



**GOVERNO DO  
ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
Conselho de Recursos Tributário**

**RESOLUÇÃO Nº 142 /2019**

**25ª SESSÃO DE 13/05/2019**

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**

**RECORRENTE: BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA.**

**RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA**

**PROCESSO Nº: 1/2171/2015 AUTO DE INFRAÇÃO Nº 201509479-7**

**CONSELHEIRO RELATOR: HENRIQUE JOSÉ LEAL JEREISSATI**

**EMENTA: ICMS. Crédito indevido. Energia elétrica.**

A empresa creditou-se indevidamente do ICMS referente às aquisições de energia elétrica consumida no processo de industrialização/panificação relacionadas a sua atividade comercial (supermercado). **AUTUAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE**, a teor do art. 49, § 2º, inciso II da Lei 12.670/96. Penalidade: Art. 123, II, “a” da Lei 12.670/96. Acatada a decadência do crédito tributário nos meses de janeiro a junho de 2010, conforme disposto no art. 150, §4º do CTN, por voto de desempate do Presidente da Câmara de Julgamento. Recurso Ordinário e Reexame Necessário conhecidos mas não providos. Confirmação da decisão proferida em 1ª Instância. Decisão por votação unânime e em conformidade com a manifestação do representante da douta PGE.

**Palavra Chave:** ICMS. Crédito Indevido. Energia elétrica. Supermercado. Decadência.

**RELATÓRIO**

Notícia a exordial que o contribuinte, acima nominado, creditou-se, indevidamente, da importância no valor de R\$ 46.299,59 (quarenta e seis mil, duzentos e noventa e nove reais e cinquenta e nove centavos), no período de janeiro de 2010 a dezembro de 2010, referente ao ICMS destacado nas notas fiscais de energia elétrica utilizada em função de sua atividade comercial:

Dispositivo infringido: Artigo 60, parágrafo 11 do Decreto nº 24.569/97. Penalidade: Artigo 123, Inciso II, alínea “a” da Lei n.12.670/96, com nova redação dada pela Lei nº 13.418/2003.

Processo devidamente instruído, com Informações Complementares do Auto de Infração, fls. 03/11, Ordem de Serviço nº 201500852 (fls. 12) e Termo de Início e Conclusão fls. 13/14, comprovação de postagem dos correios fls. 15/17 e fls. 32/33, Notas Fiscais fatura de energia elétrica fls. 18 a 29.



**GOVERNO DO  
ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
Conselho de Recursos Tributário**

Contribuinte vem aos autos e apresenta defesa tempestiva argumentando:

1. Que desenvolve atividade de industrialização de produtos específicos, tendo utilizado os créditos de ICMS no percentual de 42,3%, o que corresponde a proporção de sua atividade industrial, conforme Laudo técnico anexado;
2. Que o crédito tributário deve ser parcialmente extinto, em especial os meses de janeiro a junho de 2010, conforme art.150, parágrafo 4. do CTN;
3. Que os créditos de ICMS da energia elétrica consumida no processo de industrialização são legítimos, face ao princípio da não cumulatividade;
4. Que a multa aplicada não obedece ao princípio da proporcionalidade sendo portanto confiscatória;
5. Que deve ser levado em consideração também o benefício da dúvida (*In dubio pro contribuinte*), com a aplicação do art.112 do CTN.

O julgador monocrático decidiu pela parcial procedência da acusação fiscal, fls 141/146, acatando a decadência parcial do crédito tributário, conforme a seguir ementado:

*EMENTA CRÉDITO INDEVIDO CRÉDITO DO POR ENTRADA DE ENERGIA ELÉTRICA NO ESTABELECIMENTO O fato de constar dos atos constitutivos da sociedade empresária que, concomitante à atividade de comercial, a empresa se dedica à atividade industrial não é prova suficiente de que, de fato, tenha ou venha exercendo-a efetivamente O fisco exorbita o seu poder ao lançar o crédito relativo aos meses de janeiro a junho do exercício fiscalizado (2010) De fato, aplica-se ao crédito dos períodos a regra do S 4 do art 150 do CTN Auto de Infração PARCIAL PROCEDENTE Defesa tempestiva Reexame necessário*

Considerando a natureza da decisão contrária aos interesses da Fazenda Pública, o processo foi encaminhado ao Conselho de Recursos Tributários para Reexame Necessário, ocasião em que foi dado ao contribuinte, a faculdade de apresentar Recurso voluntário, conforme intimação da decisão de 1ª Instância, fls.148, tendo o autuado, inconformado com a decisão, apresentado Recurso Ordinário, ratificando os argumentos apresentados na defesa e reforçando-os com diversas decisões prolatadas pelos tribunais pátrios acerca do tema, como por exemplo, decisão do STF no Recurso Extraordinário no 588954-SC (fl. 164);

O processo é encaminhado à Célula de Assessoria Processual Tributária que emite o Parecer nº 27/2019 sugerindo o conhecimento do Reexame necessário e do Recurso Ordinário, para negar provimento a ambos e confirmar a decisão singular pela Parcial Procedência sob os seguintes fundamentos:

*"Pois bem, a atividade principal da recorrente é o comércio, em que pese constar do contrato social que a empresa desempenha atividade industrial a exemplo de frigorífico, panificação e etc Dentre as citadas atividades, a que mais se coaduna com industrialização é a de panificação, mas mesmo assim o Superior Tribunal de Justiça-STJ decidiu em sede de Recurso Especial n 1 117 139-RJ, cujo relator foi o Ministro Luiz Fux, que a aquisição de energia elétrica consumida*



**GOVERNO DO  
ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
Conselho de Recursos Tributário**

*no estabelecimento comercial (supermercado) nas atividades de panificação e congelamento de alimentos não dá direito ao crédito do ICMS, pois não se caracterizam como processo de industrialização*  
*Sobre esta matéria, vale ressaltar que o Conselho de Recursos Tributários do Ceará, por meio da Resolução n 014/2012 (8ª sessão plenária em 19/7/2012), decidiu que não dá direito ao crédito de ICMS de energia elétrica consumida no estabelecimento de supermercado nas atividades de panificação, frigoríficos e congelamento de alimentos "*

O douto representante da Procuradoria Geral do Estado adota o parecer emitido pela Assessoria Tributária.

Este é o relato.

### **VOTO DO RELATOR**

O presente Auto de Infração foi lavrado sob a acusação de que o contribuinte se creditou indevidamente de ICMS relativo à energia elétrica durante o exercício de 2010, por considerar que o direito ao crédito só é permitido quando a energia elétrica for consumida no processo de industrialização, e como é sabido, a empresa autuada exerce a atividade econômica de comércio varejista de mercadorias em geral (supermercados), não se enquadrando nesta condição.

A empresa traz em sua defesa, a afirmação de que exerce também atividade de industrialização de produtos específicos, como se pode verificar na cláusula 3ª, item c, da 54ª alteração contratual. Ressalta ainda que desenvolve atividade mista, de comércio e industrialização, tendo utilizado somente uma parte dos créditos de energia elétrica, correspondente ao percentual de 42,3% do ICMS destacado mensalmente em suas faturas de energia, conforme Laudo técnico anexado aos autos.

Fazendo uma análise mais acurada dos documentos trazidos à baila, verificamos que o Laudo Técnico em que se sustenta a defesa, foi emitido em favor de outro estabelecimento comercial da mesma empresa e não para o estabelecimento autuado, conforme podemos verificar ao consultar às fls. 93/95. O estudo apresentado no citado Laudo, refere-se a unidade localizada na avenida Engenheiro Santana Júnior 999, inscrita no CGF sob o nº 06904517-8, consoante documentos acostados as fls. 89/91, e não a Unidade situada na avenida Santos Dumont 2680, CGF 06 374631-0, está sim responsável tributária pelo presente auto de infração.

Com relação aos questionamentos de que os créditos de ICMS da energia elétrica consumida no processo de industrialização são legítimos, face ao princípio da não cumulatividade, vejamos o que diz a Lei Complementar nº 87, de 1996, in verbis:

*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*



**GOVERNO DO  
ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
Conselho de Recursos Tributário**

*b) quando consumida no processo de industrialização, (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)*

Considerando que a presente hipótese não se trata de processo de industrialização, o direito ao crédito somente poderá ser exercido a partir de 1º de janeiro de 2020, por força do disposto na Lei Kandir, já citada.

Quanto à alegação que a multa aplicada não obedece ao princípio da proporcionalidade sendo portanto confiscatória; trata-se de matéria constitucional, sendo o presente órgão incompetente para sua análise, nos termos do art. 48 da Lei nº 15.614/2014, ressalvadas as hipóteses ali previstas.

Lembramos que o agente do fisco tem sua atividade limitada por lei em decorrência do Princípio da Legalidade, não podendo ser arguido a desproporcionalidade da multa imposta, uma vez que o agente do fisco aplicou a penalidade legalmente prevista no art.123, III, “b” da Lei nº 12.670/1996 com redação da Lei nº 13.418/2003.

A parte requer, também, a aplicação do princípio “In dúbio pro Réu” face a existência de inconsistências no levantamento fiscal, sob análise.

De fato, o art. 112, II do CTN, abaixo transcrito, prevê a aplicação mais favorável ao acusado quando existir dúvidas quanto aos fatos que determinaram a aplicação da penalidade, entretanto, no presente processo, não existem dúvidas que possam atrair a sua aplicação.

*Art 112 A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto*

*I - à capitulação legal do fato,*

*II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos,*

*III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade,*

*IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação*

Compulsando-se os autos do processo verifica-se que o lançamento está claro e preciso, porquanto se trata de aproveitamento de crédito de energia elétrica por empresa comercial, hipótese vedada pela legislação até 2020, conforme o art. 49, § 2º, inciso II da Lei 12.670/96.

Com relação à decadência do crédito tributário com base no art. 150, § 4º do CTN, no que pese não concordar com referida tese, esta foi declarada por voto de desempate do Presidente da Câmara sob o argumento de que cabível à espécie a Súmula 555 do STJ, a saber:



**GOVERNO DO  
ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
Conselho de Recursos Tributário**

*Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa*

Como na presente hipótese houve a declaração do débito apurado em sua escrita fiscal, com o respectivo recolhimento do imposto devido, restou configurada a hipótese de que cuida a súmula citada.

Dessa forma, o contribuinte fica incurso na sanção preconizada pelo art. 123, II, "a" da Lei 12.670/96, conforme demonstrativo ao final elaborado.

Pelo exposto, conheço do reexame necessário e recurso ordinário, nego-lhes provimento, confirmando a decisão de parcial procedência da autuação exarada em primeira instância, nos termos deste voto e em conformidade com o parecer da Assessoria Processual Tributária adotado pelo Represente da douta PGE.

É o voto

<b>DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO</b>	
Principal	R\$ 17 789,59
Multa	R\$ 17 789,59
<b>Total</b>	<b>R\$ 35.579,18</b>

**DECISÃO:**

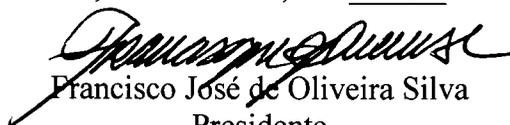


**GOVERNO DO  
ESTADO DO CEARÁ  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
Conselho de Recursos Tributário**

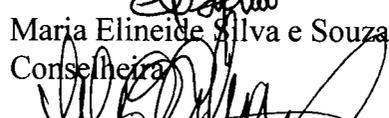
Vistos, relatados e discutidos os autos onde são recorrentes a **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA e BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA** e recorrido ambos,

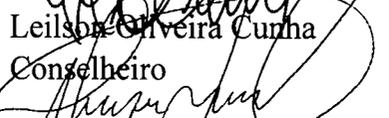
RESOLVE, a 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário e do Reexame Necessário, e deliberar nos seguintes termos: 1. Quanto a alegação de decadência parcial do direito de constituição do crédito tributário relativo ao período de janeiro a junho de 2010, com base no art. 150, §4º, do CTN – foi acatada, por voto de desempate do Presidente. Vencidos os Conselheiros Henrique José Leal Jereissati, Maria Elineide Silva e Souza e Leilson Oliveira Cunha, que foram contrários à decadência considerando que ao caso em questão, deve ser aplicada a regra de contagem prevista no art. 173, inciso I, do CTN, conforme entendimento do Procurador do Estado. 2. Quanto à alegação de caráter confiscatório da multa aplicada, foi rejeitada por unanimidade de votos, considerando tratar-se de matéria constitucional, sendo o presente órgão incompetente, para sua análise, nos termos do art. 48 da Lei nº 15.614/2014, ressalvadas as hipóteses ali previstas. 3. No mérito, por unanimidade de votos, resolve negar provimento aos recursos interpostos, para confirmar a decisão parcialmente condenatória exarada em 1ª Instância. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Regularmente intimado, o representante legal da recorrente não compareceu à sessão para sustentação oral.

**SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**, em Fortaleza, aos 26 de AGOSTO de 2019.

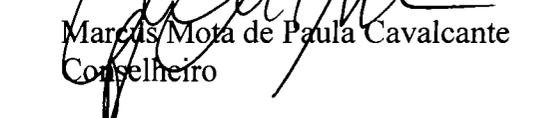
  
Francisco José de Oliveira Silva  
Presidente

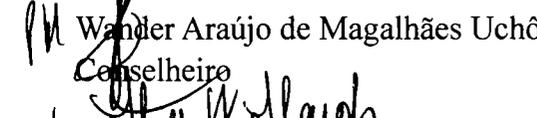
  
Maria Elineide Silva e Souza  
Conselheira

  
Leilson Oliveira Cunha  
Conselheiro

  
Henrique José Leal Jereissati  
Conselheiro

  
Marcus Mota de Paula Cavalcante  
Conselheiro

  
Wander Araújo de Magalhães Uchôa  
Conselheiro

  
José Alexandre Goiana de Andrade  
Conselheiro

  
Ubiratan Ferreira de Andrade  
Procurador do Estado

Ciente: 26 / 08 / 19