

PROCESSO - A.I. Nº 207179.0005/99-9
RECORRENTE - FÁBRICA DE VASELINA DA BAHIA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA – Acórdão 2ª CJF nº 0784/01
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 01/11/02

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0175-21/02

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA E COMUNICAÇÕES. A energia elétrica constitui insumo na atividade industrial. Neste sentido, a legislação da época da exigência fiscal somente permitia o crédito da energia consumida na área de produção da empresa. Na falta de laudo, planilha ou medidores específicos que quantificasse tal demanda, o RICMS/96 passou a permitir o uso do crédito limitado ao percentual de 85%. Assim, não havendo nos autos a comprovação da energia efetivamente consumida na área industrial, tendo em vista o estabelecimento deste percentual para aqueles contribuintes que não tinham tal comprovação, e sendo a energia de fato um insumo na atividade produtiva, deve ser dado provimento parcial ao Recurso para permitir o uso deste crédito no percentual estabelecido, inclusive por ser mais benéfico ao contribuinte, retroativo a 1989. Quanto ao serviço de comunicação a legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores vedava expressamente o uso dos créditos a este pertinente. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do Relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 01/09/99, cobra ICMS referente às seguintes acusações fiscais:

1 – Uso indevido de créditos fiscais relativos a diversos produtos considerados insumos (energia elétrica, telecomunicações, correção monetária e outros), que foram utilizados extemporaneamente, nos meses de Fevereiro a Novembro de 1995.

2 – Uso indevido de ICMS de comunicação não vinculado ao processo de industrialização ou produção agrícola, que resulte operação de saídas tributadas nos meses de Janeiro a Dezembro de 1995 e Janeiro de 1996.

3 – Uso de crédito relativo a estorno parcial (75%) das aquisições de “oleum” que não ingressa no processo produtivo, como é o caso da matéria prima, material secundário ou de embalagem.

Tendo em vista o julgamento, pelo Não Provimento de Recurso Voluntário, contido no Acórdão nº 2481/00, de lavra da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, que em Decisão por maioria de votos, manteve o julgamento de 1ª Instância, pela Procedência Parcial do Auto de Infração, por entender que o item 3 do mesmo era Improcedente, considerando Procedentes os itens 1 e 2, a Empresa entra com Recurso de Revista onde diz que:

1 – Tem direito, como indústria que é, ao crédito do ICMS incidente sobre a energia elétrica e sobre os serviços de comunicação.

2 – A Decisão Recorrida interpretou de forma equivocada o contido no artigo 97, do RICMS vigente à época, pois não levou em consideração o parágrafo único do citado artigo.

3 – A autuação fiscal, feita “in loco”, anexou ao Auto de Infração demonstrativos com os valores aproveitados, referente à energia elétrica e aos serviços de comunicação, não tendo negado, em nenhum momento, a origem de tais créditos. Negou, sim, o direito ao crédito, bem como a sua atualização monetária por discordar que a energia e os serviços de comunicação utilizados possibilitem o creditamento feito pela empresa.

4 – Ao negar tal direito, o Acórdão Recorrido divergiu do Acórdão CJF nº 1791/00, da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, no que se refere à energia elétrica e do Acórdão nº 0196/00, da 4ª JF, que analisou a questão relativa às comunicações.

Ao final a Empresa pede seja o Recurso Conhecido e Provido para que se reconheça o direito aos créditos ora discutidos, mesmo que a Câmara Superior mantenha a posição de não acatar a atualização monetária dos valores apropriados extemporaneamente.

A PROFAZ, em Parecer de fls. 386 e 387, após análise, opina pelo Conhecimento Parcial do Recurso, por entender que a paradigma existente é a que diz respeito à energia elétrica, opinando, quanto ao mérito, pelo Não Provimento do mesmo pois a Empresa não comprovou a origem dos créditos.

VOTO VENCIDO

Inicialmente, entendo que estão presentes os requisitos de admissibilidade para o conhecimento do Recurso, pois as Decisões apresentadas como paradigmas preenchem as exigências do RPAF/99, quanto ao assunto. O Acórdão nº 1791/00, da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, entendeu ser possível o uso do crédito referente à energia elétrica e o Acórdão nº 0196, da 4ª JF, que foi mantido pelo Acórdão nº 0050/01, de lavra da 2ª Câmara, ao analisar Recurso de Ofício, também decidiu ser possível o uso do crédito referente aos serviços de comunicação. Ambas as decisões são totalmente contrárias à do Auto de Infração ora discutido, pois a Decisão Recorrida considerou procedentes os itens que tratam da energia elétrica e do serviço de comunicação.

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO do Recurso de Revista apresentado.

Quanto ao mérito, é do conhecimento de todos que sempre defendi, neste CONSEF, a tese de que a Lei nº 4825/89, vigente à época dos fatos aqui discutidos, sempre admitiu o uso, como crédito, do ICMS incidente sobre a energia elétrica e sobre os serviços de comunicação. A energia, principalmente na área industrial, é insumo imprescindível à produção, sendo, por consequência, perfeitamente legal o uso, como crédito, do ICMS sobre ela incidente. A Lei nº 4825/89 possibilitou esse creditamento e por isso considero correto o procedimento da Empresa, que, mesmo de modo extemporâneo, tem direito ao uso de tais créditos. O entendimento colocado pela Junta, pela 2ª Câmara, por maioria, e pela PROFAZ, quanto à falta de comprovação da origem dos créditos, data vênua, não pode ser mantido, pois a autuação não discute esse tema. O auditor, inclusive, juntou ao processo levantamentos feitos pela Empresa, que serviram de base para apropriar os créditos, onde se pode verificar a origem dos valores glosados pelo fisco. A autuação nega ao autuado a possibilidade dos créditos por entender indevidos e não por falta de comprovação da origem dos mesmos.

Quanto às comunicações, entendo, do mesmo modo que os ilustres José Bezerra Lima Irmão e Antonio Barros Moreira Filho, relatores dos julgamentos de onde foram gerados os Acórdãos nºs 0196/00 e 0050/01, aquele pela 4ª Junta e este pela 2ª Câmara, que a Lei nº 4825/89 e os seus Regulamentos já permitiam o uso, como crédito, do imposto incidente sobre os serviços de comunicações. O artigo da Lei nº 4825/89, bem como os artigos 97, do Decreto nº 2460/89 e também 97, do Decreto nº 4608/95, diziam, claramente, que ficava vedado o crédito relativo à prestação do serviço de comunicações quando a mesma não estivesse vinculada a processo de industrialização do qual resulte saídas tributadas. A meu ver, está o assunto tão claramente disciplinado na Lei que regia o ICMS à época e nos seus Regulamentos, que não há outra alternativa a não ser entender como legítima a utilização, como crédito, do imposto incidente sobre os mencionados serviços, relativamente tanto ao item 1 quanto ao item 2 do Auto de Infração ora analisado, sob pena de se cometer verdadeira injustiça fiscal.

Sendo assim, por todo o exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Revista apresentado, para que seja reformada a Decisão Recorrida, pois o Auto de Infração, relativamente ao item 1 é PROCEDENTE EM PARTE sendo, quanto ao item 2 totalmente IMPROCEDENTE. Prevalecem, quanto ao item 1, os lançamentos relativos à correção monetária e fretes, por não terem sido objeto do Recurso de Revista.

VOTO VENCEDOR

Divirjo, *data venia*, do voto prolatado pelo ilustre Relator, pois o mesmo equivoca-se ao efetuar interpretação em dissonância com a legislação posta. Inicialmente é necessário sublinhar que nossa legislação sempre considerou a energia elétrica um insumo na produção industrial, portanto geradora de crédito fiscal. No entanto, cabia às empresas quantificarem a demanda efetivamente consumida na área de produção, separando a energia utilizada em outras áreas do estabelecimento industrial, como a administrativa. Tal procedimento era efetivado com a instalação de medidores específicos ou com a apresentação, para homologação, à Repartição Fazendária, de laudos ou planilhas que quantificassem esta demanda.

Como alguns contribuintes alegaram a inviabilidade de instalação de medidores específicos por parte da empresa concessionária de energia e o alto custo na elaboração de laudos e planilhas, o Fisco, a partir de 1996, fixou um percentual de 85% para uso deste crédito, sem necessidade de comprovação, para a atividade industrial

Assim, sendo o requerente contribuinte industrial, não se pode negar-lhe o direito ao crédito sobre a energia elétrica consumida na sua área de produção, como o fez a Decisão Recorrida. No entanto, como não consta nos autos qualquer dado que permita quantificar qual seria o percentual efetivo utilizado nesta área, entendemos, por questão de justiça, que deva lhe ser permitido o uso deste crédito no percentual estabelecido pela legislação citada – 85% - inclusive retroativamente para alcançar todo o período autuado anterior a 1996. Sublinhando-se que, caso o contribuinte comprove que no período autuado a demanda nesta área era superior a 85%, que peticione a PROFAZ, para que esta, no controle da legalidade, represente para que lhe seja concedido o uso do crédito no percentual comprovado.

Quanto ao serviço de comunicação, também interpreta incorretamente a legislação o digno Relator. A legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores era expressa ao vedar o uso do crédito sobre serviço de comunicação a quem não fosse concessionária ou permissionária de serviço da mesma natureza. Apenas com a edição da Lei Complementar nº 86/97 permitiu-se o uso deste crédito de maneira ampla a todos os contribuintes, condicionando à operação ou prestação subsequente tributada.

Neste sentido, somos pelo PROVIMENTO PARCIAL do presente Recurso de Revista, excluindo da exigência fiscal a glosa do crédito sobre a aquisição de energia elétrica, no percentual de 85% sobre o seu valor *histórico*, valores constantes dos demonstrativos às fls. 45 a 47; 50 e 51 e 56 a 63.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do Presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Revista apresentado para modificar a Decisão Recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207179.0005/99-9, lavrado contra **FÁBRICA DE VASELINA DA BAHIA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$78.091,79**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, VIII, “a”, da Lei nº 4.825/89, e dos acréscimos moratórios.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Antonio Ferreira de Freitas, Carlos Fábio Cabral Ferreira, Ivone Oliveira Martins, Sandra Urânia Silva Andrade, Ciro Roberto Seifert e Helcônio de Souza Almeida.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros (as) Nelson Teixeira Brandão, José Carlos Barros Rodeiro, Verbena Matos Araújo, José Carlos Boulhosa Baqueiro, José Raimundo F. Santos e Max Rodrigues Muniz.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO – RELATOR/VOTO VENCIDO

SANDRA URÂNIA SILVA DE ANDRADE – VOTO VENCEDOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFUZ