Contencioso Administrativo Fiscal
CRF
Fls. 487
SEFAZ

RESOLUÇÃO Nº 47/2022
CÂMARA DE JULGAMENTO
SESSÃO : **28ª EM: 12/04/22**
PROCESSO : **0119/2019**
RECORRENTE : **BOA VISTA ENERGIA S.A**
RECORRIDA : **DIVISÃO DE PROCEDIMENTOS ADM. FISCAIS**
AUTO DE INFRAÇÃO : **012972/2018**
AUTUANTES : **MANOEL CARLOS BARBOSA ALMEIDA / ALEXANDRE DE SOUZA CRUZ SILVA FILHO.**
RELATOR : **FRANKLIN DA SILVA BRAID**

EMENTA – RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS – ICMS – "APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO DO ICMS, EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA" – CONSTATADO ATRAVÉS DE VERIFICAÇÃO FISCAL ANÁLITICA - MERCADIRUA RESULTANTE – ENERGIA ELETRICA – É DIFERIDA PARA CONSUMIDOR FINAL – AI 012972/2018 - ARGUMENTOS ACOLHIDOS NOS TERMOS DO ART. 58, INCISO DO RICMS, DO DECRETO 4.335/01 C/C ART. 69, INCISO III, ALINEA "A" DA LEI 059/93 – INFRAÇÃO CONFIGURADA AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE – DECISÃO POR UNANIMIDADE DE VOTOS.

RELATÓRIO

Trata-se o presente do **Auto de Infração Nº 012972/2018** lavrado em 28/12/2018, no valor **R$ 4.545.475,66** (quatro milhões, quinhentos e quarenta e cinco mil, quatrocentos e setenta e cinco reais e sessenta e seis centavos), a título de débito de **ICMS,** multa e juros por "Aproveitamento Indevido de Crédito de ICMS, em desacordo com a Legislação Tributária, constatado através de verificação fiscal Analítica, vez que a mercadoria resultante – energia elétrica – é diferida para operação de fornecimento ao consumidor final", pleiteado por **BOA VISTA ENERGIA S/A, IE 24.007022-3**.

Fora indicado como dispositivo infringido o art. 58, inciso IX do RICMS (RR), aprovado pelo Decreto 4.335/01. E como penalidade, foi o art. 69, inciso II, Alínea "A", da Lei 059/93, com multa de 100% (cem por cento) aplicável sobre o valor do crédito indevido.

Consubstanciando a acusação foram juntados os seguintes documentos: **Auto de Infração N° 012972/2018** (fls. 03); Quadro Demonstrativo de Cálculos de Atualização Monetária de Valores a Recolher (fl.04); Cópia da Ordem de Serviço N° 001693/2018 (fl. 05); Cópia do Termo de Inicio de Fiscalização 001693/2018 (fls. 06); Anexo I (fl. 07); Anexo II - Analise dos Documentos Fiscais (fls. 08/09); Anexo III – Analise de Aproveitamento de Crédito (fls. 10/13); Cópias das Danfes. (fls. 10/131); Anexo IV – CD R (fls. 131, 132); Anexo V – Cópias de Ementa: Recurso Extraordinário com Agravo (fls. 133-168); Anexo VI, Documentos Fiscais (fls. 170/211); Termo de Inicio de Fiscalização (fls. 06); Termo de Encerramento de Fiscalização (fls. 218/224).

O Auditor Fiscal de Trib utos Estaduais, Manoel C B Almeida, relata no Relatório de Execução de Ordem de Serviço os trabalhos desenvolvidos.

Decisão N° 031/2020 proferida pelo R. Julgador de Primeira Instância rejeitou provimento da Impugnação (fls. 230/238) julgando procedente o Auto de Infração n° 0129//2018 (fls. 438/448).

Que em 28.12.2018 cientificou a empresa sobre o início da fiscalização, intimada a empresa autuada apresentou impugnação Administrativa Auto de Infração (fls. 230/238) e anexos (fls. 239/436) alegando em síntese que;

1 - Da Nulidade do Auto de Infração – vicio formal – ausência de indicação de dispositivo legal afeto ao ato infracional imputado:

Ao se deparar com autuação chega-se a conclusão de que o auto de infração não indiciou adequadamente qual dispositivo legal infringido pela Impugnante, vez que a própria fiscalização reconhece que a operação realizada entre as empresas contratadas pela Contribuinte é terceirizada de mão de obra, ou seja, industrialização para conta e ordem de terceiros;

2 - Logo, tem-se que a Autuação padece de vícios formais, em razão de indicação de dispositivos legais incompatíveis com a suposta infração cometida pela Impugnante que, ao que tudo indica, não há vedação legal para acumulação de credito fiscal para uso futuro, cita doutrina;

Verifica-se que ausência da descrição da suposta infração cometida pela Impugnante não permite que se identifique o fato gerador da obrigação tributária, sendo

flagrante o cerceamento de defesa;

Operação objeto da autuação fiscal - direito ao crédito pela aquisição do óleo diesel – principio da não cumulatividade.

Que a presente autuação refere-se a "Aproveitamento Indevido de Crédito do ICMS, em desacordo com a Legislação Tributária, constatado através de verificação fiscal analítica, vez que a mercadoria resultante – energia elétrica – é diferida para operação de fornecimento ao consumidor final". Tal apuração foi constatada em cumprimento a Ordem de Serviço n° 001693/2018, que determinava a conferência de todos os valores lançados a créditos na escrita fiscal referente ao mês de fevereiro de 2018 o valor de R$ 2.164.512,23 (principal) vide ANEXO II – Planilha de Verificação Fiscal Analítica e comprovantes do SPED-FISCAL crédito indevido. Este valor de créditos indevidos são oriundos dos documentos fiscais remetidos pela empresa ATEM"S DISTRIBUIDORA DE PETROLEO S.A DESTINADOS AO USO EM TERMOELETRICAS, vide ANEXO III – Relação de documentos fiscais com aproveitamento indevido de crédito e respectivos documentos fiscais.

Ocorre que a fiscalização se equivoca ao analisar o precedente, pois em nada se assemelha com a situação constante no presente AI, cita o art. 815 do RICMS-RR, do Decreto n° 4.335-E/2001;

O procedimento previsto no dispositivo utilizado pelo Fisco como base de argumentação, não guarda qualquer relação com o caso concreto. Vale ressaltar que o dispositivo afeto ao diferimento, na Legislação Estadual, não é aplicável, pois o diferimento ocorre no momento anterior a venda do óleo diesel pela PETROBRAS (distribuidora) à Impugnante, diretamente remetido às empresas que irão industrializar a energia elétrica;

O óleo diesel fornecido pela Contribuinte às empresas SOENERGY – SISTEMAS INTERNACIONAIS DE ENERGIA S/A, OLIVERA ENERGIA OPERAÇÃO E SERVIÇOES LTDA e AGGREKO ENERIA LOCAÇÃO DE GERADORES LTDA, nada mais é do que insumo para a industrialização/geração de energia elétrica por encomenda;

Diante do exposto, afigura-se claro que o combustível utilizado como insumo durante o processo produtivo de energia elétrica, terceirizado pelo Contribuinte e as empresas contratadas, vez que energia elétrica e integralmente consumida em sua linha de geração, gera para a contribuinte credito de ICMS na aquisição sendo correto e legal seu

aproveitamento como procedido pela Contribuinte, restando claro que não se aplica o dispositivo no art. 58, IX do RICMS/RR;

Que ao Autuar a Contribuinte por suposta apropriação irregular de crédito pela aquisição de insumos para geração de energia elétrica, o Estado de Roraima nega vigência ao mais caro dos princípios o da cumulatividade, insculpido em todos os seus exatos contornos no art. 155, Inciso III, do CTN, permitindo a expedição da Certidão Positiva com Efeito de Negativa – art. 206 do CTN.

Requer que seja a Impugnação seja recebida e processada, suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário, com suporte no art. 155, §2°, Inciso I, da CF.

A impugnante requer que seja declarada a nulidade do Auto de Infração, alegando vicio formal – ausência de indicação de dispositivo legal.

Submetido a julgamento de 1ª instância deste Contencioso Administrativo Fiscal, o Auto de Infração n° 00012972/2018 (fl. 438/442), foi julgado procedente.

No entendimento da julgadora de Primeira Instância a mesma analisou as questões levantadas pela recorrente aonde aduz que:

O dispositivo legal que proíbe o contribuinte de creditar-se de imposto quando a mercadoria for considerada já tributada nas demais fases de comercialização, está previsto no art. 58, inciso IX do RICMS-RR, aprovado pelo Decreto n° 4.335/E/2001, in verbis:

> ***Art. 58***. *Salvo disposição em contrario, fica vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou na prestação de serviço a ele feita, nas seguintes hipóteses:*
> *(...)*
> *(...)*
> ***IX*** *– quando a mercadoria for considerada já tributada nas demais fases de comercialização:*

Dessa forma o óleo diesel tem como adoção o regime de substituição tributaria em relação as operações subsequentes, conforme preceitua o art. 9°, inciso I, da Lei Complementar n° 87/1.996, c/c o artigo 802 a 803, inciso IV, do Decreto n° 4.335/E/2001, in verbis:

> ***Art. 9°*** *A adoção ao regime de substituição tributária em operações interestaduais dependerá de acordo especifico celebrado pelos Estados interessados.*
> *(...)*

> *I – ao contribuinte que realizar operação interestadual com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, em relação as operações subsequentes;*
> *(...)*
> ***Art. 802.*** *Esta Seção dispõe sobre o regime de substituição tributária relativo as operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, e com outros produtos, nas condições estabelecidas no Convênio ICMS 110, de 28 de setembro de 2007.*
> *Art. 803. Nas operações interestaduais destinadas a este Estado, fica atribuída ao remetente de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, a seguir relacionados, com a respectiva classificação na Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado (NBM/SH), situado em outra unidade da Federação, desde que inscrito no Cadastro de Contribuintes deste Estado, a condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos, a partir da operação que o remetente estiver realizando, até a última, assegurado o seu recolhimento a este Estado:*
> *(...)*
> *IV – óleos combustíveis*

Além do mais, esse combustível tem suas particularidades, **incidira uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade e o imposto caberá ao Estado onde ocorrer o consumo**, conforme preconiza o artigo 155, § 2°, inciso XII, alínea "h", § 4°, inciso I, da CF,

> *Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:*
> *(...)*
> *§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:*
> *(...)*
> *XII - cabe à lei complementar:*
> *(...)*
> *h) definir os combustíveis e lubrificantes sobre os quais o imposto incidirá uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade, hipótese em que não se aplicará o disposto no inciso X, b;*
> *§ 4º Na hipótese do inciso XII, h, observar-se-á o seguinte:*
> *I - nas operações com os lubrificantes e combustíveis derivados de petróleo, o imposto caberá ao Estado onde ocorrer o consumo;*

A apuração da irregularidade foi constatada em cumprimento à Ordem de Serviço n° 001693/2018 (fl.05), roteiros de fiscalização, no mês fevereiro de 2018, conforme o Termo de Encerramento de Fiscalização N° 000001/2018 da O S 001693/2018 (fl. 05).

Contencioso Administrativo Fiscal
CRF
Fls. 492
SEFAZ

Diante disso, verifica-se nos autos, conforme DANFE's (fls. 14/130) destinadas a Impugnante, que o **imposto do combustível foi recolhido o ICMS ST e a mercadoria foi considerada já tributada nas demais fases de comercialização, não podendo com isso se creditar de ICMS Substituição Tributária.**

Inclusive o Relatório do Termo de Encerramento de Fiscalização (fls. 218/224), constam todos os dispositivos, embasamentos legais para constituição do crédito tributário.

Ressalta-se que Autuada compreendeu e se defendeu claramente da acusação fiscal, completa e irrestritamente, conforme se verifica pela Impugnação apresentada, que aborda todos os aspectos relacionados com a situação, objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa.

Em ato continuo o processo foi encaminhado a Procuradoria Fiscal desde Contencioso, a qual emitiu o **Parecer N° 033/2021/CONSULTORIA/PGE/RR**, em resumo:

> ***Por todo o exposto, e por tudo mais que consta nos autos, é o presente parecer pelo conhecimento e desprovimento do recurso apresentado pela empresa devedora, devendo ser mantida intacta a decisão recorrida, uma vez que observou acertadamente nas previsões legais aplicadas ao caso em discursão.***

É o relatório.

FRANKLIN DA SILVA BRAID
CONSELHEIRO RELATOR

VOTO

Trata-se o presente do **Auto de Infração Nº 012972/2018** lavrado em 28/12/2018, no valor **R$ 4.545.475,66** (quatro milhões, quinhentos e quarenta e cinco mil, quatrocentos e setenta e cinco reais e sessenta e seis centavos), a título de débito de **ICMS,** multa e juros por "Aproveitamento Indevido de Crédito de ICMS, em desacordo com a Legislação

Contencioso Administrativo Fiscal
CRF
Fls. 493
SEFAZ

Tributária, constatado através de verificação fiscal Analítica, vez que a mercadoria resultante – energia elétrica – é diferida para operação de fornecimento ao consumidor final", pleiteado por **BOA VISTA ENERGIA S/A, IE 24.007022-3**.

Do exame dos autos, a irregularidade foi apontada como infração ao art. 58, inciso IX do RICMS (RR), aprovado pelo Decreto 4.335/01. E como penalidade, foi o art. 69, inciso II, Alínea "A", da Lei 059/93, com multa de 100%(cem por cento) aplicável sobre o valor do credito indevido.

> ***Art. 58**. Salvo disposição em contrário, fica vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou na prestação de serviço a ele feita, nas seguintes hipóteses:*
> *(...)*
> *(...)*
> ***IX –** quando a mercadoria for considerada já tributada nas demais fases de comercialização:*

Cabendo, por conseguinte a aplicação da penalidade determinada pelo artigo 69, inciso II, alínea "A" da Lei 059/93, com redação dada pela Lei 059/93, multa de 100% (cem por cento) sobre o imposto, conforme texto legal transcrito a seguir:

> ***Art. 69.** O descumprimento das obrigações principal e acessórias, instituídas pela legislação do ICMS, sujeita o infrator às seguintes penalidades:*
> *II - infrações relativas ao crédito do imposto:*
> *a) crédito indevido, assim considerado todo aquele lançado na conta gráfica do imposto em desacordo com as normas legais e regulamentares que disciplinam a não-cumulatividade do ICMS, ou que não corresponda a entrada de mercadoria no estabelecimento ou a aquisição de sua propriedade ou, ainda, a serviço tomado - multa de 100% (cem por cento) do valor do crédito indevidamente aproveitado, sem prejuízo da cobrança do imposto que deixou de ser recolhido em razão de sua utilização;*

Intimada, a empresa apresentou Impugnação Administrativa ao Auto de Infração (fls. 230/238) e anexos (fls. 239/436).

A Julgadora de Primeira Instancia rejeitou provimento da Impugnação, mantendo inalterado o lançamento, conforme Decisão n° 031/020, julgando procedente o Auto de Infração N° 012972/2018 (fls. 438/448).

Intimada, a empresa demandada apresentou Recurso Voluntário.

Contencioso Administrativo Fiscal
CRF
Fls. 494
SEFAZ

Em recurso voluntário, alega o recorrente vicio formal requerendo a nulidade do Auto de Infração em razão do vicio formal, ausência de indicação de dispositivo legal e autoridade fiscal.

No entanto, não lhe assiste razão, pois o auto de infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine com segurança a constituição do Crédito Tributário.

Conforme o art. 58, inciso IX, do Decreto n° 4335-E/2001, não restam dúvidas quanto a aplicabilidade do dispositivo legal ao caso em questão, pois os dispositivos são claros e aplicáveis ao fato.

Analisando as notas fiscais, anexadas aos autos, verificamos que não consta destaque de ICMS, não podendo a recorrente desejar creditar-se nessa situação, pois não há diferimento (não houve cobrança do imposto na aquisição), então não há credito se não houve débito.

A recorrente alega inconstitucionalidade da multa imposta, como é sabido o Supremo Tribunal Federal limitou o valor da multa a 100% (cem por cento) do valor do imposto, e "in casu", ela encontra-se dentro desse limite, não havendo confisco.

Face ao exposto, e por tudo mais que consta nos autos, é o presente parecer pelo conhecimento, VOTO PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO ao AI 012972/2018, apresentado pela empresa devedora, devendo ser mantida intacta a decisão recorrida, uma vez que observou acertadamente nas previsões legais aplicadas ao caso em discursão, em acordo com o PARECER N° 33/2021/CONSULTORIA/PGE/RR.

É o voto.

FRANKLIN DA SILVA BRAID
CONSELHEIRO RELATOR

Contencioso Administrativo Fiscal
CRF
Fls. 495
SEFAZ

DECISÃO:

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente: **BOA VISTA ENERGIA S.A** e recorrida: **DIVISÃO DE PROCEDIMENTOS ADM. FISCAIS,**

RESOLVEM os membros da **CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS DO ESTADO DE RORAIMA**, por unanimidade de votos, **afastar a preliminar de nulidade,** e no mérito: **conhecer e negar provimento ao Recurso Voluntário, para confirmar decisão de Primeira Instância, jugando procedente o Auto de Infração nº. 012972/2018,** de acordo com o Parecer da Procuradoria do Estado, nos termos do voto do Relator.

SALA DAS SESSÕES DA CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS DO ESTADO DE RORAIMA, em Boa Vista – RR, 11 de maio de 2022.

CLAÚDIO ANDRE DE SOUZA BRITO
Vice-Presidente

FRANKLIN DA SILVA BRAID
Conselheiro Relator

SÍLVIA SILVESTRE DOS SANTOS
Conselheira

SUELLEN CAMPOS DE LIMA
Conselheira

VILMAR LANA JÚNIOR
Conselheiro

ADALBERTO SEVERO ALVES JÚNIOR
Conselheiro

VÍDEO CHAMADA
RICARDO PERTELINI GONÇALVES
Conselheiro

SANDRO BUENO DOS SANTOS
Procurador do Estado

Contencioso Administrativo Fiscal
CRF
Fls. 496
SEFAZ

TERMO DECLARATÓRIO
SESSÃO ATRAVÉS DE VÍDEO CHAMADA
(WHATSAPP)

Aos 011 dias do mês de maio do ano de dois mil e vinte, às 10h26, foi realizada a 36ª Reunião, no Plenário deste Contencioso, situado na Av. Nossa Senhora da Consolata, nº 472, Centro, nesta cidade de Boa Vista, sob a Presidência do Exmº. Sr. Vice-Presidente **Claudio Andre de Souza Brito,** estiveram presentes os Exmº.s Srs. Conselheiros Representantes, Fazendários, dos Contribuintes, **Vilmar Lana Júnior, Adalberto Severo Alves Júnior, Suellen Campos de Lima, Sílvia Silvestre dos Santos** e **Franklin da Silva Braid** e **Sandro Bueno dos Santos** também esteve presente através de video chamada na sala do aplicativo de mensagens (WHATSAPP), o Exmº. Sr. Conselheiro Representante, Fazendário, **Ricardo Peterlini Gonçalves.** E para constar, eu, Zanandreia Pereira Mesquita Nogueira, Secretária de Câmara, lavrei o presente termo declaratório, que vai por mim subscrita e confirmada pelos membros presentes e demais membros conferencistas.

Claúdio Andre de Souza Brito
Vice-Presidente

Zanandreia P. M. Nogueira
Secretária de Câmara