

A. I. N° - 300199.0001/04-5
AUTUADO - TELEMAR NORTE LESTE S/A
AUTUANTES - RICARDO RODEIRO MACEDO DE AGUIAR e EDISON LEMOS
ORIGEM - IFEP/METRO
INTERNET - 07. 12. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0475-04/04

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 01/01/02 a 31/12/06, de acordo com a LC 114/02. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 20/9/2004, cobra ICMS no valor de R\$11.526.060,46 acrescido da multa de 60% pela utilização indevida de crédito fiscal do imposto relativo à aquisição de energia elétrica por parte de empresa prestadora de serviço de comunicação.

O contribuinte apresentou defesa (fls. 16/24), através de advogados, atacando o lançamento fiscal, uma vez que a energia elétrica é utilizada diretamente na atividade do seu estabelecimento, caracterizando-se como insumo, sem o qual não seria possível a prestação do serviço de comunicação, sendo absurdo o estorno dos créditos fiscais dela oriundos.

Frisou que a energia elétrica utilizada pela empresa se submete a processo de industrialização, sem o qual não seria possível ultimar a prestação do serviço de comunicação, estando seu creditamento, desta forma, autorizado pelo art. 33, II da Lei Complementar nº 87/96. Ressaltou que a energia é transmitida através de equipamentos instalados dentro e fora de prédios, destinados a gerar, transformar e distribuí-la, atendendo às necessidades das centrais. Ela é transformada de corrente alternada para corrente contínua para alimentar os equipamentos de comutação, transmissão e comunicação de dados, sendo que, sem esta 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. Neste sentido fez um esboço do fluxo básico da utilização da energia para afirmar que incontestável era o direito de crédito relativo ao imposto que onera a energia elétrica adquirida pelo contribuinte na sua atividade, que passa por um complexo processo de transformação e o produto industrializado é a própria disponibilização do serviço de comunicação. Neste momento transcreveu parte do voto vencido proferido por este Colegiado (JJF nº 0302-01/02) onde existia o reconhecimento do processo de industrialização a qual se submete a energia para possibilitar a consecução do serviço de telecomunicação.

Observou que o STJ, inclusive, já havia se manifestado em caso semelhante, concedendo ao comércio direito de utilizar crédito de energia elétrica, que citou.

Destacou, em seguida, que a norma federal define os serviços de telecomunicações como "indústria básica". O art. 1º do Decreto nº 640/62 prevê que os serviços de telecomunicações, para todos os efeitos legais, são considerados indústria básica.

Portanto, como o crédito de ICMS pela empresa aproveitado refere-se à energia elétrica utilizada para a consecução do serviço de telecomunicação e que esta prestação consiste em um processo de industrialização, é equivocado o entendimento da Fazenda Estadual.

Prosseguindo com sua argumentação, disse que mesmo na absurda hipótese de que não se entendesse que a energia elétrica utilizada pela empresa autuada para prestar o serviço de telecomunicação não

passa por um processo de industrialização, o lançamento era de igual modo insubstancial, tendo em vista que ela é utilizada diretamente na sua atividade, caracterizando-se como matéria-prima, sem a qual não seria possível a prestação do serviço de comunicação, gerando direito a crédito, em respeito ao princípio da não-cumulatividade. Disse que o direito ao crédito de ICMS oriundo de insumos sempre foi permitido constitucionalmente, sendo que o Convênio nº 66/88 e a Lei Complementar nº 87/96 nunca os vedaram por serem essenciais à prestação do serviço. E a Lei Complementar nº 102/2000, ao acrescentar o inciso II, "b", ao art. 33 da nº LC 87/96, o que vedou foi à apropriação de créditos pela energia elétrica consumida em atividade-meio e não o aproveitamento dos seus créditos que constitua insumo, decorrente não da norma específica, mas da norma geral que atribui créditos por quaisquer insumos. Interpretação diversa conduziria à inconstitucionalidade da lei, tornando clara a insubstancialidade do lançamento.

Requereu a realização de perícia, formulando quesito, nomeou o seu assistente técnico, indicando seus dados pessoais e profissionais, e o cancelamento do Auto de Infração.

Os autuantes prestaram informação (fls. 85/90) discordando do entendimento defensivo de que a energia elétrica para a atividade do autuado se submete a processo de industrialização. Disseram que a energia elétrica nunca é consumida como tal, sempre passando por processo de transformação, a exemplo, como energia cinética e a energia luminosa. Assim, não se poderia considerar a transformação de energia elétrica em outra forma de energia como um "processo industrial", pois esse termo tem conotação própria no contexto do sistema tributário que, quando fala de industrialização está se referindo a transformação de uma matéria-prima em um novo produto industrializado, que circula como tal na cadeia de comercialização. A simples transformação de energia alternada em continua, para disponibilizar a prestação de um serviço de telecomunicações, não caracteriza industrialização, e sim a adequação do uso da energia às exigências dos equipamentos. Portanto, a atual redação da alínea "b" do inciso II do art. 33 da Lei Complementar nº 87/96 não permite o crédito de energia elétrica por estabelecimentos prestadores de serviços, redação essa inserida no inciso II do art. 93 do RICMS/97, com fundamento no Dec. 7.886 de 29/12/00 e Lei nº 7.710/00.

Acrescentaram à matéria em discussão de que a atividade de telecomunicação não se amolda a nenhuma das formas de industrialização, previstas na legislação específica do Imposto sobre Produtos Industrializados, que a legislação do ICMS vigente trata essa atividade como prestação de serviço de comunicação e o Decreto Federal nº 640 de março de 1962, não se encontra mais em vigor, desde a promulgação da Constituição de 1988, no seu artigo 155 Inciso II.

Quanto à alegação de que a energia elétrica é utilizada diretamente na atividade do estabelecimento autuado, caracterizando-se como insumo, ressaltaram que no que pese a sua impescindibilidade como insumo básico na prestação de serviços de comunicações, e o princípio basilar da não-cumulatividade inerente ao ICMS, a Lei Complementar nº 102/00, acrescentou o inciso II ao art. 33 da LC 87/96, limitando o direito ao crédito de ICMS decorrente da aquisição de energia elétrica.

Posicionando-se contrário ao requerimento feito pelo impugnante de perícia com o fito de provar a qualidade do insumo da energia elétrica, opinaram pela manutenção total do lançamento fiscal.

VOTO

A defesa requereu, formalmente, a realização de perícia, a fim de se determinar se a energia elétrica constitui um insumo essencial à atividade-fim da empresa. Nomeou seu assistente técnico e formulou o seguinte quesito, para que fosse respondido pelo perito a ser indicado: "A energia elétrica é essencial à prestação do serviço de comunicação, enquadrando-se, no conceito de principal insumo, sem o qual não é possível a prestação do respectivo serviço?"

Não considero necessária a realização de perícia neste caso, diante do meu entendimento sobre a matéria em questão que exponho em seguida. Portanto, de acordo com o art. 147, II, "b", do RPAF/97 a indefiro.

No mais, o Auto de Infração trata da exigência do crédito fiscal utilizado no estabelecimento autuado, prestador de serviço de telecomunicações. O impugnante construiu sua defesa em cima de duas teses. A primeira de que para consecução de sua atividade-fim, a energia elétrica passa por um processo de industrialização, de modo a possibilitar a prestação de serviço de telecomunicações. Na segunda, alegou que a energia elétrica caracteriza-se como matéria-prima (insumo), sem a qual não seria possível a execução de sua atividade. Deste modo, em respeito ao princípio basilar da não-cumulatividade do ICMS, gera direito a crédito fiscal.

Quanto ao primeiro ponto da defesa do sujeito passivo, ou seja, o processo por que passa a energia elétrica para a consecução de sua atividade ser considerado como industrialização é necessário que se enfoque o conceito de industrialização e de serviço de comunicação perante a legislação tributária.

O RICMS/97, no art. 2º trata da ocorrência do fato gerador nas operações internas, interestaduais e de importação e da ocorrência do fato gerador nas prestações de serviços de comunicação. Ressalto, neste momento, que o legislador distingue “operações” de “prestação de serviços”. No mesmo artigo, no seu § 5º, existe a definição do que seja industrialização para a norma tributária, como se segue:

§ 5º. Para efeito deste Regulamento, considera-se industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoe para o consumo, tais como:

I – transformação, assim entendida a que, executada sobre matéria-prima ou produto intermediário, resulte na obtenção de espécie nova;

II – beneficiamento, a que importe modificado, aperfeiçoamento ou, de qualquer forma, alteração do funcionamento, de utilização, do acabamento ou da aparência do produto;

III – montagem a que consiste na reunião de peças ou partes e de que resulte um novo produto ou unidade autônoma;

IV – acondicionamento ou reacondicionamento, ...

V – renovação ou recondicionamento, ...

E, ao definir a ocorrência do fato gerador nas prestações de serviços de comunicação (art. 4º, I, § 1º, do RICMS/97), expressamente diz:

Art. 4º. Nas prestações de serviços de comunicação de qualquer natureza, por qualquer processo, ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

I – da prestação onerosa de serviços de comunicação de qualquer natureza, inclusive na geração, emissão, transmissão, retransmissão, repetição, ampliação ou recepção de comunicação, por qualquer meio ou processo, ainda que iniciada ou prestada no exterior;

§ 1º. entende-se por comunicação, para os efeitos deste Regulamento, o ato ou efeito de gerar, emitir, transmitir, retransmitir, repetir, ampliar e receber mensagens acerca de determinado ato ou fato mediante métodos ou processos convencionados, quer através da linguagem falada ou escrita, quer através de outros sinais, sons, figuras, imagens signos ou símbolos, quer através de aparelhamento técnico sonoro ou visual, a exemplo dos serviços de telefonia, telex, telegrafia, fax, radiodifusão sonora, ou de imagens e televisão por assinatura, quando o caráter oneroso, isto é, sempre que a prestação consistir, por parte do prestador, numa obrigação de fazer, e, por parte do usuário do serviço, numa obrigação de dar.

Conforme explanado pelo impugnante, a empresa para prestar serviços de telecomunicações necessita de “sistema de telecomunicações”, formado por conjuntos de equipamentos, que para funcionar necessitam utilizar energia elétrica, transformada de média tensão para baixa tensão e, posteriormente transformada para tensão retificada em corrente contínua. Entretanto, a definição de industrialização na legislação tributária é a acima mencionada (mesma do Regulamento do IPI- Imposto sobre Produtos

Industrializados) ou seja, se determina com a transformação (executada sobre matéria-prima ou produto intermediário, para obtenção de espécie nova), o beneficiamento, a montagem, o acondicionamento ou reacondicionamento e a renovação ou recondicionamento de um produto. Já a prestação de serviço de comunicação tem por conceito a geração, a emissão, a transmissão, a retransmissão, a repetição, a ampliação ou recepção de comunicação, não sendo as duas confundidas.

Diante do aqui exposto, discordo da afirmativa de defesa de que os serviços de telecomunicações são considerados indústria básica, fundamentado na definição do artigo 1º do Decreto Federal nº 640/62 e não comungo com seu entendimento de que existe uma industrialização da energia elétrica na sua atividade-fim, nos moldes do que estabelece a Lei Complementar nº 87/96, alterada pela Lei nº 102/2000 e o RICMS/97.

Quanto ao segundo argumento da impugnação de que a energia elétrica é insumo na sua atividade, mesmo que se constate a imprescindibilidade dela como insumo na prestação de serviços de comunicações, e em observância ao princípio da não-cumulatividade inerente ao ICMS, a Lei Complementar nº 102/00, acrescentou o inciso II ao art. 33 da LC 87/96, limitando o direito ao crédito de ICMS decorrente da aquisição de energia elétrica, conforme expressa:

Art. 33, II. Somente dará direito ao crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

- a) quando for objeto de operação subsequente de saída da energia elétrica;
- b) quando for consumida no processo de industrialização;
- c) quando seu consumo resultar em mercadoria ou serviço objeto de operação ou de prestação para o exterior, na proporção destas em relação às operações e prestações totais;
- d) a partir de 1º de janeiro de 2003, nas demais hipóteses"

E a Lei nº 114, de 16/12/02, alterou a redação da alínea "d", para 1 de janeiro de 2007, com efeitos a partir de 17/12/02. A mesma redação foi inserida no art. 29 da Lei Estadual nº 7.014/96 e inciso II do artigo 93 do RICMS/97.

Neste contexto, não sendo o sujeito passivo revendedor de energia elétrica, nem industrial, nem, tampouco, prestador de serviço para o exterior, conforme conceito da norma tributária, só terá direito ao crédito a partir de 01/01/07 conforme disposto na alínea "d" do inciso II do art. 33 da LC 87/96, acrescentado pela LC 114/02.

Por derradeiro, ressalto que a controvérsia básica da lide trata da constitucionalidade da Lei Complementar nº 102/00, e da Lei nº 114/02, em face do argumento de que fere o princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS. Como não compete aos órgãos julgadores, foro administrativo, declarar a constitucionalidade da lei, conforme disposto no art. 167 do RPAF-BA, aprovado pelo Dec. 7.629/99, voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 300199.0001/04-5 lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.526.060,46**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de novembro de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR