



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Câmara Cível



Apelação Cível nº 0000933-81.2011.8.19.0066

FLS.1

Apelante: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Apelado: COMPANHIA SIDERURGICA NACIONAL

Relator: DESEMBARGADOR ALCIDES DA FONSECA NETO

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTÁRIO. ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA ORIUNDA DE OPERAÇÃO INTERESTADUAL E DESTINADA À INDUSTRIALIZAÇÃO.

Sentença de procedência, que afastou a aplicabilidade do artigo 155, § 2º, X, b, da Constituição da República e, com respaldo nos artigos 3º, III, e 12, XII, da LC 87/96, reconheceu a não incidência de ICMS (no Estado de destino) sobre a energia elétrica adquirida em operação interestadual e empregada em processo de industrialização. Tema que não é novo nesta egrégia 20ª Câmara Cível. Ausência de interesse recursal no tocante à tese de não aplicação do artigo 155, § 2º, X, “b”, da Constituição da República aos Estados de destino, uma vez que a sentença reconheceu que a referida imunidade tributária se aplica apenas aos Estados de origem. Leitura dos dispositivos da LC 87/96 – Lei Kandir –, que não deixa margem a dúvidas acerca do acerto do entendimento no sentido de que não incide o ICMS sobre a energia elétrica oriunda de operação interestadual e destinada à industrialização. Assim, se a prova pericial atestou que a energia elétrica foi destinada ao uso do processo produtivo, escoreita a sentença ao determinar o cancelamento do crédito tributário, por não ser devido ICMS quando a energia elétrica oriunda de operação interestadual for destinada à industrialização, uma vez que a energia elétrica, neste caso, possui a natureza de insumo, por se

Secretaria da Vigésima Câmara Cível
Rua Dom Manuel, n. 37 – Sala 234 - Lâmina III
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010
Tel.: + 55 21 3133-6310 – E-mail: 20cciv@tjrj.jus.br – PROT. 3905

BV





Apelação Cível nº 0000933-81.2011.8.19.0066

FLS.2

agregar à transformação de um bem, o qual será, ao final, objeto de consumo (mercadoria), cujo valor agregado será objeto de incidência de ICMS. Entendimento em sentido contrário, que implicaria em ofensa ao princípio do *ne bis in idem*, pois autorizaria a tributação sobre a energia adquirida para viabilizar o processo de industrialização e também sobre a parcela do custo da mesma energia que integra o preço do produto final. Precedente da egrégia Corte Superior. Pedido de fixação da verba honorária nos moldes do Código de Processo Civil de 1973, que não merece ser acolhido porque a sentença foi proferida sob a égide Código de Processo Civil de 2015. Recurso interposto contra sentença publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015. Arbitramento de honorários sucumbenciais recursais. Inteligência do artigo 85, §§ 1º e 11, do novo Código de Processo Civil. Majoração da verba sucumbencial, nos moldes do artigo 85, §4º, III, do Código de Processo Civil de 2015. DESPROVIMENTO DO RECURSO E MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PARA 15% (QUINZE POR CENTO) SOBRE O VALOR DA CAUSA, A TÍTULO DE HONORÁRIOS RECURSAIS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação Cível nº 0000933-81.2011.8.19.0066**, em que figura, como apelante, ESTADO DO RIO DE JANEIRO e, como apelado, COMPANHIA SIDERURGICA NACIONAL

ACORDAM os Desembargadores que integram a Vigésima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por UNANIMIDADE de votos, em **desprover o recurso e majorar os honorários advocatícios para 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, a título de honorários recursais**, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Secretaria da Vigésima Câmara Cível
Rua Dom Manuel, n. 37 – Sala 234 - Lâmina III
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010
Tel.: + 55 21 3133-6310 – E-mail: 20cciv@tjrj.jus.br – PROT. 3905



VOTO DO RELATOR

Insurgiu-se o recurso contra sentença proferida pelo ilustre magistrado Cláudio Gonçalves Alves, juiz em exercício na Central da Dívida Ativa da Comarca de Volta Redonda, que, em embargos à execução em face do ESTADO DO RIO DE JANEIRO, foi proferida nos seguintes termos:

“COMPANHIA SIDERÚRGICA NACIONAL propôs ação de embargos à execução fiscal em face do ESTADO DO RIO DE JANEIRO, aduzindo, em síntese: a) não incidência do adicional de ICMS nas aquisições interestaduais de energia elétrica quando destinada à industrialização ou à comercialização do aço; b) inconstitucionalidade do FECF. Instruíram a inicial os documentos de fls.16/211. Impugnação do Estado do Rio de Janeiro às fls.215/230. Réplica às fls.240/250. Às fls.252/253, manifestação do Ministério Público, deixando de intervir no presente feito em virtude da ausência de interesse a legitimar a sua atuação. Manifestação do embargante em provas às fls.255/256, e do embargado à fl.259. Saneador e deferimento de prova pericial às fls.261/262 e 266. Quesitos apresentados pela embargante às fls.268/270 e pelo embargado às fls. 273/275. Manifestação do perito sobre o valor dos honorários periciais e discriminação dos trabalhos a serem realizados às fls.285/340, impugnado por ambas as partes. Substituição do perito às fls.375. Proposta de honorários periciais às fls.376/381. Homologação dos honorários periciais às fls.389/390. Decisão à fl.440, determinando a suspensão do presente feito até realização de perícia no processo nº0000927-74.2011.8.19.0066, haja vista englobar a mesma matéria. Junta de Laudo Pericial às fls.457/482. Manifestação da embargante concordando com a conclusão do laudo pericial às fls. 485/488. Nomeação da Confederação Nacional das Indústrias (CNI) como amicus curiae às fls. 483 e vº. Manifestação da CNI às fls.499/507. Manifestação da embargante em alegações finais às fls.511/516 e do embargado às fls. 517 e seguintes. É o re-



Apelação Cível nº 0000933-81.2011.8.19.0066

FLS.4

latório. Passo a decidir. Pretende a COMPANHIA SIDERÚRGICA NACIONAL o cancelamento integral do crédito tributário de ICMS consubstanciado na CDA que instruiu a presente execução fiscal, alegando a não incidência do adicional de ICMS nas aquisições interestaduais de energia elétrica quando destinada à industrialização ou à comercialização do aço. Antes de analisar o mérito propriamente dito, deve ser enfrentada a prejudicial de inconstitucionalidade do Fundo de Combate à pobreza e desigualdades sociais - FECP. CONSTITUCIONALIDADE DO FECP Conforme aduzido pela Fazenda Estadual, o artigo 4º da EC nº 42/03 superou a questão relativa a constitucionalidade do adicional de 5% do FECP. Dispõe o aludido artigo: 'Art. 4º Os adicionais criados pelos Estados e pelo Distrito Federal até a data da promulgação desta Emenda, naquilo em que estiverem em desacordo com o previsto nesta Emenda, na Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000, ou na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição, terão vigência, no máximo, até o prazo previsto no art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias' Verifica-se, portanto, que a emenda constitucional em comento validou os adicionais criados pelos Estados, mesmo que em desacordo com o previsto na emenda constitucional nº 31/2000. Neste sentido, inclusive, já se manifestou o Órgão especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e Supremo Tribunal Federal, conforme acórdãos colacionados na impugnação de fls. 215/230. HIPÓTESE DE NÃO INCIDÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 155, § 2º, X, 'B' da CRFB Dispõe o artigo 155, § 2º, X, b da Constituição da República ao tratar das hipóteses de não incidência do ICMS: 'Art. 155... (...) § 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' O artigo acima teve como finalidade evitar a guerra fiscal entre os Estados, atribuindo a arrecadação do ICMS aos Estados de destino. Através de uma interpretação sistemática do texto constitucional e da legislação tributária entendo que não houve uma concessão de imunidade a todas as operações interestadu-





Apelação Cível nº 0000933-81.2011.8.19.0066

FLS.5

ais de energia elétrica. Sobre a atribuição da arrecadação ao Estado de destino, tal fato é justificado mediante um raciocínio lógico, haja vista que interpretação em sentido diametralmente oposto ocasionaria uma guerra fiscal e permitiria uma burla ao sistema tributário, incentivando a aquisição da energia de Estados diversos do estabelecimento. O § 9º do artigo 34 da ADCT corrobora a tese acima sustentada. Vejamos: Art. 34 (...) § 9º - Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, anda que destinados a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculando o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação' (g.n) ISENÇÃO DE ICMS PREVISTA NOS ARTIGOS 3º, III e 12, XII DA LC 87/96 Dispõe o artigo 3º, III da LC 87/96 que não incide o ICMS nas operações interestaduais relativas a energia elétrica quando destinada à industrialização ou à comercialização. No mesmo sentido dispõe o artigo 12 da LC 87/96 ao tratar do fato gerador do ICMS. Vejamos: 'Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: (...) XII - da entrada no território do Estado de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização' Pela simples leitura do aludido inciso não resta dúvida de que ocorre o fato gerador com a entrada interestadual na energia elétrica, EXCETO quando tal energia seja destinada à comercialização ou industrialização. Sustenta a Fazenda Pública Estadual que tal 'industrialização' diz respeito a industrialização da própria energia, não havendo incidência do ICMS '...quando, por exemplo, uma distribuidora de energia importa-la de outro Estado para comercializá-la dentro do Estado em que se situa, ou quando a energia elétrica for efetivamente incorporada ao produto-final, ou



Apelação Cível nº 0000933-81.2011.8.19.0066

FLS.6

seja, quando a energia for matéria-prima do produto final comercializado pela indústria. Por outro lado, sustenta a embargante que a lei complementar 87/96 não limitou a não incidência do ICMS apenas nas operações interestaduais de energia na industrialização da própria energia, mencionando que '...não faria qualquer sentido admitir-se que apenas está imune de tributação a energia elétrica de outro Estado nos casos em que a própria energia elétrica se destina a ser industrializada quando, como é notório, não se praticam operações de industrialização de energia...' (fls. 12/13) Conforme mencionado por ambas as partes, a jurisprudência é vacilante, havendo decisões nos dois sentidos. Entendo que a solução do problema está nas seguintes questões: a) O QUE É PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO? b) O QUE É INSUMO? Premissa central do ICMS é que o seu objetivo é tributar o consumo, o que por uma pequena digressão histórica pode ser visto desde a adoção do ICM (imposto sobre circulação de mercadorias) com a reforma tributária vigente a partir de 1967 (conforme emenda Constitucional 18/65), cuja inspiração foi o imposto sobre valor adicionado francês TVA - Taxe sur la Valeur Ajoutée, que já previa a não-cumulatividade e a possibilidade de compensação do imposto. Nesse diapasão temos que o consumo é aquilo que se aproveita com o uso, ao contrário do insumo, que através de um procedimento mecânico se transforma ou se agrega na transformação de outro bem, que ao final será consumido/aproveitado. Processo de industrialização é o mecanismo no qual o insumo se agrega ou se transforma em outro bem, que ao final será devidamente consumido. Diante de tal raciocínio é fácil perceber que o imposto sobre circulação de mercadorias tem como objetivo a tributação da circulação da mercadoria e não do bem (corpóreo ou incorpóreo) utilizado no processo mecânico que se transforma ou é agregado no produto final. A grande questão é saber se a energia elétrica adquirida para 'impulsionalmento' das máquinas que produzem o aço através de um processo de industrialização deve ser considerada insumo. Em caso positivo, não haverá incidência do imposto, tendo em vista o disposto no artigo 12, XII da LC 87/96. Pelo raciocínio acima exposto, comungo do entendimento de



Apelação Cível nº 0000933-81.2011.8.19.0066

FLS.7

que a energia elétrica será considerada mercadoria para fins de incidência do ICMS quando consumida pelo usuário final e deverá ser considerada insumo quando utilizada para produção de outro bem, como no caso em tela. Não consigo vislumbrar por qualquer método interpretativo a restrição mencionada pela Fazenda Pública Estadual, de que a não incidência prevista no artigo 12, XII da LC 87/96 apenas se aplica quando a energia elétrica for utilizada no processo de industrialização da própria energia. Também não é razoável o simples argumento de que interpretação diversa beneficiaria todas as indústrias de siderurgia, automotivas..., haja vista que a lei não foi feita para beneficiar o fisco. DA UTILIZAÇÃO DA ENERGIA NO PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO Foi determinada a realização de perícia às fls.261/262 com a seguinte finalidade: 'Se a energia elétrica adquirida pela embargante foi utilizada como insumo no processo produtivo de aço laminado e outros produtos siderúrgicos' O extenso laudo pericial de fls. 457/782 e anexos concluiu que: 'A energia elétrica comprada pela CSN exclusivamente dentro dos períodos citados nos autos dos processos (2003 a 2007) e objeto desta Perícia foi destinada em 99,69% ao uso do processo produtivo, sendo, 0,30537% destinada ao uso de processos que não são insumos para a produção de aço e outros produtos siderúrgicos' (fls. 471) Diante do acima exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado para determinar o cancelamento do crédito tributário consubstanciado na CDA que instruiu a presente, julgando extinto o processo com resolução do mérito e extinta a respectiva execução fiscal, podendo a Fazenda Estadual proceder nova inscrição em relação ao percentual não utilizado no processo produtivo (0,30537%). Condene o embargado ao pagamento dos honorários advocatícios que fixo no percentual mínimo previsto no artigo 85, § 3º do Código de Processo Civil. P.R.I. Após o trânsito em julgado, dê-se baixa e arquivem-se os presentes autos. (fls. 532/536 – indexador 000570) e

“Recebo e acolho os embargos de declaração opostos pelo demandante e, com o fim de sanar as omissões apontadas, integro à sentença um novo ca-



Apelação Cível nº 0000933-81.2011.8.19.0066

FLS.8

pítulo, a seguir: Condene o embargado a restituir as custas processuais e honorários periciais adiantados pelo embargante, cujos valores deverão ser monetariamente corrigidos, a partir da data do pagamento. Com relação à base de cálculo dos honorários de sucumbência, será o valor da causa, também monetariamente atualizado. Por fim, deve ser aplicado, ainda em relação aos honorários sucumbenciais, esclareço que deve ser observado o percentual mínimo em cada uma das faixas previstas no § 3º do art. 85 do Código de Processo Civil. Mantidos os demais termos. P.R.I.” (fls. 609/609-V – indexador 000718).

Em suas razões recursais, o Estado do Rio de Janeiro alegou: a) não incidência do artigo 155, § 2º, X, “b”, da Constituição da República, por se tratar de norma aplicável ao Estado de origem, e não ao de destino (RJ), b) não subsunção do fato na norma do artigo 12, XII, da LC 87/96, sob a afirmação de que a referida isenção somente caberia à entrada de energia elétrica direcionada à industrialização ou comercialização da própria energia elétrica, c) responsabilidade solidária da recorrida em virtude do inadimplemento do substituto tributário e d) subsidiariamente, aplicação do Código de Processo Civil de 1973 para fins de fixação da verba honorária, visto que a demanda teria sido ajuizada sob sua égide (fls. 610/636 – indexador 000720).

Recurso tempestivo (certidão fls. 637 – indexador 000747).

Contrarrazões em prestígio da sentença às fls. 639/654 (indexador 000749).

Parecer da Procuradoria de Justiça, pela ausência de interesse público a justificar sua intervenção no feito (fls. 797 - indexador 000797).

É O RELATÓRIO.



Apelação Cível nº 0000933-81.2011.8.19.0066

FLS.9

Insurgiu-se o recurso contra sentença que afastou a aplicabilidade do artigo 155, § 2º, X, b¹, da Constituição da República e, com respaldo nos artigos 3º, III², e 12, XII³, da LC 87/96, reconheceu a não incidência de ICMS (no Estado de destino) sobre a energia elétrica adquirida em operação interestadual e empregada em processo de industrialização.

De plano, cabe consignar que o tema não é novo nesta egrégia 20ª Câmara Cível, como se infere do seguinte precedente:

“APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS A EXECUÇÃO FISCAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. OPERAÇÃO INTERESTADUAL. ENERGIA ELÉTRICA DESTINADA À INDUSTRIALIZAÇÃO. NORMA DO ARTIGO 155, INCISO II, § 2º, ITEM X, ALÍNEA “B”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DE UM LADO, E DO ARTIGO 2º, § 1º, INCISO III, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87, DE 1996, QUE IMPLEMENTARAM POLÍTICA FISCAL DE ATRIBUIR À UNIDADE FEDERADA DO DESTINO A ARRECADAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS, QUANDO SE TRATAR DE ENERGIA ELÉTRICA. ASSIM, SE O ADQUIRENTE DA ENERGIA ELÉTRICA NA OPERAÇÃO INTERESTADUAL, REVENDE-A OU EMPREGA-A EM PROCESSO INDUSTRIAL, NÃO HÁ COBRANÇA DE ICMS (POIS NÃO HOUE INCIDÊNCIA NA OPERAÇÃO DE ENTRADA).REVENDA DA ENERGIA OU

¹ 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;

² 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;

³ Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: XII – da entrada no território do Estado de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, **quando não destinados à comercialização ou à industrialização**;

Secretaria da Vigésima Câmara Cível

Rua Dom Manuel, n. 37 – Sala 234 - Lâmina III

Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010

Tel.: + 55 21 3133-6310 – E-mail: 20cciv@tjrj.jus.br – PROT. 3905



Apelação Cível nº 0000933-81.2011.8.19.0066

FLS.10

PRODUTO INDUSTRIALIZADO QUE OCASIONARÁ INCIDÊNCIA DO TRIBUTOS ESTADUAL EM FAVOR DO ESTADO EM QUE SE LOCALIZA (DESTINO). INCIDÊNCIA SOMENTE QUANDO DA REVENDA OU CIRCULAÇÃO DO PRODUTO INDUSTRIALIZADO, E NÃO SOBRE A AQUISIÇÃO DA ENERGIA. POR OUTRO LADO, QUANDO O ADQUIRENTE DA ENERGIA ELÉTRICA NA OPERAÇÃO INTERESTADUAL É CONSUMIDOR FINAL, OU SEJA, NÃO A REVENDE OU A EMPREGA INDUSTRIALMENTE, DEVERÁ RECOLHER O ICMS SOBRE ESSA AQUISIÇÃO INTEGRALMENTE AO FISCO DE SEU ESTADO (DESTINO), NA CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE, CONFORME A NORMA EXCEPCIONAL DO ARTIGO 4º, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI COMPLEMENTAR 87/1996. NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM ENERGIA ELÉTRICA DESTINADA À INDUSTRIALIZAÇÃO DE QUAISQUER PRODUTOS, E NÃO APENAS DELA PRÓPRIA, NA MEDIDA EM QUE TODA ENERGIA APLICADA EM PROCESSO INDUSTRIAL DE FABRICAÇÃO DE BENS TRIBUTADOS PELO IMPOSTO COMPÕE SEU CUSTO DE PRODUÇÃO E, EM ÚLTIMA ANÁLISE, A BASE TRIBUTÁVEL NA OPERAÇÃO SUBSEQUENTE. PROVA PERICIAL QUE CONCLUIU QUE “A ENERGIA ELÉTRICA COMPRADA PELA CSN EXCLUSIVAMENTE DENTRO DOS PERÍODOS CITADOS NOS AUTOS DOS PROCESSOS (2003 A 2007) E OBJETO DESTA PERÍCIA FOI DESTINADA EM 99,69% AO USO DO PROCESSO PRODUTIVO, SENDO 0.30537% DESTINADA AO USO DE PROCESSOS QUE NÃO SÃO INSUMOS PARA A PRODUÇÃO DE AÇO E OUTROS PRODUTOS SIDÉRURGICOS”. SOMENTE FARIA SENTIDO TRIBUTAR PELO ICMS A OPERAÇÃO DE AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE



Apelação Cível nº 0000933-81.2011.8.19.0066

FLS.11

ENERGIA ELÉTRICA QUE NÃO FOSSE OBJETO DE NOVA INCIDÊNCIA, HIPÓTESE EM QUE O ADQUIRENTE DA ENERGIA ELÉTRICA ENCERRARIA O CICLO DE PRODUÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO. NAS DEMAIS SITUAÇÕES EM QUE HOUVESSE SAÍDAS TRIBUTADAS POSTERIORES QUE TIVESSEM POR OBJETO A PRÓPRIA ENERGIA OU PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS COM A SUA UTILIZAÇÃO, ESTARIA GARANTIDO O CARREAMENTO DO ICMS PARA O ESTADO DE DESTINO, NOS TERMOS DO ENTENDIMENTO SUFRAGADO PELO PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 198.088/SP. SE A ENERGIA ELÉTRICA COMPRADA PELA APELADA, FOI DESTINADA EM 99,69% (NOVENTA E NOVE, VÍRGULA SESENTA E NOVE POR CENTO) NO USO DO SEU PROCESSO PRODUTIVO, NÃO É DE INCIDIR O ICMS. INCENSURÁVEL A SENTENÇA RECORRIDA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.” (2ª Ementa – APELAÇÃO 0000930-29.2011.8.19.0066 - Des(a). MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA - Julgamento: 26/09/2018 - VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL)

In casu, a sentença não merece reparo.

Quanto à não aplicação do artigo 155, § 2º, X, “b”, da Constituição da República aos Estados de destino, o recorrente carece de interesse recursal na vertente necessidade-utilidade, uma vez que a sentença reconheceu que a referida imunidade tributária se aplica apenas aos Estados de origem.

Por sua vez, a leitura dos dispositivos da LC 87/96 – Lei Kandir – não deixa margem a dúvidas acerca do acerto do entendimento no sentido de que não



Apelação Cível nº 0000933-81.2011.8.19.0066

FLS.12

incide o ICMS sobre a operação de venda interestadual de energia elétrica na hipótese em que ocorre o processo de industrialização.

Vejamos:

“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. 3º O imposto não incide sobre:

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

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

XII – da entrada no território do Estado de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização”

Ora, se a prova pericial (fls. 457/482 – indexador 000490) atestou que a energia elétrica foi destinada em 99,69% ao uso do processo produtivo e



Apelação Cível nº 0000933-81.2011.8.19.0066

FLS.13

0,30537% destinada ao uso de processos que não são insumos para a produção de aço e outros produtos siderúrgicos, escoreita a sentença ao determinar o cancelamento do crédito tributário, por não ser devido ICMS quando a energia elétrica oriunda de operação interestadual for destinada à industrialização, uma vez que a energia elétrica, neste caso, possui a natureza de insumo, por se agregar à transformação de um bem, o qual será, ao final, objeto de consumo (mercadoria), cujo valor agregado será objeto de incidência de ICMS.

Além disso, entendimento em sentido contrário implicaria em ofensa ao princípio do *ne bis in idem*, pois se estaria a autorizar a tributação sobre a energia adquirida para viabilizar o processo de industrialização e também sobre a parcela do custo da mesma energia que integra o preço do produto final.

Por fim, a corroborar o certo desse entendimento, colaciono o seguinte precedente da egrégia Corte Superior:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. PRETENSÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRECEDENTES DO STJ. TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DE FORNECIMENTO. NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO QUANDO A ENERGIA É DESTINADA AO PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO (LC 87/96, ARTS. 2o., § 1o., III E 3o., III). CIRCUNSTÂNCIA EVIDENCIADA NOS AUTOS POR MEIO DE PROVA PERICIAL. DECISÃO RECORRIDA FUNDADA NA ANÁLISE DE DISPOSITIVOS INFRACONSTITUCIONAIS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...)



3. No caso, trata-se de operação interestadual de fornecimento de energia elétrica a sociedade empresária que desenvolve atividade de indústria petroquímica. Não se discute, portanto, a possibilidade de creditamento do ICMS, mas, sim, a não incidência do referido tributo, em atenção à regra originalmente insculpida no art. 155, § 2o., X, b da CRFB. A idéia subjacente à possibilidade de creditamento, todavia, pode ser estendida aos casos de não incidência, tanto que o próprio legislador infraconstitucional previu no art. 2o., III da LC 87/96 que referido imposto não incidirá sobre a entrada de energia elétrica no território do Estado destinatário quando esta for destinada à comercialização ou à industrialização e seja decorrente de operação interestadual, circunstância reforçada pelo art. 3o., III do mesmo diploma legal.

4. Portanto, na esteira dos precedentes desta Corte e considerando, sobretudo, a disciplina legal insculpida nos arts. 2o., § 1o., III e 3o., III da LC 87/96, tem-se que não haverá a incidência do ICMS no fornecimento interestadual de energia elétrica a adquirente que a emprega em processo de industrialização, tal como no caso dos autos, conforme demonstrado por meio de prova pericial.

5. Agravo Regimental do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL desprovido.” (EDcl no REsp 1322072/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 14/09/2012) [grifamos]

Por oportuno, cabe pontuar que, ante o exposto, resta prejudicada a análise da suposta responsabilidade solidária da recorrida em virtude do inadimplemento do substituto tributário.



Apelação Cível nº 0000933-81.2011.8.19.0066

FLS.15

Com relação à verba honorária, o pedido de fixação nos moldes do Código de Processo Civil de 1973 não merece ser acolhido porque a sentença foi proferida sob a égide Código de Processo Civil de 2015.

E, como se trata de recurso interposto contra sentença publicada⁴ na vigência do Código de Processo Civil de 2015, mostra-se necessário o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do artigo 85, §§ 1º e 11⁵, do novo Código de Processo Civil.

Desse modo, considerado o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, em razão da interposição de apelação pelo Estado, justifica-se a majoração da verba sucumbencial para 15% (quinze por cento) do valor da causa, nos moldes do artigo 85, §4º, III, do Código de Processo Civil de 2015.

Nesses termos, direciono meu voto no sentido do **desprovemento do recurso e da majoração dos honorários advocatícios para 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, a título de honorários recursais.**

Rio de Janeiro, de de 2019.

⁴ Enunciado administrativo nº 7 do Superior Tribunal de Justiça: Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC.

⁵ Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. § 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.

(...) § 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Câmara Cível



Apelação Cível nº 0000933-81.2011.8.19.0066

FLS.16

DESEMBARGADOR ALCIDES DA FONSECA NETO
RELATOR

Secretaria da Vigésima Câmara Cível
Rua Dom Manuel, n. 37 – Sala 234 - Lâmina III
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010
Tel.: + 55 21 3133-6310 – E-mail: 20cciv@tjrj.jus.br – PROT. 3905

BV

