



ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RESOLUÇÃO Nº: 398 /2004
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO
SESSÃO DE 08/06/2004 - (91ª SESSÃO)
PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/001760/1995 AI No. 1/357524
RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA E AR.
FRIO FRIGERAÇÃO S/A
RECORRIDO: AMBOS
CONSª RELATORA: ELIANE RESPLANDE FIGUEIREDO DE SÁ

EMENTA: ICMS -CRÉDITO INDEVIDO - ENERGIA ELÉTRICA. ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. Preliminar, suscitada pela recorrente de Extinção do direito da Fazenda Estadual de concluir o lançamento, rejeitada por unanimidade de votos. No mérito - Inocorrência de vedação legal à empresa industrial da apropriação a título de crédito fiscal do imposto relativo às mercadorias ou produtos que utilizados diretamente no processo industrial sejam nele consumidos ou integrem o produto final, na condição de elemento indispensável à sua composição. **ACUSAÇÃO FISCAL IMPROCEDENTE.** Restou comprovado que a empresa industrializava equipamentos de refrigeração em geral e utilizava-se de energia elétrica como elemento indispensável à sua composição. **RECURSO OFICIAL E VOLUNTÁRIO CONHECIDOS. DADO PROVIMENTO A AMBOS. DECISÃO POR UNANIMIDADE DE VOTOS.**

RELATÓRIO:

O Auto de Infração de que se cuida no presente processo possui o seguinte relato: "O estabelecimento comercial supra citado aproveitou indevidamente créditos fiscais de ICMS referente ao consumo de energia elétrica no período de janeiro de 1992 a junho de 1994 num total de CR\$1.464.244,29 (Um milhão, quatrocentos e sessenta e quatro mil, duzentos e quarenta e quatro cruzeiros reais e vinte e nove centavos). Embora indevidamente registrado no

Código de Atividades Econômicas (CAE) da Secretária da Fazenda como indústria o estabelecimento acima tem suas escriturações e recolhimentos comercial e fiscal usando da prerrogativa e benefícios dos capítulos XXXVIII, arts.595 a 601 do Dec.21.219/91 que estabelece as operações realizadas por estabelecimento de construções civil e assemelhados”.

Após indicarem os dispositivos legais infringidos os agentes fiscais apontam como penalidade o Art.767, inciso II, alínea “a” do Dec.21.219/91.

Às fls 45/46 a empresa ingressa com instrumento impugnatório, alegando que tem direito ao aproveitamento; que produz centrais de ar-condicionado e equipamentos diversos para refrigeração; que a energia elétrica é consumida na produção daquelas mercadorias e integra o custo respectivo; que é contribuinte do ICMS vendendo mercadorias regularmente; que resta demonstrada a ilegalidade da exigência de estorno dos créditos legitimamente aproveitados pela autuada.

Solicitou-se Perícia às fls.58 no sentido de Averiguar “in locu” se a empresa realmente industrializa equipamentos de refrigeração em geral. Informou-se que não mais desempenha a atividade industrial, apenas a elaboração de projetos de refrigeração e montagem de equipamentos; Que quando explorava a área industrial fabricava componentes de câmaras frigoríficas, balcões expositores para frios além de móveis; Que se encontrou num galpão abandonado com algumas máquinas sucateadas:uma máquina de cortar chapa, uma viradeira de tubo, um torno, uma lixadeira, uma serra de fita, uma plainadeira e um compressor.

Às fls.62 solicitou-se novamente diligência para obter informações junto aos documentos fiscais da autuada ou a quem de direito for se no período fiscalizado a empresa exercia a atividade industrial. Como resposta informou-se que a empresa deixou de apresentar as Notas Fiscais de Janeiro a Junho de 1994. Que só uma Nota Fiscal com destaque do IPI (NF 22241) é referente a venda de 01 guarda-roupa. Que a maioria das NFs referem-se a saída de obras, ou seja, a saída do material utilizado na confecção das centrais de ar condicionado. Que de acordo como contratos as peças eram confeccionadas na empresa autuada e montadas nos canteiros de obras.

Às fls.98 novamente realizou-se outra Perícia.

Às fls.172 a julgadora monocrática decide-se pela Parcial Procedência face a redução do ICMS e da multa, haja vista que não foram todos os créditos lançados indevidamente aproveitados no período de apuração do imposto e como tal há que se considerar o atenuante contido no parágrafo 1º, inciso I, do artigo 767 do Decreto 21.219/91.



Inconformado com a decisão de 1ª Instância a recorrente ingressa com Recurso Voluntário, às fls.183/190 dos autos argüindo que naquele período prestou serviço de instalação e venda de centrais de ar-condicionado, fabricando diversos acessórios necessários a montagem dessas centrais de ar. Que no processo de fabricação desses acessórios a recorrente utilizou seu maquinário movido à energia elétrica, razão pela qual aproveitou o crédito em causa. Que o lançamento foi alcançado pela preempção. Que prestou serviço de instalação e venda de centrais de ar condicionado, fabricando diversos acessórios necessários à montagem dessas centrais de ar. Que no processo de fabricação desses acessórios a recorrente utilizou seu maquinário movido à energia elétrica, razão pela qual aproveitou o crédito em causa. Que a julgadora singular confirmou a ação fiscal em sua maior parte, por entender que não ficou provada a atividade industrial da empresa.

A Consultoria Tributária em Parecer de Nº 214/02 opina pelo conhecimento do Recurso Voluntário negando-lhe provimento para confirmar a decisão parcialmente condenatória proferida em primeira instância.

Em linhas gerais, é este o relatório.

VOTO:

O auto inicial aponta a infração, que teria sido praticada pela recorrente, a saber: aproveitamento indevido de créditos fiscais de ICMS referentes ao consumo de energia elétrica no período de Janeiro de 1992 a Junho de 1994.

Preliminarmente, temos a retorquir a alegativa da recorrente concernente ao fato de ter a Fazenda Pública perdido o direito de efetivar o respectivo lançamento, uma vez que restou extinto.

Algumas ponderações, a respeito, precisam ser feitas.

Genericamente, tanto a prescrição como a decadência podem ser entendidas como formas de perda,ou de fulminação, de um determinado direito subjetivo pela ação do tempo.

À luz do CTN, o prazo para a constituição do crédito tributário (pelo lançamento) é de decadência; o prazo para a propositura da respectiva ação de cobrança (i.e,da execução fiscal), caso o crédito não seja satisfeito, é de prescrição.

O argumento da recorrente respalda-se,assim, no parágrafo único do art.173 do CTN, a saber:



“Art.173 – O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

- I- o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;
- II- da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único: O direito a que se refere este artigo extingue-se **definitivamente** com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.” (G.N)

No entanto, a interpretação do artigo acima transcrito enseja várias correntes doutrinárias, dentre as quais a suscitada pela recorrente em que “se a administração não concluir definitivamente o lançamento e dele notificar o obrigado dentro dos cinco anos, extinto por **decadência** estará o seu direito de lançar, pois o procedimento de lançamento é privativo da administração e a ela cabe impulsioná-lo”.

Todavia, a guisa de esclarecimentos, informamos que contrariamente ao entendimento acima esposado o STJ posiciona-se no sentido de que, lavrado o auto de infração, consuma-se o crédito tributário, somente sendo admissível a decadência no período que antecede a lavratura. E ainda: O prazo de decadência não flui entre a data do auto de infração e a decisão administrativa definitiva, proferida em recurso interposto pelo contribuinte, no curso do processo fiscal. (STJ – Resp.nº84.714/PR; Ac.da 1ª Turma; Rel.Min.Demócrito Reinaldo; DJ 15/06/98).

Há que se observar que, o lançamento, no caso em tela, realizou-se antes de decorridos 05 (cinco) anos do fato gerador onde houve a efetiva intimação a empresa recorrente. Deste modo, depreende-se que não há que se entender que ocorreu a decadência.

Infere-se, assim, que o prazo de decadência não flui entre a data do auto de infração e a decisão administrativa definitiva, proferida em recurso interposto pelo contribuinte, no curso do processo fiscal. Logo, dentro desse lapso temporal não corre o prazo prescricional, nem a decadência.

Quanto à prescrição intercorrente também suscitada pela recorrente vale destacar o entendimento de que “A prescrição intercorrente não se configura, no Processo Administrativo Fiscal. Se o crédito está suspenso, nos termos do inciso III do art.151 do Código Tributário Nacional – CTN, não há que se falar

em prescrição, pois se a mesma decorre da inação do fisco que, podendo, deixa de promover a cobrança do crédito tributário, não se pode admitir que se fizera consumada a condição necessária à argüida prescrição". (Acórdão Nº2809, de 04/12/2002, Ministério da Fazenda/Secretaria da Receita Federal).

Destaque-se, que não houve por parte do fisco desinteresse do ônus de agir, que ora se representa pelo encargo de impulsionar o processo nas suas fases procedimentais. Não houve inércia da administração em promover os atos necessários ao regular funcionamento do processo administrativo tributário. Ao contrário, os atos realizados foram decorrentes da busca da verdade material e das sucessivas perícias realizadas visando conceder a empresa o direito a ampla defesa e contraditório.

Divergências doutrinárias à parte, o fato é que inexistente qualquer extinção do direito da Fazenda Estadual para conclusão do seu lançamento. A preliminar suscitada pela recorrente não poderá prosperar.

Assim, afastamos aludida preliminar.

No mérito, entendo que cabe razão a recorrente. Analisemos:

Primeiro: Para todos os efeitos legais e conforme afirmara o agente autuante a empresa é registrada na Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará no Código de Atividade Econômica (CAE) Nº 1221000 como INDÚSTRIA. Fato inquestionável e facilmente comprovado. Portanto, por ser indústria, está excluída da vedação legal imposta pela legislação tributária.

Segundo: Comprovou-se documentalmente que a empresa tinha como objetivos "a exploração de central de ar condicionado, como serviço auxiliar e complementar de construção civil, **INDUSTRIALIZAÇÃO** e comercialização de equipamentos de refrigeração em geral, projetos, assistência técnica e manutenção preventiva das instalações de centrais de ar condicionado e de refrigeração industrial".

Terceiro: No decorrer do processo através das sucessivas perícias e dos contratos anexados constata-se que a empresa recorrente funcionava como contratada/subempreiteira de outras empresas e responsabilizava-se pelo fornecimento e instalação de máquinas e equipamentos, dentre outras atribuições a que estava obrigada;

Quarto: A presença de máquinas encontradas nas dependências do estabelecimento da recorrente que eram utilizadas na atividade industrial;

Quinto: As Notas Fiscais de Saídas onde há a referência de "saídas de mercadorias e equipamentos para o canteiro de obras - contrato de empreitada global, com a saída de material a ser utilizado também na confecção das centrais de ar condicionado;

Sexto: O fato de que não se pode exercer a atividade de confecção de ar condicionado sem a utilização de maquinário industrial, cuja energia consumida se integra diretamente ao custo dos bens e serviços produzidos.

A conclusão que sobressai do exposto é que de fato a empresa produzia centrais de ar-condicionado e equipamentos diversos para refrigeração e de que com efeito, a energia elétrica fora utilizada diretamente no processo industrial e integrada ao produto final da mercadoria na condição de elemento indispensável à sua composição.

Resta claro, portanto, que a empresa na condição de indústria não estava impedida de aproveitar o crédito fiscal de energia elétrica utilizada diretamente no seu processo industrial.

Por todo o exposto, resta-nos tão somente concluir, embasados em toda uma análise processual que IMPROCEDE a presente acusação fiscal.

Isto posto, **VOTO** no sentido de:

Que seja rejeitada a preliminar de extinção argüida pela recorrente. No mérito, que se conheça dos Recursos Oficial e Voluntário, dando-lhes provimento para que a decisão condenatória de primeira instância seja modificada decidindo-se pela IMPROCEDÊNCIA do feito fiscal em desacordo com a douta Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

DECISÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é **RECORRENTE CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA E AR FRIO REFRIGEREAÇÃO S/A E RECORRIDO AMBOS**

RESOLVEM, os membros da Segunda Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por UNANIMIDADE de votos, rejeitar a preliminar de extinção

argüida pela recorrente. No mérito, também por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Oficial e Voluntário, dar-lhes total Provimento para modificar a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância e julgar IMPROCEDENTE o feito fiscal, nos termos do voto dessa relatora e em desacordo com o parecer da douta Procuradoria Geral do Estado. O conselheiro Marcelo Reis de Andrade Santos Filho absteve-se de votar, por razões de foro íntimo.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS em Fortaleza, aos 9 de agosto de 2004.

Osvaldo José Rebouças
PRESIDENTE

Eliane Resplande Figueiredo Sá
CONSELHEIRA RELATORA

Dulcimeire Pereira Gomes
CONSELHEIRA

José Maria Vieira Mota
CONSELHEIRO

Regineusa de Aguiar Miranda
CONSELHEIRA

Vanessa Albuquerque Valente
CONSELHEIRA

Rodolfo Licurgo Tertulino de
Oliveira
CONSELHEIRO

Marcelo Reis de Andrade Santos
Filho
CONSELHEIRO

Ildebrando Holanda Junior
CONSELHEIRO

Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO