

PROCESSO - A. I. N° 274068.0011/11-5
RECORRENTE - STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA. (CLARO S/A.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF n° 0310-02/11
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 06.05.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0150-13/13

EMENTA: ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL CONSIDERADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O ICMS incide sobre as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza. Item subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto n° 7.629/99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 2ª JJF, através do Acórdão n° 0310-02/11, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado para exigir o ICMS de R\$ 638.079,30, inerente ao cometimento de três infrações, sendo objeto deste Recurso Voluntário apenas a primeira infração, a qual exige a falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 31.171,98, na prestação de serviço de comunicação por escrituração de valores tributados como não tributados, demonstrado às fls. 7 a 21 dos autos.

Na Decisão recorrida, após rejeitar a preliminar de nulidade argüida pelo contribuinte, foi dito que os valores considerados como não tributados pelo contribuinte se referem a prestação de serviço de comunicação intitulado de “Auxílio a Lista”, os quais foram entregues cópias ao autuado, não sendo apontado qualquer erro nos números consignados.

Ressalta a JJF que o art. 2º, III, da Lei Complementar n° 87/96 definiu como sujeitas ao ICMS as prestações onerosas de serviço de comunicação e que tal previsão está também contida no art. 1º, III, c/c o art. 2º, VII, da Lei n° 7.014/96, além do art. 1º, § 2º, VII, do RICMS/97, os quais prevêem que o ICMS incide sobre as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza. Salienta, ainda, que o § 4º do art. 4º do RICMS/97, dispõe que estão compreendidos no campo de incidência do ICMS os serviços cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem como os serviços complementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Assim, está claro que, para que haja a incidência de ICMS é necessário que o serviço de comunicação seja prestado a terceiros e que o mesmo seja oneroso.

Sustenta o órgão julgador que o auxílio à lista (serviço 102) é um serviço no qual o seu tomador (usuário) utiliza-se dos meios de comunicação disponíveis (prestador de serviço) para conseguir a informação desejada. Nesse caso, o usuário paga ao detentor dos meios de comunicação o preço para que esta informação seja disponibilizada através de dutos e/ou canais de mensagens que chegam a este. Assim, pode-se concluir que haverá prestação de serviço pela disponibilização onerosa de um canal para emissão/recebimento de mensagens (meios de comunicação).

Logo, de acordo com a legislação tributária acima citada, o serviço de comunicação tributável por meio de ICMS se perfaz com a colocação à disposição do usuário dos meios e modos aptos à transmissão e recepção de mensagens. Quando uma relação entre o prestador de serviço e o usuário possibilita, a este último, o acesso a uma informação de forma onerosa, torna-se evidente a incidência do ICMS o que, no entender da JJF, se aplica ao caso em tela, pois preenche os requisitos de ser uma prestação onerosa de serviços de comunicação, por qualquer meio.

Conclui que restou caracterizada a autuação, observando que o autuado recolheu o valor de R\$ 30.682,54.

Por fim, apreciando a alegação defensiva de confislatoriedade da multa de 60%, observa que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista no artigo 42, inciso II, “f”, da Lei nº 7.014/96, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na citada lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Não se conformando com a Decisão de 1^a instância, o autuado apresentou, tempestivamente, às fls. 241 a 260, Recurso Voluntário, no qual aduz que efetuou o pagamento dos valores exigidos nos itens 2 e 3 da autuação, remanescendo em discussão apenas o item 1, que versa exclusivamente sobre a facilidade suplementar denominada de “Auxílio à lista”, do que sustenta que não se trata de serviços passíveis de tributação pelo ICMS, por não caracterizarem serviços de comunicação.

Registra que à hipóteses de incidência do ICMS, relativamente aos serviços de comunicação está expressamente prevista no art. 155, II, da Constituição Federal e no art. 2º, III, da Lei Complementar 87/96, que atendendo ao disposto no art. 146, III, da Constituição Federal, estabeleceu normas gerais relativas ao ICMS. Aduz que a partir desse dispositivo legal, verifica-se que a hipótese de incidência do ICMS-comunicação consiste em obrigação de fazer, que pressupõe a existência dos seguintes elementos: (i) onerosidade da prestação; (ii) utilização de um canal entre emissor e receptor; e (iii) transmissão da mensagem por sons, imagens, sinais, signos ou símbolos. Diz que a ausência de quaisquer desses elementos acarreta a inexistência de prestação de serviço de comunicação, o que afasta a possibilidade de incidência do ICMS sobre eventual serviço dessa natureza por terceiro. Portanto, apenas se admite a incidência do ICMS diante de uma prestação de serviço de comunicação, isto é, nas situações em que um terceiro fornecer, em caráter oneroso, os meios para que emissor e receptor possam trocar mensagens.

Afirma que por essa razão, a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), mais especificamente o art. 61, § 1º, expressamente descharacteriza os serviços de valor adicionado como serviços de telecomunicações, o que acaba por excluir aqueles serviços no campo de abrangência do ICMS.

Aduz que na prestação de serviços de valor adicionado, como é o “Auxílio à lista”, não resta configurada a prestação de serviço de comunicação sujeita à incidência do ICMS, porquanto o recorrente não atua como fornecedora dos meios para que emissor e receptor possam trocar mensagens; o recorrente presta serviços diretamente a seus clientes, sem que qualquer terceiro figure na relação. Assim, não corresponde a uma efetiva prestação de serviço de comunicação, não podendo ser alcançado pelo imposto estadual, pois não caracteriza seu fato gerador.

Diz que, uma vez que a LC 87/96 não traz previsão que autorize a tributação de tais serviços, a tributação do referido serviço somente encontraria suporte no Convênio ICMS 69/98, o qual alargou o campo de incidência do ICMS, sem respaldo em lei, para incluir na base de cálculo do ICMS de valores relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais. Assim, sobre essas rubricas pretende-se a tributação sobre serviços que complementam os serviços de comunicação, acrescentando-lhes facilidades. Contudo, como se denota, os serviços suplementares e as facilidades adicionais estão sempre ligados à prestação de serviços de comunicação. Porém, não são serviços de comunicação sujeitos à incidência do ICMS. Cita doutrina e jurisprudência no sentido de que, regendo-se pelo princípio da tipicidade fechada, não se permite a extensão da incidência do ICMS sobre serviços que não foram contemplados pela LC 87/96. Aduz que o recorrente presta serviços de utilidade pública ou de informação para o usuário, acessados mediante a utilização de números

especiais, cuja denominação é “SNSERV”, entre os quais se incluem Auxílio à lista, cuja informação solicitada é enviada ao celular do usuário via mensagem de texto (SMS), sendo cobrado um valor determinado por cada evento. Assim, diante da inexistência de um terceiro com o qual o cliente possa estabelecer uma troca de mensagens, não há que se falar na prestação de serviço de comunicação sujeita à incidência do ICMS, devendo ser julgada improcedente a exigência fiscal.

Em seguida, passa a tecer considerações sobre a necessária proporcionalidade entre a multa aplicada e a suposta infração cometida, na remota hipótese de a penalidade aplicada à recorrente não ser afastada, fazendo-se necessária a sua redução, do que conclui ser confiscatória a penalidade de 60% do valor do imposto, inexistindo qualquer traço de proporcionalidade ou razoabilidade na sua cobrança. Cita doutrina e jurisprudência.

Por fim, requer que seja conhecido e julgado totalmente procedente o Recurso Voluntário, cancelando a exigência fiscal e, subsidiariamente, afastada ou reduzida a penalidade aplicada. Requer, ainda, que todas as intimações relativas ao presente feito sejam feitas exclusivamente, sob pena de nulidade, em nome do advogado Marcelo Nogueira Reis, OAB/BA nº 9.398.

Às fls. 278 a 281 dos autos, a PGE/PROFIS opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, por considerar as razões expostas ausentes de argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão, visto que todas as alegações versando sobre a inconstitucionalidade da multa não poderão ser apreciadas pelo CONSEF, em face do art. 167, II, do RPAF/BA. Frisa, ainda, que o princípio constitucional que veda a criação de tributo com efeito confiscatório não alcança as multas, eis que, as mesmas possuem natureza jurídica diversa do tributo, pois são autênticas sanções impostas ao contribuinte com função nitidamente educativa. Salienta que a multa aplicada decorre de descumprimento da obrigação principal, prevista no art. 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96, sendo a apreciação do pedido de exclusão ou redução de competência da Câmara Superior do CONSEF, consoante art. 159 do RPAF/99.

Defende que o lançamento tributário define com precisão os elementos essenciais à relação jurídico-tributária, inexistindo dúvida quanto aos aspectos material, pessoal, temporal, quantificador e espacial. Aduz que, conforme demonstrativo às fls. 7 a 17 dos autos, se verifica que os valores considerados como não tributados pelo contribuinte se referem à prestação de serviço de comunicação denominado de “Auxílio à Lista 102”, não tendo sido apontado qualquer erro nos números apurados no levantamento fiscal pelo sujeito passivo.

Salienta que o ponto nevrálgico do presente lançamento tributário reside na cobrança do serviço de Auxílio à Lista 102. Diz que o art. 2º, III, da Lei Complementar nº 87/96 definiu como sujeitas à incidência do ICMS as prestações onerosas de serviço de comunicação e que tal previsão legal está também no art. 1º, III, c/c o art. 2º, VII, da Lei nº 7.014/96, e no art. 1º, § 2º, VII, do RICMS/97.

Sustenta que os aludidos diplomas legais determinam com clareza solar que o ICMS incide sobre as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza.

Destaca que o § 4º do art. 4º do RICMS/97 dispõe que estão compreendidos no campo de incidência do ICMS os serviços cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem como os serviços complementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada. Assim sendo, é essencial à materialização da hipótese de incidência de ICMS que o serviço de comunicação seja prestado a terceiros e que tenha caráter oneroso.

Ressalta que o auxílio à lista é um serviço no qual o seu tomador (usuário) utiliza-se dos meios de comunicação disponibilizados pelo prestador de serviço para conseguir a informação desejada, em cuja hipótese o usuário paga ao detentor dos meios de comunicação um determinado preço para que este serviço de informação seja disponibilizado através de equipamentos tecnológicos

específicos. Assim, é fácil concluir que haverá prestação de serviço pela disponibilização onerosa de um canal para emissão/recebimento de mensagens (meios de comunicação).

Diz que a legislação tributária do ICMS não deixa dúvida que o serviço de comunicação tributável se perfaz com a mera colocação à disposição do usuário dos meios tecnológicos aptos à transmissão onerosa e recepção de mensagens, do que ressalta que os julgamentos reiterados do CONSEF, acerca da matéria sob apreciação, têm-se fixado no entendimento de que o ICMS incide sobre prestações de serviços de comunicação postos à disposição dos usuários e independentemente do nome ou código que lhe sejam dados, pois existe uma mensagem, sua transmissão e sua recepção, constituindo-se uma efetiva prestação onerosa do serviço de telecomunicação, e, portanto, onerados pelo ICMS, e que se encontra no seu âmbito de incidência.

Ante as considerações expendidas, a PGE/PROFIS opina pelo improviso do Recurso Voluntário.

Às fls. 284 e 285 dos autos, consta termo de substabelecimento de mandato, mantendo-se os poderes outorgados à sociedade de advogados Lacaz Martins, Pereira Neto, Gurevich & Schoueri Advogados, sitiada na Cidade de São Paulo. Por fim, requer que as intimações relativas ao presente feito passem a ser realizadas, exclusivamente, em nome do advogado Maurício Pedreira Xavier, OAB/BA nº 9.941, vinculado ao escritório à Av. Juracy Magalhães Jr., 768, Salvador (BA).

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, conforme previsto no art. 169, I, “b”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância inerente à primeira infração, julgada subsistente pela Decisão recorrida, cuja exação refere-se à falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 31.171,98, relativo às prestações de serviços de comunicações tributadas, porém escrituradas como não tributadas, nos meses de abril a agosto de 2006, conforme demonstrado às fls. 7 a 17 dos autos, inerente ao serviço de “Auxílio à Lista”.

Inicialmente, quanto ao pedido de que as intimações sejam efetuadas exclusivamente em nome do seu advogado, há de se ressaltar que o art. 108 do RPAF, determina que a intimação será feita pessoalmente ao sujeito passivo ou interessado, seu representante ou preposto, como também através de via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem, ou através de edital publicado no Diário Oficial do Estado, quando não for possível as formas anteriores.

No tocante à alegação de que a multa aplicada tem caráter confiscatório, comungo com a tese esposada no Parecer da PGE/PROFIS de que a arguição de constitucionalidade da multa não poderá ser apreciada pelo CONSEF, em face do art. 167, II, do RPAF/BA. Ademais, a multa aplicada decorre de descumprimento da obrigação principal, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, sendo a apreciação do pedido de exclusão ou redução de competência da Câmara Superior do CONSEF, consoante art. 159 do RPAF/99.

Quanto ao mérito, deve-se ressaltar que o art. 2º, III, da Lei Complementar nº 87/96 definiu como sujeitas ao ICMS as prestações onerosas de serviço de comunicação. Tal previsão está também contida no art. 1º, III, c/c o art. 2º, VII, da Lei nº 7.014/96, além do art. 1º, § 2º, VII, do RICMS/97, os quais prevêem que o ICMS incide sobre as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza. Por outro lado, o § 4º do art. 4º do RICMS/97, dispõe que estão compreendidos no campo de incidência do ICMS os serviços cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem como os serviços complementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Conforme ressaltado na Decisão recorrida, está claro que, para que haja a incidência de ICMS é necessário que o serviço de comunicação seja prestado a terceiros e que o mesmo seja oneroso. O auxílio à lista (serviço 102) é um serviço no qual o seu tomador (usuário) utiliza-se dos meios de comunicação disponíveis (prestador de serviço) para conseguir a informação desejada. Nesse

caso, o usuário paga ao detentor dos meios de comunicação o preço para que esta informação seja disponibilizada através de dutos e/ou canais de mensagens que chegam a este. Pode-se concluir que haverá prestação de serviço pela disponibilização onerosa de um canal para emissão/recebimento de mensagens (meios de comunicação). Assim, comungo com o entendimento da PGE/PROFIS de que a previsão na legislação tributária do ICMS é de que o serviço de comunicação tributável se perfaz com a mera colocação à disposição do usuário dos meios tecnológicos aptos à transmissão onerosa e recepção de mensagens.

No Recurso Voluntário, o recorrente noticia existir jurisprudência pacífica do STJ, que com a Decisão prolatada nos autos do Recurso Especial nº 402.047/MG, declarou ilegítima toda a cláusula primeira do Convênio ICMS nº 69/98. Porém, devo ressaltar que, na via administrativa, enquanto inexistir ato do Secretário da Fazenda acatando a Decisão preponderante do STJ, a Decisão administrativa deve ser pela aplicação das normas estaduais relativas ao ICMS. Ademais, conforme ressaltado no opinativo da PGE/PROFIS em processo similar, o Plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, ao decidir a ADIN nº 1.467-6/DF, prolatou acórdão no sentido de que o ICMS pode incidir sobre todo e qualquer serviço de comunicação, cujo serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens é serviço de comunicação.

Devo ressaltar que a Lei Complementar nº 87/96, no art. 2º, III, definiu como sujeitas ao ICMS as prestações onerosas de serviço de comunicação, e não apenas o serviço de telecomunicação, subespécie daquele, cuja Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações) dispôs, no caput de seu art. 60, o conceito de serviços de telecomunicação como o “*conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação*”, o que demonstra que a prestação de serviço de telecomunicação não ocorre apenas quando se realiza a telecomunicação propriamente dita, mas abrange até mesmo sua disponibilização, estendendo-se a todo o conjunto de atividades a ela relacionada, o que implica computar na base de cálculo do imposto todas as facilidades e serviços complementares que agilizem ou otimizem o serviço de telecomunicação.

Assim, devem-se incluir na base de cálculo do imposto os valores relativos a tal serviço. O CONSEF vem, reiteradamente, decidindo neste sentido em processos fiscais similares, nos quais constam o próprio recorrente na condição de sujeito passivo.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO DIVERGENTE

Em que pese o brilhantismo do voto do relator, 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 impetrante 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 provido.

(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 o fato de que o art. 1º do Decreto nº 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 nº 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 3^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **274068.0011/11-5**, lavrado contra **STEMAR TELECOMUNICAÇÕES LTDA. (CLARO S/A)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$638.079,30**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo homologar-se os valores recolhidos.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Fernando Antonio Brito de Araújo, Álvaro Barreto Vieira e Maria Auxiliadora Gomes Ruiz.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros(as): Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo, Raisa Catarina Oliveira Alves Fernandes e Oswaldo Ignácio Amador.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de abril de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – VOTO DIVERGENTE

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS