

PROCESSO	- A. I. N° 298633.0022/16-0
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- TIM S. A. (INTELIG TELECOMUNICAÇÕES LTDA.)
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0150-04/23-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 15/02/2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0016-11/24-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA. GLOSA DO CRÉDITO. Empresas prestadores de serviços de telecomunicações têm direito ao crédito fiscal pelas entradas de energia elétrica efetivamente consumida na geração de telecomunicação, conforme orientação jurídica constante no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.209297-0. Mantida a exigência apenas em relação aos créditos decorrentes do consumo de energia elétrica nas áreas administrativas. Acusação parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado (art. 169, I, “a” do RPAF) em relação à decisão de piso que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração em referência expedido em 30/03/2016 para exigir crédito tributário no montante de R\$ 177.680,06, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, “a” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte imputação relacionada ao período de maio/2014 a dezembro/2014:

Infração 01 – 01.02.51: “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação”.

O autuado, por intermédio de seus Representantes Legais, ingressou com **Impugnação** ao lançamento, fls. 27 a 37. Salienta que efetuou os lançamentos, estornos e compensações no livro de Registro e Apuração do ICMS, referente ao período autuado, sem omitir nenhuma informação acerca do crédito, portanto, em razão da energia elétrica fazer parte de seu processo industrial, a autuação não merece prosperar.

A autuante apresentou **Informação Fiscal**, fls. 94 a 97, discordando das alegações defensivas, ressaltando que o emprego de energia elétrica no estabelecimento prestador de serviços de telecomunicações é diverso daquele utilizado no processo industrial, posto que, a energia elétrica adquirida pelas empresas de telefonia, sendo apenas consumida, não constitui insumo no processo industrial, sua natureza ou a finalidade não se modifica, uma vez que sendo mera prestadora de serviços, não transforma um produto em outro e nem o aperfeiçoa para o consumo. Citou que o Art. 33 da LC nº 87/96 estabelece as hipóteses em que é aplicável o crédito de energia elétrica, não se enquadrando as empresas de telecomunicações nessa condição. Concluiu mantendo integralmente a autuação.

O colegiado de piso converteu os autos em **diligência à PGE/PROFIS**, fl. 102, solicitando a emissão de Parecer Jurídico acerca da matéria em discussão, tendo sido atendido mediante o **Parecer** de fl. 104 a 105v, onde, de forma conclusiva, respondeu que “... na esteira da decisão propalada sob a égide da sistemática do recurso repetitivo, entende pela possibilidade de creditamento do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida pelas prestadoras de serviços de comunicação, desde que, entretanto, devidamente provada seu consumo no processo de comunicação (processo equiparado a processo fabril), excluindo-se a possibilidade de creditamento, nas atividades realizadas pela empresa sem ligação intrínseca com sua atividade

fim, como, v.g., a energia utilizada no setor administrativo da empresa".

Através de Despacho exarado à fl. 106, a ilustre Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA, Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos, acolheu o pronunciamento da lavra do Dr. José Augusto Martins Júnior, ponderando que, de fato, nos autos do Incidente de Uniformização nº PGE2016.209297-0, restou pacificado o entendimento que empresas prestadoras de serviços de telecomunicações tem direito ao crédito fiscal pelas entradas de energia elétrica efetivamente consumida no processo produtivo, todavia que não gera direito a crédito a crédito fiscal a energia elétrica consumida nas áreas administrativas das mesmas empresas. Em consequência, **propôs que o processo fosse convertido em diligência a fim de que o autuado informasse e comprovasse o percentual de energia elétrica efetivamente utilizado no processo de geração de telecomunicação, mantendo-se a glosa dos créditos apenas quanto à energia eventualmente consumida nas áreas administrativas**, lembrando que, quanto aos créditos fiscais pelas entradas de energia elétrica efetivamente consumida no processo industrial, seu aproveitamento deverá ser feito com observância da proporcionalidade em relação à saídas tributadas, tal como disposto no art. 21, inc. II da Lei Complementar nº 87/96.

O autuado ingressou com **petição**, fls. 108 e 109, destacando o entendimento do STJ acerca da questão debatida, e que a Procuradoria Geral do Estado emitiu parecer no qual admite a tese que defende, nos termos do Incidente de Uniformização nº PGE2016.209297-0.

Novamente o colegiado de piso **converte os autos em diligência** à INFRAZ DE ORIGEM, no sentido de que fossem adotadas as providências sugeridas pela PGE/PROFIS.

A autuante executou a diligência nos termos constantes às fls. 118 a 126, informou que o Laudo Técnico de uma unidade da INTELIG, que funciona no Comércio em Salvador/BA e algumas notas fiscais de aquisição de energia elétrica lançadas em sua EFD e que compõem a planilha de demonstrativo de cálculo, citando que o índice técnico informado no Laudo em arquivo magnético, fls. 124 e 125, é de **98,51%**, apresentando um quadro contendo o demonstrativo do cálculo a ser considerado no percentual que entende que deverá ser aplicado sobre o valor do ICMS lançado como crédito, referente ao exercício de 2014, calculado proporcionalmente, variando entre 0,99% a 1,00% de índice de direito ao crédito.

Juntou às fls. 120 a 122, planilha analítica onde apresenta o cálculo dos valores que manteve glosado dos créditos fiscais nas situações em que não foram apresentadas as notas fiscais correspondentes e tampouco o respectivo laudo técnico, indicando o valor mensal que foi mantido na autuação na ordem de R\$ 62.638,20, referente as situações onde o autuado não atendou ao quanto solicitado nas intimações.

Novamente fora **convertido em diligência** à INFRAZ DE ORIGEM, no sentido de "que seja concedido prazo para a apresentação das referidas notas fiscais, a fim de que todos os valores restem devidamente comprovados antes do julgamento de 1ª Instância".

Atendida a solicitação de diligência por auditor fiscal estranho ao feito, que se posicionou, dizendo fora intimado para apresentação das notas fiscais em questão, sendo apresentado 96 notas das 101 intimadas pela fiscalização, consequentemente, as apresentadas são referentes as unidades da TIM que não apresentaram laudo técnico e concluiu pela manutenção da cobrança no valor indicado pelo fiscal autuante (R\$ 62.638,20).

Após a devida instrução processual, a Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu:

VOTO

A acusação que versa nos presentes autos, objetivando a exigência de ICMS no montante de R\$ 177.680,06, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII "a" da Lei nº 7.014/96, decorreu da seguinte imputação: "Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação".

Como visto através do relatório que antecede este voto, este processo foi objeto de diversas diligências, a partir do posicionamento exarado pela PGE/PROFIS no sentido de que "nos autos do Incidente de Uniformização nº

PGE2016.209297-0, restou pacificado o entendimento que empresas prestadoras de serviços de telecomunicações tem direito ao crédito fiscal pelas entradas de energia elétrica efetivamente consumida no processo produtivo, todavia que não gera direito a crédito a crédito fiscal a energia elétrica consumida nas áreas administrativas das mesmas empresas”.

À luz deste entendimento foi proposto pela PGE/PROFIS “que o processo fosse convertido em diligência a fim de que o autuado informasse e comprovasse o percentual de energia elétrica efetivamente utilizado no processo de geração de telecomunicação, mantendo-se a glosa dos créditos apenas quanto à energia eventualmente consumida nas áreas administrativas”, lembrando que, quanto aos créditos fiscais pelas entradas de energia elétrica efetivamente consumida no processo industrial, seu aproveitamento deverá ser feito com observância da proporcionalidade em relação à saídas tributadas, tal como disposto no art. 21, inc. II, da Lei Complementar 87/96.

Tal providência foi posta em prática, oportunidade em que, a autuante, quando da realização da diligência, apontou que em relação a uma das unidades do estabelecimento do autuado, foi comprovado, através de Laudo Técnico, que o percentual de energia elétrica utilizada no setor produtivo corresponde a 98,51%, que tomou por base para efeito de exclusão da glosa consignada na autuação.

Em relação às demais unidades que integram o estabelecimento autuado, manteve a glosa de crédito em 100%, conforme planilhas apresentadas às fls. 120 a 122, o que motivou a proposição da redução do valor autuado originalmente de R\$ 177.980,06 para de R\$ 62.638,20 consoante consta à fl. 123, observando que para tais cálculos foi observada a proporcionalidade prevista no art. 21, II, da LC 87/86, consoante se verifica à fl. 119.

Para chegar à conclusão de manutenção parcial da autuação a autuante considerou que a glosa de 100% dos créditos mantidos ocorreu nos casos em que: **i)** o autuado não apresentou o Laudo Técnico do consumo de energia elétrica pela respectiva unidade e **ii)** para algumas unidades não foram fornecidas as notas fiscais de aquisições de energia elétrica.

Em outra diligência realizada por auditor fiscal estranho ao feito, foi informado que das notas fiscais que não foram apresentadas anteriormente pelo autuado no total de 101 (cento e um), 96 (noventa e seis) foram agora apresentadas, restando apenas 05 (cinco) notas fiscais que deixaram de ser apresentadas, as quais resultariam em um crédito fiscal no montante de R\$ 20.822,81 conforme demonstrado à fl. 165.

Entretanto, manteve a glosa de créditos no montante acima na ordem de R\$ 62.638,20, na forma apurada pela autuante, em função da falta de apresentação do laudo técnico informando o percentual de energia elétrica utilizada no processo de industrialização.

Portanto, vê-se que praticamente a autuação, nos moldes apresentados, consiste apenas na falta de apresentação pelo autuado do Laudo Técnico exigido pela fiscalização para referendar o percentual de energia elétrica consumido em seu processo produtivo, relacionada as respectivas unidades.

Isto significa que não existe dúvida de que o autuado faz jus ao crédito fiscal decorrente das aquisições de energia elétrica empregada em seu processo de industrialização, porém, não no percentual de 100% da forma que utilizou, mas de percentual formalizado através de medição específica utilizada na industrialização.

Este CONSEF já pacificou o entendimento, através de diversos julgados, inclusive contra o próprio autuado, a exemplo dos Acórdãos 0380-11/22-VD, onde foi restabelecido o percentual de 15,62%, que se refere ao consumo ligado à área administrativa, com base em laudo técnico elaborado pela empresa AFAG Engenharia Ltda., e 0324-11/22-VD onde o Auditor Fiscal Ricardo Aguiar executou a diligência e relatou que a empresa atendeu à intimação e apresentou relatórios de perícia apresentado pela empresa AFAG ENGNHARIA LTDA., [a mesma que assinou o laudo constante nos presentes autos], assinado por profissional competente que atesta o percentual de energia produtiva e não produtiva de cada uma das unidades de consumo, determinando o valor correto de apropriação de ICMS. Que a empresa utiliza 99,02% da energia adquirida no seu processo produtivo e o restante 0,98% em processo não produtivo.

De maneira que, o fato do autuado ter deixado de ter apresentado apenas cinco notas fiscais do universo escriturado, objeto da autuação, entendo que não tenha qualquer repercussão no presente lançamento, na medida em que não se cogita aqui de inidoneidade de documento fiscal.

A questão cinge-se apenas a falta de apresentação de Laudo Técnico Pericial específico para algumas unidades, que foi deixado de ser apresentado pelo autuado, o que está motivando a glosa de 100% dos créditos fiscais remanescentes, relacionados as aquisições de energia elétrica, o que não concordo.

Consta nestes autos, à fl. 145, Laudo Técnico emitido pela empresa AFAG ENGENHARIA LTDA., emitido no mês de março/2014, antes, portanto, da autuação e dos períodos autuados, indicando que o percentual para aproveitamento pela empresa TIM CELULAR S/A de créditos fiscais decorrentes das aquisições de energia elétrica em relação aos seus estabelecimentos **localizados no Estado da Bahia**, corresponde a 99,02%, o mesmo já consignado no Acórdão nº 0324-11/22 acima citado e aceito pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Já nos presentes autos, foi acolhido pela autuante o índice técnico para efeito de aproveitamento de crédito

fiscal no percentual de 98,51%, que considero que deve ser estendido as demais unidades abarcadas pela presente autuação, até porque, se alguma diferença existir esta deve ser em percentuais insignificantes, para mais ou para menos, jamais, mantendo a integralidade da glosa dos créditos fiscais remanescentes.

Isto posto, aplico o percentual de 98,51%, admitido pela autuante em relação a uma das unidades integrantes da presente autuação, sobre os valores indicados no quadro de fl. 123, **observando a proporcionalidade apurada pela mesma**, remanescente a autuação no valor de R\$ 1.282,41 conforme abaixo demonstrado:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO - CRÉDITO PROPORCIONAL					
Mês Ano	VLR. AUTUADO	VLR. APÓS INF. FISCAL	IND. PROPOR.	VLR. EXCLUÍDO	DÉBITO JULGADO
mai/14	17.079,04	17.079,04	97,70%	16.686,22	392,82
jun/14	25.323,33	5.277,66	98,01%	5.172,63	105,03
jul/14	28.766,78	14.290,43	98,21%	14.034,63	255,80
ago/14	17.595,44	5.120,63	97,99%	5.017,70	102,93
set/14	18.723,49	5.220,60	97,87%	5.109,40	111,20
out/14	21.101,82	5.019,35	98,40%	4.939,04	80,31
nov/14	23.115,77	5.181,31	98,03%	5.059,24	122,07
dez/14	25.974,39	5.449,18	97,94%	5.336,93	112,25
TOTAL	177.680,06	62.638,20		61.355,79	1.282,41

Quanto ao argumento defensivo de caráter confiscatório da multa aplicada, apesar de respeitar os relevantes argumentos jurídicos apresentados pelo autuado, considero que a autuante agiu estritamente em consonância com o regramento previsto pela legislação tributária posta, em pleno vigor, da qual, tendo em vista sua atividade vinculada, não poderia ignorar, situação esta a que também se submete o órgão julgador administrativo, consoante se depreende da leitura do art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, verbis:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I – a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III – a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Diante do quanto acima exposto, entendo que as Decisões Judiciais citadas pelo autuado, todas voltadas a questões interpretativas e constitucionais, foge da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta. Ademais, os precedentes judiciais citados na peça de defesa, proferidos pelo STF (Supremo Tribunal Federal), não são vinculantes para a Administração Pública do Estado da Bahia, visto que este não figurou em nenhuma das ações citadas como parte.

Também não há como atender ao pleito do defendente, de anulação da penalidade, em face da incompetência legal deste órgão julgador para apreciá-lo.

Por fim, quanto ao pedido de que as intimações sejam encaminhadas em nome do seu Patrono para o endereço indicado, informo que as intimações relacionadas a processos administrativos fiscais obedecem ao previsto pelo Art. 108 e seus incisos, do RPAF/BA, entretanto, nada impede que o pleito defensivo também possa ser atendido.

Em conclusão voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração, no valor de R\$ 1.282,41.

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF//99.

VOTO

Preliminarmente, acolho o Recurso de Ofício emanado da presente Decisão, consoante os termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Trata-se de Recurso de Ofício decorrente de Auto de Infração expedido em 30/03/2016 para exigir crédito tributário no montante de R\$ 177.680,06, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, “a” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte imputação relacionada ao período de maio/2014 a dezembro/2014.

A infração cometida foi a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação.

O julgador de piso, primeiramente, remete os os autos em diligência à PGE/PROFIS, fl. 102, para pronunciamento acerca da matéria em comento, tendo como devolutiva da PGE a manifestação

de acolhimento da tese defensiva nos termos do Incidente de Uniformização nº PGE2016.209297-0 e proposição que o processo fosse convertido em diligência a fim de que o autuado informasse e comprovasse o percentual de energia elétrica efetivamente utilizado no processo de geração de telecomunicação, mantendo-se a glosa dos créditos apenas quanto à energia eventualmente consumida nas áreas administrativas.

Posteriormente, os autos são convertidos em diligência à INFRAZ DE ORIGEM, no sentido de que fossem adotadas as providências sugeridas pela PGE/PROFIS.

Atendida a diligência pelo autuante nos termos constantes às fls. 118 a 126, informou que o Laudo Técnico de uma unidade da INTELIG citando que o índice técnico informado no Laudo em arquivo magnético, fls. 124 e 125, é de **98,51%**, apresentando um quadro contendo o demonstrativo do cálculo a ser considerado no percentual que entende que deverá ser aplicado sobre o valor do ICMS lançado como crédito.

Aduz, conforme às fls. 120 a 122, planilha analítica onde apresenta o cálculo dos valores que manteve glosado dos créditos fiscais nas situações em que não foram apresentadas as notas fiscais correspondentes e tampouco o respectivo laudo técnico de cada unidade, restando mantido o valor remanescente no montante de R\$ 62.638,20, referente as situações onde o autuado não atendeu ao quanto solicitado nas intimações.

Mais uma vez, o PAF retorna em nova diligência à Infaz de Origem para que seja concedido prazo para que o autuado proceda a apresentação das notas fiscais, com vistas a comprovação de todos os valores antes do julgamento pela JJF.

A diligência foi atendida e executada por fiscal estranho ao feito que se manifestou pela manutenção da cobrança do valor remanescente de R\$ 62.638,20 indicado pelo autuante, haja vista que a intimação para apresentação das notas fiscais não foi plenamente atendida pelo autuado e as notas fiscais que foram apresentadas se referiam a unidades que não detinham laudos.

Encerrada a fase de instrução o processo retorna para julgamento pela JJF.

O julgador de piso em seu voto condutor incialmente discorre sobre a autuação e todas as fases processuais, inclusive ressalta as diversas diligências realizadas após a diligência à PGE que consagrou o entendimento que empresas prestadoras de serviços de telecomunicações tem direito ao crédito fiscal pelas entradas de energia elétrica efetivamente consumida no processo produtivo.

Ressalta após as diligências realizadas a cobrança remanescente se assenta na falta de apresentação de 5 notas fiscais de um total de 101 solicitadas pela fiscalização, bem como da não apresentação de Laudos Técnicos específicos para determinadas unidades.

Conclui que não resta dúvida acerca do direito ao crédito da energia elétrica consumida no processo produtivo da autuada, mas no que tange ao percentual do crédito a ser utilizado.

Assevera que existe jurisprudência no CONSEF através de diversos julgados, inclusive contra o próprio autuado, a exemplo dos Acórdãos N°s 0380-11/22-VD e 0324-11/22-VD, nos quais foram estabelecidos percentuais de aproveitamento do crédito de energia elétrica com base em Laudos Técnicos elaborados pela empresa AFAG Engenharia Ltda.

Aponta a existência nos autos, à fl. 145, de Laudo Técnico emitido pela empresa AFAG ENGENHARIA LTDA., emitido no mês de março/2014, antes, portanto, da autuação e dos períodos autuados, indicando que o percentual para aproveitamento pela empresa TIM CELULAR S/A de créditos fiscais decorrentes das aquisições de energia elétrica em relação aos seus estabelecimentos localizados no Estado da Bahia, corresponde a 99,02%, o mesmo já consignado no Acórdão nº 0324-11/22 acima citado e aceito pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Por fim, conclui como justa a aplicação do percentual de 98,51%, admitido pela autuante na fl. 119 em relação a uma das unidades integrantes da presente autuação, sobre os valores indicados no quadro de fl. 123, observando a proporcionalidade apurada pela mesma, remanescedo a autuação

no valor de R\$ 1.282,41 conforme abaixo demonstrado:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO - CRÉDITO PROPORCIONAL					
Mês Ano	VLR. AUTUADO	VLR. APÓS INF. FISCAL	IND. PROPOR.	VLR. EXCLUÍDO	DÉBITO JULGADO
mai/14	17.079,04	17.079,04	97,70%	16.686,22	392,82
jun/14	25.323,33	5.277,66	98,01%	5.172,63	105,03
jul/14	28.766,78	14.290,43	98,21%	14.034,63	255,80
ago/14	17.595,44	5.120,63	97,99%	5.017,70	102,93
set/14	18.723,49	5.220,60	97,87%	5.109,40	111,20
out/14	21.101,82	5.019,35	98,40%	4.939,04	80,31
nov/14	23.115,77	5.181,31	98,03%	5.059,24	122,07
dez/14	25.974,39	5.449,18	97,94%	5.336,93	112,25
TOTAL	177.680,06	62.638,20		61.355,79	1.282,41

Resta claro e inequívoco que o direito ao crédito do ICMS nas aquisições de energia elétrica a ser aplicada no processo produtivo por empresas prestadoras de serviço de telecomunicações é amplamente assegurado, contudo, seu aproveitamento tem como baliza as regras dispostas no art. 21, inc. II, da Lei Complementar 87/96.

Isto posto, tendo o CONSEF já pacificado o entendimento, inclusive em julgado contra a própria autuada, do acolhimento do percentual de crédito a ser aproveitado apontado por Laudo Técnico da empresa AFAG ENGENHARIA LTDA, não é razoável que se promova a glosa integral do crédito de um determinado estabelecimento tendo por fundamento a não apresentação de laudo específico para aquela determinada unidade.

Desta forma, acolho o entendimento do julgador de piso que decidiu por utilizar os índices de proporcionalidade aplicados pelo autuante em sua informação fiscal à fl. 119 e constante no Laudo Técnico à fl. 124, para os valores remanescentes constantes no RESUMO MENSAL DO CRÉDITO GLOSADO fl. 123.

Pelas razões de fato e de direito ora presentes no processo, não cabe reforma da decisão de piso.

Concluo e voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 298633.0022/16-0, lavrado contra TIM S. A. (INTELIG TELECOMUNICAÇÕES LTDA.), devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 1.282,41, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ERICK VASCONCELOS TADEU SANTANA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS