



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2439507 - MG (2023/0298508-0)

RELATOR : MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : FABIOLA PINHEIRO LUDWIG PERES - DF053500
AGRAVADO : WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA
ADVOGADOS : ALESSANDRA BITTENCOURT DE GOMENSORO - RJ108708
RICARDO DE OLIVEIRA COSENTINO - RJ155017

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ESTORNO DE CRÉDITOS DE ICMS. ENERGIA ELÉTRICA PARA PRODUÇÃO DE GASES PERDIDOS NO PROCESSO PRODUTIVO. GASES VENTADOS. CREDITAMENTO DA PARCELA DECORRENTE DESSE SUBPRODUTO. IMPOSSIBILIDADE.

I - O feito decorre de ação anulatória contra a cobrança pelo não estorno do ICMS creditado pela empresa contribuinte, a teor do art. 21 da LC n. 87/96, referente à energia elétrica utilizada para a produção de gases que não foram comercializados porque expelidos para a atmosfera antes de adquiridos pelos clientes, os chamados gases ventados.

II - O Tribunal *a quo* manteve a decisão de primeiro grau, entendeu ser devido o creditamento de ICMS, uma vez que os gases perdidos no processo produtivo, ou seja, os “gases ventados” não se enquadrariam na previsão do art. 32, V, da Lei estadual n. 6.763/75 e 21, II, da LC n. 87/96 ou seja, o referido produto não seria objeto de perecimento, deterioração, inutilização, extravio, furto, roubo ou perda, por qualquer motivo, mas produto expedido para o contratante, caracterizando-se como mero rejeito. Tal entendimento foi apresentado após a análise do laudo pericial.

III - A saída do produto em exame, ou seja, os “gases ventados”, eliminados no processo industrial, não foi tributado, assim de rigor o estorno do imposto decorrente do creditamento dessa parcela.

IV - Observa-se que na hipótese sub examine, a energia elétrica que entrou no estabelecimento como insumo para utilização nas atividades industriais foi tributado gerando para o contribuinte o direito de creditamento fiscal de aquisição dessa mercadoria, mas os gases perdidos no processo produtivo, os chamados “gases ventados” não foram objeto de

comercialização pela recorrida, não sendo assim tributados e por isso não geram o creditamento do imposto relativo à essa parcela.

V – Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, conhecer do agravo para dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, os Srs. Ministros Teodoro Silva Santos e Afrânio Vilela votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 13 de novembro de 2024.

Ministro Francisco Falcão
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2439507 - MG (2023/0298508-0)

RELATOR : **MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**
AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : FABIOLA PINHEIRO LUDWIG PERES - DF053500
AGRAVADO : WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA
ADVOGADOS : ALESSANDRA BITTENCOURT DE GOMENSORO - RJ108708
RICARDO DE OLIVEIRA COSENTINO - RJ155017

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ESTORNO DE CRÉDITOS DE ICMS. ENERGIA ELÉTRICA PARA PRODUÇÃO DE GASES PERDIDOS NO PROCESSO PRODUTIVO. GASES VENTADOS. CREDITAMENTO DA PARCELA DECORRENTE DESSE SUBPRODUTO. IMPOSSIBILIDADE.

I - O feito decorre de ação anulatória contra a cobrança pelo não estorno do ICMS creditado pela empresa contribuinte, a teor do art. 21 da LC n. 87/96, referente à energia elétrica utilizada para a produção de gases que não foram comercializados porque expelidos para a atmosfera antes de adquiridos pelos clientes, os chamados gases ventados.

II - O Tribunal *a quo* manteve a decisão de primeiro grau, entendeu ser devido o creditamento de ICMS, uma vez que os gases perdidos no processo produtivo, ou seja, os “gases ventados” não se enquadrariam na previsão do art. 32, V, da Lei estadual n. 6.763/75 e 21, II, da LC n. 87/96 ou seja, o referido produto não seria objeto de perecimento, deterioração, inutilização, extravio, furto, roubo ou perda, por qualquer motivo, mas produto expedido para o contratante, caracterizando-se como mero rejeito. Tal entendimento foi apresentado após a análise do laudo pericial.

III - A saída do produto em exame, ou seja, os “gases ventados”, eliminados no processo industrial, não foi tributado, assim de rigor o estorno do imposto decorrente do creditamento dessa parcela.

IV - Observa-se que na hipótese sub examine, a energia elétrica que entrou no estabelecimento como insumo para utilização nas atividades industriais foi tributado gerando para o contribuinte o direito de creditamento fiscal de aquisição dessa mercadoria, mas os gases perdidos no processo produtivo, os chamados “gases ventados” não foram objeto de

comercialização pela recorrida, não sendo assim tributados e por isso não geram o creditamento do imposto relativo à essa parcela.

V – Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto pelo Estado de Minas Gerais contra a decisão que inadmitiu o recurso especial fundado no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, aviado com o objetivo de reformar o acórdão assim ementado, *in verbis*:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ICMS. DECADÊNCIA PARCIAL. ART. 150, §4º, DO CTN. MÉRITO. AUTUAÇÃO EM VIRTUDE DA FALTA DE EXTORNO DE CRÉDITOS RELATIVOS A ENERGIA ELÉTRICA EM RAZÃO DE MERCADORIAS PERDIDAS. PRODUÇÃO INDUSTRIAL DE GASES. GASES VENTADOS NO PROCESSO PRODUTIVO. PERÍCIA TÉCNICA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE COM O PRODUTO ACABADO E OBJETO DE COMERCIALIZAÇÃO. AFASTAMENTO DO ARTIGO 32, V, DA LEI N. 6763/75. AUSÊNCIA DE INFRAÇÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR ELEVADO DA CAUSA. TEMA 1.076 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO POR EQUIDADE. CUSTAS. ISENÇÃO LEGAL DO ENTE PÚBLICO. - Sendo a controvérsia relativa a aproveitamento de crédito de ICMS lançado indevidamente, indicando que houve declaração do contribuinte, a decadência rege-se pelo art. 150, §4º, do CTN. - É possível o creditamento da aquisição de energia elétrica utilizada na produção de gases ventados, pois tais gases não correspondem a perda de produto final comercializado, mas a rejeitos expelidos no processo produtivo, o que afasta a aplicabilidade do artigo 32, V, da Lei n. 6.763/75. - O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema Repetitivo 1.076, firmou a tese de que “a fixação dos honorários por apreciação equitativa não é permitida quando os valores da condenação, da causa ou o proveito econômico da demanda forem elevados”, sendo “obrigatória nesses casos a observância dos percentuais previstos nos §§ 2º ou 3º do artigo 85 do CPC - a depender da presença da Fazenda Pública na lide -, os quais serão subsequentemente calculados sobre o valor: (a) da condenação; ou (b) do proveito econômico obtido; ou (c) do valor atualizado da causa”. - O ente público faz jus à isenção de custas, nos termos do artigo 10, II, da Lei Estadual 14.939/03.

O feito decorre de ação anulatória contra a cobrança pelo não estorno do ICMS creditado pela empresa contribuinte, a teor do art. 21 da LC n. 87/96, referente à energia elétrica utilizada para a produção de gases que não foram comercializados porque expelidos para a atmosfera antes de adquiridos pelos clientes, os chamados gases ventados. Também foi alegada a ocorrência de decadência.

No Juízo do primeiro grau, foi acolhida a preliminar de decadência, sendo reconhecida a insubsistência dos créditos gerados anteriormente a 15/9/2010 e, no mérito, julgou procedente o pedido para desconstituir a autuação lançada em desfavor do contribuinte.

No acórdão encimado, o Tribunal *a quo* manteve a decisão de primeiro grau, entendeu ser devido o creditamento de ICMS, uma vez que os gases perdidos no processo produtivo, ou seja, os “gases ventados” não se enquadrariam na previsão do art. 32, V, da Lei estadual n. 6.763/75 e 21, II, da LC n. 87/96 ou seja, o referido produto não seria objeto de perecimento, deterioração, inutilização, extravio, furto, roubo ou perda, por qualquer motivo, mas produto expedido para o contratante, caracterizando-se como mero rejeito. Tal entendimento foi apresentado após a análise do laudo pericial, conforme trecho constante da fl. 1.272.

No presente recurso especial, o Estado de Minas Gerais aponta ofensa ao art. 21, II, da LC n. 87/96, argumentando, em suma, que não importa se os gases ventados fazem parte do processo produtivo, mas que a energia elétrica foi empregada para produzir tais gases que não foram tributados, sendo então imperativo que o contribuinte realize o estorno do crédito de ICMS, conforme o art. 155, §2º, II, *b*, da CF, *c/c* o art. 21, II, da LC n. 87/96.

Explicita que os gases ventados não são tributados pelo Estado, devendo haver o estorno dos créditos relativos à aquisição de energia elétrica na proporção dessas saídas não tributadas pelo ICMS.

Observou, *in verbis*:

Ora, no caso, e conforme já visto, a energia elétrica foi utilizada pela Recorrida no seu processo produtivo, para a produção dos gases posteriormente por ela postos no mercado, com parte dos mesmos ventada, conforme já visto, o que significa dizer que nos termos do inciso II, do art. 21, a parte ventada não foi tributada quando de sua saída, já que o imposto incidiu somente sobre a parte efetivamente negociada.

Nos termos do art. 21, II, a Recorrida, exatamente pelo que se viu, deveria, necessariamente, ter estornado o imposto de parte da energia elétrica do qual havia se creditado, exatamente porque tal parte não foi posteriormente tributada, já que representada pelos gases ventados.

Parecer do MPF pelo não conhecimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

A questão entelada diz respeito à alegada apropriação indevida de crédito de ICMS, que não foi estornado pelo contribuinte proporcionalmente à aquisição de energia elétrica consumida na produção de gases não comercializados, em face de sua perda no processo, os chamados “gases ventados”.

O Tribunal *a quo* afirma que autuação fiscal tem como base o art. 32, V, da Lei Estadual n. 6.763/1975 e aos arts. 70, XI e 71, V, do RICMS/MG, bem como o art. 21 da LC n. 87/96, que em seu art. 21, prevê, *in verbis*:

Art. 21. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância Fl. 10/16 imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

II - for integrada ou consumida em processo de industrialização, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto;

III - vier a ser utilizada em fim alheio à atividade do estabelecimento;

IV - vier a perecer, deteriorar-se ou extraviar-se.

Como observado pelo recorrente a saída do produto em exame, ou seja, os “gases ventados”, eliminados no processo industrial, não foi tributado, assim de rigor o estorno do imposto decorrente do creditamento dessa parcela.

Observa-se que na hipótese sub examine, a energia elétrica que entrou no estabelecimento como insumo para utilização nas atividades industriais foi tributado gerando para o contribuinte o direito de creditamento fiscal de aquisição dessa

mercadoria, mas os gases perdidos no processo produtivo, os chamados “gases ventados” não foram objeto de comercialização pela recorrida, não sendo assim tributados e por isso não geram o creditamento do imposto relativo à essa parcela.

Ante o exposto, conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial do Estado de Minas Gerais e julgar improcedente a ação. Invertam-se os ônus sucumbenciais.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2023/0298508-0

PROCESSO ELETRÔNICO

AREsp 2.439.507 /
MG

Números Origem: 10000160561221 10000160561221001 10000160561221002
10000160561221003 10000160561221004 10000160561221005
10000160561221006 51009757420168130024

PAUTA: 12/11/2024

JULGADO: 12/11/2024

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro AFRÂNIO VILELA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. NÍVIO DE FREITAS SILVA FILHO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR : FABIOLA PINHEIRO LUDWIG PERES - DF053500
AGRAVADO : WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS LTDA
ADVOGADOS : ALESSANDRA BITTENCOURT DE GOMENSORO - RJ108708
RICARDO DE OLIVEIRA COSENTINO - RJ155017

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu do agravo para dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, os Srs. Ministros Teodoro Silva Santos e Afrânio Vilela votaram com o Sr. Ministro Relator.