

A. I. Nº - 279100.0004/01-3  
AUTUADO - SADIA S/A  
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO GOMES DA SILVA  
ORIGEM - INFAC CAMAÇARI  
INTERNET - 06/02/2002

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0011-03/02

**EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA.** a) ENERGIA ELÉTRICA. No período de 01/01/2001 a 31/12/2002 é vedada, às empresas comerciais, a utilização, como crédito fiscal, do imposto destacado nas aquisições de energia elétrica. b) ENTRADAS DE MERCADORIAS ISENTAS. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a entradas de mercadorias isentas, uma vez que não houve o pagamento do imposto nas saídas anteriores dos estabelecimentos remetentes. Infrações caracterizadas. Não compete a este CONSEF a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária. Rejeitado o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 03/10/01, para exigir o ICMS no valor de R\$74.003,12, acrescido da multa de 60%, em decorrência de:

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

O autuado apresentou defesa (fls. 26 a 35), em relação à infração 1, alegando que “os créditos fiscais questionados referem-se à energia elétrica consumida pelas câmaras frigoríficas” existentes em seu estabelecimento, equipamentos imprescindíveis para que os produtos sejam preservados até a sua venda.

Apresenta, à fl. 36, uma planilha, elaborada por seus engenheiros, para demonstrar que o crédito do imposto (de 86%), é proporcional à energia elétrica utilizada na refrigeração dos produtos, concluindo que esta é um “desdobramento necessário do processo industrial”.

Ressalta que suas atividades são tributadas pelo ICMS e, por essa razão, o imposto pago pela entrada de mercadorias e serviços pode ser compensado com o imposto devido pela saída das mercadorias de seu estabelecimento.

Argumenta que a utilização de créditos fiscais é assegurada pela Constituição Federal (artigo 155, § 2º, inciso II) e qualquer exigência legal que gere distorção ou restrição no seu exercício fere o dispositivo constitucional.

Transcreve artigos da Constituição Federal e o pensamento da doutrina e requer a realização de perícia técnica “caso reste alguma dúvida acerca do critério ou mesmo dos parâmetros indicados” por ele.

Quanto à infração 2, alega que o autuante está tomando por base a legislação estadual vigente no momento em que as mercadorias (frango e peru congelado e suas partes, bem como suíños e seus derivados) entraram em seu estabelecimento, quando deveria estar utilizando a legislação em vigor nas subsequentes saídas dessas mercadorias, que ocorreram a partir de 01/01/2001.

Salienta que até 31/12/00, tanto as entradas como as saídas das citadas mercadorias gozavam de isenção. A partir de 01/01/2001, entretanto, as entradas e saídas desses mesmos produtos passaram a ser tributadas, ensejando crédito do imposto, pelas entradas, e débito, pelas saídas subsequentes, sob pena de ser maculado o princípio da não cumulatividade do tributo.

Discorre sobre a definição de fato gerador do ICMS, dizendo que somente ocorre quando a mercadoria passa de um patrimônio a outro, por força de uma operação jurídica (compra e venda, doação, permuta etc). Sendo assim, entende que somente por ocasião das saídas das citadas mercadorias, a partir de 01/01/2001, é que ocorreu a circulação econômica (fato gerador do imposto), devendo ser aplicada a legislação em vigor nessa data.

Conclui dizendo que se a legislação, a partir de 01/01/01, determina a tributação pelo ICMS nas entradas e saídas das mercadorias em questão, não pode haver óbice à utilização do crédito pela sua entrada, até porque a Lei nº 7.014/96 só veda o crédito, pela entrada de mercadoria para comercialização, quando a operação de saída não for tributada, ou estiver isenta do imposto (artigo 29, § 4º, da Lei nº 7.014/96).

A final, requer a improcedência do lançamento e que todas as intimações sejam realizadas em nome do subscritor.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 60 a 65), relativamente à infração 1, esclarece que o contribuinte se dedica ao comércio atacadista de produtos alimentícios, notadamente aves e outros produtos agropecuários oriundos das regiões Sul e Sudeste, não desenvolvendo nenhuma atividade industrial.

Transcreve o artigo 33, inciso II, da Lei Complementar nº 87/96, o artigo 93, inciso II do RICMS/97 e aduz que o crédito integral relativo às aquisições de energia elétrica para atividades não industriais somente foi admitido no período de 01/11/96 a 31/12/00, e o serão novamente a partir de 01/01/2003 e ressalta que os créditos relacionados neste Auto de Infração referem-se ao período de 01/01/01 a 31/06/01, quando estava vedada a sua utilização.

Finaliza dizendo que o RICMS/97, em seu artigo 2º, § 6º, expressamente exclui a atividade desenvolvida pelo autuado, de resfriamento e congelamento em suas câmaras frigoríficas, do conceito de industrialização.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade da legislação tributária, lembra que esta não é a esfera pertinente para apreciar tal questionamento.

Em relação ao pedido de perícia, entende que se trata de um recurso protelatório, uma vez que não há nenhuma controvérsia no fato de que o crédito fiscal se refere ao consumo de energia elétrica utilizado nas câmaras frigoríficas do autuado, devendo ser indeferido, com fundamento no artigo 147, inciso II, alíneas “a” e “b” do RPAF/99.

Quanto à infração 2, esclarece que o contribuinte, ao arrepio da lei, efetuou um levantamento das mercadorias que entraram em seu estabelecimento até 31/12/00 com isenção do imposto (fls. 16 a 21) e, “estimando o valor do ICMS associado”, utilizou-o como crédito fiscal, criando uma nova hipótese não contemplada no artigo 93, do RICMS/97.

A final, pede a procedência da autuação.

## VOTO

Inicialmente, ressalto que, acorde o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Deixo de acatar o pedido de perícia técnica, formulado pelo autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos formadores de minha convicção, de acordo com o artigo 147, inciso I, do RPAF/99 e, ademais, não há nenhuma controvérsia no fato de que o crédito fiscal em discussão (infração 1) se refere à energia elétrica consumida nas câmaras frigoríficas do autuado.

No mérito, constata-se que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS devido em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de energia elétrica, nos meses de março a maio de 2001 (infração 1), e à aquisição de mercadorias beneficiadas com a isenção do imposto (infração 2).

O autuado se insurgiu contra o lançamento, em relação à infração 1, alegando que os créditos fiscais são legítimos, tendo em vista que a energia elétrica, objeto desta autuação, é consumida em seu “processo industrial”, em câmaras frigoríficas, para resfriamento e congelamento de seus produtos, uma vez que são perecíveis.

Entretanto, o RICMS/97, na alínea “c” do inciso I do § 6º do artigo 2º, estabelece que “não se considera industrializado o produto agropecuário ou extrativo que apenas tiver sido submetido” ao processo de “resfriamento e congelamento”.

Verifica-se, ainda, pelo extrato do SIDAT acostado pelo próprio contribuinte, que ele está inscrito no CICMS na condição de comércio atacadista de outros produtos alimentícios – código nº 5139-0/99. Dessa forma, além de o autuado não se constituir numa empresa industrial, a própria legislação prevê que o processo de resfriamento e congelamento realizado através de câmaras frigoríficas ou quaisquer outros meios não pode ser considerado industrialização.

A esse respeito, deve ser analisada a legislação vigente à época dos fatos geradores descritos na infração 1:

A Lei Complementar nº 87/96, vigente em 01/11/96, em seu artigo 33, inciso II, estabeleceu que “a energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento dará direito de crédito a partir da data da entrada desta Lei Complementar em vigor”.

Entretanto, o citado diploma foi alterado pela Lei Complementar nº 102, publicada em 01/08/2000, prevendo o seguinte:

*Art. 33 –*

*II – somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento:*

- b) quando consumida no processo de industrialização;*
- d) a partir de 1º de janeiro de 2003, nas demais hipóteses.*

A Lei n. 7.014/96, foi alterada pela Lei nº 7.710/00, com redação vigente a partir de 01/01/2001, assim disciplina a questão:

*Art. 29 –*

*§ 1º - O uso do crédito fiscal ocorrerá:*

*III - tratando-se de entrada de energia elétrica no estabelecimento:*

- a) a partir de 1º novembro de 1996;*
- 2 - quando consumida no processo de industrialização;*
- b) a partir de 1º de janeiro de 2003, nas hipóteses de entrada de energia elétrica no estabelecimento não indicadas na alínea anterior;*

Pela análise dos dispositivos legais acima mencionados, fica claro que é indevida a utilização do crédito fiscal efetuada pelo autuado, tendo em vista que, conforme ressaltado pelo autuante, o crédito integral relativo às aquisições de energia elétrica para atividades não industriais somente foi admitido no período de 01/11/96 a 31/12/00, e o serão novamente a partir de 01/01/2003 e os créditos relacionados neste Auto de Infração referem-se ao período de 01/01/01 a 31/06/01, período em que estava vedada a sua utilização.

Quanto à infração 2, o autuado argumenta que são legítimos os créditos fiscais oriundos de entradas de mercadorias até o dia 31/12/00, ainda que beneficiadas pela isenção do ICMS, tendo em vista que o fato gerador do tributo são as saídas subsequentes tributadas realizadas após aquela data.

Efetivamente, o fato gerador do imposto estadual são as saídas das mercadorias, contudo, na situação em análise, as saídas das mercadorias relacionadas no estoque do estabelecimento autuado (31/12/00) ocorreram, em outros estabelecimentos fornecedores, em momento anterior àquele em que tais mercadorias passaram a ser tributadas, sendo, à época, isentas. Dessa forma, se não houve incidência do ICMS anteriormente, não há que se falar em legitimidade na utilização de créditos fiscais, mesmo porque não houve o seu destaque nas notas fiscais.

A Lei Complementar é clara ao determinar que:

*Art. 20 -*

*§ 1º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.*

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279100.0004/01-3, lavrado contra SADIA S/A, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$74.003,12**, 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, 28 de janeiro de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA- PRESIDENTE/RELATORA

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO- JULGADORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR