

A. I. Nº - 333006.0002/10-4
AUTUADO - TIM NORDESTE S.A.
AUTUANTES - JOSÉ MARIA BONFIM COSTA e ROSALVO RAMOS VIEIRA FILHO
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 07.07.2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0195-01/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. ENERGIA ELÉTRICA. GLOSA DO CRÉDITO. A prestação de serviços de telecomunicação não constitui processo de industrialização. É vedada a utilização do crédito fiscal de energia elétrica usada ou consumida pelos estabelecimentos prestadores de serviços de telecomunicações, até 01/01/2020, de acordo com o artigo 33, inciso I, da LC nº 87/1996, alterado pela LC nº 138/2010. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração reconhecida. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE CONSUMO. Infração não contestada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 27/12/2010 para exigir ICMS, no valor de R\$767.258,92, acrescido de multa de 60%, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 1 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação, nos meses de julho a dezembro de 2009. Foi lançado imposto no valor de R\$ 756.715,04.

Infração 2 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de materiais destinados ao uso e consumo do próprio estabelecimento, nos meses de maio e agosto de 2009. Foi lançado imposto no valor de R\$ 289,37.

Infração 3 – Recolheu a menos ICMS devido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas à comercialização, nos meses de janeiro a junho e agosto a novembro de 2009. Lançado imposto no valor de R\$ 10.254,51.

Por meio de advogado legalmente constituído, o autuado apresenta defesa (fls. 58 a 66) e, inicialmente, reconhece, como procedente, a exigência fiscal referente às infrações 2 e 3.

Preliminarmente, suscita a nulidade do lançamento quanto à infração 1, por ofensa ao princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS.

Explica que se dedica à prestação de serviços de telecomunicações e, para a consecução do seu objeto social, se vale de diversos insumos, dentre os quais a energia elétrica consumida na prestação de serviços de telecomunicações, em relação a qual apropria créditos de ICMS. Afirma que a glosa desses créditos viola o princípio da não cumulatividade, que constitui um limitador ao poder de tributar dos Estados e do Distrito Federal em matéria de ICMS.

Tece considerações sobre a não cumulatividade do ICMS, cita o disposto no artigo 155, §2º, I, da Constituição Federal, e no artigo 20 da Lei Complementar 87/96. Ressalta que, especificamente em relação à energia elétrica, esse direito foi limitado pela Lei Complementar nº 102, de 11 de julho de

2000, que modificou a redação do citado artigo 20 da LC 87/96. Aduz que as previsões de utilização de crédito fiscal de ICMS decorrente de entrada de energia elétrica foram reproduzidas no inciso III do §1º do artigo 29 da Lei do Estado da Bahia nº 7.014/96, com redação dada pela Lei do Estado da Bahia nº 7.710/00. Menciona que a constitucionalidade dessas limitações ao direito de utilização de crédito fiscal referente a energia elétrica é objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 2.325-0/DF, ainda pendente de decisão final. Frisa que, mesmo que tais limitações sejam consideradas constitucionais, elas não são fundamento suficiente para impedir a apuração de créditos, pelo autuado, em relação à energia elétrica consumida na prestação do serviço de telecomunicação.

Explica que as prestações de serviço de comunicação se dão da seguinte forma: a voz do emissor (ondas mecânicas = energia bruta) é transformada em ondas eletromagnéticas, para serem transmitidas no ar; o autuado produz a “conexão” necessária para a realização da transmissão das ondas eletromagnéticas; e, ao chegarem ao receptor, as ondas eletromagnéticas são novamente transformadas em ondas mecânicas (som da voz).

Esclarece que, por sua vez, as conexões que produz são estabelecidas do seguinte modo: a energia elétrica que trafega por um condutor provoca o aparecimento do campo magnético; o campo magnético, que oscila dentro de um intervalo, provoca o aparecimento de uma onda eletromagnética; a conversão da energia elétrica em onda eletromagnética é feita através do equipamento de rádio; e as ondas eletromagnéticas (as ondas de telefones) são radiações eletromagnéticas produzidas pela passagem de corrente elétrica, e se propagam através das estruturas guiantes (fios e cabos), antenas e rádios.

Sustenta que, desse modo, os serviços de telecomunicações consubstanciam verdadeiro processo de industrialização, que transforma a energia elétrica em “conexões”, através das quais são transmitidas ao receptor as mensagens oriundas do emissor. Para robustecer esse seu entendimento, cita doutrina, segundo a qual *a prestação dos serviços de telecomunicação é também o resultado de um processo, equiparável, em seus fundamentos, ao de industrialização*.

Para demonstrar a importância da energia elétrica nesse citado processo, transcreve trecho de laudo do Instituto Nacional de Tecnologia (INT), o qual conclui que, em relação aos serviços prestados pelo autuado, *este Instituto é de opinião que a utilização da energia elétrica em serviços de telecomunicação é de essencial importância na geração e transmissão de ondas eletromagnéticas*.

Assevera que, por consubstanciar um verdadeiro processo de industrialização, do qual a energia elétrica é o principal insumo, não há como se impedir a apuração e a utilização dos respectivos créditos de ICMS. Para corroborar sua assertiva, cita jurisprudência do STJ que se posicionou pela possibilidade de utilização de crédito de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica consumida no processo industrialização.

Ao finalizar sua peça defensiva, o autuado solicita que seja anulado o lançamento tributário quanto à infração 1.

Os autuantes prestam a informação fiscal (fls. 82 a 84) e, após uma breve descrição dos fatos, afirmam que a atividade da TIM NORDESTE S.A. não pode ser classificada como industrial, pois essa empresa não produz e não vende nenhum produto aos seus consumidores. Dizem que, na verdade, o autuado é um prestador de serviço, que tem como objeto proporcionar aos seus consumidores os meios necessários à realização do serviço de telecomunicação. Asseveram que, para que o autuado tivesse direito ao crédito do ICMS de forma equiparada à industrialização, seria necessária a existência da saída física de um produto final de seu estabelecimento, o que dizem não ocorrer no caso das comunicações.

Mencionam que, no âmbito de suas atribuições, não se incluem a discussão acerca de questões constitucionais, uma vez que devem obediência à legislação vigente do ICMS, sob pena de responsabilidade funcional.

Asseveram que é pacífico o entendimento que prestação de serviço de comunicação não é um processo de industrialização e, portanto, não faz jus ao crédito fiscal correspondente à energia elétrica, conforme o disposto no art. 93, II, “b”, do RICMS-BA, no art. 29, §1º, III, “b”, da Lei nº 7014/96, e no art. 33, II, “d”, da Lei Complementar nº 87/96, todos determinando que a energia elétrica só gera créditos quando usada em processos de industrialização. Para respaldar sua assertiva, transcrevem a ementa e o voto referente ao Acórdão CJF Nº 0040-12/11, que tratou de idêntica matéria.

Ao finalizar a informação fiscal, os autuantes mantêm a ação fiscal em sua totalidade e solicitam que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Às fls. 86 e 87, constam extratos do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária), referente ao pagamento de parte do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em epígrafe é composto por três infrações. Em sua defesa, o autuado expressamente reconhece a procedência da exigência fiscal relativamente às infrações 2 e 3. Dessa forma, não há controvérsia em relação a essas duas infrações e, portanto, são procedentes.

A infração 1 trata da utilização de crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de energia elétrica utilizada na prestação de serviço de comunicação, nos meses de julho a dezembro de 2009.

Em sua defesa, o autuado suscita a nulidade do lançamento quanto à infração 1, argumentando que a glosa dos créditos fiscais em questão afronta o princípio constitucional da não cumulatividade.

Conforme foi bem demonstrado na própria defesa, a Lei Complementar 87/96, com a redação vigente à época dos fatos, previa no seu artigo 33, II, que só daria direito a crédito fiscal a entrada de energia elétrica no estabelecimento quando: *a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica; b) quando consumida no processo de industrialização; c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e d) a partir de 1º de janeiro de 2011, nas demais hipóteses.* Em consonância com esse dispositivo, a Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96, no seu artigo 29, §1º, III, reproduz essa mesma previsão contida na LC 87/96. Ressalto que, posteriormente, esse prazo previsto na alínea “d” foi prorrogado para 2020, através da Lei Complementar nº 138/2010.

Quanto à constitucionalidade dessa limitação do direito à utilização de crédito fiscal decorrente da entrada de energia elétrica, ressalto que não cabe a este órgão julgador administrativo, ao teor do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99), apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual. Não é, portanto, este o foro competente para analisar se a legislação tributária estadual viola ou não o princípio constitucional da não cumulatividade.

O autuado sustenta que a sua atividade consubstancia um verdadeiro processo de industrialização, do qual a energia elétrica é o principal insumo e, portanto, tem direito ao referido crédito fiscal. Para corroborar sua tese, cita doutrina, reproduz trecho de laudo do Instituto Nacional de Tecnologia e transcreve doutrina.

Não vislumbro como acolher a tese defensiva de que a atividade do autuado caracteriza um processo de industrialização. O disposto no parágrafo único do artigo 46 do Código Tributário Nacional prevê que se considera industrializado *o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.* Da atividade desenvolvida pelo autuado não resulta um produto e, muito menos, um produto que tenha

tido a sua natureza ou finalidade modificada ou aperfeiçoada para o consumo. O autuado não produz informações, apenas presta o serviço de transmitir informações. Não considero razoável se querer estender o serviço de telecomunicação a ponto de classificá-lo como um processo industrial.

A doutrina abalizada citada pelo autuado em defesa de sua tese sustenta que *a prestação dos serviços de telecomunicação é também o resultado de um processo equiparável, em seus fundamentos, ao de industrialização.*

Respeitosamente divirjo do entendimento defendido pelos ilustres doutrinadores, pois é um posicionamento que colide com o preciso conceito de industrialização contido no CTN. Ademais, quando a LC 87/96 e a Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96 prevêem o direito a crédito fiscal referente a energia elétrica *consumida no processo de industrialização*, elas não se referem a processos *equiparáveis ao de industrialização*.

O laudo do Instituto Nacional de Tecnologia citado na defesa chega à conclusão de *que a utilização da energia elétrica em serviços de telecomunicação é de essencial importância na geração e transmissão de ondas eletromagnéticas.*

Também creio que efetivamente a energia elétrica é de essencial importância na prestação do serviço de telecomunicação, assim como também o é na prestação de incontáveis outros serviços. Todavia, apenas ser essencial não basta para enquadrar o autuado como industrial.

A jurisprudência do STJ citada na defesa, também não socorre o autuado, pois ali consta que “*o contribuinte tem direito ao creditamento de ICMS se comprovar ter utilizado a energia elétrica no processo industrial.* Trata-se, portanto, de uma decisão que não guarda correlação com o caso em análise, uma vez que o autuado não se classifica como industrial.

Corroborando o entendimento de que o autuado não pratica processo de industrialização, ressalto que a prestação de serviços de telecomunicação é regida pela Lei Federal nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), sendo que essa referida Lei trata essa atividade como prestação de serviços e, em nenhum momento, diz que se trata de um processo industrial.

Por fim, saliento que idêntica matéria foi tratada no Acórdão CJF Nº 0040-12/11, cuja ementa transcrevo a seguir:

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA. GLOSA DO CRÉDITO. É vedado a utilização do crédito fiscal de energia elétrica usada ou consumida pelos estabelecimentos prestadores de serviços de telecomunicações, no período de 01/01/06 a 31/03/06, de acordo com a LC Nº 102/00, referendada pela Lei nº 7710/00, e alterações. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **333006.0002/10-4**, lavrado contra **TIM NORDESTE S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$767.258,92**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, VII, “a” e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de junho de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR