

PROCESSO	- A.I. Nº 279100.0004/01-3
RECORRENTE	- SADIA S/A
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JF nº 0011/03-02
ORIGEM	- INFAZ CAMAÇARI
INTERNET	- 09.05.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0144-12/02

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** ENERGIA ELÉTRICA. Com a edição da Lei Complementar n.º 102/2000, e as conseqüentes alterações na Lei n.º 7.014/96 e no RICMS/97, somente gerará crédito fiscal a entrada de energia elétrica no estabelecimento que a consumir no processo de industrialização, e no caso dos demais estabelecimentos, a utilização do crédito fiscal somente é admitida a partir de 1º de Janeiro de 2003. Correta a Decisão Recorrida. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS ISENTAS. A partir do momento em que as operações internas subseqüentes passaram a ser tributadas normalmente, devido a retirada da isenção sobre os produtos – tributados nas aquisições de outras Unidades Federadas, com o imposto destacado nos documentos fiscais – deve ser, necessariamente, admitido a utilização dos créditos fiscais decorrente das entradas, não aproveitados, relativos aos produtos estocados no dia anterior à sua volta a tributação. Modificada a Decisão. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do Relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração de n.º 279100.0004/01-3, que exige ICMS no valor de R\$74.003,12, acrescido de multa de 60%, decorrente das seguintes infrações:

1. utilização indevida de crédito fiscal relativo a aquisições de energia elétrica, na comercialização de mercadorias – exercício de 2001;
2. utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com a isenção do imposto – exercício de 2001;

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal rejeitou o pedido de realização de perícia por entender que se encontram no processo todos os elementos formadores de sua convicção. Sobre a infração 1, afastou o argumento do contribuinte de que o crédito é devido por ter sido a energia elétrica utilizada no seu processo produtivo para resfriamento e congelamento de produtos, ao citar o art. 2º, parágrafo 6º, I, “c”, do RICMS/97 que não considera industrializado o produto que apenas tenha sido submetido a resfriamento e congelamento. Além disso, verificou que o contribuinte está inscrito no CICMS na condição de comércio atacadista. Por outro lado, disse que no período em que foi utilizado o crédito de energia elétrica não havia previsão para tal.

Na infração 2, apontou que as saídas das mercadorias relacionadas no estoque em 31/12/00 ocorreram em outros estabelecimentos fornecedores, em momento anterior àquele em que passaram a ser tributadas, sendo, à época, isentas e, como não houve incidência anterior, não há que se falar em utilização de crédito.

O contribuinte interpõe Recurso Voluntário argumentando, para a infração 1, que os créditos fiscais pleiteados se referem à energia elétrica consumida pelas câmaras frigoríficas existentes na unidade do recorrente e a armazenagem frigorificada é imprescindível para a integridade dos produtos. Daí, concluiu que essa etapa, a frigorificação dos produtos, é um desdobramento necessário do processo industrial. Afirmou que o crédito na aquisição de energia está assegurado no art. 155, parágrafo 2º, I, da Constituição Federal e no art. 27, I, e art. 28, I, “f” da Lei nº 8.820/89. Portanto, é devido o referido crédito em nome do princípio da não-cumulatividade. Citou doutrina sobre a matéria.

No caso, creditou-se na proporção de 86% do total da energia elétrica consumida pela filial, por ser esta percentagem correspondente ao consumo de energia das câmaras frigoríficas. Se pairar dúvidas sobre o percentual de crédito a ser utilizado, solicita a realização de diligência.

Quanto a infração 2, disse que o autuante tomou por base a legislação da época em que as mercadorias entraram transferidas na filial de Salvador. Alegou que antes 01/01/2001 tanto as entradas como as saídas das mercadorias objeto da autuação gozavam de isenção e que a partir daí passaram a ser tributadas, ensejando crédito do imposto. Apontou que o fato gerador somente ocorre com a circulação econômica das mercadorias, sendo assim, somente com as subsequentes saídas dessas mercadorias, a partir de 01/01/2001 é que ocorreu o fato gerador, sendo aplicável a legislação posterior a esta data, conforme art. 144 do CTN. Se a legislação estadual posterior tributava nas entradas e saídas das mercadorias em questão, não se poderá vedar a utilização do crédito pelas entradas dessas mercadorias. Ademais, mencionou que a Lei nº 7.014/96 só veda o crédito pela entrada de mercadoria para comercialização quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto. Pediu o provimento do Recurso.

A PROFAZ, em Parecer, opina pelo Improvimento do Recurso apresentado. Em relação ao crédito na aquisição de energia elétrica, disse que a autuação se baseou em alteração legislativa com entrada em vigor em 01/01/01, que condicionou a utilização do mesmo nas hipóteses de saídas, quando consumida no processo de industrialização e quando resultar em operação de saída ou prestação de serviço destinado ao exterior, e, a partir de 1º de janeiro de 2003, nas hipóteses de entrada de energia elétrica no estabelecimento nas hipóteses não indicadas na alínea anterior. Para o crédito sobre mercadorias isentas, entendeu que o fato de se passar a tributar as saídas não altera a impossibilidade do creditamento, pois não houve qualquer recolhimento na operação anterior, que justifique a compensação com a saída tributada.

VOTO VENCIDO

Trata-se de exigência de imposto pela utilização indevida de crédito fiscal referente a entrada de energia elétrica e de mercadorias isentas.

A controvérsia referente à utilização do crédito na entrada de energia elétrica diz respeito à aplicação da lei tributária em face da ocorrência do fato gerador. A infração pertinente abrange o período de 30/03/01 até 31/05/01.

Com a entrada em vigor a partir de 01/01/01 das modificações na Lei n.º 7.014/96, a utilização do crédito pela entrada de energia elétrica não consumida no processo industrial foi protraída para a partir de 1º de janeiro de 2003.

Porém, é de se verificar que o consumo de energia elétrica objeto da autuação está relacionado com empresa que notória e publicamente industrializa seus produtos, não exercendo atividade de comerciante, por isso, ao resfriar e congelar produtos em câmaras frigoríficas, submete-os a processo de frigorificação que, no seu caso, é indispensável para a consecução do produto final. Vale ressaltar que a situação em comento é completamente distinta de uma mera conservação de mercadoria, utilizada pelos comerciantes. Daí porque é devido o crédito fiscal utilizado.

Quanto a infração 2, entendo que também razão assiste ao recorrente, posto que é correta a utilização do crédito fiscal de produtos que passaram a ser tributados. A Lei só veda o crédito quando a saída subsequente não for tributada ou estiver isenta. Como a saída dos produtos em comento passou a ser tributada a partir de 1º/01/2001 é lícita a utilização do crédito do imposto destacado nas notas fiscais emitidas pelos fornecedores respectivos.

Pelo exposto, com a devida *venia*, discordo do opinativo da Douta Procuradora e voto pelo PROVIMENTO do Recurso apresentado.

VOTO VENCEDOR

Com a devida *venia*, discordo do voto do ilustre Relator do PAF.

A infração 1 exige ICMS decorrente da utilização indevida de crédito fiscal relativo à aquisição de energia elétrica para utilização no processo de comercialização de mercadorias.

A alegação do recorrente é que os créditos fiscais pleiteados se referem à energia elétrica consumida pelas câmaras frigoríficas existentes na sua unidade e a armazenagem frigorificada é imprescindível para a integridade dos produtos, e daí, concluiu que essa etapa, a frigorificação dos produtos, é um desdobramento necessário do processo industrial.

Não resta a menor dúvida quanto à atividade do contribuinte autuado, qual seja, comércio atacadista de produtos alimentícios. Como bem colocou a Relatora da 3ª JF, o art. 2º, § 6º, I, “c”, do RICMS/97 exclui da definição de produto industrializado aquele submetido a resfriamento ou congelamento. Deduz-se, então, que as atividades de resfriamento ou congelamento não se caracterizam como industrialização.

Entendo, então, que o que deve ser levado em consideração é a possibilidade ou não da utilização do crédito fiscal, assim definido na legislação tributária vigente à época da ocorrência dos fatos geradores do imposto exigido, para a atividade desenvolvida pelo recorrente.

Com a edição da Lei Complementar n.º 102/2000 (que alterou o art. 33, II da Lei Complementar n.º 87/96), e as conseqüentes alterações na Lei n.º 7.014/96 (art. 29, § 1º, III, acrescentado pela Lei n.º 7.710/00) e no RICMS/97 (art. 93, II, alterado pelo Decreto n.º 7.886/00), somente gerará crédito fiscal a entrada de energia elétrica no estabelecimento que a consumir no processo de industrialização, que não é o caso do recorrente, e, para os demais estabelecimentos, a utilização do crédito fiscal somente é admitida a partir de 1º de Janeiro de 2003.

Como os créditos relacionados neste Auto de Infração referem-se ao período de 01/01/01 a 31/06/01, em que está vedada a sua utilização, a Decisão Recorrida está correta e não carece de qualquer reparo.

A infração 2 lança tributo em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com a isenção do imposto, existentes em estoque em 31/12/2000.

Antes de mais nada, devo esclarecer que os produtos frango e peru congelados e suas partes eram isentos até 31/12/2000, nas operações de saída internas (art. 14, VI, “a”, do RICMS/97), mas tributados, normalmente, por outras unidades da Federação, conforme, facilmente, se visualiza nas cópias das notas fiscais de aquisição (fls. 22 a 24) anexadas pelo autuante.

A legislação estadual (art. 97, I do RICMS/97) prevê que a utilização do crédito fiscal decorrente de entradas de mercadorias é condicionada à que a saída subsequente seja tributada pelo imposto.

Na hipótese da saída subsequente ser isenta ou não tributada, sendo essa circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria, o art. 100, I, do mesmo Regulamento determina o estorno ou anulação do respectivo o crédito fiscal.

Então, se na época da aquisição da mercadoria está era tributada e na época em que for comercializada (saída subsequente) deixar de ser tributada, deve ser feito o estorno do crédito fiscal, que fora aproveitado, relativo ao estoque existente no último dia do período anterior à concessão do benefício da isenção.

No presente caso, as aquisições dos mencionados produtos sofriam a incidência do imposto, e este vinha regularmente destacado nos documentos fiscais, o que daria direito à utilização do respectivo crédito fiscal se não houvesse a isenção na operação subsequente, interna, neste Estado, em razão da vedação legal.

Da mesma forma, infere-se que, a partir do momento em que estas operações internas subsequentes passaram a ser tributadas normalmente, devido à retirada da isenção sobre tais produtos – lembro, tributados nas aquisições de outras Unidades Federadas, com o imposto destacado nos documentos fiscais – deve ser, necessariamente, admitido a utilização dos créditos fiscais decorrente das entradas, não aproveitados, relativos aos produtos estocados no dia anterior a sua volta à tributação.

Pelo que expus, a Decisão Recorrida deve ser modificada, e o meu voto é pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado, para que seja excluído o item 2 do Auto de Infração, que é IMPROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado e modificar a Decisão Recorrida para julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279100.0004/01-3, lavrado contra SADIA S/A, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.125,87**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de Abril de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR/VOTO VENCIDO

CIRO ROBERTO SEIFERT - VOTO VENCEDOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PROFUZ