar o acórdão recorrido. Apenas considerou, o legislador, que a operação interestadual de energia elétrica não seria tributada por ICMS quando a destinação da mesma fosse como insumo para a industrialização, qualquer que seja o produto final. Além disso, a Lei Estadual nº 7.014/96 determinou (no art. 3º) que o imposto não incide sobre operações interestaduais relativas a energia elétrica, quando destinados a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração, explicando que tal determinação é confirmada no art. 4º da referida lei, quando considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento da entrada, no território do Estado da Bahia, de energia elétrica oriunda de outra unidade da Federação, quando não destinados à comercialização, industrialização, produção, geração ou extração.

Conclui, portanto, igualmente ao definido em âmbito federal, que o Estado da Bahia não condicionou a não incidência do ICMS sobre energia elétrica destinada a sua própria industrialização, mas sim à industrialização de qualquer produto.

Assim sendo, conclui ser evidente o equívoco do acórdão ao afirmar a incidência do ICMS sobre a energia elétrica utilizada pela Recorrente como insumo da industrialização, apenas pelo equivocado fundamento de que a destinação da energia comprada em Mercado Livre do Estado de Minas Gerais é a industrialização dos seus (outros) produtos. Destarte, fixada a premissa de que tanto em âmbito constitucional, federal e estadual, o ICMS não incide sobre a energia elétrica destinada à industrialização, qualquer que seja o produto final, basta verificar-se a destinação dada no caso em concreto à energia elétrica objeto da discussão para constatar-se que indevida é a incidência do ICMS exigido no Auto de Infração.

Presta esclarecimentos iniciais sobre a sua atividade empresarial, explicando tratar-se de Empresa pertencente ao Grupo Equinox Gold, um grupo de empresas mineradoras que atuam na produção de ouro nas Américas. Em suma, a operação da Recorrente envolve a mineração de ouro em subsolo, na mina Fazenda, localizada no Estado da Bahia. De tal modo, explica que a sua atividade principal envolve (de forma direta) a extração, transporte e estocagem de ouro, como se extrai da leitura do seu CNAE.

Explica que essa atividade possui um rígido processo produtivo, que é separado nas seguintes categorias: perfuração, detonação e carregamento, transporte, britagem, moagem, flotação, remoagem, espessamento e lixiviação intensiva, lixiviação, lavagem ácida e eluição, eletrólise e fusão.

Passa a descrever em detalhes, todas as etapas do seu processo produtivo, explicando que, para consecução desta atividade, demanda energia elétrica, que é integrada ao processo produtivo, em algumas destas etapas, sendo utilizada como insumo para funcionamento das máquinas que atuam neste processo produtivo de industrialização do ouro.

Explica que, quando da Impugnação ao Auto de Infração, foi efetuada perícia técnica que demonstrou que 95% da energia elétrica consumida são destinados às áreas produtivas da empresa. Apresenta quadro demonstrativo do percentual gasto de energia elétrica em cada um dos centros de custo da empresa. Assim, afirma que restou concluído, pela perícia, que apenas 5% do valor consumido da energia elétrica foram absorvidos por áreas que não participam do processo de industrialização.

Logo, conclui que a destinação da energia elétrica à “perfuração vertical”, “perfuração horizontal”, “bombeamento da Mina”, “ventilação da Mina”, “britagem”, “moagem”, “lixiviação”, “dessorção”, “equipamentos auxiliares (lixiviação)” e “laboratório químico” é premissa incontestável destes autos, restando, portanto, definir se estas atividades pertencem ao processo produtivo da Empresa.

Acosta fotos e gráficos da sua área industrial, para, a seguir, concluir que a energia elétrica se encaixa perfeitamente no conceito de produto intermediário destinado à industrialização. Afinal, é um produto individualizado (goza de autonomia, atua de forma específica no processo produtivo e não faz parte de uma estrutura maior) que é consumido de forma integral no processo e que, desde o início de sua utilização na linha de produção, foi consumido no processo industrial.

Pelo exposto, uma vez que a energia elétrica foi destinada à industrialização de seus produtos, defende ser necessária a reforma do acórdão proferido, a fim de que seja julgado improcedente o Auto de Infração e sua respectiva exigência de ICMS, provendo-se o presente recurso voluntário.

Defende, ainda, a necessidade de recomposição do saldo credor para dedução dos valores de ICMS autuados. Alega que, caso não se reconheça a inexigibilidade do ICMS nas operações descritas neste processo, ao menos deveria a fiscalização, previamente à lavratura do Auto de Infração (como dito acima), realizar a recomposição do saldo credor da Recorrente, para decotar do saldo credor referidos débitos e só proceder ao lançamento de ofício da diferença porventura não quitada via encontro de contas em conta gráfica.

Volta a descrever o saldo existente em sua conta corrente de ICMS, para apoiar a ideia de que não

só possui crédito suficiente para a quitação do tributo exigido, como também há previsão regulamentar para que isto seja feito, nos termos do art. 316 e 317, I, b do RICMS/BA, destacando que impunha à Autoridade Fiscalizadora realizar a recomposição desses valores, previamente ao lançamento, de forma que fossem integralmente compensados todos os valores exigidos com o saldo credor acumulado de ICMS.

Assim, ainda que entenda este Conselho que seria devido ICMS na operação, tal conclusão deve levar a procedência do presente recurso para anulação da exigência de ICMS feita via lançamento de ofício, devendo ser realizada a recomposição do saldo credor de ICMS da Recorrente, com a redução proporcional ao montante do débito ora autuado que for considerado devido ao final, o que sabidamente não levará a lançamento de ofício para cobrança de ICMS.

Defende, ainda, a impossibilidade de correção da multa de ofício em acórdão do CONSEF, uma vez que se trata de atividade privativa de lançamento da autoridade administrativa, com ofensa ao art. 142 do CTN. Argumenta que o art. 142 do CTN determina que “*compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, ...*”. Desse modo, entendida que a penalidade imposta pela Fiscalização foi imputada de forma equivocada, defende que deveria ter sido julgado improcedente o Auto de Infração, no que tange à multa de 100%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 e não retificada de ofício. Transcreve julgados administrativos em apoio ao seu ponto de vista.

Pelo exposto, defende que deve ser provido o Recurso Voluntário, afastando a multa imputada pela Fiscalização (seja no percentual de 100%, seja no percentual substitutivo de 60%), vez que o próprio acórdão recorrido entendeu pela inaplicabilidade da multa de 100% ao caso concreto, não cabendo ao julgador a adequação da atividade privativa de lançamento.

Alega, por fim, abusividade da multa aplicada, bem como ausência de prejuízo ao erário e inexistência de dolo, fraude ou simulação, o que violaria o princípio da equidade e da vedação ao confisco.

Ante o exposto, requer que seja integralmente provido o presente Recurso Voluntário para que, no mérito, seja julgado totalmente improcedente o Auto de Infração, reconhecendo-se: (i) preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração, em razão da existência de saldo credor (indevidamente não considerado pelo fiscal autuante) mais que suficiente para integral quitação dos valores exigidos e da inobservância da sistemática de débito e crédito (conta gráfica) em desrespeito ao art. 142 do CTN e aos arts. 316 e 317, I, b do RICMS/BA; ou, quando menos; (ii) no mérito, a inexistência de obrigação de recolhimento de ICMS sobre a energia elétrica adquirida pela Recorrente, utilizada em seu processo produtivo de industrialização, e a consequente improcedência da multa cominada à Recorrente.

Caso assim não se entenda, requer a Recorrente ao menos: (i) a determinação de recomposição do saldo credor da Recorrente, conforme autorizam os arts. 316 e 317, I, b do RICMS/BA, decotando-se o valor do ICMS ora autuado até o limite do crédito disponível, de forma que o lançamento fiscal ora combatido subsista (se for o caso) apenas quanto ao montante não liquidado via conta gráfica de ICMS; (ii) o integral cancelamento da multa aplicada no percentual de 100% reduzida para 60% pelo órgão julgador de primeira instância, vez que o próprio acórdão recorrido entendeu pela inaplicabilidade da multa de 100% ao caso concreto, não cabendo ao julgador a adequação da atividade privativa de lançamento; ou, quando menos, (iii) a redução da multa cominada à Recorrente ao patamar de 20% nos termos da jurisprudência consolidada do STF, especialmente quando inexistente quaisquer prejuízos ao erário e ausente dolo, fraude ou simulação.

Termos em que pede deferimento.

VOTO

Preliminarmente, quanto à alegação de nulidade do AI por desconsideração do saldo credor existente, entendo que tal questão tangencia o mérito da presente exigência fiscal, e como tal, será tratada no momento oportuno.

Quanto à alegação de nulidade da decisão de piso ao fundamento de impossibilidade de correção da multa aplicada, não merece acolhida, pois o texto do art. 142 do CTN, é claro ao referir-se à multa, dispondo que a autoridade administrativa se limita a propor a penalidade cabível, conforme abaixo:

"Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível (grifo acrescido)."

Ora, se a autoridade fiscal se limita a propor a multa, é forçoso concluir que cabe ao órgão julgador formar o seu ente de juízo acerca da matéria, reduzindo a exigência fiscal, com base no autoritativo previsto no art. 145 do CTN, abaixo reproduzido:

Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I - impugnação do sujeito passivo;
... ”

Assim, entendo que a decisão de piso agiu nos limites da competência que lhe foi atribuída por lei, nenhum reparo cabendo-lhe ser feito.

No mérito, quanto ao alegado uso como insumo industrial da energia elétrica, é importante destacar que a imunidade prevista na LC 87/96, somente é aplicável quando a energia elétrica se destina à comercialização ou industrialização, não deixando de incidir o ICMS quando o destinatário é consumidor deste insumo, conforme dispõe o seu art. 2º, § 1º, inciso III, reproduzido a seguir:

"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 (grifo acrescido), decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente.
... ”

Diferentemente do que afirma a peça recursal, a Recorrente não industrializa a energia, mas a consome em seu processo industrial de extração e beneficiamento do ouro. A divergência, ao que parece, cinge-se ao alcance do termo "industrialização", quando aplicado à eletricidade.

Pois bem, o microssistema do ICMS dispensou um tratamento peculiar à energia elétrica utilizada no processo de industrialização, de forma a prever expressamente o aproveitamento do crédito incidente quando de sua aquisição.

O art. 309 do RICMS/12, dispôs sobre a regra geral aplicável às mercadorias utilizadas no processo industrial, relativamente à possibilidade de creditamento, da forma a seguir:

"Art. 309. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

I - o valor do imposto cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos:

...

a) de matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, para emprego em processo de industrialização, produção rural, geração de energia elétrica e extração mineral ou fóssil;
... ”

Pela norma em comento, não seria possível aos estabelecimentos fabris a apropriação do crédito relativo à energia elétrica consumida na produção, já que tal insumo não se enquadra em qualquer das categorias listadas na alínea "a", do inciso I do artigo acima reproduzido.

Exatamente por isso, houve a necessidade de se criar uma regra própria, prevendo o direito ao crédito nas aquisições de energia destinada à área industrial, conforme o inciso IV do mesmo art. 309 acima referido, reproduzido adiante:

“Art. 309. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

...
IV - o valor do imposto cobrado, relativo às aquisições de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento:

- a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;*
- b) quando consumida no processo de industrialização;*
- c) comercial, na proporção das operações de saída ou prestações de serviço destinadas ao exterior sobre as saídas ou prestações totais;*
- ...”*

Este sistema é revelador de que a energia elétrica não pode ser tratada como matéria-prima do processo industrial. Isto decorre da constatação de que não há industrialização da eletricidade na medida em que a mercadoria citada não se submete a qualquer processo de transformação.

Em verdade, a energia elétrica é submetida a um fenômeno físico de “*consumo*”, que culmina com o seu desaparecimento. Só é admissível falar-se em industrialização da energia quando se está tratando de estabelecimento gerador de energia elétrica. Da mesma forma, só se admite falar em comercialização da eletricidade quando o estabelecimento é uma transmissora ou distribuidora de energia elétrica.

Essa foi a intenção do legislador complementar, ao editar a regra de imunidade retrocitada.

Este, igualmente, é o entendimento compartilhado pelas administrações tributárias estaduais, conforme se pode constatar pela leitura da Decisão Normativa CAT nº 3, editada pelo Coordenador da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, publicada no DOE-SP de 25/02/2005.

Tal ato foi expedido em resposta a consulta formulada por empresa do ramo metalúrgico, que questionava acerca da incidência do ICMS em fornecimento interestadual de energia destinada ao estabelecimento fabril consulfente.

Reproduzimos a seguir, trechos da resposta dada, os quais são ilustrativos do alcance interpretativo dado à expressão industrialização na LC 87/96:

“ICMS – Fornecimento de energia elétrica decorrente da entrada interestadual para consumo em processo produtivo – Incidência

...
4. Já o fornecimento de energia elétrica para estabelecimento consumidor, ainda que industrial ou comercial, no Estado de São Paulo, é tributado.

5. O fornecimento de energia elétrica no território paulista é fato jurídico-tributário distinto da operação de saída do território de outro estado. O fornecimento ocorre com vistas ao consumo, incidindo sobre tal operação a tributação do ICMS, conforme se detalha a seguir.

6. Determinam os arts. 2º, § 1º, III, e 12, XII, da Lei Complementar nº 87/96, que há incidência do ICMS sobre a entrada de energia elétrica decorrente de operação interestadual, quando não destinada à comercialização ou à industrialização, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente, e ocorrendo o fato gerador do imposto nesse momento de sua entrada no Estado.

7. O que se comprehende dessa norma é que apenas não sofrem tributação as entradas interestaduais de energia elétrica – portanto, operações realizadas por pessoas localizadas no território da unidade da Federação onde se dá a entrada - que, no momento da entrada interestadual, sejam direcionadas para a industrialização ou a comercialização da própria energia elétrica, quais sejam, operações das quais resulte a continuação do ciclo da energia elétrica rumo ao consumo (grifo acrescido).

8. Ora, o uso da energia elétrica, como insumo, em estabelecimento industrial, visa à formação de novo

produto, não à industrialização da energia elétrica, pois ela é consumida no processo industrial, como também é consumida no estabelecimento comercial. Ou seja, o estabelecimento industrial não industrializa energia elétrica, mas a consome; o estabelecimento comercial não comercializa a energia elétrica, mas a consome.

*9. Assim, a saída de energia elétrica do Estado do Paraná para o Estado de São Paulo, energia que é destinada à transmissão ou à distribuição, não é tributada. Entretanto, ocorre a tributação no fornecimento dessa energia a qualquer pessoa ou estabelecimento comercial ou industrial que consome energia elétrica.
...”* (grifos acrescidos).

Como se pode ver, a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo compartilha dessa mesma interpretação.

A Segunda Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, já teve a oportunidade de discutir acerca da possibilidade de se industrializar a energia elétrica, tendo firmado um entendimento que se coaduna com esse ponto de vista, conforme trechos do Acórdão CJF nº 0275-12/05, reproduzidos a seguir:

“2^a 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, ou comprimir e o encaminhar ao encomendante da mercadoria. ...

...Todavia, o questionamento, nos autos, está em se definir se a energia elétrica pode ser considerada um bem industrializável....

... Ou seja, o conceito definido pela legislação tributária do que seja “industrialização para fins tributários” é a transformação, o beneficiamento, a montagem, o condicionamento 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 ...

... 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”.

... 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, ou comprimir e o encaminhar ao encomendante (grifos acrescidos). ”

Assim, o Convênio ICMS 77/2011, afigura-se perfeitamente aplicável à situação objeto do Auto de Infração, na medida em que a autuada enquadra-se como consumidora de energia elétrica, e não industrializadora.

Esse é o entendimento da Primeira Turma do STJ, que assim se manifestou no julgamento do Recurso Especial nº 1.340.323 – RS, cuja ementa reproduzo abaixo:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. VENDA A CONSUMIDOR FINAL. O Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços não incide na saída de energia elétrica do território de uma unidade federada para incidir na entrada no território de outra; implementação, pelo art. 155, inciso II, § 2º, item X, alínea ‘b’, da Constituição Federal, de um lado, e pelo art. 2º, § 1º, inciso III, da Lei Complementar nº 87, de 1996, de outro, da política fiscal de atribuir ao Estado do destino a arrecadação do tributo quando se tratar de energia elétrica. Se a energia elétrica integrar um ciclo posterior de industrialização ou comercialização sem ser consumida, o tributo não incide; incidirá se a energia elétrica for consumida no processo de industrialização ou de comercialização de outros produtos (grifo acrescido). Precedente do Supremo Tribunal Federal. (RE nº 198.088, SP, relator o Ministro Ilmar Galvão). Recurso especial conhecido, mas desprovido.”

Entendo, portanto, que assiste razão à fiscalização, sendo forçoso admitir que incide ICMS nas aquisições interestaduais de energia elétrica, utilizada como força motriz dos equipamentos industriais.

Assim, restou caracterizada a infração.

Quanto à dispensa dos encargos legais, requerida pela Recorrente, não possui, este colegiado, poderes para tal, pois tais parcelas decorrem expressamente da lei.

Quanto à alegação de existência de saldo credor na data de ocorrência dos fatos geradores, tal fato não representa óbice à presente exigência fiscal, uma vez que não se trata de glosa de crédito, mas de ausência de pagamento do imposto que deveria ter sido realizado a parte da conta corrente da empresa, no momento da entrada da mercadoria e posterior creditamento.

Quanto ao pleito de abusividade da multa de 60%, é importante destacar que tem previsão no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, sendo vedado a este colegiado afastá-la.

Como decorre de descumprimento de obrigação principal, não há autorização legal para que este colegiado promova a sua redução, como pede o Contribuinte.

De ofício, recomendo à Secretaria desta 1ª CJF, que corrija o lançamento efetuado pela Secretaria da 1ª JJF, reduzindo a multa julgada pela 1ª CJF, de 100% para 60%, adequando os valores do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária ao teor da Decisão recorrida.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

VOTO DIVERGENTE

Diante da inusitada decisão proferida pela Junta Julgadora e acatada pelo ilustre relator do presente processo, onde se buscar carrear, erroneamente, aos cofres estaduais numerário indevido, permito-me divergir da decisão tomada por esta Câmara, diga-se a bem da verdade, através o voto de desempate do seu Presidente, o que denota a discordância de metade dos seus componentes.

Buscou o ilustre relator subveter a conceituação, tanto semântica, como operacional, do que venha a ser atividade industrial, industrialização e consumo, no caso especial em que se trata de energia elétrica, tratando o tipo de energia como se constituísse num tipo diferenciado de produto para a tributação do ICMS, quando na realidade, o legislador apenas a diferenciou quando ocorrer a operação interestadual, onde o fruto do tributo é carreado para o Estado onde a mesma foi ou será “consumida” ou “utilizada”.

De início, temos que identificar o que venha a ser indústria, que, conceitualmente é:

“conjunto de atividades econômicas que têm por fim a manipulação e exploração de matérias-primas e fontes energéticas, bem como a transformação de produtos semiacabados em bens de produção ou de consumo.”

Ou,

“Indústria é a concentração das atividades produtivas destinadas a transformar matéria-prima em mercadorias para os mais diferentes consumos.”

Em decorrência do que é “indústria”, identificamos o que vem a ser “atividade industrial”.

Segundo o Dicionário Informal, “atividade industrial” é:

“A atividade industrial consiste no processo de produção que visa transformar matérias-primas em mercadoria através do trabalho humano e, de forma cada vez mais comum, utilizando-se de máquinas.”

Ainda podemos afirmar que:

“É uma atividade empresarial, que está relacionada com a criação, produção, processamento ou fabricação de produtos.”

A atividade industrial, logicamente, a exercida pelos contribuintes enquadrados como industriais, está definida no RIPI, que estabelece o que venha a ser “industrialização”, conforme o seu artigo 4º, que assim determina:

“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 5.172, de 1966, art. 46, parágrafo único, e Lei nº 4.502, de 1964, art. 3º, 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

As exclusões do que seja industrialização estão elencadas no artigo 5º do RIPI.

Logicamente, daí decorre o conceito de “estabelecimento industrial”, que, conforme o mesmo RIPI, no artigo 8º, identifica:

Art. 8º - Estabelecimento industrial é o que executa qualquer das operações referidas no art. 4º, de que resulte produto tributado, ainda que de alíquota zero ou isento (Lei nº 4.502, de 1964, art. 3º).

Quando tratamos da incidência do ICMS, em especial quanto à utilização da energia elétrica, o regramento legal está esculpido na Lei Complementar nº 87/96, que estabelece:

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. (grifo nosso)

§ 2º A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua.

Art. 3º O imposto não incide sobre:

III - operações interestaduais relativas a energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização;

Art. 4º Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caractere 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: (Redação dada pela Lcp 114, de 16.12.2002)

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. (Redação dada pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

A sustentação buscada pela Junta Julgadora, mantida no voto vencedor, de que ocorreria a incidência tributária na entrada da energia elétrica em operações interestaduais, não pode ser enquadrada na situação em foco. Está demasiado claro na legislação que o tributo não incide quando as operações de aquisição do produto em foco forem destinadas a comercialização ou “industrialização”.

Querer inovar em interpretação para afirmar que somente se aplicaria a legislação em caso de “industrialização da própria energia elétrica”, é subverter o ordenamento jurídico e ir de encontro à própria filosofia com relação à não cumulatividade, excepcionada no caso, quando a tributação é toda abarcada nas saídas dos produtos produzidos, por força de legislação.

A situação da tributação da energia elétrica em operações interestaduais é definida como um tipo excepcional, em que o Estado produtor (remetente), nada recebe a título de tributo, ficando o mesmo, no seu todo, como direito do Estado recebedor (destinatário).

Como os contribuintes que adquirem a energia não recebem créditos sobre as aquisições realizadas ficam responsáveis pelo recolhimento do tributo sobre as entradas quando a mesma for destinada ao seu consumo, quando se encerra a fase de diferimento, conforme estipulado na legislação acima referenciada.

Em se tratando de atividade de comercialização (revenda), ou industrialização (exercício de atividade industrial), conforme já afirmado, o recolhimento do que deveria ser devido fica diferido para quando da saída da própria energia ou dos produtos fabricados pela indústria, onde foi a energia elétrica utilizada.

O ponto central da discussão, no caso em lide, reside em saber se deve o adquirente industrial, estranho ao ramo energético, pagar o ICMS incidente nas compras interestaduais de energia elétrica na entrada da mercadoria, mesmo sendo ela empregada como insumo no seu processo produtivo.

Ora, a energia elétrica é utilizada como insumo, ela compõe o processo de industrialização objeto da atividade da Recorrente, estando, pois, a sua entrada dispensada do recolhimento do tributo, mesmo porque, diferido, fica o recolhimento para quando da comercialização dos produtos produzidos.

Estranhamente, tanto a Junta Julgadora como o ilustre relator desta Câmara, deixaram de analisar os argumentos apresentados pela Recorrente, assim como os diversos julgados que lhe dá guarida para, simplesmente, numa atitude estranha, tentar subverter os conceitos básicos e legais de indústria, atividade industrial e industrialização, tentando, como único fito, imputar-lhe o pagamento de um tributo que não é devido.

Apresentou o ilustre relator em seu voto julgamento do STF UE vem a corroborar com a pretensão do Estado, mas outros julgados contrários também existem, como os que destaco abaixo:

PROCESSO N° 278868.3001/13

"Não importa aqui o processo físico ou químico através da qual a energia é utilizada no estabelecimento fabril. O legislador separou a regime de tributação em função da destinação dada a esta peculiar mercadoria, nas operações de remessa interestadual. Na hipótese de destinação para consumo próprio, encerrando a cadeia de circulação do produto, há a tributação por ocasião da entrada no estabelecimento consumidor. Ocorrendo aquisição interestadual para fins de emprego em processos de industrialização e ou de comercialização, não há incidência na origem, mas tributação no destino, nas operações ou prestações subsequentes, por força das disposições da CF/88 e da LC n° 87/96.

Assim, a não incidência do imposto se dá em função da destinação dada a este insumo na cadeia de circulação econômica: se a energia for para uso na atividade industrial ou comercial, não há incidência do imposto na operação de origem, nem há incidência na entrada no estabelecimento adquirente. SOMENTE POR OCASIÃO DAS SAÍDAS DOS PRODUTOS, EM OPERAÇÕES SUBSEQUENTES, HAVERÁ A TRIBUTAÇÃO. "VISTO QUE O CUSTO DA ENERGIA ESTARÁ EMBUTIDO NA FORMAÇÃO DO PRECO DOS PRODUTOS FABRICADOS". Somente a energia elétrica adquirida em operação interestadual para fins de consumo tem o aspecto temporal da incidência deslocada para a entrada no estabelecimento consumidor, posto que estará encerrada a cadeia de circulação desse específico produto."

O STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 928.875, abordando a possibilidade de restituição do ICMS sobre energia elétrica, assim se pronunciou:

1.2 CONTRIBUINTE DE DIREITO NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM ENERGIA ELÉTRICA

(PRIMEIRA HIPÓTESE - ENERGIA É ADQUIRIDA PARA INDUSTRIALIZAÇÃO) – Destaque incluído pela Recorrente

(...)

De fato, quando o adquirente da energia elétrica na operação interestadual revende-a ou EMPREGA-A EM PROCESSO INDUSTRIAL, não se credita de nada a título de ICMS (pois não houve incidência na operação de entrada). Com isso, ao revender a energia ou O PRODUTO INDUSTRIALIZADO, recolherá o tributo estadual integralmente ao Estado em que se localiza (destino), que é, como já dito, o beneficiário da sistemática.

A pretendida cobrança por parte do fisco baiano do ICMS sobre as operações de aquisições

interestaduais de energia elétrica, considerando a tributação do produto final, onde a componente energia está incluída implica *bis in idem*, configura enriquecimento ilícito do Estado.

Destaco o que diz o tributarista Kiyoshi Harada, ao analisar a tributação sobre combustíveis em artigo publicado no site TRIBUTÁRIO, onde analisa as operações sobre combustíveis e energia elétrica em operações interestaduais, abordando o fato de não incidência nas entradas no Estado destinatário nas situações especificadas na legislação pertinente:

REGIME TRIBUTÁRIO DAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM PETRÓLEO E SEUS DERIVADOS E ENERGIA ELÉTRICA:

Os combustíveis derivados de petróleo e energia elétricas quando não destinadas à comercialização ou à industrialização em outro estado, submetem-se ao regime de substituição tributária para frente, conforme previsão do art. 9º da LC nº 87/96:

Art. 9º A adoção do regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo específico celebrado pelos Estados interessados.

§ 1º A responsabilidade a que se refere o art. 6º poderá ser atribuída:

I – ao contribuinte que realizar operação interestadual com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, em relação às operações subsequentes;

II – às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações internas e interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, pelo pagamento do imposto, desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento ao Estado onde deva ocorrer essa operação.

§ 2º Nas operações interestaduais com as mercadorias de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior, que tenham como destinatário consumidor final, o imposto incidente na operação será devido ao Estado onde estiver localizado o adquirente e será pago pelo remetente.

Analizando a pretensão de alguns Estados da Federação, a exemplo de Minas Gerais e Mato Grosso, haverem inseridos em suas legislações a obrigatoriedade do recolhimento sobre as entradas de energia elétrica, independente da sua destinação, assim analisa o articulista:

Assim, a gasolina para se ver livre de tributação deverá sofrer nova industrialização, da mesma forma que o lubrificante deverá resultar em outro lubrificante. Claro que não é impossível industrializar o próprio lubrificante, embora um procedimento irrazoável e inócuo. Mas, pergunta-se, como proceder a industrialização da energia elétrica submetida ao mesmo regime tributário do petróleo e seus derivados? É óbvio e ululante que a exoneração tributária ocorre sempre que a energia elétrica for consumida no processo de industrialização. A mesma coisa acontece com o petróleo e seus derivados. Estes, quando utilizados como insumos ou material secundário, ou então, quando destinados à revenda não podem ser tributados na origem, mediante o regime de substituição tributária para frente.

Encerrando sua análise e comentando o posicionamento do fisco de alguns Estados em buscar a qualquer título “engordar” os cofres públicos, assim se pronuncia o articulista:

Quando se troca a toga pela Fazenda tudo é possível para os estados tributantes, cujos abusos parecem não ter fim. Uma simples lei ordinária, um Decreto, ou até mesmo uma Portaria podem prevalecer sobre a Lei Complementar que rege nacionalmente o ICMS e sobrepor-se às normas constitucionais.

Aos contribuintes vitimados pela truculência fiscal sem controle judicial só resta o direito de espernear. Nada mais. Estranho País em que se fala muito em Constituição, mas não raras vezes, o próprio órgão incumbido de fazer cumprir suas normas se omite, quando não a contraria.

Reforça a tese de tratamento da energia elétrica como insumo em processo produtivo, de industrialização, o decidido com base em determinação da ANATEL, ao equiparar a atividade industrial, a prestação de serviços de telefonia, aliás, objeto de Incidente de Uniformização da PGE/PROFIS, como transcreto:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO PGE 2016.209297-0:

Entendimento firmado:

Empresas prestadoras de serviços de telecomunicações têm direito ao crédito fiscal pelas entradas da energia elétrica efetivamente consumida na geração de telecomunicação.

Ressalva:

A energia elétrica consumida nas áreas administrativas das empresas não gera direito a crédito fiscal, devendo ser adotadas as providências instrutórias necessárias à segregação da energia efetivamente utilizada no processo produtivo.

Com base no que analisei, e convicto da não conformidade da decisão adotada pela Junta Julgadora, mantida pelo ilustre Relator, com a legislação vigente e do explicitado na jurisprudência, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, julgando o Auto de Infração em apreço IMPROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, e de ofício, corrigir o erro material do acórdão recorrido, julgando **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206888.0023/17-1**, lavrado contra **FAZENDA BRASILEIRO DESENVOLVIMENTO MINERAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$324.845,04**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Ildemar José Landin e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros(as): José Rosenvaldo Evangelista Rios, Anderson Ítalo Pereira e Laís de Carvalho Silva.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de setembro de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS - VOTO DIVERGENTE

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS