

A. I. N° - 298636.0100/14-2
AUTUADO - NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - EDSON JOSÉ DE OLIVEIRA CARNEIRO
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 07/10/2014

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0217-03/14

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES DE ENERGIA ELÉTRICA POR PARTE DE PRESTADOR DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. Por não encontrar fundamento no art. 33, II, LC 87/1996 c/c art. 29, § 1º, Lei n° 7.014/1996, a utilização de crédito de ICMS por prestador de serviços de telecomunicações é indevida e ilegal. Indeferido o pleito para realização de perícia. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 18/06/2014, lança o crédito tributário de ICMS no valor de R\$427.062,91, acrescido da mula de 60%, 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 2012. Demonstrativo às fls. 06 a 08.

Consta na “Descrição dos Fatos” que: “...Contribuinte prestador de serviços de telecomunicações utilizou crédito referente à aquisição de energia elétrica lançou no livro Registro de Apuração. O Regulamento do ICMS/97 no seu Art. 93, Inc. II estabelece que poderão ser utilizados créditos de energia elétrica nas seguintes hipóteses: a) quando for objeto de saída de energia elétrica; b) quando consumida no processo de industrialização; c) comercial, na proporção das operações de saída ou prestação de serviço destinadas ao exterior sobre as saídas ou prestações totais; O RICMS/2012 no seu Art. 309, Inc. IV mantém o exposto anteriormente. A Lei Complementar 87/96 no seu Art. 33, Inc. II, alínea “d”, estabelece que nas demais hipóteses, o crédito de energia elétrica só poderá ser utilizado a partir de 1º janeiro de 2020. O Livro Registro de Apuração está gravado em CD-R anexo ao Auto de Infração.”

O contribuinte através de advogado legalmente habilitado, com procuração às fls. 39 e 40, apresenta, tempestivamente, impugnação, fls. 14 a 34, depois de reproduzir o teor da acusação fiscal articula as seguintes argumentações.

Diz que tem como objeto social a prestação de serviços de telecomunicações, na modalidade de serviço móvel especializado - SME, que consiste num serviço de telecomunicações móvel terrestre de interesse coletivo que utiliza sistema de radiocomunicação, basicamente, para a realização de operações tipo despacho e outras formas de telecomunicações. Prossegue afirmando 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.

Observa que o art. 33, inciso II, alínea “b”, da vigente LC n° 87/96, admite o direito de crédito de ICMS decorrente da aquisição de energia elétrica desde que utilizada ou consumida em processo de industrialização.

Pontua que para comprovar a ocorrência de processo de transformação/industrialização na geração de telecomunicação contratou perícia técnica do Instituto de Pesquisa Tecnológico - IPT, empresa pública com mais de 100 anos de existência para apurar o fato da existência ou inexistência de processo industrial (transformação) na geração de telecomunicação, haja vista que

para a execução desse trabalho há a necessidade de notório conhecimento técnico para descrevê-lo com o objetivo de caracterizar se o mesmo envolve ou não processo de industrialização.

Cita que, não obstante a conclusão favorável do Laudo Técnico do IPT, contratou, ainda, 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. Acrescenta que 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.

Afirma que foi autuado sob o argumento da fiscalização de que não há processo de transformação/industrialização na geração de telecomunicação a justificar o direito de crédito de ICMS.

Depois de reproduzir o inciso II do art. 33 da LC nº 87/96 e afirmar que a Lei Estadual e o RICMS/BA também dispõem nesse mesmo sentido, ou seja, admitem o direito de crédito de ICMS decorrente da aquisição de energia elétrica, quando for consumida no processo de industrialização, afirma que no presente caso não se trata de declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade de ato normativo, mas, tão-somente, do reconhecimento de que o estabelecimento autuado realiza processo de transformação/industrialização na geração de telecomunicação, fato esse que somente poderá ser provado por meio de prova pericial.

Registra que o processo administrativo que deu origem ao presente crédito tributário carece de referido estudo, pois se baseia numa singela afirmação, repita-se sem apoio técnico específico, de que empresa geradora de telecomunicação não teria o direito ao crédito de ICMS, decorrente da aquisição de energia elétrica, em face da ausência do referido processo de transformação/industrialização exigido por lei.

Assegura que antes de proceder ao creditamento do ICMS, buscou estudo específico de entidade pública imparcial conhecida nacionalmente pela sua competência técnica inquestionável no Instituto de Pesquisas Tecnológicas - IPT, que elaborou o Laudo Técnico nº 9.068/2004, demonstrando que na geração de telecomunicação ocorre uma cascata de processos industriais de transformação, em que a energia elétrica é o insumo essencial consumido.

Menciona que não obstante o Laudo do IPT concluir pela natureza de industrialização no processo de geração de telecomunicação, buscou, ainda, apoio jurídico do Prof. Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito da USP, Prof. Alcides Jorge Costa, que sobre o tema também manifestou-se pelo direito de crédito de ICMS, decorrente da aquisição de energia elétrica utilizada na geração de telecomunicação, haja vista o seu notório processo de industrialização.

Afirma que diante do parecer técnico elaborado pelo IPT, cujo teor transcreve parcialmente, não há dúvida de que quando alguém fala produz vibrações (energia) mecânicas. Observa que 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.

Destaca que no processo de telecomunicação a energia elétrica é essencial para o funcionamento dos aparelhos que fazem estas conversões e que segundo o Parecer Técnico do IPT a energia elétrica é essencial para alimentar todos os equipamentos envolvidos nas operações de transformação da voz em sinais a serem transmitidos. Assinala que o processo de transporte da informação é uma cascata de processos de transformação em que a energia elétrica é o insumo essencial consumido na transformação em sinais, havendo, portanto, um processo de transformação em escala industrial.

Observa que o fundamento do presente crédito tributário demonstra desconhecimento no mundo da tecnologia e reduz o crédito de ICMS a “átomos” sem considerar os “bits”.

Ressalta que tendo em vista a interpretação restritiva que os órgãos fazendários vêm dando a aplicação do inciso II, alínea “b”, do artigo 33 da LC nº 87/96, solicitou Parecer Jurídico do Eminente Professor Alcides Jorge Costa sobre a matéria, cujo teor transcreve.

Reproduz ainda nesse sentido, o Dec. nº 640/62, e a Portaria MF nº 436/58, para ressaltar que para todos os efeitos legais a geração de telecomunicação é considerada indústria básica. Prossegue destacando que estes diplomas legais descrevem com exatidão a natureza da geração da telecomunicação afinados com a competência exclusiva da União para legislar sobre telecomunicações (CF, art. 22, IV) - e que, por isso mesmo, deve ser observado pelos Estados.

Assevera que nesse sentido ainda, o Código de Telecomunicação Lei nº 4.117/62, em seu art. 42, e a própria Lei nº 9.472/97 – Lei Geral das Telecomunicações - LGT equiparam a geração de telecomunicação a indústria.

Frisa que os mais apressados vão dizer que tanto o Dec. nº 640/62, como a Portaria nº 436/58, o Código de Telecomunicações e a LGT ao referirem-se à indústria de telecomunicação estão na realidade se referindo ao setor da economia e não que a atividade de geração de telecomunicação é equiparada à indústria, haja vista que essa atividade é essencial de prestação de serviço não sendo possível, portanto, haver tal equiparação à indústria. Continua esclarecendo que este argumento não resiste a uma análise mais profunda, uma vez que o art. 11 do RIPI equipara, por opção, alguns estabelecimentos comerciais e cooperativas à atividade industrial, sendo, portanto, plenamente possível e válido a legislação equiparar a geração de telecomunicação a uma atividade industrial. Arremata assinalando que tanto o Dec. nº 640/62, a Portaria MF nº 436/58 e a LGT estão plenamente vigentes e gerando efeitos no mundo jurídico.

Sustenta não haver dúvida de que técnica e juridicamente a geração de telecomunicação é uma cascata de processos industriais em que a voz é transformada em sinais, sendo a energia elétrica o principal insumo nesse processo de transformação.

Cita como jurisprudência para corroborar sua tese julgamento recente da Primeira Seção do STJ, através do acórdão do REsp nº 842.270-RS, cujo teor reproduz parcialmente, com o intuito de afirmar que não resta qualquer dúvida de que técnica e juridicamente a geração de telecomunicação é uma cascata de processos industriais em que a voz é transformada em sinais, sendo a energia elétrica o principal insumo nesse processo de transformação.

Informa que o STJ considerando a multiplicidade de recursos a respeito da matéria, submeteu o Recurso Especial nº 1.201.635-MG, ao regime do art. 543-C do CPC, afetando-o à Primeira Seção do STJ, nos termos do art. 2º, §1º, da Resolução nº 08/2008 daquela Corte de Justiça.

Ilustra que a Primeira Seção do STJ, por maioria de votos, deu provimento ao REsp nº 1.201.635-MG, garantindo, assim, o direito ao crédito de ICMS decorrente da aquisição de energia elétrica utilizada na geração de telecomunicação pelas empresas de telefonia.

No tocante ao ponto de se considerar a geração de telecomunicação um processo de industrialização e objetivando refutar o argumento da fiscalização, de que se houvesse processo de industrialização sobre tal atividade incidiria o IPI, traz à baila o entendimento do emérito Prof. Alcides Jorge Costa, exarado no Parecer Jurídico já citado.

Assegura que, em face da sua importância e utilização, não há dúvida de que a energia elétrica se trata de produto indispensável em seu processo produtivo e que está diretamente vinculado à sua atividade principal de geração de telecomunicação. Frisa que a energia elétrica adquirida com a finalidade de gerar telecomunicação participa intrinsecamente na formação de seus rendimentos/faturamento.

Arremata firmando restar comprovado que a energia elétrica utilizada e, que gerou o direito ao crédito de ICMS está diretamente vinculada à atividade principal do estabelecimento autuado, qual seja, a geração de telecomunicação participando intrinsecamente na formação de seu faturamento.

Ao cuidar do princípio da não-cumulatividade, inicialmente observa que o Laudo do IPT demonstra que a energia elétrica, é essencial, indispensável e imprescindível, em todos os processos da telefonia móvel celular, incluindo todos os equipamentos de comutação, de infra-estrutura, de segurança da continuidade e climatização ambiental em atendimento às certificações técnicas do órgão regulador.

Assinala que o serviço de telefonia celular consiste na alteração da natureza e da finalidade da energia elétrica transformando-a em corrente contínua e em ondas eletromagnética ou radielétrica, permitindo a conversação nos aparelhos celulares, onde os sinais sonoros são convertidos em ondas eletromagnéticas e, posteriormente em sons. Explica que a empresa de telecomunicações produz, transporta e distribui um produto, o que constitui uma atividade com características industriais.

Diz não haver dúvidas sobre a essencialidade, indispensabilidade e imprescindibilidade da energia elétrica na sua atividade-fim. Destaca que resta atendido o disposto no art. 20 da LC nº 87/96, que dispõe sobre o não direito ao crédito de ICMS nos casos de prestações ou operações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento. Explica que a energia elétrica é utilizada na sua atividade principal de geração de telecomunicação.

Observa que o STJ, após a publicação da Lei Complementar nº 87/96, vem dando interpretação divergente àquela dada pelo fisco, permitindo, assim, o creditamento do ICMS decorrente da aquisição de insumos diretamente vinculado ao objeto social da empresa, conforme ocorre no presente caso, a energia elétrica é insumo indispensável e diretamente vinculada à geração de telecomunicação. A esse respeito, reproduz ementas dos julgados: REsp nº 1.175.166-MG, Recurso em Mandado de Segurança nº 32.110 - PA e REsp nº 842.270-RS.

Arremata reafirmando que a energia elétrica é insumo indispensável para a geração de telecomunicação diretamente vinculada a sua atividade fim, e por isso, resta evidenciado que o presente e pretenso crédito tributário de ICMS contraria o art. 20 da LC nº 87/96, bem como o princípio constitucional da não-cumulatividade previsto no art. 155, §2º, inciso I da CF/88.

Sustenta não haver dúvida que, para a correta aplicação do Direito à matéria é imprescindível a produção de prova, notadamente a realização de perícia técnica 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. Observa que tendo em vista haver matéria de fato a ser comprovada é fundamental a realização de perícia, sob pena de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa na medida em que ficaria impedida de produzir prova necessária ao deslinde da presente controvérsia.

Reproduz o art. 5º, incisos LIV e LV da CF/88, para demonstrar a previsão de garantia aos litigantes em geral do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa como garantia individual (cláusula pétrea).

Afirma que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento sobre o direito potestativo de realização de prova pericial no âmbito do processo administrativo, por força do princípio do devido processo legal. Nesse sentido, menciona as decisões do mesmo Supremo Tribunal Federal: RTJ 163/790; AI 306.626/MT; RE 199.800; RE 191.480.

Assevera que, por se tratar por se tratar de matéria que requer a realização de perícia para comprovar o caráter industrial (transformação) da geração de telecomunicação e que a energia elétrica é insumo essencial para gerar a telecomunicação, com fundamento nos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como da remansosa jurisprudência do STF, que representa verdadeiro patrimônio jurídico, requer o deferimento de prova pericial.

Conclui requerendo o cancelamento do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal, fl. 54, observando que o autuado é prestador de serviços de telecomunicações, e que o art. 93, inciso II, alínea “a” do RICMS-BA/97 estabelece as hipóteses em que podem ser utilizados créditos de energia elétrica citado na descrição dos fatos. Destaca que o RICMS-BA/12 no seu art. 309, inciso IV mantém o mesmo teor do RICMS-BA/97.

Sustenta que a prestação de serviços de telecomunicações não dá direito a utilização do crédito de energia elétrica, reafirmando que o crédito fiscal utilizado pelo autuado é indevido.

Conclui opinando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

No Auto de Infração em epígrafe é imputado ao autuado o cometimento da utilização indevida de crédito fiscal de energia elétrica utilizado por empresa prestadora de serviço de comunicação, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, consoante demonstrativos acostados às fls. 06 as 08, cuja cópia foi devidamente entregue ao autuado, fl. 07.

Inicialmente, em relação ao pedido de perícia formulado pelo impugnante, verifico que, além do objeto da autuação tratar de matéria recorrente neste órgão de julgamento administrativo, os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide, indefiro o pedido de perícia, formulado pelo autuado, conforme previsto no art. 147, inciso II, “a”, do RPAF-BA/99.

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

O impugnante, corroborado por parecer jurídico de doutrinador pátrio e trecho de laudo técnico emitido pelo Instituto de Pesquisa Tecnológica - IPT que reproduz, em suas razões de defesa sustentou que a sua atividade consubstancia um verdadeiro processo de industrialização, do qual a energia elétrica é o principal insumo e, portanto, tem direito ao referido crédito fiscal. Para consubstanciar sua pretensão alinha o conceito de industrialização previsto no Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados - RIPI e a definição contida no art. 1º do Decreto nº 640/1962, que considera os serviços de telecomunicação como indústria básica.

A defesa, em suma, sustentou não haver dúvida de que técnica e juridicamente a geração de telecomunicação é uma sucessão de processos industriais em que a voz é transformada em sinais, cujo insumo fundamental nesse processo de transformação é a energia elétrica.

Consoante teor do parágrafo único do art. 46 do CTN que 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*, não vislumbro o acolhimento da tese defensiva de que a atividade de prestação de serviço de comunicação se caracteriza como um processo de industrialização. Já que da atividade desenvolvida pelo autuado não resulta um produto e, muito menos, um produto que tenha tido a sua natureza ou finalidade modificada ou aperfeiçoada para o consumo. Não é razoável no âmbito tributário se ampliar a conceituação para alcançar o serviço de telecomunicação a ponto de classificá-lo como um processo industrial. Na prestação de serviços de telecomunicação se propicia meios para transmitir informações, inexistindo qualquer produção de informações.

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

Convém destacar que, apesar do laudo técnico do IPT carreado aos autos pela defesa chegar à conclusão de *que a utilização da energia elétrica em serviços de telecomunicação é de essencial importância na geração e transmissão de ondas eletromagnéticas*, esse aspecto não é suficiente para enquadrar o prestador de serviço de telecomunicação como industrial.

Do mesmo modo, o fato Lei Federal nº 9.472/97 - Lei Geral de Telecomunicações, ao se referir em expressamente à industria de telecomunicações admitindo essa equiparação, não tem repercussão no âmbito tributário, uma vez que a sua competência é específica e restringe-se aos aspectos operacionais da atividade. Não se deve olvidar que termo *indústria* historicamente tem assimilado a acepção de um conjunto de atividades que compõem um setor da economia envolvendo toda sua operacionalidade, a exemplo da indústria de turismo, de laser e entretenimento.

Nestes termos, alinho-me ao entendimento prevalente nas decisões do CONSEF alicerçado na Lei Complementar nº 87/96, que autoriza o crédito fiscal em outras situações, quando a energia é consumida no processo de industrialização e que a atividade de telefonia é prestação de serviço, que não pode ser equiparada à atividade industrial para fins de tributação, a exemplo dos Acórdãos de CJF nºs 0255-13/13, 0007-12/11 e 0040-12/11.

No tocante aos precedentes jurisprudenciais trazidos aos autos, a exemplo do firmado pelo STJ no RESP nº 842.270/RS, além de não ser um entendimento reiterado sobre a matéria ora em lide, uma vez que o entendimento importante firmado pela Segunda Turma do STJ no julgamento do RESP nº 2007/0208971-9 contra concessionária de telefonia decidiu que companhias de telecomunicações não fazem jus ao crédito do ICMS referente à energia elétrica.

Ressalto que cabe à Procuradoria Geral do Estado adotar as medidas cabíveis, ao teor do art. 116-A do RPAF-BA/99, abaixo reproduzido, nos casos em que a aplicação da legislação tributária esbarrar em reiteradas decisões contrárias à Fazenda Pública Estadual, em virtude de jurisprudência pacífica emanada dos Tribunais Superiores.

“Art. 116-A. Fica a Procuradoria Geral do Estado autorizada a não permitir a inscrição em Dívida Ativa, a não ajuizar a respectiva execução fiscal, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexista outro fundamento relevante para seu prosseguimento, na hipótese de matérias que tenham sido objeto de reiteradas decisões contrárias à Fazenda Pública Estadual, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou do Superior tribunal de Justiça.”

Ademais, falece competência a esta Junta de Julgamento, ao teor do inciso III do art. 167 do RPAF-BA/99, a negação de aplicação de norma legal vigente.

Assim, entendo como acertada a acusação fiscal objeto do Auto de Infração restando subsistente a exigência do valor correspondente à glossa do crédito fiscal utilizado indevidamente, a teor da alínea “b” do inciso II do art. 93 do RICMS-BA/97, no valor de R\$427.062,91.

Ante o exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298636.0100/14-2**, lavrado contra **NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$427.062,91**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de setembro de 2014.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA