

A. I. Nº - 279459.0013/22-3
AUTUADO - BRF S.A.
AUTUANTE - FERNANDO ANTÔNIO CÂNDIDO MENA BARRETO
ORIGEM - DAT METRO/IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 14/07/2022

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0095-01/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES DE ENERGIA ELÉTRICA. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS POR ESTABELECIMENTO ATACADISTA. Inadmissibilidade do crédito fiscal relativo à aquisição de energia elétrica, por se tratar o autuado de Contribuinte inscrito no cadastro estadual no segmento de comércio atacadista de produtos alimentícios, inexistindo autorização legal para utilização do crédito fiscal de ICMS decorrente de aquisições de energia elétrica, conforme procedido pelo autuado. Impossibilidade de equiparação com estabelecimento industrial. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 09/02/2022, formaliza a exigência de ICMS no valor histórico total de R\$ 1.062.017,45, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte infração imputada ao autuado: *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias.*

Consta adicionalmente o seguinte registro feito pelo autuante: *Perfeitamente constatado que o ramo de atividade do estabelecimento autuado é o armazenamento e distribuição de produtos alimentícios congelados e resfriados, consignando a impossibilidade de se equiparar a uma indústria.*

A autuada já teve essa infração cobrada pelo auto de infração de nº 279459.0018/19-5 e julgado procedente pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal com o ACORDÃO CJF Nº. 0243-12/20 VD, gravado no DVD.

Período de ocorrência: janeiro a dezembro de 2020.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou Defesa (fls. 16 a 30 dos autos). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre a autuação.

Alega que o simples fato do seu estabelecimento possuir CNAE de comerciante atacadista e não de indústria, levou ao Fisco ao entendimento de que estaria vedado o aproveitamento de créditos fiscais de ICMS em relação as aquisições de energia elétrica.

Sustenta que esse entendimento é equivocado e não deverá prevalecer nesse caso específico, haja vista que o seu Centro de Distribuição (CD) localizado no município de Salvador, por mais que se dedique a distribuir nos mercados atacadista e varejista as mercadorias industrializadas por outros estabelecimentos, consiste em verdadeira extensão das suas unidades industriais.

Afirma que as mercadorias distribuídas pelo referido CD são refrigeradas/congeladas e, portanto, devem ser mantidas em temperaturas específicas, sob pena de perecerem e, assim, ficarem impossibilitadas de serem comercializadas. Diz que por isso, o CD é dotado de câmaras frias idênticas a qualquer câmara fria que integra um estabelecimento industrial, o que segundo entende, consiste em verdadeira extensão de qualquer unidade industrial dedicada à industrialização de produtos refrigerados ou congelados.

Afirma que com base nesses fatos e nas provas que traz com a peça defensiva, não restarão dúvidas sobre a necessidade de cancelamento do Auto de Infração, com o reconhecimento de que são legítimos os créditos de ICMS aproveitados na aquisição de energia elétrica consumida pelas câmaras frias e demais áreas produtivas do CD.

Reporta-se sobre o que denomina de “MOTIVOS PARA CANCELAMENTO DA EXIGÊNCIA FISCAL. “

Invoca e reproduz a legislação que considera aplicável, no caso o artigo 155, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, artigo 33, inciso II, alínea “b” da Lei Complementar n. 87/96, artigo 29, § 1º, inciso III, alínea “a”, item 2 da Lei Estadual nº 7.014/96 e artigo 309, inciso IV, alínea “b” do RICMS/BA, que versam sobre aquisições de energia elétrica usada ou consumida no processo de industrialização, para sustentar que a referida legislação assegura o direito ao aproveitamento de créditos de ICMS sem quaisquer ressalvas e não restringem o aproveitamento dos créditos de ICMS nas aquisições de energia elétrica a estabelecimentos industriais.

Esclarece a atividade exercida pelo aduzido CD. Alega que possui câmaras frias em que as mercadorias são mantidas em temperaturas adequadas, o que lhe confere a condição de verdadeira extensão dos estabelecimentos industriais, que inclusive possuem câmaras frias idênticas. Neste sentido, apresenta fotos das áreas produtivas de seus estabelecimentos fabris e das áreas produtivas do seu estabelecimento/autuado. Explica como se opera o fluxo operacional dos produtos industrializados.

Pontua que para identificar o adequado percentual da energia elétrica consumida pelo estabelecimento autuado e destinadas as áreas produtivas, contratou empresa especializada para analisar a porcentagem de energia elétrica em média consumida em suas áreas produtivas, principalmente pelos refrigeradores e pelas câmaras frias necessárias à refrigeração e ao congelamento dos produtos alimentícios, e em suas áreas não produtivas compostas por salas de recursos humanos, banheiros, copas, iluminação externa, etc.

Consigna que no período objeto da autuação, ou seja, janeiro a dezembro de 2020, foram elaborados por profissionais especializados em análise energética de processos industriais dois Laudos Técnicos (docs. 5 e 6), emitidos respectivamente em julho de 2017 (“Laudo Técnico I” - doc. 6) e em junho de 2020 (“Laudo Técnico II - doc. 7), que atestam que mais de 96,10% da energia elétrica consumida pelo estabelecimento foi utilizada em suas áreas produtivas.

Salienta que foi justamente com base nos referidos Laudos Técnicos que aproveitou créditos fiscais exclusivamente sobre a energia elétrica consumida em suas áreas produtivas.

Prosseguindo, reporta-se sobre o tópico que denomina *CD como extensão das unidades industriais*.

Frisa que os motivos apresentados são mais do que suficientes para que se reconheça a legitimidade dos créditos fiscais utilizados na aquisição de energia elétrica, com fundamento no art. 33, inciso II, alínea “b”, da LC 87/96, no art. 29, § 1º, inciso III, alínea “a”, item 2, da Lei Estadual n. 7.014/96 e no art. 309, inciso IV, alínea “b”, do RICMS/BA.

Acrescenta que de qualquer forma, para confirmar a legitimidade dos mencionados créditos, se ampara na jurisprudência pacificada do STJ de que a segregação da atividade da empresa em estabelecimento fabril e centro de distribuição não pode resultar na aplicação de tratamentos tributários distintos para fins de ICMS. Neste sentido, a título exemplificativo, invoca e reproduz excertos do Recurso Especial nº 1.109.298/RS.

Assevera que aplicando o entendimento do STJ ao caso concreto, dúvidas não há de que o mero desmembramento das atividades fabris em estabelecimentos fabris e centros de distribuição, adotado por razões de logística e de busca de maior eficiência, não pode afastar o direito do estabelecimento autuado de aproveitar créditos de ICMS na aquisição de energia elétrica consumida nas áreas produtivas de resfriamento e de congelamento de produtos alimentícios.

Finaliza a peça defensiva requerendo a total improcedência do Auto de Infração, com a extinção de todo o crédito tributário nele exigido, bem como que as intimações referentes ao presente

processo sejam direcionadas para o endereço dos seus patronos conforme indicado na Defesa.

O autuante prestou Informação Fiscal (fl.214) dizendo que resta perfeitamente constatado que o ramo de atividade do estabelecimento autuado é o armazenamento e distribuição de produtos alimentícios congelados e resfriados, consignando a impossibilidade de se equiparar a uma indústria.

Assinala que o autuado já teve a mesma infração cobrada mediante o Auto de Infração nº 279459.0018/19-5, julgado procedente pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal conforme o Acórdão CJF Nº 0243-12/20 VD.

VOTO

A acusação fiscal é de que o autuado utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica na comercialização de mercadorias.

Conforme consta na complementação da descrição da conduta infracional imputada ao autuado, restou constatado que este exerce a atividade de armazenamento e distribuição de produtos alimentícios congelados e resfriados, consignando a impossibilidade de se equiparar a uma indústria.

Observo que o próprio autuante registra a existência de decisão proferida pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal atinente à mesma infração, e contra o mesmo sujeito passivo de que cuida o presente Auto de Infração, tendo sido a decisão pela procedência da autuação, nos termos do Acórdão CJF Nº 0243-12/20 VD.

Inicialmente, cabe observar o que estabelece a legislação de regência da matéria de que cuida o presente Auto de Infração, no caso, utilização de crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias.

O artigo 28 da Lei n. 7.014/96 dispõe que:

Art. 28. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este Estado ou por outra unidade da Federação.

Já o artigo 29 do mesmo diploma legal acima referido estabelece o seguinte:

Art.29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

§ 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:

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;

e b) a partir da data prevista na Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996, nas hipóteses de entrada de energia elétrica no estabelecimento, não indicadas na alínea anterior;

Por sua vez, o art. 33 da Lei Complementar n. 87/96 determina:

Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

[...]

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

d) a partir de 1º de janeiro de 2033, nas demais hipóteses

O artigo 309 no seu inciso IV, alíneas “a” e “b”, do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, estabelece:

Art. 309. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

[...]

IV - o valor do imposto cobrado, relativo às aquisições de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento:

a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;

b) quando consumida no processo de industrialização;

A leitura dos dispositivos normativos acima reproduzidos, permite concluir, que no presente caso a glosa do crédito fiscal se apresenta correta.

Isso porque a admissibilidade do crédito fiscal referente à aquisição de energia elétrica, somente é possível quando a energia elétrica adquirida for objeto de operação de saída de energia elétrica, quando a energia elétrica for consumida no processo de industrialização, ou quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais.

Certamente que esse não é caso do autuado, haja vista que não realiza operação de saída de energia elétrica, não se trata de operação de saída ou prestação para o exterior, assim como não se trata o autuado de estabelecimento industrial - mesmo que assim pretenda por equiparação -, pois exerce a atividade de armazenamento e distribuição de produtos alimentícios congelados e resfriados, o que afasta a possibilidade de se equiparar a uma indústria.

O Acórdão CJF Nº 0243-12/20 VD referido pelo autuante apresenta a seguinte ementa:

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0243-12/20-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES DE ENERGIA ELÉTRICA. COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS POR ESTABELECIMENTO ATACADISTA. Estando o contribuinte autuado inscrito no cadastro estadual no segmento de comércio atacadista de produtos alimentícios, a Lei Estadual nº 7.014/96, em seu Art. 29, e a Lei Complementar nº 87/96, no Art. 23, vigentes à época dos fatos, não autorizam a utilização do crédito fiscal de ICMS decorrente de aquisições de energia elétrica, por contribuintes que exerçam atividades comerciais de outras mercadorias. Utilização da energia elétrica para fim de armazenamento e distribuição de produtos alimentícios congelados. Impossibilidade de equiparação com estabelecimento industrial. Acusação subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime

Conforme se verifica, a ementa acima reproduzida reflete a inadmissibilidade do crédito fiscal relativo à aquisição de energia elétrica, por se tratar o autuado de Contribuinte inscrito no cadastro estadual no segmento de comércio atacadista de produtos alimentícios, inexistindo autorização legal para a utilização do crédito fiscal de ICMS decorrente de aquisições de energia elétrica, conforme procedido pelo autuado.

Relevante assinalar que se trata de matéria recorrente no âmbito deste CONSEF, sendo a jurisprudência pacífica, em ambas as instâncias, a exemplo das decisões contidas nos Acórdãos JJF Nº 0178-04/16, CJF Nº 0314-12/17, JJF Nº 0020-04/20, JJF Nº 0219-06/21, CJF Nº. 0282-12/21 VD e o recentíssimo Acórdão CJF Nº. 0053-11/22 VD, cabendo registrar que em todos os Autos de Infração, este mesmo autuado de que cuida o presente Auto de Infração, figurou no polo passivo.

No tocante ao Recurso Especial nº 1.109.298/RS, aduzido pelo impugnante, observo que não possui caráter vinculante, além de que se trata da matéria distinta da tratada na presente autuação, ou seja, utilização de crédito fiscal de energia elétrica por estabelecimento comercial, desse modo, não pode ser considerado conforme pretendido pelo impugnante.

Quanto aos Laudos Técnicos apresentados pelo impugnante, do mesmo modo não podem ser considerados, haja vista que as análises neles contidas estão voltadas para a definição do consumo de energia elétrica nos processos de industrialização, o que conforme visto não é o presente caso, pois o autuado nada produz.

No respeitante ao pedido formulado pelo impugnante, no sentido de que as intimações relativas ao

presente feito sejam encaminhadas ao endereço dos seus patronos, indicados na peça defensiva, consigno que inexistente óbice para que o órgão competente da repartição fazendária atenda ao pedido, contudo, saliento que o não atendimento não implica em nulidade do ato, haja vista que as formas de intimações são aquelas previstas no art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279459.0013/22-3**, lavrado contra **BRF S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.062.017,45**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de junho 2022

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE / RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR