

**PROCESSO** - A. I. Nº 269130.0010/12-8  
**RECORRENTE** - NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JFJ nº 0089-05/13  
**ORIGEM** - IFEP SERVIÇOS  
**INTERNET** - 20/08/2014

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0223-11/14

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. ENERGIA ELÉTRICA. GLOSA DO CRÉDITO. A prestação de serviços de telecomunicação não constitui processo de industrialização. É vedada a utilização do crédito fiscal de energia elétrica usada ou consumida pelos estabelecimentos prestadores de serviços de telecomunicações, até 01/01/2020, de acordo com o artigo 33, inciso I, da LC nº 87/1996, alterado pela LC nº 138/2010. Infração mantida. Indeferido pedido de diligência e de perícia. 2. REMESSA DE BENS PARA CONserto. FALTA DE RETORNO. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS, AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Infrações não elididas. Mantida as exigências fiscais. 4. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL DA ENTRADA DE MERCADORIAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. OPERAÇÕES TRIBUTADAS. Infração reconhecida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria.

## RELATÓRIO

Cuidam os presentes de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 5ª JFJ, constante no Acórdão nº 0089-05/13, que concluiu pela Procedência do Auto de Infração epígrafado, lavrado em 18/05/2012, em razão de seis irregularidades, das quais o Recorrente reconhece as infrações 1 e 5:

*INFRAÇÃO 2 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação. Utilização do ICMS referente ao CFOP 1255, no cômputo do imposto a recolher. Valor: R\$191.641,68. Multa: 60%.*

*INFRAÇÃO 3 – Deixou de recolher ICMS em razão de remessa de bens para conserto, sem o devido o estorno. Falta de retorno de itens enviados para conserto. Infração descrita no corpo do Auto de Infração. Valor: R\$2.555,24. Multa: 60%.*

*INFRAÇÃO 4 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Entrada de itens como retorno sem que tenha havido remessa para conserto. Infração detalhada no corpo do auto. Valor: R\$2.072,12. Multa: 60%.*

*INFRAÇÃO 6 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$16.808,30 – art. 42, inc. XI, da Lei nº 7.014/96.*

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 5ª JFJ proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 170/175):

*Restou evidenciado nos autos que os dados que alicerçam e fundamentam as acusações fiscais foram obtidos dos próprios livros fiscais do autuado. Em face dos elementos de prova originários da escrituração fiscal do contribuinte serem suficientes para a formação da minha convicção, bem como por não depender de conhecimentos técnicos especializados, indefiro o pedido de perícia, formulado pelo autuado, conforme previsto no art. 147, inciso II, “a”, do RPAF-BA/99. Ademais, o mérito da exigência fiscal que compõe o item 2 da autuação é disciplinada na lei de regência do ICMS, não demandando para a sua interpretação a intervenção de peritos.*

No mérito o item 2 do Auto de Infração em epígrafe trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de energia elétrica utilizada na prestação de serviço de comunicação, nos meses de julho, outubro, novembro e dezembro do exercício de 2010.

Convém salientar que a Lei Complementar nº 87/96, com a redação vigente à época dos fatos, previa no seu artigo 33, II, que só daria direito a crédito fiscal a entrada de energia elétrica no estabelecimento: a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica; b) quando consumida no processo de industrialização; c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e d) a partir de 1º de janeiro de 2011, nas demais hipóteses. Em consonância com esse dispositivo, a Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96, no seu artigo 29, § 1º, III, reproduz essa mesma previsão contida na LC nº 87/96.

Em sede defesa, corroborado por tese doutrinária e trecho de laudo do Instituto Nacional de Tecnologia e o Parecer Jurídico do prof. Alcides Jorge Costa, ambos reproduzidos na peça defensiva, o sujeito passivo sustentou que a sua atividade consubstancia um verdadeiro processo de industrialização, do qual a energia elétrica é o principal insumo e, portanto, tem direito ao referido crédito fiscal. Para sustentar a sua pretensão alinha o conceito de industrialização previsto no Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados - RIPI e a definição contida no art. 1º do Decreto nº 640/1962, que considera os serviços de telecomunicação como indústria básica.

Consoante teor do parágrafo único do art. 46 do CTN é considerado industrializado “o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo”.

Não vislumbro possibilidade de acolhimento da tese defensiva de que a atividade de prestação de serviço de comunicação caracteriza como um processo de industrialização. Já que da atividade desenvolvida pelo autuado não resulta um produto e, muito menos, um produto que tenha tido a sua natureza ou finalidade modificada ou aperfeiçoada para o consumo. Não é razoável no âmbito tributário se ampliar a conceituação para alcançar o serviço de telecomunicação a ponto de classificá-lo como um processo industrial. Na prestação de serviços de telecomunicação se propicia meios para transmitir informações, inexistindo qualquer produção de informações.

Inexiste dúvida alguma de que a LC nº 87/96 e a Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96 estabelecem expressamente o direito a crédito fiscal referente a energia elétrica consumida no processo de industrialização, elas não se referem a processos equiparáveis ao de industrialização.

Apesar do laudo do Instituto Nacional de Tecnologia citado na defesa chegar à conclusão de que a utilização da energia elétrica em serviços de telecomunicação é de essencial importância na geração e transmissão de ondas eletromagnéticas, convém salientar que esse aspecto não é suficiente para enquadrar o prestador de serviço de telecomunicação como industrial.

Do mesmo modo, o fato Decreto Federal nº 640/1962 e a Portaria MF nº 436/1958, se referirem, expressamente à indústria de telecomunicações admitindo essa equiparação, não tem repercussão no âmbito tributário, uma vez que a sua competência é específica e restringe-se aos aspectos operacionais da atividade.

Alinho-me ao entendimento assente de que não é devido o crédito fiscal de ICMS nas aquisições de energia elétrica na prestação de serviços de comunicação, emanado de reiteradas decisões proferidas pelas Câmaras de Julgamento Fiscal deste Conselho, a exemplo dos Acórdãos de CJF nos 0021-11/05, 0007-12/11 e 0040-12/11.

Reproduzo abaixo a ementa do Acórdão nº 0040-12/11, no tocante à matéria em discussão:

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

Quanto ao precedente jurisprudencial trazido aos autos, recentemente firmado pelo STJ no RESP nº 842.270/RS, além de não ser um entendimento reiterado daquela corte sobre a matéria ora em lide, é necessário se fazer menção ao entendimento do mesmo tribunal, em sentido oposto, firmado pela Segunda Turma do STJ no julgamento do RESP nº 2007/0208971-9 contra concessionária de telefonia. Nesse citado aresto foi decidido que companhias de telecomunicações não fazem jus ao crédito do ICMS referente à energia elétrica.

Frente ao exposto mantenho, sem alteração o item 2 do Auto de Infração.

(...)

Isto posto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo os valores recolhidos ser homologados pela autoridade fiscal competente.

Inconformado, o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 186/203, requerendo a reforma da Decisão recorrida, para que a infração 2 fosse julgada improcedente.

Inicia suas argumentações dizendo que a Lei Estadual Baiana e o RICMS/BA dispõem em consonância com o art. 33 da Lei Complementar nº 87/96, ou seja, admitem o direito de crédito de ICMS decorrente da aquisição de energia elétrica, quando for consumida no processo de

industrialização.

Assevera que antes de proceder ao creditamento do ICMS, buscou estudo específico do Instituto de Pesquisas Tecnológicas (IPT), que elaborou o Laudo Técnico nº 9.068/2004, demonstrando que na geração de telecomunicação ocorre uma cascata de processos industriais de transformação, em que a energia elétrica é o insumo essencial consumido, ressaltando que o referido laudo é de 2004, sendo que o creditamento é de 2007/2009.

Analizando o Parecer técnico elaborado pelo IPT, diz que: *“não há dúvida de que quando alguém fala produz vibrações (energia) mecânicas. O transporte da voz exige que estas vibrações sejam transformadas em sinais digitais pelos equipamentos utilizados na geração de telecomunicação. Esse sinal digital é transmitido até o aparelho do receptor, onde é novamente transformado em vibrações mecânicas isto é, em voz”*.

Neste contexto, argui que a energia elétrica é essencial para o funcionamento dos aparelhos que fazem estas conversões, com base no trecho do Parecer: *“a energia elétrica é essencial para alimentar todos os equipamentos envolvidos nas operações de transformação da voz em sinais a serem transmitidos”*.

Ato contínuo, colaciona Parecer Jurídico do Professor Alcides Jorge Costa sobre a matéria, que se manifestou no sentido de que as empresas de telecomunicação são empresas industriais. Pelo que não há como não considerá-las abrangidas pelo art. 33, II, “b”, da Lei Complementar nº 87/1996, com o conseqüente direito ao crédito do ICMS que incide sobre a energia elétrica consumida no processo.

Transcreve dispositivos legais e vasta jurisprudência.

Quanto ao ponto de se considerar a geração de telecomunicação um processo de industrialização e objetivando refutar o argumento da fiscalização, de que se houvesse processo de industrialização sobre tal atividade incidiria o IPI, o recorrente transcreve o entendimento do Professor Alcides Jorge Costa, que apresenta uma análise fiscal, de que as comunicações ficaram sujeitas a um imposto único, monofásico, o que também ocorreu com a energia elétrica e com os minerais.

Conclui que observando a essencialidade, indispensabilidade e imprescindibilidade da energia elétrica na atividade-fim do recorrente, restou atendido o disposto no artigo 20 da Lei Complementar nº 87/96, que dispõe sobre o não direito ao crédito de ICMS nos casos de prestações ou operações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

Ademais, ressalta que de acordo com o artigo 155, §2º, inciso I da CF/88, tem o direito líquido e certo ao crédito de ICMS por força do princípio da não-cumulatividade face a essencialidade da energia elétrica utilizada na geração de telecomunicação.

Quanto as infrações 3, 4 e 6 do Auto de Infração o recorrente renova o pedido para juntada de documentação fiscal com o objetivo de demonstrar e comprovar que as infrações ali apontadas nunca existiram, face ao cumprimento das determinações legais.

A PGE/PROFIS, em Parecer da lavra do Dr. José Augusto Martins Júnior, exarado às fls. 204/212, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, pelas razões a seguir expostas.

Primeiramente assevera que a essencialidade não se traduz em elemento definidor do direito ao crédito fiscal, porquanto impossível definir temporalmente numa relação causa-efeito a linha de essencialidade num processo fabril.

Diz que o Legislador Complementar delimitou os pontos essenciais para definição do crédito fiscal, tendo como norte o princípio da não cumulatividade, na concepção de participação de um bem em mais de uma etapa da circulação econômica do bem, até o consumidor final, seja integrando o produto final fisicamente, seja, consumido integralmente no produto acabado.

Utiliza o conceito de insumo da Receita Federal, que define insumo como os bens utilizados na fabricação de produtos destinados à venda, exclusivamente, a matéria-prima, o produto intermediário, o material de embalagem, e quaisquer outros bens que sofram alterações, tais

como o desgaste, o dano ou a perda de propriedade física ou químicas, em função da ação diretamente exercida sobre o produto em fabricação, desde que não estejam incluídas no ativo imobilizado.

Nesta lógica, ressalta que um processo industrial demanda sempre a idéia de transformação, ou seja, da modificação de algo.

Transcreve o art. 4º, II do RIPI, que define o processo de industrialização, para concluir que não há o que se falar em transformação ou modificação da energia elétrica em serviços de comunicação e tampouco, num processo do serviço de comunicação como um processo industrial.

Em assentada de julgamento, esta 1ª CJF deliberou pela conversão do feito em diligência à PGE/PROFIS para que fosse elaborado Parecer jurídico, observando as recentes decisões da jurisprudência, sobre a possibilidade do creditamento da energia elétrica na prestação de serviço de telecomunicação.

Em cumprimento ao quanto solicitado, a PGE/PROFIS, através do procurador, Dr. José Augusto Martins Júnior, às fls. 218/223 opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário pelas razões a seguir transcritas:

Entende que o REsp 842270/RS não seria o entendimento mais acertado para o problema.

Pontua sobre a não cumulatividade do ICMS, que embora dotado de eficácia imediata, subordina-se à integração por lei complementar.

Transcreve o art. 33 da LC 87/96, que dispõe sobre o crédito da entrada de energia elétrica, apenas quando consumida no processo de industrialização.

Entende que o Decreto Federal nº 640/62 foi engendrado com propósitos completamente estranhos ao campo da tributação, tendo como norte, tão somente o reconhecimento do caráter de essencialidade do setor de comunicação para o desenvolvimento econômico do país, assegurando aos seus agentes o acesso às linhas de financiamento do BNDS, restritas a época, às indústrias de base.

Transcreve o conceito de produto industrializado do art. 46 do CTN, ressaltando que a Lei Geral de Telecomunicações classifica a atividade do recorrente como prestação de serviço e não indústria.

Destaca que não poderia um Decreto editado antes da CF/1988, bem como da LC nº 87/96, equiparar um estabelecimento prestador de serviços a um estabelecimento industrial, pois alteraria o espectro de competência fixado no texto constitucional, em afronta ao art. 109 do CTN.

Conclui que inexistindo processo industrial do ponto de vista do direito tributário, mostra-se inviável o creditamento de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica.

#### **VOTO VENCIDO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0089-05/13, prolatado pela 5ª JF, que julgou Procedente o Auto de Infração epígrafado, em razão de, dentre outras infrações, a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação.

Primeiramente, cumpre ressaltar que as razões de apelo do Recorrente se restringem apenas quanto a infração 2.

Neste aspecto entendo ser legítima a utilização dos créditos relativos à aquisição de energia elétrica por parte do Recorrente, senão vejamos.

O art. 33, da Lei Complementar nº 87/96, ao tratar do crédito de energia elétrica, estabelece:

*“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 for consumida no processo de industrialização;
- c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e
- d) a partir de 1º de janeiro de 2020 nas demais hipóteses.”

Como se vê, a alínea “b”, do inciso II, do art. 33, da Lei Complementar nº 87/96, admite o creditamento de ICMS incidente sobre energia elétrica quando ela é utilizada no processo de industrialização.

Neste contexto, o Decreto Federal nº 640/62 (Decreto do Conselho de Ministros), define os serviços de telecomunicações como indústria básica, *in verbis*:

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

*§ 1º. O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico fica autorizado a incluir entre suas operações prioritárias as que visam ao desenvolvimento e reaparelhamento dessa indústria.*

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

*§ 3º. Sempre que se tratar de financiamento ou investimento resultante provocação do Governo, por iniciativa do Presidente do Conselho de Ministros, o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, poderá, inclusive, agir na qualidade que lhe é atribuída pelo art. 8º da Lei no 1.628, de 20 de junho de 1952.*

*Art. 2º. Este decreto entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.”*

A meu ver, a expressão “para todos os efeitos legais” estabelece que a equiparação serve a todos os ramos do direito, inclusive o tributário, já que a norma não previu qualquer condicionante ou restrição.

Como cediço, a energia elétrica exerce papel de verdadeiro insumo na prestação de serviços de telecomunicações, pelo que, obstar o seu creditamento equivale a tornar o imposto cumulativo, violando o princípio da não-cumulatividade, previsto na Carta Magna.

Ademais, o STJ (REsp 842270/RS), em julgamento realizado pela 1ª Seção, 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.

Cumprе ressaltar que, de acordo com o art. 105, III, “c” da CF/88, é competência exclusiva do STJ a interpretação de normas infraconstitucionais, de modo que, quando se trata de matéria de Direito Público, na qual estão enquadradas as questões tributárias, cabe à 1ª Seção do STJ a responsabilidade de unificar o entendimento das duas Turmas. Podendo-se concluir que o julgamento do REsp 842270/RS representa o entendimento pacificado dentro do STJ quanto ao assunto em questão.

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 PROVIDO.**

*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)

Pelo exposto, em consonância com o entendimento do STJ, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida, julgando IMPROCEDENTE a infração 2.

## VOTO VENCEDOR

Com a devida vênia, divirjo do entendimento esposado pela ilustre Conselheira Relatora quanto ao provimento do Recurso Voluntário ao tempo em que, alinhando-me ao teor da decisão de base e do Parecer prolatado pelo digno Representante da PGE/PROFIS, acostado às fls. 204 a 212, entendo não merecer reparo a decisão recorrida.

A Infração 2, objeto do recurso interposto, cuida da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de energia elétrica utilizada na prestação de serviço de comunicação.

Observo que determina a Lei Complementar nº 87/96, quanto ao uso de crédito referente à entrada de energia elétrica:

*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: (Redação dada pela LC nº 102, de 11.7.2000)*

*a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica; (incluída pela LC nº 102, de 11.7.2000)*

*b) quando consumida no processo de industrialização; ( incluída pela LC nº 102, de 11.7.2000)*

*c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e ( incluída pela LC nº 102, de 11.7.2000)*

*d) a partir de 1º de janeiro de 2020, nas demais hipóteses; (Redação dada pela LC nº 138/2010)*

*[...]*

O contribuinte pretende aplicável aos fatos em análise o teor da alínea “b” do inciso II do artigo 33 da transcrita LC 87/96.

Pontuo que a Lei Estadual nº 7.014/96, art. 29, §1º, III, e o RICMS/BA/97 no art. 93, II, “b”, normas vigentes à data dos fatos objeto da exação, seguem adstritos ao previsto na Lei Complementar.

Não merece guarida a alegação recursal quanto a que a sua atividade equipara-se a processo de industrialização, do qual a energia elétrica constituiria insumo, embora seja evidente que a energia elétrica constitua elemento essencial à geração e transmissão de dados na prestação do serviço de comunicação, tanto quanto indiscutível a sua essencialidade em diversas outras atividades comerciais.

Assinalo que o artigo 46 do Código Tributário Nacional define produto industrializado como aquele *que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.*

Da atividade desenvolvida pelo recorrente não resulta um produto e, menos ainda, produto que tenha tido a sua natureza ou finalidade modificada, ou aperfeiçoada, para o consumo.

Os dados/voz enviados pelo contratante do teor a ser comunicado pelo prestador dos serviços de comunicação serão exatamente os dados/voz entregues ao receptor ao qual destinados.

Durante o processo de prestação do serviço de comunicação há a provisória transformação de emitidos dados e voz em ondas eletromagnéticas, que para serem recebidos serão novamente transformados em idênticos dados e voz, portanto inexistindo modificação, pelo prestador do

serviço de comunicação, da natureza, da finalidade, ou mesmo qualquer aperfeiçoamento dos dados e voz que lhe foram entregues/enviados para serem comunicados.

Seguindo essa linha determinada pelo artigo 46 do CTN, não há como entender que o Decreto nº 640/1962 e o art. 4º do RIPI, normas hierarquicamente inferiores ao Código Tributário Nacional, teriam o alcance de equiparar o serviço de comunicação a um processo industrial.

Considero exatas as ponderações do ilustre Procurador da PGE/PROFIS quando salienta que o Decreto Federal nº 640/62, editado antes da CF/1988 e da LC nº 87/96, naquele momento histórico de necessidade da implementação de maiores recursos nacionais para o desenvolvimento da telecomunicação neste País, não se direcionava ao campo da tributação, e sim visava ao reconhecimento do caráter de essencialidade do setor de comunicação para o desenvolvimento econômico do país, pelo que então indispensável o acesso das empresas do setor de comunicação às linhas de financiamento do BNDS restritas, à época, às indústrias de base.

Por outro lado, como bem frisa o preclaro Procurador, este Decreto não poderia equiparar estabelecimento prestador de serviços a estabelecimento industrial, sob pena de colisão com o teor do art. 109 do CTN:

*Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.*

A jurisprudência citada pelo recorrente não vincula a presente decisão.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **269130.0010/12-8**, lavrado contra **NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$197.067,54**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$19.632,22**, previstas nos incisos IX e XI, do mesmo diploma legal supracitado, com os acréscimos moratórios conforme norma da Lei nº 9.837/05, devendo os valores recolhidos serem homologados pela autoridade fiscal competente.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva, Eduardo Ramos de Santana e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Raísa Catarina Oliveira Alves Fernandes, Rosany Nunes de Mello Nascimento e Oswaldo Ignácio Amador.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de julho de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA/VOTO VENCIDO

OSMIRA FREIRE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - VOTO VENCEDOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS