

A. I. N° - 279459.0031/22-1
AUTUADO - B R F S. A.
AUTUANTE - FERNANDO ANTÔNIO CÂNDIDO MENA BARRETO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08/05/2023

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0067-03/23-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA. AQUISIÇÃO POR ESTABELECIMENTO ATACADISTA. Contribuinte autuado inscrito no cadastro estadual no segmento de comércio atacadista de produtos alimentícios, apenas realiza a manutenção e conservação dos produtos, ao promover o congelamento, resfriamento e armazenamento desses produtos que recebe para comercialização, o que não configura atividade industrial e não permite a utilização do crédito fiscal de ICMS. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 16/11/2022, refere-se à exigência de R\$714.328,94 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 001.002.018: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica na comercialização de mercadorias, nos meses de janeiro a dezembro de 2021.

Em complemento, consta a informação de 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. O Contribuinte já teve essa infração julgada, conforme Acórdãos CJF N° 0243-12/20 e CJF N° 0254-11/22.

O Autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 17 a 31 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa, reproduz a descrição da infração e diz que conforme o entendimento do Fisco baiano, o simples fato de o estabelecimento autuado possuir CNAE de comerciante atacadista (e não de industrial) vedaria o aproveitamento de créditos de ICMS em relação à energia elétrica, com fundamento no artigo 33, inciso II, alínea “b”, da Lei Complementar n° 87, de 13.9.1996 (“LC 87/96”), no artigo 29, §1º, inciso III, alínea “a”, item 2, e §2º, da Lei Estadual n° 7.014, de 4.12.1996 (“Lei Estadual 7.014/96”) e no artigo 309, inciso IV, alínea “b”, do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto Estadual n° 13.780, de 16.3.2012 (“RICMS/BA”), razão pela qual aplicou a multa prevista no artigo 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei Estadual 7.014/96.

Alega que esse entendimento é equivocado e não deverá prevalecer neste caso específico, dado que o Centro de Distribuição (“CD”) no Município de Salvador, por mais que se dedique a distribuir nos mercados atacadista e varejista as mercadorias industrializadas pelo estabelecimento autuado consiste em verdadeira extensão das suas unidades industriais.

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

Afirma que tornará inequívoco nesta impugnação o fato de que os créditos de ICMS glosados pela autuação são absolutamente legítimos, uma vez que foram aproveitados na aquisição de energia elétrica destinada exclusivamente à manutenção dessas câmaras frias, as quais, como dito, são essenciais para a correta manutenção dos produtos a serem distribuídos no mercado atacadista e/ou varejista.

Com base nesses fatos e nas provas trazidas com a defesa administrativa, afirma que não restará dúvidas sobre a necessidade de cancelamento da autuação fiscal, 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 autuado).

Reproduz artigos da legislação aplicável e diz que a legislação vigente assegura o direito ao aproveitamento de créditos de ICMS sobre a aquisição de energia elétrica consumida em processos de industrialização, sem fazer quaisquer ressalvas.

Afirma ser importante notar que a legislação federal e a legislação estadual não restringem o aproveitamento dos créditos de ICMS na aquisição de energia elétrica a estabelecimentos industriais.

Isso significa dizer que o aproveitamento de créditos de ICMS na aquisição de energia elétrica está sujeito apenas a um requisito objetivo, relacionado à atividade em que a energia é consumida; e não a um requisito subjetivo, relacionado às características do próprio adquirente.

Ressalta que de acordo com o artigo 155, §2º, inciso I, da CF e o artigo 19 da LC 87/96, o ICMS é imposto *“não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias (...) com o montante cobrado nas anteriores (...)”*, de modo que é apenas o consumidor final quem arca com a carga tributária incidente ao longo de determinada cadeia produtiva, não tendo direito, portanto, a qualquer crédito de não cumulatividade.

Diz que a condição para admissão desses créditos é que a energia elétrica seja consumida em processo de industrialização, de modo que o seu adquirente não seja qualificado como consumidor final da cadeia produtiva da própria energia elétrica – mas, sim, que a empregue como matéria-prima de seu processo produtivo. Não por outro motivo um estabelecimento comercial pode aproveitar esses créditos desde que pratique algum nível de atividade industrial, como é o caso, por exemplo, dos supermercados que possuem uma área de panificação.

Ressalta que o CD autuado é um estabelecimento comercial, já que suas operações consistem no recebimento e na venda de mercadorias refrigeradas ou congeladas industrializadas por outras unidades do Defendente, mas que possui área produtiva que consiste nas câmaras frias em que as mercadorias são mantidas em temperaturas adequadas, o que confere a essa filial condição de verdadeira extensão dos estabelecimentos industriais (que, inclusive, possuem câmaras frias idênticas), afastando sua caracterização como consumidor final de parte da energia elétrica consumida.

Afirma que no caso concreto, a atividade de distribuição de produtos alimentícios refrigerados e/ou congelados realizada pelo estabelecimento autuado consiste em extensão de suas unidades industriais, de modo que o CD autuado possui de fato área produtiva, cuja energia elétrica correlata deve gerar créditos de ICMS.

Esclarece que possui dezenas de unidades industriais e de centros de distribuição espalhados pelo País. Assim, como regra, por questões logísticas, o fluxo operacional dos produtos que industrializa consiste na transferência dos produtos acabados das unidades industriais para os centros de distribuição, os quais são os responsáveis pela distribuição das mercadorias (i) para outros centros de distribuição do próprio Defendente, localizados em outras Unidades da Federação ou (ii) para clientes atacadistas e/ou varejistas do mercado local, por assim dizer. Isso significa, portanto, que os centros de distribuição são invariavelmente alimentados pelas unidades industriais do próprio Impugnante.

Nesse contexto, afirma que o CD autuado é abastecido por produtos oriundos das mais variadas unidades fabris do próprio Defendente e fica responsável pelo recebimento, estocagem, consolidação e logística de distribuição desses produtos conforme descrito no parágrafo anterior.

Diz que a característica peculiar da operação da filial autuada é que se trata de uma unidade responsável pela distribuição de mercadorias refrigeradas e/ou congeladas. Nesse sentido, traz com a impugnação relatórios com os estoques finais das mercadorias mantidas nesse estabelecimento em todos os meses autuados (doc. 4). Afirma ser possível notar, que há indicação de que todos os produtos são frigorificados, ou seja, resfriados ou congelados, por exemplo, “frango inteiro”, “cortes filé peito”, “cortes de asa”, “miúdos de frango”, “coração de frango”, “suínos congelados”, “peru in natura”, “hambúrguer”, “frango cortado temperado”, “empanados aves”, “massas”, “linguiças suínas”, etc.

Para que possa manter adequadamente esses produtos, diz que foi obrigado a equipar esse CD com verdadeira estrutura industrial, composta essencialmente de câmara fria que estabelece uma correta temperatura para estocagem desses produtos.

Informa que essa câmara fria reproduz no CD as mesmas condições de armazenamento que são encontradas nas unidades industriais, justamente porque as mercadorias distribuídas pela filial autuada exigem essa condição de temperatura. Afirma, categoricamente, que o seu CD possui área produtiva, que consiste justamente nas câmaras frias que reproduzem o ambiente industrial para manter as mercadorias estocados na temperatura adequada.

Para comprovar o alegado, apresenta fotos (i) das áreas produtivas de seus estabelecimentos fabris e (ii) das áreas produtivas do seu estabelecimento autuado, as quais demonstram a nítida semelhança existente entre a estrutura industrial necessária à refrigeração e ao congelamento de produtos alimentícios existente em ambas as unidades: câmara de armazenamento, câmara de congelado automatizado, área de envase, câmara de secos, câmara na área de expedição, câmara de congelados convencionais.

A partir da análise das fotos apresentadas, diz que se verifica facilmente que o estabelecimento autuado conta com estrutura que reproduz o ambiente industrial de suas fábricas, justamente porque precisa manter a temperatura dos produtos fabricados nessas unidades industriais. Logo, a câmara fria que integra o CD autuado nada mais é do que uma área produtiva tal como a câmara fria que integra as unidades que fabricam aqueles mesmo produtos.

Entende que não faz qualquer sentido a energia elétrica destinada a essas áreas produtivas não gerar créditos de ICMS apenas porque a dita câmara fria está instalada em um estabelecimento comercial. O fato de ter segregado a sua operação em estabelecimentos fabris e comerciais não pode ser utilizado como fato para ser punido, a ponto de estar autorizado a aproveitar créditos de ICMS na aquisição de energia elétrica destinada à câmara fria instalada em estabelecimento industrial e não ser autorizado a aproveitar créditos de ICMS na aquisição de energia elétrica destinada à mesma câmara fria instalada em estabelecimento comercial.

Alega que a ilegitimidade desse entendimento está no fato de que (i) como dito, a legislação aplicável não impede que um estabelecimento comercial aproveite créditos de energia elétrica, desde que tal bem seja consumido por áreas produtivas/industriais e (ii) como se verá a seguir, um centro de distribuição deve ser tratado juridicamente como extensão da unidade industrial da pessoa jurídica, conforme jurisprudência assentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Afirma que já demonstrou que (i) a legislação federal e a legislação estadual não impedem que um estabelecimento comercial aproveite créditos de ICMS na aquisição de energia elétrica, desde que destinada às suas áreas produtivas e (ii) o seu CD autuado possui verdadeira área produtiva, já que todas as mercadorias por ele distribuídas são refrigeradas e/ou congeladas e, por isso, devem ser mantidas em câmaras frias, as quais são idênticas àquelas encontradas nas unidades fabris.

Acrescenta que lhe cabe comprovar que aproveitou créditos de ICMS apenas em relação à energia elétrica destinada às áreas produtivas do seu estabelecimento, para se eliminar qualquer dúvida sobre a escrituração indevida de valores em relação à energia consumida, por exemplo, por áreas administrativas do CD em questão.

Para identificar o adequado percentual da energia elétrica consumida pela filial autuada e destinada a essas áreas produtivas, informa que contratou empresa especializada para analisar a porcentagem de energia elétrica em média consumida (i) em suas áreas produtivas (principalmente, pelos refrigeradores e pelas câmaras frias necessários à refrigeração e ao congelamento dos produtos alimentícios) e (ii) em suas áreas não produtivas (compostas por salas de recursos humanos, banheiros, copas, locais de iluminação externa, dentre outras).

Diz que o Laudo Técnico emitido no mês de junho de 2020 por Engenheiro Elétrico especialista em análise energética de processos industriais (“Laudo Técnico” – doc. 5) atestou que 96,10% da energia elétrica consumida pelo estabelecimento autuado foi utilizada especificamente em suas áreas produtivas.

Acrescenta que o Laudo Técnico foi expresso ao atestar que a análise realizada, quanto à utilização de energia elétrica consumida nas áreas industriais/produtivas do estabelecimento autuado é válida pelo período de 3 anos (de forma a abranger, portanto, o período analisado pelo Auto de Infração), exceto em caso de mudanças significativas, que não ocorreram no caso do estabelecimento autuado.

Explica que foi justamente com base nesse Laudo Técnico que o estabelecimento autuado aproveitou créditos de ICMS exclusivamente sobre a energia elétrica consumida em suas áreas produtivas, compostas, como já disse, da estrutura de refrigeração necessária para reproduzir no CD o ambiente industrial adequado para a manutenção das mercadorias refrigeradas e/ou congeladas.

Afirma ter comprovado que (i) estabelecimentos comerciais podem aproveitar créditos de ICMS na aquisição de energia elétrica, desde que destinada às áreas produtivas, (ii) seu CD autuado possui efetiva área produtiva, uma vez que as mercadorias precisam ser mantidas em câmaras frias (que integram de forma idêntica filiais industriais e filiais comerciais) e (iii) os créditos de ICMS aproveitados pelo CD autuado (e glosados pela autuação) foram apurados com base em Laudo Técnico que atesta o percentual destinado às áreas produtivas.

Entende que esses motivos são mais do que suficientes para que se reconheça a legitimidade dos créditos aproveitados pelo estabelecimento autuado na aquisição de energia elétrica, com fundamento no artigo 33, inciso II, alínea “b”, da LC 87/96, no artigo 29, §1º, inciso III, alínea “a”, item 2, da Lei Estadual 7.014 e no artigo 309, inciso IV, alínea “b”, do RICMS/BA.

Para confirmar a legitimidade desses créditos, diz que se ampara na jurisprudência pacificada do STJ de que a segregação da atividade da empresa em (i) estabelecimento fabril e (ii) centro de distribuição não pode resultar na aplicação de tratamentos tributários distintos para fins de ICMS.

A título exemplificativo, menciona decisão proferida pelo STJ no Recurso Especial nº 1.109.298/RS, que analisou a base de cálculo do ICMS aplicável nas operações de transferências de mercadorias entre estabelecimento fabril, centro de distribuição e filial de uma mesma empresa.

Diz que a conclusão dos Ministros foi no sentido de que o centro de distribuição deve adotar base de cálculo idêntica àquela adotada pela sua unidade industrial, pois ambos os estabelecimentos são pertencentes a um mesmo titular e são destinados à mesma atividade de produção, sendo certo que a adoção de estruturas apartadas para a realização da cadeia de produção da empresa, por razões de logística e de busca por maior eficiência, não podem ensejar a adoção de bases de cálculo distintas para fins da apuração do ICMS.

Aplicando esse entendimento do STJ ao caso concreto, afirma que dúvidas não há de que o mero desmembramento das unidades fabris do Autuado em estabelecimentos fabris e centro 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 suas áreas produtivas de resfriamento e de congelamento de produtos alimentícios – áreas essas que buscam simplesmente reproduzir o mesmo ambiente industrial para fins de manutenção das mercadorias a serem distribuídas.

Registra que os CDs atuam como verdadeiras extensões de seus respectivos estabelecimentos industriais, o que é comprovado pelo vídeo anexo, que retrata do seu processo produtivo (doc. 6), especialmente no que se refere à relação de continuidade entre seus estabelecimentos industriais e seus respectivos CDs.

Afirma não restar dúvidas de que toda e qualquer atividade realizada no seu processo produtivo, incluindo-se aquela desenvolvida pelo estabelecimento autuado, de manutenção da refrigeração e do congelamento dos produtos alimentícios para posterior comercialização, é essencial para a obtenção de seu produto final, restando clara a legitimidade dos créditos aproveitados, o que impõe, por sua vez, o cancelamento integral do Auto de Infração ora impugnado.

Do exposto, afirma que, nos termos da legislação vigente, o estabelecimento autuado tem direito de aproveitar créditos de ICMS sobre a aquisição de energia elétrica consumida em suas áreas produtivas, em especial, em sua área destinada à manutenção da refrigeração e do congelamento dos produtos alimentícios produzidos pelas suas unidades fabris.

Requer que a Defesa seja integralmente provida, para determinar a total improcedência do presente auto de infração, com extinção de todo o crédito tributário nele exigido.

Por fim, o Defendente indica o endereço para recebimento de intimações relativas ao processo administrativo: Lobo & de Rizzo Advogados, na Avenida Brigadeiro Faria Lima, 3900, 3º andar, Itaim Bibi, CEP 04538-132, São Paulo, Capital, aos cuidados de Marcelo Bez Debatin da Silveira.

O Autuante presta informação fiscal à fl. 614 dos autos. Diz que a sua manifestação é no sentido de pedir a manutenção de todas as informações fiscais prestadas neste Auto de Infração.

A sessão de Julgamento realizada por videoconferência, foi acompanhada por Suellen Batista da Costa, RG Nº 53.916.056-8 – estagiária.

VOTO

O presente Auto de Infração está embasado nos demonstrativos elaborados pelo Autuante, foram fornecidas ao Defendente cópias dos mencionados demonstrativos, não foi identificado qualquer prejuízo ao Autuado, a infração apurada foi descrita de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante o levantamento acostado aos autos, que permite o entendimento quanto ao método de apuração do imposto exigido.

O autuado entendeu a autuação fiscal, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem indevidas, se referindo ao levantamento fiscal, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade deste lançamento.

No mérito, o presente Auto de Infração trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica na comercialização de mercadorias, nos meses de janeiro a dezembro de 2021, sendo informado na descrição dos fatos que o ramo de atividade do estabelecimento autuado é o armazenamento e distribuição de produtos alimentícios congelados e resfriados, existindo impossibilidade de se equiparar a uma indústria.

Foi alegado nas razões de defesa que o CD autuado é um estabelecimento comercial, já que suas operações consistem no recebimento e na venda de mercadorias refrigeradas ou congeladas industrializadas por outras unidades do Defendente, mas que possui área produtiva que consiste

nas câmaras frias em que as mercadorias são mantidas em temperaturas adequadas, o que confere a essa filial condição de verdadeira extensão dos estabelecimentos industriais (que, inclusive, possuem câmaras frias idênticas), afastando sua caracterização como consumidor final de parte da energia elétrica consumida.

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

Disse que os créditos de ICMS glosados pela autuação são absolutamente legítimos, uma vez que foram aproveitados na aquisição de energia elétrica destinada exclusivamente à manutenção dessas câmaras frias, as quais, como dito, são essenciais para a correta manutenção dos produtos a serem distribuídos no mercado atacadista e/ou varejista.

Sobra a matéria em exame, valor reproduzir o que dispõe o artigo 155 da Constituição Federal de 1988:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

c) disciplinar o regime de compensação do imposto;

(...)

Neste sentido, a Lei Complementar nº 87/96 ao disciplinar o regime de compensação do ICMS, estabelece no art. 20 que “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”.

Por outro lado, o art. 33 II, “b”, da mencionada Lei Complementar nº 87/96, com redação dada pela Lei Complementar 102/2000, leva ao entendimento de que o direito ao aproveitamento de créditos de ICMS provenientes do consumo de energia elétrica é reconhecido apenas em relação a empresas industriais:

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:

(...)

b) quando consumida no processo de industrialização;

O artigo 46, parágrafo único do Código Tributário Nacional conceitua o produto industrializado como aquele “*que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo*”.

Conforme prevê a Lei do ICMS no Estado da Bahia, nº 7.014/96, o uso do crédito fiscal ocorrerá a partir de 1º de novembro de 1996, quando consumida no processo de industrialização (art. 29, § 1º, inciso III, alínea “a”, item 2).

Lei nº 7.014/96:

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;
- b) 1 - quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;
- c) 2 - quando consumida no processo de industrialização;
- d) 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

Por outro lado, o art. 309 do RICMS/BA/2012 estabelece que “*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*”

No caso em exame, o cerne da questão está exatamente no enquadramento, ou não, do estabelecimento autuado como atividade industrial, considerando a interpretação do contribuinte de que, nos termos da legislação vigente, o estabelecimento autuado tem direito de aproveitar créditos de ICMS sobre a aquisição de energia elétrica consumida em suas áreas produtivas, em especial, em sua área destinada à manutenção da refrigeração e do congelamento dos produtos alimentícios produzidos pelas unidades fabris.

Não acato as alegações defensivas, considerado que o autuado apenas realiza a manutenção e conservação dos produtos, ao promover o congelamento, resfriamento e armazenamento desses produtos que recebe para comercialização, o que não configura atividade industrial. Essa atividade industrial foi realizada e finalizada nas unidades produtoras.

Observo que se caracteriza como industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoe para o consumo, e em relação ao Centro de Distribuição (estabelecimento autuado), é considerado uma extensão do estabelecimento industrial, entretanto, essa extensão não se aplica em sua totalidade.

A função do CD e dos seus equipamentos de refrigeração é manter os produtos já industrializados por sua matriz, não sendo certo afirmar que o estabelecimento comercial também executa processo industrial.

Conforme informou o Defendente, as mercadorias distribuídas são refrigeradas/congeladas e, portanto, devem ser mantidas em temperaturas específicas, sob pena de perecerem e, assim,

ficarem impossibilitadas de serem comercializadas, ou seja, a refrigeração e o congelamento são essenciais para a correta manutenção dos produtos a serem distribuídos no mercado atacadista e/ou varejista.

Dessa forma, diante do requisito estabelecido no ordenamento estadual, reproduzido neste voto, entendo que a mera equiparação do estabelecimento como indústria, não garante, por si só, o direito ao crédito de ICMS, relativamente à energia elétrica consumida no estabelecimento do Defendente.

O Autuado mencionou, a título exemplificativo, decisão proferida pelo STJ no Recurso Especial nº 1.109.298/RS, que analisou a base de cálculo do ICMS aplicável nas operações de transferências de mercadorias entre estabelecimento fabril, centro de distribuição e filial de uma mesma empresa.

Disse que a conclusão dos Ministros foi no sentido de que o centro de distribuição deve adotar base de cálculo idêntica àquela adotada pela sua unidade industrial, pois ambos os estabelecimentos são pertencentes a um mesmo titular e são destinados à mesma atividade de produção, sendo certo que a adoção de estruturas apartadas para a realização da cadeia de produção da empresa, por razões de logística e de busca por maior eficiência, não podem ensejar a adoção de bases de cálculo distintas para fins da apuração do ICMS.

Entendo que o citado Recurso Especial não se aplica ao caso em exame, considerando que foi analisado base de cálculo do ICMS aplicável nas operações de transferências de mercadorias entre estabelecimento fabril, centro de distribuição e filial de uma mesma empresa, e o presente lançamento trata de questão distinta, ou seja, utilização de crédito fiscal de energia elétrica por estabelecimento comercial, conforme dados cadastrais nesta SEFAZ-BA: *“armazenamento e distribuição de produtos alimentícios congelados e resfriados”*.

O Defendente juntou ao presente PAF Laudo Técnico para atestar a análise realizada quanto à utilização de energia elétrica consumida nas áreas produtivas do estabelecimento autuado. Disse que foi justamente com base nesse Laudo Técnico que aproveitou créditos de ICMS exclusivamente sobre a energia elétrica consumida em suas áreas produtivas, compostas da estrutura de refrigeração.

Entendo que o mencionado Laudo Técnico não pode considerado para a decisão da lide, na medida em que se refere a *“análise do consumo de energia elétrica – uso industrial e uso administrativo”*, o que não é o caso presente, tendo em vista que o autuado nada produz, sua atividade é de armazenamento e distribuição de produtos alimentícios congelados e resfriados.

Portanto, em relação à energia elétrica consumida pelo estabelecimento autuado, conforme apurado no levantamento fiscal, é vedada a utilização do respectivo crédito fiscal, e este entendimento tem sido prevalente nas Decisões exaradas por Este Conselho de Fazenda Estadual, inclusive por essa Junta de Julgamento Fiscal (ACÓRDÃO JJF Nº 0044-03/22) e os Acórdãos citados na descrição dos fatos: CJF Nº 0243-12/20 e CJF Nº 0254-11/22.

Por fim, a Defendente indica o endereço para recebimento de intimações relativas ao processo administrativo: Lobo & de Rizzo Advogados, na Avenida Brigadeiro Faria Lima, 3900, 3º andar, Itaim Bibi, CEP 04538-132, São Paulo, Capital, aos cuidados de Marcelo Bez Debatin da Silveira.

Não há impedimento para que tal providência seja tomada. A forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do RPAF-BA/99, e o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279459.0031/22-1**, lavrado contra **BRF S. A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 714.328,94**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 17 de abril de 2023

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA