

PROCESSO - A. I. Nº 298929.0009/14-6
RECORRENTE - GLOBAL VILLAGE TELECOM S.A. (GVT)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0135-02/15
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 15/12/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0388-12/15

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 redução ou dispensa da multa quando ocorre simultaneamente descumprimento de obrigação principal. Rejeitada proposta de encaminhamento à Câmara Superior do CONSEF no sentido de que represente ao Secretário da Fazenda visando à Decisão. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Vencido o voto relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 2ªJJF – Junta de Julgamento Fiscal em 04/08/2015 que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 01/12/2014, com o objetivo de exigir da ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 751.042,70 (setecentos e cinquenta e um mil quarenta e dois reais e setenta centavos) em decorrência do cometimento de 01 (uma) infração.

Às folhas 316 e 317, o autuado informa que reconheceu e pagou os valores referentes as notas fiscais que indica por acatar o crédito relativo a de consumo do estabelecimento, no valor histórico de R\$9.743,30 de ICMS, conforme DAE à folha 319. A imputação em litígio é:

Infração 01. RV – 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 2013. Multa proposta de 60%. Consta que “o contribuinte utilizou crédito de energia elétrica, conforme demonstrado nos Anexos I a XII”.

O Autuado apresentou defesa administrativa em face do Auto de Infração em epígrafe (fls. 57/77), impugnando parcialmente o lançamento fiscal.

O autuante apresentou informação fiscal face à defesa apresentada pelo contribuinte (fls. 307/310), opinando pela manutenção do lançamento.

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 2ª JJF que entendeu por bem, julgar, em decisão unânime, Procedente o Auto de Infração, nos seguintes termos:

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir ICMS 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 2013.

Cabe registrar que o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados,

assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas, não existindo nos autos qualquer mácula que inquise de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Em relação ao argumento defensivo de apropriação de créditos de ICMS é legal em razão dos serviços de telecomunicação serem considerados indústria básica para todos os fins, o mesmo não é capaz de elidir a autuação, uma vez que o entendimento consagrado na jurisprudência deste CONSEF, 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 1^a e 2^a 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. Pela mesma razão não pode ser acolhido o documento apresentado pela defesa denominado de “Memorial de Cálculo” e nem as faturas acostadas.

Em relação 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 ao pedido de redução da multa, também não acato por falta de previsão legal, pois o art.158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que 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, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte. Assim entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado, uma vez que restou comprovado a falta de recolhimento de imposto, falecendo competência a essa junta para dispensar o crédito em exame.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 2^a JJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

- i. Destacou que o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Afirmou ainda que não fora identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas, não existindo nos autos qualquer mácula que inquise de nulidade o lançamento de ofício ora em lide;
- ii. Pontuou que o entendimento consagrado na jurisprudência do CONSEF aponta no sentido da impossibilidade de apropriação dos créditos fiscais derivados do uso e consumo de energia elétrica nas atividades de prestação de serviços de telecomunicações, sob o argumento de que a prestação desse tipo de serviços não constituiria processo de industrialização. Destacou que por essa mesma razão, não poderia ser acolhido os documentos apresentados pela defesa, denominado de “Memorial de Cálculo”, nem as faturas juntadas;
- iii. Destacou que a interpretação dada pelo STJ ao texto do Decreto nº 640/62 não teria efeito vinculante, relativamente aos órgãos da administração tributária;
- iv. Por fim, não acatou o pedido de redução da multa, se baseando, para tanto, no disposto no art. 158 do RPAF/99, argumentando que segundo o mesmo, a redução de multas somente poderia se dar no caso de descumprimento de obrigação acessória, e que esse não seria o presente caso.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 343/354)**.

- i. Arguindo que o STJ já teria se posicionado diversas vezes no sentido de reconhecer o direito de as empresas de telecomunicação se valer do crédito fiscal decorrente do consumo de energia elétrica utilizada na prestação de serviços de telecomunicação, de modo que estaria encerrada a questão sobre a natureza industrial do processo pelo qual passa a energia elétrica consumida como insumo para a prestação do serviço, reafirmando a vigência do Decreto nº 640/1962 e sua plena compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro atual;
- ii. Argumentou que, apesar de o CONSEF não se vincular legalmente às mencionadas decisões judiciais, deveria ser levado em conta que, se os órgãos do judiciário estão orientados a decidir em consonância com o entendimento proferido pelo STJ em Recurso repetitivo, decidir contrariamente ao mesmo teria o efeito prático de assentir com vultoso rombo para os cofres públicos, uma vez que a modificação da Decisão em âmbito judicial certamente seria seguida à condenação da Fazenda Estadual;
- iii. Afirma que, como a questão já fora decidida em última instância pelo judiciário, os autos deveriam ser submetidos à Câmara Superior do CONSEF, por força do art. 168 do RPAF/99;
- iv. Arguiu que a Decisão de primeira instância administrativa contrariaria o art. 33, II, b, da LC nº 87/96 (na redação da LC nº 102/2000), bem como o art. 29, §1º, III, “a”, 02, da Lei do Estado da Bahia nº 7.014/1996 c/c o art. 309, IV, do Decreto Estadual nº 13.780/12 (RICMS/BA), os quais dão direito de crédito a energia elétrica “*consumida no processo de industrialização*”. Isso porque os serviços de telecomunicação seriam definidos, para todos os efeitos legais, como indústria básica pelo Decreto Federal nº 640/1962;
- v. Afirma que competência para legislar sobre telecomunicações seria exclusiva da União, de modo que não mereceria guarida a fundamentação trazida pela Decisão ora recorrida de que “*a legislação baiana não equipara o serviço de comunicação à atividade industrial para efeito do creditamento do ICMS incidente sob a energia elétrica consumida*”;
- vi. Argumentou que não haveria na legislação federal, inclusive por força do princípio constitucional da não-cumulatividade, nenhuma vedação ao aproveitamento de créditos de ICMS em razão da natureza da atividade desenvolvida pelo contribuinte (se industrial ou prestação de serviços), restando necessário tão somente que os bens e serviços adquiridos sejam inerentes à atividade do contribuinte, inseridos aí os tão citados insumos, e que, como a energia elétrica apresenta-se como bem essencial adquirido para a realização do objeto social da empresa recorrente, o creditamento realizado pelo recorrente estaria respeitando o princípio da não-cumulatividade;
- vii. Destacou que, com ressalva das Notas Fiscais sobre as quais o recorrente teria efetuado o recolhimento já informado nos autos, o recorrente teria se creditado única e exclusivamente dos valores de ICMS relativos à energia elétrica empregada na efetiva prestação do serviço de telecomunicações, conforme se poderia extrair do laudo pericial chamado de “Memorial de Cálculo”, o qual teria sido juntado aos autos.

Em Parecer, a PGE/PROFIS (fls. 399/402) opinou pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário, alegando que:

- i. A imputação fiscal estaria absolutamente clara, devidamente tipificada e alicerçada na legislação tributária estadual, bem como que o lançamento atenderia a todos os requisitos exigidos nos artigos 38 e 39 do RPAF/99;
- ii. Declarou que, na legislação vigente à época dos fatos, a utilização de créditos fiscais na entrada de energia elétrica somente ocorreria em quatro hipóteses: quando fosse objeto de operação de saída de energia elétrica; quando fosse consumida no processo de industrialização; quando seu consumo resultasse em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e a partir de 1º de janeiro de 2011 nas demais hipóteses (Pontuou que tal prazo fora prorrogado, através da edição da

Lei Complementar nº 138/2010, para o ano de 2020);

- iii. Opinou pela falta de competência dos órgãos julgadores do CONSEF para a apreciação das alegações relacionadas à constitucionalidade das normas, conforme estabelecido no artigo 167, I, do RPAF/99;
- iv. Destacou que de acordo com o disposto no artigo 46 do CTN, a atividade do Recorrente não resultaria em produto industrializado, e consequentemente, não resultaria em crédito fiscal a ser utilizado. No entanto, opinou no sentido de que os acórdãos do STJ trazidos pelo Recorrente, quanto não vinculem a administração, devem ao menos determinar a reavaliação do posicionamento adotado pela Administração Pública;
- v. Por fim, se posicionou no sentido de vetar o requerimento de apreciação do presente processo pela Câmara Superior do CONSEF, sob o argumento de que o cerne da questão discutida ainda não teria sido objeto de Decisão definitiva pela última instância do poder judiciário.

Após, os autos foram remetidos para o CONSEF para apreciação do Recurso.

VOTO VENCIDO

O presente Processo Administrativo Fiscal tem como objeto uma infração, na qual o autuante entendeu ter ocorrido o uso indevido de crédito fiscal de ICMS incidente sobre a aquisição de energia elétrica utilizada na prestação de serviço de telecomunicação pelo recorrente.

Em primeira instância administrativa a 2ª JJJ decidiu unanimemente pela total procedência da autuação. No entanto, com a devida vênia, me asseguro o direito de discordar de referida Decisão. Primeiramente, vale destacar que o cerne da questão já fora decidido em sede de Recurso Repetitivo em processo de relatoria do Ministro Luiz Fux, no REsp 842270/RS.

Posto existir tal Decisão em última instância do poder judiciário, e se tratar de questão de ilegalidade, aplica-se o disposto no artigo 168 do RPAF/99, transscrito abaixo:

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; (g.n.).

Ressalto ainda que tal pleito foi realizado expressamente pelo recorrente, ademais, o STF tem negado seguimento aos Recursos Extraordinários sobre o tema, atestando que a Decisão proferida pelo STJ é final e definitiva.

Dessa forma, em consonância com o disposto no inciso I acima destacado, entendendo este relator se tratar de matéria já decidida em última instância pelo poder judiciário, bem como se tratar de ato considerado ilegal, submeto à apreciação desta CJF proposta de representação à Câmara Superior, por ser dever instituído pelo dispositivo acima citado.

Indeferida a proposição em razão do voto de qualidade do presidente, passo à análise do Recurso Voluntário apresentado.

Acerca do aproveitamento do crédito incidente sobre as aquisições de energia elétrica, a Lei Complementar nº 87/1996, em seu art.33, assim dispõe:

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

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

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

- a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;*
- b) quando consumida no processo de industrialização;*

- c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e
- d) a partir de 1º de janeiro de 2020 nas demais hipóteses;

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

Sobre o tema é preciso destacar o teor do Decreto nº 640/62, ainda em vigência, e que determina em seu artigo 1º que os serviços de telecomunicação são, para todos os efeitos, considerados como indústria básica, conforme transrito abaixo.

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.

Note-se que a legislação federal destaca expressamente que os serviços de telecomunicação são considerados como indústria básica para todos os efeitos legais, e que, dessa forma, o direito tributário estaria incluído.

Esse é inclusive o entendimento manifestado pelo STJ em diversas ocasiões, das quais vale destacar recente Decisão em sede de Agravo em Recurso Especial de nº 624.537 – DF, cuja ementa faço destaque abaixo:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 624.537 - DF (2014/0279271-5) RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES AGRAVANTE : BICHARA ADVOGADOS SOCIEDADE DE ADVOGADOS ADVOGADOS : LUIZ GUSTAVO ANTONIO SILVA BICHARA REBECA DRUMMOND DE ANDRADE MULLER E SANTOS E OUTRO (S) FRANCISCO CARLOS ROSAS GIARDINA AGRAVADO : DISTRITO FEDERAL PROCURADOR : TATIANA FERREIRA TAMER LYRIO E OUTRO (S) PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. DECISÃO Trata-se de agravo interposto em face de Decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que negou admissibilidade a Recurso especial manejado contra acórdão assim ementado (fl. 968e): APELAÇÃO EM AÇÃO DECLARATÓRIA. ICMS. CRÉDITO RELATIVO À ENTRADA DE ENERGIA ELÉTRICA NO ESTABELECIMENTO. MATÉRIA DISCUTIDA NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO AO CREDITAMENTO DO IMPOSTO. – O col. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso especial representativo de controvérsia n. 1.201.635/MG, firmou entendimento de que os serviços de telecomunicações são equiparados, para todos os efeitos, à indústria básica, nos termos do artigo 1º do Decreto n. 640/1962, normativo este compatível com o Código Tributário Nacional e com a legislação superveniente, continuando em pleno vigor, já que não revogado. - Portanto, o ICMS incidente sobre energia elétrica consumida pelas empresas de telefonia, que promovem processo industrial, pode ser creditado para abatimento do imposto devido quando da prestação de serviços. - Não havendo condenação, aplica-se a regra do § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, ou seja, a fixação dos honorários dar-se-á consoante aplicação equitativa do juiz. - Recursos voluntários e remessa de ofício desprovidos. Unânime. Opostos embargos de declaração (fls. 982/986e), foram rejeitados. Nas razões do Recurso especial, interposto com base na alínea a e c do permissivo constitucional, o recorrente aponta violação ao art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, porquanto o valor da condenação da recorrida em honorários advocatícios é irrisório. Sem contrarrazões. A inadmissão do Recurso especial se fez à consideração de que a revisão do valor da condenação em honorários advocatícios não se coaduna com a via especial, porquanto seria necessário o reexame do acervo probatório da demanda, providência vedada diante do texto da Súmula 7/STJ. Nas suas razões de agravo, postula-se pelo processamento do Recurso especial, haja vista ter cumprido todos os requisitos necessários à sua admissão. Contraminuta às fls. 1.163/1.169e. É o relatório. Passo a decidir. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico no sentido de que deve ser conhecido e provido Recurso especial para rever a fixação de verba honorária em valor irrisório ou excessivo, pois nesses casos não há observância do juízo de equidade preconizado na legislação processual civil. Nesse sentido: REsp 526.508/SP, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 21.2.2005; REsp 606.375/MS, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 29.11.2004. No entanto, não-configurada a hipótese supramencionada, aplica-se o entendimento consolidado neste Tribunal no sentido de que a majoração do valor relativo aos honorários advocatícios, consubstanciada na tese de que houve condenação em valor irrisório, requer a apreciação dos critérios descritos no art. 20, § 3º, do CPC, os quais são primordialmente factuais, quais sejam o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Dessa forma, a fixação de percentual de honorários advocatícios não é possível em sede especial, por quaisquer das alíneas do permissivo constitucional, porquanto implica incursão ao suporte fático-probatório carreado aos autos, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. Impende ressaltar que mesmo nas hipóteses de incidência do art. 20, § 4º, do CPC, os

honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do § 3º do referido artigo. Nesse sentido, destaca-se: *PROCESSO CIVIL. VERBA HONORÁRIA. ART. 20, § 4º, DO CPC. REVISÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7 DO STJ.* 1. Ao STJ, só é permitido modificar valores fixados a título de honorários advocatícios caso sejam eles irrisórios ou exorbitantes, o que não se aplica ao caso. 2. A questão do valor dos honorários é irrelevante quando o juiz de origem afirma, expressamente, que foram eles estabelecidos de forma razoável, sendo inviável, nesses casos, a revisão dos valores pelo Tribunal Superior. 3. No presente caso, a condenação imposta não se mostra teratológica, tendo em vista que o Tribunal de origem, soberano nas circunstâncias fáticas e probatórias da causa, concluiu pela razoabilidade da verba honorária após apreciação equitativa, considerando "a singeleza da matéria tratada", situação que impede a revisão no Superior Tribunal de Justiça, em razão do óbice previsto na Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 437.436/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 27/02/2014) Diante do exposto, com fundamento no art. 544, § 4º, II, a, do CPC, NEGÓ PROVIMENTO ao agravo. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2015. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES Relator (STJ, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES).

Aos argumentos já levantados, acrescente-se o disposto no art. 110 do Código Tributário Nacional, quando diz que “*a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizado, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Direito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias*”.

Em assim sendo, não cabe à norma estadual a competência para definir industrialização, ou enquadrar qualquer serviço neste conceito, devendo socorrer-se, portanto, a outras figuras jurídicas já existentes.

Vale destacar também que, além do enquadramento como indústria básica, na forma do Decreto nº 640, aplica-se sem ressalvas ao serviço de telecomunicação o disposto no parágrafo único, do artigo 46, do CTN que, ao versar sobre o IPI, considera industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.

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

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

13. A prestação de serviços de telecomunicações pressupõe um processo de transformação da energia elétrica (matéria-prima), seu insumo essencial, em vibrações sonoras e bits e destes novamente em vibrações sonoras, sendo certo que, no contexto do ICMS, processo de industrialização não pode ser restringido tão-somente à transformação de bens móveis corpóreos. Nesse sentido, doutrina uníssona leciona que, in verbis:

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Desta forma, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado julgando, em consequência, PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Com o máximo respeito às considerações brilhantemente expostas pelo eminentíssimo Relator, venho divergir do seu voto, primeiro quanto à proposta de representação à Câmara Superior, em atendimento ao disposto no art. 168 do RPAF, tendo em vista que este dispositivo deve ser aplicado em situação excepcionalíssima, visto que a Representante da PGE aqui presente, tem ciência dos fatos aqui expostos, e se pronunciou pela primazia da legislação estadual, revelando ser inócuas até este momento, a representação proposta, visto que o próprio Secretário certamente embasará o encaminhamento do processo, nos termos das proposições defendidas pela Douta Procuradoria. Assim, em termos, se a Representante da PGE aqui presente, vislumbrasse qualquer dúvida sobre o posicionamento deste órgão, certamente que seria de bom alvitre se aplicar o supracitado dispositivo do RPAF, mas não é o caso. Assim, denego a proposta de representação à Câmara Superior.

Segundo, quanto ao mérito, é importante destacar inicialmente que o julgamento administrativo é adstrito aos termos da legislação estadual vigente, não podendo afrontar o quanto disposto em Lei, até a sua alteração. É preciso 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 e tal conceito envolve nuances que os fiscos estaduais descharacterizam a energia como insumo para a questão em lide, visto as telefônicas estarem enquadradas como prestadoras dos serviços de comunicação e não como indústrias.

Determinados conceitos são mitigados pela legislação vigente e neste caso, vejamos o que diz o art. 33 II, “b”, da Lei Complementar nº 87/1996, com redação dada pela LC 102/2000, que leva ao entendimento de que o direito ao aproveitamento de créditos de ICMS provenientes do consumo de energia elétrica é reconhecido apenas a empresas industriais e não às prestadoras de serviços de comunicação como pretendem as empresas deste setor. 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, pois do contrário, a energia se enquadra no conceito de custo, contabilmente aceito, mas não de insumo para efeitos fiscais.

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.*”

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-ia de definição legal que atestasse tal resultado da prestação de serviço como um “bem industrializado”.

Poderíamos neste caso, recorrer ao Decreto Federal nº 640/62, como fez a impugnante:

“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”.

Vejamos então, o inteiro teor do Decreto Federal nº 640/62 para maior clareza da finalidade deste citado Decreto:

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

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

O PRESIDENTE DO CONSELHO DE MINISTROS, usando da atribuição que lhe confere o art. 18, item III, do Ato Adicional à Constituição Federal, CONSIDERANDO que grave crise de telecomunicações está afetando a boa marcha dos negócios públicos, a segurança nacional e a normalidade do desenvolvimento econômico do país;

CONSIDERANDO que tal crise tende a aprofundar-se, por deficiência das empresas privadas que executam o serviço, e, principalmente, pela falta de flexibilidade dos processos de financiamento ao seu alcance, que possam ser utilizados sem maiores embargos dos usuários e da própria opinião pública;

CONSIDERANDO que o Congresso Nacional, em projetos que examina, já reconheceu a magnitude do problema e o seu interesse nacional, e que normas mais precisas estão em curso para disciplinar o assunto;

CONSIDERANDO que se impõe por tudo isso, preservar os serviços existentes a estimular o seu desenvolvimento para que seja possível a implantação no menor prazo, de um plano de telecomunicações estruturado na base de diretrizes nacionais orgânicas, já em fase final de elaboração, DECRETA:

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 do 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 de provocação 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. 89 da Lei nº 1.628, de 20 de junho de 1952.

Art. 29 Este decreto entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

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, “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 caracteriza-se por sua dinâmica, não sendo razoável tomar como parâmetro de equiparação do serviço de telecomunicações a uma atividade industrial, um decreto federal com meio século, editado em 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.

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.

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:

Das Definições

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

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 nº 7.212, na recente data de 15/06/2010, em que traz precioso esclarecimento a respeito da definição legal de produto industrializado:

DECRETO N° 7.212, DE 15 DE JUNHO DE 2010.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição
DECRETA:

Art. 1º O Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI será cobrado, fiscalizado, arrecadado e administrado em conformidade com o disposto neste Regulamento.

Art. 2º O imposto incide sobre produtos industrializados, nacionais e estrangeiros, obedecidas as especificações constantes da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI

Art. 3º Produto industrializado é o resultante de qualquer operação definida neste Regulamento como industrialização, mesmo incompleta, parcial ou intermediária

Art. 4º Caracteriza industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou a aperfeiçoar para consumo, tal como

I - a que, 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).

Exclusões

Art. 5º Não se considera industrialização:

I - o preparo de produtos alimentares, não acondicionados em embalagem de apresentação:

a) na residência do preparador ou em restaurantes, bares, sorveterias, confeitorias, padarias, quitandas e semelhantes, desde que os produtos se destinem a venda direta a consumidor; ou

b) em cozinhas industriais, quando destinados a venda direta a pessoas jurídicas e a outras entidades, para consumo de seus funcionários, empregados ou dirigentes;

II - o preparo de refrigerantes, à base de extrato concentrado, por meio de máquinas, automáticas ou não, em restaurantes, bares e estabelecimentos similares, para venda direta a consumidor

III - a confecção ou preparo de produto de artesanato, definido no art. 7º;

IV - a confecção de vestuário, por encomenda direta do consumidor ou usuário, em oficina ou na residência do confeccionador;

V - o preparo de produto, por encomenda direta do consumidor ou usuário, na residência do preparador ou em oficina, desde que, em qualquer caso, seja preponderante o trabalho profissional;

VI - a manipulação em farmácia, para venda direta a consumidor, de medicamentos oficinais e magistrais, mediante receita médica

VII - a moagem de café torrado, realizada por estabelecimento comercial varejista como atividade acessória

VIII - a operação efetuada fora do estabelecimento industrial, consistente na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte:

a) edificação (casas, edifícios, pontes, hangares, galpões e semelhantes, e suas coberturas);

b) instalação de oleodutos, usinas hidrelétricas, torres de refrigeração, estações e centrais telefônicas ou outros sistemas de telecomunicação e telefonia, estações, usinas e redes de distribuição de energia elétrica e semelhantes; ou

c) fixação de unidades ou complexos industriais ao solo;

Além do serviço de telecomunicações fugir totalmente ao escopo da definição de produto industrializado, a legislação do IPI afasta categoricamente a natureza industrial os serviços relacionados a telecomunicações, que aqui faço questão de destacar do trecho acima transscrito:

Art. 5º Não se considera industrialização:

VIII - a operação efetuada fora do estabelecimento industrial, consistente na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte:

b) instalação de oleodutos, usinas hidrelétricas, torres de refrigeração, estações e centrais telefônicas ou outros sistemas de telecomunicação e telefonia, estações, usinas e redes de distribuição de energia elétrica e semelhantes;

No âmbito dos tribunais superiores a polêmica acerca deste assunto certamente continuará, pois com a dinâmica do Direito, certamente é possível a evolução para o entendimento de que a contextualização do longínquo decreto de 1962 não encontra qualquer respaldo diante das modificações das leis posteriores, a exemplo do posicionamento recente do STF, abaixo transscrito:

Processo: RE 354376 MG

Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI

Julgamento: 21/05/2013

Ementa

Ementa: TRIBUTÁRIO. ICMS. CRÉDITOS DE ICMS DECORRENTES DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES, TRANSPORTE INTERMUNICIPAL, TRANSPORTE INTERESTADUAL, FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA E AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO. UTILIZAÇÃO PELO SUBSTITUÍDO TRIBUTÁRIO: INVIALIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE: INOCORRÊNCIA.

1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “a regra da não cumulatividade, conforme o estrito preceito contido do Texto Constitucional, não constitui razão suficiente para gerar crédito decorrente do consumo de serviços e de produtos onerados com o ICMS, mas desvinculados do processo de industrialização da mercadoria comercializada como atividade principal” (AI-AgR 807.119, 2ª Turma, Min. Gilmar Mendes, DJe de 01/07/11). Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento

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.

Face ao exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **298929.0009/14-6**, lavrado contra **GLOBAL VILLAGE TELECOM. S.A. (GVT)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$751.042,70**, acrescido da multa de 60%, prevista ao art.42, II, "b", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Ildemar José Landin, Maurício Souza Passos e Fernando Antonio Brito de Araújo.

VOTO VENCIDO - Conselheiros: Daniel Ribeiro Silva, José Antonio Marques Ribeiro e Oswaldo Ignácio Amador.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 dezembro de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR/VOTO VENCIDO

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – VOTO VENCEDOR

CLÁUDIA MAGALHÃES GUERRA ATTINA - REPR. DA PGE/PROFIS