



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

PROCESSO Nº142.205.2012-0

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

RECORRENTE:BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA

RECORRIDA:GERÊNCIA EXEC.DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

PREPARADORA:SUBG.DA RECEB.DE RENDAS DA GER.REG.DA 1ª REGIÃO.

AUTUANTES:MARCELO CRUZ DE LIRA/MÔNICA GONÇALVES SOUZA MIGUEL

RELATORA:CONS.ª GÍLVIA DANTAS MACEDO

CRÉDITO INDEVIDO. CRÉDITO MAIOR QUE O PERMITIDO. ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA NO PROCESSO PRODUTIVO. MANTIDA. PADARIA E SUPERMERCADO. LAUDO TÉCNICO. DECISÃO JUDICIAL. DECADÊNCIA DE PARTE DOS CRÉDITOS FISCAIS. REGRA DO ART. 150, §4º DO CTN. INDICAR NAS VENDAS COMO ISENTAS MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. EXTINÇÃO PELO PAGAMENTO. CORREÇÃO DA PENALIDADE PROPOSTA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Entendimento dos tribunais superiores, com base na legislação do IPI, considera que as atividades de panificação e de congelamento de produtos perecíveis por supermercado não configuram processo de industrialização de alimentos, confirmando a apropriação indevida de créditos fiscais oriundos das aquisições de energia elétrica para utilização na padaria da empresa. Em face da constatação de crédito indevido apurado em declaração de operações sujeitas ao imposto, vindo a eclodir em falta de pagamento do ICMS em cada período de competência, tem-se que o prazo decadencial, para lançamento de ofício, segue o disciplinamento segundo o qual a sua contagem tem início a partir da eclosão do fato gerador, conforme previsão contida no artigo 150, §4º do CTN, fato que fulminou de decadência de parte dos lançamentos indiciários. Quitação espontânea dos valores apurados na acusação, relativo a indicar nas vendas como isentas mercadorias sujeitas à tributação, extingue a parcela do crédito tributário referente a essa infração. Não há que prosperar o pedido de diligência quando os documentos contidos nos autos são suficientes para a elucidação da contenda. Confirmada a redução da penalidade, em cumprimento ao disposto na Lei nº 10.008/2013.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M os membros da **1ª Câmara** de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo *desprovemento*, para manter a sentença monocrática, e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº

93300008.09.00003122/2012-37, lavrado em 27/11/2012, contra a empresa BOMPREÇO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual nº 16.070.621-1, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 6.562,43 (seis mil, quinhentos e

sessenta e dois reais e quarenta e três centavos), sendo R\$ 2.720,95 (dois mil, setecentos e vinte reais e noventa e cinco centavos) de ICMS, por infração aos artigos 106 c/c art. 52, art. 54 e §2º, I e II, art. 2º e art. 3º, art. 60, I, “b” e III, “d” e I; art.74, c/c art. 75, §1º; todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97, e R\$ 3.841,48 (três mil, oitocentos e quarenta e um reais e quarenta e oito centavos), de multa por infração, nos termos do artigo 82, incisos IV e V, alínea “h”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancelado, por indevido, o montante de R\$ 642,32 (seiscentos e quarenta e dois reais e trinta e dois centavos), sendo R\$ 54,10, de ICMS e R\$ 588,22, de multa por infração, pelos fundamentos já expostos.

Convém ressaltar que o contribuinte efetuou o recolhimento de parte do crédito tributário, referente à infração de Indicar como isentas do ICMS, operações c/mercadorias ou prestação de serviços sujeitas ao imposto estadual, conforme se comprova no sistema de informação ATF desta Secretaria.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.I.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 10 de maio de 2018.

Gílvia Dantas Macedo
Conselheira Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros da 1ª Câmara, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO e REGINALDO GALVÃO CAVALCANTI.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003122/2012-37, lavrado em 27/11/2012, contra a empresa BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual nº 16.070.621-1, com ciência pessoal, em 4/12/2012, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/1/2007 e 31/12/2009, constam as seguintes denúncias:

CRÉDITO INDEVIDO (CRÉDITO MAIOR QUE O PERMITIDO) >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte creditou-se do ICMS destacado em documento(s) fiscal (is) em valor maior do que o permitido, acarretando a falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa:

TAL IRREGULARIDADE EVIDENCIOU-SE PELO FATO DE O CONTRIBUINTE, EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA PERTINENTE, UTILIZOU-SE INDEVIDAMENTE DE CRÉDITOS FISCAIS, EM DECORRÊNCIA DE AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA, EM DESACORDO COM O PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO, NO QUE DIZ RESPEITO À INOBSERVÂNCIA DO ART. 72, §1º, II, DO RICMS/PB, APROVADO PELO DEC. 18.930/97. TAL FATO OCORREU PORQUE NÃO EXISTE PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO PASSÍVEL DE GARANTIR O CRÉDITO DO ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA, CONFORME O ARTIGO 46, DO CTN, EM VIRTUDE DA EXCEÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 5º, INCISO I, ALÍNEA “A”, DO DECRETO 7.212/2010.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕES C/MERCADORIAS OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL >> Falta de recolhimento do imposto estadual, face à ausência de débitos(s) do imposto nos livros próprios, em virtude de o contribuinte ter indicado no(s) documento(s) fiscal(is) operações com mercadorias tributáveis ou prestações de serviços como sendo isenta(s) de ICMS.

Nota Explicativa:

VENDAS DE PRESERVATIVOS – NBM/SH 4014.10.00 – SEM OBSERVÂNCIA DO ABATIMENTO NO PREÇO DA MERCADORIA DO VALOR EQUIVALENTE AO IMPOSTO QUE SERIA DEVIDO SE NÃO HOUVESSE A ISENÇÃO, CONFORME ART. 6º, XXIII, DO RICMS/PB, APROVADO PELO DEC. 18.930/97.

Foram dados como infringidos os artigos 106 c/c art. 52, art. 54 e §2º, I e II, art. 2º e art. 3º, art. 60, I, “b” e III, “d” e I; art.74, c/c art. 75, §1º; todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97, com proposição das penalidades previstas no artigo 82, incisos IV e V, alínea “h”, da Lei nº 6.379/96 e apurado um crédito tributário no valor de R\$ 7.204,75, sendo R\$ 2.775,05, de ICMS e R\$ 4.429,70, de multa por infração.

Inconformada com a autuação, o contribuinte apresentou reclamação, em 26/12/2012 (fls. 99 - 114), acostando, entre outros documentos, Doc. 02 - laudo de Energia Elétrica, pela empresa INDECO Energia, Águas e Utilidades, onde consta os percentuais de consumo de energia elétrica nos diversos setores da empresa.

Em contestação (fls. 247 – 261), os autuantes rebatem os pontos levantados pela autuada e solicitam a procedência na íntegra do feito fiscal.

Apresenta a autuada cópia de DAR (fls. 208 – 243), quitando na íntegra os valores lançados referentes à infração de Indicar como isentas do ICMS, operações c/mercadorias ou prestação de serviços sujeitas ao imposto estadual.

Com informação de constarem antecedentes fiscais (fls. 263 - 264), no que se refere à infração de Indicar como Isentas do ICMS, operações c/mercadorias ou prestação de serviços sujeitas ao imposto estadual, os autos foram remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para a julgadora fiscal Adriana Cássia Lima Urbano, que decidiu pela *procedência* parcial do feito fiscal (fls. 271 - 296).

Cientificada da decisão de primeira instância, em 11/04/2017, por via postal, com AR (fl. 299), a autuada, através de advogado, protocolou Recurso Voluntário perante este Colegiado, em 10/05/2017 (fls. 301 - 315), tecendo as mesmas considerações e alegações defensuais em fase de reclamação, conforme, em síntese, relatos abaixo:

1. Manifesta-se pela legitimidade do aproveitamento dos créditos fiscais oriundos da aquisição de energia elétrica utilizada nos setores de padaria, frios, açougue, cozinha, etc., alegando se tratarem de processos industriais;
2. No tocante à multa aplicada, afirma que é desproporcional, e de nítido caráter confiscatório;
3. Aduz que a legislação deve ser interpretada levando em consideração o princípio *in dubio pro contribuinte*;
4. Por fim, requer que seja decretada a nulidade/improcedência da acusação, ou alternativamente a redução da multa a patamares razoáveis.

Remetidos, os autos, a este Colegiado, foram, a mim, distribuídos.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame o recurso voluntário, interposto contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003122/2012-37, lavrado em 27/11/2012, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Reconhecemos preambularmente como tempestivo o recurso interposto pelo contribuinte, já que apresentado dentro do prazo legal estabelecido pelo art. 721 do RICMS-PB.

Ressalte-se, *a priori*, que na peça acusatória estão delineadas as formalidades prescritas no art. 142 do CTN e nos dispositivos constantes nos arts. 14 16 e 17 da Lei Estadual nº 10.094/2013 (Lei do PAT).

Consta no sistema de informação ATF desta Secretaria a quitação espontânea e integral dos valores apurados na infração de Indicar como isentas do ICMS, operações c/mercadorias ou prestação de serviços sujeitas ao imposto estadual, pelo que, fica extinta a parcela do crédito tributário referente a essa infração, conforme determina o art. 156, do CTN, *verbis*:

Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

I - o pagamento;

Cabe ressaltar que a Lei nº 10.094/2013 (Lei do PAT) considera como não contenciosos os processos administrativos tributários cujos valores já tenham sido quitados pelo contribuinte, como prevê o seu art. 51 e §§, *verbis*:

Art. 51. São Processos Administrativos Tributários não contenciosos os decorrentes de lançamentos constituídos por intermédio de:

*I - Auto de Infração com crédito tributário não impugnado no prazo regulamentar, **quitado** ou parcelado na sua totalidade, observado o direito de interposição de recurso de agravo; (g.n.).*

Neste sentido, fica o crédito tributário definitivamente constituído, no que se refere à parte não litigiosa, reconhecendo-se a condição de devedor do contribuinte, como estabelecido no art. 77, §1º, do mesmo Diploma Legal:

Art. 77.

§ 1º O recurso que versar sobre uma ou algumas das infrações ou lançamentos implicará no reconhecimento da condição de devedor relativo à parte não litigiosa, ficando definitivamente constituído o crédito tributário.

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, não sendo cumprida a exigência relativa à parte não questionada do crédito tributário, à vista ou parceladamente, no prazo estabelecido no “caput” deste artigo, deverá o órgão preparador encaminhar para registro em Dívida Ativa, sem prejuízo do disposto no art. 33 desta Lei.

Assim, efetuado o pagamento, considera-se extinto o crédito tributário referente à infração acima mencionada.

Antes de adentrar ao mérito da acusação remanescente, examinaremos a decisão de extinção dos créditos tributários pela julgadora singular referentes aos meses de janeiro a março do exercício de 2007, em razão da decadência sobre parte da denúncia de Crédito Indevido (Crédito Maior que o Permitido).

Como se sabe, o Código Tributário Nacional - CTN estabelece, como regra geral, que a Fazenda Pública poderá constituir o crédito tributário, pelo lançamento, em até 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Tal dispositivo encontra-se inserido no artigo 173, I, da norma geral tributária, que abaixo transcrevemos:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

(g.n.).

Tal redação foi recepcionada pela legislação tributária estadual, a exemplo do artigo 23 da Lei nº 10.094/2013, infra:

Art. 23. O direito de constituir o crédito tributário *extingue-se com o decurso de 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento deveria ter sido efetuado.* (g.n.)

Por outro lado, a espécie tributária do ICMS se caracteriza por este ser atrelado ao lançamento por homologação, tratando-se de tributo em que a legislação comete ao sujeito passivo o dever de antecipar o seu pagamento sem o prévio exame da autoridade administrativa, conforme disciplinado no art. 150, do CTN, *verbis*:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.(g.n.)

Assim, nesta modalidade de lançamento, o sujeito passivo, sem qualquer interferência da autoridade administrativa, apura, informa e paga a parcela correspondente à obrigação tributária, que posteriormente será aferida pelo Fisco.

Dessa forma, o lançamento por homologação se materializa quando esta atividade é confirmada, pelo sujeito ativo, de forma expressa (por ato formal), ou tácita, por decurso do prazo legal, conforme estipulado no art. 150, § 4º, do CTN, acima transcrito.

Seguindo a linha do CTN, a legislação estadual da Paraíba, considerando que, com a entrega da declaração, o Fisco detém todas as informações do contribuinte de forma a proceder à homologação, estabeleceu, através da Lei nº 10.094/2013, o prazo decadencial de 5 (cinco) anos, contados da data da ocorrência do fato gerador, para os contribuintes que tivessem realizado a entrega da declaração ou recolhido a menor o imposto declarado, conforme prevê o art. 22, § 3º, que abaixo reproduzimos:

Art. 22. Os prazos de decadência e prescrição obedecerão ao disposto na legislação específica de cada tributo, respeitadas as regras do Código Tributário Nacional.

§ 1º A decadência deve ser reconhecida e declarada de ofício.

§ 2º Aplica-se o prazo decadencial previsto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional aos casos de lançamento por homologação.

*§ 3º Na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, em que o contribuinte tenha realizado a entrega de declaração de informações fiscais, à Fazenda Estadual, ou tenha realizado recolhimento a menor do que o declarado, o prazo decadencial será de 5 (cinco) anos, contado **exatamente** da data da ocorrência do fato gerador. (g.n.).*

Como se observa, tanto o art. 150, § 4º do CTN, como o art. 22, § 3º, da Lei Estadual nº 10.094/2013, remetem à data de ocorrência do fato gerador, para a contagem do lustro decadencial. Note-se que o dispositivo da Lei Estadual foi ainda mais preciso ao introduzir a expressão: “**contado exatamente da data da ocorrência do fato gerador**”.

Passado este prazo, sem qualquer providência por parte da Fazenda Pública, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito tributário, perecendo o direito do Fisco de constituir o crédito tributário pelo lançamento, exceto se for comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Logo, caso o sujeito passivo registre incorretamente o débito do imposto ou apure de forma indevida o montante a pagar, têm o Fisco o prazo de 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador, para lançar de ofício a diferença porventura verificada, conforme dispõem os artigos 150, § 4º, do CTN e. 22, § 3º, da Lei Estadual nº 10.094/2013.

Não se perca de vista que não havendo antecipação do pagamento nem a entrega da declaração, a diferença encontrada deve ser providenciada pela Fazenda Estadual, através de lançamento de ofício, contando-se o prazo decadencial a partir do 1º dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, na forma prescrita pelo art. 173 I, do CTN, supramencionado.

No presente caso, verifica-se que, na acusação de Crédito Indevido (Crédito Maior que o Permitido), esta se consubstanciou pelo recolhimento a menor do ICMS, decorrente de operações realizadas no período de 1/1/2007 a 31/12/2009, diante de apuração incorreta, ao final de cada mês, do montante a pagar de ICMS, em razão de apropriação de créditos de energia elétrica, tidos como indevidos.

Assim, tendo o sujeito passivo prestado a devida declaração ao Fisco, aplica-se a regra de do art. 22, § 3º, da Lei Estadual nº 10.094/2013, cabendo à fiscalização se pronunciar, sobre os valores declarados e recolhidos, no prazo de 5 (cinco) anos contados da ocorrência do fato gerador, como disciplina a norma de regência.

Como se vê, o *dies a quo* do prazo decadencial, nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação quando declarados pelo sujeito passivo é o fato gerador.

Seguindo este raciocínio, os fatos infringentes, denunciados na presente lide, dizem respeito aos exercícios de 2007 a 2009 sobre base de creditamento indevido via conta gráfica do ICMS. A peça acusatória foi lavrada em 27/11/2012, com efetiva ciência em 04/12/2012. Neste ínterim, a decadência se efetivou, de fato, para todos os períodos anteriores a dezembro de 2007, ou seja, atingiu os períodos de janeiro a março de 2007.

Dessa forma, comungo com o entendimento exarado na instância singular, devendo ser mantida a aplicação do art. 150, §4º, do CTN, portanto declaro extintos, pela decadência, o crédito tributário apurado nos meses de janeiro a março de 2007, para a infração de Crédito Indevido (Crédito Maior que o Permitido).

Créditos de Energia Elétrica

No tocante aos créditos de energia elétrica, a fiscalização autuou o contribuinte pelo aproveitamento indevido dos créditos fiscais, advindos das aquisições de energia elétrica, conforme demonstrativos (fls. 15 e 16).

Neste sentido, constata-se, pelos “lançamentos” efetuados nos livros de Registro de Entradas e Apuração do ICMS, que a empresa compensou créditos do ICMS decorrentes das aquisições de energia elétrica para o consumo da empresa.

De sua parte, a recorrente argumenta que a energia elétrica se trata de insumo consumido nos setores produtivos da empresa (padaria e congelados), se manifestando pela legitimidade do aproveitamento desses créditos, citando dispositivos da legislação em vigor.

Com efeito, a legislação do ICMS, tomando como base a não cumulatividade do ICMS, prevê a compensação do imposto devido em cada operação com os valores recolhidos nas operações anteriores, conforme disciplinam os artigos 52 e 72, do RICMS/PB:

Art. 52. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que seja devido em cada operação ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o anteriormente cobrado por este Estado ou por outra unidade da Federação, relativamente à mercadoria entrada ou à prestação de serviço recebida, acompanhada de documento fiscal hábil, emitido por contribuinte em situação regular perante o Fisco.

Art. 72. Para fins de compensação do imposto devido, constitui crédito fiscal o valor do imposto relativo:

I - à entrada de mercadorias, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo fixo, ou ao recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, observado o disposto no § 1º deste artigo e § 4º do art. 85;

(...)

§ 1º Na utilização dos créditos de que trata esta Seção, observar-se-á o seguinte (Lei nº 7.334/03):

I - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020;

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, (g.n.);

Como se observa, a legislação concede o direito ao aproveitamento dos créditos fiscais advindos das aquisições de energia elétrica quando utilizada no processo de industrialização da empresa.

Assim, valendo-se de laudo técnico fornecido pela empresa INDECO Energia, Águas e Utilidades, onde consta os percentuais de consumo de energia elétrica nos diversos setores da empresa, a recorrente espera obter tratamento igualitário ao da atividade industrial que permite o aproveitamento dos créditos advindos de aquisição de energia elétrica, quando utilizados no processo industrial.

De pronto, entendo como inadequada a classificação da atividade de conservação de alimentos feitos em câmaras frigoríficas e similares, como um processo industrial, pois aí não se verifica

qualquer transformação.

Neste sentido o art. 4º, do Decreto nº 7.212/2010, que trata do IPI, vem a definir o que constitui a atividade industrial, *in verbis*:

Art. 4º Caracteriza industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoe para consumo, tal como (Lei no 5.172, de 1966, art. 46, parágrafo único, e Lei no 4.502, de 1964, art. 3o, parágrafo único):

I - a que, exercida sobre matérias-primas ou produtos intermediários, importe na obtenção de espécie nova (transformação);

II - a que importe em modificar, aperfeiçoar ou, de qualquer forma, alterar o funcionamento, a utilização, o acabamento ou a aparência do produto (beneficiamento);

III - a que consista na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte um novo produto ou unidade autônoma, ainda que sob a mesma classificação fiscal (montagem);

IV - a que importe em alterar a apresentação do produto, pela colocação da embalagem, ainda que em substituição da original, salvo quando a embalagem colocada se destine apenas ao transporte da mercadoria (acondicionamento ou reacondicionamento); ou

V - a que, exercida sobre produto usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização (renovação ou recondicionamento).

No tocante à atividade de panificação, esta em muito se assemelha a um processo industrial, compreendendo seu processo básico as etapas de mistura, fermentação e assamento, onde os ingredientes misturados sofrem uma transformação radical nas suas características.

Todavia, em recentes decisões, o STJ tem adotado o entendimento considerando que as atividades de panificação e de congelamento de produtos perecíveis em supermercados não configuram atividade de industrialização.

Neste sentido, transcrevo decisão no Recurso Especial nº 1.117.139 – RJ (2009/0099551-5), de relatoria do ministro Luiz Fux:

STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 1117139 RJ 2009/0099551-5

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.

No seu voto, assim se expressou o eminente magistrado: *“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”*.

Nessa mesma linha, trilhou a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, ao responder questionamento de contribuinte, onde ressalto o seguinte trecho: *“Assim sendo, e considerando que a legislação do ICMS adota a mesma definição de industrialização contida na legislação do IPI, temos que o exercício da panificação e revenda dos produtos resultantes para consumidor final é caracterizado, para fins do imposto estadual, como atividade comercial”*.

Assim, por não configurarem atividades industriais para fruição do benefício previsto no art. 72, §1º, II, “b”, do RICMS/PB, considero correto o procedimento da auditoria, em glosar os créditos, apropriados pela empresa, advindos das aquisições de energia elétrica para utilização no processo produtivo da empresa.

Da Multa Aplicada

No tocante às penalidades aplicadas pela fiscalização, mantenho a decisão recorrida, no que tange a corrigenda do valor dos percentuais da multa para a metade, porquanto a legislação da Paraíba sofreu uma alteração, que deve ser usada em benefício do contribuinte, reduzindo de 200% ao percentual de 100 %, de acordo com o princípio da retroatividade benigna da lei, disciplinado no art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, caso em que deve ser utilizada a nova redação do art. 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96, *in verbis*:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

V - de 100% (cem por cento):

(...)

h) aos que utilizarem crédito indevido ou inexistente, desde que resulte na falta de recolhimento do imposto, sem prejuízo do estorno do crédito;

Relativamente à pretensão da recorrente, para que seja reduzida a penalidade aplicada, argumentando que é desproporcional e desarrazoada, cabe ressaltar que foge à alçada dos órgãos julgadores a aplicação da equidade, bem com a declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 55, da Lei nº 10.094/2013, abaixo transcrito:

Art. 55. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - a aplicação de equidade.

No que se refere à aplicação da multa recidiva, também, confirmo o posicionamento exarado pela julgadora singular, quando detecta a ocorrência da reincidência nos períodos de agosto a dezembro de 2009, para a infração de Indicar como isentas do ICMS, operações c/mercadorias ou prestação de serviços sujeitas ao imposto estadual, esclarecendo, contudo, que cabe apenas ao auditor fiscal autuante a propositura de tal penalidade, diante da ilação do artigo 38, da Lei nº 10.094/2013.

Após as devidas correções, fica o crédito tributário constituído conforme planilha a seguir:

Infração	Período		Tributo	Multa	Total
	Início	Fim			
Crédito Indevido (crédito maior que o permitido)	01/01/2007	31/01/2007	0	0	0 ⁽¹⁾
Crédito Indevido (crédito maior que o permitido)	01/02/2007	28/02/2007	0	0	0 ⁽¹⁾
Crédito Indevido (crédito maior que o permitido)	01/03/2007	31/03/2007	0	0	0 ⁽¹⁾
Crédito Indevido (crédito maior que o permitido)	01/12/2007	31/12/2007	144,52	144,52	289,04 ⁽²⁾
Crédito Indevido (crédito maior que o permitido)	01/01/2008	31/01/2008	14,63	14,63	29,26 ⁽²⁾
Crédito Indevido (crédito maior que o permitido)	01/02/2008	28/02/2008	14,97	14,97	29,94 ⁽²⁾
Crédito Indevido	01/03/2008	31/03/2008	9,57	9,57	19,14 ⁽²⁾

(crédito
maior que o
permitido)

Crédito Indevido (crédito maior que o permitido)	01/04/2008	30/04/2008	13,93	13,93	27,86 ⁽²⁾
--	------------	------------	-------	-------	----------------------

Crédito Indevido (crédito maior que o permitido)	01/05/2008	31/05/2008	12,73	12,73	25,46 ⁽²⁾
--	------------	------------	-------	-------	----------------------

Crédito Indevido (crédito maior que o permitido)	01/06/2008	30/06/2008	35,60	35,60	71,2 ⁽²⁾
--	------------	------------	-------	-------	---------------------

Crédito Indevido (crédito maior que o permitido)	01/07/2008	31/07/2008	17,69	17,69	35,38 ⁽²⁾
--	------------	------------	-------	-------	----------------------

Crédito Indevido (crédito maior que o permitido)	01/08/2008	31/08/2008	14,53	14,53	29,06 ⁽²⁾
--	------------	------------	-------	-------	----------------------

Crédito Indevido (crédito maior que o permitido)	01/09/2008	30/09/2008	11,41	11,41	22,82 ⁽²⁾
--	------------	------------	-------	-------	----------------------

Crédito Indevido (crédito maior que o permitido)	01/10/2008	31/10/2008	9,86	9,86	19,72 ⁽²⁾
--	------------	------------	------	------	----------------------

Crédito Indevido (crédito maior que o permitido)	01/11/2008	30/11/2008	7,90	7,90	15,8 ⁽²⁾
Crédito Indevido (crédito maior que o permitido)	01/12/2008	31/12/2008	8,82	8,82	17,64 ⁽²⁾
Crédito Indevido (crédito maior que o permitido)	01/01/2009	31/01/2009	14,05	14,05	28,1 ⁽²⁾
Crédito Indevido (crédito maior que o permitido)	01/03/2009	31/03/2009	10,25	10,25	20,5 ⁽²⁾
Crédito Indevido (crédito maior que o permitido)	01/04/2009	30/04/2009	14,16	14,16	28,32 ⁽²⁾
Crédito Indevido (crédito maior que o permitido)	01/05/2009	31/05/2009	19,11	19,11	38,22 ⁽²⁾
Crédito Indevido (crédito maior que o permitido)	01/06/2009	30/06/2009	38,47	38,47	76,94 ⁽²⁾
Crédito Indevido (crédito maior que o	01/07/2009	31/07/2009	15,65	15,65	31,3 ⁽²⁾

permitido)

Crédito Indevido (crédito maior que o permitido)	01/08/2009	31/08/2009	9,87	9,87	19,74 ⁽²⁾
--	------------	------------	------	------	----------------------

Crédito Indevido (crédito maior que o permitido)	01/09/2009	30/09/2009	10,53	10,53	21,06 ⁽²⁾
--	------------	------------	-------	-------	----------------------

Crédito Indevido (crédito maior que o permitido)	01/10/2009	31/10/2009	12,79	12,79	25,58 ⁽²⁾
--	------------	------------	-------	-------	----------------------

Crédito Indevido (crédito maior que o permitido)	01/11/2009	30/11/2009	11,33	11,33	22,66 ⁽²⁾
--	------------	------------	-------	-------	----------------------

Crédito Indevido (crédito maior que o permitido)	01/12/2009	31/12/2009	7,65	7,65	15,3 ⁽²⁾
--	------------	------------	------	------	---------------------

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST AÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL	01/01/2007	31/01/2007	52,00	78,00	130,00 ⁽³⁾
---	------------	------------	-------	-------	-----------------------

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST AÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL	01/02/2007	28/02/2007	71,57	107,35	178,92 ⁽³⁾
---	------------	------------	-------	--------	-----------------------

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST AÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL	01/03/2007	31/03/2007	48,42	72,63	121,05 ⁽¹⁾
---	------------	------------	-------	-------	-----------------------

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST AÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO	01/04/2007	30/04/2007	80,74	121,11	201,85 ⁽³⁾
---	------------	------------	-------	--------	-----------------------

ESTADUAL

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST AÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL	01/05/2007	31/05/2007	79,15	118,73	197,88 ⁽³⁾
---	------------	------------	-------	--------	-----------------------

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST AÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL	01/06/2007	30/06/2007	65,14	97,71	162,85 ⁽³⁾
---	------------	------------	-------	-------	-----------------------

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST AÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO	01/07/2007	31/07/2007	64,44	96,66	161,10 ⁽³⁾
--	------------	------------	-------	-------	-----------------------

IMPOSTO
ESTADUAL

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST AÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL	01/08/2007	31/08/2007	75,03	112,55	187,58 ⁽³⁾
---	------------	------------	-------	--------	-----------------------

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST AÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL	01/09/2007	30/09/2007	64,13	96,20	160,33 ⁽³⁾
---	------------	------------	-------	-------	-----------------------

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST AÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS	01/10/2007	31/10/2007	73,81	110,72	184,53 ⁽³⁾
--	------------	------------	-------	--------	-----------------------

AO
IMPOSTO
ESTADUAL

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST AÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL	01/11/2007	30/11/2007	62,55	93,83	156,38 ⁽³⁾
---	------------	------------	-------	-------	-----------------------

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST AÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL	01/12/2007	31/12/2007	63,23	94,85	158,08 ⁽³⁾
---	------------	------------	-------	-------	-----------------------

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST AÇÕES DE SERVIÇOS	01/01/2008	31/01/2008	53,64	80,46	134,10 ⁽³⁾
--	------------	------------	-------	-------	-----------------------

SUJEITAS
AO
IMPOSTO
ESTADUAL

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST AÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL	01/02/2008	28/02/2008	55,54	83,31	138,85 ⁽³⁾
---	------------	------------	-------	-------	-----------------------

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST AÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL	01/03/2008	31/03/2008	53,97	80,96	134,93 ⁽³⁾
---	------------	------------	-------	-------	-----------------------

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST AÇÕES DE	01/04/2008	30/04/2008	53,39	80,08	133,47 ⁽³⁾
--	------------	------------	-------	-------	-----------------------

SERVIÇOS
SUJEITAS
AO
IMPOSTO
ESTADUAL

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST AÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL	01/06/2008	30/06/2008	56,72	85,08	141,80 ⁽³⁾
---	------------	------------	-------	-------	-----------------------

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST AÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL	01/05/2008	31/05/2008	56,58	84,87	141,45 ⁽³⁾
---	------------	------------	-------	-------	-----------------------

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST AÇÕES	01/08/2008	31/08/2008	76,02	114,03	190,05 ⁽³⁾
--	------------	------------	-------	--------	-----------------------

DE
SERVIÇOS
SUJEITAS
AO
IMPOSTO
ESTADUAL

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST AÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL	01/09/2008	30/09/2008	58,22	87,33	145,55 ⁽³⁾
---	------------	------------	-------	-------	-----------------------

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST AÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL	01/10/2008	31/10/2008	71,95	107,93	179,88 ⁽³⁾
---	------------	------------	-------	--------	-----------------------

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST	01/11/2008	30/11/2008	51,82	77,73	129,55 ⁽³⁾
---	------------	------------	-------	-------	-----------------------

AÇÃÕES
DE
SERVIÇOS
SUJEITAS
AO
IMPOSTO
ESTADUAL

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST AÇÃÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL	01/12/2008	31/12/2008	53,10	79,65	132,75 ⁽³⁾
--	------------	------------	-------	-------	-----------------------

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST AÇÃÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL	01/07/2008	31/07/2008	68,17	102,26	170,43 ⁽³⁾
--	------------	------------	-------	--------	-----------------------

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS	01/01/2009	31/01/2009	62,04	93,06	155,10 ⁽³⁾
---	------------	------------	-------	-------	-----------------------

OU PREST
AÇÕES
DE
SERVIÇOS
SUJEITAS
AO
IMPOSTO
ESTADUAL

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST AÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL	01/02/2009	28/02/2009	46,22	69,33	115,55 ⁽³⁾
---	------------	------------	-------	-------	-----------------------

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST AÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL	01/03/2009	31/03/2009	47,85	71,78	119,63 ⁽³⁾
---	------------	------------	-------	-------	-----------------------

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER	01/04/2009	30/04/2009	58,29	87,44	145,73 ⁽³⁾
---	------------	------------	-------	-------	-----------------------

CADORIAS
OU PREST
AÇÕES
DE
SERVIÇOS
SUJEITAS
AO
IMPOSTO
ESTADUAL

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST AÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL	01/05/2009	31/05/2009	59,90	89,85	149,75 ⁽³⁾
---	------------	------------	-------	-------	-----------------------

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST AÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL	01/06/2009	30/06/2009	43,77	65,66	109,43 ⁽³⁾
---	------------	------------	-------	-------	-----------------------

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ	01/07/2009	31/07/2009	52,00	78,00	130,00 ⁽³⁾
---	------------	------------	-------	-------	-----------------------

ES C/MER
CADORIAS
OU PREST
AÇÕES
DE
SERVIÇOS
SUJEITAS
AO
IMPOSTO
ESTADUAL
.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST AÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL .	01/08/2009	31/08/2009	72,58	108,87	181,45 ⁽³⁾
--	------------	------------	-------	--------	-----------------------

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕ ES C/MER CADORIAS OU PREST AÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL .	01/09/2009	30/09/2009	62,01	93,02	155,03 ⁽³⁾
--	------------	------------	-------	-------	-----------------------

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS,	01/10/2009	31/10/2009	81,61	122,42	204,03 ⁽³⁾
--	------------	------------	-------	--------	-----------------------

OPERAÇÕES
COMERCIAIS
OU PRESTAÇÕES
DE
SERVIÇOS
SUJEITAS
AO
IMPOSTO
ESTADUAL

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕES COMERCIAIS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL	01/11/2009	30/11/2009	60,63	90,95	151,58 ⁽³⁾
---	------------	------------	-------	-------	-----------------------

.

INDICAR COMO ISENTAS DO ICMS, OPERAÇÕES COMERCIAIS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS SUJEITAS AO IMPOSTO ESTADUAL	01/12/2009	31/12/2009	84,70	127,05	211,75 ⁽³⁾
---	------------	------------	-------	--------	-----------------------

.

TOTAIS			2.720,95	3.841,48	6.562,43
---------------	--	--	-----------------	-----------------	-----------------

(1) DECADÊNCIA

(2) REDUÇÃO DO PERCENTUAL DE MULTA

(3) VALORES QUITADOS

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo *desprovemento*, para manter a sentença monocrática, e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00003122/2012-37, lavrado em 27/11/2012, contra a empresa BOMPREGO SUPERMERCADOS DO NORDESTE LTDA., inscrição estadual nº 16.070.621-1, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 6.562,43 (seis mil, quinhentos e sessenta e dois reais e quarenta e três centavos), sendo R\$ 2.720,95 (dois mil, setecentos e vinte reais e noventa e cinco centavos) de ICMS, por infração aos artigos 106 c/c art. 52, art. 54 e §2º, I e II, art. 2º e art. 3º, art. 60, I, “b” e III, “d” e I; art.74, c/c art. 75, §1º; todos do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97, e R\$ 3.841,48 (três mil, oitocentos e quarenta e um reais e quarenta e oito centavos), de multa por infração, nos termos do artigo 82, incisos IV e V, alínea “h”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancelado, por indevido, o montante de R\$ 642,32 (seiscentos e quarenta e dois reais e trinta e dois centavos), sendo R\$ 54,10, de ICMS e R\$ 588,22, de multa por infração, pelos fundamentos já expostos.

Convém ressaltar que o contribuinte efetuou o recolhimento de parte do crédito tributário, referente à infração de Indicar como isentas do ICMS, operações c/mercadorias ou prestação de serviços sujeitas ao imposto estadual, conforme se comprova no sistema de informação ATF desta Secretaria.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 10 de

maio de de 2018.

GÍLVIA DANTAS MACEDO
Conselheira Relatora