

PROCESSO - A. I. Nº 269135.0016/12-0
RECORRENTE - TIM CELULAR S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0205-03/13
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 04/09/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0261-12/14

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA. GLOSA DO CRÉDITO. É vedada a utilização do crédito fiscal de energia elétrica usada ou consumida pelos estabelecimentos prestadores de serviços de telecomunicações. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou o Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em razão do cometimento da infração a seguir descrita:

Infração 1 – “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação. Sendo os valores do crédito indevido apurado através de levantamento no Livro de Entradas e Livro de Apuração dos Créditos de ICMS, dos valores utilizados com o CFOP 1.255 e 2.555 – Compra de energia elétrica por estabelecimento prestador de serviço de Comunicação. Tudo conforme planilha de apuração do valor do imposto anexa*”.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide da seguinte forma, “*in verbis*”:

O tema da não cumulatividade é de fundamental importância para a sistemática de um imposto que pretende ser multifásico sem perder a sua neutralidade. Embora o tema comporte uma série de abordagens, o direito tributário brasileiro tem sido bastante rigoroso ao limitar através do instrumento legal competente – a lei complementar- o uso do crédito do ICMS. Razões de natureza econômica têm sido sobrepostas àquelas que conduziriam a uma aproximação maior com a exteriorização constitucional deste importante princípio.

Talvez ainda levemos muito tempo para convivermos com o uso universal do crédito contrapondo-se a uma incidência também universal do nosso imposto sobre o valor agregado. Por enquanto permanecemos com as limitações trazidas pelas várias leis complementares e que nos conduz à companhia das manifestações já levadas a efeito pelo CONSEF.

De acordo com este posicionamento do Fisco, não é possível às empresas de comunicação se creditar do ICMS anteriormente recolhido em relação à energia elétrica, já que não há, neste caso, industrialização e, por decorrência, ela não pode ser caracterizada como insumo.

O artigo 46, parágrafo único do Código Tributário Nacional conceitua o 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”. Quanto aos julgados administrativos e de Tribunais Estaduais, temos que levar em consideração que o ICMS é um imposto estadual, tendo cada unidade federada a autonomia legislativa, para emitir as suas normas, respeitando-se logicamente a Constituição Federal. Aos Estados também compete através dos seus Tribunais Administrativos e Judiciais a interpretação das normas tributárias relativas ao ICMS.

Relembro que apesar do posicionamento do STJ trazido pelo contribuinte caminha no sentido de considerar o serviço de comunicação como uma espécie de processo industrial existem também importante entendimento firmado pela Segunda Turma do mesmo Tribunal durante o julgamento de Recurso Especial (2007/0208971-9) contra concessionária de telefonia. Por igual fato os ministros concluíram que companhias de telecomunicações não fazem jus ao crédito do ICMS referente à energia elétrica. Pela objetividade como foram apresentados os argumentos e pela sua importância no deslinde da questão consideramos importante tomarmos emprestado

estas colocações: "As empresas de telecomunicações prestam serviços, nos termos da Constituição Federal (artigo 155, II) e da Lei Geral de Telecomunicações, o que não se confunde com processo industrial. O Princípio da Não-Cumulatividade por si só não permite o creditamento amplo e irrestrito de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica; o consumo de energia somente gera direito a creditamento nos exatos termos e limites previstos pelo art. 33, II, "b", da Lei Complementar nº 87/1996; o debate recursal, in casu, é estritamente de direito, pois basta interpretar a definição legal da atividade industrial para fins de tributação e verificar se nela se abarcam as empresas de telecomunicação; análise da violação de dispositivos da legislação federal posterior ao Decreto 640/1962, em especial o art. 33 da Lei Complementar 87/1996, interpretado à luz do conceito de industrialização dado pelo CTN (art. 46, parágrafo único), além do Regulamento do IPI e da Lei Geral de Telecomunicações; em matéria tributária, a definição de atividade industrial é dada pelo Código Tributário Nacional, lei posterior ao citado Decreto 640/1962. "Considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoar para o consumo" (art. 46, parágrafo único, do CTN). O art. 4º do Regulamento do IPI detalha a atividade industrial, nos limites fixados pelo CTN; prestação de serviço não se confunde com atividade industrial; as empresas de telecomunicações prestam serviços (art. 1º da Lei Geral de Telecomunicações). Essa acepção é adotada pela Constituição Federal ao definir a competência tributária relativa ao ICMS (art. 155, II); os serviços de telecomunicações, que se submetem exclusivamente ao ICMS (e não ao IPI), não representam atividade industrial para fins da tributação; é inviável o creditamento de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica pelas concessionárias de telecomunicações, nos termos do art. 33, II, "b", da LC 87/1996, pois são prestadoras de serviço, e não entidades industriais.

Acompanhamos a manifestação dos autuantes no sentido de que a alegação do autuado sobre a inconstitucionalidade da Lei Complementar, não pode ser analisada por este órgão julgador tendo em vista as limitações impostas pelo Art. 167, inciso I do RPAF/ 99, que dispõe sobre não inclusão na competência dos órgãos julgadores sobre a constitucionalidade ou não de norma tributária. Prejudicado portanto tal questionamento. Porém a título de esclarecimento temos conhecimento de que o STF, em julgamento da medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.325, firmou o entendimento de que a Lei Complementar que disciplinou a questão do uso dos créditos é constitucional.

Somos portanto acompanhando como dissemos decisões anteriores deste órgão, pela procedência total do presente lançamento.

Inconformado com a Decisão de primeiro grau, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário, alegando que a apropriação de créditos de ICMS por ele efetuada é legal, na medida em que:

1. 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;
2. ademais, a energia elétrica utilizada pela empresa é insumo indispensável à prestação do serviço de telecomunicação, o que torna legítimo o creditamento do ICMS incidente em sua aquisição, consoante interpretação realizada conforme a Constituição;

Prossegue dizendo que 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, foi objeto de recente julgado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça nos autos do REsp nº 842.270/RS com vistas a pacificar o entendimento acerca do tema.

Salienta que o entendimento restou novamente confirmado pela Primeira Seção do STJ no bojo do Recurso especial representativo de controvérsia nº 1.201.635/MG (cf. artigo 543-C do Código de Processo Civil), em 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.

Observa que as decisões proferidas acataram a tese de que a energia elétrica consumida pela empresa prestadora de serviço de telecomunicações passa por um processo de industrialização, concluindo pela incontestável legitimidade da tomada dos créditos de ICMS relativos à aquisição dessa energia elétrica, em hipótese absolutamente idêntica à da presente autuação.

Anota que se dedica à prestação de serviços de telecomunicações, para o qual a energia elétrica se apresenta como insumo absolutamente essencial, e, ao não reconhecer seu direito, entende que a Fazenda Pública baiana contraria o disposto no artigo 33, II, "b", da Lei Complementar nº

87/96, o qual dá 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, que transcreveu.

Reproduz dispositivos do Regulamento do IPI, aprovado pelo Decreto nº 2.637/98, que estabelece o conceito de “indústria básica” que deve ser aplicado para todos os efeitos legais e explica que, sem a transformação da energia não é possível a prestação do serviço de telecomunicação, porquanto esta é o ingrediente essencial para a prestação do respectivo serviço.

Conclui 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, pois, além de a energia elétrica constituir ingrediente essencial, passa por um complexo processo de transformação e o produto industrializado é a própria disponibilização do serviço de comunicação.

Transcreve a ementa de Decisões do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina quanto ao seu direito de se creditar do ICMS decorrente de consumo de energia elétrica empregada na prestação dos serviços de telecomunicação.

Afirma que a energia elétrica é utilizada, rigorosamente, em todos os processos de comunicação de uma rede de telefonia móvel, incluindo os equipamentos de infraestrutura, de segurança da continuidade, climatização ambiental e etc. e, portanto, “*entende-se que a energia elétrica é um insumo absolutamente essencial para a execução do serviço de telecomunicação pois é consumida no funcionamento desse serviço*”.

Explica que “*a energia elétrica é convertida em onda eletromagnética, ou seja, a onda eletromagnética é a energia elétrica em movimento e a conversão da energia em onda é necessária à obtenção das conexões produzidas dentro da operadora de telecomunicação, possibilitando assim a comunicação*”.

Repisa que a energia elétrica, uma vez ligada inseparavelmente ao processo de industrialização e, consequentemente, à prestação dos serviços de comunicação, não pode deixar de gerar créditos de ICMS e, dessa forma, requer a improcedência da exigência fiscal.

A PGE/PROFIS, por meio da Dra. Ângeli Maria Guimarães Feitosa, manifestou-se pelo não provimento do Recurso Voluntário, pois considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão do acórdão recorrido.

Afirma que as infrações estão claramente descritas e tipificadas na legislação tributária, tendo o autuante logrado descrever com clareza o infrator, os fatos geradores, as bases de cálculo e os dispositivos legais infringidos, não havendo nenhum cerceamento ao direito de defesa.

No mérito, aduz que a Lei Complementar nº 87/96 não ampara o crédito fiscal oriundo de energia elétrica para as empresas prestadoras de serviços de comunicação, tendo em vista que, da atividade do contribuinte, “*não resulta um produto e, muito menos, um produto que tenha tido a sua natureza ou finalidade modificada ou aperfeiçoada para o consumo*”, nos termos do artigo 46 do Código Tributário Nacional.

Informa que a prestação de serviços de telecomunicação é regida pela Lei nº 9.472/97 que, em nenhum momento, trata essa atividade como um processo industrial e, ademais, a Decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça não tem poder vinculante, “*espelhando apenas o entendimento do julgador naquela hipótese*”.

Ressalta, quanto às alegações recursais de inconstitucionalidade da limitação ao direito de utilizar créditos fiscais decorrentes de energia elétrica, que não cabe ao julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual, ao teor do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Considerando os argumentos do recorrente, as recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Representativo da Controvérsia (artigo 543-C do Código de Processo Civil),

bem como a recentíssima orientação do Procurador Geral do Estado expressa na **Portaria nº PGE – 177/2013**, publicada no Diário Oficial do Estado de 05/12/13, criando o Núcleo Auxiliar da Inteligência Estratégica da Procuradoria Fiscal (NAIPE/PROFIS), esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar, decidiu converter o presente PAF em diligência à PGE/PROFIS para que o Procurador Chefe emitisse Parecer jurídico sistêmico esclarecendo qual o entendimento daquele órgão especializado a respeito do presente lançamento de ofício, consubstanciado na exigência de ICMS em razão da utilização indevida de crédito fiscal por empresa de telecomunicações (infração 1).

Em resposta à diligência, a Dra. Rosana Jezler Galvão, procuradora coordenadora do NAIPE/PROFIS, informou que apesar das atribuições elencadas nos incisos I, II, IX e X da Portaria nº 177/2013, que criou o NAIPE – Núcleo Auxiliar de Inteligência Estratégica da Procuradoria Fiscal, “*existe equívoco do CONSEF quanto a possibilidade de Parecer sistêmico sobre esta matéria, no atual momento, porque a questão ainda está sendo discutida no STJ através de embargos de declaração e, no STF através de Recurso extraordinário, por este motivo não se trata de matéria pacificada de forma definitiva para qual o NAIPE possa elaborar um Parecer sistêmico*”. (sic)

Prossegue dizendo que “*uma questão somente se encontra pacificada quando a questão envolver somente legislação infra constitucional e o STJ já tenha decidido em sede de Recurso representativo da controvérsia e a Decisão esteja transitado em julgado*” e “*quando a matéria for constitucional quando o STF já tenha se pronunciado em Recurso Extraordinário, ADIN ou ADC e as decisões tenham transitado em julgado*”.

No que se refere à utilização de créditos de energia elétrica pelas empresas de telecomunicação, sob o argumento de que se trata de processo industrial, matéria discutida no REsp nº 842270/RS e no REsp nº 1201635/MG, afirma que “*ainda não existe trânsito em julgado, porque envolve matéria infra constitucional e constitucional e os dois Recursos somente serão decididos definitivamente no Supremo Tribunal Federal*”.

Aduz, ainda, que “*conforme andamentos em anexo o REsp 842270/RS já se encontra em fase de Recurso extraordinário e o REsp 1201635/MG ainda se encontra em safe de embargos de declaração no STJ, do acórdão proferido no Recurso Especial e ainda caberá interposição do Recurso extraordinário do acórdão proferido*”.

Esclarece que, “*se os processos não transitaram em julgado e o STF se manifestará e julgará a matéria, pode haver modificação do entendimento firmado pelo STJ, motivo pelo qual é temerário qualquer renúncia por parte do Estado da Bahia da aplicação das normas estaduais tributárias e LC 87/96 que estão em vigor*”. (sic)

Por fim, ressalta que “*a PGE está atenta às decisões recentes do STJ e do STF e acompanhará a tramitação destes processos, e, se em momento posterior, a matéria pacificar no mesmo sentido do entendimento firmado nos referidos especiais e couber um Parecer sistêmico este será devidamente elaborado e encaminhado pelo NAIPE/PROFIS para apreciação do Procurador Chefe da PROFIS e Procurador Geral do Estado da Bahia para que possamos ter uma orientação uniforme e após ratificação ser encaminhado à SEFAZ e ao CONSEF para conhecimento*”.

Por último, afirma que está devolvendo o PAF ao CONSEF para prosseguimento do julgamento.

O recorrente protocolou, em 27/08/14, um “Memorial de Julgamento” em que, após apresentar uma síntese dos fatos, transcreve uma Decisão do Superior Tribunal de Justiça no RESP 1.201.635/MG, julgado pela sistemática do artigo 543-C do CPC, que reconheceu a possibilidade do creditamento do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida pelas prestadoras de serviços de telecomunicações.

Argumenta que a prestação de serviços de telecomunicação é equiparada a indústria básica pelo Decreto nº 640/62 e que a energia elétrica é um insumo essencial a essa atividade, pois, para que ocorra a prestação do serviço de telecomunicação é necessário “*o processo de transformação da*

energia elétrica, que é a matéria-prima, ou seja, o insumo indispensável, em vibrações sonoras, não se podendo restringir tão somente à transformação de bens corpóreos”.

Por fim, pede a Improcedência do Auto de Infração.

VOTO

De acordo com as informações prestadas pela Procuradoria Geral do Estado, de que as ações judiciais citadas pelo recorrente ainda se encontram em fase de tramitação, há de se prosseguir normalmente com o julgamento do presente processo administrativo fiscal.

No presente Auto de Infração foi lançado débito decorrente da utilização de crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica na prestação de serviço de comunicação.

O autuado, em seu Recurso Voluntário, argumentou que tem direito aos créditos oriundos de aquisições de energia elétrica, pois a sua atividade se equipara a um processo de industrialização do qual a energia elétrica constitui um insumo indispensável.

A respeito desta matéria este CONSEF já se manifestou, ainda que em decisões não unâimes, pela não aceitação dos créditos decorrentes de aquisições de energia elétrica utilizada na prestação de serviços de comunicação, como se pode depreender pelos Acórdãos CJF nºs 0084-11/13, 0090-11/13, 0093-13/13, 0098-13/13 e 0117-13/13.

Transcrevo a seguir excerto do voto do então Conselheiro Álvaro Barreto Vieira no Acórdão CJF nº 0444-13/13 que, apesar de ter sido vencido no mérito, espelha o pensamento atualmente dominante neste Conselho Administrativo:

(...)

Trata a Infração 1 da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de energia elétrica utilizada na prestação de serviço de comunicação.

Ao dispor sobre o direito ao crédito fiscal de ICMS, a Lei Complementar 87/96, no seu art. 33, II, com a redação dada pelas Leis Complementares nºs 102/00, 122/06 e 138/10, assim determina 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)
[...]

A Lei Estadual nº 7.014/96, no seu art. 29, §1º, III, mantém o mesmo regramento da LC 87/96 quanto ao crédito fiscal de ICMS decorrente de entrada de energia elétrica. Por sua vez, o RICMS-BA/97 no art. 93, II, “b”, segue adstrito ao previsto na Lei nº 7.014/96 quanto à matéria em comento.

Sustenta o recorrente que tem direito aos referidos créditos, pois a sua atividade se equipara a um processo de industrialização, do qual a energia elétrica constitui um insumo indispensável. Explica que a energia elétrica foi apropriada com base em Relatório Técnico que acostou ao processo, de forma que o débito tributário referente à parcela que não foi utilizada no processo industrial foi reconhecido como procedente e recolhido.

Com base nesse dispositivo legal acima transscrito, o serviço de comunicação prestado pelo recorrente teria que se enquadrar no conceito de industrialização, para que o contribuinte tivesse direito ao crédito fiscal em questão.

Indubitavelmente, a energia elétrica constitui um elemento essencial na geração e transmissão de conteúdos que integra a atividade na prestação do serviço de comunicação, porém não há como se equiparar o serviço de comunicação a um processo industrial.

O disposto no artigo 46 do Código Tributário Nacional define produto industrializado como sendo o que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo. Com base nesse dispositivo legal e no entendimento firmado neste CONSEF, não acolho a tese recursal de que o serviço de comunicação se enquadraria no conceito de industrialização. Esse posicionamento fica mais claro quando se observa que da atividade desenvolvida pelo recorrente não resulta um produto e, muito menos, um produto que tenha tido a sua natureza ou finalidade modificada ou aperfeiçoada para o consumo. Não há, portanto, como se classificar o serviço de telecomunicação como sendo um processo industrial. Não é razoável considerar a transformação de dados e de voz em ondas eletromagnéticas como sendo um processo industrial, especialmente quando se observa que a prestação de serviço de telefonia não modifica a natureza da voz ou do dado transmitido.

Seguindo essa linha de entendimento firmada neste CONSEF, não há como prosperar os argumentos recursais atinentes ao Decreto nº 640/1962 e ao art. 4º do RIPI, os quais, no entendimento do recorrente, equiparariam o serviço de comunicação a um processo industrial.

O Relatório Técnico PD.33.11.25^a.0151%RT-04-AA – Descrição Qualitativa e Quantitativa do Processamento de Energia Elétrica em Estação Telefônica, elaborado sob encomenda do recorrente, não obstante a sua excelente qualidade técnica, não possui o condão de modificar o disposto na legislação tributária estadual sobre a matéria.

(...)

Dessa forma, considerando a legislação vigente no período abarcado pela Infração 1 – junho a dezembro de 2005 – a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS restou comprovada e, em consequência, foi acertada a Decisão da primeira instância.

(...)

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida, a qual não carece de reparo algum.

Por fim, ressalto que não compete a este CONSEF, nos termos do artigo 167, inciso I, do RPAF/99, apreciar as alegações concernentes à constitucionalidade da limitação ao direito de utilizar créditos fiscais decorrentes de energia elétrica.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, mantendo inalterada a Decisão recorrida.

VOTO DIVERGENTE

É objeto da divergência apenas a infração 1 da autuação fiscal, no qual o autuante entendeu por indevido o crédito fiscal de ICMS incidente sobre a aquisição de energia elétrica, utilizada na prestação de serviço de comunicação exercida pelo recorrente.

A autuação fiscal foi mantida pela JJF, entendimento ora acompanhado pela ilustre relatora. Entretanto, apesar da fundamentação apresentada em seu voto, peço vênia para discordar de seu entendimento.

Acerca do aproveitamento do crédito incidente sobre as aquisições de energia elétrica, a Lei Complementar n.º 87/1996, em seu art.33, assim dispõe:

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

I – somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020;

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; e

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

Depreende-se da leitura do dispositivo legal supra e das argumentações defensivas, que o cerne da questão está exatamente no enquadramento, ou não, do serviço de comunicação como

atividade industrial.

Por ser esta uma questão de âmbito federal, tomo como ponto de partida o Decreto n.º 640/62, ainda vigente, que assim determina em seu art. 1º:

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.

Ao estabelecer que o conceito de indústria básica aplicar-se-ia a todos os efeitos legais o legislador incluiu, como não poderia deixar de ser, o direito tributário.

Esse fora, inclusive, o entendimento do Ministro Mauro Campbell Marques, nos autos do AgRg no Agravo em Recurso Especial n.º 11.265/RS, que, devido a importância, ora transcrevo:

Como bem observado pelo Ministro Castro Meira, o art. 77 da Lei 9.472/97 usa a expressão "indústria de telecomunicações". Destarte, embora a Lei 9.472/97 qualifique a atividade de telecomunicações como serviço, também admite o caráter industrial da atividade, razão pela qual não fica caracterizada incompatibilidade entre a lei referida e o Decreto 640/1962.

Por outro lado, não me alinho ao entendimento no sentido de que os motivos que ensejaram a equiparação dos serviços de telecomunicações à indústria, os quais foram explicitados no próprio Decreto 640/1962, não subsistem nos dias atuais, ao menos no que se refere ao fomento do setor de telecomunicações.

É verdade que nos grandes centros urbanos o alto grau de desenvolvimento do setor é manifesto. No entanto, há inúmeras regiões no País nas quais o serviço ainda é prestado de forma precária.

Além disso, é oportuno destacar que, nos últimos anos, o Governo Federal tem concedido uma série de incentivos às empresas que prestam serviços de telecomunicações, especialmente em razão dos eventos esportivos, de repercussão internacional, que serão sediados no Brasil nos próximos anos (Copa do Mundo de Futebol em 2014 e Olimpíadas em 2016), como noticiado pela mídia especializada.

A despeito da importância dos eventos mencionados, o fomento também se justifica pela necessidade de se democratizar o acesso à informação no País, sobretudo no que se refere ao acesso à Internet via "banda larga", possibilitando que a fixação de tarifas mais acessíveis permita que um maior número de brasileiros usufruam desse Recurso.

Isso foi observado, inclusive, pela Presidente da República, conforme notícia veiculada no site oficial da Presidência ("<http://www.planalto.gov.br>"), ao comentar o "Termo de Compromisso" firmado entre o Governo Federal e as empresas de telefonia fixa, expressando a seguinte conclusão: "Estou certa de que conseguiremos aumentar a oferta e diminuir o preço da internet para reduzir ainda mais a desigualdade entre os brasileiros." (endereço eletrônico que contém a íntegra da notícia: <http://www2.planalto.gov.br/> imprensa/conversa-com-a-presidenta/conversa-com-a-presidenta-02-08-2011).

Assim, razões de ordem econômica e de ordem social também justificam a aplicabilidade do Decreto 640/1962 nos dias atuais.

Demonstrada a vigência e aplicabilidade do Decreto 640/1962, impõe seja reconhecido o direito pleiteado na presente demanda, como entendeu o Tribunal de origem.

É sabido que, em obediência ao disposto no art. 110 do Código Tributário Nacional “A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizado, expressa ou implicitamente, pela Constituição federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Direito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias”. Em assim sendo, não cabendo à norma estadual a competência para definir industrialização, ou enquadrar qualquer serviço neste conceito, deve socorrer-se a outras figuras jurídicas existentes.

Desta forma, entendo que a disposição contida no Decreto nº 640/62 se aplica a todos os ramos do direito, inclusive o tributário, não havendo, portanto, qualquer impedimento em enquadrar o serviço de telecomunicação, para fins de apropriação de créditos fiscais, à indústria.

Em sendo um processo de transformação, além do enquadramento como indústria básica, na forma do Decreto 640, aplica-se a ele o disposto no parágrafo único, do artigo 46, do CTN que, 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. Regra que se coaduna, sem ressalvas, ao serviço de comunicação.

Ademais, da análise do descriptivo do processo de telecomunicação, trazido aos autos pelo recorrente, constata-se que este pressupõe um processo de transformação no qual, a energia elétrica é insumo essencial, o que lhe garante o aproveitamento do ICMS incidente na operação ou prestação anterior, em estrito cumprimento ao princípio constitucional da não cumulatividade.

Por fim, filio-me ao entendimento proferido pelo Ministro Luiz Fux, no REsp 842270/RS que, dada a importância, ora transcrevo:

13. 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. Nesse sentido, doutrina uníssona leciona que, in verbis:

"Ora, energia elétrica é essencial à prestação dos serviços de telecomunicação.

(...)

"Pelo acima exposto, conclui-se, de maneira inequívoca, que a energia elétrica é fundamental, essencial e indispesável, à realização dos serviços de telecomunicação (...)."

(Prof. Alcides Jorge Costa, Parecer às fls. 333/354)

"(...) a prestação dos serviços de telecomunicação é também o resultado de um processo, equiparável, em seus fundamentos, ao de industrialização.

"(...) a energia elétrica tem um elevadíssimo grau de essencialidade, já que, mais do que uma mera "acionadora externa de equipamentos", integra a própria estrutura do processo de prestação dos serviços em pauta.

"(...) a energia elétrica é inerente à prestação dos serviços de telecomunicação."

(Roque Antônio Carrazza, em Parecer às fls. 357/392)

Registre-se, por oportuno, que a Decisão acima mencionada foi proferida em Recurso Repetitivo, de forma que, segundo entendimento já pacificado no STJ, dispensa o trânsito em julgado para ser aplicável aos demais Recursos, conforme se extrai das decisões abaixo transcritas:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.346.717 RS(2012/0193876-0)

RELATOR: Ministro OG FERNANDES (1139)

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. TESE SEGUNDO A QUAL O ENTENDIMENTO FIRMADO PELA VIA DO ART. 543-C DO CPC TERIA APLICABILIDADE SOMENTE APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DO RESPECTIVO ACÓRDÃO. NÃO PROCEDÊNCIA. SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO A SEREM UTILIZADOS NO CÁLCULO DO NOVO BENEFÍCIO. OMISSÃO. INTEGRAÇÃO DO JULGADO NOS TERMOS DO RECURSO REPETITIVO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. 1. Segundo o entendimento pacificado nesta Corte Superior, é desnecessário aguardar o trânsito em julgado do acórdão proferido no Recurso repetitivo para que se possa aplicar aos demais Recursos o entendimento firmado pela via do art. 543-C do CPC. 2. Nos embargos de declaração opostos contra o Recurso repetitivo que tratou da matéria (REsp 1.334.488), concluiu-se que "deve ficar expresso que a nova aposentadoria, a ser concedida a contar do ajuizamento da ação, há de computar os salários de contribuição subsequentes à aposentadoria a que se renunciou". Assim, deve-se integrar o acórdão embargado com manifestação expressa a esse respeito. 3. Quanto aos demais temas, observa-se que constituem mera repetição das alegações constantes do agravo regimental, as quais já foram adequadamente tratadas, não havendo que se falar em vícios no julgado. 4. Embargos de declaração parcialmente acolhidos.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.381.003 RN(2013/0123273-4)

RELATOR: Ministro OG FERNANDES (1139)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. TESE SEGUNDO A QUAL O ENTENDIMENTO FIRMADO PELA VIA DO ART. 543-C DO CPC TERIA APLICABILIDADE SOMENTE APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DO RESPECTIVO ACÓRDÃO. NÃO PROCEDÊNCIA. DIREITO ADQUIRIDO. VIOLAÇÃO AFASTADA EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO. 1. Segundo o posicionamento consolidado nesta Corte Superior, é desnecessário aguardar o trânsito em julgado do acórdão proferido no Recurso repetitivo para que se possa aplicar aos demais Recursos o entendimento firmado pela via do art. 543-C do CPC. 2. Quanto ao prazo previsto no art. 103 da Lei n. 8.213/91, o entendimento deste Superior Tribunal é de que "(...) não viola o direito adquirido e o ato jurídico perfeito a aplicação do regime jurídico da citada norma sobre o exercício, na vigência desta, do direito de revisão das prestações previdenciárias concedidas antes da instituição do prazo decadencial" (REsp 1.309.529/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 28/11/2012, DJe 4/6/2013). 3. Agravo regimental a que

se nega provimento.

Dito isto, sendo o julgamento favorável ao contribuinte, em Decisão proferida em Recurso Repetitivo, a qual vincula aquelas proferidas a partir de sua publicação – conforme art. 543-C do CPC, entendo que decidir de forma distinta resultará em ônus de sucumbência para o Estado.

E em assim sendo, meu posicionamento é no sentido de reconhecer o direito ao creditamento do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida pelas empresas de telecomunicação, equiparando-as, para este fim, à indústria.

Desta forma, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado para afastar o lançamento contido na infração 1 do Auto de Infração, julgando, em consequência, IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269135.0016/12-0**, lavrado contra **TIM CELULAR S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$551.542,21** acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros(as): Mônica Maria Roters, Denise Mara Andrade Barbosa e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO DIVERGENTE - Conselheiros: Evany Cândida Vieira dos Santos e José Antonio Marques Ribeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de agosto de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

EVANY CÂNDIDA VIEIRA DOS SANTOS - VOTO DIVERGENTE

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS