

PROCESSO - A. I. N.^º 380214.0001/11-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA.
RECORRIDOS - GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJJ nº 0267-03/11
ORIGEM - IFEP/SERVIÇOS
INTERNET - 01.04.2013

3^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0098-13/13

EMENTA: ICMS. 1. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. PRESTAÇÕES TRIBUTÁVEIS EFETUADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. SERVIÇOS-MEIO E DE VALOR ADICIONADO. Contribuinte aderiu ao benefício fiscal previsto na Lei n^º 12.369/11, renunciando da discussão, inclusive judicial, reconhecendo e recolhendo o valor de parte da exigência. Restabelecida parte da exação. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) ENERGIA ELÉTRICA. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. A prestação de serviços de telecomunicação não constitui processo de industrialização, sendo vedada a utilização do crédito fiscal de energia elétrica usada ou consumida pelos estabelecimentos prestadores de serviços de telecomunicações. Restabelecida a exigência. Modificada a Decisão recorrida; b) AQUISIÇÃO DE BENS PARA O ATIVO PERMANENTE. Item nulo por falta de certeza e liquidez da exigência. Mantida a Decisão. 3. LIVROS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÕES DE BENS NO REGISTRO DE ENTRADAS. OPERAÇÕES SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Comprovada a escrituração de parte das notas fiscais. Razões recursais insuficientes para modificar a Decisão. Recurso de Ofício PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão por maioria. Recurso Voluntário NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão n^º 0267-03/11, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado que inconformado com a referida Decisão, tempestivamente, apresenta a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o débito de R\$ 521.500,86, em razão das irregularidades, a saber:

1. Recolheu a menos o ICMS relativo à prestação de serviços de comunicação, no valor de R\$ 274.061,27, inerente aos meses de agosto a dezembro de 2008, referente às prestações de serviço de telecomunicações no período, decorrentes de operações tributadas (alíquota de 27%) consideradas como não tributadas pelo contribuinte, conforme planilhas às fls. 42 a 49 dos autos;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 4.878,01, em 31/12/2008, relativo a aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação, conforme planilha à fl. 50 do PAF;

3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 2.683,61, em 30/09/2008, relativo a mercadorias adquiridas para integrar ao ativo permanente, conforme planilha à fl. 51 dos autos;
4. Multa de R\$ 239.597,97, correspondente ao percentual de 10% sobre o valor comercial das mercadorias sujeitas a tributação, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, conforme planilha às fls. 52 e 53 dos autos;
5. Multa de R\$ 140,00, por ter o contribuinte escriturado livro Registro de Entradas em desacordo com as normas regulamentares;
6. Multa de R\$ 140,00, por ter o contribuinte escriturado livro Registro de Apuração do ICMS em desacordo com as normas regulamentares.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 93.814,26, diante dos seguintes entendimentos:

Quanto à primeira infração, a JJF concluiu que foi juntada, à fl. 401, cópia de Certidão expedida pela Secretaria das Sessões Cíveis de Direito Público e de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, certificando que os autos do Mandado de Segurança nº 3636-3/2009, da Comarca de Salvador, tendo como partes a Global Village Telecom Ltda. (Impetrante) e o Exmo. Sr. Secretário da Fazenda do Estado da Bahia (Impetrado), foram julgados em 23.7.2009, tendo a segurança sido concedida à unanimidade, e sendo posteriormente publicado o acórdão em 28.7.09, “sem a interposição de Recurso pelas partes litigantes, e em 01.09.2009 transitado em julgado o v. *decisum*”. Assim, em face disso, não há mais o que discutir ou decidir, devendo-se proceder ao cumprimento do que foi decidido pelo Poder Judiciário, restando extinta a lide relativamente ao 1º lançamento deste Auto de Infração, nos termos do art. 122, II, do RPAF/99, o qual prevê que o processo administrativo fiscal *se extingue* em face de Decisão judicial transitada em julgado contrária à exigência fiscal.

Inerente à segunda infração, a qual diz respeito a crédito fiscal de energia elétrica utilizado por empresa prestadora de serviço de comunicação, a conclusão da JJF é de que *sem energia elétrica não há serviço de telecomunicação*. Insumo e produto constituem fenômenos interdependentes. Para haver o produto, na situação em análise, é absolutamente imprescindível o emprego do insumo em discussão. O produto final (comunicação) é tributado. Logo, é inarredável o direito ao crédito do insumo, sob pena de afronta à regra da não-cumulatividade. Aduz que, de acordo com a atual Constituição, o critério da não-cumulatividade nasce *pronto e acabado* da própria Constituição, cabendo à lei complementar apenas *disciplinar a forma* como se deva efetuar a compensação do tributo.

Ressalta que o autuado anexa laudos técnicos para certificar que a energia elétrica é essencial na prestação de serviço de telecomunicação, constituindo insumo sem o qual é impossível aquele serviço, pois a energia elétrica é materialmente consumida pelas centrais de comutação e controle, que transformam a energia em corrente contínua e em ondas eletromagnéticas e radioelétricas, convertidas em sons nos aparelhos de telefonia, permitindo a comunicação, ensejando num caráter industrial dos serviços de telecomunicação, tomando por base o art. 33, II, “b”, da Lei Complementar nº 87/96, na redação dada pela Lei Complementar nº 102/00, uma vez que, com base no conceito de industrialização, observa que para viabilizar o serviço de telecomunicação ocorre a alteração da natureza (transformação) e da finalidade da energia elétrica, do que salienta que o art. 1º do Decreto (federal) nº 640/62 define, “para todos os efeitos legais”, os serviços de telecomunicações como sendo uma modalidade de indústria.

Entende o órgão julgador que, no caso em exame, a legislação prevê o direito ao crédito da energia elétrica para empresas de telecomunicações, pois prevê, expressamente, o direito ao crédito dos insumos empregados na industrialização (RICMS/97, art. 93, II, “a”, 2), cujo conceito de industrialização (art. 2º, § 5º) constituem a transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento ou renovação de quaisquer bens, do que aduz que a legislação não diz que o bem deva ser necessariamente uma coisa visível ou palpável. Por conseguinte, a “geração” de

comunicação constitui um processo de industrialização. Assim, concluiu ser indevida a glosa do crédito fiscal de que cuida o 2º lançamento deste Auto de Infração.

Em relação à terceira infração, relativa à utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente, a JJF diz *na aquisição de bens destinados ao ativo permanente é legítimo o crédito do imposto*. Aduz que, no campo “Descrição dos fatos” os autuantes se limitam a dizer “crédito indevido – nota fiscal (Planilha nº 3 em anexo)”. A planilha, que se encontra à fl. 51, apenas contém os elementos numéricos da Nota Fiscal 10541, indicando o CNPJ e a inscrição do emitente. Na coluna da descrição do produto consta “PROCESS”.

Por sua vez, a defesa, igualmente de forma vaga, dá a entender que teria havido um pagamento de imposto indevido, relativo a uma operação que não seria passível de tributação pelo ICMS, por alguma razão não esclarecida, e o crédito teria sido utilizado para anular o que havia sido pago indevidamente.

Assim, concluiu o órgão julgador que o lançamento do item 3º é nulo, por falta de certeza e liquidez, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF.

No tocante à quarta infração, a qual se exige multa, prevista no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96, por ter o contribuinte deixado de registrar na escrita fiscal a entrada de mercadorias em seu estabelecimento, restou comprovado o registro de várias notas fiscais tidas como não registradas, tendo *os fiscais refeitos os demonstrativos*, reduzindo o valor da multa de R\$ 239.597,97 para R\$ 93.534,26. Posteriormente, a defesa pediu a redução ou cancelamento da multa com arrimo no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, ponderando que não houve dolo, fraude ou simulação e da infração não resultou a falta de pagamento do imposto.

A Decisão da JJF foi de manter a multa no valor determinado após a revisão do lançamento, pois ao Estado importa manter o controle das entradas de mercadorias ou bens nos estabelecimentos dos contribuintes. Nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo permanente e de materiais de uso e consumo é devido o pagamento da diferença de alíquotas.

Quanto aos lançamentos dos itens 5º e 6º, não foram impugnados.

Por fim, a JJF recorre de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

No Recurso Voluntário, às fls. 584 a 593 dos autos, o recorrente reitera ser ilegítima e desproporcional à gravidade da infração supostamente cometida a multa aplicada na quarta infração, do que invoca o § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, o qual prevê que as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Sustenta o recorrente que a Decisão recorrida não enfrentou com suficiência o teor da citada norma, limitando-se a manter a penalidade, sem maiores justificativas. Todavia, segundo o recorrente, no teor do dispositivo questionado, não poderia a 3ª JJF ter chegado a outra conclusão se não pelo cancelamento ou, quando menos, pela redução da multa aplicada, razão pela qual a Decisão, neste ponto, merece reparo, atendendo, assim, aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de acordo com a clara intenção do legislador de graduar as penas conforme a gravidade das irregularidades, haja vista que, no presente caso, o Auto de Infração não traz qualquer imputação de dolo, fraude ou simulação por parte do recorrente, e tampouco exige ICMS sobre as operações não registradas, o que conduz à conclusão inescusável de que não houve tributo inadimplido, devendo, assim, a multa ser cancelada ou, no mínimo, reduzida, em respeito ao princípio da equidade, tendo em vista o caráter confiscatório da multa, do que cita jurisprudência.

Diante do exposto, considerando a boa-fé do recorrente, a ausência de prejuízo ao erário e o fato concreto em discussão, requer a parcial reforma da Decisão recorrida para que seja cancelada a multa formal no montante de 10% das operações tributáveis não registradas, com aplicação do disposto no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Sucessivamente, requer o cancelamento da multa em razão do seu efeito confiscatório ou, alternativamente, a sua pronta redução para patamares razoáveis.

Consta, às fls. 596 e 597 dos autos, que o sujeito passivo recolheu o valor principal de R\$ 52.486,80, em 28/12/2011, através dos benefícios instituídos pela Lei nº 12.369/11, quitando parcialmente a autuação, referente aos serviços indicados às fls. 603 e 604 dos autos, desistindo, expressamente, de parte da discussão, requerendo a extinção parcial do feito apenas no que se refere à incidência do ICMS sobre as rubricas especificadas.

Às fls. 607 a 609 dos autos, a PGE/PROFIS, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por considerar ausente argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão, ora recorrido, do que observa, preambularmente, que a alegação versando sobre a constitucionalidade da multa não poderá ser apreciada por este CONSEF, em face dos termos do art. 167, II, do RPAF/BA, do que frisa que o princípio constitucional que veda a criação de tributo com efeito confiscatório não alcança as multas, eis que possuem natureza jurídica diversa do tributo, uma vez que são autênticas sanções impostas ao contribuinte com função nitidamente educativa.

Em seguida, destaca que a irresignação do recorrente está restrita ao pedido de cancelamento ou redução da penalidade aplicada por descumprimento de obrigação acessória, relativa a falta de registro de notas fiscais, em consonância com os termos do art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96, cujas obrigações acessórias têm por objeto prestações positivas ou negativas impostas ao sujeito passivo no interesse dos controles da arrecadação e fiscalização da administração tributária, tendo competência para apreciação do pedido de dispensa de multa por infração de obrigação acessória os órgãos julgadores do CONSEF, em estrita obediência aos termos do art. 158 do RPAF/99.

Por fim, comunga da opinião de que inexistem nos autos circunstâncias e provas materiais que justifiquem a dispensa ou redução da multa aplicada, uma vez que não constam no PAF provas contundentes de que a conduta infracional adotada pelo contribuinte tenha sido praticada sem dolo e que não tenha acarretado na falta de recolhimento de tributo.

Diante de tais considerações, a PGE/PROFIS opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício inerente às infrações 1 a 4, por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo dos débitos originalmente exigidos, conforme previsto no art. 169, inciso I, alínea “a-1”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância, quanto ao mérito da infração 4 do Auto de Infração.

De início, quanto ao Recurso de Ofício, no que diz respeito à primeira infração, a qual exige o ICMS recolhido a menos, no valor de R\$ 274.061,27, por ter o contribuinte considerado prestações de serviços de telecomunicações tributadas como não tributadas, conforme demonstrativo às fls. 42 a 49 dos autos, a Decisão recorrida foi no sentido de que a lide, relativamente à primeira infração, está extinta, devendo-se proceder ao cumprimento do que foi decidido pelo Poder Judiciário, nos termos do art. 122, II, do RPAF/99, em face de Decisão judicial transitada em julgado contrária à exigência fiscal.

A aludida Decisão judicial refere-se ao Mandado de Segurança nº 3636-3/2009, da Comarca de Salvador, tendo como impetrante o recorrente e como impetrado o Exmo. Sr. Secretário da Fazenda do Estado da Bahia, sendo a segurança concedida à unanimidade, sem a *suposta* interposição de Recurso pelas partes litigantes, no sentido de assegurar à impetrante a inexistência de cobrança do ICMS sobre os serviços de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura (sem inclusão de minutos), facilidades adicionais e serviços suplementares ou por ela prestados, determinando à Autoridade Coatora, pessoalmente ou por seus subordinados, que se abstenha da autuação da Impetrante em decorrência do não recolhimento do citado imposto e da prática de qualquer medida administrativa visando sua cobrança sobre os preditos serviços, bem assim que não se negue, quando exclusivamente por tal causa, à emissão de certidões negativas à Impetrante, conforme lauda à fl. 400 dos autos.

Por sua vez, às fls. 600 e 601 dos autos, o sujeito passivo informa que aderiu aos benefícios instituídos pela Lei nº 12.369/11 do Estado da Bahia, quitando parcialmente a autuação fiscal em

discussão no presente processo, recolhendo o ICMS de R\$ 52.486,80, referente apenas aos serviços indicados às fls. 603 e 604 dos autos, do que, nos termos da referida Lei, expressamente desiste parcialmente da discussão posta pela impugnação aviada nos presentes autos, bem como pelos subseqüentes Recursos, requerendo a extinção parcial do feito apenas no que se refere à incidência do ICMS sobre as rubricas especificadas.

A mencionada Lei nº 12.369/11 concede remissão parcial do ICMS e dispensa multas por infração e acréscimos moratórios relacionados a débitos fiscais decorrentes da prestação de serviços de comunicação, com base no Convênio ICMS 81/11, a seguir indicadas, independentemente da denominação que lhes seja dada, realizadas até 25 de agosto de 2011: I - serviços de conectividade, dados e internet; II - serviços avançados de internet; III - locação ou contratação de porta; IV - utilização de segmento espacial satelital; V - disponibilização de endereço IP; VI - disponibilização ou locação de equipamentos, de infraestrutura ou de componentes que sirvam de meio necessário para a prestação de serviços de transmissão de dados, voz sobre IP (voip), imagem e internet, de forma que o imposto a recolher seja equivalente à aplicação das alíquotas abaixo indicadas sobre a base de cálculo não submetida à tributação, variáveis de acordo com o período de ocorrência do fato gerador, da seguinte forma: I - 9%, para fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 2008; II - 16%, para fatos geradores ocorridos no período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2009; III - 19%, para fatos geradores ocorridos no período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2010, sendo que o benefício fiscal previsto neste artigo será utilizado em substituição à apropriação dos créditos de ICMS decorrentes das entradas de quaisquer bens, mercadorias ou serviços utilizados na prestação dos serviços mencionados, e impede a compensação com outros tributos pagos em razão dos citados serviços.

Tais benefícios fiscais ficam condicionados ao cumprimento dos seguintes requisitos pelo contribuinte beneficiado: I - pagamento integral dos débitos fiscais, constituídos ou não, até 10 dias úteis após a publicação desta Lei; II - declaração de que aceita e se submete às exigências desta Lei; III - desistência formal de ações judiciais e Recursos administrativos de sua iniciativa contra a Fazenda Pública, visando ao afastamento da cobrança de ICMS sobre os serviços indicados no art. 1º desta Lei; IV - adoção do valor total dos serviços e meios cobrados do tomador, indicados, como base de cálculo do ICMS incidente sobre os serviços de comunicação; V - não questionamento, judicial ou administrativo, da incidência do ICMS sobre as prestações indicadas; VI - observância da alíquota prevista na Lei nº 7.014 e do prazo de pagamento fixado no RICMS, em relação aos serviços prestados a partir de 1º de janeiro de 2011, sendo que o descumprimento de quaisquer dos requisitos previstos neste artigo implicará no imediato cancelamento dos benefícios fiscais concedidos por esta Lei, restaurando-se integralmente o débito fiscal objeto do benefício e tornando-o imediatamente exigível.

Diante de tais considerações, especialmente da mencionada ordem judicial e da expressa desistência parcial da discussão pelo recorrente, no que se refere à incidência do ICMS sobre as rubricas especificadas, às fls. 603 e 604 dos autos, constato reconhecida a infração 1, no valor de R\$ 52.486,80, recolhido através do benefício fiscal da Lei nº 12.369/11, consoante DAE e comprovante às fls. 605/606 dos autos.

INFRAÇÃO 1

DATA		Base de Cálculo	Alíq.	ICMS Remido	Alíq.	ICMS Exigido	Dif. ICMS
Ocorrência	Vencimento	(R\$)	%	(R\$)	%	(R\$)	(R\$)
30/09/08	09/10/08	4.347,78	9%	391,30	27%	1.173,90	782,60
31/10/08	09/11/08	27.600,11	9%	2.484,01	27%	7.452,03	4.968,02
30/11/08	09/12/08	161.919,78	9%	14.572,78	27%	43.718,34	29.145,56
31/12/08	09/01/09	389.319,00	9%	35.038,71	27%	105.116,13	70.077,42
Total (R\$)				52.486,80		157.460,40	104.973,60

Contudo, quanto ao valor remanescente de R\$ 116.600,88 (R\$ 274.061,27 – R\$ 157.460,40), decorrente da diferença entre o valor originalmente exigido, à alíquota de 27%, e o recolhido através da remissão parcial prevista na citada Lei nº 12.369/11, cuja carga tributária resulta o imposto a recolher equivalente à “alíquota” de 9% para os fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 2008, deve ser sobrestado até Decisão definitiva judicial, visto a existência de Embargos de Declaração oposto pelo impetrado, consoante informação trazida na assentada de julgamento

pelo próprio patrono do recorrente, restando prejudicado o Recurso de Ofício quanto a esta quantia.

Recurso de Ofício provido para restabelecer o valor da infração 1 para R\$ 52.486,80 recolhido através de remissão parcial e prejudicado quanto ao valor de R\$ 116.600,88, sobrestado até Decisão judicial definitiva.

No tocante à segunda infração, cuja acusação é de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 4.878,01, relativa à aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação, a Decisão recorrida é de que a geração de comunicação constitui um processo de industrialização, sendo indevida a glosa do crédito fiscal. Contudo, a jurisprudência deste CONSEF é no sentido da impossibilidade de apropriação dos créditos fiscais derivados uso e consumo de energia elétrica nas atividades de prestação de serviços de telecomunicações, conforme consta dos Acórdãos nºs 0021-11/05, 0007-12/11; 0040-12/11 e 0235-12/12 proferidos pela 1^a e 2^a CJF, sob o entendimento de que a prestação de serviços de telecomunicação não constitui processo de industrialização, sendo 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 102/00, depois pela LC nº 114/02, posteriormente pela LC nº 122/06 e por último pela LC nº 138/2010, cujo entendimento me alinho.

Recurso de Ofício provido. Infração subsistente.

Quanto à terceira infração, na qual se exige a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 2.683,61, relativa à Nota Fiscal nº 10.541, à fl. 85 dos autos, inerente a “BEM DO ATIVO IMOBILIZADO QUE SEGUE COMO REM. P/ TESTE”, cuja descrição dos produtos consta “PASSPORT 15000 CONTROL PROCESS 000200167763/”, transferida de sua filial em Curitiba (PR) para o estabelecimento autuado, tendo o autuado se apropriado do crédito fiscal, conforme se pode comprovar à fl. 123 dos autos, vislumbro que a exigência da glosa do crédito pelo total destacado na referida nota fiscal é descabida, sendo legítima a apropriação do crédito fiscal proporcional às saídas tributadas e à parcela mensal (1/48 avos) apurada para o ativo imobilizado, ensejando incerteza e falta de liquidez da exigência, como bem salientou a Decisão recorrida, cabendo à autoridade fiscal verificar a possibilidade da renovação da ação fiscal, observando o prazo decadencial para constituição do crédito tributário. Recurso de Ofício não provido. Infração nula.

Por fim, inerente à quarta infração, objeto dos Recursos de Ofício e Voluntário, na qual se exige a multa no valor de R\$ 239.597,97, prevista no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96, correspondente ao percentual de 10% sobre o valor comercial das mercadorias sujeitas a tributação, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, conforme planilha às fls. 52 e 53 dos autos, uma vez comprovado pelos próprios autuantes que o contribuinte registrou várias notas fiscais, tidas como não lançadas, remanesce o valor da multa de R\$ 93.534,26, conforme demonstrado às fls. 519 e 520 dos autos, estando correta a Decisão da JJF.

No tocante ao pleito recursal de que seja cancelada ou reduzida a multa, nos termos previsto no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, vislumbro que a obrigação tributária acessória é de suma importância ao controle das aquisições interestaduais de materiais de uso e consumo ou de bens destinados ao ativo permanente nos estabelecimentos dos contribuintes, inclusive para apuração do pagamento da diferença de alíquotas, o que implica em falta de recolhimento do imposto, fato este não comprovado pelo recorrente.

Por derradeiro, quanto à pretensão recursal para o cancelamento da multa em razão do seu efeito confiscatório ou, alternativamente, a sua pronta redução para patamares razoáveis, comungo com o entendimento do Parecer da PGE/PROFIS de que a argüição de constitucionalidade da multa não poderá ser apreciada por este CONSEF, em face dos termos do art. 167, II, do RPAF/BA. Recursos de Ofício e Voluntário não providos. Mantida a Decisão recorrida, quanto à quarta infração.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração PROCEDENTE

EM PARTE, no valor de R\$ 151.179,07, sendo: R\$ 52.486,80, relativo à infração 1; R\$ 4.878,01, à infração 2; R\$ 93.534,26, à infração 4; R\$ 140,00, à infração 5, e R\$ 140,00, à infração 6, devendo homologar-se os valores recolhidos, em especial, através do benefício fiscal previsto na Lei nº 12.369/11.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à infração 3)

Em que pese o brilhantismo do voto do(a) relator(a), peço vênia para discordar do seu entendimento.

A questão em tela se resume à interpretação que deve ser dada ao art. 33, II, "b" da LC 87/96 (redação determinada pela LC 102/2000), o qual prevê que é possível se creditar do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida em processo de industrialização. A dúvida reside na equiparação, ou não, do serviço de telecomunicações às indústrias.

Note-se que o STJ (REsp 842270/RS), em julgamento realizado pela 1ª Seção, recentemente publicado (junho/2012), pacificou entendimento referente ao reconhecimento do direito ao creditamento do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida pelas empresas de telecomunicação, equiparando-as à indústria.

Há de se frisar que cabe ao STJ a última palavra quanto à interpretação das normas infraconstitucionais, conforme determina o art. 105, III, "c", da CF/88. Quando se trata de matéria de Direito Público, na qual estão enquadradadas as questões tributárias, cabe à 1ª Seção do STJ a responsabilidade de unificar o entendimento das suas duas Turmas. Logo, o julgamento do REsp 842270/RS representa o entendimento pacificado dentro do STJ quanto ao assunto em questão.

Diante disso, entendo que deve ser aplicado tal entendimento pacificado, pois, ainda que a Decisão não tenha sido proferida no rito do art. 543-C, do CPC (Recursos repetitivos), ela representa o entendimento da 1ª Seção do STJ, responsável pelos casos de Direito Público. Negar-se a aplicação de tal entendimento pode acarretar prejuízo de grande monta ao Erário Estadual em razão da sucumbência judicial.

Veja-se a ementa da Decisão referida:

TRIBUTÁRIO. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. ENERGIA ELÉTRICA. CREDITAMENTO. POSSIBILIDADE. ART. 33, II, "B", DA LC 87/96. DECRETO 640/62. EQUIPARAÇÃO À INDÚSTRIA BÁSICA PARA TODOS OS EFEITOS LEGAIS. VALIDADE E COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO ATUAL. ORDEM EM MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDA. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVADO.

- 1. O art. 1º do Decreto n.º 640/62, que equiparou, para todos os efeitos legais, os serviços de telecomunicação à indústria básica, é compatível com o ordenamento jurídico vigente, em especial com a Lei Geral de Telecomunicações, com o Regulamento do IPI e com o Código Tributário Nacional.*
- 2. O art. 33, II, "b", da LC 87/96 autoriza o creditamento do imposto incidente sobre energia elétrica quando "consumida no processo de industrialização". Como o art. 1º do Decreto 640/62 equipara, para todos os efeitos legais, a atividade de telecomunicações ao processo industrial, faz jus a imetrante ao creditamento pretendido.*
- 3. Segundo a regra do art. 155, II, da CF/88, o ICMS comporta três núcleos distintos de incidência: (i) circulação de mercadorias; (ii) serviços de transporte; e (iii) serviços de comunicação.*
- 4. O princípio da não cumulatividade, previsto no § 2º do art. 155 da CF/88, abrange os três núcleos de incidência, sem exceção, sob pena de tornar o imposto cumulativo em relação a um deles.*
- 5. No caso dos serviços de telecomunicação, a energia elétrica, além de essencial, revela-se como único insumo, de modo que impedir o creditamento equivale a tornar o imposto cumulativo, em afronta ao texto constitucional.*
- 6. O art. 33, II, da LC 87/96 precisa ser interpretado conforme a Constituição, de modo a permitir que a não cumulatividade alcance os três núcleos de incidência do ICMS previstos no Texto Constitucional, e não apenas a circulação de mercadorias, vertente central, mas não única da hipótese de incidência do imposto.*
- 7. O ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida pelas empresas de telefonia, que promovem processo industrial por equiparação, pode ser creditado para abatimento do imposto devido quando da prestação dos serviços.*
- 8. Recurso especial não provado.*

(REsp 842270/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 26/06/2012) (grifamos)

Note-se que o STJ, ao proferir a Decisão, observou que o ICMS é um tributo de natureza não-cumulativa, conforme determinação constitucional, e o princípio constitucional da não-cumulatividade se aplica ao ICMS em qualquer uma de suas três possíveis materialidades: a) operações de circulação de mercadorias; b) serviços de transportes intermunicipais; e c) serviços de comunicação. Neste último, como a energia é o único insumo utilizado pelas empresas de telecomunicações, negar-lhes o direito ao crédito do ICMS incidente sobre a energia seria transformar o imposto em exação totalmente cumulativa.

Além disso, o STJ chama a atenção para fato de que o art. 1º do Decreto n.º 640/62 equipara os serviços de telecomunicação à indústria básica, logo, é sim cabível a aplicação do art. 33, III, “b”, da LC 87/96 às empresas de telecomunicação.

Adentrando nas razões do STJ, vemos que o parágrafo único, do art. 46, do CTN, ao versar sobre o IPI, 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 mesma forma o artigo 4º, do Decreto nº 4.544/2002 (Regulamento do IPI), preceitua que qualquer operação que transforme matéria-prima ou produto intermediário, resultando na obtenção de espécie nova, caracteriza-se como industrialização. Daí o motivo do Decreto n.º 640/62 equiparar o serviço de telecomunicações à atividade industrial, pois, nas palavras do STJ: “*a prestação de serviços de telecomunicações pressupõe um processo de transformação da energia elétrica (matéria-prima), seu insumo essencial, em vibrações sonoras e bits e destes novamente em vibrações sonoras, sendo certo que, no contexto do ICMS, processo de industrialização não pode ser restringido tão-somente à transformação de bens móveis corpóreos.*” (REsp 842270/RS).

Assim, com supedâneo no entendimento do STJ, entendo que as empresas de telecomunicações gozam do direito à utilização do crédito fiscal referente ao ICMS incidente sobre a aquisição de energia elétrica.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício interposto e, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 380214.0001/11-9, lavrado contra **GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$57.364,81**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “a”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação tributária acessória, no valor total de **R\$93.814,26**, previstas no art. 42, incisos IX e XVIII, “b”, da citada Lei, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05. Os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, quanto ao valor de R\$ 116.600,88, nos termos do artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional. Deverão ser homologados pelo órgão competente os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Infração 2) – Conselheiros: Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva, Álvaro Barreto Vieira e Fernando Antonio Brito de Araújo

VOTO DIVERGENTE (Quanto à Infração 2) – Conselheiros(as): Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo, Vanessa de Mello Batista e Oswaldo Ignácio Amador.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de março de 2013.

FERNANDO A. BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – VOTO DIVERGENTE
(Quanto à infração 3)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS