

A. I. N.^º - 232882.0001/05-8
AUTUADO - EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A - EMBRATEL
AUTUANTES - EDINALDO AVELINO DE PAIVA, PAULO ROBERTO SILVEIRA MEDEIROS e
ABELARDO DE ANDRADE CARDOSO
ORIGEM - IFEP/METRO
INTERNET - 10/08/2005

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N^º 0285-01/05

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA.

a) SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES ADQUIRIDOS COMO CONSUMIDOR FINAL. A legislação estadual não incluiu, dentre as situações elencadas, o direito a utilização de crédito fiscal relativo à aquisição de serviços de telefonia destinados ao consumo final, seja por empresa prestadora de serviços de telecomunicações ou não. O autuado não comprovou que as aquisições estavam relacionadas à execução de serviços de sua atividade fim. **b).** ENERGIA ELÉTRICA. A Lei Complementar nº 102/2000 não incluiu, dentre as situações elencadas, o direito a utilização de crédito fiscal relativo à aquisição de energia elétrica, por empresa prestadora de serviços de telecomunicação, no período objeto do lançamento tributário. Este órgão julgador não tem competência para declarar a constitucionalidade da legislação tributária estadual. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/04/05, exige ICMS no valor de R\$806.802,88, em razão das seguintes irregularidades:

- 1- Utilização indevida de crédito fiscal do imposto, no valor de R\$112.240,84, referente a serviços de comunicação não vinculado a prestação seguinte da mesma natureza tributada pelo imposto. Serviços de comunicação adquiridos na condição de consumidor final de empresas que exploram este tipo de serviços, tudo apurado conforme anexo 01 e fotocópias dos livros Registros de Apuração do ICMS.
- 2- Utilização indevida de crédito fiscal do imposto, no valor de R\$694.562,04, relativo a aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação apurado conforme anexo 02 e fotocópias dos livros Registros de Apuração do ICMS.

O autuado, às fls. 28/45, apresentou defesa, impugnando o lançamento tributário, alegando que o Auto de Infração é improcedente, vez que a energia elétrica consumida e os serviços de comunicações, sejam esses prestados nas modalidades de telefonia fixa ou móvel, são insumos imprescindíveis para a consecução da atividade-fim da impugnante, razão pela qual seu direito ao crédito do ICMS é assegurado pela Constituição Federal e pela Lei Complementar nº 87/96 (e modificações posteriores), que jamais vedaram o creditamento decorrente da aquisição de insumos.

Aduz que, ainda assim não fosse, e que se entendesse aplicável ao caso os ditames introduzidos pela Lei Complementar nº 102/00, que, em uma análise apressada, restringe as hipóteses de creditamento do ICMS, não assiste razão à pretensão dos autuantes. Tal afirmação está calcada na própria Lei Complementar nº 102/00, que permite a utilização do crédito do ICMS incidente sobre os serviços de comunicações utilizados por empresas tais como a impugnante quando os mesmos tiverem sido “prestados na execução de serviços da mesma natureza”

Sustenta que, em verdade, os autuantes consideraram todos os serviços de comunicação tomados pelo autuado como dissociados da sua atividade-fim, o que, portanto, tornaria ilegítimo o aproveitamento dos créditos do ICMS decorrente da incidência desse imposto sobre tais serviços. Reitera que o aproveitamento de créditos do ICMS relativos à entrada de insumos – ou seja, aqueles serviços imprescindíveis para a consecução da atividade-fim de uma pessoa jurídica contribuinte do ICMS – é permitido tanto pela Constituição Federal, quanto pela Lei Complementar nº 87/96.

Assevera que, mesmo após a edição da Lei Complementar nº 102/00, que promoveu específicas alterações na Lei Complementar nº 87/96, o que o legislador vedou foi o aproveitamento de créditos do ICMS decorrente da aquisição de serviços de comunicação consumidos em atividade-meio, e não aqueles de serviços de comunicações utilizados como insumo imprescindível à determinada atividade empresarial. O aproveitamento de créditos decorrentes do ICMS incidente sobre serviços de comunicações consumidos pelo autuado, após a edição da Lei Complementar nº 102/00, ficou adstrito às seguintes hipóteses: I- quando os serviços de comunicações forem utilizados por estabelecimento que preste serviços da mesma natureza; e II – quando os serviços de comunicações utilizados/consumidos resultarem em operações de saída ou prestação para o exterior.

Transcreveu o art. 155, II e §2º, I, da Constituição Federal, com o intuito de abordar o princípio da não cumulatividade que deve ser aplicado ao ICMS. Assevera que a compensação é um direito do contribuinte do ICMS outorgado pela própria Constituição Federal.

Em seguida passou a especificar as finalidades dos serviços consumidos:

1 – Em decorrência das regras de universalização dos serviços de comunicações impostas pela ANATEL ao autuado, este deve implantar terminais de uso público (orelhões) nas mais remotas localidades do País. Para tanto, fez-se necessário a contratação de serviços de telefonia móvel e/ou via satélite junto às outras empresas prestadoras de serviços de comunicações, para que seja possível a instalação de um “orelhão” em determinada localidade.

2- Da mesma maneira, quando o autuado presta serviços de comunicações às plataformas petrolíferas ancoradas no recôncavo baiano, igualmente, ditas prestações de serviços dependem exclusivamente da contratação de serviços de telefonia móvel e/ou via satélite para o estabelecimento do canal comunicativo (transmissão de voz e dados) entre aquela e o cliente.

3- Ainda acerca dos serviços de telefonia móvel e/ou via satélite tomados pelo autuado de outras empresas, não se pode deixar de esclarecer que a manutenção da rede implantada ao longo do território da Bahia depende exclusivamente da comunicação entre os técnicos e engenheiros do autuado, que, na maioria das vezes, estão espalhados ao longo do circuito que a conecta aos clientes.

4- Já no tocante aos serviços de telefonia fixa, também em virtude daquelas regras de universalização do serviço, tem-se que o autuado utiliza serviços de comunicações prestados por outras empresas para instalar os seus “orelhões” em localidades mais próximas à capital (Salvador) – terminais de uso público.

5 – Mantém uma determinada quantidade de telefones fixos, contratados junto às demais empresas, com o objetivo de executar testes nos seus circuitos de comunicações, configurando uma das muitas formas que pelas quais é possível executar a manutenção da rede instalada.

Alega que, sob esse prisma, as limitações ao creditamento do ICMS incidente sobre serviços de comunicações utilizados pelo autuado não se aplicam na hipótese vertente, já que os mesmos têm natureza de insumos essenciais à consecução da atividade-fim, transcrevendo doutrinadores e jurisprudência, fls.35/36.

No tocante a infração 02, diz que não merece prosperar, pois em seu entendimento o autuante equivoca-se ao classificar como indevido o aproveitamento de créditos do ICMS incidente sobre a energia elétrica.

Transcreveu o art. 155, II e §2º, I, da Constituição Federal, para fundamenta seu argumento em relação ao princípio da não cumulatividade que deve ser aplicado ao ICMS.

Assevera que o legislador infraconstitucional pode conceder benefícios fiscais, tais como isenções ou reduções da base de cálculo, não tendo o poder, contudo, de limitar o aproveitamento dos créditos referentes às operações anteriormente praticadas. Transcreve o art. 33, II, da Lei Complementar nº 87/96, com redação dada pelas Leis nºs 102/2000, bem como o art. 93, II, do RICMS/97, dizendo que, a par da discussão sobre a constitucionalidade ou não das limitações neles previstas, a empresa continua tendo direito a se creditar dos valores referentes às aquisições de energia elétrica.

Alega que a referida energia elétrica é utilizada em um processo típico de industrialização, transformação da energia elétrica em sinal de telecomunicações, envolvendo aspecto estritamente técnico, absolutamente alheio ao conhecimento de qualquer Tribunal Administrativo ou Judicial, razão pela qual requer a realização de diligência e transcrevendo doutrinadores e jurisprudência, fls.40/42.

Reitera pedido de perícia/diligência, apresentando os seguintes quesitos:

1 – os serviços de comunicações são utilizados, pelo autuado, como meio de consecução da sua atividade-fim (prestados de serviços de comunicações)?

2- levando-se em consideração as Notas Fiscais de Serviços de Telecomunicações - NFST, utilizados pelos autuantes como base para a lavratura do Auto de Infração, é possível ser determinado em que locais estão instalados/disponibilizados os serviços de comunicações consumidos pelo autuado (telefonia fixa, telefonia móvel e telefonia via satélite)?

3- levando-se em consideração as Notas Fiscais de Serviços de Telecomunicações - NFST, utilizados pelos autuantes como base para a lavratura do Auto de Infração, é possível ser determinado se os serviços de comunicações consumidos pelo autuado (telefonia fixa, telefonia móvel e telefonia via satélite) guardam alguma relação com os serviços de comunicações por ela prestados?

Salienta que, em caso análogo, o Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública de Salvador/BA, nos autos de Embargos à Execução nº 140.03.027044-5, também opostos pelo autuado, determinou a realização de perícia técnica.

Ao finalizar, reiterou o pedido de diligência e requereu a improcedência da autuação.

Os autuantes ao prestarem a informação fiscal, fls. 52/58, ressaltam que existe jurisprudência do CONSEF/BA, sobre o consumo de serviço de comunicação não vinculado à prestação seguinte da mesma natureza tributada pelo imposto, usada ou consumida pelos estabelecimentos prestadores de serviços de telecomunicações, como pode ser verificado no Acórdão de nº 0461-01/04.

Salientam que a impugnante não tem direito de utilizar os créditos referentes às aquisições de serviços de comunicação, objeto da presente autuação, pois os mesmos não estão vinculados diretamente à prestação de serviço de comunicação subsequente, conforme esclarecido nos quesitos formulados pelo autuado no pedido de perícia abaixo, requisito previsto no RICMS, art. 97, II, “a”, do Dec. 6.284/97.

Em relação aos quesitos formulados pelo impugnante no pedido de perícia/diligencia fiscal, apresentaram as seguintes respostas:

- a) “os serviços de comunicação são utilizados, pelo impugnante, como meio de consecução da sua atividade-fim (prestação de serviços de comunicações)?” Responderam que não, pois conforme demonstrados nas folhas 59 a 97, as NF’s se referem a assinatura não residencial, bem como relacionam várias ligações cotidianas da atividade administrativa da impugnante
- b) Através das NFST’s é possível ser determinado em que locais estão instalados/disponibilizados os serviços de comunicações consumidos pelo autuado (telefonia fixa, móvel e via satélite)? Responderam que sim, pois a NFST tem a localidade onde está instalado o equipamento fixo: Vésper e Telemar; serviços móveis: a TIM, a Telebahia Celular e o serviço via satélite: a Global Star, pela sua própria natureza de ser móvel só há o endereço do consumidor, conforme relacionado separadamente nas folhas 59, 60, 64 a 73 telefonia fixa, nas folhas 63, 74 a 97 telefonia móvel celular e nas folhas 61 e 62 a telefonia global móvel por satélite.
- c) “levando-se em consideração as Notas Fiscais de Serviços de Telecomunicações (“NFST”), utilizados pelas D. Autoridades fiscais como base para a lavratura do Auto de Infração, é possível ser determinado se os serviços de comunicações consumidos pela IMPUGNANTE (telefonia fixa/ telefonia móvel/telefonia via satélite) guardam alguma relação com os serviços de comunicações por ela prestados?” Responderam que, considerando-se o tipo de serviço na NFST, cujos mesmos não tem correlação com serviço prestado pela IMPUGNANTE e sim com o uso administrativo da mesma, conforme demonstrado nas NFST’s anexo ao auto: ligações a cobrar (fl.75), uso em viagem no Brasil (fl. 68), deslocamento (fl.67), assinatura não residencial, alíquota destaca de 27% (Telefone Público é 25%), ligações quotidianas conforme dito na aliena “a” anterior.

Em seguida, opinaram pela improcedência da perícia/diligência fiscal, diante da inexistência de erros em função da não comprovação dos mesmos por parte do impugnante, que não apresentou em sua impugnação nenhuma prova contrária aos itens relacionados nas folhas 59 a 97, base para a autuação, que teriam correlação com os serviços de comunicação prestados, e diante da possibilidade de análise dos fatos conforme acima descrito nos itens “a” a “c” e em função da inexistência dos requisitos mínimos exigidos pelo art. 123, § 3º, do RPAF, bem como pelo exaurimento dos quesitos formulados pela impugnante, havendo a preclusão do direito de anexar prova documental, conforme o art. 123, § 5º, do mesmo regulamento.

Em relação a infração 02, esclarecem que no presente PAF foi considerado o crédito de energia elétrica efetivamente utilizado e lançado no registro de apuração do ICMS no período de abril/04 a

dezembro/04, abatidos os estornos de créditos, sobre o consumo de energia elétrica, lançados no mesmo período.

Cita que existe jurisprudência neste CONSEF, sobre a utilização do crédito fiscal de energia elétrica usada ou consumida pelos estabelecimentos prestadores de serviços de telecomunicações, como pode ser verificado nos Acórdãos JJF N°s 0298-01/02 e 0344-04/04.

Em relação ao argumento de que a atividade em questão consiste em industrialização, dizem que a legislação vigente trata a atividade como prestação de serviços de comunicação. Informam que a Lei nº 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, em seu art. 60, conceitua o serviço em comento na forma abaixo transcrita:

Art. 60. Serviço de telecomunicação é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementar, inclusive terminais portáteis.

Acrescentam que tal atividade não se amolda a nenhuma das formas de industrialização previstas na legislação específica do imposto sobre produtos industrializados. Ao final, ao não considerarem a atividade em questão como industrialização para efeito da legislação tributária vigente, pedem a procedência do Auto de Infração.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 87/96, informam que não lhes cabe tal análise.

Ao finalizarem, opinam procedência do Auto de Infração.

Às fls. 313/315, em nova manifestação o autuado mantém os argumentos anteriores.

VOTO

O presente processo exige ICMS, em razão da utilização indevida de crédito fiscal do imposto, referente a serviço de comunicação não vinculado a prestação seguinte da mesma natureza tributada pelo imposto, adquiridos na condição de consumidor final de empresas que exploram este tipo de serviços (infração 1) e razão da utilização indevida de crédito fiscal do imposto, relativo a aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação (infração 2)

Em sua peça defensiva, o autuado inicialmente arguiu inconstitucionalidade da legislação infraconstitucional ao restringir a utilização do crédito fiscal do ICMS, amparando sua tese no princípio da não cumulatividade, asseverando que a compensação é um direito do contribuinte.

Ocorre que, o art. 167, I, do RPAF/99, estabelece que:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;”

Assim, não cabe aos órgãos julgadores administrativos, sejam Juntas, Câmaras ou, ainda, a Câmara Superior, analisar questões relativas à constitucionalidade ou não da legislação tributária do Estado da Bahia ou de qualquer outra legislação nacional.

Outra questão preliminar que passo a analisar, antes de adentrar ao mérito da autuação é o pedido de diligência/perícia formulado pelo autuado.

O Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999, em seu artigo 123, assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.

Estabelece, ainda, o supra cita artigo, em seu § 1º que a matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez e, a depender da evidência de erros ou da complexidade da matéria em questão, a defesa poderá requerer a realização de diligência ou perícia fiscal, nos termos do art. 145, conforme previsão constante no § 3º, no mesmo artigo.

Entretanto, embora o autuado tenha apresentado defesa no prazo previsto na legislação, o mesmo não acostou aos autos qualquer prova de erros cometidos pelos autuantes, assim como, entendo que a matéria não é complexa a ponto de requerer a realização de diligência ou perícia. Ademais, os elementos constantes nos autos do presente PAF são suficientes para formação de minha convicção, razão pela qual indefiro os pedidos de diligência e de perícia.

No tocante ao mérito da infração 01, o sujeito passivo, em sua impugnação, alega que os créditos utilizados são decorrentes de aquisição de serviços relacionados com a atividade fim da empresa, porém, não apresentou provas de sua alegação, conforme prevê o já mencionado artigo 123, do RPAF/99. Por sua vez, o artigo 143, do mesmo regulamento estabelece que:

“Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”

Por outro lado, os autuantes responderão ao 1º quesito formulado pelo impugnante, esclarecendo que os serviços de comunicação não são utilizados pelo autuado como meio de consecução da sua atividade-fim, pois, conforme demonstrados nos documentos anexados ao Auto de Infração, as NT's se referem a assinatura não residencial, bem como relacionam várias ligações cotidianas da atividade administrativa da impugnante, assim, ligações a cobrar, uso em viagem no Brasil e deslocamento.

Efetivamente, ao compulsar os autos do presente processo contei que, de fato, os autuantes agiram corretamente, uma vez que os serviços acima elencados encontram-se relacionados à atividade administrativa do autuado.

Nesta situação, o artigo 97, II, “a”, do RICMS/97, veda a utilização do crédito fiscal objeto da presente lide, para um melhor entendimento transcrevo o referido dispositivo:

“Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados, qualquer que seja o regime de apuração ou de pagamento do imposto:

...

II - quando, salvo disposição em contrário, no caso de utilização de serviço de transporte interestadual ou intermunicipal ou de comunicação, o serviço não estiver vinculado:

- a) a prestações seguintes da mesma natureza, tributadas pelo imposto; ”*

Assim, entendo quem a infração 01 restou caracterizada.

Relativamente ao mérito da infração 02, o autuado, em sua defesa, citou o art. 93, II, do RICMS/97, dizendo que, a par da discussão sobre a constitucionalidade da legislação, a empresa continua tendo direito a se creditar dos valores referentes às aquisições de energia elétrica, por considerar que a mesma é utilizada em um processo típico de industrialização, pois é empregada para a realização das atividades de geração, transmissão e recepção de telecomunicações, ou seja, entende que a transformação realizada (energia elétrica em sinal de telecomunicações) se caracteriza como um processo de industrialização.

Todavia, concordo com o posicionamento dos autuantes, quando entendem que a legislação vigente trata a atividade desenvolvida pelo autuado como prestação de serviços de comunicação, e não como industrialização como pretende o impugnante.

Como bem citaram os prepostos fiscais, a Lei nº 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, em seu art. 60, conceitua o serviço, o qual transcrevo para um melhor entendimento:

“Art. 60. Serviço de telecomunicação é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementar, inclusive terminais portáteis”.

Ademais, a atividade desenvolvida pelo sujeito passivo não se amolda a nenhuma das formas de industrialização previstas na legislação específica do imposto sobre produtos industrializados.

Em relação a matéria em lide, transcrevo parte do Voto exarado no Acórdão JJF nº 0298-01/02, o qual reflete a posição dominante neste CONSEF, já que mantida em decisão de 2ª instância, através do Acórdão CJF nº 0429-11/02:

“VOTO

[...]

O RICMS/97, nos seus arts. 2º e 4º, 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.

No art. 2º, do citado regulamento, que cuida da Ocorrência do Fato Gerador nas Operações Internas, Interestaduais e de Importação, o legislador se refere a Operações,

e não, a Prestações de Serviços. Também, neste mesmo artigo, precisamente, no § 5º, que o legislador define o que seja “Industrialização” como sendo: (grifo meu)

§ 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 aperfeiçoamento 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, ...

Ao tratar da Ocorrência do Fato Gerador nas Prestações de Serviços de Comunicação, no art. 4º, I, § 1º, do RICMS/97, o legislador define o seguinte:

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.

Examinando os elementos constitutivos do presente processo, verifica-se que o impugnante para prestar serviços de telecomunicações é necessário possuir estação de telecomunicação e estas estações são formadas por conjuntos de equipamentos ou aparelhos. Tais aparelhos para o seu funcionamento necessitam utilizar energia elétrica, por ser elemento imprescindível na execução dos serviços de telecomunicações a seus clientes, mediante a geração, emissão, transmissão e recepção de comunicação, demonstrando que, sem a energia elétrica, não é possível a execução dos serviços de comunicação; no entanto, a Lei Complementar nº 102/2000 restringiu o direito ao uso do crédito fiscal nas aquisições de energia elétrica, especificando, de forma objetiva, quais as situações em que o crédito fiscal do ICMS relativo a energia elétrica pode ser utilizado na apuração da conta corrente fiscal.

Como dito anteriormente, na conceituação dada pelo autuado, este entende que a energia elétrica adquirida é consumida no processo de industrialização. Neste sentido, os argumentos do defensor não apresentam correlação com os conceitos definidos pela legislação tributária (RICMS/97) do que seja “industrialização para fins tributários”, já que a prestação de serviço de comunicação tem por conceituação a geração, a emissão, a transmissão, a retransmissão, a repetição, a ampliação ou recepção de comunicação; já o processo de industrialização se determina com: a transformação, o beneficiamento, a montagem, o acondicionamento ou reacondicionamento e a renovação ou reconhecimento. Assim, gerar tem a significação de “dar existência a”, enquanto que transformar é o mesmo que “dar nova forma a”. Também, o §5º, I, do art. 2º do RICMS/97, ao conceituar o que seja industrialização pelo processo de transformação, dispôs o seguinte: “transformação, assim entendida a que, executada sobre matéria-prima ou produto intermediário, resulte na obtenção de espécie nova”.

O conceito, em relação à utilização dos créditos fiscais na aquisição de energia elétrica, dado através da Lei nº 7.710/00 que reproduziu a Lei Complementar nº 102/2000, só permite o direito à utilização do crédito fiscal, nas aquisições de energia elétrica, aqueles casos elencados na citada Lei. Descaracterizado, portanto, os argumentos defensivos quanto ao uso do crédito fiscal, objeto da lide, haja vista que as prestações de serviços de telecomunicação não são obtidas mediante processo de industrialização, nos moldes do que estabelece a Lei Complementar nº 102/2000, a Lei nº 7.710/96, que reproduz os termos da Lei Complementar e o RICMS/97, com as alterações, mediante Dec. nº 7.886/00. Assim, mantenho a acusação fiscal.”

Portanto, como a hipótese de utilização do crédito fiscal, prevista no art. 93, II, “a”, item 2, do RICMS/97, refere-se ao valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento, porém somente quando consumida no processo de industrialização. Assim, entendo correta a exigência fiscal.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232882.0001/05-8, lavrado contra **EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A - EMBRATEL**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ R\$806.802,88**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de agosto de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

MARCELO MATTEDEI E SILVA – JULGADOR