

PROCESSO	- A. I. Nº 298929.0005/14-0
RECORRENTE	- GLOBAL VILLAGE TELECOM S.A. (GVT)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0078-05/15
ORIGEM	- IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 09/11/2015

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0278-11/15

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. Embora o impugnante tenha apresentado posições judiciais favoráveis, tal tema ainda não encontrou unanimidade nos Tribunais Superiores, e, é certo que do ponto de vista legal, a acepção pleiteada pela impugnante está em frontal discordância com a moderna e vigente legislação federal e estadual sobre o assunto. O lançamento foi efetuado por clara afronta ao art. 93, II, “b” do RICMS/BA 97, assim como no Regulamento atualmente vigente, art. 309, IV, b do RICMS/2012. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 5ª JJF que concluiu pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 17/09/2014, em razão da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, relativo à aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação, no período compreendido entre os meses de janeiro a outubro de 2012.

Após a apresentação da defesa e prestação de informações fiscais a fase de instrução foi concluída, tendo os autos sido submetidos à apreciação da 5ª JJF que assim decidiu na assentada de julgamento datada de 23/04/2015:

*O presente processo é decorrente do uso indevido de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica na prestação de serviço de comunicação. É certo que a defesa traz argumentos respeitáveis em prol da improcedência do lançamento, mas é preciso antes de tudo, deixar claro que as decisões do STJ não são unâmines, havendo posições contrárias, não caracterizando reiteradas decisões que possam orientar julgamentos em instâncias inferiores da Justiça e da Administração Pública, conforme veremos a seguir, e que também não vinculam as decisões deste Conselho.*

*Quanto ao pedido do memorial, de submeter o processo ao exame da Câmara Superior, tal pleito poderá ser feito em eventual Recurso voluntário, dado não haver previsão no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, de supressão de instância administrativa, havendo pois, continuidade do presente julgamento. Assim, passo a fundamentar o voto, de acordo com as convicções e fundamentos a seguir expostos.*

*Inicialmente constato um erro no Auto de Infração que não foi reivindicado pelo impugnante. É com o advento do novo Regulamento do ICMS/2012, aprovado pelo Dec. 13.780/12, vigente a partir de 1º/04/2012. No entanto nos dois períodos, de janeiro a março e de abril a dezembro de 2012, o enquadramento do dispositivo legal infringido é o mesmo, art. 93, II, “b” do RICMS/BA 97. Assim, no Regulamento vigente, o dispositivo legal correspondente ao art. 93, II, “b” do RICMS/2012, corresponde ao seguinte:*

*Art. 309. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário.*

*IV - o valor do imposto cobrado, relativo às aquisições de energia elétrica usada ou consumida no estabelecimento;*

- a) (...)
- b) quando consumida no processo de industrialização;

*Tendo o lançamento, decorrido do fato de que o autuante considerou que a energia elétrica não foi consumida em processo industrial, e a infração foi descrita como crédito indevido relativo à aquisição de energia elétrica*

*na prestação de serviço de telecomunicações, nos termos do art. 19 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal, razão pela qual considero válido o lançamento de ofício, o qual passo a julgar a questão de mérito.*

*Ao contrário do que afirma o impugnante, em verdade não há jurisprudência pacífica sobre o assunto pois há decisões judiciais que favorecem o fisco, conforme veremos adiante. É preciso antes de tudo, deixar esclarecido que o crédito fiscal advém do princípio da não cumulatividade previsto na Constituição Federal no art. 155, § 2º, inciso I, mas esta regra não é linear, e há que se contemplar as devidas exceções.*

*O crédito de energia elétrica só se configura como legal, se a energia for considerada um insumo industrial, e tal conceito envolve nuances de ordem legal e doutrinária, que a maioria dos fiscais estaduais têm adotado posição divergente dos argumentos da impugnação, visto as empresas telefônicas estarem visivelmente enquadradas como prestadoras dos serviços de comunicação e não como indústrias.*

*Embora o impugnante afirme o contrário, de que se trata de atividade industrial, determinados conceitos são mitigados pela legislação vigente, e neste caso, é certo que, sem sombra de dúvidas, o art. 33 II, “b”, da Lei Complementar nº 87/1996, com redação dada pela LC 102/2000, leva ao entendimento de que o direito ao aproveitamento de créditos de ICMS provenientes do consumo de energia elétrica é reconhecido apenas às empresas industriais, e não às prestadoras de serviços de comunicação. Vejamos o que diz a supracitada LC:*

*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:*

*(...)*

*b) quando consumida no processo de industrialização;*

*Por conseguinte, faz-se necessário estudar se os serviços de telecomunicações se enquadram como indústria, como quer o impugnante, pois do contrário, a energia se enquadra no conceito de custo contabilmente aceito, mas excluído do conceito de insumo para efeitos fiscais.*

*Evidente que industrialização é uma atividade que resulta na produção de um bem, enquanto a prestação de um serviço, sequer é palpável, pois sendo a energia apenas consumida, sem que produza qualquer bem pela alteração da sua natureza, não transforma produto em outro, nem o aperfeiçoa para o consumo, conforme prescreve o parágrafo único do CTN, constituindo-se a sua equiparação em obra de ficção jurídica, em bem elaborada tese defensiva. Para tal, necessitar-se-á de definição legal que ateste tal resultado da prestação de serviço como um “bem industrializado”.*

*Diz a impugnante, que revela-se tecnicamente incensurável o Decreto nº 640/62, que insere as telecomunicações no âmbito da indústria básica, cujo teor transcrita na peça de defesa, aqui reescrevo:*

*“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 entanto, para o deslinde deste argumento de ordem legal, é preciso verificar o inteiro teor do Decreto Federal nº 640/62 para sua maior clareza e finalidade:*

*DECRETO N° 640, DE 2 DE MARÇO DE 1962.*

*Define os serviços de telecomunicações como indústria básica e dá outras providências.*

*No caso, há de se considerar que no longínquo ano de 1962, com os serviços de telecomunicação em sua fase pré-histórica, tal decreto foi aplicado apenas para os efeitos no ato que procedeu à equiparação, ou seja, com vistas ao BNDES fomentar tais operações, visto a crise instalada no setor, que como diz o decreto acima - “estava afetando a boa marcha dos negócios públicos, a segurança nacional e a normalidade do desenvolvimento econômico do país”, demandando ação governamental de incentivo ao setor de telecomunicações .*

*O Direito não é estático, caracteriza-se por sua dinâmica, e mesmo não havendo revogação expressa de normas legais, há de ser tomar o contexto da sua vigência, inclusive se for o caso, aplicando-se critérios de antinomia, já que não há qualquer razoabilidade se tomar como parâmetro de equiparação do serviço de telecomunicações a uma atividade industrial, um Decreto Federal com mais de meio século de existência, nascido de uma conjuntura econômica e social amplamente diferenciada de hoje em dia, sem atentar para a evolução social e industrial, além das normas jurídicas que vieram a posteriori, atualizando os critérios de definição e aplicação de conceitos legais.*

*Por conta disto, leis posteriores, sequer cogitaram em dar este tratamento do supracitado decreto, a exemplo do Código Tributário Nacional, aprovado pela Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966, portanto em data*

posterior ao Decreto 640/62, que não faz qualquer menção à prestação de serviços de comunicação, como sendo produto industrializado.

O conceito de produto industrializado encontra-se no parágrafo único do art. 46 do Código Tributário Nacional, segundo o qual, “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 igual modo a recente Lei Federal nº 9.472/97, a chamada Lei Geral de Telecomunicações, cujo excerto abaixo, acerca da definição de tais serviços, passa ao largo do conceito de produto industrializado:.....

Embora o impugnante tenha apresentado trechos do Regulamento do IPI de 1998, ainda mais recente é o novo Regulamento do IPI – Imposto Sobre Produtos Industrializados, conforme excerto, abaixo, do Decreto 7.212, na recente data de 15/06/2010, em que traz precioso esclarecimento a respeito da definição legal de produto industrializado:

.....  
Além do serviço de telecomunicações fugir totalmente ao escopo da definição de produto industrializado, nos termos da legislação do IPI, as exclusões afastam categoricamente a natureza industrial dos serviços relacionados às telecomunicações, que aqui faço questão de destacar do trecho acima transscrito:

.....  
Assim, o máximo que poderíamos admitir, é que existe uma antinomia entre o Decreto 640/62 e as normas seguintes, como o CTN, o RIPI, e a LGT. Nos ensinamentos do mestre italiano Norberto Bobbio, antinomia jurídica é aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico, tendo o mesmo âmbito de validade (Teoria do Ordenamento Jurídico, pág.88. Editora UNB – 10ª ed). Para solucionar isto, o Direito estabelece regras para solução de antinomias, aplicando-se 3 critérios, por ordem de importância: da hierarquia, o cronológico, e o da especialidade.

Aplicando-se o critério da hierarquia, prevalece a LEI 5.172/1966 (LEI ORDINÁRIA) 25/10/1966, que estabeleceu o Código Tributário Nacional, no parágrafo único do 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.

Embora formalmente uma lei ordinária, foi recepcionada pela Constituição de 1988 como Lei Complementar. No nosso ordenamento jurídico a lei complementar situa-se acima da lei ordinária, que por sua vez situa-se hierarquicamente acima do Decreto 640/62. (lex superior derogat lex inferiori).

Aplicando-se o critério cronológico, prevalecem as normas posteriores, CTN, RIPI e LGT, todas com vigência em períodos que sucederam ao comentado Decreto de 1962. Por fim, pelo critério da especialidade, quando em dada situação de conflito, uma norma especial prevalece sobre a geral. No caso, o Decreto teve como objetivo atender uma conjuntura não mais existente nos dias atuais. Tal critério de especialidade poderia prevalecer se todas estas normas aqui citadas estivessem vigentes no ano de 1962, e esta lide fosse decorrente de lançamento efetuado naquele momento, onde seria possível então, receptionar o Decreto de 1962, pelo critério da especialidade.

Assim, dentro do processo de escolha, devo ponderar que por qualquer critério, aplicado, hierárquico, o cronológico e o da especialidade, não há razoabilidade em se reivindicar os termos do aludido Decreto, para se incluir telecomunicação no conceito de indústria. Devo dizer ainda, que o laudo pericial apresentado pela impugnante é inócuo para efeitos tributários, sem que haja expressa consideração legal da atividade de telefonia como sendo de natureza industrial, pois não é possível considerações de ordem prática, ainda que abordado com metodologia científica, passar por cima de questões de ordem legal.

Voltando às decisões judiciais, embora o impugnante tenha apresentado em sua defesa, decisum do STJ que lhe é favorável, o Acórdão nº 984880-TO/STJ, em sentido contrário, não acata os argumentos defensivos ali apresentados, conforme ementa abaixo:

.....  
No STF, o assunto encontra-se pendente para julgamento, tendo o Ministro Luiz Fux, dado provimento ao Agravo 774.432 – PR, conforme transcrição abaixo:

Por demais importantes, as considerações feitas pelo Tribunal de origem, o do Estado do Paraná, cuja Decisão considerou legalmente superado o conceito aplicado pelo Decreto 640/62. Vejamos:

.....  
Assim, conforme citado no acórdão recorrido, a equiparação pleiteada está assentada em um Decreto de 1962, uma norma descontextualizada porque direcionada a uma conjuntura específica e não mais existente, não mais justificando sua aplicação, e que a Lei atual de telecomunicações define como prestação de serviços, jamais como atividade industrial, em consonância com o disposto no Código Tributário Nacional.

Embora o impugnante tenha apresentado posições judiciais favoráveis, tal tema ainda não encontrou unanimidade nos tribunais superiores, e é certo que do ponto de vista legal, a acepção pleiteada pela

*impugnante está em frontal discordância com a moderna e vigente legislação federal e estadual sobre o assunto.*

*O lançamento foi efetuado por clara afronta ao art. 93, II, “b” do RICMS/BA 97, assim como no Regulamento atualmente vigente, o art. 309, IV “b” do RICMS/2012. Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário, às fls. 321/336, com o propósito de reformar a Decisão de base.

Inicia suas argumentações aduzindo que os posicionamentos divergentes mencionados na Decisão recorrida restaram superados após o advento do acórdão proferido pela Primeira Seção do STJ nos autos RESP 1.201.635/MG, recebido sob o rito de Recursos repetitivos de que trata o artigo 543-C do CPC. Afirma que decidir contrariamente a tal entendimento ocasionará um vultoso prejuízo para os cofres públicos, uma vez que a modificação da Decisão no âmbito judicial provocará um encargo sucumbencial para Fazenda Pública Estadual na ordem de R\$ 1.600.000,00.

Requer, com fulcro no artigo 168 do RPAF, que essa Câmara represente a matéria para a Câmara Superior tendo em vista tratar-se de matéria definitivamente julgada pelo Poder Judiciário.

Argumenta que se por absurdo essa Câmara entenda não lhe ser aplicar a Decisão do STJ, o direito ao crédito do imposto deve ser assegurado em vista da essencialidade indispensabilidade da energia elétrica à consecução da sua prestação de serviços de telecomunicação.

Afirmar que a Lei Estadual Baiana e o RICMS/BA dispõem em consonância com o art. 33 da Lei Complementar nº 87/96, admitindo o direito de crédito de ICMS decorrente da aquisição de energia elétrica, quando for consumida no processo de industrialização.

Assevera que após a edição da Lei Complementar 87/96 as únicas restrições ao direito ao crédito dizem respeito às operações de mercadorias e utilização de serviços que resultem em operações ou prestações isentas ou não tributadas ou que se refiram a entradas de mercadorias ou serviços aplicados em atividades alheias ao do estabelecimento, fatos que não se coadunam com a realidade dos autos.

Sustenta que no presente caso a energia elétrica apresenta-se como um bem essencial adquirido para a realização do objeto social da empresa, qual seja a prestação de serviço de telecomunicação, insumo sem o qual seria impossível conceber a sua atividade fim.

Em sustentação à sua tese, colaciona excertos de decisões proferidas pelos STF no sentido do reconhecimento do caráter industrial das atividades prestadas pelas empresas de telecomunicações.

Destaca que se creditou exclusivamente dos valores do ICMS incidentes sobre as aquisições de energia elétrica aplicados na efetiva prestação de serviços de telecomunicação – 85% do total das aquisições – procedimento que adotou baseada em laudo técnico especialmente confeccionado para tal fim.

Pugna pela submissão da matéria pela Câmara Superior, bem assim pelo Provimento do Recurso Voluntário, a fim de que lhe seja assegurado o direito ao crédito perquirido.

Instada a se manifestar, a PGE/PROFIS, em Parecer da lavra do Dra. Maria José Ramos Coelho, fls. 381/384, opina pelo Conhecimento e Não Provimento do Recurso Voluntário pelas razões aduzidas abaixo:

Pontua inicialmente que as questões sobre constitucionalidade da glosa dos créditos fiscais decorrentes da aquisição de energia elétrica e afronta ao princípio constitucional da não cumulatividade não poderão ser apreciados por este órgão julgador em face do quanto previsto no artigo 167, II do RPAF.

Quanto à equiparação da atividade de telecomunicação à industrialização registra que o parágrafo único do artigo 46 do CTN dispõe que se considera industrializado o produto que tenha sido submetido à operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade ou lhe aperfeiçoe para consumo, situação que não se amolda à hipótese dos autos.

Por derradeiro esclarece que a Decisão proferida pela Primeira Sessão do STJ a que o contribuinte faz referência em seu Recurso Voluntário ainda não é definitiva não havendo, por conseguinte, vinculação do órgão administrativo, colacionando ementa de julgado do mesmo tribunal em sentido contrário, proferido nos autos do Processo nº 2007/0208971-9.

## VOTO VENCIDO

O Recurso é tempestivo pelo que o conheço e passo a análise das razões apresentadas.

Inicio pela apreciação do pleito do sujeito passivo no sentido da submissão da matéria em lide à Câmara Superior em razão do quanto previsto no artigo 168 do RPAF, abaixo transscrito para melhor análise:

*Art. 168. Sempre que se encontrar em votação matéria contida em lei ou em ato normativo considerado ilegal, ou se já decidida em última instância pelo Poder Judiciário, observar-se-á o seguinte:*

*I - a autoridade julgadora deverá submeter à Junta ou à Câmara proposta à Câmara Superior do CONSEF no sentido de que represente ao Secretário da Fazenda, visando à Decisão;*

*II - caberá à Câmara Superior do CONSEF decidir quanto a representar ou não ao Secretário da Fazenda;*

*III - o Secretário da Fazenda, ouvida a Procuradoria Geral do Estado, decidirá quanto à conveniência ou não de propositura de modificação ou revogação da lei ou ato considerado ilegal.*

Conforme se constata do dispositivo reproduzido, é pressuposto para que essa Relatoria submeta à apreciação desta CJF proposta à Câmara Superior do CONSEF que a matéria em julgamento esteja contida em lei ou ato normativo considerado ilegal ou que esta já tenha sido decidida em última instância pelo Poder Judiciário.

De fato, tal como argumenta o recorrente, o objeto da presente lide foi apreciado em 12/06/2013 pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça nos autos do RESP 1.201.635 – MG, julgado sob o rito de Recurso repetitivo de que trata o artigo 543 C do Código do Processo Civil.

Naquela assentada de julgamento o Tribunal Superior se posicionou pela compatibilidade do art. 1º do Decreto 640/62, que equiparou os serviços de telecomunicações, para todos os efeitos legais, à indústria básica, com a Constituição de 1988, bem assim pelo direito ao crédito do ICMS incidente quando das aquisições e energia elétrica utilizada como insumo nos serviços de telecomunicação.

Nos termos do que dispõe o artigo 543-C em comento a Decisão proferida nos autos do RESP 1.201.635 produz efeito “vinculante” para os Tribunais inferiores que deverão, em princípio, seguir a mesma orientação firmada pelo Pretório, inadmitindo os demais Recursos que versem sobre a mesma matéria.

Da análise do andamento processual do RESP de que aqui se trata constato, todavia, que contra os termos do referido acórdão a parte vencida interpôs Recurso Extraordinário, com fundamento no artigo 102, inciso III “a” da Constituição Federal, o qual foi admitido pelo Ministro relator em face do reconhecimento de repercussão geral da matéria.

Em que pese, como sabido, a interposição de Recurso extraordinário não suspender os efeitos da Decisão proferida pelo STJ, certo é que enquanto não apreciada pelo STF a matéria não está definitivamente julgada.

Nestas circunstâncias, deixo de acolher o pleito de representação formulado com fulcro no artigo 168 do RPAF em razão da inexistência, no caso concreto, do pressuposto para sua interposição. Passo assim para a análise do mérito.

Conforme relatado, trata-se de Recurso interposto contra o acórdão proferido pela 5ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração que inaugurou o presente PAF, lavrado em razão da suposta utilização indevida de crédito fiscal de ICMS incidente sobre a aquisição de energia elétrica aplicada na prestação de serviços de comunicação.

Entendo assistir razão ao Recorrente. Como fundamento das conclusões que chegaréi, peço vênia para reproduzir os termos em que lavrado o voto proferido pela Conselheira Raisa Catarina

Fernandes – Acórdão CJF Nº 0106-11/15 – com os quais me alinho na integralidade.

O art. 33, da Lei Complementar 87/96, ao tratar do crédito de energia elétrica, estabelece:

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

(...)

II – somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ademais, o STJ (RESP 842270/RS), em julgamento realizado pela 1ª Seção, pacificou entendimento referente ao reconhecimento do direito ao creditamento do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida pelas empresas de telecomunicação, equiparando-as à indústria.

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

Veja-se a ementa da Decisão referida:

TRIBUTÁRIO. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. ENERGIA ELÉTRICA. CREDITAMENTO. POSSIBILIDADE. ART. 33, II, "B", DA LC 87/96. DECRETO 640/62. EQUIPARAÇÃO À INDÚSTRIA BÁSICA PARA TODOS OS EFEITOS LEGAIS. VALIDADE E COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO ATUAL. ORDEM EM MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDA. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVVIDO.

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)

Posteriormente, no julgamento do REsp nº 1201635/MG, submetido ao rito dos Recursos repetitivos, o STJ manteve o entendimento de que a entrada de energia elétrica transformada em impulsos eletromagnéticos pelas concessionárias de telefonia móvel dá direito a crédito de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), in verbis:

"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, indubioso 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." (RECURSO ESPECIAL Nº 1.201.635 - MG (2008/0146061-3), RELATOR: MINISTRO SÉRGIO KUKINA, Data do julgamento 12 de junho de 2013)

Neste diapasão, apesar da referida Decisão não vincular os órgãos administrativos, sinaliza o caminho que deve ser adotado no judiciário. Assim, a resistência do Estado em flexibilizar sua posição poderá trazer prejuízo ao erário, em uma possível condenação em honorários sucumbenciais, os quais, provavelmente, ocorreriam em uma demanda no âmbito da Justiça.

Pelo exposto, em consonância com o entendimento do STJ, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida, julgando IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

## VOTO VENCEDOR

Em que pese a boa fundamentação apresentada pela n.Relatora, discordo do seu posicionamento.

Observo que a Decisão proferida no seu voto tem como base Decisões exaradas pelos Tribunais Superiores que manifestaram entendimento de que a prestação de serviços de comunicação configura atividade de industrialização, e consequentemente legal a utilização do crédito fiscal de aquisição de energia elétrica adquirida e empregada na prestação do serviço.

Entretanto, conforme fundamentado no voto proferido pelo relator da primeira instância, no Acórdão nº 984880-TO o Superior Tribunal de Justiça (STJ), proferiu Decisão em sentido contrário, não acata os argumentos defensivos ali apresentados, conforme ementa abaixo:

*RECURSO ESPECIAL N° 984.880” - TO (2007/0208971-9)*

*RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN*

*RECORRENTE:ESTADO DO TOCANTINS*

*RECORRIDO : BRASIL TELECOM S/A*

*EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA, A DEFINIÇÃO DE ATIVIDADE INDUSTRIAL É DADA PELO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, LEI POSTERIOR AO CITADO DECRETO 640/1962. "CONSIDERA-SE INDUSTRIALIZADO O PRODUTO QUE TENHA SIDO SUBMETIDO A QUALQUER OPERAÇÃO QUE LHE MODIFIQUE A NATUREZA OU A FINALIDADE, OU O APERFEIÇOE PARA O CONSUMO" (ART. 46, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN). O ART. 4º DO REGULAMENTO DO IPI DETALHA A ATIVIDADE INDUSTRIAL, NOS LIMITES FIXADOS PELO CTN. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO NÃO SE CONFUNDE COM ATIVIDADE INDUSTRIAL. AS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES PRESTAM SERVIÇOS (ART. 1º DA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES). ESSA ACEPÇÃO É ADOTADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AO DEFINIR A COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA RELATIVA AO ICMS (ART. 155, II). OS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES, QUE SE SUBMETEM EXCLUSIVAMENTE AO ICMS (E NÃO AO IPI), NÃO REPRESENTAM ATIVIDADE INDUSTRIAL PARA FINS DA TRIBUTAÇÃO.*

Também que no STF, o assunto encontra-se pendente para julgamento, tendo o Ministro Luiz Fux, dado provimento ao Agravo 774.432 – PR, cujo teor reproduzo parcialmente:

...  
*TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO MANDAMENTAL. ICMS. CREDITAMENTO. AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA POR EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. HIPÓTESES REGULAMENTADAS PELA LEI COMPLEMENTAR 87/96, MODIFICADA PELA LEI COMPLEMENTAR 102/2000. NORMAS QUE NÃO AFRONTAM O PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. EQUIPARAÇÃO, PELO DECRETO 640/62, DAS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÃO ÀS DE INDÚSTRIA DE BASE. NORMA DESCONTEXTUALIZADA, CUJA APLICAÇÃO NÃO MAIS SE JUSTIFICA. DEFINIÇÃO DE TELECOMUNICAÇÃO, PELA LEI ATUAL, COMO PRESTAÇÃO DE SERVIÇO E NÃO COMO ATIVIDADE INDUSTRIAL. SEGURANÇA DENEGADA. RECURSO NÃO PROVIDO.*

*3. Agravo a que se dá provimento.*

Conforme ressaltado pelo relator da 5ª JJF, o Tribunal de origem, o do Estado do Paraná, cuja Decisão considerou legalmente superado o conceito aplicado pelo Decreto 640/62, por entender que está descontextualizada a equiparação das empresas de telecomunicação a estabelecimento industrial.

Portanto, seguindo esta linha de entendimento, conforme voto condutor da Decisão recorrida, o Regulamento do Imposto Sobre Produtos Industrializados (RIPÍ – Decreto nº 7.212/10), define no seu art. 4º o que caracteriza industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoe para consumo, tal como (I), exercida sobre matérias-primas ou produtos intermediários, importe na obtenção de espécie nova (transformação); (II) - a que importe em modificar, aperfeiçoar ou, de qualquer forma, alterar o funcionamento, a utilização, o acabamento ou a aparência do produto (beneficiamento); (III) - a que consista na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte um novo produto ou unidade autônoma, ainda que sob a mesma classificação fiscal (montagem); (IV) - a que importe em alterar a apresentação do produto, pela colocação da embalagem, ainda que em substituição da original, salvo quando a embalagem colocada se destine apenas ao transporte da mercadoria (acondicionamento ou reacondicionamento); ou (V) - a que, exercida sobre produto usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização (renovação ou recondicionamento).

Logo, a atividade de prestação de serviço de comunicação não configura operação de industrialização e, consequentemente, vedada à utilização do crédito fiscal do ICMS relativo à aquisição da energia elétrica, visto que o art. 33 da LC 87/96, estabelece que no que se refere à aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

*II – somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento:*

*(...)*

b) quando consumida no processo de industrialização;

Previsão esta contida no art. 92, II, item 2 do RICMS/97 e art. 309, IV, “ do RICMS/12.

Concluo que, conforme ressaltado no Parecer da Procuradoria Geral do Estado (fls. 381 a 384), o entendimento de que os estabelecimentos prestadores de serviço de comunicação se equiparam a estabelecimentos industriais – o que asseguraria o direito de creditar-se do ICMS relativo a aquisições de energia elétrica – não está pacificado definitivamente nos Tribunais Superiores e consequentemente, não é admissível a utilização do crédito fiscal por estes estabelecimentos, diante da regra estabelecida no art. 20, II, “b” da LC 87/96.

Convém ressaltar ainda, que este entendimento tem sido prevalente nas Decisões exaradas por Este Conselho de Fazenda Estadual, a exemplo dos Acórdãos CJF Nº 0021-11/05; CJF Nº 0007-12/11; CJF Nº 0040-12/11; CJF Nº 0084-11/13; CJF Nº 0117-13/13, inclusive relativo a esta mesma empresa no Acórdão CJF Nº 0400-11/14.

Por tudo que foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> 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 298929.0005/14-0, lavrado contra GLOBAL VILLAGE TELECOM S.A. (GVT), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$858.242,62, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

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

VOTO VENCIDO - Conselheiros: Rosany Nunes de Mello Nascimento, Rodrigo Lauande Pimentel e Raisa Catarina de Oliveira Fernandes.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de setembro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLO NSCIMENTO – RELATORA/VOTO VENCIDO

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – VOTO VENCEDOR

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