

354
8



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
2ª Câmara de Julgamento

Resolução Nº 202 /2021

Sessão: 52ª Sessão Ordinária virtual de 11 de agosto de 2021

Processo Nº 1/1088/2018

Auto de Infração Nº: 1/201723543

Recorrente: CEJUL E BOM PREÇO SUPERM. NORD. LTDA - 063739771

Recorrido: AMBOS

Conselheiro Relator: Leilson Oliveira Cunha

Ementa: ICMS. Crédito Indevido. Apropriação de crédito em operações de aquisição de energia elétrica. Supermercado. Vedação de legal.

1. Crédito indevido na escrita fiscal de ICMS do contribuinte supermercado incidente na aquisição de energia elétrica. 2. Ausente permissivo legal. 3. Não configurada atividade industrial. 4. Decadência afastada nos termos do art. 173, I do CTN c/c art. 149, V e VI. 5. Saldo credor continuado em todos os meses do ano de 2012. 6. Não acolhida preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa, tendo a recorrente o exercido plenamente, no mérito e em prejudiciais de mérito, na contestação do lançamento. Multa confiscatória também não acolhida conforme art. 48, § 2º da Lei 15.614/14. 7. Não acolhido crédito indevido na aquisição de bens de ativo. 8. Redução dos valores lançados a título de imposto e multa. 9. Dispositivo infringido: art. 49, § 2º, inciso I, "b" e Inciso II da Lei 12.670/96, com penalidade nos termos do art. 123, II, "a" da Lei 12.670/96 combinado com o § 5º, I do citado dispositivo legal com nova redação dada pela Lei 12.6258/17. 10. Auto de Infração **parcial procedente** conforme voto do relator e em desacordo com Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado em sessão, pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

Palavra Chave: ICMS. Energia. Crédito Indevido. Supermercado.

355
8

RELATÓRIO

A acusação fiscal tem o seguinte relato de infração:

LANÇAR CRÉDITO INDEVIDO DE ENERGIA ELÉTRICA.

A EMPRESA CREDITOU-SE INDEVIDAMENTE DO ICMS REFERENTE A ENERGIA ELÉTRICA E DE BENS DO ATIVO, NO VALOR DE R\$ 511.815,54 REFERENTE AO EXERCÍCIO DE 2012 CONFORME LEVANTAMENTO FISCAL EM ANEXO.

A infração ocorrida no período 01/12 a 12/12, cobrando-se imposto e multa, respectivamente, no valor de R\$ 511.815,54 (quinhentos e onze mil, oitocentos e quinze reais e cinquenta e quatro centavos). Artigo infringido 60, § 11 do Dec.24.569/97 com penalidade fixada nos termos do art. 123, II, E c/c § 5º, I da Lei 12.670/96 com nova redação dada pela Lei 16.258/17.

Nas informações complementares a autoridade fiscal expõe que a empresa transmitiu as informações das suas operações comerciais no formato TXT, no layout da Escrituração Fiscal Digital - EFD, copiadas em CD anexo, as quais foram importadas por meio do programa IDEA e que dos arquivos importados, foram realizados diversas conferências comparativas entre a documentação fiscal emitida, recebida e os dados constantes nos arquivos trabalhados com o propósito de verificar a consistência e a confiabilidade dos dados analisados, e foi detectado que a empresa ora fiscalizada creditou-se indevidamente de duas modalidades distintas: do ICMS de energia elétrica e do ICMS do ativo permanente. Complementa aduzindo que Identificados os créditos indevidos no exercício de 2012, foi elaborado o "Demonstrativo da Apuração do Crédito Indevido X Crédito Legítimo", em anexo, onde foram lançados os valores mensais de crédito indevido de cada modalidade acima mencionada, tendo sido esses valores totalizados na coluna do "Total do Crédito Indevido".

Acrescenta que a partir de janeiro/2011 a entrega mensal da escrituração fiscal digital do livro CIAP, por meio do Bloco "G", passou a ser obrigatória para os contribuintes de ICMS que apuram créditos de ICMS sobre o Ativo Imobilizado (Ajuste SINIEF 02/2010) e que até esta data o livro CIAP continuou sendo impresso e mantido a disposição do fisco, conforme previsto na legislação de cada unidade federada. Informa que as empresas que tem usufruído dos créditos de ICMS sobre o Ativo Imobilizado e que não tenham apresentado o Bloco G, a partir de janeiro/2011 não puderam mais utilizar de tal benefício e que analisando o Bloco G da Escrituração Fiscal Digital, foi constatado que o contribuinte ora fiscalizado não escriturou os registros do Bloco G, mas apenas os registros G0001 (Abertura do bloco G), com seu campo de Indicador de Movimento - IND MOV informando "1" (bloco sem dados informados) e G990 (Encerramento do bloco G), conforme arquivos da EFD, em anexo, e como não há escrituração dos registros do CIAP, não há também direito a apropriação do crédito. Assim, todos os créditos apropriados na sua apuração do ICMS, Bloco "E" da EFD, no Registro REG E111 - Ajuste/Benefício/Incentivo da apuração do ICMS, campo COD_AJ_APUR = "CE020005" foram considerados como

crédito indevido do CIAP, conforme pode-se observar no Relatório de Ajustes da Apuração do ICMS, em anexo.

Na sequência, informa que foram lançados os valores efetivamente creditados pela empresa, concluindo o demonstrativo com os valores mensais de crédito legítimo apurados pela auditoria. Observa, ainda, em relação ao crédito de energia elétrica no exercício de 2012, que os valores referentes a essa rubrica aparecem zerados, uma vez que foram lançados por meio do Auto de Infração 2014.02012. Afirma que diante de tais constatações, foi refeita a conta gráfica do ICMS do ano de 2012, planilha anexa ao presente auto de infração, considerando o saldo credor de dezembro de 2011, transportado e informado pelo contribuinte em janeiro de 2012, no valor de R\$0,00, bem como demonstrando os valores referentes aos créditos legítimos apurados pela auditoria e os débitos declarados pelo contribuinte no mencionado ano, comprovados nas telas de "Consultas da Apuração Mensal do ICMS - EFD de 2012",

Interposta tempestiva impugnação a autoridade julgadora de 1ª instância decide pela parcial procedência, afasta inicialmente o argumento trazido pela autuada de decadência parcial (01/12 a 11/12), com base no art. 173, I do CTN, e no mérito exclui da autuação o crédito indevido referente à energia elétrica (R\$ 89.618,67) tendo em vista Laudo Técnico, quanto à energia consumida no processo industrial de sua panificadora e frigorífico, ao concluir que o consumo nessas áreas representa o percentual de 42,3% de toda energia elétrica consumida no estabelecimento.

Reexame Necessário e Recurso Ordinário interposto, a recorrente resumidamente alega:

- a) Preliminar de decadência referente ao período de 01/12 a 11/12 com base no art. 150, § 4º do CTN;
- b) Possibilidade de creditamento do ativo permanente, tendo em vista o AJUSTE SINIEF 02/10 não diz em momento algum que os créditos não escriturados devem ser anulados, sendo o que a legislação diz é que os créditos devem ser escriturados na EFD e não que os créditos não escriturados no bloco G ou escriturados em momento posterior são tidos como inexistentes;
- c) Há outros meios de aferir a validade dos créditos, em especial a análise das notas fiscais que o embasam, o que não foi feito pelo Fiscal no caso em questão;
- d) A Recorrente tomou regularmente os créditos de acordo com as notas fiscais de aquisição de bens destinados ao ativo permanente do período. Assim, os créditos existem, sendo plenamente legítimos;
- e) Um erro no sistema de escrituração não pode anular o direito ao crédito, porquanto existente e válido e o fato da ausência de registro no BLOCO G, não pode desnaturar o direito a apropriação do crédito;
- f) Exorbitância da multa aplicada de 100% do valor do crédito indevido em violação ao princípio constitucional de vedação de confisco;
- g) *In dubio* pró contribuinte, devendo se aplicar a interpretação mais favorável ao contribuinte, nos termos do art. 112 do CTN;

357
f

- h) Ao final, requer declaração de nulidade e/ou improcedência da autuação e não sendo acolhidos os pedidos, seja reduzida ou afastada a multa aplicada e, ainda, a realização de perícia.

A Assessoria Processual Tributária opina pelo afastamento da decadência parcial nos termos do art. 173, I do CTN em razão de no exercício fiscal a empresa apresentar saldo credor continuado e não ser possível a aplicação do art. 150, § 4º tendo em vista não haver tido pagamento, recolhimento do imposto e no mérito se manifesta peça procedência da autuação entendendo não caber crédito de energia elétrica razão do contribuinte ser supermercado exercendo atividade predominante de comércio, e em relação ao crédito de ICMS na aquisição de bens de ativo opina pelo afastamento em face do contribuinte não ter escriturado no Bloco G da EFD referente às operações de entrada dos bens de ativo e respectivos créditos calculados do CIAP.

Em sessão o parecer seguiu acolhido pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

Em apertada síntese, é o que se relata.

358
f

VOTO DO RELATOR

Compreende-se do teor da autuação, acusação fiscal decorrente de crédito indevido em operações de aquisição de energia elétrica e de aquisição de bens do ativo permanente, no exercício de 2012 no montante de R\$ 511.815,54.

Calha por oportuno, antes de se adentrar no mérito do presente litígio fiscal, tecer considerações acerca da preliminar, em prejudicial de mérito, de decadência parcial referente ao período de 01 a 11/2012 com arrimo no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional - CTN. De pronto, diga-se que tal preliminar não deve ser acolhida, tendo em vista que ao caso concreto razão da conduta infratora praticada se amolda às situações fixadas nos incisos V (inexatidão na apuração do crédito fiscal) e VI (ação do sujeito passivo em sua escrita fiscal ao se creditar indevidamente que deu guarida à aplicação de penalidade pecuniária) do art. 149 do citado código, de sorte configurar hipótese de lançamento de ofício em que o prazo decadencial se conta nos termos do art. 173, I do CTN. Ainda que se cogitasse de contagem do prazo decadencial conforme fixado no § 4º do art. 150, o que não é o caso presente, nem assim seria possível tal alegação da decadência parcial conquanto no exercício fiscal de 2012 a empresa apresentou saldo credor continuado, isto é, saldo credor em todos meses, não havendo dessa forma antecipação de pagamento algum.

Ainda em pedido preliminar, a empresa cogitou em argumentação oral de cerceamento de seu direito de defesa. Nesse ponto, também não acolho tal pretensão tendo em vista que a recorrente teve pleno conhecimento da infração que lhe fora imputada descrita no teor do auto de infração e de suas informações complementares, tanto em relação à natureza da conduta infratora quanto ao montante imputado, com acesso a todo acervo probatório e tendo a mesma ao longo item processual exercido de forma plena seu direito de contestação, atinando tanto em matéria de mérito como de preliminares prejudiciais de mérito, não havendo, ainda, incorreções, omissões na autuação de sorte a não se prescrever a invalidação do lançamento conforme previsto no art. 84, § 6º da Lei nº 15.614/14.

Quanto ao mérito, deve-se ter presente que a autuação se refere a duas situações distintas de crédito indevido: do ICMS de energia elétrica e do ICMS do ativo permanente.

Em relação ao crédito indevido apropriado em aquisição de energia elétrica em razão de acondicionamento, panificação no estabelecimento da recorrente, há de ser considerado que a atuada não exerce atividade industrialização tendo como atividade principal de comércio, de supermercado (CNAE 4711302), vale dizer comércio varejista de mercadorias em geral de modo que a previsão contida de possibilidade de crédito fixada no art. 49, § 2º, I, b da Lei 12.670/96 não se adequa às atividades desempenhadas pela recorrente, e a previsão gizada no inciso II dos referidos parágrafo e artigo, vem sendo prorrogado ao longo do tempo, estando, à época dos fatos geradores objeto da autuação, com permissivo legal para usufruto do crédito fiscal a partir de 01/01/2020. Portanto, quanto a esta modalidade de crédito

359
8

indevido deve remanescer a cobrança, no sentido que nesse ponto deve ser reformada a decisão singular.

Nessa linha de ideias, cumpre por bem ressaltar que essa matéria já se encontra pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – STJ, conforme se denota da decisão transcrita abaixo.

ARESP 160293/SP – Segunda Turma – Dje:13/05/2020

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. ESTABELECIMENTO COMERCIAL - SUPERMERCADO. PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO NÃO CARACTERIZADO. IMPOSSIBILIDADE. TEMA PACIFICADO EM RECURSO REPETITIVO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015.

INOCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA ESPECIAL. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.

1. Trata-se, na origem, de Embargos opostos contra execução fiscal ajuizada pela Fazenda Estadual, que tem por fim a exigência de crédito tributário referente ao suposto creditamento indevido de ICMS, incidente sobre a aquisição de energia elétrica consumida nos setores de industrialização do estabelecimento da recorrente, acrescido de multa e juros de mora.

2. (...)

3. No que tange ao direito ao creditamento de ICMS sobre a energia elétrica, o Tribunal de origem aplicou o entendimento pacificado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça analisado, por ocasião do julgamento do Resp 1117139/RJ, em recurso repetitivo, a qual firmou a tese, nos seguintes termos: "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."

4. (...)

5. (...) (GRIFEI)

No que tange ao crédito tido como indevido pela autoridade fiscal pertinente a aquisição de bem do ativo permanente, lançado em campo próprio da apuração do ICMS (Registro REG E111), em decorrência de que não foram não escriturados no bloco G da EFD, daí a impossibilidade de crédito. Tenho compreensão que assiste razão à recorrente. O direito ao crédito fiscal, seja ele em aquisição de mercadoria ou de bens de ativo, se opera em razão da ocorrência da operação amparada em documento fiscal em tempo previsto na legislação. Se existente a operação e a documentação fiscal sendo idônea configurado e estando em tempo para escrituração, se evidencia o permissivo legal de usufruto do mesmo na escrita fiscal, tanto é assim que a regra fixa no art.51, § 4º da Lei 12.670/96, disciplina que " O direito de aproveitar o crédito extingue-se depois de decorridos cinco anos contados da data de emissão do documento".

360
8

Assim considerado, é legítimo se decorrente o crédito fiscal nas aludidas operações de aquisição de bens de ativo quando obedecidos os requisitos de ocorrência da operação, documentação fiscal idônea e tempo apto para seu exercício em perfeita simetria aos princípios da verdade material (art. 43, V do Dec. 32.885/18) e da legalidade (art. 49 da Lei 12.670/96), e assim a recorrente o fez ao lançar os créditos no registro E111 da EFD, cabendo a fiscalização a averiguação se aludidos créditos fiscais estavam em desacordo com os documentos fiscais que lhe ampararam e, ademais, ao cálculo gizado no art. 60, IX do Dec. 24.569/97, com fins de se lhe imputar a conduta de indevido creditamento. De sorte que a não escrituração dos aludidos créditos de ativo permanente no Bloco G da EFD, que fora objeto de ilegitimidade ao crédito apontado pelo auditor do fisco, resultaria em conduta infratora de omissão de informações, pertinentes àquelas operações, nos arquivos da EFD inerentes ao aludido bloco, sendo objeto de sanção fixada no art. 123, VIII, L da Lei 12.670/96 a ser lançada em auto de infração próprio para tanto. Isso posto, excluo da autuação os valores apontados no lançamento referente a essa modalidade de crédito fiscal que fora tido como indevido.

Não acolho o argumento da recorrente decorrente de inconstitucionalidade da multa aplicada por ser confiscatória, em violação aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e vedação de confisco, tendo em vista que, nos termos do § 2º do art. 48 da Lei 15.614/14, não se inclui na competência de julgamento das autoridades administrativas afastar aplicação de norma sob fundamento de inconstitucionalidade – ressalvado os casos julgados em ações diretas de inconstitucionalidades ou de constitucionalidades e de Súmulas Vinculantes – dicção esta exclusiva do Poder Judiciário. Ademais, afasto o pedido de perícia tendo em vista sua formulação genérica, sem observar os requisitos legais fixados no § 1º do art. 93 e, ainda, nos termos do art. 97, I, III e IV, todos da Lei 15.614/14.

Com efeito, tenho como materializada a infração de crédito indevido pertinente ao ICMS incidente nas aquisições de energia elétrica, em violação ao inciso I, b do § 2º, do art. 49 e Inciso II do § 2º, ambos do art. 49 da Lei 12.670/96, no montante de R\$ 89.630,82 (oitenta e nove mil, seiscentos e trinta reais e oitenta e dois centavos) conforme planilha (TABELA_CRÉDITO_INDEVIDO (E11_12) anexada pela fiscalização. Ressalte-se que ao observar o conta corrente na EFD do exercício de 2012, percebe-se que a autuada, como já dito, deteve saldo credor continuado de expressivos valores em todos meses do citado ano e os créditos fiscais oriundos de energia elétrica utilizados na escrita fiscal se deram em valores bem aquém dos referidos saldos credores, ante qual se evidencia que os referidos créditos fiscais na aquisição de bens de ativo não foram aproveitados no exercício objeto de fiscalização, de modo que deve se aplicar a penalidade fixada no art. 123, II, “a” da Lei 12.670/96 combinado com o § 5º, I do citado dispositivo legal com nova redação dada pela Lei 12.6258/17 – multa de 10% - conforme regra fixada no art. 106, II, “c” do CTN.

Pelo exposto, conheço do Reexame Necessário, dou-lhe provimento para reformar a decisão singular e do Recurso Ordinário, para dar-lhe parcial provimento, decidindo pela *parcial procedência* da autuação.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO: ICMS: R\$ 89.630,82; MULTA (10%):R\$ 8.963,08

30
É como voto.

DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é Recorrente: CEJUL E BOM PREÇO SUPERM. NORD. LTDA e Recorrido: AMBOS.

Resolvem os membros da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário e deliberar nos seguintes termos: **1. Com relação à preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa** – Foi afastada por unanimidade de votos, com base no art. 84, § 6º da Lei nº 15.614/2014, e considerando que a empresa exerceu o seu direito de defesa, apresentando impugnação e recurso ordinário atacando os fatos que serviram de fundamento para a autuação. **2. Quanto a alegação de decadência do período de janeiro a novembro de 2012, com base no art. 150, §4º, do CTN** – Afastada por voto de desempate do Presidente, sob o entendimento de que ao presente caso, se aplica a norma do art. 173, I, do CTN. Vencidos os Conselheiros Wander Araújo de Magalhães Uchôa, Marcus Mota de Paula Cavalcante e José Alexandre Goiana de Andrade. **3. Quanto a alegação do caráter confiscatório da multa aplicada** – Foi afastada por unanimidade de votos, em face do disposto no art. 48, §2º, da Lei nº 15.614/14. **4. Quanto ao pedido de realização de perícia** – Foi afastada por maioria de votos, com base no art. 97, incisos I e III, da Lei nº 15.614/2014. **5. No mérito**, por unanimidade de votos, a 2ª Câmara de Julgamento resolve dar parcial provimento aos recursos interpostos, modificar a decisão singular e julgar **parcialmente procedente** o feito fiscal, mantendo a autuação somente em relação aos créditos indevidos provenientes de energia elétrica. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator e em desacordo com Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado em sessão, pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Esteve presente para sustentação oral, o representante legal da Recorrente, Dr. Alexandre de Araújo Albuquerque.

SALA DA SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 08 de 11 de 2021.

FRANCISCO JOSE DE OLIVEIRA SILVA:29355966334
Assinado de forma digital por FRANCISCO JOSE DE OLIVEIRA SILVA:29355966334
Dados: 2021.11.04 08:39:37 -03'00'
Francisco José de Oliveira Silva
Presidente

RAFAEL LESSA COSTA BARBOZA
Assinado de forma digital por RAFAEL LESSA COSTA BARBOZA
Dados: 2021.11.08 10:19:53 -03'00'
Ubiratan Ferreira de Andrade
Procurador do Estado

Henrique José Leal Jereissati
Conselheiro

Wander Araújo de Magalhães Uchôa
Conselheiro

Maria Elineide Silva e Sousa
Conselheira

Marcos Mota de Paula Cavalcante
Conselheiro

LEILSON OLIVEIRA CUNHA:29724481387
Assinado de forma digital por LEILSON OLIVEIRA CUNHA:29724481387
Dados: 2021.09.02 11:17:49 -03'00'
Leilson Oliveira Cunha
Conselheiro

José Alexandre Goiana de Andrade
Conselheiro