

PROCESSO - A. I. Nº 298929.0005/13-2
RECORRENTE - GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA. (GVT)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0277-04/13
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 29/12/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0400-11/14

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração que 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).

Em Primeira Instância, foi declarada a Procedência da autuação fiscal em razão do seguinte.

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 próprio autuado 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, conseqüentemente, 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 próprio autuado, 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 JF, 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.

Inconformado, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário alegando que a apropriação de créditos de ICMS efetuada pelo recorrente, 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, conforme entendimento já consolidado pelo Poder Judiciário.

Aduz que 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 legítimo o creditamento do ICMS incidente em sua aquisição, consoante o princípio da não-cumulatividade.

Sucessivamente, alega a natureza confiscatória e a desproporcionalidade da multa cominada no percentual de 60% do valor do débito, devendo, pois serem decotadas da autuação ou reduzidas a patamares razoáveis.

Cita o Recurso Especial nº 842.270/RS, julgado pela Primeira Seção do STJ, pacificando o entendimento sobre a legitimidade do crédito fiscal discutido nestes autos. Cita também o julgamento do Recurso Especial representativo de controvérsia nº 1.201.635/MG.

Alega que a autuação 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.

Frisa que tal diploma normativo está afinado com a competência exclusiva da União para legislar sobre telecomunicações (CF, art. 22, IV), e que, por isso, deve ser observado pelos Estados, ao contrário de estabelecer uma ficção jurídica, descreve com exatidão a natureza do serviço.

Aduz que, ainda que não se reconheça o caráter industrial da prestação de serviços de telecomunicações, a tomada de crédito efetuada pelo recorrente é legítima, na medida em que a energia elétrica empregada figura-se como insumo indispensável à prestação de serviços de telecomunicações, em respeito ao princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Com o intuito de esclarecer a regularidade do crédito tomado, o recorrente destaca que se creditou única e exclusivamente dos valores de ICMS relativos à energia elétrica empregada na efetiva prestação do serviço de telecomunicações.

Frisa que a parcela do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida pelo recorrente, mas não empregada em sua atividade-fim e/ou no processo de industrialização, não foi tomada como crédito e, conseqüentemente, não faz parte da autuação em questão.

Com o fito de demonstrar o alegado, o recorrente juntou o laudo pericial denominado “Memorial de Cálculo” (doc. nº 08 da impugnação) elaborado por profissional devidamente qualificado, no qual estão discriminados todos os detalhes referentes à carga de energia utilizada pelo recorrente 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 recorrente, que não se confundem com a efetiva prestação do serviço de telecomunicação.

É ver a tabela detalhando a carga geral de energia elétrica utilizada pelo recorrente em seu estabelecimento misto em Salvador/BA, que corresponde à sede administrativa e produtiva da empresa neste Estado:

<i>Item</i>	<i>Descrição</i>	<i>Pot.Inst. (KW)</i>	<i>Pot.Dem. (KW)</i>	<i>Cons./mês (KWH)</i>
<i>1.0</i>	<i>Administrativo</i>	<i>71,40</i>	<i>47,20</i>	<i>12.425,20</i>
<i>2.0</i>	<i>Equipamentos</i>	<i>266,60</i>	<i>102,00</i>	<i>70.404,00</i>
<i>3.0</i>	<i>Total</i>	<i>338,00</i>	<i>149,20</i>	<i>82.829,20</i>

Diz que é possível observar pela análise da tabela apresentada, bem como do inteiro teor do laudo apresentado (doc. nº 08 da impugnação, *cit.*), o percentual da energia utilizada pelo recorrente 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 pelo ora recorrente para aproveitamento dos créditos de ICMS provenientes do consumo de energia elétrica, resta evidente a regularidade do crédito tomado!

Aduz que basta a análise das faturas de energia elétrica (doc. nº 09 da impugnação – faturas exemplificativas e CD-ROM contendo as faturas de energia elétrica do período autuado) para facilmente constatar que o valor tomado pelo recorrente 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).

Alega que a multa aplicada é confiscatória e desproporcional e cita Decisão do STF (RE 523471), do ano de 2010, que reduziu o percentual da multa de 60% para 30%, em razão do efeito confiscatório.

Em Parecer de fls. 422/428, a PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria Helena

Mendonça Cruz, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Entende que o serviço de telecomunicação não pode ser considerado processo de industrialização, com base no conceito de produto industrializado previsto no parágrafo único do art. 46 do CTN e no art. 4º do RIPI.

Diz que o conceito de serviço de comunicação está definido no parágrafo primeiro do art. 4º do RICMS.

Cita a Decisão do STJ no REsp 984880.

Conclui que não sendo o recorrente revendedora de energia elétrica, nem industrial, nem prestador de serviço para o exterior, apenas terá direito ao creditamento do imposto na entrada de energia elétrica a partir de 1º de janeiro de 2020, consoante art. 33, II, da LC 87/96.

Quanto às Decisões proferidas pelo STJ no REsp 842270 e no REsp 1201635, frisa que ainda não houve trânsito em julgado, pois envolve matéria infra constitucional e constitucional e os dois recursos somente serão decididos definitivamente pelo STF, e que, portanto, é temerário qualquer renúncia de receita por parte do Estado da Bahia.

Observa que o percentual da multa está previsto no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Em razão do julgamento do RESP 1201635-MG (Recurso Representativo de Controvérsia), no qual restou pacificada a jurisprudência, no âmbito do STJ, no sentido de que a atividade de telecomunicação é equiparada à industrial e que o ICMS incidente sobre a energia elétrica, utilizada como o único insumo neste processo, pode ser creditado pelas empresas de telecomunicação, foi encaminhado o presente feito para a análise do Núcleo Auxiliar de Inteligência da PROFIS (NAIPE/PROFIS), instalado através das Portarias nº 177/2013 e 66/2014, para que este órgão analise a questão e defina o posicionamento da PGE.

Às fls. 433/480, o recorrente apresentou Memorial destinado à NAIPE/PROFIS apresentando decisões recentes do STJ e do STF sobre o tema.

Em Parecer de fls. 481/484, o NAIPE/PROFIS, por intermédio de sua Coordenadora, a Procuradora Rosana Jezler Galvão, opina que não há possibilidade de uniformização de entendimento sobre a matéria, pois a questão ainda está sendo discutida no STJ através de Embargos de Declaração e ainda será examinada pelo STF através de Recurso Extraordinário.

Frisa que a Decisão proferida no RESP 1201635/MG ainda não transitou em julgado, porque envolve matéria infraconstitucional e constitucional e somente será decidido definitivamente no STF.

Observa que: *“a empresa entregou um memorial, o qual está em anexo com alegação de que outro Recurso extraordinário já foi apreciado pelo STF e teve a repercussão geral negada, ocorre que esta negativa se referiu ao prequestionamento e cada Recurso possui prequestionamento próprio, a depender de como a questão foi enfrentada no acórdão, assim, não significa que o extraordinário a ser interposto do acórdão proferido no RESP 1201635/MG vá ter a mesma negativa de repercussão geral de outro processo, pois a depender de como seja enfrentada a matéria constitucional no acórdão e no próprio Recurso extraordinário, poderá ter Decisão diferente.”*.

Na sentada de julgamento, o Recorrente apresentou novo memorial contendo decisões mais atuais do STJ e do STF sobre a matéria, bem como a Decisão que rejeitou os Embargos de Declaração no RESP 1201635/MG e que inadmitiu o Recurso Extraordinário interposto no mesmo processo.

VOTO VENCIDO

Já resta pacificado na jurisprudência do STJ que a atividade de telecomunicação é equiparada à industrial e que, portanto, o ICMS incidente sobre a energia elétrica utilizada como insumo neste

processo pode ser creditado pelas empresas de telecomunicação.

Note-se que a matéria já foi decidida em Recurso Especial Representativo de Controvérsia pelo STJ, RESP 1201635-MG:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (CPC, ART. 543-C). ICMS. ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA PELAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. CREDITAMENTO. POSSIBILIDADE. ART. 33, II, "B", DA LC 87/96. EQUIPARAÇÃO À INDÚSTRIA BÁSICA PARA TODOS OS EFEITOS LEGAIS. ART. 1º DO DECRETO 640/62. VALIDADE E COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO ATUAL. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. OBSERVÂNCIA. PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO: RESP 842.270/RS.

1. A disposição prevista no art. 1º do Decreto 640/62, equiparando os serviços de telecomunicações à indústria básica, para todos os efeitos legais, é válida e compatível com a legislação superveniente e atual, continuando em vigor, já que não houve revogação formal do aludido decreto.

2. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 842.270/RS, firmou compreensão no sentido de que 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 de serviços. Inteligência dos arts. 33, II, b, da Lei Complementar 87/96, e 1º do Decreto 640/62.

3. Ademais, em virtude da essencialidade da energia elétrica, enquanto insumo, para o exercício da atividade de telecomunicações, indubitável se revela o direito ao creditamento de ICMS, em atendimento ao princípio da não-cumulatividade.

4. O princípio da não-cumulatividade comporta três núcleos distintos de incidência: (I) circulação de mercadorias; (II) prestação de serviços de transporte; e (III) serviços de comunicação.

5. "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, sem restringi-la à circulação de mercadorias, sem dúvida a vertente central, mas não única hipótese de incidência do imposto" (REsp 842.270/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 26/06/2012).

6. Recurso especial a que se dá provimento. Acórdão submetido ao rito do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008.

(REsp 1201635/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2013, DJe 21/10/2013)

Observe-se que os Embargos de Declaração opostos contra a supracitada Decisão proferida no RESP 1201635/MG, foram rejeitados à unanimidade em Decisão publicada em 05/12/2014, veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE QUAISQUER DOS VÍCIOS DO ART. 535 DO CPC. REDISCUSSÃO DE QUESTÕES DECIDIDAS.

IMPOSSIBILIDADE. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO. NÃO CABIMENTO. PREQUESTIONAMENTO DE ARTIGOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

INVIABILIDADE.

1. De acordo com a norma prevista no art. 535 do CPC, são cabíveis embargos de declaração nas hipóteses de obscuridade, contradição ou omissão da Decisão recorrida.

2. No caso, não se verifica a existência de quaisquer das deficiências em questão, pois o acórdão embargado enfrentou e decidiu, de maneira integral e com fundamentação suficiente, toda a controvérsia posta no Recurso.

3. É entendimento desta Primeira Seção que eventual "alteração jurisprudencial, por si só, não ofende os princípios da segurança jurídica, não sendo o caso de modulação de efeitos porquanto não houve declaração de inconstitucionalidade de lei" (EDcl nos EDcl no REsp 1060210/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe 08/09/2014).

4. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, ainda que para fins de prequestionamento, examinar na via especial suposta violação a dispositivo constitucional, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

5. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 1201635/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/11/2014, DJe 05/12/2014)

Outrossim, há de se frisar que o RESP 1201635/MG foi decidido sobre o rito dos Recursos Representativos de Controvérsia, mais conhecidos como Recursos Repetitivos, logo, representa a

jurisprudência pacificada no STJ, desde 2012, quando do julgamento do RESP 842.270-RS, pela Primeira Seção do STJ. Veja-se, por exemplo, outra Decisão recente do STJ neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. APROVEITAMENTO DE CRÉDITO DE ENERGIA ELÉTRICA NO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES. POSSIBILIDADE. ART. 33, II, "B", DA LC 87/96. DECRETO 640/62. EQUIPARAÇÃO À INDÚSTRIA BÁSICA PARA TODOS OS EFEITOS LEGAIS. ENTENDIMENTO CONSAGRADO NO RESP N. 842.270-RS. PRETENSÃO DE PREQUESTIONAR MATÉRIA CONSTITUCIONAL NA VIA ELEITA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Primeira Seção do STJ, na sistemática do art. 543-C do CPC, ao julgar o REsp 842.270-RS, consolidou jurisprudência no sentido de que 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.

2. Em sede de Recurso especial, é defeso o exame de matéria constitucional, ainda que para fins de prequestionamento.

Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1188266/AM, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 18/02/2014)

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

Note-se que o STJ (REsp 842270/RS e RESP 1201635/MG) pacificou entendimento referente ao reconhecimento do direito ao creditamento do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida pelas empresas de telecomunicação, equiparando-as à indústria.

Há de se frisar que cabe ao STJ a última palavra quanto à interpretação das normas infraconstitucionais, conforme determina o art. 105, III, "c", da CF/88. Quando se trata de matéria de Direito Público, na qual estão enquadradas as questões tributárias, cabe à 1ª Seção do STJ a responsabilidade de unificar o entendimento das suas duas Turmas. Logo, o julgamento do REsp 842270/RS representa o entendimento pacificado dentro do STJ quanto ao assunto em questão, o qual foi ratificado pelo RESP 120.1635/MG, em sede de Recurso Repetitivo.

Diante disso, entendo que deve ser aplicado tal entendimento pacificado, pois se trata de Decisão proferida no rito do art. 543-C, do CPC (Recursos repetitivos). Negar-se a aplicação de tal entendimento pode acarretar prejuízo de grande monta ao Erário Estadual em razão da sucumbência judicial.

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) (grifamos)

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

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

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

Note-se que as decisões proferidas pelo STJ em Recurso Representativo de Controvérsia vinculam os demais Tribunais Estaduais, os quais devem adotá-las para impedir que questões semelhantes cheguem ao STJ, estabelecendo, assim, uma mínima segurança jurídica e uma uniformização da jurisprudência pátria. Diante disso, não há que se falar em aguardar a análise do STF sobre a matéria. Não se nega o direito constitucional das Procuradorias Estaduais recorrerem das decisões do STJ, mas, não se pode negar o efeito vinculante que as decisões do STJ proferidas sob o rito dos Recursos Repetitivos causam nos Tribunais Estaduais.

Ademais, há de se frisar que a fundamentação da jurisprudência pacificada no âmbito do STJ está embasada exclusivamente em dispositivos legais infraconstitucionais, logo, não há que se falar em ofensa à dispositivo constitucional que justifique o enfrentamento da questão pelo STF, neste sentido as decisões proferidas pelo próprio STF:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. CREDITAMENTO DE ICMS. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÃO. EQUIPARAÇÃO À INDÚSTRIA. DECRETO N. 640/1962 E LEI COMPLR N. 87/1996. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base na alínea a do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: “TRIBUTÁRIO. ICMS. CONCESSIONÁRIA. TELECOMUNICAÇÃO. EQUIPARAÇÃO A INDÚSTRIA. CREDITAMENTO RELATIVO A ENERGIA ELÉTRICA. POSSIBILIDADE. 1. Na sessão do dia 23.5.2012, a Primeira Seção concluiu o julgamento do REsp 842.270/RS, prevalecendo o entendimento de que os serviços de comunicação são equiparados a indústria, por

força do Decreto 640/1962, recepcionado pela Constituição atual e compatível com a legislação tributária posterior. 2. Por essa razão, reconheceu-se o direito ao creditamento do ICMS relativo à energia elétrica consumida, nos termos do art. 33, II, b, da LC 87/1996. 3. Agravo Regimental não provido”. Os embargos de declaração opostos pelo Recorrente foram rejeitados. 2. O Recorrente alega que o Tribunal a quo teria contrariado o art. 155, inc. II, e § 2º, inc. I e XII, inc. f, da Constituição da República. Argumenta que “não se pode negar que o v. Acórdão recorrido acabou, ao aplicar o precedente de Recurso Repetitivo (artigo 543-C do CPC) no REsp. Nº 842.870/RS, por gerar grave ofensa constitucional à regra-matriz de incidência do ICMS sobre os serviços de comunicação, criando óbice injustificável ao auferimento das receitas públicas derivadas por meio do mencionado imposto de competência estadual, em estrita conformidade com o inciso II do artigo 155 da Constituição Federal”. Afirma que o “acórdão recorrido do egrégio Superior Tribunal de Justiça se baseia na premissa de que as empresas de telecomunicações teriam direito ao crédito dos valores de ICMS incidentes sobre o consumo de energia elétrica, por suposta decorrência da regra do artigo 155, § 2º, I, da CF, com aplicação indevida, com o devido respeito, do princípio da não-cumulatividade do ICMS”. Aduz que “outro ponto que constitui premissa decisória é o ligado à concepção de que a energia elétrica constituiria insumo de produção dos pulsos telefônicos e que isto seria possível por analogia com a atividade industrial, ou seja, a c. Corte a quo estaria admitindo a existência de uma indústria das telecomunicações”. Acrescenta que “outro ponto que deve ser () anotado é que o v. Acórdão recorrido para dar interpretação ao inciso II do artigo 155 da Constituição Federal, invoca expressamente o Decreto Federal nº 640/1962 como uma das premissas de seu modus decidendi. Nesta esteira, cabe primeiramente esclarecer que o Decreto Federal nº 640/1962 - que define os serviços de telecomunicações como indústria básica - foi editado em condições excepcionais consideradas como sendo de grave crise no setor de telecomunicações, que afetava os negócios públicos, a segurança nacional e a nacionalidade do desenvolvimento econômico do país, conforme se visualiza nos motivos da edição do texto”. E conclui: “a suposta equiparação dos serviços de telecomunicações como indústria básica deve se restringir ao período de tempo em que houve crise no setor de telecomunicações, nestas condições, o referido decreto não pode servir de sustentáculo para acobertar situações normais, senão excepcionais. O referido Decreto não tem o alcance pretendido pelo v. Acórdão recorrido porque incompatível e não-recepcionado pela ordem constitucional de 1988, mais precisamente pelo inciso II do artigo 155 da Constituição Federal, mesmo porque também a legislação editada com base nesta norma constitucional e atualmente em vigor, a tratar no campo de incidência do ICMS sobre o conceito de indústria registra que esta diz respeito à atividade produtiva de transformação, ou seja, a transformação de matérias primas em bens, situação que não ocorre com a atividade de prestação de serviço de telecomunicação. Nesta ocorre uma geração, emissão e transmissão de comunicação. Além disso, repita-se, o referido Decreto não se coaduna com as normas constitucionais da Carta Magna de 1988, não tendo sido por ela recepcionado” (grifos nossos). Pede o provimento do Recurso. 3. Em 21.10.2013, o Subprocurador-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do Recurso. O Recorrente apresentou memorial reiterando os argumentos postos em seu Recurso. Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO. 4. Razão jurídica não assiste ao Recorrente. 5. No voto condutor do acórdão recorrido, o Ministro Herman Benjamim asseverou: “Na sessão do dia 23.5.2012, a Primeira Seção concluiu o julgamento do REsp 842.270/RS, em que fui vencido, prevalecendo o entendimento de que os serviços de comunicação são equiparados a indústria, por força do Decreto 640/1962, recepcionado pela Constituição atual e compatível com a legislação tributária posterior. Por essa razão, reconheceu-se o direito ao creditamento do ICMS relativo à energia elétrica consumida, nos termos do art. 33, II, b, da LC 87/1996: 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, DJe

26/6/2012). Adoto o posicionamento prevalecente. Diante do exposto, nego provimento ao Agravo Regimental e mantenho a Decisão que deu provimento ao Recurso Especial". 5. Em seu Parecer, ao se manifestar pelo não conhecimento do presente Recurso, a Procuradoria-Geral da República destacou: "Não resta dúvida de que o assunto dos autos apresenta dilargada envergadura econômica. Não se pode perder de vista, entretanto, que a causa foi apreciada com apoio substancial em interpretação de normas infraconstitucionais. Foi com base em diplomas dessa ordem que o STJ decidiu a natureza do serviço de telecomunicações, assinalando-lhe a índole de indústria básica e foi a partir dessa definição que concluiu estar o serviço em tela inserido no que prevê o art. 33, II, b, da Lei Complementar nº 87/96. Essa norma disciplina a não cumulatividade, como definida no art. 19 da mesma lei complementar. Fixa que haverá o crédito relativo à entrada de energia elétrica no estabelecimento, quando consumida no processo de industrialização. O Superior Tribunal de Justiça entendeu que há tal consumo integral. Houvesse o constituinte fixado um regime constitucional rígido e inequívoco sobre a não-cumulatividade, seria possível cogitar de um parâmetro constitucional direto para avaliar a controvérsia. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, já ensinou que "à lei complementar não foi reservada, pela Constituição, apenas a explicitação da técnica de não cumulatividade do ICMS (...), mas, também, principalmente, a fixação e a uniformização do seu próprio conteúdo" (voto vencedor, no particular, do Ministro Ilmar Galvão na ADI 2.325 MC, DJ 6.10.2004). Na ocasião, o voto abonou a inteligência doutrinária de que o art. 155, § 2º, II, da Constituição, "comporta interpretações várias que levem a critérios diversos de compensação, segundo o sentido que seja emprestado à expressão 'cobrado nas anteriores', que pode ser entendida como operações anteriores alusivas à mesma mercadoria; operações anteriores alusivas à mercadoria e aos insumos que entram em sua composição; e, ainda, quaisquer operações anteriores que houverem sido tributadas". Acrescentou uma quarta hipótese, "consistente na compensação do imposto devido pelas saídas com o montante do imposto pago pelas entradas das mercadorias inerentes à atividade do contribuinte ()". Enfim, dentro dessa moldura, a que a causa em apreço se atém, caberia ao legislador a liberdade de conformação legislativa da "não cumulatividade". Nessa medida, a discussão dos autos perde o colorido imediatamente constitucional, já que a descrição precisa do que seja a "não cumulatividade" foi entregue ao legislador complementar; daí que a discussão sobre se o imposto que incidiu sobre a energia elétrica pode ser compensado, em nome da não-cumulatividade, deixa de ser um assunto diretamente constitucional, para se tornar um tema, ao menos como travado nos autos, primordialmente de índole infraconstitucional. Tendo sido confiada a definição normativa de instituto à discricionariedade política do legislador infraconstitucional, não há espaço para a abertura da instância extraordinária, com o objetivo de se apurar se a atividade em apreço se comporta, ou não, na opção levada a cabo por esse legislador. Não por outro motivo, o STF deixou de ver assunto próprio de Recurso extraordinário, por exemplo, na definição adotada pelo legislador sobre a natureza, à vista da legislação do ICMS, do serviço de acesso à Internet (RE-RG 583.327, DJe 30.4.2010 - em que se cita e segue Decisão monocrática da mesma relatora deste feito no AI 646.271, DJe 11.11.2009 -, além, entre outros, do RE 573.404 AgR, rel. o Ministro Gilmar Mendes, DJ 24.6.2010). Vale, aqui, o reiterado entendimento de que "não cabe Recurso extraordinário que teria por objeto alegação de ofensa que, irradiando-se de má interpretação, aplicação, ou, até, de inobservância de normas infraconstitucionais, seria apenas indireta à Constituição da República" (AI 508.047-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 21.11.2008). À vista dessas circunstâncias, o Parecer é pelo não conhecimento do Recurso extraordinário" (grifos nossos). 6. Cumpre registrar, inicialmente, que o acórdão recorrido não versa sobre as hipóteses de incidência, o fato gerador, a base de cálculo ou possíveis contribuintes do ICMS, questões reconhecidamente constitucionais. O que se discute neste Recurso é o acerto da interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça a normas infraconstitucionais, como, acertadamente, realça, em seu Parecer, o Ministério Público. Aplicou-se interpretação que se adotara no julgamento do Recurso Especial n. 1.201.635/MG, julgado à luz da sistemática de Recursos repetitivos, que, confirmando o posicionamento adotado pela Primeira Seção daquele Tribunal no julgamento do Recurso Especial n. 842.270/RS, aplicou o Decreto n.640/1962 e da Lei Complementar n. 87/1996 e equiparou os serviços de telecomunicação à indústria básica, permitindo que "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 de serviços" (DJ 21.10.2013). 7. Concluir de forma diversa do que decidido pelas instâncias originárias demandaria a imprescindível análise prévia da legislação infraconstitucional aplicável à espécie e reiteradamente mencionada no acórdão recorrido como fundamento da Decisão (no caso, o Decreto n. 640/1962 e a Lei Complementar n. 87/1996). Conforme destacado pelo Subprocurador-Geral da República, a alegada contrariedade à Constituição da República, se tivesse ocorrido, seria indireta, o que inviabiliza o processamento do Recurso extraordinário: "EMENTA DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. AQUISIÇÃO DE MATÉRIA-PRIMA. COMPENSAÇÃO NA ALIENAÇÃO DAS MERCADORIAS PRODUZIDAS. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. LEGALIDADE. VIOLAÇÃO REFLEXA. SÚMULA 636/STF. O Tribunal de origem registrou expressamente que as uvas adquiridas constituem matéria-prima dos produtos comercializados pelo agravado, concluindo, à luz de norma infraconstitucional, pelo direito à compensação com os débitos decorrentes da alienação das mercadorias produzidas. Tendo sido consignado, no julgado regional, que o crédito a ser compensado decorrerá do tributo efetivamente pago na aquisição da matéria-prima, a pretensão do agravante de demonstrar a ocorrência da alegada autorização de creditamento presumido encontra óbice na Súmula 279/STF. O exame da acenada violação do princípio da legalidade somente se viabilizaria com análise

de âmbito infraconstitucional – inviável em sede de Recurso extraordinário (Súmula 636/STF). Agravo regimental conhecido e não provido” (AI 797.275-AgR/RS, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJ 23.10.2012, grifos nossos). “Ementa: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. CREDITAMENTO. BENS DESTINADOS AO CONSUMO OU AO ATIVO PERMANENTE. AQUISIÇÃO POSTERIOR AO ADVENTO DA LEI COMPLEMENTAR 87/1996. POSSIBILIDADE. AGRADO IMPROVIDO. I – O art. 155, § 2º, I, da CF não confere direito a crédito de ICMS quando o imposto é recolhido em razão da aquisição de bens destinados ao consumo ou ao ativo permanente do contribuinte. Por outro lado, o aludido dispositivo da Constituição não impede a concessão desse direito por meio de legislação infraconstitucional, desde que observadas as limitações constitucionais para a previsão de benefícios fiscais relativos ao tributo. II – Esta Corte, no julgamento da ADI 2.325-MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, reconheceu, com base na redação original da Lei Complementar 87/1996, o direito ao crédito de ICMS pago em razão de operações de aquisição de bens destinados ao consumo ou ao ativo permanente do estabelecimento. Precedentes. III – Agravo regimental improvido” (RE 541.166-AgR-segundo/RS, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJ 28.5.2012, grifos nossos). “Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ICMS. INADIMPLÊNCIA DO CONSUMIDOR FINAL. ALEGADO DIREITO AO CREDITAMENTO DO ICMS PAGO. MANDADO DE SEGURANÇA. HIPÓTESES DE CABIMENTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282 DO STF. 1. O prequestionamento explícito da questão constitucional é requisito indispensável à admissão do Recurso extraordinário, além disso, os embargos de declaração não se prestam para ventilar matéria não arguida oportunamente. 2. A Súmula 282 do STF dispõe, verbis: “É inadmissível o Recurso extraordinário, quando não ventilada, na Decisão recorrida, a questão federal suscitada”. 3. A questão referente ao cabimento do mandado de segurança e das regras de creditamento do ICMS são matérias cuja solução depende do exame das normas infraconstitucionais de regência (in casu, a já revogada lei 1.533/51 e a LC 87/96), eventual ofensa à Constituição é indireta ou reflexa, o que não dá ensejo ao processamento do apelo extremo. Precedentes: AI 800.074-RG, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje de 06.12.10, e AI 817.801-ED, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, Dje de 26.04.11. 4. Insubsistente o alegado reconhecimento da repercussão geral da matéria em comento, uma vez que o precedente citado (RE 586.482) não guarda similitude com a controvérsia ora discutida e, ademais, foi julgado pelo Plenário desta Corte no mérito com conclusão oposta a pretensão do contribuinte. (...) 6. Embargos de declaração rejeitados” (AI 750.994-AgR-ED/SP, Relator o Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 17.4.2012, grifos nossos). “Ementa: AGRADO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. BENEFÍCIO FISCAL. CRÉDITO PRESUMIDO. 1. O Tribunal de origem concluiu que energia elétrica e combustíveis não se equiparam a insumo ou matéria-prima que se incorpora na mercadoria industrializada. Conclusão diversa demandaria o prévio exame da legislação infraconstitucional e do quadro fático-probatório, o que é vedado na via estreita do Recurso extraordinário (Súmulas 279 e 636/STF). 2. O Supremo Tribunal Federal concluiu que não há direito constitucional assegurado ao creditamento de valores relativos à aquisição de energia elétrica, bens ou mercadorias de uso e consumo ou aqueles destinados à integração ao ativo fixo, mesmo que intermediários, que não se integrem diretamente à mercadoria circulada ou ao serviço prestado (crédito físico). Trata-se de benefício fiscal cuja aplicabilidade depende da existência de legislação infraconstitucional nesse sentido. 3. Quanto ao art. 150, § 6º da Constituição, seu objetivo é impedir que a apreciação legislativa de matéria de grande importância às finanças públicas - exoneração tributária - fique prejudicada ou ofuscada pelo artifício de sua inclusão em projeto de lei que verse, preponderantemente, sobre outras matérias de menor importância. Riso inexistente no caso em exame. 4. Antes da Emenda Constitucional 32/2001, a medida provisória não apreciada pelo Congresso Nacional, desde que reeditada dentro do prazo de trinta dias e que mantivesse seu sentido original, não perdia sua eficácia. Agravo regimental ao qual se nega provimento” (RE 635.209-AgR/PR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 27.6.2012, grifos nossos). “EMENTA: AGRADO. TRIBUTÁRIO. ISONOMIA. ICMS. OPERAÇÃO DE IMPORTAÇÃO DE BEM USADO. EQUIPARAÇÃO DE TRATAMENTO DISPENSADO ÀS OPERAÇÕES INTERNAS. EXAME DE MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. O acórdão recorrido diferenciou as operações interna e de importação com base em critérios nucleares materiais que não se confundem com a isolada circunstância de um determinado bem ter procedência estrangeira. Portanto, o desate da controvérsia está imediatamente ligado à aplicação direta da legislação infraconstitucional, sem qualquer necessidade de apoio constitucional para justificar uma ou outra solução interpretativa. Agravo regimental ao qual se nega provimento” (AI 743.656-AgR/SP, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 3.6.2011, grifos nossos). “Ementa: AGRADO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL. ICMS. BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. COMPENSAÇÃO. DIREITO NÃO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO. BENEFÍCIO FISCAL QUE DEPENDE DE PREVISÃO EM LEI. ART. 20, §§ 3º, I E II, E 5º, V, DA LEI COMPLEMENTAR 87/1996. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE NÃO AFASTADO PELA VIA PRÓPRIA DO RECURSO ESPECIAL PERANTE O STJ. Não há direito constitucional assegurado ao creditamento do ICMS incidente nas operações de aquisição de bens destinados à integração ao ativo fixo que não se integrem diretamente à mercadoria circulada ou ao serviço prestado. Trata-se de benefício fiscal cuja aplicabilidade depende de previsão em legislação infraconstitucional. A conclusão de que a pretensão da parte encontraria óbice no art. 20, §§ 3º, I e II, e 5º, V, da Lei Complementar

87/1996 e no fato de a parte assumir a condição de consumidora final dos bens adquiridos e cedidos em comodato a terceiros consubstancia fundamento infraconstitucional autônomo e suficiente que não foi afastado pela via própria do Recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça, o que inviabiliza o trânsito do Recurso extraordinário (Súmulas 283 e 636 do STF). Agravo regimental a que se nega provimento” (AI 763.848-AgR/PR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 13.8.2012, grifos nossos). “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. EQUIPARAÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL A INDUSTRIAL PARA FINS DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE PRODUTOS IMPORTADOS – IPI. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (RE 586.496-AgR/RJ, de minha relatoria, Primeira Turma, DJ 2.3.2011). “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ICMS. MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO. CREDITAMENTO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Controvérsia decidida à luz de normas infraconstitucionais. Ofensa indireta à Constituição do Brasil. Agravo regimental a que se nega provimento” (AI 677.570-AgR/MG, Relator o Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJ 9.5.2008, grifos nossos). Nada há a prover quanto às alegações do Recorrente. 7. Pelo exposto, nego seguimento ao Recurso extraordinário (caput do art. 557 do Código de Processo Civil e § 1º do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). Publique-se. Brasília, 29 de novembro de 2013. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora (STF - RE: 760631 DF , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 29/11/2013, Data de Publicação: DJe-238 DIVULG 03/12/2013 PUBLIC 04/12/2013)

Trata-se de Recursos extraordinários interpostos, o primeiro, por Maxitel S/A contra acórdão do Tribunal de Justiça de Sergipe e, o segundo, pelo Estado de Sergipe, em oposição a julgado do Superior Tribunal de Justiça. Esses acórdãos possuem as seguintes ementas, respectivamente: “APELAÇÃO CÍVEL - SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO - CREDITAMENTO DO ICMS PELA ENERGIA ELÉTRICA UTILIZADA NO PROCESSO DE PRODUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - VEDAÇÃO AO CREDITAMENTO LEGALMENTE PREVISTA - PRECEDENTES DO STJ - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. - O creditamento constitui direito subjetivo do sujeito passivo, desde que preenchidos os requisitos legais. - No caso do serviço de telecomunicação, já foi decidido que este constitui prestação de serviço, sendo o preço da energia elétrica utilizada no processo de produção impossível de ser abatido no valor final do serviço. - 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” (página 58 do documento eletrônico 5). “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. CREDITAMENTO DO IMPOSTO INCIDENTE SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO” (página 42 do documento eletrônico 7). Tanto o Recurso extraordinário da Maxitel S/A quanto o do Estado de Sergipe estão fundados no art. 102, III, a, da Constituição, sendo que, no primeiro, alega-se ofensa ao art. 155, § 2º, I, da mesma Carta; já no segundo, do referido ente Federado, aduz-se contrariedade aos arts. 21 XI; 150, II; e 155, II e § 2º, I, também da Carta Maior. A Maxitel S/A argumenta, em síntese, que “O tema em discussão nos autos (Embargos à Execução) diz respeito à possibilidade de a oro recorrente, empresa do ramo de telefonia, creditar-se do ICMS incidente na aquisição de energia elétrica. (...) O v. acórdão recorrido reputou que a energia elétrica não seria insumo no processo de telefonia e, portanto, não seria ‘consumida no processo de industrialização’, de modo que seria legítimo o estorno procedido pela fiscalização. Ao assim decidir, contudo, o v. acórdão implicou violação ao art. 155, § 2º, I, da Constituição” (páginas 5-6 do documento eletrônico 6). O segundo Recorrente, o Estado de Sergipe alega resumidamente o seguinte: “à luz da Constituição Federal, não se poderia definir como insumo a energia elétrica consumida pelas empresas de telecomunicações, autorizando-as à apropriação de créditos fiscais e desconsiderando sua qualidade de empresas prestadoras de serviços e, consequentemente, de consumidoras finais da energia adquirida” (página 88 do documento eletrônico 7). Bem examinados estes autos, julgo os Recursos extraordinários separadamente. Quanto ao extraordinário interposto pelo Estado de Sergipe, registro que a pretensão recursal não merece acolhida. Consta do voto do Ministro Relator do acórdão recorrido: “A Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp 842.270/RS (Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ acórdão Min. Castro Meira, DJe de 26.6.2012), pacificou entendimento no sentido de que, em se tratando da prestação dos serviços de telecomunicação, é legítimo o creditamento do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida na prestação do serviço, tendo em vista que as empresas de telefonia promovem processo industrial por equiparação. Em razão da importância da Decisão, transcreve-se a respectiva ementa: ‘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 nº 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” (página 43 do documento eletrônico 7). Decidir de maneira contrária do que assentado no acórdão recorrido demandaria a reinterpretação de legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Decreto 640/1962; e Lei Complementar 87/1996). Dessa forma, o exame da alegada ofensa ao texto constitucional envolve a reanálise da interpretação dada àquela norma pelo juízo a quo. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. Incabível, portanto, o Recurso extraordinário. E, exatamente nesse sentido, destaco o seguinte precedente: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS: CREDITAMENTO. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÃO. EQUIPARAÇÃO À INDÚSTRIA. NECESSÁRIO EXAME PRÉVIO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (RE 760.631-AgR/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia - grifei). Quanto ao Recurso extraordinário interposto pela Maxitel S/A, julgo-o prejudicado, pois, ao dar provimento ao Recurso Especial 1.425.704 (página 42 do documento eletrônico 7), o Superior Tribunal de Justiça acolheu pedido que se conforma ao que requerido neste Recurso extraordinário, esvaziando-o. Nesse sentido, destaco o seguinte precedente: “Embargos de declaração. Caráter infringente. Embargos recebidos como agravo. Recurso Especial que atende à pretensão do recorrente. Prejudicialidade. Agravo regimental não provido. Tendo o Superior Tribunal de Justiça atendido integralmente à pretensão do recorrente, fica prejudicado o julgamento de Recurso extraordinário com idêntico objeto” (RE 347.826-ED/BA, Rel. Min. Cezar Peluso - grifei). Isso posto, nego seguimento aos Recursos (art. 21, § 1º, do RISTF). Publique-se. Brasília, 11 de junho de 2014. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI Relator) (STF- RE 814426, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 11/06/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-116 DIVULG 16/06/2014 PUBLIC 17/06/2014)

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

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para declarar a IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Data maxima venia, divirjo do entendimento esposado pelo nobre Conselheiro Relator quanto ao provimento do Recurso Voluntário, e o faço inclusive com base no entendimento do Órgão de assessoramento jurídico deste Estado, exposto nos pronunciamentos da PGE/PROFIS às fls. 422 a 428 e às fls. 481 a 484 dos autos, resumidos no Relatório deste Acórdão, e no posicionamento predominante neste Conselho de Fazenda acerca da matéria.

De fato, embora a energia elétrica seja de fato essencial à prestação do serviço de telecomunicação, a legislação tributária em vigor neste Estado, consentânea com a legislação tributária vigente em âmbito nacional, não equipara o serviço de telecomunicação a atividade industrial, pelo que a energia elétrica utilizada na prestação de tal serviço, não caracterizando-se essa como insumo industrial, não dá direito ao creditamento do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida pelo sujeito passivo nas operações objeto da lide. As decisões da esfera judicial trazidas aos autos pelo contribuinte, em que pese a sua grande relevância, não materializam coisa julgada em relação à lide ora em julgamento.

Por oportuno transcrevo excerto de voto prolatado em Decisão de segunda instância deste Colegiado, de autoria do ilustre Conselheiro Fernando Antônio Brito de Araújo, julgamento do qual participei, entendimento com o qual comungo:

ACÓRDÃO C/JF Nº 0098-13/13

No tocante à segunda infração, cuja acusação é de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 4.878,01, relativa à aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação, a Decisão recorrida é de que a geração de comunicação constitui um processo de industrialização, sendo indevida a glosa do crédito fiscal. Contudo, a jurisprudência deste CONSEF é no sentido da impossibilidade de apropriação dos créditos fiscais derivados uso e consumo de energia elétrica nas atividades de prestação de serviços de telecomunicações, conforme consta dos Acórdãos nºs 0021-11/05, 0007-12/11; 0040-12/11 e 0235-12/12 proferidos pela 1ª e 2ª C/JF, sob o entendimento de que a prestação de serviços de telecomunicação não constitui processo de industrialização, sendo vedada a utilização do crédito fiscal de energia elétrica usada ou consumida pelos estabelecimentos prestadores de serviços de telecomunicações, até 01/01/2020, de acordo com o artigo 33, inciso I, da LC nº 87/1996, alterado pela LC nº 102/00, depois pela LC n.º 114/02, posteriormente pela LC nº 122/06 e por último pela LC nº 138/2010, cujo entendimento me alinho.

Recurso de Ofício provido. Infração subsistente.

Consoante o 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 **298929.0005/13-2**, lavrado contra **GLOBAL VILLAGE TELECOM LTDA. (GVT)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$497.011,12**, acrescido da multa de 60%, prevista ao art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo, Edmundo José Bustani e Raísa Catarina Oliveira Alves Fernandes.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO - RELATOR/VOTO VENCIDO

OSMIRA FREIRE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - VOTO VENCEDOR

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