

PROCESSO - A.I. Nº 278003.0005/03-9
RECORRENTE - SADIA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO- Acórdão 2ª JF nº 0233-02/03.
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 01.10.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0488-11/03

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. ENERGIA ELÉTRICA. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Constitui crédito fiscal do estabelecimento, dentre outras hipóteses, a energia elétrica consumida no processo de industrialização quando as saídas forem objeto de operação subsequente sujeita à tributação. Infração caracterizada, pois, em se tratando de estabelecimento comercial, a etapa de refrigeração não se constitui como industrialização. Não foi apreciada a arguição de inconstitucionalidade da legislação tributária ordinária por não incluir na competência do órgão julgador no âmbito administrativo. Mantida a Decisão recorrida. Indeferido o pedido de perícia. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Cuida o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, por não se conformar com a Decisão proferida no Acórdão nº 0233-02/03 da 2ª Junta de Julgamento Fiscal – JF, que julgou Procedente o Auto de Infração nº 278003.0005/03-9.

A exigência fiscal constante da peça acusatória refere-se à utilização indevida de crédito fiscal relativo à aquisição de energia elétrica na comercialização de mercadoria no períodos de junho de 2001 a dezembro de 2002, no montante de R\$ 52.684,79.

A Decisão recorrida considerou que a questão argüida pelo sujeito passivo, quanto à inconstitucionalidade da legislação tributária relativo ao crédito da energia elétrica não podia ser apreciada pelos órgãos julgadores na esfera administrativa, conforme dispõe o art. 167, inciso I do RPAF/99. E relativamente ao mérito, analisando a legislação estadual então vigente, aduziu que diante das alegações do autuado de que fazia jus ao crédito fiscal da energia consumida nas Câmaras frigoríficas, por que utilizava as mesmas para resfriamento e congelamento dos seus produtos, por que seria uma extensão do processo de fabricação, considera que o cerne da lide do processo em comento seria saber se realmente a refrigeração é ou não um processo industrial, e se teria direito ao crédito na forma prevista no item 2, alínea “a”, inciso II, art. 93 do RICMS/97.

Concluiu que o contribuinte estava cadastrado como comércio atacadista de outros produtos alimentícios, e nessa condição, a refrigeração não podia ser entendida como uma etapa de industrialização, e que se fosse devido o creditamento da energia elétrica consumida na refrigeração dos produtos comercializados, seria necessário verificar se todos os produtos se referiam a mercadorias tributadas por ocasião das saídas.

Acrescentou que a alegação do autuado de que houve erro na apuração do débito, diante do mesmo não ter apresentado qualquer documento para que se verificasse a possibilidade de refazimento dos cálculos, manteve a autuação, votando pela Procedência do Auto de Infração.

O sujeito passivo ao tomar conhecimento do Acórdão proferido na 1ª Instância, interpôs em tempo hábil, o Recurso Voluntário, previsto na legislação processual (art. 169, I, “b” do RPAF/99), onde se diz inconformado com Decisão proferida, e aduz as seguintes razões:

- 1) que ao contrário do que alegou o relator ao argumentar que não possui o CONSEF competência para declarar a inconstitucionalidade da legislação tributária ordinária, é possível a Administração Fazendária decidir sobre matéria constitucional e para tanto transcreve Parecer da PGFN/CRF nº 439/96, em resposta à indagação do Secretário da Receita Federal sobre a questão, onde o Parecer foi favorável, pois ao orientar-se pelas decisões proferidas pelos Tribunais Superiores estaria prevenindo litígios administrativos e evitando ações judiciais futuras;
- 2) diz que a Decisão recorrida ao negar o direito do crédito viola a Constituição, e que a Lei Complementar nº 87/96 foi editada nos termos do contido no inciso XII e § 2º do art. 155 da CF/88.
- 3) alega que ainda que conste no cadastro o código de atividade como comércio atacadista de outros produtos, não retira o direito do recorrente se creditar da energia elétrica utilizada no estabelecimento, porque a constituição não restringiu o princípio da não cumulatividade;
- 4) assevera que a energia elétrica é considerada mercadoria, e que sendo consumida pelo estabelecimento industrial e comercial, em qualquer modalidade de industrialização ensejaria o direito ao crédito, em razão da não cumulatividade do imposto, compensando o valor do mesmo incidente nas operações anteriores com aquele devido nas etapas subsequentes;
- 5) alega que a partir da Lei Complementar nº 87/96 no inciso II do art. 33, passou a ser admitido o crédito referente à aquisição de energia elétrica em quaisquer hipóteses. Observa que a Lei Complementar 102/00 restringiu o uso do crédito, e que a vedação imposta alterando o já referido art. 33 inciso II da Lei Complementar nº 87/96 seria inconstitucional, por que vai de encontro ao texto constitucional que se refere à não cumulatividade, citando doutrina;
- 6) acrescenta ainda que o ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida pelas câmaras frigoríficas do recorrente foi efetivamente aproveitado, tomando por base cálculos de engenharia para que fosse utilizado o valor correto, e diz que o resfriamento, frigorificação ou congelamento é uma extensão do processo e fabricação dos seus produtos, e se não mantiver sob condições de refrigeração, os mesmos produtos não prestarão para o consumo humano;
- 7) diz que faz o transporte dos produtos em caminhões frigorificados, em atendimento ao Serviço de Inspeção Federal, órgão do Ministério da Agricultura, que exige o requisito da sanidade do produto;
- 8) diz que segundo o inciso III do art. 46 do CTN, considera-se industrialização, o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou aperfeiçoe para o consumo. E cita diversos julgados de Tribunais Superiores, onde reconhece que a refrigeração é um processo industrial, e como tal faz jus ao crédito fiscal da energia elétrica;

- 9) diz que só através de perícia o recorrente poderá demonstrar que efetuou o uso do crédito da energia elétrica corretamente, e que apurou devidamente o valor a ser utilizado, requerendo a realização de perícia, por que ao creditar o valor do imposto destacado nas contas de energia elétrica, estornou o valor do imposto incidente sobre a energia consumida nos setores comercial e administrativo;
- 10) aduz que a empresa possui estudos internos que demonstram que a sua atividade industrial consome 82% da energia elétrica do estabelecimento, e que estaria incluso o serviço de resfriamento, refrigeração e congelamento, e que os autuantes entenderam ter sido aproveitamento incorretamente, e não consideraram o fato de ter havido o estorno relativo aos departamentos comercial e administrativo, que corresponderia ao percentual de 18% do consumo da energia elétrica no estabelecimento;
- 11) alega que no julgamento de 1ª Instância poderia o processo ter sido convertido em diligência para a juntada de documentos, ou a realização de perícia para determinar o real valor que entendia ser devido.

Conclui afirmando ser legal o procedimento utilizado pelo recorrente, quanto ao consumo da energia pelas câmaras frigoríficas da empresa autuada. Pede que seja modificada a Decisão e o Recurso Voluntário Conhecido e Provido.

A PGE/PROFIS exarou Parecer às fls. 87 e 88 dos autos, onde considera que os argumentos apresentados são os mesmos aduzidos na defesa, e que já foram combatidos no Julgamento de 1ª Instância.

Considera que não foram trazidas no Recurso Voluntário razões jurídicas que pudessem modificar o Julgamento recorrido. E acrescenta, que a infração está tipificada e fundamentada na legislação tributária, citando o art. 33 da Lei Complementar nº 87/96. E quanto ao pedido de diligência do recorrente para refazimento dos cálculos, entende que não foi acostado ao processo qualquer documento fiscal que pudesse confrontar com os valores apurados pelo Fisco, e opinou pelo Improvimento do Recurso de Voluntário.

VOTO

Inicialmente aprecio o pedido de perícia pleiteado pelo recorrente, para com base no art. 147, inciso I, “b” do RPAF/99, indeferir-la, uma vez que o recorrente não acostou à peça recursal, qualquer elemento vinculado à sua escrituração comercial e fiscal que pudesse confrontar com os valores apurados pela fiscalização, se limitando a alegar que “existem estudos internos da empresa no sentido de demonstrar que a atividade industrial (incluindo as câmaras frigoríficas, utilizadas para resfriamento, refrigeração e/ ou congelamento), responde por 82% (oitenta e dois por cento) do consumo de energia elétrica do estabelecimento, e os 18% (dezoito por cento) restantes, referem-se ao consumo de energia elétrica das áreas comercial e administrativa”.

Deste modo, se o recorrente não juntou aos autos, documentos que estão na sua posse e simplesmente poderia ter juntado aos autos, a legislação processual dispõe que, neste caso, deverá ser indeferida a perícia fiscal. De outro modo, entendo que não requer diligência, porque os elementos constantes dos autos possibilitam a formação da minha convicção quanto aos fatos objeto da presente lide. Assim, indefiro o pedido.

Quanto ao mérito, entendo que a matéria foi examinada na Decisão recorrida ao destacar o tratamento dado à apropriação do crédito fiscal de energia elétrica, levando em consideração as

alterações da Lei Complementar nº 102/00, no artigo 33 da Lei nº 87/96, e que na legislação tributária estadual foi alterado o art. 93, inciso II, b, item 2 do RICMS/97, pelo Decreto nº 7886 de 29/12/00, com efeitos a partir de 01.01.2001, determinando que fará jus ao crédito a partir de janeiro de 2003, por não se tratar das hipóteses elencadas na alínea anterior.

Deste modo, considero que não trouxe o recorrente qualquer elemento que ensejasse o refazimento dos cálculos, para que pudesse aferir se houve erro na apuração do débito pela fiscalização, que procedeu a glosa do crédito consignado no livro de apuração do ICMS, conforme consta das fls. 8 a 29 dos autos.

Ademais, o recorrente não nega que tenha utilizado o crédito no seu estabelecimento, o qual consta no cadastro do Estado o código de atividade de comércio atacadista de outros produtos alimentícios. Apenas alega que esta condição não impede de utilizar o crédito da energia elétrica, sob o argumento de que a Constituição Federal não restringe a aplicação do princípio da não cumulatividade.

Ocorre que o próprio legislador constituinte remeteu a matéria ao legislador ordinário, pois conforme consta no inciso XII, alínea “c” do art. 155 do texto constitucional ao estabelecer que cabe à Lei Complementar disciplinar o regime de compensação do imposto. Assim, não assiste razão ao recorrente o argumento de que a Lei Complementar nº 102/200 ao vedar o uso do crédito eivou de inconstitucionalidade o art. 33 da Lei Complementar nº 87/96. E, como salientado pelo julgador de 1ª Instância, falece competência a este Tribunal Administrativo apreciar inconstitucionalidade (art. 167, inciso I do RPAF/99).

Por todo o exposto, concordo com o Parecer da PGE/PROFIS exarado à fl. 87 dos autos, que neste caso, o Recurso Voluntário não deve ser Provido. Logo, fica mantida a Decisão de 1ª Instância objeto do Recurso Voluntário em exame, e NEGOU PROVIMENTO ao referido Recurso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278003.0005/03-9**, lavrado contra **SADIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$52.684,79**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as): Antonio Ferreira de Freitas, Marcos Rogério Lyrio Pimenta, Nelson Teixeira Brandão, Ivone de Oliveira Martins e Ciro Roberto Seifert.

VOTO VENCIDO: Conselheiro: Carlos Antonio Borges Cohim da Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS