

A. I. Nº - 278003.0005/03-9
AUTUADO - SADIA S/A
AUTUANTE - ROQUELINA DE JESUS
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 30.06.03

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0233-02/03

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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 20/03/2003, para exigência de ICMS no valor de R\$ 52.684,79, mais a multa de 60%, tendo em vista que o contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal relativo a aquisição de energia elétrica na comercialização de mercadorias durante o período de junho/01 a dezembro/02, conforme documentos às fls. 11 a 29.

O sujeito passivo em seu recurso defensivo às fls. 31 a 45, impugna Auto de Infração, sob o argumento de que o lançamento tributário não pode prosperar por representar total afronta ao princípio constitucional da não-cumulatividade previsto no inciso II, e § 2º, inciso I, do artigo 155 da CF/88.

Ressalta que o mecanismo da não-cumulatividade assegura o crédito fiscal para ser compensado nas operações de saídas posteriores, toda vez que é adquirida uma mercadoria ou um serviço com incidência do imposto.

Frisa que antes da entrada em vigor do artigo 33, inciso II, da LC nº 87/96, era admitido pelo fisco apenas o crédito referente ao consumo de energia nas áreas industriais e comerciais do estabelecimento, conforme foi reconhecido pela Secretaria de Fazenda no Comunicado CAT nº 66/96, item 1.2, inclusive que na redação original da LC 87/96 não cabia mais a distinção e conseqüente vinculação do direito ao crédito à energia elétrica consumida no processo industrial ou comercial do estabelecimento.

Diz que a alteração do artigo 33, inciso II, alínea “b”, da LC 87/96 dada pela LC 102/00, assegurando somente o direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento: ”a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica no estabelecimento; b) quando consumida no processo de industrialização; c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção desta sobre as saídas ou prestações totais; e d) a partir de 01/01/2002, nas demais hipóteses”, é inconstitucional por ferir o princípio constitucional da não-cumulatividade,

entendendo o defendente que o imposto incidente nas aquisições de mercadorias e serviços pode ser creditado, na medida em que o consumo seja utilizado na comercialização ou industrialização de produto que fique sujeito à tributação, por ocasião da saída do estabelecimento.

Com esses argumentos, o autuado alega que a LC 102/00 acabou por restringir a aplicação de um direito constitucional, extrapolando a função a ela atribuída no artigo 155, XII, “c”, da CF/88, qual seja, a de disciplinar o regime de compensação do imposto estadual, e impõe vedações.

Além disso, argüi a impossibilidade de restringir-se o princípio constitucional da não cumulatividade por norma infra-constitucional, tornando inconstitucional a LC 102/00 por impor vedações que afrontem a regra do direito ao crédito fiscal. Citou a doutrina com base em lição de renomado tributarista.

No caso, o autuado discorda da autuação de que utilizou o crédito da energia elétrica incidente sobre comercialização de mercadorias, dizendo que foi utilizada a energia elétrica consumida nas câmaras frigoríficas, as quais, são utilizadas para resfriamento, frigorificação e/ou congelamento de seus produtos, e se constituem como uma extensão do processo de fabricação dos mesmos, por se tratar de uma continuidade do processo produtivo. Sustenta que a refrigeração é considerada industrialização, pois representa a última etapa imprescindível do processo produtivo.

Transcreveu o artigo 46 do CTN e julgamentos no âmbito do judiciário e de outros tribunais, com o fito de mostrar que mercadorias frigorificadas e congeladas são produtos industrializados. Além disso, frisa que compete apenas a União Federal conceituar o que vem a ser produto industrializado, a teor do artigo 153, IV, CF/88.

Entendendo que realmente tem direito ao crédito de energia elétrica, informa que quando do cálculo do valor devido, foi adotado o procedimento de se creditar do valor total do ICMS destacado nas contas de energia elétrica, estornando o valor do imposto incidente sobre a energia consumida nos seus departamentos comercial e administrativo na proporção de 18% com base em estudos internos da empresa.

Por conta disso, afirma que houve uma falha na apuração do débito, sendo considerado pela autuante todo o crédito tomado sem levar em conta o valor que foi objeto de estorno, correspondente a 18% do total da energia consumida relativamente aos departamentos comercial e administrativo.

Mais adiante, o defendente ressalta que a Administração Fazendária através de seus órgãos julgadores administrativos tem competência para decidir sobre matéria constitucional, como reiteradamente vem decidindo as próprias Cortes Administrativas, citando como exemplo o Parecer emitido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional nº 4.339/96.

Por fim, requer a improcedência do Auto de Infração e da multa, requerendo a produção de perícia técnica para comprovar as suas alegações defensivas.

Na informação fiscal à fl. 53, a autuante preliminarmente frisa que não é de sua competência discutir a inconstitucionalidade da Lei nº 102/2000. Discorda do argumento defensivo de que a atividade de refrigeração corresponde a processo industrial, em virtude do contribuinte está inscrito no cadastro fazendário com atividade de comércio atacadista de outros produtos alimentícios, código 5139099. Ressalta que o contribuinte ao utilizar o crédito fiscal de energia elétrica, deixou de observar o disposto no art. 53, II, “b”, da Lei nº 7.710/2000 que alterou a Lei nº 7.014/96, como também o disposto

no artigo 93, inciso II, do RICMS/97. Ao final, mantém integralmente o seu procedimento fiscal pela procedência da autuação.

VOTO

Pelo que consta descrito no corpo do Auto de Infração, a autuação está fundamentada na acusação de que o contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal relativo a aquisição de energia elétrica na comercialização de mercadorias, conforme lançamento efetuado no Registro de Apuração do ICMS no item “1.42 – Compras de energia elétrica para utilização no processo industrial”, no período de junho/01 a dezembro/02 (docs. fls. 11 a 29).

O sujeito passivo analisando o direito aplicável ao caso, argüiu a inconstitucionalidade da legislação tributária ordinária que disciplina a apropriação do crédito fiscal oriundo de energia elétrica incidente nas aquisições de mercadorias e serviços, em que o consumo seja utilizado na comercialização ou industrialização de produto sujeito à tributação por ocasião da saída, por ofensa ao princípio da não cumulatividade. Abstenho-me de analisar esta questão levantada na defesa, pois não se inclui na competência dos órgãos julgadores no âmbito administrativo, a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária ordinária (art. 167, I, do RPAF/99).

Tratando-se de infração relacionada com apropriação de crédito fiscal de energia elétrica, a questão deve ser examinada levando-se em consideração o disposto no artigo 33 da LC nº 87/96 alterada pela LC nº 102/00, e regulamentada no artigo 93, inciso II, do RICMS/97, que reza, *in verbis*:

“Artigo 93 – Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

I - ...

II – o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento:

a) a partir de 1º de novembro de 1996:

1 - quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;

2 - quando consumida no processo de industrialização;

3 - quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação de serviço destinada ao exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais;

b) nas hipóteses de entradas de energia elétrica nos estabelecimentos não indicados na alínea anterior:

1 - 01 de novembro de 1996 a 31 de dezembro de 2000;

2 - a partir de 1º de janeiro de 2003.

.....”

No caso, ao mesmo tempo em que argüi a inconstitucionalidade da legislação tributária ordinária, o autuado informa que tem direito ao crédito fiscal da energia elétrica consumida nas câmaras frigoríficas, pois são utilizadas para resfriamento, frigorificação e/ou congelamento de seus produtos, e por se constituírem como uma extensão do processo de fabricação dos mesmos, deve ser considerada como industrialização.

Portanto, o cerne da questão tratada neste processo é saber-se se realmente o processo de refrigeração pode ser considerado como uma extensão do processo industrial, de forma a ter direito

ao crédito oriundo de energia elétrica nele utilizado, conforme disposto no item 2, da alínea “a”, do inciso II, do artigo 93, do RICMS/97.

De acordo com o que consta no SIDAT, o contribuinte autuado está cadastrado no código de atividades 5139-0/99 como comércio atacadista de outros produtos alimentícios, e nessa condição, a refrigeração não pode ser considerada com uma etapa de industrialização, cuja jurisprudência no âmbito federal citada na defesa trata-se de questões não análogas ao presente caso. Além do mais, se realmente fosse devido o creditamento da energia elétrica utilizada na refrigeração dos produtos comercializados pelo estabelecimento, o que, pelos comentários acima, restou provado que não é devido, ainda assim, seria necessário verificar se todos os produtos comercializados tratam-se de mercadorias tributadas por ocasião da saída dos mesmos, o que também não é o caso.

Quanto a alegação defensiva de que houve erro na apuração do débito, em virtude de que quando do cálculo do valor devido, foi adotado o procedimento de se creditar do valor total do ICMS destacado nas contas de energia elétrica, estornando o valor do imposto incidente sobre a energia consumida nos seus departamentos comercial e administrativo na proporção de 18%, observo que o contribuinte não trouxe aos autos qualquer documento nesse sentido, de modo que fosse avaliada a possibilidade de refazimento dos cálculos, se necessário.

Ante o exposto, o meu voto é pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278003.0005/03-9**, lavrado contra **SADIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 52.684,79**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de junho de 2003.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR - RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR