



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 697 /2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

77ª SESSÃO EXTRAORDINÁRIA EM 23/07/2009

PROCESSO Nº: 1/3943/2008

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200810829

AUTUANTE: OSVALDO DOS SANTOS SILVA MATRICULA Nº: 036209-1-3

RECORRENTE: BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR: JOSÉ SIDNEY VALENTE LIMA

EMENTA: ICMS- CRÉDITO INDEVIDO. ENERGIA ELÉTRICA. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. O creditamento do ICMS oriundo do consumo de energia elétrica por estabelecimento comercial só será possível a partir de 1º de janeiro de 2011, consoante dispõe o art. 60, § 11º, inciso II do Dec. nº 24.569/97, alterado por força do art. 1º da Lei Complementar nº 122/06. No presente caso a empresa autuada não apresentou laudo técnico quantificando o consumo de energia elétrica no setor de panificação. Laudo apresentado corresponde a estabelecimento da mesma empresa situado no Estado de Pernambuco. Afastadas as preliminares de extinção, por decadência do direito da Fazenda Estadual constituir crédito tributário, e de realização de perícia. Auto de infração julgado PROCEDENTE. Infringência ao inciso II do parágrafo 11º do art. 60, do Dec. nº 24.569/97, com sanção prevista no art. 123, inciso II, alínea "a" da Lei nº 12.670/96. Confirmada por unanimidade de votos a decisão condenatória de primeira instância. Recurso voluntário conhecido e desprovido.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide acusa a empresa acima identificada de ter aproveitado, indevidamente, nos exercícios de 2003 a 2005, créditos de ICMS oriundos do consumo de energia elétrica no valor de R\$ 1.125.386,00.

Foi indicado como infringido o art. 60, § 11º do Dec. nº 24.569/97, sendo aplicada à sanção prevista do art. 123, inciso II, alínea "a" da Lei nº 12.670/96.

Nas informações complementares o agente autuante ratifica a acusação contida na inicial do presente processo.

Os autos são instruídos com os seguintes documentos: ordem de serviço nº 2008.20282, termo de intimação nº 2008.16981, planilhas referentes a reapuração do ICMS nos exercícios de 2003 a 2005, cópias das DIEFS relativo ao período fiscalizado, cópia das contas de energia elétrica e cópia do livro registro de entradas.

Tempestivamente a empresa autuada impugnou o feito fiscal.

Na instância singular a nobre julgadora decidiu pela procedência da autuação.

Recorrendo da decisão que lhe foi desfavorável, a empresa autuada defende, preliminarmente, a extinção do crédito tributário relativo ao período de janeiro a julho de 2002, com fundamento no art. 156, inciso V e VII, c/c o art. 150, § 4º do CTN, por entender que o direito da Fazenda Estadual constituir crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos neste intervalo de tempo já havia decaído. Entende que, na espécie, deve ser aplicada a regra contida no art. 150, § 4º, por se tratar de imposto sujeito ao lançamento por homologação.

No mérito, alega a improcedência da autuação com base nos seguintes argumentos:

- 1) Que o supermercado, além de sua atividade meramente comercial, também pode exercer atividade tipicamente industrial, notadamente nas atividades de panificação e frigorífico, e neste caso, a energia elétrica, por ser elemento indispensável para o desenvolvimento desta atividade, de acordo com o constitucional princípio da não-cumulatividade, gera direito ao crédito do ICMS.
- 2) Que diante da legislação estadual e dos precedentes, resta demonstrado que é possível o creditamento do ICMS relativo à energia elétrica utilizada no processo industrial, considerando-se os percentuais constantes do laudo já apresentado que evidenciam qual o consumo de energia elétrica pela padaria, setor de frios, estoque perecíveis etc. A despeito de sua atividade ser comércio varejista, é certo que industrializa produtos no desenvolvimento de suas atividades, utilizando energia elétrica.
- 3) Que improcede a exigência fiscal porque afronta o disposto no art. 2º, parágrafo único e art. 60, II, § 11 todos do RICMS, tendo em vista que o crédito de ICMS glosado decorre de energia elétrica consumida no processo de industrialização por ela desenvolvido. Afronta ainda o princípio da não-cumulatividade instituído pela Constituição Federal e disposto na Lei Complementar nº 87/96.

- 4) Que não se pode dizer que o direito ao crédito só terá efeitos a partir de 2011, uma vez que sendo a energia elétrica considerada mercadoria, e no caso utilizada no processo industrial, gera crédito para a empresa.
- 5) Que sempre adotou o procedimento desconsiderado pela fiscalização, comunicando-o, reiteradamente, à Repartição Fazendária pelas informações mensais e pelas visitas realizadas. E a homologação é ato administrativo de reconhecimento do procedimento e do direito.
- 6) Que mesmo que tenha de alterar o critério jurídico só poderá fazê-lo em relação aos futuros fatos geradores, jamais retroagir para prejudicar. O lançamento adotado no passado deverá ser respeitado, sob pena de ferir o art. 146 do CTN.
- 7) Que a multa aplicada pela fiscalização é desarrazoada, desproporcional, injusta e abusiva, com nítido caráter confiscatório.
- 8) Que na dúvida seja conferida a interpretação mais benéfica, tal como preconizada no art. 112 do CTN.

É o relatório.



VOTO DO RELATOR

Discute-se no presente processo o lançamento de crédito tributário em razão do aproveitamento indevido de créditos de ICMS oriundos de notas fiscais de energia elétrica, lançados na escrita fiscal da empresa autuada nos exercícios de 2003 a 2005, no montante de R\$ 1.125.386,00.

O crédito lançado corresponde a 70% (setenta por cento) do ICMS destacado nas contas de energia elétrica e tem por base laudo de perícia técnica referente a demanda de energia elétrica consumida pelo estabelecimento BOMPREGO S/A - Supermercado do Nordeste, atinente ao Estado de Pernambuco.

A fundamentação do glosa dos créditos de ICMS, segundo o fiscal autuante, encontra-se no art. 60, § 11º, inciso do Dec. nº 24.569/97, que assim dispõe:

Art. 60. Para fins de compensação do ICMS devido, constitui crédito fiscal o valor do imposto relativo:

§ 11. A energia elétrica entrada no estabelecimento somente dará direito a crédito:

I- a partir de 1º de janeiro de 2001:

- 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*

II- a partir de 1º de janeiro de 2011, nas demais hipóteses”.

O dispositivo que permite o aproveitamento do crédito fiscal de energia elétrica consumida nas hipóteses não contempladas no inciso I do § 11 do art. 60 do Dec. nº 24.569/97, foi alterado pela Lei Complementar nº 114, de 16.12.2002, prorrogando de 1º de janeiro de 2003 para 1º de janeiro de 2007 a concessão de tal direito. Posteriormente, a edição da Lei Complementar nº 122/2006 este prazo foi estendido para 1º de janeiro de 2011.

A questão que se discute no presente caso é se o estabelecimento comercial que exerce também atividade industrial estaria sujeita a regra prevista na alínea “b”, inciso I do § 11 do art. 60 do Dec. nº 24.569/97 ou a situação prevista no inciso II do mesmo dispositivo regulamentar.

Esta matéria, que já foi objeto de diversos julgados no âmbito do STJ, tanto a favor e noutros contra o direito de utilizar como crédito fiscal o ICMS atinente a energia elétrica consumida no setor de industrialização da empresa comercial, uniformizou entendimento no sentido de permitir ao contribuinte, ainda que comercial, o direito de compensar o crédito fiscal o ICMS destacado nas contas de energia elétrica, desde

que comprovasse a utilização de energia em algum processo industrial em sua atividade. Tal decisão tem origem no julgamento do embargo de divergência em Recurso Especial nº 899.485-RS, cuja decisão foi ementada da seguinte forma:

“TRIBUTÁRIO - ICMS - CREDITAMENTO RELATIVO A ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES - ART. 33, INCISO II, “b”, E, INCISO IV, “A” N. 87/96- POSSIBILIDADE.

O contribuinte tem direito ao creditamento de ICMS se comprovar ter utilizado a energia elétrica ‘no processo de industrialização’ ou ter utilizado serviços de comunicação na ‘execução de serviços da mesma natureza’.

Embargos de divergência providos.

No caso de que se cuida, não houve comprovação de que o crédito de ICMS glosado pela fiscalização tenha sido consumido no setor de panificação da empresa autuada. O que consta dos autos é um laudo de perícia técnica de “classificação e avaliação da demanda de energia elétrica consumida pelo BOMPREGO S/A - Supermercado no Nordeste, referente ao Estado de Pernambuco”, imprestável, a nosso ver, para respaldar a utilização de crédito fiscal no estabelecimento da empresa autuada.

O direito ao crédito de ICMS proveniente das contas de energia elétrica consumida no setor de panificação dos supermercados está condicionado a emissão de laudo técnico, emitido por profissional especializado na área, que quantifique a energia consumida neste setor, procedimento este não adotado pela empresa autuada no caso de que se cuida.

Assim, diante da impossibilidade de se averiguar a legitimidade dos créditos lançados pela empresa autuada e, considerando o disposto no inciso II, do § 11º do art. 60, que autoriza o creditamento do ICMS constantes nas contas de energia elétrica por estabelecimento comercial somente em 1º de janeiro de 2011, não poderia a empresa autuada, na qualidade de estabelecimento comercial, ter utilizado crédito de energia elétrica para compensar o imposto devido em suas operações.

Ressalte-se, por oportuno, que as operações realizadas por estabelecimentos panificadores estão sujeitas ao regime de substituição tributária, na forma disposta no art. 506 do Dec. nº 24.569/97, não se exigindo mais complementação do imposto na saída subsequente dos produtos resultante da industrialização, conforme dispõe o art. 509 do mesmo diploma regulamentar.

Ora, se não há débito do imposto por ocasião da saída do produto já tributado por substituição tributária, não que se falar em crédito de ICMS para compensação do imposto devido.

Assim, caracterizada a infringência ao dispositivo regulamentar acima citado (art. 60, § 11º, inciso II do Dec. nº 24.569/97), há que ser exigido o ICMS que deixou de ser recolhido em razão do aproveitamento indevido do crédito, bem com multa

equivalente ao valor indevidamente lançado, nos termos do art. 123, inciso II, "a" da Lei nº 12.670/96.

Quanto a preliminar de extinção do processo, esta Câmara de Julgamento tem se posicionado no sentido de considerar o prazo decadencial do direito da Fazenda Estadual constituir crédito tributário como resultado da aplicação cumulativa dos artigos 150, § 4º, com o art. 173 do CTN, o que significa dizer que o prazo decadencial se inicia a partir do encerramento do prazo para homologação do crédito tributário, contando-se mais cinco anos previstos para o lançamento de ofício, totalizando 10 (dez) anos. Dentro desta linha de raciocínio, descabida a preliminar de extinção alegada pela recorrente.

Descabida também a arguição de inconstitucionalidade do dispositivo sancionatório, já que somente ao Poder Judiciário é conferida competência para decidir sobre questão desta natureza.

Quanto a impossibilidade de retroação do Dec. nº 27.672/2004 para alcançar fatos geradores ocorrido no passado, é importante frisar que a previsão para utilização de crédito de ICMS oriundo de energia elétrica a partir de 1º de janeiro de 2007 tem origem na Lei Complementar nº 114, de 16 de dezembro de 2002 e não no referido Decreto, que apenas se amoldou as disposições da referida Lei, o mesmo acontecendo em relação ao Dec. nº 28.874/07 e a Lei Complementar nº 122, de 12 de dezembro de 2006, que estendeu este direito para 1º de janeiro de 2011.

Ressalte-se, por fim, que a prática reiterada de um ato ilícito não tem o condão de dar-lhe a licitude que pretende a autuada. A entrega de documentos ao Fisco contendo informações econômico-fiscais genéricas, que não possibilitam identificar, de imediato, qualquer infração que porventura tenha sido praticada, não pode ser entendida como um ato de convalidação da Fazenda Estadual, razão pela qual não merece acolhida tal argumento.

Ante ao exposto, voto pelo conhecimento do recurso voluntário, no sentido de afastar as preliminares de extinção do processo, em face da decadência argüida, e de realização de perícia e, no mérito, negar-lhe provimento a fim de confirmar a decisão condenatória de primeira instância, de acordo com o parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o voto



DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

ICMS:..... R\$ 1.125.386,00
Multa:.....R\$ 1.125.386,00
Total:.....R\$ 2.250.772,00


DECISÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é recorrente **BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA** e recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**

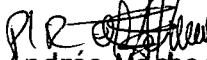
Resolvem os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do recurso voluntário para, após afastar a preliminar de extinção em face da decadência e o pedido de realização de perícia suscitado pela recorrente, no mérito negar-lhe provimento, confirmando a decisão **CONDENATÓRIA** proferida em primeira instância, nos termos do voto do relator, conforme parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Ausente, por motivo justificado, o conselheiro **Vito Simon de Moraes**.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 13 de 11 de 2.009.


P/ Alfredo Rogério Gomes de Brito
PRESIDENTE


José Sidney Valente Lima
CONSELHEIRO RELATOR


Cid Marconi Gurgel de Souza
CONSELHEIRO


Andréa Machado Napoleão
CONSELHEIRA

João Fernandes Fontenelle
CONSELHEIRO

Magna Vitória de Guadalupe L. Martins
CONSELHEIRA


Jannine Gonçalves Feitosa
CONSELHEIRA


Eliane Resplande F. de Sá
CONSELHEIRA

Vito Simon de Moraes
CONSELHEIRO


Mateus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO