

**PROCESSO** - A. I. Nº 279691.0007/20-9  
**RECORRENTE** - FOSNOR – FOSFATADOS DO NORTE-NORDESTE S/A.  
**RECORRIDO** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0135-05/20  
**ORIGEM** - DAT NORTE / IFEP  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 04/01/2022

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C/JF Nº 0328-11/21-VD

**EMENTA:** ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. INCIDÊNCIA. CONSUMO NO PROCESSO PRODUTIVO. Proceda a cobrança de imposto na entrada de energia elétrica oriunda de outros Estados, quando utilizada como insumo no processo industrial ou consumida por empresa estranha ao ramo energético. Não acolhida a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo, de Recurso Voluntário impetrado pela autuada em face da decisão proferida pela 5ª JJF, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 30.03.20, ciente em 13.04.20, via DTE, no valor original de R\$ 267.108,32, pelo cometimento da seguinte infração:

### *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. Segue no anexo da infração a memória de cálculo com a apuração analítica do ICMS devido por documento fiscal.*

Analisando o Auto de Infração, a Defesa apresentada pela autuada, protocolada em 08.07.2020, fls. 07 a 36, e a Informação Fiscal apresentada pelo autuante, protocolada em 14.09.2020, fls. 88 a 92, em sessão do dia 20.20.2020, através o Acórdão JJF nº 0135-02/20, fls. 95 a 105, assim decidiu a 5ª JJF:

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

*A nulidade levantada, refere-se à particularidade da auditoria não ter oportunizado para a autuada a ampla dilação probatória que deu azo à apuração dos fatos geradores, visto que no procedimento pré-lavratura do lançamento não houve notificação prévia para a empresa prestar esclarecimentos sobre as operações objeto da tributação, em oposição aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da verdade material.*

*Começando pelo último aspecto, é de se dizer que tais princípios se aplicam tecnicamente ao processo e não ao procedimento fiscal, embora seja desejável que na relação fisco-contribuinte, quando do desenvolvimento da ação fiscal, flua um diálogo enriquecedor para solucionar os pontos controvertidos encontrados.*

*Ademais, pelos comandos do art. 26 do RPAF-BA, não há necessidade de, para toda e qualquer ação fiscal, emitir-se notificação prévia ao contribuinte para discussão das provas verificadas pela auditoria que consubstanciam a postulação fiscal. A emissão direta do auto de infração, após conferência dos documentais fiscais eletrônicos emitidos e a correspondente escrituração na EFD, não afronta qualquer dispositivo legal. Afastada a nulidade.*

*Posto isto, o Auto de Infração cumpre formalmente os requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua lavratura, designadamente os dados do contribuinte, os dados da lavratura, a existência da descrição dos fatos supostamente infracionais, o demonstrativo do débito, a existência de enquadramento legal, e a previsão normativa da multa proposta e a assinatura do autuante, entre outros requisitos já padronizados pelo sistema denominado SLCT.*

*Também se indefere os pedidos de diligência e de perícia formulados pela impugnante, por entender presentes nos autos os elementos fático-probatórios suficientes para instrução e deliberação acerca da exigência fiscal.*

*Por outro lado, é de se observar, por parte do setor de preparo, que as intimações neste PAF, direcionadas diretamente para o contribuinte, também sigam para o endereço – ainda que eletrônico - do defensor do contribuinte, como assinalado à fl. 36, item 94, da peça impugnatória, nos termos do art. 272, § 2º do CPC, de aplicação supletiva no processo administrativo tributário na Bahia.*

*A celeuma principal 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.*

*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 norteadas 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 da 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 inteligência do 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 da auditoria, 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.

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, c/c o § 1º do art. 5º, ambos da Lei nº 7.014/96:

“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)

(...)

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).

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.

Entretanto, se a energia ingressa de outro Estado, para ser consumida por quem a adquiriu, haverá a exigência do recolhimento na entrada no território.

E o consumo aqui, alcança as hipóteses em que a mercadoria é utilizada no processo produtivo da empresa, como insumo participante da manufatura de produto acabado de uma indústria, por exemplo, como no caso da atuada, atuante num segmento diferente do eletricitista, ou seja, fabricação de fertilizantes.

Tanto assim é, que a lei institutiva do ICMS na Bahia admite o uso do crédito fiscal do imposto pago na entrada

pela aquisição da energia, quando esta é consumida no processo produtivo da empresa.

E, evidentemente, o direito à apropriação do crédito fiscal advém com o pagamento do tributo na entrada oriunda de outro Estado.

Isto está dito inegavelmente no art. 29, § 1º, III, da Lei nº 7.014/96, a saber:

“Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

(...)

§ 1º O uso do crédito fiscal ocorrerá:

(...)

III - tratando-se de entrada de energia elétrica no estabelecimento:

a) a partir de 1º novembro de 1996:

1 - quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;

2 - quando consumida no processo de industrialização;

3 - quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação de serviço destinada ao exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e

b) a partir da data prevista na Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996, nas hipóteses de entrada de energia elétrica no estabelecimento, não indicadas na alínea anterior;” (negritos da transcrição).

São muitos os casos em que se discute neste Conselho de Fazenda a proporcionalidade de uso da energia elétrica usada no processo produtivo, em comparação com o volume direcionado para as áreas administrativas.

Sinal claro e inequívoco de que não existe discussão a respeito, de ser devido o recolhimento na entrada quando a energia elétrica é empregada no processo produtivo.

Representa esta substancial discussão de casos concretos o aresto abaixo, ainda que a cobrança tenha sido julgada improcedente, exatamente porque a empresa comprovou ter havido o recolhimento na entrada:

“A. I. Nº - 269139.0013/17-2

**AUTUADO - PETRÓLEO BRASILEIRO S/A. - PETROBRÁS.**

**AUTUANTE - FRANCISCO NOBRE DE OLIVEIRA, MARCOS AURELIO PAUL CRUZ e JOSÉ ELMANO TAVARES LINS.**

**ORIGEM - SAT/COPEC**

**PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/07/2018**

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0093-01/18**

**EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ENERGIA ELÉTRICA, OPERAÇÕES ESCRITURADAS.** A Lei Complementar nº 87/96 (art. 20, §1º, c/c art. 33, II, “b”) admite a possibilidade de aproveitamento de créditos de ICMS em relação às **entradas de energia elétrica consumida no processo industrial. O contribuinte recolheu tempestivamente o valor exigido**, comprovando pagamento do valor autuado. Infração não subsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime” (negritos da transcrição).

Vale a pena reproduzir também excertos do voto:

“Sabe-se que a Lei Complementar nº 87/96 (art. 20, §1º, c/c art. 33, II, “b”), admite a possibilidade de aproveitamento de créditos de ICMS em relação às **entradas de energia elétrica consumida no processo de industrialização**. Posição que é também definida no STJ (Resp. 404.432/RJ).

**Caracterizada a incidência de ICMS**, é legítimo o direito de creditar-se do imposto na proporção da energia consumida no processo de industrialização.

O Decreto nº 13.780/12, que regulamenta o ICMS no Estado da Bahia, trata das questões inerentes à **aquisição de energia elétrica e informações relativas à liquidação de contratos de compra e venda de energia elétrica, firmados através do Convênio ICMS 77/11 e Convênio ICMS 15/07**.

Vê-se, contudo, no presente caso, que a exigência não pode prevalecer e **não configurou a falta de recolhimento do ICMS**, em razão da NF-e nº 11.243 (fls. 13/14). **O contribuinte recolheu tempestivamente**

o valor exigido, acostando ao PAF comprovantes de pagamentos correspondentes ao valor autuado (fls. 21/22)” (negritos da transcrição).

Acompanham esta volumosa corrente os Ac. JJJ Nº 0059-02/18, JJJ Nº 0102-05/18, JJJ Nº 0112-03/18, JJJ Nº 0180-02/17, JJJ Nº 0046-01/18, CJF Nº 0080-12/18 e CJF Nº 0093-11/18, só para citar alguns publicados em 2018.

**Em síntese, o que se discute aqui neste processo é ser devida ou não a cobrança do imposto quando da aquisição da energia elétrica por parte do autuado. Não o seu direito a utilizar-se do crédito fiscal correspondente, cuja aferição extrapola os limites fixados pelos lindes da matéria controvertida.**

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 impositivo 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).

Daí, cair por terra a alegação empresarial, de ter havido alargamento da base de cálculo, pelo fato de ter sido considerado o valor da demanda contratada da energia elétrica, e não o valor efetivamente consumido. Consoante bem demonstra a planilha postulatória de fl. 04, a auditoria adotou os valores das notas fiscais emitidas pelos fornecedores, com as incidências cabíveis, de acordo com o dispositivo regulamentar atrás transcrito.

Por sua vez, 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 inexistente 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.** *Consectariamente, 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, confeitarias, 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 congelamento 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 congelamento.”*

**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 presente exigência tributária carece de aplicação da multa, haja vista o desatendimento à proporcionalidade e à razoabilidade, ou também pela 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 7.014/96).*

*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.*

*Ademais, reza o art. 40 da Lei 7.014/96, que “constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo...” (sic.), estando correto o enquadramento legal.*

*Alternativamente, como a autuada disponibilizou os documentos fiscais mencionados no demonstrativo de fl. 04, não estaria errado também caracterizar o ato infracional à hipótese sancionatória prevista no art. 42, II, “a”. Mas a mudança, nenhum benefício traria para o sujeito passivo, considerando que o percentual seria rigorosamente o mesmo – 60%.*

*Quanto à alegação de confisco ou de violação à proporcionalidade e à razoabilidade, falece competência a esta JJF, para apreciar pedido de dispensa ou redução de pena pecuniária, em face de supostas inconstitucionalidades ou ilegalidades, pelo proibitivo do art. 167 do RPAF-BA.*

*Afasto, pois, o pedido de inaplicação da penalidade.*

*Pelo exposto, consideram-se insubsistentes os motivos defensivos agitados, de modo a julgar o presente lançamento de ofício, por inteiro PROCEDENTE.*

Inconformada com a decisão acima prolatada pela Junta Julgadora, tempestivamente, no dia 16.02.2021, a Recorrente, devidamente assistida pelo advogado Wagner Serpa Junior, OAB/ SP, nº 232.382, amparado no que dispõe o RPAF em seu artigo 169, inciso I, alínea “b”, protocolou



Recurso Voluntário, fls. 221 a 242 do processo, pleiteando a revisão da mesma de forma que seja o Auto de Infração julgado improcedente, objeto de minha análise.

De início, a Recorrente trata **DOS FATOS** discorrendo sobre o motivo da autuação e sua fundamentação por parte do autuante, transcrevendo o teor da infração 01 e, comentando sobre a decisão proferida pela Junta Julgadora, transcreve também a Ementa do Acórdão ora combatido.

Tratando **DO DIREITO**, discorre sobre a contagem do prazo previsto no RPAF, artigos 22, § 1º e 171, demonstrando estar a sua peça recursal sendo apresentada tempestivamente, pelo que conclui, atendendo aos critérios de tempestividade e admissibilidade.

Em seguida, a Recorrente, trata **DAS RAZÕES DE REFORMA DO V. ACÓRDÃO**, destacando **Da não Incidência de ICMS na aquisição de Energia Elétrica Destinada à Atividade de Industrialização**.

Sobre o tema destaca que a Junta Julgadora indeferiu o seu pedido de diligência do processo para averiguação de elementos fático-probatórios, sob a alegação de os constantes dos autos serem suficientes para seu julgamento.

Muito embora assim tenha assim entendido o relator do processo, repisa a Recorrente a necessidade de que seja analisado o Laudo Pericial, constante dos autos, elaborado pelo Perito Técnico, que coloca em questão os fundamentos da autuação, transcrevendo o teor do mesmo, como abaixo:

**“METODOLOGIA APLICADA**

*Para estabelecer o índice de crédito/apropriação do ICMS destacado no fornecimento de energia elétrica à indústria, determinamos o índice de utilização de energia elétrica em atividades alheias à atividade-fim do processo de industrialização, de forma a expurgá-lo do consumo total.*

*Para tanto foi efetuado o levantamento “in loco” das cargas elétricas destas atividades.*

*Desta forma determinamos o “Valor Aproveitável-VA” como crédito em relação ao “Valor Recolhido-VR”, com aplicação do “Índice de Aproveitamento-IA”.*

*Intrinsecamente, a perícia determinou o “número percentual do IA – Índice de Aproveitamento” como integrante da equação.*

8.5.2 Quadro de Dados/ Cálculos do Índice Global de Aproveitamento-IGACEE.

Dados conforme item 8.5.1.

(1)	(2)	(3) = (1) x (2)	(4)	(5) = (3) x (4)
PARÂMETROS SEM EXPURGO	TARIFAS	VALORES/FATURA SEM EXPURGO	ÍNDICE DE APROVEITAMENTO	VALORES/ FATURA PARA APROVEITAMENTO
DEMANDA "DM" 1.139 (kW)	TrD (R\$/kW) 44,821	R\$/MÊS R\$ 51.051,11	IAD 89,15%	R\$/MÊS R\$ 45.512,06
CONSUMO MÉDIO "CANP" 54.459,2 (kWh)	TrCANP (R\$/kWh) 0,047	R\$/MÊS R\$ 2.559,58	IACANP 88,93 %	R\$/MÊS R\$ 2.276,23
CONSUMO MÉDIO "CAFP" 553.553,7 (kWh)	TrCAFP (R\$/kWh) 0,047	R\$/MÊS R\$ 26.017,02	IACAFP 94,40 %	R\$/MÊS R\$ 24.560,07
SOMA DOS VALORES (R\$/MÊS)		R\$/MÊS R\$ 79.627,72		R\$/MÊS R\$ 72.348,36

Do quadro acima:

ÍNDICE GLOBAL DE APROVEITAMENTO DO ICMS PARA O CONSUMO DE ENERGIA  
ELÉTRICA PELO ESTABELECIMENTO- IGACEE:

IGACEE =  $\frac{\text{VALORES/FATURA P/ APROV. (Col.5)}}{\text{VALORES/FATURA S/ EXPURGO. (Col.3)}}$

IGACEE = R\$ 72.348,36

R\$ 79.627,72

IGACEE = 0,91 = 90,8%

A seguir a Recorrente discorre sobre a situação jurídica da empresa e seus objetivos sociais, destacando que o estabelecimento autuado, situado no município de Campo Alegre de Lourdes, neste Estado, *"atua no segmento de mineração, realizando a extração mineral e o beneficiamento de rocha contendo fosfatos para, a partir do concentrado fosfático, fabricar fertilizantes para o fim de contribuir com a produção de alimentos no País"*.

Diz que, em função da sua atividade, faz uso de energia elétrica adquirida em Ambiente de Contratação Livre (ACL), destacando que *"o uso de energia elétrica pela Recorrente constitui verdadeiro insumo imprescindível para a consecução de seu escopo estatutário"*,

E, destaca da decisão de piso:

*"ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. INCIDÊNCIA. CONSUMO NO PROCESSO PRODUTIVO. Procede a cobrança de imposto na entrada de energia elétrica oriunda de outros Estados, quando utilizada como insumo no processo industrial ou consumida por empresa estranha ao ramo energético. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão Unânime"*.

Diz merecer reforma tal decisão em face do que dispõe a Constituição Federal (CF/88) e a Lei nº 7014/96, do Estado da Bahia, transcrevendo teor do dispositivo constitucional, Artigo 155, inciso II, § 2º, inciso X, alínea "b", que destaca.

Referência ao constante do Resp nº 748.543/RS (Tema 689), do STF que diz ser direito do Estado de destino a cobrança do ICMS sobre operações de entrada de energia elétrica a ser empregada no processo de industrialização e menciona o disposto na LC 87/96, que ao seu entender, determina *"que o ICMS somente deverá incidir em hipóteses nas quais a energia elétrica comercializada em avenças interestaduais não for utilizada em processo de industrialização ou comercialização de outros produtos. Foi com arrimo em tal dispositivo que o E. STJ escorreitamente entendeu ser inexigível a exação para a situação em que a energia elétrica constitui verdadeiro insumo para a consecução de atividades industriais"*.

Diz que tal tema, remetido ao STF não foi pelo mesmo enfrentado em sua totalidade mas, apenas, de relação à tributação nas operações interestaduais, em tese, o que não coincide com o exposto

na Lei nº 7.014/96, que assim aponta no artigo 3º:

“Art. 3º. O imposto não incide sobre:

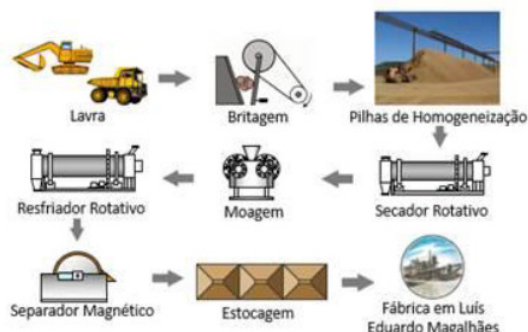
(...).

III – operações interestaduais relativas a energia elétrica, a petróleo e a lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo, quando destinados a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração.”

E afirma, de relação à autuação: “percebe-se, a toda evidência, que o crédito tributário a título de ICMS fora constituído sobre a celebração de contratos de compra e venda de energia elétrica, embora a operação não configure hipótese de incidência do tributo - quer sob a égide da CF/88, quer sob os auspícios da Lei Kandir e da Lei estadual -, eis que destinada a todo o processo de industrialização ínsito ao escopo social da Recorrente”.

Apresenta a Recorrente Quadro demonstrativo da sua operação extrativa/industrial onde diz demonstrar a utilização da energia elétrica como insumo da atividade, como abaixo:

#### Nosso processo produtivo na unidade de UMA



Afirma que em todo o seu ciclo produtivo é imprescindível o uso da energia elétrica, o que leva a recorrer ao Ambiente de Contratação Livre para suprir a demanda necessária.

Diz que a inexigibilidade na hipótese chancelada pelo STJ que, em julgamento do Recurso Especial nº 1.117.139/RJ, sob a sistemática de recursos repetitivos, assim decidiu

“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 inexistente 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. Consectariamente, 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, confeitarias, 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 congelamento 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 congelamento.”* 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.” – destaques acrescidos.

Ancorada na decisão acima transcrita, afirma a Recorrente, que o emprego da energia elétrica deverá relacionar-se às definições conferidas pelo Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados (RIPI) para fins de aferição de possibilidade (ou não) de creditamento de ICMS pelo contribuinte.

Transcreve a seguir o artigo 4º do RIPI, como abaixo:

**“Art. 4º. Caracteriza industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoamento para consumo, tal como:**

*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).”*

Reforça seu entendimento com o que dispõe o CTN no artigo 46, que assim define:

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

*I - o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira;*

*II - a sua saída dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do artigo 51;*

*III - a sua arrematação, quando apreendido ou abandonado e levado a leilão.*

**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 aperfeiçoamento para o consumo.”** – destaques acrescidos

Volta a destacar a Recorrente que a celebração dos contratos de compra e venda de energia elétrica teve o fim específico de empregá-la nos processos de industrialização, próprios da sua atividade empresarial, destacando: *“(i) industrialização de produtos químicos, fertilizantes e respectivas matérias-primas; e (ii) industrialização de minérios utilizados como matérias-primas de fertilizantes”.*

Entende que sua forma de proceder atende perfeitamente ao critério estabelecido pela Lei Kandir e à definição do que vem a ser “industrialização” contida no RIPI.

Em seguida, a Recorrente, aborda a legislação definidora da comercialização de energia elétrica em regime de ACL, destacando o contido no Decreto nº 5.163/2004, quando assim estabelece:

**“Art. 48. Os consumidores ou conjunto de consumidores reunidos por comunhão de interesses de fato ou de direito, cuja carga seja maior ou igual a 500kW, quando adquirirem energia na forma prevista do § 5º do art. 26 da Lei nº. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, serão incluídos no ACL.”**

E define o que venha a ser o ACL: *“O regime de ACL consiste em modalidade de contratação cujos termos podem ser livremente negociados entre as partes, constituindo medida excepcional ao ambiente de contratação regulada, o qual, a seu turno, concerne à aquisição de energia elétrica mediante licitação e de acordo com procedimentos altamente regulados pela agência correlata (ANEEL)”.*

E acrescenta que os benefícios concedidos no regime de contratação de compra e venda de energia, na modalidade objeto do presente processo, visa incrementar a atividade industrial e fazer maior o PIB brasileiro, o que é preconizado pela CF/88, pela Lei Kandir e pelas legislações estaduais.

Ao considerar o que foi expressado pelo autuante e pela Junta Julgadora, diz ser imprescindível a realização de diligência *in loco* para verificação das operações que executa o que, decerto, comprovará a realidade do que afirma.

Sequenciando, a Recorrente passa a tratar da **NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO**, quando afirma que, caso não seja reconhecida a improcedência da autuação, face aos argumentos e provas apresentados, que seja reconhecida a nulidade da autuação, considerando que a autuação foi efetuada sem que lhe fosse concedida a oportunidade a apresentar “a adequada dilação probatória quando da apuração do fato gerador”.

E cita ensinamento de Hugo de Brito Machado Segundo, como transcrito:

*“(...) nas demais situações em que o conhecimento dos fatos for possível, e o contribuinte simplesmente não conseguir comprová-los a tempo, ou não lograr fazê-lo através do meio que a Administração deseja, o Fisco não poderá valer-se da sanável insuficiência dos elementos fornecidos pelo contribuinte para tributá-lo, ou por qualquer meio prejudicá-lo, em face apenas dessa sua falta de diligência na demonstração da verdade.*

*Imagine-se que agentes fiscais peçam ao contribuinte a comprovação de certas despesas escrituradas como dedutíveis para fins de Imposto de Renda. A assinatura do Diário da Justiça, por parte de um escritório de advocacia, por exemplo. A Administração constata que tais Diários da Justiça foram realmente adquiridos, estão todos na biblioteca do escritório, e são indispensáveis ao exercício da atividade produtora da renda (advocacia). Mas a Administração exige que a “despesa” relativa à assinatura do Diário da Justiça seja comprovada por meio de determinada nota fiscal, com determinado formato e cor, e o escritório de advocacia só dispõe de recibo fornecido pela Imprensa Oficial, que, imune, não emite notas fiscais. Dispõe ainda de cópia do cheque utilizado para pagar dita assinatura. Mas não da nota fiscal exigida. É da maior evidência que no exemplo acima, estando demonstrada a efetiva ocorrência da despesa dedutível da base de cálculo do Imposto de Renda, a Administração não pode se recusar a admiti-la ante o argumento de que deveria ser apresentada nota fiscal, e não outros meios de prova (ainda que mais contundentes e irrefutáveis!). Do contrário, estar-se-á exigindo Imposto de Renda não por conta da inocorrência da despesa (que se sabe que houve), mas por conta da ausência de determinado meio de prova.”*

*“(...) todos os demais princípios e regras inerentes à atividade estatal, aplicam-se naturalmente a todas as fases do processo tributário em sentido amplo, desde os procedimentos que antecedem a prática de atos de lançamento, de parcelamentos, de compensações, de reconhecimento de imunidades e isenções etc., ao processo administrativo de controle da legalidade desses mesmos atos e, finalmente, ao processo judicial tributário, também chamado de processo tributário em sentido estrito.” – destaques acrescidos.*

Afirma que não pode a autoridade fiscal efetuar autuações sem que considere a primazia da verdade material, o que ocorreu no presente processo e invoca atenção para o que estabelece o CTN, no artigo 142, como descrito:

*“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.*

*Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”*

E destaca: “A autuação, todavia, revela que o único aspecto verdadeiramente considerado para a constituição da suposta obrigação tributária repousa singelamente na entabulação de um contrato de aquisição de energia elétrica, sem que se houvesse debruçado sobre os detalhes da operação, os quais conduzem, inexoravelmente, ao vislumbre do próprio caráter extrafiscal da avença, impresso, a toda evidência, na Letra Maior (artigo 155) e na Lei nº. 7.014/1996 (artigo 3º, III), especificamente pela outorga de imunidade/isenção de ICMS quando referido bem é destinado ao desempenho de tarefas de industrialização, com arrimo no RIPI”.

Reafirma que é dever da autoridade fiscal buscar a verdade material, perquerindo os fatos em busca da sua veracidade, atentando para o princípio da legalidade tributária, definida na CF no

artigo 150, inciso I, e cita ensinamento de Alberto Xavier, como transcreve:

*“O princípio da verdade material consiste em conceber o procedimento do lançamento como um procedimento inquisitório em que o objeto do processo não está na disponibilidade das partes, como sucede no Processo Civil, mas no dever do Fisco de verificar os fatos tais como eles, na realidade, se apresentam, independentemente das provas legais pré-constituídas. O Fisco deve investigar os fatos independentemente de quaisquer presunções, provas legais ou realidade anômalas.”*

E realça: *“Em suma, a Administração Pública não se acha adstrita ao exacerbado formalismo que permeia as relações jurídicas travadas com o contribuinte. Muito pelo contrário, a busca pela verdade material é incentivada e, mais ainda, curial à escorreita aferição da situação fiscal/legal do administrado, o que, a toda evidência, não foi realizado no caso in concreto. Isso porque, conquanto não enfrentado no âmbito do v. acórdão vergastado, a Lei nº. 7.014/1996, alicerçada no artigo 155 da CF/88, concedeu isenção de ICMS para a hipótese em apreço, e, no entanto, não foi aplicada pela D. Autoridade Fiscal, por simples não cotejamento da situação em tela com o regramento legislativo atinente à matéria”.*

Complemente a Recorrente: *“Conclui-se, pois, que o Auto de Infração em diatribe não se acha revestido dos requisitos mínimos para prevalecer, eis que eivado de nulidade, na medida em que lavrado à míngua do devido processo legal (e corolários) e da busca pela verdade material do caso em tela. Por tal razão, merece a autuação ser anulada”.*

Em continuidade de sua peça recursal a Recorrente passa a discorrer a respeito **Do Necessário Afastamento da Multa de 60% (sessenta por cento)** quando destaca o caráter confiscatório da referida penalidade, apresentando julgados superiores que assim a consideram a exemplo Recurso Extraordinário nº. 582.461 –STF, cuja ementa transcreve.

Diz do seu posicionamento ante a autuação, em especial de relação à penalidade aplicada, quando afirma: *“Nesse espeque, impende salientar que o escopo do presente Recurso Voluntário não é, de forma alguma, questionar, em sede administrativa, a (in)constitucionalidade da pretensão de cobrança de ICMS sobre a aquisição de energia elétrica como insumo para processos de industrialização ou da aplicação de multa moratória em patamar superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor devido, mas tão somente a consonância entre a praxis administrativa, as disposições da Lei nº. 7.014/1996 (como regente da isenção de ICMS suscitada) e a jurisprudência infirmada pelo E. STF no particular da temática ora em debate”.*

Após requerer que, em caso de manutenção da autuação, a multa aplicada deva ser reduzida ao considerar a inocorrência de dolo, fraude ou simulação, apresenta

#### DOS PEDIDOS

**1** - Por todo o exposto, a Recorrente pugna pelo regular recebimento e processamento do presente Recurso Voluntário, para que seja o v. acórdão vergastado reformado, julgando-se a medida recursal procedente *in totum* e, por conseguinte, anulando-se o Auto de Infração nº 2796910007/20-9, eis que:

- i. Não deverá incidir ICMS sobre as operações de aquisição de energia elétrica pela Recorrente, eis que tal compra se destina integralmente à efetuação de processos de industrialização, para os quais a energia elétrica configura verdadeiro insumo imprescindível;
- ii. O Auto de Infração em comento se acha eivado de nulidade intransponível, na medida em que fora lavrado à míngua de concessão de oportunidade à Recorrente para a produção de provas aptas a demonstrarem a isenção de ICMS aplicável à hipótese;
- iii. Igualmente, o Auto de Infração fora produzido à míngua da essencial perquirição da verdade material dos fatos, importando em imposição (inclusive com aplicação de multa moratória confiscatória) indevida; e
- iv. A multa moratória aplicada, no patamar de 60% (sessenta por cento), se acha exorbitante



dos parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade fixados pelo E. STF.

2 - Requer, ainda, que todas as provas acostadas aos autos sejam detidamente cotejadas, a fim de que se alcance a desejável verdade material, para que, ao final, se conclua pela isenção de ICMS à Recorrente e, assim, pelo cancelamento do Auto de Infração em tela, por tudo quanto já exposto.

3 - derradeiro, requer que as intimações relativas à presente Impugnação sejam realizadas em nome do patrono da Impugnante abaixo identificado, no seguinte endereço, via carta registrada e com aviso de recebimento, **sob pena de nulidade**, consoante disposição do artigo 272, §2º, do Código de Processo Civil e dos artigos 108 e 109 do Decreto Estadual nº 7.629/1999 (RPAF/BA).

#### VOTO VENCIDO

O Recurso Voluntário ora analisado, revela a inconformidade da Recorrente ante a decisão da 5ª JF, que acatou e julgou Procedente o Auto de Infração em lide, sendo a motivação do mesmo o descrito na Infração 01, assim descrita:

##### *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. Segue no anexo da infração a memória de cálculo com a apuração analítica do ICMS devido por documento fiscal.*

Cabe-me inicialmente apreciar a postulação de nulidade pretendida pela Recorrente. Como bem esclarecido na decisão de piso, inexistente a obrigatoriedade de o preposto autuante, muito embora seja recomendável, discutir com o contribuinte os aspectos fáticos do que está a fiscalizar, ainda mais quando o mesmo entender não haver esta necessidade.

Além do mais, o Auto de Infração está revestido de todas as formalidades legais, foram disponibilizados à Recorrente os demonstrativos que serviram de base para a autuação, tendo o mesmo exercido em sua plenitude o seu direito ao contraditório, do que prova o que consta no processo.

Assim, rejeito o pedido de nulidade suscitado pela Recorrente.

Adentro ao mérito da autuação.

Como se depreende, a decisão da Junta Julgadora tomou por base o determinado pelo RICMS BAHIA, que estabelece como obrigatório o recolhimento do ICMS na entrada no território baiano de energia elétrica, adquirida em ambiente de contratação livre, **quando não destinada à industrialização ou comercialização**.

Em se tratando de aquisição de energia no mercado livre, deve-se considerar que o mesmo abrange a geração de energia, a sua transmissão, e por fim, a sua aquisição pelo adquirente, que em aceitando as condições estabelecidas pela legislação, obriga-se ao recolhimento nos termos por ela determinados, o que não está contemplado nas operações efetuadas pela Recorrente, que utiliza a energia elétrica como insumo para a sua produção industrial, recolhendo o tributo quando da saída dos produtos que fabrica.

Ao se verificar a atividade praticada pela Recorrente e sua peculiaridade, pode-se entender perfeitamente da impossibilidade do exercício da mesma sem a utilização da energia elétrica, constituindo-se a mesma, em realidade insumo imprescindível.

Para o exercício da sua atividade a Recorrente não dispõe na rede comum de energia fornecida pela concessionária, da possibilidade de aquisição da quantidade que necessita e utiliza, e desta forma, tem que recorrer ao ambiente de contratação livre, sem o que, impossibilitaria a execução dos seus objetivos sociais, além de afastar do Estado a produção de fertilizantes, o que forçaria a sua aquisição em outros Estados da Federação, impedindo assim a geração de emprego e renda que sua atividade traz.

Justamente para atender a situações deste tipo, a Lei nº 10.848/04 estabelece a coexistência de dois regimes de aquisição de energia elétrica: o ACL – **Ambiente de Contratação Livre** e, o ACR – **Ambiente de Contratação Regulada**.

Os consumidores que aderem ao Ambiente de Contratação Livre têm o direito de adquirir a energia elétrica de qualquer fornecedor, segundo suas conveniências e vantagens obtidas, enquanto aqueles que a adquirem no regime do Ambiente de Contratação Regulada, obrigatoriamente adquirem das concessionárias autorizadas, não tendo condições de optar pelo fornecedor que lhe convenha.

Desta forma, estando a energia elétrica disponibilizada na rede de transmissão e/ou distribuição, o adquirente negocia diretamente com quem a disponibilizou e paga o preço combinado pela quantidade utilizada, podendo ocorrer a aquisição a vários fornecedores num mesmo período, sem que a energia tenha a identificação original, apenas é pago ao fornecedor o valor correspondente à fração de energia elétrica, que foi subtraída do crédito disponibilizado.

E como afirmado no caso em comento, esta energia é utilizada unicamente nas suas atividades industriais.

Em se tratando de grandes consumidores no Ambiente de Contratação Livre, diferentemente da situação anterior, o próprio adquirente retira da rede a energia consumida e o vendedor escolhido emite a Nota Fiscal identificando o quanto de energia elétrica foi utilizada, base para o pagamento ao fornecedor e apropriação como custo industrial.

Em termos legislativos, temos o que determina a Constituição Federal, em relação às operações com energia elétrica:

*“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 devido 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; (...)***

Já no âmbito estadual, a Lei nº 7.014/96, assim estabelece:

*“Art. 3º. O imposto não incide sobre:*

*(...).*

*III – operações interestaduais relativas a energia elétrica, a petróleo e a lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo, quando destinados a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração.*

No caso específico da Recorrente, ela se enquadra no especificado no Decreto nº 5.163/2004, que regulamentando a aquisição de energia elétrica pelo regime de ACL, define no artigo 48:

*“Art. 48. Os consumidores ou conjunto de consumidores reunidos por comunhão de interesses de fato ou de direito, cuja carga seja maior ou igual a 500kW, quando adquirirem energia na forma prevista do § 5º do art. 26, da Lei nº. 9.427, de 26 de dezembro de 1996, serão incluídos no ACL.”*

Por princípio constitucional, não incide o ICMS nas operações interestaduais de energia elétrica, e assim sendo, não ocorre a utilização por parte do adquirente de créditos, restando a obrigatoriedade do recolhimento integral quando da saída, o que ocorre com a Recorrente. Incorporando a aquisição de energia elétrica ao custo dos produtos por ela fabricados, ocorre a tributação quando da sua saída, fato constatado pelo preposto autuante.

E a possibilidade de utilização do crédito do ICMS nestas operações, somente poderá ocorrer quando acobertados pelo que dispõe a Lei nº 7.014/96, ao amparo do artigo 29, como abaixo destacado:

*Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.*

**§ 1º O uso do crédito fiscal ocorrerá:**

*III - tratando-se de entrada de energia elétrica no estabelecimento:*

*1 - quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;*

*2 - quando consumida no processo de industrialização;*

Não procede, pois, o argumento de que o não recolhimento do ICMS, no caso em lide, apenas ocorreria quando fosse destinada a energia à sua própria industrialização ou comercialização, o que não consta em nenhum dispositivo legal.

Desta forma, à luz dos dispositivos legais e realidade fática dos fatos apreciados no presente processo, convicto da certeza do que entendo, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário impetrado pela Recorrente, e julgo IMPROCEDENTE o Auto de Infração em apreço.

#### **VOTO VENCEDOR**

Com a máxima e respeitosa vênia, ao pedir vistas do processo e verificar minuciosamente todas peças do processo (impugnação inicial, informação fiscal, o voto recorrido e o Recurso voluntário), tive nítida compreensão dos fatos da lide, e devo me posicionar de forma contrária ao voto do eminente Conselheiro Relator, conforme os fundamentos abaixo expostos.

O longo relatório em que se expõe as razões do Recurso Voluntário, pode ser resumido a uma única questão de direito, que faz sentido se discutir neste julgamento – o fato de que a LC87/96, traz em seu art. 3º, III, que o *imposto não incide sobre operações interestaduais relativas a **energia elétrica**, a petróleo e a lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo, quando destinados a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração*”.

Como o recorrente alega ter atividade industrializadora ou produtora na área extrativa mineral, inclusive descrevendo seu ciclo produtivo com a extração de minério e a concentração de fosfático obtido (fl. 230), e que todas essas fases dependem da utilização de energia elétrica como insumo, requer a **não incidência do ICMS sobre suas aquisições de energia elétrica** nos marcos da supracitada Lei Complementar, invocando o art. 3º III da supracitada lei complementar.

Contudo, desde a impugnação inicial, e também no Recurso Voluntário, o recorrente trouxe uma extensiva argumentação desvinculada do fato gerador que deu origem ao lançamento de ofício aqui em discussão.

Isto obrigou o voto de primeira instância, assim como o voto do Conselheiro Relator, que divirjo aqui, a apresentar um farto arrazoado que foge aos fatos geradores da única infração que está em discussão, aludindo-se em ambos os votos, os argumentos quanto à compra de energia elétrica no ambiente de contratação livre ACL, e o correspondente direito ao crédito fiscal do imposto, alegando-se que pelo menos deveria corresponder ao percentual de energia utilizada na atividade fim, acusando o autuante de haver alargado a base de cálculo etc., além de se alongar em discussões com relação ao direito do crédito fiscal a ser utilizado pelo recorrente em sua escrita fiscal.

O que realmente corresponde e faz sentido à defesa do lançamento, é o fato de haver ou não incidência do imposto para aquisições de energia elétrica como insumo em atividade industrializadora ou produtora, por conta de **não incidência** nos termos do art. 3º III da Lei

Complementar nº 87/96, assim como o disposto na Lei nº 7.014/96, que reproduz a lei complementar, e que sem dúvida traz um artigo que é objeto de discussões judiciais em processos tributários semelhantes. O recorrente cita o RE748.543, do Supremo Tribunal Federal com repercussão geral, com temática similar em sua defesa.

O próprio voto recorrido, após dissecar longamente os argumentos da impugnação que não guardam correlação com as razões do lançamento, chama a atenção para o fato de que ***“em síntese, o que se discute aqui neste processo é ser devida ou não a cobrança do imposto quando da aquisição da energia elétrica por parte do autuado. Não o seu direito a utilizar-se do crédito fiscal correspondente, cuja aferição extrapola os limites fixados pelos lindes da matéria controvertida.***

O voto nesta segunda instância acabou também por se deter demasiadamente aos fundamentos do recurso que fogem completamente aos fatos geradores do lançamento e à infração correspondente, que não tem qualquer vínculo com créditos fiscais e o laudo técnico apresentado na impugnação.

O recorrente em sua impugnação inicial, trouxe um laudo pericial quanto à energia consumida na sua atividade produtiva, separando-a das atividades alheias à atividade fim, conforme descrição da metodologia aplicada, fl. 39, onde o valor aproveitável do crédito de ICMS é da ordem de 90,8%, justificando a não utilização do crédito fiscal em atividades alheias à produção (serviço administrativo, limpeza, higiene, etc.).

Tal laudo e tal argumentação, fogem completamente às razões do imposto aqui lançado, que não tem qualquer correlação com a energia empregada na atividade fim, já que o imposto pela aquisição que foi cobrado atinge toda a energia elétrica adquirida e não exclusivamente a energia aplicada diretamente na atividade industrial, e acabou por desviar de forma contundente a discussão das razões do lançamento do ICMS pelo autuante.

A infração foi descrita como *“ deixou o contribuinte de recolher o ICMS incidente sobre a entrada de energia elétrica em seu estabelecimento, adquirida por meio de contrato firmado no ambiente de contratação livre, mesmo tendo sido a operação escriturada”*.

Não há na lide, efetivamente, qualquer discussão envolvendo os créditos fiscais de energia elétrica, se estão ou não conforme a sua utilização na área fim, como o laudo técnico apontou, mas tão somente o ICMS devido pela aquisição da energia, e embora o crédito deste imposto devido pela aquisição não possa ser aproveitado integralmente, mas apenas quanto à proporção na sua atividade fim, conforme atesta o laudo e também na proporção das saídas tributadas. Mas isto, repito, não está em discussão aqui.

O laudo aponta a utilização na atividade de produção, da ordem de 90,8%, o restante foi utilizado na área administrativa, e teve 100% da energia consumida, portanto, tributada integralmente pela sua entrada, e nada foi comprovado como energia elétrica não consumida ou comercializada para terceiros, de forma que a incidência do imposto, conforme bem explicado na informação fiscal, abarca todo o valor da nota fiscal de aquisição, e de nada serve o laudo técnico do consumo em atividade fim, no propósito de rebater o lançamento em discussão, já que o laudo tem alguma validade apenas quanto à discussão dos créditos de imposto eventualmente lançados pelo pagamento na aquisição de energia elétrica, e isto está fora de discussão.

O próprio autuante diz na informação fiscal, fls. 90, que *“pouco importa a assertiva do contribuinte de que o auditor não fez uma visita in loco para analisar o processo produtivo e a real utilização do insumo, uma vez que a questão é se é devido ou não o ICMS na aquisição de energia elétrica. Que quanto ao suposto alargamento da base de cálculo por ter sido utilizado o valor do contrato e não do efetivo consumo, informa que o documento que lastreou o lançamento foi a nota fiscal emitida pelo fornecedor.*

O autuante diz ainda, que a alegação do contribuinte de que *“a falta de pagamento do imposto não causou prejuízo ao erário público uma vez que se de fato o imposto fosse devido e pago*

*poderia apropriar-se do crédito, não prospera, pois são eventos jurídicos suscetíveis de apuração, e em tempo, informa que no caso da lide o crédito não é integralmente aproveitado nem mesmo na produção, pois os produtos fabricados têm tributação reduzida nas saídas.*

Assim, fica claro que toda discussão do direito de créditos fiscais da aquisição de energia elétrica decorrentes da atividade fim da recorrente, extrapola o objeto deste lançamento em discussão e está a fugir do cerne da questão em lide. Passou-se a uma discussão do direito ou não do uso do crédito fiscal, quando crédito nenhum foi utilizado, nem faz parte do lançamento, pois o imposto devido pela aquisição sequer foi pago! A lide não discute utilização do crédito fiscal, mas simplesmente o imposto devido pela compra de energia elétrica!

Uma vez pago o imposto lançado no Auto de Infração, o contribuinte poderá lançar o crédito fiscal a que tem direito, na medida da sua utilização no parque de produção, utilizando-se da proporção aferida em seu laudo técnico, assim como na proporção das saídas com tributação reduzida, como bem frisou o autuante.

O contribuinte infelizmente conseguiu em sua impugnação inicial e no seu Recurso Voluntário, desviar o foco da discussão objetiva do lançamento, tanto no voto da primeira instância, como no voto do relator, como neste voto divergente, obrigando-nos a travar uma discussão sem efetiva correlação com a lide.

Assim, passo à verdadeira discussão da lide, o lançamento pelo imposto devido na compra de energia elétrica pelo recorrente. O voto desta segunda instância, que divirjo, traz em seu núcleo, no que diz realmente respeito ao lançamento propriamente dito, apenas o seguinte:

*Não procede pois o argumento que o não recolhimento do ICMS, no caso em lide, apenas ocorreria quando fosse destinada a energia à sua própria industrialização ou comercialização, o que não consta em nenhum dispositivo legal.*

Vejamos então, o argumento do Recurso Voluntário, que corresponde mesmo à defesa do imposto lançado pela aquisição de energia elétrica, conforme transcrição de trecho do Recurso Voluntário, abaixo:

*Em se tratando de aquisição de energia no mercado livre deve-se considerar que o mesmo abrange a geração de energia, a sua transmissão e por fim a sua aquisição pelo adquirente que, em aceitando as condições estabelecidas pela legislação, obriga-se ao recolhimento nos termos por ela determinados, o que não está contemplado nas operações efetuadas pela Recorrente, que utiliza a energia elétrica como insumo para a sua produção industrial, recolhendo o tributo quando da saída dos produtos que fabrica.*

*Referência ao constante do Resp nº 748.543 nº 748.543/RS(Tema 689), do STF, que diz ser direito do Estado de destino a cobrança do ICMS sobre operações de entrada de energia elétrica a ser empregada no processo de industrialização e menciona o disposto na LC87/96, que ao seu entender, determina “que o ICMS somente deverá incidir em hipóteses nas quais a energia elétrica comercializada em avenças interestaduais não for utilizada em processo de industrialização ou comercialização de outros produtos.Foi com arrimo em tal dispositivo que o E. STJ escorreitamente entendeu ser inexigível a exação para a situação em que a energia elétrica constitui verdadeiro insumo para a consecução de atividades industriais”.*

*Diz que tal tema, remetido ao STF não foi pelo mesmo enfrentado em sua totalidade mas, apenas, de relação à tributação nas operações interestaduais, em tese, o que não coincide com o expresso na Lei nº 7.014/96, que assim aponta no artigo 3º:*

*“Art. 3º. O imposto não incide sobre:*

*(...).*

*III – operações interestaduais relativas a energia elétrica, a petróleo e a lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo, quando destinados a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração.”*

*E afirma, de relação à autuação: “percebe-se, a toda evidência, que o crédito tributário a título de ICMS fora constituído sobre a celebração de contratos de compra e venda de energia elétrica, embora a operação não configure hipótese de incidência do tributo - quer sob a égide da CF/88, quer sob os auspícios da Lei Kandir e da Lei estadual -, eis que destinada a todo o processo de industrialização insito ao escopo social da Recorrente”.*

Cabe aqui analisar o RE748.543/RS (Tema 689) em profundidade, já que realmente trata da questão

do lançamento de ofício em discussão neste processo em julgamento, para se aferir se a decisão do STF, tem correspondência com eventual **não incidência do ICMS nas operações do recorrente**.

No caso julgado pelo STF, a empresa TRADENERLTDA, do Paraná, forneceu energia elétrica, também no ambiente de contratação livre, **para a unidade industrial da BRASKEMS/A** estabelecida no Rio Grande do Sul, que assim, da mesma forma como a recorrente deste processo administrativo, emprega a energia elétrica em sua atividade industrial. Contudo, no caso do processo apreciado no STF, **sequer estava sendo discutida a não incidência para atividades industriais, mas se o imposto era devido ao estado de origem ou ao Estado de destino**, mas a decisão abordou sim, o art. 3º III da LC87/96, que é o único fundamento de defesa que serve ao Recurso Voluntário aqui em discussão.

*In casu*, o Auto de Infração foi lançado pela SEFAZ do Rio Grande do Sul, exigindo um crédito tributário de ICMS devido com relação à venda de energia elétrica para contribuinte estabelecido em seu território, para emprego na atividade de industrialização, e o TJ-RS manteve a exigência fiscal.

O STJ, por sua vez, deu provimento ao recurso especial da empresa notificada, **sob o argumento de que não incide o imposto quando a energia é destinada ao processo de industrialização (LC87/96, art. 2º, §1º, III e 3º, III)**, exatamente no que se apega o recorrente neste processo administrativo, daí que realmente procede a polêmica quanto à interpretação da LC 87/96, já que a decisão do STJ foi tomada no mesmo sentido do pleito do recorrente neste processo administrativo, a não incidência para sua atividade industrializadora.

Submetida a matéria ao STF, ao contrário do que pretende o recorrente, deu-se provimento ao Recurso Extraordinário, para julgar improcedente o pleito da recorrente e manter a exigência fiscal do Estado do Rio Grande do Sul, sendo o imposto devido ao Estado de destino, a despeito do STJ **arguir que se tratava de energia destinada à atividade industrial, e, portanto, fora do campo de incidência do ICMS**, sugerindo a seguinte tese, pelo Ministro Alexandre de Moraes:

*1. Segundo o artigo 155, § 2º, X, b, da CF/1988, cabe ao Estado de destino, em sua totalidade, o ICMS sobre a operação interestadual de fornecimento de energia elétrica a consumidor final, para emprego em processo de industrialização, não podendo o Estado de origem cobrar o referido imposto;*

*2. São inconstitucionais os artigos 2º, § 1º, III e 3º, III, da Lei Complementar 87/96, na parte em que restringem a incidência do ICMS apenas aos casos em que a energia elétrica se destinar à industrialização ou à comercialização.*

Em resumo, o STF firmou posição pela destinação do ICMS ao Estado de destino de forma integral, mas também afastou os dispositivos mencionados na LC87/96, que foi o fundamento da decisão do STJ que deu razão ao contribuinte, já que a LC87/96 estaria restringindo o texto constitucional, que não trata de qual atividade incide ou não o ICMS da energia adquirida, e assim, a decisão do STF além de firmar o imposto integralmente para o Estado de destino, alcançou todas as operações interestaduais com energia elétrica, independentemente de sua destinação: **industrialização, comercialização ou para consumidor final**.

Contudo, a segunda tese proposta pelo Ministro Alexandre de Moraes, embora tenha tido o voto de outros ministros, foi rejeitada por faltar quórum, pelo fato do ministro Luis Roberto Barroso entender que a fixação da tese quanto à inconstitucionalidade dos artigos 2º § 1º III e 3º III da LC87/96, **estava fora do escopo da lide, não cabendo declarar a inconstitucionalidade naquele momento**, o que acredito, certamente ocorrerá em outra oportunidade. Vejamos o extrato da ata de julgamento:

EXTRATO DE ATA  
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 748.543  
PROCED: RIO GRANDE DO SUL  
RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO  
REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES  
RECTE.(S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Recurso Extraordinário do Estado do Rio Grande do Sul a que se dá provimento, para julgar improcedente o pedido inicial. Tema 689, fixada a seguinte tese de repercussão geral:

*“Segundo o artigo 155, § 2º, X, b, da CF/1988, cabe ao Estado de destino, em sua totalidade, o ICMS sobre a operação interestadual de fornecimento de energia elétrica a consumidor final para emprego em processo de industrialização, não podendo o Estado de origem cobrar o referido imposto”.*

#### A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual do Plenário, sob a Presidência do Senhor Ministro DIAS TOFFOLI, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por maioria, apreciando o tema 689 da repercussão geral, acordam em dar provimento ao recurso extraordinário do Estado do Rio Grande do Sul, para julgar improcedente o pedido inicial, e em fixar a seguinte tese:

*“Segundo o artigo 155, § 2º, X, b, da CF/1988, cabe ao Estado de destino, em sua totalidade, o ICMS sobre a operação interestadual de fornecimento de energia elétrica a consumidor final, para emprego em processo de industrialização, não podendo o Estado de origem cobrar o referido imposto”. Votaram neste sentido os Ministros ALEXANDRE DE MORAES, Redator para o acórdão, RICARDO LEWANDOWSKI, GILMAR MENDES, CÁRMEN LÚCIA, ROSA WEBER, ROBERTO BARROSO e CELSO DE MELLO.*

O Ministro MARCO AURÉLIO (Relator) ficou vencido negando provimento ao recurso. O Ministro ALEXANDRE DE MORAES propôs um segundo tópico na tese de repercussão geral, para o qual não foi alcançado o quórum previsto no art. 97 da Constituição, porquanto os Ministros GILMAR MENDES e ROBERTO BARROSO não o acompanharam nesse tópico.

Os Ministros EDSON FACHIN, LUIZ FUX e DIAS TOFFOLI (Presidente) davam provimento ao recurso, mas fixavam tese diversa.

Vejamos trecho do relatório e voto do **Ministro Alexandre de Moraes**:

*O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao Recurso Especial interposto pela autora, nos termos da seguinte ementa (Vol. 9, fl. 91):*

**“RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DE FORNECIMENTO. NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO”**

*Voto Vogal*

#### **RE748543/RS**

**QUANDO A ENERGIA É DESTINADA AO PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO (LC87/96, ARTS. 2o., §1o., III E 3o., III). CIRCUNSTÂNCIA E VIDENCIADA NOS AUTOS POR MEIO DE PROVA PERICIAL. RECURSOS PECIAL PROVIDO PARA REFORMAR O ACÓRDÃO E JULGAR PROCEDENTE A DEMANDA”.**

*No apelo extremo interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, com amparo no artigo 102, III, da CF/1988, sustenta-se a violação ao artigo 155, §2º, X, “b”, da Constituição Federal, sob o fundamento de que o acórdão do STJ violou tese firmada pelo Plenário desta SUPREMA CORTE, nos autos do RE198088/SP, no sentido de que o benefício previsto no artigo 155, §2º, X, “b”, da CF/1988 não foi instituído em prol do consumidor, mas do Estado de destino dos produtos em causa, ao qual caberá, em sua totalidade, o ICMS sobre eles incidente, desde a remessa até o consumo. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo provimento do recurso.*

*É o relatório.*

Agora trago aqui, trecho importante do voto:

*Posteriormente, sobreveio a Lei Complementar 87/1996 (Lei Kandir), reduzindo o alcance da norma constitucional, para que o ICMS somente incida nas hipóteses em que a energia elétrica objeto de operações interestaduais não for utilizada no processo de comercialização ou industrialização.*

*Veja-se: Art. 2, §1º - O imposto [ICMS] 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. 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;*

*Com a devida vênia aos que consideram válida a norma, entendo que é eivada de inconstitucionalidade a restrição.*

*Ora, a Constituição Federal, ao dispor sobre o ICMS incidente sobre energia elétrica nas operações interestaduais, apenas impediu que a cobrança fosse efetivada pelo Estado de origem (produtor), não fazendo qualquer restrição quando ao Estado destinatário.*

*Logo, a meu ver, a norma infraconstitucional que limita a instituição do imposto pelo Estado destinatário, quando a energia elétrica for empregada na industrialização ou comercialização, viola o artigo 155, §2º, X, “b”, bem como o pacto federativo, colocando os Estados consumidor e sem situação de desvantagem em relação aos Estados produtores.*

*De todo modo, quanto ao caso concreto, mesmo que se pudesse superar a questão da inconstitucionalidade da restrição disposta nos artigos 2º, §1º, III e 3º, III, da Lei Kandir, entendo que não assiste razão à autora.*

Passo agora a comentar a decisão do STF. Embora o voto do Ministro Alexandre de Moraes tenha sido integralmente acompanhado por outros ministros, modificando a decisão do STJ que deu razão à empresa autuada, não obteve quórum para o segundo item, **pela declaração de inconstitucionalidade de parte da LC87/96**, pelas razões como a colocada pelo Ministro Luis Roberto Barroso, conforme trecho abaixo do seu voto:

*A constitucionalidade destas normas não é objeto do presente recurso, de modo que o pronunciamento sobre a sua invalidade deve ser feito em processo que trate especificamente da matéria, bem como ser levada à debate no Plenário desta Corte. Diante do exposto, com essa breve ressalva, que se aplica também ao item 2 da tese proposta, acompanho, nos demais fundamentos, o voto divergente proferido pelo Min. Alexandre de Moraes.*

Pelo exposto, mantenho voto recorrido, pela procedência do lançamento, visto que a decisão do STF por muito pouco não declarou inconstitucional o artigo da Lei Complementar em que se assenta a tese recurso neste processo.

Não resta dúvida, contudo, que mesmo sem a declaração de inconstitucionalidade, o STF além de reconhecer o imposto da energia elétrica no Estado de destino, também o fez para o caso de emprego de industrialização reformando a decisão do STJ, já que a BRASKEM utilizava a energia em seu processo industrial, ainda que não tenha sido confirmada a decisão de inconstitucionalidade dos arts. 2º e 3º da Lei Complementar nº 87/96, que restringiu indevidamente o comando normativo constitucional que não impõe qualquer restrição à incidência do ICMS no que diz respeito ao seu emprego no destino. Assim, penso estar esclarecido que o RE 7448.543 apresentado pelo próprio recorrente, não o socorre nesta lide administrativa

Quanto à defesa da multa e sua alegada exorbitância, este Conselho de Fazenda não dispõe de competência para apreciar inconstitucionalidades de lei tributária estadual, e nem mesmo para a redução de multa.

No entanto, é importante ressaltar, conforme consta à fl. 1 verso, que a multa aplicada poderá sofrer redução de até 70% se o imposto for pago antes do encerramento do prazo para impugnação, de 35% antes de inscrição em Dívida Ativa, 25% antes do ajuizamento da execução. O recorrente considera razoável a multa em patamar de 20%, sendo que se houvesse pago o imposto antes da impugnação, o valor da redução ficaria até mesmo inferior ao percentual que considera razoável.

Recurso Voluntário NÃO PROVIDO. Auto de Infração Procedente.

## 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 manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279691.0007/20-9**, lavrado contra **FOSNOR - FOSFATADOS DO NORTE-NORDESTE S/A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$267.108,32**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42 II “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Ildemar José Landin, Fernando Antônio Brito de Araújo e Maurício Souza



Passos.

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

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de novembro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – RELATOR/VOTO VENCIDO

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - VOTO VENCEDOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS