

A. I. Nº - 298636.0091/14-3
AUTUADO - NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - EDSON JOSÉ DE OLIVEIRA CARNEIRO
ORIGEM - IFEP SERVIÇO
INTERNET - 29.08.14

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0169-02/14

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. A legislação tributária do Estado da Bahia, conforme determina a Lei Complementar 87/96, com nova redação dada ao art. 33, II, pela LC 102/2000, não permite o aproveitamento do crédito fiscal de energia elétrica para as empresas prestadoras de serviço de comunicação, visto que não realizam processo de industrialização. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 20/03/2014, para exigir o ICMS de R\$ 391.409,47, por ter o contribuinte utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS, relativo à aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação, nos meses de janeiro a dezembro de 2011.

O autuado, às fls. 47 a 69 dos autos, apresenta tempestivamente suas razões de defesa, na qual aduz que, para a consecução de seu objetivo social e para a manutenção da qualidade dos seus serviços, utiliza no processo de geração de telecomunicação energia elétrica, insumo indispensável no seu processo produtivo. Porém, foi autuado sob o argumento de que não há processo de industrialização.

Salienta que o artigo 33, inciso II, alínea “b”, da Lei Complementar nº 87/96, admite o direito de crédito de ICMS decorrente da aquisição de energia elétrica desde que utilizada ou consumida em processo de industrialização.

Assim, para comprovar a ocorrência de processo de transformação/industrialização na geração de telecomunicação contratou perícia técnica junto ao Instituto de Pesquisa Tecnológico (IPT), para apurar o fato da existência ou inexistência de processo industrial (transformação) na geração de telecomunicação, que elaborou laudo pericial, sob nº 9.068/2004, atestando, expressamente, que na geração de telecomunicação há evidente processo de transformação/industrialização.

O autuado ressalta que, não obstante a conclusão favorável do Laudo do IPT, ainda, contratou parecer do Prof. Alcides Jorge Costa com o objetivo de averiguar a existência do seu direito de crédito de ICMS, decorrente da aquisição de energia elétrica, cuja conclusão também lhe foi favorável. Diante do Laudo Técnico e do Parecer do Professor Alcides Jorge Costa, procedeu ao creditamento do ICMS decorrente da aquisição de energia elétrica consumida exclusivamente na produção/geração de telecomunicação.

Transcreve parte do referido laudo técnico a exemplo de:

E este valor material, no caso o meio de comunicação, é criado pela transformação de vibrações sonoras em bits, ou seja, um verdadeiro processo de transformação industrial, processo em que a energia elétrica é essencial.

(...)

Assim, como já foi dito descrito anteriormente, o terminal transforma a voz em um sinal elétrico, faz a conversão analógica digital e modula uma frequência portadora. Esse sinal ao se propagar sofre degradação. A estação rádio base recebe o sinal degradado, detecta a informação e gera um novo sinal livre de ruído e distorção, adequado ao transporte pela PLMN. A energia elétrica fornecida pela concessionária é insumo essencial ao processo de transformação, para alimentar todos os equipamentos envolvidos na operação.

(...)

Pode-se dizer, que o processo de transporte da informação é uma cascata de processos industriais de transformação, em que a energia elétrica é o insumo essencial consumido.”

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

Transcreve, também, o aludido parecer jurídico, no qual concluiu que:

Desta maneira, sendo as telecomunicações uma indústria, não há como não considerá-las abrangidas pelo art. 33, II, “b”, da lei complementar nº 87, de 1996, na redação que lhe deu a lei complementar nº 102/2000, com o consequente direito ao crédito do ICMS que incide sobre a energia elétrica consumida no processo.”

Em seguida, o defensor invoca o art. 1º do Decreto nº 640, de 02 de março de 1962, como também a Portaria MF nº 436, de 30 de dezembro de 1958, que consideram a geração de telecomunicação, para todos os efeitos legais, indústria básica. Destaca que tais diplomas, afinados com a competência exclusiva da União para legislar sobre telecomunicações (CF, art. 22, IV), devem ser observados pelos Estados. Aduz que nesse sentido ainda, o art. 42 do Código de Telecomunicação (Lei nº 4.117/62) e a própria Lei Geral das Telecomunicações (LGT – Lei nº 9.472/97) equiparam a geração de telecomunicação a indústria.

Transcreve decisão do STJ (REsp 842270/RS) que, em julgamento recente, pacificou o entendimento referente ao reconhecimento do direito ao creditamento do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida pelas empresas de telecomunicação, equiparando-as à indústria.

Invoca o princípio constitucional da não-cumulatividade – art. 155, § 2º, inciso I, da CF/88 – do que aduz a essencialidade e indispensabilidade da energia elétrica utilizada na geração de telecomunicação – cuja aplicação do aludido princípio é prevista no artigo 20 da LC nº 87/96.

Diante do exposto, aduz o autuado que resta evidenciado que o presente e pretenso crédito tributário de ICMS, está contrariando diretamente o artigo 20 da LC nº 87/96, bem como o princípio constitucional da não-cumulatividade previsto no artigo 155, § 2º, inciso I, da CF/88.

Requer perícia para comprovar a existência de processo industrial (transformação) e que a energia elétrica é essencial para a geração de telecomunicação, sob pena de ofensa ao princípio da verdade material e violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, na medida em que o defensor ficaria impedido de produzir prova necessária ao deslinde da presente controvérsia. Por fim, requer o cancelamento do presente Auto de Infração.

O autuante ao prestar a informação fiscal, à fl. 85, diz que “*O autuado, Nextel telecomunicações Ltda, é uma empresa prestadora de serviços de telecomunicações, o Art. 93, Inciso II alínea “a” do RICMS/BA estabelece as hipóteses em que podem ser utilizados créditos de energia elétrica (já citados na descrição dos fatos). Prestação de serviços de telecomunicações não dá direito a utilização do crédito de energia elétrica segundo o referido artigo, portanto o crédito utilizado é indevido. Desta forma aguardo julgado procedente.”* (sic)

VOTO

O lançamento de ofício, ora em análise, exige do sujeito passivo o valor de R\$ 391.409,47, conforme demonstrado às fls. 6 a 36, sob a acusação de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, relativo à aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação, nos meses de janeiro a dezembro de 2011.

Inicialmente, ressalte-se que o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, a qual foi plenamente exercida, inclusive trazendo aos autos parte do texto de laudo pericial, sendo descabida a pretensão do patrono do autuado de, no caso de indeferida a perícia por ele requerida, acarretar ofensa ao princípio da verdade material e violação dos princípios do contraditório e da

ampla defesa, pois, conforme dito, o seu direito de defesa foi plenamente exercido, inclusive com transcrição de parte do teor do laudo técnico encomendado pelo próprio autuado.

Quanto ao pedido de perícia para comprovar a existência de processo industrial (transformação) e que a energia elétrica é essencial para a geração de telecomunicação, nos termos do art. 147, II, “b”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, indefiro-o, por entender desnecessária em vista de outra prova produzida, que me reportarei quando da análise de mérito.

Quanto à alegação sobre o princípio da não-cumulatividade do ICMS para compensação do crédito fiscal cobrado nas operações anteriores, assegurado no art. 155, II, § 2º, da Constituição Federal, há de se ressaltar que tal princípio só é válido dentro das hipóteses legais para uso do crédito fiscal.

No mérito, para fundamentar meu voto sobre a lide irei me socorrer do Parecer Jurídico da PGE 2013543854-0, da lavra do Procurador do Estado da Bahia Dr. José Augusto Martins Junior, em 19/05/2014, relativo ao Auto de Infração nº 269130.0010/12-8, contra o próprio sujeito passivo, cuja matéria é idêntica à deste lançamento de ofício, ou seja, utilização de créditos de energia elétrica nas prestações de serviços de comunicação, cujo Parecer transcrevo parte do texto, a seguir:

Ora, quanto razoável a tese abraçada em decisão da 1ª Seção do STJ no REsp 842270/RS, entendemos que o raciocínio emprestado à resolução da “quaestio vexata” não se afigura, por assim dizer, a intelecção mais acertada para o problema, senão vejamos.

Fora de qualquer dúvida, sabe-se que o ICMS é um imposto contaminado pelo princípio da não-cumulatividade, consoante disposto na norma inscrita no art. 155, § 2º, I, da CF, embora dotada de eficácia imediata, subordina-se a integração por lei complementar.

Arrimado neste permissivo constitucional, o art. 33 da Lei Complementar nº 87/96 fixou:

“Art. 33

“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 sob as saídas ou prestações totais; e”

Neste aspecto, com suporte na equiparação dos serviços de telecomunicações e uma indústria de base feita pelo Decreto Federal nº 640/62, os contribuintes e, no presente caso, o recorrente, sustentam a tese da possibilidade da utilização do crédito da energia elétrica, por se tratar os serviços de comunicação dum processo de industrialização.

Entretanto, em que pese linear a tese apresentada no apelo, calcada numa norma prescrita num Decreto Federal de 1962, a mesma se afigura inconvincente para sustentar a utilização de crédito fiscal pelas empresas prestadoras de serviços de comunicação, vejamos.

Nesta ordem, a primeira e mais importante observação a fazer é que o Decreto Federal nº 640/62, como todo plexo normativo, precisa ser enfrentado buscando-se, numa verdadeira interpretação autêntica, qual foi o efetivo propósito do legislador ao normar determinado fato no mundo real.

Pois bem, uma leitura do Decreto, desvela, de forma clara, que o mesmo foi engendrado com propósitos completamente estranhos ao campo da tributação, tendo como norte, tão-somente o reconhecimento do caráter de essencialidade do setor de comunicação para o desenvolvimento econômico do país, assegurando aos seus agentes o acesso às linhas de financiamento do BNDE, principal instrumento de execução da política de investimento do Governo Federal – restrito a época à indústria de base, conforme resta claro da dicção da norma abaixo transcrita:

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

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

No mesmo aspecto, o conceito de produto industrializado acha-se disposto no parágrafo único do art. 46 do Código Tributário Nacional, verbis:

“Art. 46. Para os efeitos deste imposto, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.”

De mais a mais, é a própria Lei Geral de Telecomunicações que classifica a atividade da recorrente como prestação de serviços, e não industrialização.

Outrossim, não poderia um Decreto editado antes da Constituição de 1988 e, por consequência, da Lei Complementar nº 87/96, equiparar um estabelecimento prestador de serviços a um estabelecimento industrial, alterando, de forma clara, o espectro de competência fixado no texto constitucional, numa violação ao art. 109 do CTN.

Assim, inexistindo processo industrial na hipótese vertente, do ponto de vista do direito tributário, mostra-se inviável o creditamento de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica, uma vez que não atendida a condição posta pelo art. 33, II, “b”, da LC 87/1996.”

Em consequência, me alinho ao entendimento de que não é possível às empresas de comunicação se creditar do ICMS anteriormente recolhido em relação à energia elétrica, já que não há industrialização na prestação de serviço de comunicação e, por decorrência, a energia elétrica não pode ser caracterizada como insumo, pelos motivos já expostos, dos quais me coaduno, haja vista, inclusive, o que dispõe o art. 46, parágrafo único do Código Tributário Nacional, bem como o art. 4º do Regulamento do IPI (RIPI), ao conceituarem 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*”.

Assim, diante de tais considerações, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298636.0091/14-3**, lavrado contra **NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$391.409,47, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR