

OK



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ

Secretaria da Fazenda
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - C R T
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

RESOLUÇÃO Nº: 231/2011

69ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 08/04/2011

PROCESSO Nº 1/3942/2008

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200810826

RECORRENTE: BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR: CONSELHEIRO JOÃO CARLOS MINEIRO MOREIRA

EMENTA: ICMS. CRÉDITO INDEVIDO. ENERGIA ELÉTRICA. SUPERMERCADO.

– 1. Creditamento indevido de ICMS decorrente do consumo de energia elétrica na empresa comercial. – 2. Restou provado, através de perícia técnica, a possibilidade de creditamento de ICMS decorrente do consumo de energia elétrica destinado aos setores de panificação, resfriados, congelados e frigoríficos da empresa comercial. – 3. Recurso Voluntário, por unanimidade, conhecido e, por maioria, parcialmente provido, para modificar em parte a decisão condenatória de 1ª Instância, e julgar *parcialmente procedente* a acusação fiscal, conforme laudo técnico do NUTEC. – 4. Infringência ao art. 60, §11 do Decreto nº 24.569/97. – 5. Penalidade inserta no art. 123, II, 'a', da Lei 12.670/96, alterada pela Lei 13.418/03.

PROCESSO Nº 1/3942/2008
AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200810826
CONSELHEIRO: JOÃO CARLOS MINEIRO MOREIRA



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Auto de Infração lavrado em decorrência do crédito indevido de energia elétrica no período de Janeiro de 2003 a Dezembro de 2005, a empresa creditou-se indevidamente da importância de R\$ 913.221,31, referente ao ICMS destacado nos documentos de aquisição de energia elétrica consumida no comércio, conforme demonstrativos e informações complementares anexas ao auto de infração.

O Agente Fiscal identificou como dispositivo infringido o art. 60, §11 do Decreto nº 24.569/97. No que concerne a penalidade imposta aplicou aquela cominada no art. 123, II, 'a', da Lei 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03.

Referida infração resultou no lançamento do imposto cujo valor principal é R\$ 913.221,31, com aplicação de multa no mesmo valor, totalizando 1.826.442,62.

O contribuinte, após regularmente notificado, apresentou defesa ao lançamento do Auto de infração, destacando-se os seguintes argumentos:

- Que o crédito de ICMS não se refere a energia elétrica consumida no comércio e sim nos diversos processos de industrialização realizados no estabelecimento;

- Que o crédito tributário está extinto por decadência relativo ao período de janeiro a julho de 2003, pois foram lançados somente em 14/08/2008, por força do artigo 156, V e VI c/c 150, §4º do CTN;

- O laudo técnico acostado na defesa atesta que a energia é utilizada na conservação e industrialização de mercadorias;

- Que, na padaria faz processo de industrialização, e para tanto, utiliza maquinário que consome energia elétrica, bem como na seção de frios, utilizando câmaras frigoríficas para evitar o perecimento de diversos produtos;

- Que apesar de sua atividade principal ser o comércio, mais de 70% da energia elétrica consumida é destinada ao processo de industrialização, portanto pode se creditar da energia elétrica consumida, conforme artigo 60, §11;

- Que a multa tem caráter confiscatório.

A julgadora monocrática, após análise detida dos autos, decidiu pela procedência da autuação fiscal, considerando que:



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ

Secretaria da Fazenda
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

- Em relação a preliminar de nulidade por violação ao princípio da irretroatividade da lei, não deve prosperar, pois o Decreto 28.874/07 refere-se a período futuro, não alcançando fatos pretéritos. À época estava vigente o Decreto 27.672/04, que proibia a apropriação dos referidos créditos;

- Quanto a preliminar de nulidade por decadência dos créditos tributários, não deve prosperar o argumento utilizado pela deferente, visto que no caso dos autos a contagem do prazo decadencial para lançamento do tributo dever ser aquela disposta no artigo 173, I do CTN, portanto perfeitamente dentro do prazo;

- Equivocou-se a atuada quando se apropriou do ICMS incidente sobre a aquisição de energia elétrica, uma vez que não se trata de matéria prima, e sim de material de consumo;

- Despesas não são passíveis de compensação do ICMS. Observe-se que o referido produto é alheio à atividade fabril da atuada;

- O fato de utilizar energia elétrica no setor de padaria não confere direito a crédito pelo fato de industrializar produtos, nem o setor de frios por conservação dos produtos. Seria necessário que algumas condições fossem satisfeitas, tais como possuir CNAE de indústria, ter autorização do setor competente da SEFAZ para apropriar-se desse crédito e possuir medidor de energia elétrica para cada tipo de atividade para as quais a impugnante alega ter direito de utilização desses créditos.

O atuado fora cientificado do julgamento por AR de fl. 246, irredignado com a decisão proferida no juízo singular, apresentou Recurso Voluntário, alegando, basicamente, os mesmos argumentos já dispostos na oportunidade da apresentação de impugnação.

A Célula de Consultoria, através do Parecer nº. 195/2009, manifestou-se pelo conhecimento do recurso de voluntário, para negar-lhe provimento, confirmando a decisão condenatória de 1ª instância.

O representante da Douta Procuradoria Geral do Estado adotou o Parecer da Célula de Consultoria.

Em Sessão extraordinária (112ª), nessa mesma Câmara de Julgamento, realizada em 18 de setembro de 2009, na qual foi iniciado o relato e os debates referentes ao processo em epígrafe, foi decidido, por maioria de votos, converter o curso do julgamento em diligência no sentido de intimar o contribuinte para apresentar, no prazo de 90 (noventa) dias, laudo técnico demonstrando o consumo de energia elétrica por setores do estabelecimento atuado, expedido por empresa de



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ

Secretaria da Fazenda
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

reconhecida experiência na área. Para tanto foi lavrado despacho ao CEPED pelo Conselheiro José Romulo de fls. 297/298.

Em resposta ao pedido formulado pela câmara, a Célula de Perícia e Diligência apresentou as seguintes conclusões:

- O Laudo Técnico foi realizado pela FUNDAÇÃO NÚCLEO DE TECNOLOGIA INDUSTRIAL DO CEARÁ- NUTEC, a qual teve por objeto a determinação de uma estimativa de consumo de energia elétrica dos setores considerados industriais dentro da empresa;

- O laudo técnico, em resumo, apurou o consumo de energia elétrica dos setores considerados industriais (panificação, resfriados, congelados e frigoríficos), obtendo um quociente de 0,58359 (53,59%);

- O NUTEC utiliza para o cálculo o consumo médio mensal de energia elétrica do estabelecimento os consumos de ponta e fora de ponta;

- Por fim, preparamos uma planilha demonstrativa do crédito de ICMS a que faz jus a recorrente, mês a mês de janeiro de 2003 a dezembro de 2005, à luz do laudo técnico do NUTEC, bem como do saldo restante de crédito indevido, que é de R\$ 547.782,81 (quinhentos e quarenta e sete mil, setecentos e oitenta e dois reais e oitenta e um centavos).

Cientificado do resultado do Laudo Pericial, o contribuinte apresentou manifestação acerca do mesmo, afirmando que:

- O percentual de 53,59% correspondente a energia elétrica consumida nos setores industriais deverá ser aplicado sobre o total de imposto destacado na nota fiscal de energia elétrica, ou seja, sobre os valores de CONSUMO DE PONTA E FORA DE PONTA, da DEMANDA DE PONTA E FORA DE PONTA e do ENCARGO DE CAPACIDADE EMERGENCIAL.

Em Sessão extraordinária (3ª), nessa mesma Câmara de Julgamento, realizada em 28 de janeiro de 2011, na qual foi reiniciado o julgamento do processo em epígrafe, decidiu-se, por maioria de votos afastar a preliminar de nulidade de extinção pela decadência suscitada pela parte, relativamente à parte do crédito tributário reclamado conforme manifestação oral em sessão, do Procurador do Estado, Dr. Ubiratan Ferreira de Andrade, nos seguintes termos: *"Em se tratando de crédito indevido, não há que se falar em pagamento antecipado. Nessa hipótese, conforme já decidiu o Egrégio STJ, no Resp. 973733/SC, trata-se de lançamento de ofício em se tratando de "...casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou*



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – C R T
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito.” Incide, pois, no caso sob crivo, o art. 173, I, do CTN, devendo o prazo decadencial iniciar-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte aquele em que se der o fato gerador.”

Em seguida, por ocasião da votação relativa ao mérito, o Sr. Presidente concedeu vista do processo ao Conselheiro João Carlos Mineiro Moreira, na forma regimental.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Versa a acusação fiscal sobre Auto de Infração lavrado decorrência do crédito indevido de energia elétrica no período de Janeiro de 2003 a Dezembro de 2005, a empresa creditou-se indevidamente da importância de R\$ 913.221,31, referente ao ICMS destacado nos documentos de aquisição de energia elétrica consumida no comércio, conforme demonstrativos e informações complementares anexas ao auto de infração.

Tendo em vista esta Colenda Câmara de julgamento, conforme relatado acima, já ter se pronunciado quanto ao conhecimento do Recurso Voluntário, bem como relativamente a questão preliminar oposta pela deferente, abstenho-me de analisar tais pontos.

Quanto ao mérito do presente processo entendo que, relativamente aos setores da empresa comercial que são destinados à panificação, resfriados, congelados e frigoríficos, ou seja, processo industriais, deve ser permitido a possibilidade do contribuinte ao creditamento do ICMS advindo do consumo de energia elétrica destinados a utilização nas respectivas áreas.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ

Secretaria da Fazenda
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – C R T
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

Importante destacar que precedentes de julgamentos realizados pelo CONAT (Resolução 0146/96 – 1ª Câmara), como também diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça (REsp 404.432/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 06/06/2002 – Informativo 137), inclusive destacados na ocasião da interposição de Recurso voluntário pelo autuado, direcionam-se no sentido de possibilitar o creditamento de ICMS sobre a energia elétrica utilizada em processos industriais de empresas comerciais,

Ademais, conforme observa-se no Laudo Técnico elaborado pelo NUTEC, o percentual de utilização de energia elétrica nos setores industriais da empresa é de 53,59% devendo, portanto, referido percentual ser aplicado no creditamento de ICMS decorrente do consumo de energia elétrica, na forma proposta pelo Laudo, isto é, sobre os valores de CONSUMO DE PONTA E FORA DE PONTA.

Portanto, considerando os fatos e fundamentos expostos acima, voto pelo conhecimento do Recurso Voluntário para dar-lhe parcial provimento, para modificar em parte a decisão condenatória de 1ª Instância, e julgar *parcialmente procedente* a acusação fiscal, conforme laudo técnico do NUTEC, devendo o contribuinte autuado recolher aos cofres do Estado do Ceará a quantia indicada no demonstrativo de crédito abaixo destacado, com as devidas correções monetárias.

É o voto.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO:

ICMS principal	R\$ 547.782,81
Multa	R\$ 547.782,81
Total a Pagar	R\$ 1.095.565,62



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que é recorrente **BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA** e recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**. Conforme consta dos registros da 3ª Sessão Extraordinária, realizada em 28 de janeiro de 2011, foi julgada, naquela data, a preliminar a seguir transcrita: "*A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário. Quanto a preliminar de extinção pela decadência suscitada pela parte, relativamente à parte do crédito tributário reclamado, sob o argumento de que "o crédito tributário do período de janeiro a julho de 2003 está extinto em virtude da homologação tácita, nos termos do art. 156, inciso V, do CTN, eis que decorrido o prazo previsto no § 4º, do art. 150, do mesmo diploma legal e do art. 819 do Decreto nº 24.569/97, com redação anterior ao Decreto nº 27.792/2005, ou seja, 05 (cinco) anos do fato gerador" - Afastada por maioria de votos, conforme manifestação oral em sessão, do Procurador do Estado, Dr. Ubiratan Ferreira de Andrade, nos seguintes termos: "Em se tratando de crédito indevido, não há que se falar em pagamento antecipado. Nessa hipótese, conforme já decidiu o Egrégio STJ, no Resp. 973733/SC, trata-se de lançamento de ofício em se tratando de "...casos em que a lei não preveja o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito." Incide, pois, no caso sob crivo, o art. 173, I, do CTN, devendo o prazo decadencial iniciar-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte aquele em que se der o fato gerador." Foram votos vencidos, os Conselheiros Sebastião Almeida Araújo, Samuel Aragão Silva e João Carlos Mineiro Moreira."* Retornando à pauta nesta data, a 2ª Câmara resolve, dar parcial provimento ao recurso interposto, para modificar em parte a decisão condenatória de 1ª Instância, e julgar **parcialmente procedente** a acusação fiscal, conforme laudo técnico do NUTEC, nos termos do primeiro voto divergente e vencedor, proferido pelo **Conselheiro João Carlos Mineiro Moreira, que ficou designado para lavrar a Resolução** e em desacordo com o Parecer da Consultoria, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Foram votos vencidos os conselheiros Silvana Carvalho Lima Petelinkar, relatora originária, Andréa Machado Napoleão e Francisco José de Oliveira Silva, que se manifestaram pela procedência da autuação. Esteve presente para sustentação oral do recurso, o representante legal da recorrente, Dr. Alexandre Araújo Albuquerque.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO


SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO
DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 20 de junho de
2011.


José Wilamé Falcão de Souza
PRÉSIDENTE


Alexandre Mendes de Sousa
CONSELHEIRO


Francisco José de Oliveira Silva
CONSELHEIRO


Sílvia Carvalho Lima Petelinkar
CONSELHEIRA


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO


João Carlos Mineiro Moreira
CONSELHEIRO RELATOR


Samuel Aragão Silva
CONSELHEIRO


Antônio Luís do Nascimento Neto
CONSELHEIRO


Sebastião Almeida Araújo
CONSELHEIRO