

A. I. Nº - 298929.0005/13-2
AUTUADO - GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA
AUTUANTE - EDMÁRIO DE JESUS SANTOS
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS – DAT METRO
INTERNET - 06.12.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº .0277-04/13

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. Energia elétrica consumida por estabelecimento prestador de serviços de telecomunicações. É vedada a utilização do crédito. A legislação baiana não equipara o serviço de comunicação à atividade industrial para efeito do creditamento do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida. Falece poderes à JJF para dispensa da multa quando ocorre simultaneamente descumprimento de obrigação principal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 17/06/2013, exige ICMS no valor de R\$497.011,12 em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Multa proposta de 60%. Consta que “o contribuinte utilizou crédito de energia elétrica, conforme demonstrado nos Anexos I a XII, cujos levantamentos foram efetuados através dos livros de Entrada e Apuração do contribuinte”.

Constam dos autos: DEMONSTRATIVO SINTÉTICO DA APURAÇÃO DO CRÉDITO DE ENERGIA ELÉTRICA (folha 05); DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO ANALÍTICO RELATIVO AO CRÉDITO DE ENERGIA (folhas 06 a 48); TERMO DE INTIMAÇÃO (folha 49); RECIBO DE ARQUIVOS ELETRÔNICOS (folha 50); TERMO DE SANEAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO (folhas 52 a 54); Impugnação (folhas 59 a 314); informação fiscal (folhas 322 a 325).

A autuada apresenta impugnação (folhas 59 a 314), na qual se insurge contra o lançamento efetuado pela fiscalização, apresentando as razões a seguir descritas.

Afirma que a apropriação de créditos de ICMS efetuada pela Impugnante, considerada indevida pela Fiscalização, é legal, na medida em que os serviços de telecomunicação são considerados indústria básica para todos os fins, sendo admitido o crédito relativo ao ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida em processo de industrialização. Ademais, a energia elétrica utilizada pela empresa é insumo indispensável à prestação do serviço de telecomunicação, sendo consumida de forma imediata e integral no processo de prestação do serviço de comunicação, o que torna, segundo a impugnante, legítimo o creditamento do ICMS incidente em sua aquisição, consoante interpretação realizada conforme a Constituição.

Em apoio ao seu ponto de vista, cita recente julgamento do Recurso Especial nº 842.270/RS pela Primeira Seção do STJ, pacificando o entendimento sobre a legitimidade do crédito fiscal discutido nestes autos. Informa que, no julgado citado, foi debatida a legitimidade do crédito fiscal discutido nestes autos, referente ao ICMS incidente sobre a aquisição de energia elétrica consumida no processo que viabiliza a prestação do serviço de telecomunicação. Explica que a decisão final proferida no último dia 23.05.2012 –publicada em 26.06.2012 – rejeitou o recurso especial interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul contra a empresa Brasil Telecom S/A, acatando a tese de que a energia elétrica consumida pela empresa prestadora de serviço de

telecomunicações passa por um processo de industrialização, concluindo pela inconteste legitimidade da tomada dos créditos de ICMS relativos à aquisição dessa energia elétrica, nos termos da Lei Kandir, em hipótese absolutamente idêntica à dos presentes autos (acórdão anexo – doc. nº 04). Transcreve, em seguida, a ementa respectiva.

Transcreve voto do Ministro Hamilton Carvalhido para apoiar a idéia de que a legitimidade do creditamento encontra respaldo na Lei Complementar 87/96: “(...) embora a atividade da recorrente não seja caracterizada como industrial, mas, sim, como um serviço, ainda assim há um processo de industrialização evidente, consistente nas sucessivas transformações de energia (elétrica em acústica e vice-versa), gerando, portanto, direito ao creditamento do ICMS relativo à entrada da energia elétrica, nos termos do artigo 33, inciso II, alínea ‘b’, da Lei Complementar nº 87/96.”.

Reproduz, igualmente, o voto do Ministro Luiz Fux: “(...) as concessionárias de telecomunicações utilizam a energia elétrica como insumo necessário à prestação dos serviços de telecomunicações, atividade que é equiparada a um processo de industrialização - o qual não se encerra meramente na transformação ou beneficiamento de bens móveis corpóreos -, abrangendo também a transformação mediante o processo desenvolvido nas telecomunicações, mormente a transformação das vibrações sonoras em impulsos elétricos e em bits e na posterior retransformação destes em vibrações sonoras. Por isso que lhes é assegurado o direito ao aproveitamento dos créditos de ICMS referentes à aquisição da energia elétrica, nos termos do art. 33, II, ‘b’, da LC 87/96.” (destacamos)

Informa que o entendimento restou novamente confirmado no seio da 1ª Seção do STJ no bojo do recurso especial representativo de controvérsia nº 1.201.635/MG (cf. artigo 543-C do CPC), em recentíssimo julgamento realizado em 12.06.2013, em que os ministros deram provimento ao recurso do contribuinte para declarar a legitimidade do aproveitamento de créditos de ICMS incidente sobre energia elétrica utilizada na prestação dos serviços de telecomunicação, conforme atesta a certidão de julgamento anexa e a notícia sobre seu teor, extraída do site do próprio STJ (doc. nº 05), e cujo acórdão encontra-se pendente de lavratura pelo então Ministro Relator SÉRGIO KUKINA.

Destaca que o STJ se posicionou – por intermédio de seu órgão máximo em matéria de Direito Público (Primeira Seção) e em sede recurso repetitivo – no sentido de reconhecer o direito das empresas de telecomunicações ao crédito de ICMS decorrente do consumo de energia elétrica utilizada na prestação do serviço de telecomunicação, encerrando a questão sobre a natureza industrial do processo pelo qual passa a energia elétrica consumida como insumo para a prestação do serviço de telecomunicação, reafirmando a vigência do Decreto nº 640/62 e sua plena compatibilidade com o ordenamento jurídico.

Dessa forma, deduz, a tomada de créditos pela Impugnante se mostra absolutamente legítima, sobretudo tendo em vista o crédito tomado referir-se exclusivamente à energia elétrica efetivamente consumida em seu processo produtivo, não se confundindo com o consumo próprio de energia elétrica.

Informa que a Impugnante dedica-se à atividade de prestação de serviços de telecomunicações, para o qual a energia elétrica se apresenta como insumo absolutamente essencial, pois sem energia elétrica não há telecomunicação. Apesar disso, continua, resiste o Estado da Bahia a reconhecer os créditos pelo ICMS suportado na aquisição da energia elétrica empregada na prestação do serviço de telecomunicação, como faz prova a presente autuação. Alega, entretanto, que, com isso, a fazenda baiana contraria o artigo 33, II, b, da Lei Complementar nº 87/96 (na redação da Lei Complementar nº 102/2000), bem como o artigo 29, §1º, III, “a”, 2, da Lei do Estado da Bahia nº 7.014/96, os quais dão direito de crédito a energia elétrica “consumida no processo de industrialização”. Isso porque os serviços de telecomunicação são definidos, para todos os fins, como indústria básica pelo Decreto Federal nº 640/62, cujo art. 1º transcreve. Segue

argumentando que, tal diploma, afinado com a competência exclusiva da União para legislar sobre telecomunicações (CF, art. 22, IV) – e que, por isso mesmo, deve ser observado pelos Estados – ao contrário de estabelecer uma ficção jurídica, descreve com exatidão a natureza do serviço. Conclui, assim, afirmando que a pretensa restrição ao creditamento não é válida, ainda que por absurdo não se reconheça o caráter industrial das telecomunicações, posto que a restrição imposta na espécie implicaria em indesejada cumulatividade do tributo estadual em cobro. Dessa forma, resta claro que o crédito é legítimo nos termos da legislação aplicável.

Transcreve o art. 4º do Regulamento do IPI para discorrer, a partir daí, sobre o conceito de industrialização. Em seguida, informa que as atividades exercidas pela Impugnante para viabilizar o serviço de telecomunicação consistem na alteração da natureza (transformação) e da finalidade – i.e., na industrialização – da energia elétrica, enquadrando-se no caput e inciso I do art. 4º referido. Justifica tal afirmação porque, para a prestação do serviço de telecomunicações, a energia é transmitida através de equipamentos instalados dentro e fora de prédios, fixos ou móveis, os quais se destinam a gerar, transformar e distribuir a energia elétrica, atendendo às necessidades das centrais de telefonia. Assim, a energia é transformada para alimentar os equipamentos de comutação, transmissão e comunicação de dados. Sem esta transformação da energia não é possível a prestação do serviço de telecomunicação, porquanto esta é o ingrediente essencial para a prestação do respectivo serviço.

Descreve o fluxo básico da utilização da energia da forma seguinte: "1) a concessionária de energia elétrica entrega a energia em 13.800 volts, a mesma passa por um cubículo de medição, pelo disjuntor geral de média tensão e vai para os transformadores que transformam a tensão de 13.800 volts para 220 volts; 2) essa tensão de 220 volts alimentará as chamadas cargas não essenciais, tais como iluminação, elevadores, bombas e também a chave de transferência automática (QTA); 3) a chave de transferência automática (QTA) recebe também alimentação dos grupos moto geradores (GMG's), verifica se a concessionária está presente, e envia esta energia para o chamado barramento essencial. Caso seja verificado que a concessionária não esteja presente, há um comando para ligar o (s) GMG (s) e a chave de transferência muda de posição, enviando a energia do(s) GMG (s) para o barramento essencial; 4) o barramento essencial alimentará prioritariamente os sistemas de climatização e Fontes de Corrente Contínua (FCC); 5) as fontes de corrente contínua são alimentadas em corrente alternada e transformam esta energia para corrente contínua, mantendo as baterias em flutuação e alimentando os equipamentos de telecomunicações (comutação, transmissão e comunicação de dados); 6) no caso de falhas da energia comercial, as baterias assumem a alimentação dos sistemas de corrente contínua, que possuem autonomia de 03 horas, (variando de estação para estação), e nas estações que possuem GMG, o mesmo é acionado, assumindo a falha da concessionária de energia, suprindo a estação de energia de corrente alternada.

Resume, lecionando que a Impugnante possui sistema de telecomunicações que é alimentado em média tensão (13.800 VCA a 23.000 VCA), sendo a energia posteriormente transformada para baixa tensão (380 V a 220 V) em corrente alternada e posteriormente transformando-a para tensão retificada (-52,8 V a - 48 V) em corrente contínua. Tem ainda, estações alimentadas em baixa tensão (220/127V) em corrente alternada, que passam pelos sistemas de transformação e retificação conforme supra descrito, até chegarem ao consumidor final.

Desse modo, deduz que é inconteste o direito de crédito relativo ao imposto que onera a energia elétrica adquirida pelo contribuinte que se dedica à prestação de serviço de comunicação. Além de a energia elétrica constituir ingrediente essencial, passa esta por um complexo processo de transformação. O produto industrializado é a própria disponibilização do serviço de comunicação. Note-se que a ligação telefônica só é completada graças ao processo de industrialização do qual a energia é a matéria-prima. Nesse sentido, transcreve trechos do laudo técnico da perícia realizada nos autos da ação ordinária nº 770/053.06.114957-0, em trâmite perante a 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo/SP (doc. nº 06), em que empresa do

mesmo setor da ora Impugnante pretende ver reconhecido seu direito à utilização dos créditos de ICMS relativos à entrada de energia elétrica no Estado de São Paulo:

“(...) Por tudo o que foi exposto no presente trabalho consideramos que ficou evidente que as ondas de telefonia, embora intangíveis, constituem novo produto gerado em aparelhos eletrônicos alimentados por energia elétrica.

Partindo do princípio que indústria é toda empresa que através de transformações, montagens, reformas ou acréscimos, produz um novo produto de maneira contínua, concluímos que a Empresa de telecomunicação é realmente uma indústria. (...)

Finalmente, podemos dizer que as Empresas de Telecomunicação produzem, transportam e distribuem um produto, de maneira contínua, o que constitui, sem a menor dúvida, uma atividade industrial.” (fl. 21 do Laudo Técnico produzido nos autos da Ação Ordinária nº 770/053.06.114957-0, em trâmite perante a 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo/SP). ”

Informa que as mesmas conclusões foram alcançadas pela perícia realizada no Rio Grande do Sul (doc. nº 07) nos autos da ação ordinária nº 001/1.07.0061499-4, em trâmite perante a 6ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre/RS. Segundo a autuada, tais laudos periciais técnicos em engenharia de telecomunicações demonstraram de forma inequívoca que: “(a) existe um processo de transformação ao qual se submete a energia elétrica, para que possa ser ultimado o serviço de telecomunicação, cuja disponibilização é o próprio produto – energia elétrica – industrializado; (b) a energia elétrica constitui insumo essencial à atividade-fim das prestadoras de serviços de telecomunicação”.

Transcreve, a título exemplificativo, decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em apoio à sua tese, exarada pela 21ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70011478328, Relatora Des. LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO, DJ 22.06.2005.

Cita, também, o acórdão prolatado nos autos da Apelação Cível nº 13118/2005 pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, transitado em julgado, que reconheceu o direito ao aproveitamento dos créditos de ICMS incidente sobre energia elétrica utilizada para a prestação de serviços de comunicação a Brasil Telecom S/A.

Acrescenta a informação de que a legislação de vários Estados já dispõe acerca da legitimidade do creditamento de ICMS, relativo a entradas de energia elétrica utilizada por estabelecimento prestador do serviço de telecomunicação.

Argumenta que a condição da Impugnante de prestadora de serviço não é um óbice para o reconhecimento do direito à utilização do crédito de ICMS oriundo da aquisição de energia elétrica, porquanto é possível demonstrar o fenômeno da transformação a qual se submete a energia (industrialização), graças ao qual a prestação do serviço de telecomunicação pode se ultimar. Nesse sentido, transcreve decisão da 1ª Seção do STJ, que acolheu embargos de divergência em Recurso Especial no sentido de reconhecer a possibilidade do creditamento do ICMS de energia elétrica por estabelecimentos comerciais e industriais se provada a utilização da energia no processo de industrialização e na execução dos serviços prestados.

Afirma que este precedente jurisprudencial tem relevo para as prestadoras de serviço, à medida que não mitiga a restrição constante da LC nº 102/00, mas apenas reafirma seu texto, reconhecendo o direito ao crédito, desde que provada a industrialização da energia. Já o emprego da energia elétrica em processo de industrialização na prestação do serviço de telecomunicação pode ser deduzida, segundo a autuada, a partir da própria Lei Geral das Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), em seu artigo 60, que, ao definir o que seja o serviço de telecomunicação, o associa diretamente à idéia de transmissão de mensagens via processos eletromagnéticos, os quais, evidentemente, somente são possíveis mediante a relatada transformação da energia elétrica nas centrais telefônicas.

Afirma, ainda, que não se deve olvidar que os serviços de telecomunicações foram definidos como de indústria básica, para todos os efeitos legais, nos termos do art. 1º do Decreto Federal nº

640, de 1962. Questiona, assim, se as operadoras de telefonia foram definidas como indústria básica, por que, então, não pagam IPI sobre as suas receitas? Responde argumentando que o motivo reside no que se encontra disposto no artigo 155, § 3º, da Constituição da República, segundo o qual “à exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo [ICMS] e o art. 153, I e II [impostos aduaneiros], nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País”. Nota-se, assim, conlui, que a não incidência do IPI não nega a natureza industrial da atividade, decorrendo, ao contrário, de expressa exclusão constitucional (imunidade).

Assim, defende ser tecnicamente incensurável o Decreto nº 640/62, que insere as telecomunicações no âmbito da indústria básica. Ressalta, porém, que a definição trazida pelo diploma seria cogente ainda que o enquadramento não refletisse a realidade (caso em que se qualificaria como ficção jurídica), dada a competência privativa da União na matéria (CF/88, art. 22, IV).

Por tudo isso, defende estribar-se no artigo 33, II, b, da Lei Complementar nº 87/96 (na redação da Lei Complementar nº 102/2000), bem como no artigo 29, §1º, III, “a”, 2, da Lei do Estado da Bahia nº 7.014/96, o direito da Impugnante aos créditos decorrentes das entradas da energia elétrica empregada na prestação de seus serviços. Assim, deduz, resta claro e inofismável que a energia elétrica utilizada na planta operacional de telecomunicações passa por um processo de industrialização, pelo que resta legítimo o aproveitamento integral de créditos de ICMS pela Impugnante com escopo no artigo 33, II, b da LC nº 87/96, bem como no artigo 29, §1º, III, “a”, 2, da Lei do Estado da Bahia nº 7.014/96.

Rememora a idéia de que o regime da não-cumulatividade permite que o crédito fiscal de todas as aquisições de bens e serviços, direta e indiretamente vinculados ao processo de produção e circulação de mercadorias e serviços tributáveis seja oposto ao débito decorrente das operações mercantis de venda e assemelhados, garantindo a natureza jurídica ontológica dos chamados impostos sobre o consumo que devem ser suportados financeiramente pelo consumidor final de mercadorias e serviços. Alega que com a edição da Lei Complementar nº 87/96, foi instituído um amplo regime de não-cumulatividade, estatuindo que todos os bens e serviços adquiridos ensejam o direito ao crédito de ICMS, bastando para isso que sejam inerentes à atividade do contribuinte. É o que se nota a partir dos seus artigos 19 e 20, caput e parágrafo 1º, cujo teor transcreve.

A partir do regramento da LC nº 87/96, defende que as únicas restrições ao creditamento referem-se às entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento. Não há, advoga, na legislação federal, inclusive por força do princípio constitucional da não-cumulatividade, nenhuma vedação ao aproveitamento de créditos de ICMS em razão da natureza da atividade desenvolvida pelo contribuinte (se industrial ou prestação de serviços), restando necessário tão somente que os bens e serviços adquiridos sejam inerentes à atividade do contribuinte, inseridos aí os tão citados insumos. No caso em discussão, defende que a energia elétrica apresenta-se como bem essencial adquirido para a realização do objeto social da empresa Impugnante – prestação do serviço de telecomunicação – insumo sem o qual é impossível o dito serviço. Isso porque a energia elétrica é materialmente consumida pelas Centrais de Comutação e Controle, que transformam a energia elétrica em corrente contínua e em ondas eletromagnéticas e radielétricas, convertidas em sons nos aparelhos de telefonia, permitindo a comunicação.

Não há dúvidas, assevera, que o princípio constitucional da não-cumulatividade tem um conteúdo mínimo de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Tal conteúdo mínimo faz com que o contribuinte tenha o direito subjetivo constitucional de se creditar, integralmente, do ICMS suportado na aquisição de insumos, que são produtos essenciais à prestação de serviço, que se

consumem integralmente no desempenho dessa atividade, independentemente de qual seja esta atividade. Informa, ainda, que o STF, em diversas oportunidades, assentou que toda a matéria prima consumida integral e imediatamente no processo produtivo é caracterizada como bem intermediário, também chamado de insumo (seja em processo industrial ou de prestação de serviços). Transcreve trecho do acórdão exarado pela Segunda Turma do STF, RE nº 96.934/MG, Relator Min. DÉCIO MIRANDA, DJ 22.10.1982, p. 10.742, em apoio à sua tese.

Defende que o reconhecimento do direito ao creditamento de tributos que envolvam a aquisição de produtos intermediários (insumos) consumidos de forma imediata e integral no processo produtivo ou de prestação de serviços é entendimento tradicional, firmado há mais de três décadas, como corolário do princípio da não-cumulatividade. Nesse sentido, transcreve decisões da Primeira Turma do STF, RE nº 79.601/RS, Relator Min. ALIOMAR BALEIRO, DJ 08.01.1975; e da Segunda Turma do mesmo tribunal, RE nº 93.545/SP, Relator Min. LEITÃO DE ABREU, DJ 11.09.1981, p. 8.791.

Informa que, há poucos anos, ao enfrentar novamente a matéria, o STF repisou o entendimento acima exposto para reconhecer, mais uma vez, o direito ao creditamento de impostos oriundos da aquisição de produtos intermediários ou insumos, conforme acórdãos exarados no RE-AgR nº 29.3511/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, DJ de 21.03.2003.

Conclui, portanto, que tratando-se de insumo, dotado da característica de essencialidade, se vinculando diretamente à prestação do serviço de comunicação e nela se consumindo integralmente, certo é que todo o custo pela sua aquisição (inclusive o imposto incidente) é também imediatamente repassado ao consumidor, integrando assim a posterior prestação tributada. Logo, raciocina, se o seu custo integra imediatamente o preço do serviço de comunicação prestado, submetendo-se assim à incidência do ICMS, sua aquisição tributada gera inequivocamente o crédito de ICMS. Não sendo assim haverá a cumulação de incidências, já que o custo submetido ao ICMS em razão da sua inclusão imediata e integral no preço do serviço não equivaleria ao respectivo crédito na entrada/aquisição, em clara ofensa ao princípio da não-cumulatividade.

Defende que a essencialidade passa a ser a nota caracterizadora do insumo nas prestações de serviço e, no presente caso, essa essencialidade é qualificada pelo consumo integral na referida prestação. A energia elétrica, assevera, é materialmente consumida quando da prestação dos serviços de telecomunicação, sendo utilizada em todos os processos da telefonia fixa comutada, incluindo todos os equipamentos de comutação, de infra-estrutura, de segurança da continuidade e climatização ambiental em atendimento às certificações técnicas do órgão regulador. Em uma frase resume: sem energia elétrica não há telecomunicação.

Diante do exposto, entende que são possíveis as seguintes assertivas: 1) é perfeitamente possível o creditamento integral de insumos ainda que a atividade desenvolvida pelo contribuinte não seja considerada industrial ou de exportação; 2) sendo a energia elétrica insumo indispensável à atividade de telecomunicação, haja vista o processo de transformação por que passa, convertendo-se ao final em onda eletromagnética, não há outra conclusão senão reconhecer o direito da Impugnante de aproveitar integralmente os créditos de ICMS provenientes da aquisição do referido insumo.

Arremata que, resta claro e inofismável a legitimidade do creditamento efetuado pela empresa Impugnante tendo em vista a natureza de insumo da energia elétrica na prestação do serviço de telecomunicação, em perfeita consonância com os artigos 19 e 20 da Lei Complementar 87/96.

Para que dúvidas não remanesçam quanto à regularidade do crédito tomado pela Impugnante, informa que se creditou única e exclusivamente dos valores de ICMS relativos à energia elétrica empregada na efetiva prestação do serviço de telecomunicações. Em outras palavras, a parcela do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida pela Impugnante, mas não empregada em

sua atividade-fim e/ou no processo de industrialização, não foi tomada como crédito e, consequentemente, não faz parte da autuação em questão.

Traz à discussão o laudo pericial denominado “Memorial de Cálculo” (doc. nº 08, anexo) elaborado por profissional devidamente qualificado, no qual estão discriminados todos os detalhes referentes à carga de energia utilizada pela Impugnante em seu único estabelecimento de “consumo misto” (ou seja, consumo tanto para a área administrativa da empresa quanto para a área produtiva), levando-se em consideração os percentuais utilizados pelos equipamentos de telecomunicação, ou seja, os efetivamente utilizados no processo de industrialização, e os percentuais utilizados pela administração da empresa Impugnante, que não se confundem com a efetiva prestação do serviço de telecomunicação.

Reproduz uma tabela detalhando a carga geral de energia elétrica utilizada pela Impugnante em seu estabelecimento misto em Salvador/BA, que corresponde à sede administrativa e produtiva da empresa neste Estado, para, em seguida, afirmar que é possível observar pela análise da tabela apresentada, bem como do inteiro teor do laudo apresentado (doc. nº 08, cit.), o percentual da energia utilizada pela Impugnante para efetivação da prestação de serviço de telecomunicação, corresponde a exatos 85% de toda energia elétrica utilizada pela empresa naquele sítio. Sendo esse percentual o limite utilizado pela ora Impugnante para aproveitamento dos créditos de ICMS provenientes do consumo de energia elétrica, resta evidente a regularidade do crédito tomado. Afirma que basta a análise das faturas de energia elétrica (doc. nº 09 – faturas exemplificativas e CD-ROM contendo as faturas de energia elétrica do período autuado) para facilmente constatar que o valor tomado pela Impugnante para creditamento do ICMS não ultrapassa o percentual estabelecido no laudo pericial, limitando-se aos valores de ICMS relativos à energia elétrica empregada na efetiva prestação do serviço de telecomunicações naquele estabelecimento misto (situado à Av. Vasco da Gama nº 782, Engenheiro Velho de Brotas, Salvador/BA).

Assim sendo, afirma que restou demonstrado que a Impugnante creditou-se apenas do ICMS referente à energia elétrica utilizada em seu processo de produção de telecomunicação, o que está em perfeita consonância com a legislação pátria, conforme exaustivamente demonstrado nos tópicos acima.

Não bastasse o já exposto, afirma que o montante devido a título de multa fiscal pela Impugnante in casu perfaz o percentual de 60% de todo o crédito tributário apurado, verificando-se descabidamente abusiva e desproporcional, acarretando, com isso, flagrante violação ao princípio do não-confisco em matéria tributária, inscrito no artigo 150, inciso IV da Constituição da República. Nesse sentido, transcreve ementa de decisão recentíssima do Supremo Tribunal Federal reafirma a aplicação do princípio do não-confisco às multas e limita as multas fiscais ao máximo de 30% do débito de tributo.

Defende, assim, que, para que não sejam consideradas confiscatórias, as multas devem limitar-se a 30% do valor do débito lançado. Caso a multa supere este montante, deve ser demonstrado pela Fazenda “peculiaridades e idiossincrasias do quadro que permitiriam sustentar a proporcionalidade da pena almejada”, o que inexiste no presente caso.

Desse modo, caso se entenda devido o ICMS exigido pela Fazenda Estadual, defende que as penalidades pecuniárias aplicadas devem ser reduzidas a patamares razoáveis e não confiscatórios.

Pelo exposto, pede a Impugnante a procedência da presente Impugnação, com o consequente cancelamento do Auto de Infração epigrafado, a extinção do crédito tributário nele consubstanciado e o arquivamento do processo fiscal instaurado.

Sucessivamente, pede a redução da multa a patamar compatível com a gravidade do ilícito supostamente praticado pela Impugnante, em homenagem ao não confisco e à proporcionalidade.

O autuante presta informação fiscal às folhas 322 a 325, aduzindo o que segue.

Quanto à afirmação feita pela autuada no sentido de que o serviço de telecomunicações possui natureza industrial, afirma discordar, salientando que o Decreto Federal nº 640/62 teve como propósito reconhecer a essencialidade do setor para o desenvolvimento econômico do país, e assegurar o acesso às linhas de financiamento do BNDE, instrumento primordial de execução da política de investimento do Governo Federal à época restrito à indústria de base. Transcreve o artigo 1º do decreto referido em apoio à sua tese.

Alega que a equiparação do setor de telecomunicações foi realizada para atender uma situação do setor visando a recuperação e manutenção da atividade considerada vital para o desenvolvimento do país.

A respeito da definição de produto industrializado, transcreve o parágrafo único do art. 46 do Código Tributário Nacional, bem como o art. 4º do Regulamento do IPI, para, a seguir, ressaltar que o emprego da energia elétrica no estabelecimento prestador de serviços de telecomunicações é diverso daquele utilizado no processo industrial. Afirma que a energia elétrica adquirida pela empresa de telefonia, sendo apenas consumida, não constitui insumo de processo industrial, já que a sua natureza ou a finalidade não são modificadas, pois, sendo mera prestadora de serviços, não transforma um produto em outro e nem o aperfeiçoa para o consumo.

Ademais, continua, o artigo 33 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, estabelece as hipóteses em que é aplicável o crédito de energia elétrica, não se enquadrando a autuada em nenhuma delas, conforme texto que transcreve.

Quanto à desproporcionalidade da multa, afirma que tal discussão escapa aos limites do trabalho da fiscalização, tendo em vista que cabe ao preposto fiscal exclusivamente aplicar a lei vigente e regularmente instituída, por se tratar de matéria vinculante e não discricionária.

Por tudo quanto aqui exposto, pede a manutenção da ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário.

Presente à sessão de julgamento, o representante da empresa fez juntada de memoriais ao presente PAF.

Em sustentação oral, o representante citado reiterou as razões elencadas na peça impugnatória, ao tempo em que apresentou cópia do acórdão nº 0267-03/11, relativo a julgamento proferido pela 3ª JJF, cujo teor traz uma decisão contrária ao Estado da Bahia, na apreciação de matéria idêntica à tratada no presente processo.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, sendo o imposto, a multa e sua base de cálculo foram apurados em conformidade com a legislação regente da matéria, cujos valores se encontram contidos nos demonstrativos elaborados (folhas 05 a 48), com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além da indicação dos dispositivos da legislação infringidos.

Da análise dos autos, é forçoso reconhecer que não há fatos controversos, emergindo com clareza, a ocorrência de creditamento por parte da impugnante, de valores relativos a ICMS incidente em operações de aquisição de energia elétrica, consumida na prestação de serviço de telecomunicações. A própria autuada admite o fato, cuja licitude defende sob a alegação de que a jurisprudência do STJ tem trilhado entendimento nesse sentido.

Conclui-se, assim, que a questão central posta em discussão diz respeito não aos fatos, mas à qualificação jurídica que se lhe dá, pugnando o autuante pela sua ilicitude, enquanto que a impugnante defende a sua conduta como um ato lícito.

Para deslinde da controvérsia, necessário se faz enfrentar a questão acerca da natureza jurídica da atividade desenvolvida pela impugnante, pois do seu enquadramento (ou não) como indústria irá

depender a licitude do creditamento da energia elétrica consumida, restando, consequentemente, como procedente ou improcedente o lançamento levado a termo pela fiscalização.

Conforme consta dos autos, a impugnante, empresa Global Village Telecom Ltda, possui como objeto social a “prestação de serviços de telecomunicações, inclusive a transmissão de voz, dados e informações, além da comercialização de equipamentos e acessórios de telecomunicações”, conforme pode ser constatado pela cópia do contrato social, acostada ao processo pela própria autuada, à folha 93.

Como se depreende da própria descrição da atividade desenvolvida pela impugnante, o seu objeto social não denuncia qualquer processo industrial, mas a prestação de um “serviço”, devendo-se como tal (prestadora de serviço) ser tratada.

A própria matriz constitucional tratou o serviço de telecomunicações à parte das demais operações industriais, conforme pode ser atestado pelo art. 155, inciso II da Carta Magna, abaixo reproduzido, *in verbis*:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

...

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

...”

Ora, se de indústria estivesse se tratando, não necessitaria o legislador constituinte tratá-lo separadamente, prevendo tal prestação como uma hipótese material de incidência distinta das demais, deixando a revelar que, pelo menos no âmbito da matriz constitucional, está-se a tratar de uma autêntica prestação de serviços.

A despeito da inequívoca natureza prestacional da atividade desenvolvida pela impugnante, a mesma pugna pela sua equiparação à atividade industrial, com base no que dispõe o art. 1º do Decreto 640/62, cujo texto reproduzo:

“Art. 1º Os serviços de telecomunicações, para todos os efeitos legais, são considerados indústria básica (grifo acrescido), de interesse para o fomento da economia do país e de relevante significado para a segurança nacional.

§ 1º O Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico fica autorizado a incluir entre suas operações prioritárias as que visam ao desenvolvimento e re-aparelhamento dessa indústria.

§ 2º Para o fim mencionado no parágrafo anterior, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico poderá adquirir títulos ou ações de empresas concessionárias, ou se sub-rogar nos direitos dos emitidos em seu favor, bem como adotar outras providências de caráter bancário.

...”

A despeito da forma abrangente adotada pelo texto do decreto sob exame, não se pode fazer uma interpretação literal do caput do seu artigo 1º, mormente se formos levar em consideração que tal regra teve origem em um ato do poder executivo, expedido no longínquo ano de 1962, época em que o ordenamento jurídico era completamente distinto do atual.

A interpretação literal do artigo 1º acima transcrito colide com todo o aparato normativo superveniente, inaugurado pela Constituição Federal de 1988 (26 anos após) e complementado por um conjunto de normas infraconstitucionais, não somente emitidas pela União, mas principalmente (no caso do ICMS) pelos Estados federados.

Assim, é possível afirmar que a equiparação industrial dada aos serviços de telecomunicações (pelo Decreto 640/62) tem seu efeito limitado aos benefícios previstos para a atividade de fomento da economia do país, em conformidade com a segunda parte do caput do art. 1º citado.

Nem se poderia pleitear que um ato emanado do poder executivo federal, datado de 1962, pudesse estar, ainda, vinculando e condicionando a interpretação das normas supervenientes, que foram

editadas em outro contexto sócio-jurídico-histórico, sob pena de grave violação ao princípio federativo, considerado como cláusula pétrea da CF.

Aliás, não é mesmo esse (indústria por equiparação) o tratamento de que gozam os prestadores de serviço de telecomunicações, pois a legislação baiana, como de resto a dos demais estados, prevê um tratamento específico para esses estabelecimentos, havendo regras específicas na Lei 7.014/96 para fato gerador (art. 1º, inciso III), incidência (art. 2º, inciso VII), momento de ocorrência do fato gerador (art. 4º, inciso XIII), sujeito passivo (art. 5º, § 2º, inciso III), local da operação (art. 13, inciso III, alíneas “a”, “b”, “c”, “d” e “e”), alíquota (art. 16, inciso V), etc.

Quanto ao creditamento da energia elétrica consumida por estabelecimento prestador de serviço de telecomunicações, a Lei Complementar 87/96 define quando é possível.

“Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

...

II – somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

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;

d) a partir de 1º de janeiro de 2020 nas demais hipóteses

...

Assim, considerando que a prestação de serviço de comunicação não é atividade industrial, em conformidade com o texto constitucional, com a LC 87/96, com a Lei 7.014/96 e demais diplomas legislativos estaduais, o creditamento da energia elétrica somente será possível a partir do ano de 2020, de acordo com a alínea “d” do inciso II do art. 33 da LC 87/96, acima reproduzida.

Quanto ao julgamento proferido pela 3ª JJF, no Acórdão nº 0267-03/11, em matéria idêntica à tratada na presente lide, cabe ressaltar que tal decisão foi reformada pelo Acórdão nº 0098-13/13, exarado pela 3ª Câmara de Julgamento Fiscal, em decisão de 06/03/2013. Esse, aliás, é o entendimento que vem sendo consagrado na jurisprudência deste CONSEF, a qual aponta 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 1ª e 2ª 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.

Quanto às decisões exaradas pelo STJ, resultam de interpretação dada por aquele colegiado ao texto do Decreto 640/62. Tais acórdãos não têm um efeito vinculante, relativamente aos órgãos da administração tributária, os quais devem obediência aos textos legais postos pelo poder legislativo.

Quanto às considerações acerca da desproporcionalidade da multa, bem como acerca do pedido de sua redução, é importante que se diga que essa Junta de Julgamento Fiscal somente pode fazê-lo quando não houver descumprimento de obrigação principal, nos termos do artigo 158 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto 7.629/99, cujo texto vai abaixo reproduzido.

“Art. 158. As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.”

Como na hipótese dos autos, constatou-se a falta de recolhimento de imposto, falece competência a essa junta para dispensar o crédito em exame. Entendo, portanto, que deve ser mantido o lançamento.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do presente auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298929.0005/13-2**, lavrado contra **GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$497.011,12**, acrescido da multa de 60%, prevista ao art.42, inciso VII, "a" da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO – JULGADOR