

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

RESOLUÇÃO n° 030/2023

49ª (quadragésima nona) SESSÃO ORDINÁRIA DA 4ª CÂMARA DE JULGAMENTO,
REALIZADA EM 05/12/2022

PROCESSO n° 1/4932/2018 **AUTO DE INFRAÇÃO n° 1/2018.10386-2**

RECORRENTE CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRA RELATORA: DALCÍLIA BRUNO SOARES

EMENTA: ICMS. **CRÉDITO INDEVIDO.** ENERGIA ELÉTRICA. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. SUPERMERCADO. Julgado **PROCEDENTE**, por unanimidade de votos. A aquisição de energia elétrica por estabelecimento comercial não gera direito ao crédito do ICMS, mesmo sobre a parcela utilizada nas atividades de panificação. 1. **Afastado o pedido de improcedência, com alegação de que o contribuinte realiza atividades industriais e que a energia elétrica é insumo dessas atividades** pois as saídas não estão sujeitas à tributação do ICMS e, as atividades apontadas como industriais não dão direito a crédito pelas entradas, a utilização de crédito de ICMS sobre energia elétrica requer que o contribuinte tenha CNAE de indústria, situação não atendida pela recorrente; 2. **Afastado o pedido de parcial procedência, contribuinte não tem direito ao crédito de 80% do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida**, pois empresa autuada não é indústria, atividades de panificação realizadas por estabelecimento comercial de supermercado não se equiparam como atividade industrial para fins de reconhecimento do direito ao crédito, bem como a autuada sujeita-se ao regime de substituição tributária pelo CNAE, nos termos do item 1; 3. **Afastado o pedido de perícia**, por ser genérico e desnecessário, posto que não há previsão legal que assegure direito ao crédito de ICMS de energia elétrica consumida por estabelecimento comercial. 4. **Afastado o argumento de multa confiscatória**, a penalidade aplicada encontra-se prevista em norma vigente, não podendo ser afastada pelo Conat sob fundamento de inconstitucionalidade, de acordo com a súmula 11 do Conat. RECURSO ORDINÁRIO conhecido e não provido, por unanimidade de votos. Decisão no sentido de confirmar a decisão **CONDENATÓRIA** proferida pela 1ª Instância, conforme manifestação oral do representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Decisão com base no artigo 33, II, 'b' da Lei Complementar n° 87/96 alterada pela Lei Complementar n° 102/2000; art. 49, §2º, I, 'b' da Lei n° 12.670/1996; art. 60, §11, 'b' c/c §19, art. 65, VI, do Decreto n° 24.569/97. Penalidade prevista no art. 123, II, a, c/c §5º, I, da Lei n° 12.670/1996, com redação da Lei n° 16.258/2017.

PALAVRAS-CHAVES: CRÉDITO. ENERGIA ELÉTRICA.
SUPERMERCADO. COMÉRCIO. PROCEDÊNCIA.

RELATÓRIO:

O auto de infração relata que o sujeito passivo registrou crédito de ICMS de energia elétrica em sua apuração mensal, gerando crédito indevido, não aproveitado, no valor total de R\$ 3.604,14, conforme apurado em conta gráfica refeita do ano de 2015.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

A Informação Complementar relata que o estabelecimento fiscalizado está cadastrado com CNAE principal 4711302 (Comércio Varejista de Mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios supermercados) e CNAE secundário 4691500 (Comércio Atacadista de Mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios), sujeito ao regime de substituição tributária por entrada de mercadorias no Estado do Ceará, conforme Lei nº 14.237/2/08, Decreto 29.560/2008 e posteriores alterações.

O agente fiscal relata que notificou a empresa a justificar o crédito de R\$ 44.390,28, por meio do Termo de Intimação nº 2018.05985, em resposta contribuinte apresentou Laudo Técnico realizado em Ago/15 (anexo em CD), o qual quantifica o consumo de energia elétrica gasto no processo de industrialização, utilizado nos setores de padaria, confeitaria e rotisseria da autuada, indicando o índice de 17,09% do total consumido no estabelecimento, medido no período de Jan/2011 a Jul/2012, conforme folha nº 14 do referido laudo.

A empresa não apresentou nenhum documento (Parecer, Comunicado etc.) que autorizasse o crédito de valores de energia e admitiu não possuir medidor específico para o setor de padaria. Destaca o agente fiscal que os produtos produzidos no setor de padaria saem sem tributação, não há uma inscrição específica para o Setor de Padaria, bem, como existe legislação própria para essa atividade.

Consta anexo ao processo: 01 CD contendo uma pasta SOLARE com os arquivos originais da EFD e NFE - 2014 e 2015, Demonstrativo da Conta Gráfica – 2015, consulta de Apuração do ICMS ref. a Jul a Dez/2015.

O sujeito passivo apresentou **defesa** na qual argui ter observado a legislação estadual, creditando-se unicamente do montante relativo à parcela da energia que fora efetivamente utilizada em suas atividades de padaria, confeitaria e rotisseria, as quais implicam na execução de processos industriais, conforme laudo técnico que indica o percentual de energia elétrica consumido na área industrial do estabelecimento, desempenhando o papel de medidor de energia elétrica. Requer a improcedência do lançamento.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

A 1ª Instância julgou **PROCEDENTE** o lançamento, entendeu ser indevido o crédito de ICMS relativo ao consumo de energia elétrica posto que a empresa não dispunha de equipamento que fizesse medição específica para a área industrial, como determina o art. 60, §19, do Decreto nº 24.569/1997.

Indeferiu o pedido de perícia por entender que os fatos imputados estão provados e não foram desqualificados pela DEFESA. Decisão fundamentada no art. 49, §2º, inc. II, da Lei nº 12.670/96. Penalidade inserta do art. 123, II, a, §5º, inciso I, da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/2003.

A empresa interpôs **Recurso Ordinário** com os seguintes argumentos:

- Que a energia elétrica utilizada está intimamente ligada ao processo produtivo da empresa, por isso a negativa de crédito é uma afronta ao próprio princípio da não-cumulatividade;
- Independentemente de ser enquadrada como estabelecimento comercial ou da existência ou não de equipamento de medição específico, fato é que (I) no desenvolvimento de suas atividades, a Recorrente realiza processos de industrialização; e (II) o laudo técnico representa meio apto a demonstrar o percentual de energia elétrica utilizada pela Recorrente nas atividades de industrialização, com base no princípio da verdade material, o referido documento deve ser considerado;
- A fiscalização não demonstra que as saídas das mercadorias produzidas no setor de padaria se deram efetivamente sem carga tributária, simplesmente presume esta condição de saída, não apresentando quaisquer provas;
- Ainda que se entenda pela não comprovação de que a energia foi utilizada nas atividades industriais da Recorrente, deveria ser reconhecido o direito a 80% do crédito, nos termos do inciso II, §19º, do art. 60 da Lei nº 24.569/1997;

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

- Na linha dos precedentes dos tribunais administrativos e judiciais quanto ao conceito de insumos, para fins de apropriação de créditos em regimes não-cumulativos de tributação, entende-se por insumo o produto que (I) seja necessário, essencial, relevante ao processo produtivo e à realização da atividade empresarial; (II) seja utilizado direta ou indiretamente na referida atividade; (III) seja indispensável para a formação do produto final e (IV) esteja relacionado ao objeto social do contribuinte;
- Requer que seja cancelada a penalidade, pois o próprio auto de infração reconhece que o crédito supostamente indevido não foi aproveitado, o que significa que não houve falta de recolhimento de imposto;
- requer seja determinada qualquer diligência necessária a comprovar a matéria em análise.

A Assessoria Processual Tributária manifestou-se no sentido de conhecer o Recurso Ordinário, negar-lhe provimento, para que seja mantida a decisão singular de PROCEDÊNCIA do auto de infração.

Em síntese é o relatório.

VOTO DA RELATORA:

1. Afasto o pedido de improcedência, com fulcro na alegação de que o contribuinte realiza atividades industriais e que a energia elétrica é insumo dessas atividades, pelos fundamentos abaixo indicados.

O sujeito passivo, enquadrado no CNAE 4711302 (Comércio Varejista de Mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios supermercados) é responsável pelo pagamento do ICMS devido na operação subsequente até o consumidor final, na condição de substituto tributário, conforme a Lei nº 14.237/2/08 e o Decreto nº 29.560/2008:

Art. 1º Os estabelecimentos enquadrados nas atividades econômicas indicadas nos anexos I e II deste Decreto ficam responsáveis, na condição de substituto tributário, pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação ICMS, devido nas operações subsequentes, até o consumidor final, quando da entrada ou da saída da mercadoria ou da prestação de serviço de comunicação, conforme o caso.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

A saída sem débito do ICMS e a vedação de créditos fiscais, nas entradas de mercadorias, decorre da própria sistemática de substituição tributária a qual se sujeita a atividade exercida pela empresa autuada (supermercado), portanto, não se trata de presunção, mas de expressa vedação legal, prevista no art. 65, inciso VI do Decreto nº 24.569/1997 e art. 8º, III, do Decreto nº 29.560/2008:

Art. 65. Fica vedado o creditamento do ICMS nas seguintes hipóteses:

VI - entrada de mercadoria e respectivo serviço, quando for o caso, recebida para comercialização, quando sua posterior saída ocorra sem débito do imposto, sendo esta circunstância conhecida na data da entrada;

Art. 8º Salvo o disposto na legislação, os estabelecimentos enquadrados nos Anexos I e II, relativamente às operações de que trata este Decreto, **não terão direito a:**

III - **crédito do ICMS**, exceto o decorrente das entradas para o ativo imobilizado, aquele previsto na forma do §2º do art.4º e o decorrente de mercadorias não contempladas neste Decreto.

Cumprе destacar que energia elétrica equivale a mercadoria para fins fiscais (art. 2, §1º da Lei nº 12.670/96, com redação da Lei nº 15.863/2015) e, que o direito ao crédito de energia elétrica restringe-se às situações específicas definidas na legislação, dentre as quais quando *a energia for consumida no processo de industrialização*, nos termos da Lei Complementar nº 87/1996:

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:

- a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;
- b) quando consumida no processo de industrialização;
- c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e"
- d) a partir de 1º de janeiro de 2033, nas demais hipóteses; (Redação dada pela Lei Complementar nº 171, de 2019)

As atividades apontadas como industriais pela defesa, não asseguram o direito a crédito de *energia consumida no estabelecimento*, pois se trata de atividade estritamente secundária em relação a atividade econômica principal que é o comércio de mercadorias adquiridas de terceiros.

O Supremo Tribunal Federal manifestou-se no sentido de não ser cabível o crédito de ICMS da energia elétrica consumida por estabelecimento comercial:

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

DECISÃO: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao versar a questão suscitada no recurso extraordinário, a que se refere o presente agravo, firmou entendimento no sentido de não reconhecer, ao contribuinte, o direito de creditar-se do valor do ICMS, quando pago em razão de operações de consumo de energia elétrica, ou de utilização de serviços de comunicação ou, ainda, de aquisição de bens destinados ao uso e/ou à integração no ativo fixo do seu próprio estabelecimento. Cabe enfatizar, por necessário, que essa orientação jurisprudencial - que afasta a alegação de ofensa ao princípio constitucional da não-cumulatividade - tem sido observada em sucessivos julgamentos proferidos, por esta Corte, sobre a matéria ora em exame (AI 381.634-AgR/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - AI 402.173-AgR/SP, Rel. Min. NELSON JOBIM - RE 361.622/RS, Rel. Min. ELLEN GRACIE, v.g.): "TRIBUTÁRIO. PRETENDIDO CRÉDITO RELATIVO AO ICMS INCIDENTE SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL. Descabimento. 'Não implicará crédito, para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes, a entrada de bens de [...]' (AI 562701/RS, Rel. Min. Celso de Mello, 30/09/2005)

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, a atividade de panificação, desenvolvida pelo supermercado não se afigura como "processo de industrialização" *por força das normas previstas no Regulamento do IPI (Decreto 4.544/2002) razão pela qual inexistente direito ao creditamento do ICMS na entrada da energia elétrica consumida no estabelecimento comercial*", decisão proferida em acórdão submetido aos efeitos de Recursos Repetitivos, previsto no art. 543-C, do Código de Processo Civil:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO (PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE). AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA NO ESTABELECIMENTO COMERCIAL (SUPERMERCADO). ATIVIDADES DE PANIFICAÇÃO E CONGELAMENTO DE ALIMENTOS. ARTIGO 33, II, "B", DA LEI COMPLEMENTAR 87/96. ARTIGO 46, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN. DECRETO 4.544/2002 (REGULAMENTO DO IPI). PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. CREDITAMENTO DO ICMS. IMPOSSIBILIDADE. 1. 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. (Recurso Especial 1117139/RJ, relatado pelo Min. Luiz Fux, Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça — STJ)

Considerando que o crédito de ICMS sobre energia elétrica requer que o contribuinte tenha CNAE de indústria, situação não atendida pela recorrente, bem como a autuada sujeita-se ao regime de substituição tributária por CNAE, cujas saídas ocorrem sem débito do ICMS e o direito ao crédito de entradas **de mercadorias** é expressamente vedado, nos termos do art. 8º, III, do Decreto nº 29.560/2008:

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

Art. 8º Salvo o disposto na legislação, os estabelecimentos enquadrados nos Anexos I e II, relativamente às operações de que trata este Decreto, **não terão direito a:**
III - **crédito do ICMS**, exceto o decorrente das entradas para o ativo imobilizado, aquele previsto na forma do §2º do art.4º e o decorrente de mercadorias não contempladas neste Decreto.

Considerando que os créditos fiscais do contribuinte são considerados no cálculo do ICMS carga líquida, concluo que não prospera o argumento de violação ao princípio da não cumulatividade e, pelos fundamentos de fato, de direito e jurisprudências acima expostos decido afastar a improcedência requerida pela parte.

2. Afasto o pedido de parcial procedência, requerido pelo contribuinte de direito ao crédito de, no mínimo, 80% do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida.

Convém destacar que o direito ao crédito de energia elétrica consumida no processo de industrialização, requer a condição de que o estabelecimento seja uma indústria e que tenha equipamento para medição específica na área industrial, nos termos do art. 60, §19 do Decreto nº 24.569/1997:

Art. 60. Para fins de compensação do ICMS devido, constitui crédito fiscal o valor do imposto relativo:

§19. Na hipótese prevista na alínea 'b' do inciso I do §11 deste artigo, o sujeito passivo poderá creditar-se do ICMS mediante uma das alternativas abaixo:

I – do montante integral, quando o sujeito passivo dispuser de equipamento que faça medição própria específica para a área industrial;

II – de 80% (oitenta por cento) do valor do imposto devido, destacado no documento fiscal de aquisição, independentemente de comprovação do efetivo emprego da energia elétrica adquirida

Na hipótese de o sujeito passivo não possuir equipamento próprio para medição da energia consumida na área industrial, o direito ao crédito fica restrito ao percentual de 80% (oitenta por cento) do valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição, devendo a empresa estornar os 20% (vinte por cento) restantes em sua EFD.

Ocorre que a empresa autuada não é indústria, não realiza processo de industrialização, não possui equipamento de medição específico na área industrial, não sendo a panificação exercida por estabelecimento comercial equiparada a atividade industrial, motivo pelo qual afasto o pedido de reconhecimento **de 80% do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida**, suscitado pela parte.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

3. Quanto ao pedido de perícia para comprovar que a recorrente realizava atividades industriais, afasta-o por ter sido o pedido formulado de forma genérica e por ser a perícia desnecessária tendo em vista não haver previsão legal que autorize o direito ao crédito de ICMS sobre energia elétrica, no caso em concreto.

Entendo que a apresentação de Laudo Técnico descritivo de consumo de energia elétrica, produzido de forma unilateral pela recorrente ou por terceiros contratados, não constitui instrumento hábil a provar o real consumo da energia elétrica, ainda que houvesse processo industrial no estabelecimento, por isso nem sequer pode ser objeto de exame pericial nos termos do art. 87, §3º, I, III, da Lei n.º 18.185/2022, motivo pelo qual **indefiro o pedido de perícia** solicitado pela parte.

Cumprido destacar que não é razoável periciar Laudo Técnico ou qualquer outro documento ou livro, quando estes não se prestam a legitimar o crédito de energia elétrica, sendo o crédito vedado pela legislação que rege o regime de substituição tributária, regime ao qual se submete às operações realizadas pela autuada.

4. Quanto a alegação de multa confiscatória, afasto em razão de a penalidade está prevista em lei, não podendo ser afastada pelo Conat sob fundamento de inconstitucionalidade, de acordo com a Súmula 11 do CONAT:

Súmula 11. É VEDADO AOS ÓRGÃOS DE JULGAMENTO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT AFASTAR OU REDUZIR MULTA SUGERIDA EM AUTO DE INFRAÇÃO SOB O FUNDAMENTO DE APRESENTAR NATUREZA CONFISCATÓRIA POR IMPLICAR INDEVIDO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.670/96.

Ressalto que a autoridade julgadora não tem competência de afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, salvo se a norma for declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF. No caso, os dispositivos infringidos são juridicamente válidos, motivo pelo qual se aplica a Súmula nº 11 do Conat e o art. 62 da Lei nº 18.185/22 que vedam ao julgador afastar a aplicação de norma vigente sob o fundamento de inconstitucionalidade:

Art. 62. Fica vedado à autoridade julgadora afastar a aplicação de norma sob fundamento de inconstitucionalidade.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

Observo que o agente fiscal tem suas atividades vinculadas à lei por força do art. 37 da CF/88, portanto, somente pode aplicar as penalidades definidas na Lei nº 12.670/96, inexistindo discricionariedade no cálculo das multas decorrentes de infrações tributárias.

No Mérito, a Lei nº 12.670/1996 e o Decreto nº 24.569/1997 reconhecem o direito ao crédito de energia elétrica da entrada no estabelecimento *quando consumida no processo de industrialização*:

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.

§ 2º Somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

I - a partir de 1º de janeiro de 2001:

b) quando consumida no processo de industrialização; e (Lei nº 12.670/1996)

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:

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;

c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; (Decreto nº 24.569/1997)

O agente fiscal identificou que a empresa autuada se creditou de energia elétrica quando lançou no campo “outros créditos” do SPED de 2015 valores com a rubrica: “aprov energia elétrica extemporâneo” e “aproveitamento de crédito de energia elétrica” que totalizam R\$ 44.390,28. Ao refazer a Conta Gráfica do ICMS – exercício 2015, excluindo o crédito indevidamente lançado pelo contribuinte, constatou-se o aproveitamento de R\$ 8.348,86 (Oito mil, trezentos e quarenta e oito reais e oitenta e seis centavos) cujo valor não foi recolhido no exercício fiscalizado, fato que motivou a cobrança da referida quantia de ICMS no Auto de Infração nº 2018.10383-6, aplicada a multa do art. 123, I, C da Lei nº 12.670/1996.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

O restante do crédito de energia elétrica, indevidamente lançado, no valor de R\$ 36.041,42 (Trinta e seis mil, quarenta e um reais e quarenta e dois centavos) que não foi aproveitado, em decorrência do saldo credor existente no exercício fiscalizado de 2015, foi objeto do Auto de Infração nº 2018.10386-2, ora analisado, lavrado com aplicação da multa prevista no art. 123, II, a, c/c §5º, I, da Lei nº 12.670/1996, com redação da Lei nº 16.258/2017.

É importante destacar que a separação do crédito indevido de energia elétrica em dois autos de infração foi necessária em função de a legislação prever multa diferenciada quando há aproveitamento ou não do crédito indevidamente lançado.

No caso, o auto de infração tem como objeto a parcela do crédito indevido que não foi aproveitada, pois não implicou em falta de recolhimento de imposto, apesar disso constitui infração à legislação tributária a conduta de escriturar na conta-gráfica do ICMS crédito em desacordo com a legislação ou decorrente da não-realização de estorno, punível com a multa prevista no art. 123, II, a, c/c §5º, I, da Lei nº 12.670/1996:

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;

§ 5º Relativamente às penalidades previstas nas alíneas “a” e “e” do inciso II do caput deste artigo, observar-se-á o seguinte:

I - se o crédito não tiver sido aproveitado, a multa será reduzida para 10% (dez por cento) do valor do crédito registrado, sem prejuízo da realização do estorno pelo contribuinte;

II - se o crédito tiver sido parcialmente aproveitado, a multa será integral, mas somente incidirá sobre a parcela efetivamente utilizada, hipótese em que se exigirá:

a) o pagamento do ICMS que deixou de ser recolhido em razão do aproveitamento parcial do crédito;

b) o estorno do crédito relativo à parcela não aproveitada.

Considerando que a empresa autuada, cadastrada como atividade de comércio (supermercado), escriturou na conta-gráfica do ICMS crédito de energia elétrica consumida em processo que não se caracteriza como atividade industrial, agindo em desacordo com a legislação tributária, voto no sentido de julgar procedente a acusação, mantendo a penalidade com a minorante prevista no §5º, I, da Lei nº 12.670/1996, com redação da Lei nº 16.258, DOE 09/06/2017, por ser mais benéfica e por não ter havido aproveitamento da parcela de que trata a presente acusação.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

Em face ao exposto, voto no sentido de conhecer do recurso ordinário interposto, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão de PROCEDÊNCIA proferida pela 1ª Instância.

É como voto.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO: (DEZ/2015)

BASE DE CÁLCULO	R\$ 36.041,42
MULTA	R\$ 3.604,14

DECISÃO:

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é Recorrente: CECONSUD BRASIL COMERCIAL LTDA. Recorridos: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

RESOLVEM os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos, por unanimidade de votos, conhecer do recurso ordinário, para decidir: 1. **Quanto ao pedido de improcedência, com fulcro na alegação de que o contribuinte realiza atividades industriais e que a energia elétrica é insumo dessas atividades:** a 4ª Câmara, por unanimidade de votos, afasta o pedido de improcedência, tendo em vista que as suas saídas não estão sujeitas à tributação do ICMS, que as suas atividades apontadas como industriais não dão direito a crédito pelas entradas e que a utilização de crédito de ICMS sobre energia elétrica requer que o contribuinte tenha CNAE de indústria, situação não atendida pela recorrente; 2. **Quanto ao pedido de parcial procedência, entendendo o contribuinte ter o direito ao crédito de, no mínimo, 80% do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida:** a 4ª Câmara afasta, por unanimidade de votos, nos mesmos termos do item 1; 3. **Quanto ao pedido de perícia para comprovar que a recorrente realizava atividades industriais:** resolve a 4ª Câmara afastar, por unanimidade de votos, por ter sido o pedido formulado de forma genérica e por ser a perícia desnecessária tendo em vista não haver previsão legal de o contribuinte ter, no caso concreto, direito aos créditos de ICMS sobre energia elétrica; 5. **Quanto a alegação de multa confiscatória,** afastada, por unanimidade de votos, em razão de a penalidade estar pautada em norma vigente, não podendo ser afastada pelo Conat sob fundamento de inconstitucionalidade, de acordo com a



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários

súmula 11 do Conat. Em conclusão, resolvem os membros da 4ª Câmara, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso ordinário interposto, para confirmar a decisão de PROCEDÊNCIA do feito fiscal, nos termos do voto da relatora e manifestação oral do representante da Procuradoria Geral do Estado.

Presentes a 49ª (quadragésima nona) Sessão Ordinária da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários do Estado do Ceará, sob a Presidência do Dr. Michel André Bezerra Lima Gradvohl, os Conselheiros Dalcília Bruno Soares, Francisco Wellington Ávila Pereira, Gerusa Marília Alves Melquiades de Lima, Carlos Mauro Benevides Neto, Renato Rodrigues Gomes e Matheus Fernandes Menezes. Presente à sessão o Procurador do Estado, Dr. Rafael Lessa Costa Barboza. Presente, secretariando os trabalhos da 4ª Câmara de Julgamento, a Secretária Ana Paula Figueiredo Porto

SALA DAS SESSÕES DA 4ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 09 de fevereiro de 2023.

Dalcília Bruno Soares
CONSELHEIRA RELATORA

Michel André Bezerra Lima Gradvohl
PRESIDENTE DA 4ª CÂMARA