

PROCESSO - A.I. Nº 279692.0004/02-4
RECORRENTE - TELEMAR NORTE LESTE S/A (TELEBAHIA-TELECOMUNICAÇÕES DA BAHIA S/A)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JJF nº 0302-01/02
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 12.03.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0037-11/03

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA. GLOSA DO CRÉDITO. É vedada a utilização do crédito fiscal de energia elétrica usada ou consumida pelos estabelecimentos prestadores de serviços de telecomunicações, no período de 01/01/01 até 31/12/06, de acordo com a LC nº 102/00, referendada pela Lei nº 7710/00, e alterações pertinentes. Não acolhidas as arguições preliminares de nulidade da Decisão recorrida e de inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Complementar nº 102/00. Indeferido o pedido de perícia fiscal. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão da 1ª JJF, que, em Decisão não unânime, julgou o Auto de Infração procedente – Acórdão JJF nº 0302-01/02 – para exigir imposto em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, relativo à aquisição de energia elétrica, na condição de empresa prestadora de serviço de comunicação, no período de janeiro de 2001 a fevereiro de 2002.

Em preliminar, o recorrente arguiu a nulidade da Decisão da 1ª Instância em razão da ausência de manifestação, no acórdão recorrido, acerca da prova pericial que requereu na sua impugnação inicial, quando enumerou dois quesitos a serem respondidos, e solicitou que os autos fossem remetidos à 1ª JJF, a fim de que fosse apreciado o pedido de perícia e prolatada nova Decisão, de acordo com a legislação pertinente, sob pena de supressão de instância, caso o pedido de prova pericial seja somente apreciado por “este Egrégio Conselho de Recursos Fiscais”.

Disse que a perícia deve se restringir ao segundo quesito, pois o primeiro tornou-se despicando, tendo em vista que o próprio Acórdão atacado reconhece expressamente a qualidade de insumo da energia elétrica em apreço.

No mérito, argumentou que a energia é transformada de corrente alternada para corrente contínua, para alimentar os equipamentos de comutação, transmissão e comunicação de dados, e que, sem a transformação da energia alternada em contínua, não é possível a prestação do serviço de telecomunicação, porquanto a energia contínua é o ingrediente essencial para a prestação do respectivo serviço.

Afirmou que, desse modo, é incontestado o direito de crédito relativo ao imposto que onera a energia elétrica adquirida pelo contribuinte que se dedica à prestação de serviço de comunicação, pois, além de a energia elétrica constituir ingrediente essencial, passa por um complexo processo de transformação, e o produto industrializado é a própria disponibilização do serviço de comunicação,

frisando que a ligação telefônica só é completada graças ao processo de industrialização do qual a energia elétrica é a matéria-prima.

Firmou que o direito de crédito de ICMS de energia elétrica é expressamente assegurado pela legislação do Estado da Bahia – art. 93, I, “b”, e II, “a”, item “2”, do RICMS/97 – e pelo art. 33, II, “b”, da Lei Complementar nº 102/00 (transcreveu estes textos legais), além de estar garantido pelo princípio constitucional da não cumulatividade, e que a limitação do direito ao crédito de ICMS decorrente da aquisição de energia elétrica é inconstitucional.

Ao final, requereu a nulidade da Decisão atacada, para que a 1ª Instância aprecie e defira o pedido de perícia, ou que, com ou sem a determinação da diligência, fosse provido o seu Recurso e declarada a insubsistência do lançamento.

A Representante da PROFAZ, na sua manifestação, aduziu que consta do voto do ilustre relator da 1ª Instância (voto vencido – fl. 62) a justificativa para o indeferimento do pedido de perícia, portanto, não havendo o que se falar em nulidade da Decisão já que o voto vencedor apenas trata da matéria discordante do relator, do que se infere que sobre este quesito (requerimento de prova pericial), ambos julgadores corroboraram do mesmo entendimento manifestado pelo relator.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Complementar nº 102/00, lembrou que ao CONSEF falece competência para decidir acerca da inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, *ex vi* do art. 167, I, do RPAF/99.

Com relação ao mérito, asseverou que resta indubitável a caracterização como serviço das prestações realizadas pelo autuado, que não podem ser confundidas com o processo industrial, sendo que a sua atividade não se encontra entre as hipóteses para a utilização do crédito fiscal de energia elétrica, previstas no art. 33, II, da Lei Complementar nº 102/00, e no art. 93, II, do RICMS/97.

Opinou, portanto, pelo Não Provimento do presente Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente, analisarei as questões preliminares suscitadas.

Comungo do posicionamento da douta Representante da PROFAZ, quando aduziu que consta do voto do ilustre relator da 1ª Instância (voto vencido – fl. 62) a justificativa para o indeferimento do pedido de perícia, portanto, não havendo o que se falar em nulidade da Decisão já que o voto vencedor apenas trata da matéria discordante do relator, do que se infere que sobre este quesito (requerimento de prova pericial), ambos julgadores corroboraram do mesmo entendimento manifestado pelo relator.

No que concerne à possível inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Complementar nº 102/00, o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a sua a declaração, o que significa dizer que, até que o órgão competente para tal, no caso o Supremo Tribunal Federal (para que tal Decisão tenha efeito *erga omnes*), o declare inconstitucional, o mesmo está revestido de constitucionalidade e tem plena eficácia.

Deixo de acolher, portanto, as arguições preliminares.

Quanto à prova pericial solicitada, notadamente a resposta ao quesito de número dois, qual seja: se “a Impugnante se credita de todo o ICMS recolhido na aquisição de energia elétrica? Em caso negativo, enumerar em que circunstâncias a Impugnante se credita do respectivo imposto?”, reputo desnecessária para a solução da lide, pelo que a indefiro arrimado no art. 147, I, “a”, e II, “b”, do RPAF/99.

No mérito, a tese recursal é que a energia elétrica constitui ingrediente essencial, que sofre um complexo processo de transformação, e o produto industrializado é a própria disponibilização do serviço de comunicação, frisando que a ligação telefônica só é completada graças ao processo de industrialização do qual a energia elétrica é a matéria-prima. Por esta razão entende que o direito ao crédito fiscal é legítimo.

Admitir tal absurda tese é o mesmo disparate que concluir que, no serviço de transporte (por exemplo), o óleo diesel – que é fonte de energia – é industrializado no motor do veículo para produzir a tração necessária ao seu movimento.

O fato é que a atividade do recorrente é serviço de comunicação, serviço este que, como o transporte, poderia estar, tranqüilamente, sob a incidência do Imposto sobre Serviços, de competência municipal, bastando para tal estar previsto na “Lista de Serviços” a que se refere o art. 8º do Decreto-Lei nº 406/68, com a redação introduzida pelo art. 3º, inciso VII, do Decreto-Lei nº 834/69, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987.

Só para lembrar, o transporte, a coleta, a remessa ou a entrega de bens ou valores, dentro do território do Município, está previsto no item 59 da referida Lista de Serviços, sendo tributados pelos municípios, assim como as comunicações telefônicas de um para outro aparelho dentro do mesmo Município o eram, em razão da sua inclusão no item 98, que foi revogado tacitamente, a partir de 01/03/89, pela Constituição Federal de 1988.

Ocorre que a Assembléia Nacional Constituinte, eleita para tal, ao elaborar a Constituição Federal de 1988, incluiu no campo de incidência do extinto ICM (Imposto sobre Circulação de Mercadorias), as prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, criando assim o atual ICMS (art. 155, II), (Obs.: Vê-se que o transporte intramunicipal continua tributado pelo ISS).

Já o § 2º, I, do mesmo artigo, preconiza que o ICMS 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.

Da intelecção deste dispositivo, constata-se que o único crédito fiscal constitucionalmente “garantido” pelo princípio da não cumulatividade é aquele oriundo do imposto que incidiu sobre a circulação de mercadorias ou sobre a prestação de serviço anteriores, da mesma natureza.

Assim, para a atividade do recorrente, o crédito fiscal “garantido” pela Constituição Federal é aquele incidente sobre prestação de serviço de comunicação anterior (seria o caso da repetição ou retransmissão de sinal, voz ou dados).

Todos os demais créditos admitidos são aqueles outorgados em lei.

É assim que a Lei Complementar nº 87/96, no seu art. 20, previa o direito a utilização de todo o crédito fiscal relativo à aquisição de ativo imobilizado, porém, com a nova redação dada ao § 5º, deste artigo, pela Lei Complementar nº 102/00, o crédito fiscal será apropriado na razão de 1/48 por mês.

Da mesma forma, o art. 33, I, da LC nº 87/96, estabelecia que somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 1998. Este prazo foi prorrogado pelas LC nº 92/97, 99/99 e 114/02, sendo que esta última estendeu o prazo para o início da utilização do crédito mencionado para 1º de janeiro de 2007.

Também, o inciso II, do mesmo artigo concedia o direito de crédito sobre a energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento a partir da data da entrada desta Lei Complementar em vigor (01-11-1996).

Seguindo este preceito, a Lei Estadual nº 7.014/96, no seu art. 29, § 1º, I, “b”, admitia a utilização do crédito fiscal relativo a energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento a partir de 1º de novembro de 1996.

Quando o art. 33 da LC nº 87/96 foi alterado pela LC nº 102/00, e posteriormente pela LC nº 114/02, as hipóteses para a utilização do crédito fiscal relativo à entrada de energia elétrica no estabelecimento passaram a ser:

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 para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e
4. a partir de 1º de janeiro de 2007, nas demais hipóteses;

Na mesma linha, o inciso III, do § 1º, do art. 29, da Lei Estadual nº 7.014/96, acrescentado pela Lei nº 7.710, de 30/10/00 (DOE de 31/10/00, efeitos a partir de 01/01/01), e modificado pela Lei nº 8.542, de 27/12/02, estabeleceu que o uso do crédito fiscal ocorrerá, 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 de 1º de janeiro de 2007, nas hipóteses de entrada de energia elétrica no estabelecimento não indicadas na alínea anterior.

A conclusão é que, para a atividade do recorrente, prestação de serviço de comunicação, o mencionado crédito fiscal foi admitido no período compreendido entre 1º de novembro de 1996 a 31 de dezembro de 2000, e o será novamente a partir de 1º de janeiro de 2007.

Obviamente, no interregno entre 01-01-2001 e 31-12-2006 o crédito fiscal sobre a energia elétrica não pode ser utilizado por contribuinte que preste serviço de comunicação, como é o caso do recorrente no período autuado.

Pelo que expus, meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão Recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do Presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279692.0004/02-4**, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A (TELEBAHIA – TELECOMUNICAÇÕES DA BAHIA S/A)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.247.154,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Antonio Ferreira de Freitas, Ciro Roberto Seifert, Ivone de Oliveira Martins.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros (as) Max Rodrigues Muniz, Nelson Teixeira Brandão e Verbena Matos Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ – REPR. DA PROFZ