



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

RESOLUÇÃO Nº. 214 / 2021.

SESSÃO ORDINÁRIA REALIZADA EM: 18 de outubro de 2021.

PROCESSO Nº: 1/4573/2017.

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/201708978.

RECORRENTE: BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NODESTE LTDA.

RECORRIDO: CÉDULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR: MIKAEL PINHEIRO DE OLIVEIRA

EMENTA: CRÉDITO INDEVIDO DO ICMS. Exercício de 2011. Decadência parcial configurada. Auto de infração Julgado PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Ao Recorrente foi imputada infração art. 60, §11º do Decreto nº. 24.569/97. 2. Defesa apresentada tempestivamente e arguida preliminar de nulidade por decadência parcial relativa aos períodos de janeiro a maio de 2012. 3. Julgamento singular pela procedência. 4. Recurso ordinário interposto. 5. Julgamento para dar parcial provimento ao recurso ante a DECADÊNCIA dos meses de janeiro a maio de 2012. 6. Ação fiscal PARCIALMENTE PROCEDENTE.

PALAVRAS CHAVE: CRÉDITO INDEVIDO DO ICMS. EXERCÍCIO DE 2012. DECADÊNCIA PARCIAL CONFIGURADA. AUTO DE INFRAÇÃO JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

I – RELATÓRIO.

A peça inicial imputa à empresa em epígrafe o cometimento de infração à legislação tributária estadual, conforme relato que se transcreve a seguir: “*Crédito indevido de energia elétrica*”.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

O atuante relata nas Informações Complementares (fls. 2/4) que o contribuinte fora intimado para apresentar os livros e documentos fiscais e contábeis referente ao exercício de 2012, ocasião em que, ficou constatado que teria creditado indevidamente o ICMS relativo a energia elétrica no valor de R\$54.544,01 (cinquenta e quatro mil quinhentos e quarenta e quatro reais e um centavo).

O auditor elencara infração ao art. 60, §11 do Decreto de nº. 24.569/97, resultando na penalidade prevista no art. 123, II, alínea "a" da Lei nº 12.670/96 alterado pela Lei nº. 13.418/03, resultando na multa equivalente a uma vez o valor do imposto, ou seja, R\$54.544,01 (cinquenta e quatro mil quinhentos e quarenta e quatro reais e um centavo).

Intimada da lavratura da presente autuação, o contribuinte, apresentou impugnação tempestiva às fls. 32/47, onde apresentou, em síntese: a) preliminar de decadência parcial do crédito tributário; b) que há possibilidade de creditação fiscal provenientes da energia elétrica em contribuintes que operam no setor industrial; c) que o crédito proveniente da energia elétrica é legítimo e legal; d) que a multa possui caráter confiscatório.

Na primeira Instância o auto de infração foi julgado procedente, resultando na obrigação de recolher o valor de R\$ 109.088,02 (cento e nove mil oitenta e oito reais e dois centavos) referente ao somatório do ICMS omitido e a multa conforme fls. 95/106.

A empresa apresenta recurso ordinário às fls. 110/153 dos autos, com destaque para a nulidade da decisão singular pela preliminar de decadência dos débitos referente aos períodos de janeiro a maio de 2012, nos moldes do art. 150, §4º do CTN.

O parecer da Assessoria Processual Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado, opina pelo conhecimento do recurso ordinário, para negar-lhe provimento a fim de se manter a decisão singular de procedência da autuação.

É o sucinto relatório.

II – VOTO

Trata-se da análise do Recurso Ordinário interposto pela empresa BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NODESTE LTDA em virtude da decisão de procedência da acusação fiscal em primeira instância.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

No presente caso a empresa foi autuada por ter creditado indevidamente o ICMS relativo a energia elétrica no valor de R\$54.544,01 (cinquenta e quatro mil quinhentos e quarenta e quatro reais e um centavo).

Urge a necessidade de se analisar pormenorizado os pontos levantados pelo supracitado recurso. Senão, vejamos;

I- Em relação ao pedido de decadência:

Mediante análise dos autos de infração *in tela*, verifica-se que a infração consubstancia-se no fato de o contribuinte, no exercício de 2012, utilizou-se de crédito fiscal oriundos de energia elétrica de forma indevida, cujo valor do ICMS não recolhido condiz ao importe de R\$54.544,01 (cinquenta e quatro mil quinhentos e quarenta e quatro reais e um centavo).

O recorrente alega em seu recurso ordinário que houve extinção parcial dos créditos tributários cobrados referentes aos meses de janeiro a maio de 2012 uma vez que a notificação sobre a cobrança fiscal *in tela* somente ocorreu na competência de junho de 2017.

Pois bem. Constatando-se os fôlios processuais verifica-se que razão assiste ao contribuinte.

Ocorre, no que pese a subsunção do fato à infração consubstanciada nos art. 60, §11 do Decreto de nº. 24.569/97, insta pontificar que a incidência da obrigação de pagamento do ICMS referente aos meses de janeiro a maio de 2012, encontram-se abarcadas pelo instituto da DECADÊNCIA, com base no art. 150, §4º, do CTN. *In verbis*:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, **será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador**; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Ademais, crédito indevido aplica-se o art. 150, §4º do CTN, conforme predispõe a Câmara Superior em casos similares, *verbum ad verbum*:

EMENTA: ICMS - CRÉDITO INDEVIDO. Crédito decorrente de operações de entrada com ICMS diferido. Julgado parcialmente procedente em primeira instância. Julgado procedente em segunda instância Recurso Extraordinário e admitido, considerando a divergência de entendimento entre as Câmaras de Julgamento. Decadência parcial com base no art. 150, § 4º, do CTN. Penalidade: Art. 123, n, "a", da Lei nº 12.670/97, com redação conferida pela a Lei nº 16.258/17. Recurso Extraordinário conhecido e o parcialmente provido. **Parcial procedência** do Auto de Infração. Decisão por maioria de votos quanto à decadência, em desacordo com a manifestação oral proferida em sessão pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. (RESOLUÇÃO Nº 017/2021, PROCESSO Nº. 1/1137/2017 AUTODE INFRAÇÃO Nº. 1/201626135, CÂMARA SUPERIOR DE JULGAMENTO).

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ADMISSIBILIDADE. A acusação fiscal em questão diz respeito a crédito indevido do ICMS relativo ao ativo permanente, em razão de o coeficiente de aproveitamento de crédito do ICMS do ativo permanente ter sido calculado em desacordo com a legislação vigente. A admissibilidade do recurso em evidência foi deferida em relação à Resolução nº 008/2016, da 1ª Câmara de Julgamento, especificamente no tocante a questão de decadência Recurso Extraordinário conhecido



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

e parcialmente provido para reformar a decisão recorrida de PROCEDÊNCIA para **PARCIAL PROCEDÊNCIA**, em razão da extinção parcial do crédito tributário em face da decadência dos valores relativos aos meses de janeiro e fevereiro de 2002, por força do artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional - contagem do prazo a partir do fato gerador Decisão em consonância com a Resolução nº 008/2016, da 1ª Câmara do CRT, admitida como paradigma de divergência Infração art 20, §5º, inciso III, da Lei Complementar nº 87/96 Penalidade art 123, inciso II, alínea 'a', da Lei nº. 12.670/96 Representante da PGE se manifestou favorável a decadência inclusive do mês de março de 2002. (RESOLUÇÃO Nº: 030 /2019, PROCESSO Nº: 1/1792/2007 AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 1/200702698-0, 019ª SESSÃO ORDINÁRIA - CÂMARA SUPERIOR).

Infere-se, pois, que o citado prazo foi excedido no presente caso, porquanto a lavratura do auto de infração, com a devida notificação ao contribuinte, se deu em junho de 2017, relativamente a fatos geradores ocorridos no ano de 2012. Segue-se que os fatos geradores ocorridos de janeiro a maio de 2012, portanto, foram atingidos pela decadência, devendo ser excluídos da autuação, com base no art. 150, §4º, do CTN, enquanto que os demais períodos, se verifica a infração in tela, aplicando a penalidade prevista no art. 123, II alínea "a" da Lei nº 12.670/96.

II- Quanto à questão suscitada de Multa com efeito confiscatório.

No que pese a alegação da ausência de proporcionalidade e razoabilidade da multa aplicada, arguindo se tratar de um caráter confiscatório, urge pontificar que a apreciação de tal matéria é de caráter constitucional, sendo, portanto, vedada pelo artigo 48, §2º, da Lei nº 15.614/14 por se tratar de caráter exclusivo de ADI e ADIn.

Art. 48. O julgamento de processo administrativo-tributário no CONAT é da competência inicial dos Julgadores Administrativo-Tributários sob a forma monocrática, observado o disposto no art.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

121 desta Lei, e quando em grau de recurso, dos órgãos do CRT, em deliberação coletiva.

(...)

§ 2º Não se inclui na competência da autoridade julgadora afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, ressalvada a hipótese em que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal - STF, observado:

I - em Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Declaratória de Constitucionalidade, após a publicação da decisão;

II - em Ação Direta de Inconstitucionalidade, por via incidental, após a publicação da resolução que suspender a execução do ato, pelo Senado Federal;

III - em Súmula Vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;

Diante do exposto, considerando que não é competência desta Câmara de Julgamento afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, conforme dispõe o art. 48 da Lei nº 15.614/2014, afasta-se a apreciação do argumento suscitado pelo contribuinte referente ao caráter confiscatório da multa aplicada.

III - No mérito.

O presente auto de infração de consubstancia na questão de creditamento fiscal de créditos oriundos da energia elétrica do ano de 2012 com comércio pertinente ao ramo varejista de mercadorias alimentícias – supermercados de CNAE de nº. 4711302.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

De fato o ICMS é não-cumulativo e pode ser compensado em cada operação com o devido montante cobrado na operação anterior, nos moldes do art. 46 da Lei nº. 12.670/1996. Entretanto, é de extrema importância que seja observadas as disposições legais para compensação do imposto, nos termos do art. 51 da supracitada lei, *in verbis*:

Art. 46. O ICMS é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este ou por outro Estado.

Art. 51. O direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do ICMS, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

Ora, considerando que a empresa cadastrada é atuante no ramo comercial de supermercados, tendo o Fisco constatado a creditação indevida de energia elétrica com base nos registros existentes no Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, não poderia ter se creditado dos créditos decorrentes de energia elétrica por falta de previsão nas hipóteses que albergam tal possibilidade, ou seja, nos termos do art.49, §2º, inciso I da Lei nº. 12.670/1996, com alterações feitas pelas leis nºs 13.076/2000 e 14.873/2011, *Vide*:

Art. 49. Para a compensação a que se refere o Artigo 46, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do ICMS anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu consumo ou ao Ativo Permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação. (...)



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

§ 2º Somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento: (Redação dada pela Lei nº 13.076, de 04.12.2000, DOE CE de 04.12.2000, com efeitos a partir de 01.01.2001).

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; e

c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; (Inciso acrescentado pela Lei nº 13.076, de 04.12.2000, DOE CE de 04.12.2000, com efeitos a partir de 01.01.2001).

Semelhante redação se dá no art. 60, §11 do Decreto de nº. 24.569/97, *in verbis*:

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: (Redação dada pelo Decreto Nº 26094 DE 27/12/2000).

b) quando consumida no processo de industrialização;

A insurgência do recorrente de que o direito ao crédito de energia elétrica consumida no processo de industrialização previsto na supracitada norma não se restringe aos processos de industrialização, mas aos estabelecimentos comerciais que exerçam, de alguma forma, a industrialização.

Ocorre que tal argumento não pode ser levado em consideração por se tratar de aplicar hermenêutica jurídica ampliativa à norma que possui caráter restritivo uma vez que as condições estabelecidas nos art. 49, §2º, inciso I e alínea “b” evidenciam a impossibilidade de aplicação aos estabelecimentos comerciais, como o é o contribuinte in tela.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

A autuada dedica-se ao comércio de bens de consumo no varejo, não se classificando como estabelecimento industrial, ocasião em que não há respaldo legal nos moldes supracitados para haver legitimidade na creditação de créditos oriundos da energia elétrica.

Como penalidade atribuída, restou aplicada o disposto no art. art. 123, II, alínea “a” da Lei nº 12.670/96, resultando na imposição de multa equivalente a 1 (uma) vez o valor do imposto. *Vide:*

Art. 123. As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidades, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando for o caso:

(...)

II - com relação ao crédito do ICMS:

a) crédito indevido, assim considerado todo aquele escriturado na conta-gráfica do ICMS em desacordo com a legislação ou decorrente da não-realização de estorno, nos casos exigidos pela legislação: multa equivalente a uma vez o valor do crédito indevidamente aproveitado ou não estornado;

No presente caso a empresa foi autuada por ter creditado indevidamente o ICMS relativo a energia elétrica no valor de R\$54.544,01 (cinquenta e quatro mil quinhentos e quarenta e quatro reais e um centavo), no entanto, ante à extinção parcial do crédito tributário referente aos meses de janeiro à maio de 2012, conforme relatado alhures, o presente recurso deve ser dado parcial provimento.

Deste modo, exara entendimento no sentido de dar parcial provimento ao Recurso Ordinário, a fim de modificar a decisão condenatória de 1ª instância, e julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o feito fiscal, em face da decadência do lançamento do crédito tributário referente aos períodos de janeiro a maio de 2012, nos termos do art. 150, §



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

4º do CTN. Para os períodos remanescentes aplicar o art. 123, § 5º, inciso I, da Lei nº 12.670/96.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

DEMONSTRATIVO

PERÍODO DE APURAÇÃO	VALOR DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	VALOR DA MULTA
Junho/2012	R\$ 4.163,58	R\$ 4.163,58
Julho/2012	R\$ 0,00	R\$ 0,00
Agosto/2012	R\$ 5.001,84	R\$ 5.001,84
Setembro/2012	R\$ 8.931,80	R\$ 8.931,80
Outubro/2012	R\$ 0,00	R\$ 0,00
Novembro/2012	R\$ 0,00	R\$ 0,00
Dezembro/2012	R\$ 8.968,88	R\$ 8.968,88
Total	R\$ 27.066,10	R\$ 27.066,10

ICMS ----- R\$ 27.066,10

Multa ----- R\$ 27.066,10

Total ----- R\$ 54.132,20



III – DECISÃO

Processo de Recurso nº 1/4573/2017 – Auto de Infração: 1/201708978. Recorrente: BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NODESTE LTDA. Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA. RELATOR: Conselheiro MIKAEL PINHEIRO DE OLIVEIRA. Decisão: A 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso ordinário, e tomar as seguintes deliberações: **I- Em relação ao pedido de decadência** do direito do Fisco de constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos nos períodos de janeiro a maio de 2012, resolvem acatar, por unanimidade de votos, uma vez que foram atingidos pela decadência, devendo ser excluídos da autuação, aplicando-se ao caso a regra de contagem do prazo decadencial estabelecida no art. 150, § 4º do CTN; **II- Quanto à questão suscitada de Multa com efeito confiscatório** – afastada por unanimidade de votos, considerando que não é competência desta Câmara de Julgamento afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, conforme dispõe a Súmula 11 do STJ; Em voto de desempate, após sugestão do Sr. Procurador do Estado, de votar-se primeiro o mérito: se os créditos eram válidos ou não, o Sr. Presidente rejeitou a declaração de improcedência e, assim, manifestou-se pelo entendimento de que o crédito glosado é ilegítimo uma vez que o contribuinte não comprovou qual a parcela da energia elétrica, que gerou o lançamento do crédito, tenha sido utilizada em sua atividade industrial. Nem em volume ou mesmo sobre quais atividades especificamente. Ressaltar, ainda, que o STJ tem decidido pela impossibilidade dos créditos da energia elétrica utilizada nas atividades de panificação e congelamento de alimentos. Votos a favor da improcedência: Conselheiros Mikael Pinheiro de Oliveira, Ricardo Ferreira Valente Filho e Felipe Augusto Araújo Muniz. Os conselheiros Lúcio Flávio Alves, Teresa Helena Carvalho Rebouças Porto e Susie de Pontes Lima afastaram a improcedência; **IV- No mérito**, por unanimidade de votos, resolvem dar parcial provimento ao Recurso Ordinário, modificar a decisão condenatória de 1ª instância, e julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o feito fiscal, em face da decadência do lançamento do crédito tributário referente aos períodos de janeiro a maio de 2012, nos termos do art. 150, § 4º do CTN. Para os períodos remanescentes aplicar o



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - Câmara Superior

art. 123, § 5º, inciso I, da Lei nº 12.670/96. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator, em desacordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, e contrária à manifestação oral, em sessão, do representante da Procuradoria Geral do Estado. Esteve presente para acompanhar o julgamento deste processo, a representante legal da recorrente, Dr. Alexandre de Araújo Albuquerque.

Sala das sessões da 3ª. Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, em Fortaleza, aos ____ de _____ de 2021.

MIKAEL PINHEIRO DE OLIVEIRA:02045499308 Assinado de forma digital por MIKAEL PINHEIRO DE OLIVEIRA:02045499308
Dados: 2021.11.16 10:22:51 -03'00'

Conselheiro Relator Mikael Pinheiro de Oliveira.

FRANCISCO WELLINGTON AVILA PEREIRA Assinado de forma digital por FRANCISCO WELLINGTON AVILA PEREIRA
Dados: 2021.12.08 10:46:34 -03'00'

Presidente Francisco Wellington Ávila Pereira.

ANDRE GUSTAVO CARREIRO PEREIRA:81341792315 Assinado de forma digital por ANDRE GUSTAVO CARREIRO PEREIRA:81341792315
Dados: 2021.12.20 13:06:04 -03'00'

Procurador do Estado André Gustavo Carreiro Pereira.

Em: __/__/__.