

A. I. Nº - 279468.0015/14-4
AUTUADO - TELEMAR NORTE LESTE S/A
AUTUANTES - ROQUELINA DE JESUS e SANDRA MARIA SILVA NOYA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 16/02/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0020-03/16

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA. GLOSA DO CRÉDITO. Em relação à energia elétrica consumida por estabelecimento prestador de serviços de telecomunicações, é vedada a utilização do respectivo crédito fiscal. A legislação baiana não equipara o serviço de comunicação à atividade industrial para efeito do creditamento do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 10/12/2014, refere-se à exigência de R\$12.314.741,83 de ICMS, acrescido da multa de 60%, pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica na prestação de serviço de comunicação, nos meses de agosto de 2012 a dezembro de 2013.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 22 a 30 do PAF. Preliminarmente, pede que seja reconhecida a nulidade do auto de Infração, com base no art. 18, IV, “a” c/c art. 39, V, “c” do RPAF/BA. Alega que não se sabe qual o fundamento legal ou o critério jurídico adotado pela fiscalização ao lavrar o Auto de Infração, e isso vale tanto para o ICMS exigido quanto para a multa capitulada.

Reproduz o art. 39 do RPAF/BA e diz que a fiscalização age em total afronta aos limites lhe impostos pelo Poder Legislativo Estadual, bem como pelo próprio Governo do Estado, violando a necessidade de fundamentação dos atos administrativos. Nesse sentido, reproduz ensinamentos de James Martins. Entende que, diante da redação expressa da lei, deve este Órgão Julgador declarar a nulidade do lançamento tributário, nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA (Decreto 7.629/99).

Quanto ao mérito, o defendente alega que foi autuado justamente pelo exercício do direito que lhe foi reconhecido pelo TJBA nos autos da ação ordinária nº 0164836-36.2004.8.05.0001, ou seja, a possibilidade de se creditar do ICMS incidente sobre a aquisição de energia elétrica, utilizada na prestação de serviço de telecomunicação.

Informa que o direito ao referido crédito fiscal já havia sido reconhecido em primeira instância, porém coube ao TJBA em acórdão publicado em 03/07/2013, ou seja, anteriormente ao período fiscalizado, clarificar a sentença. Ressalta que o posicionamento do TJBA foi confirmado pelo STJ em sede de recursos repetitivos ao julgar o REsp nº 1.201.635/MG, por meio do qual, pacificou-se a jurisprudência.

Diz que a fiscalização não observou a limitação lhe fora imposta pelo Poder Judiciário, cabendo a este CONSEF a declaração da improcedência consubstanciada no presente Auto de Infração, uma vez que, obstada por decisão do TJBA favorável ao autuado.

Caso, a despeito dos fundamentos anteriormente apresentados, prevaleça o entendimento de que deve ser dado prosseguimento ao processo administrativo, antes do trânsito da ação judicial, entende que o auto de infração deve ser cancelado e extinto o crédito tributário nele consubstanciado.

Afirma que o direito ao aproveitamento dos créditos de ICMS provenientes da aquisição de energia elétrica empregada como insumo na prestação do serviço de telecomunicação é amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência, em virtude do seu caráter industrial e da imprescindibilidade da energia elétrica como insumo para a sua prestação. Por esse motivo, o TJBA, amparado pelo STJ firmou o entendimento no sentido de que: a) a prestação do serviço de telecomunicação se equipara à indústria básica para todos os efeitos legais; e b) a energia elétrica é um insumo indispensável à telefonia e, portanto, passível de creditamento, pelo princípio da não-cumulatividade.

Ressalta que todo o processo de telecomunicação ocorre a partir da transformação de energia elétrica em ondas eletromagnéticas e som, e a referida transformação (industrialização) a que a energia elétrica se submete está na sua conversão em onda eletromagnética ou radioelétrica, bem como na conversão da corrente alternada fornecida pelas empresas de energia a uma voltagem de 13.800 V a 23.000 V em corrente alternada de 380 V a 220 V e, em seguida, em corrente contínua a tensão retificada de – 52,8 V a – 48 V.

Acrescenta que, seja pela compreensão técnica da telefonia, seja por expressa disposição legal, a prestação do serviço de telecomunicação se equivale, para todos os efeitos, ao processo de industrialização e, enquanto tal se sujeita ao art. 33, I “b” da LC nº 87/96, que transcreveu.

Frisa, ainda, que a energia elétrica é o principal e imprescindível insumo ao serviço de telecomunicação, sem a qual inexistiria a sua prestação. Comenta sobre as decisões do TJBA e STJ e diz que em observância ao princípio constitucional da não-cumulatividade, bem como ao sistema de aproveitamento amplo de créditos de insumos instituído pelos arts. 19 e 20 da LC 87/96, o direito do impugnante torna a imediata e imperativa desconstrução da exigência fiscal, medida que se impõe.

Também alega que, subsistindo algum crédito tributário em discussão, não se pode permitir a penalização do autuado por ter se pautado em absoluta obediência à decisão proferida pela Segunda Câmara Cível do TJBA, na apelação nº 0164836-36.2004.8.05.0001. Diz que ao aproveitar os créditos provenientes da aquisição de energia elétrica, o autuado nada mais fez do que fruir de direito que lhe fora reconhecido em decisão judicial. Afirma que inexistiu mora e não há que se falar em descumprimento de preceito legal, diante da decisão do TJBA.

Transcreve o art. 62, III e § 2º, I e II do RPAF/BA e alega que, aplicando-se estes dispositivos ao presente caso, subsistindo ainda algum crédito tributário, deve este permanecer suspenso até sua total desconstituição pelo Poder Judiciário, devendo ser computado com a devida correção monetária, porém sem acréscimos moratórios e sem multa.

Por fim, o defendente requer seja o Auto de Infração declarado nulo em razão da deficiência de sua fundamentação legal, impedindo o impugnante de identificar, com a devida segurança, as sanções que lhe foram impostas. Que seja julgado improcedente o crédito tributário, diante da decisão do TJBA. Sucessivamente, seja suspensa a exigibilidade do crédito tributário até decisão final do Poder Judiciário nos autos da referida ação ordinária, bem como seja decotada a exigência de juros e acréscimos moratórios da presente exigência fiscal.

Solicita o cadastramento do nome do advogado Eduardo Fraga, OAB/BA nº 10.658, para fins de recebimento de intimações no presente feito, sob pena de nulidade.

As autuantes prestaram informação fiscal às fls. 112 a 117 dos autos. Após reproduzir os termos da autuação fiscal e fazer uma síntese das alegações defensivas, afirmam que não cabe o pedido de nulidade, porque constam no Auto de Infração como sendo dispositivos infringidos o art. 53,

da Lei 87/96; alínea “b” do inciso III do § 1º do art. 29 da Lei 7.014/96; alínea “d” do inciso II do art. 33 da Lei Complementar 87/96, com redação dada pela LCP 102/00 e LCP 138/10.

Para melhor compreensão, transcrevem os dispositivos citados no auto de Infração e dizem que, pelas transcrições efetuadas ficou patente o equívoco na digitação do art. 53 e comprovado que não houve prejuízo na identificação da infração cometida, porque também foi indicado o art. 33 da Lei Complementar 87/96.

Também transcrevem o dispositivo legal referente à multa indicada no Auto de Infração e o art. 18 do RPAF/BA. Afirmam que inexistente dúvida de que o procedimento fiscal não é passível de nulidade e não deve prosperar a arguição de inaplicabilidade de acréscimos legais, porque o Auto de Infração foi lavrado ao amparo do art. 38 do RPAF/BA.

Quanto ao pedido de improcedência do Auto de Infração diante da decisão do TJBA correspondente à ação ordinária nº 0164836-36.2004.805.0001 e decisão do STJ no REsp 1.201.635/MG, além do Acórdão CJF 21.596/14, dizem que a solicitação não encontra amparo legal, tendo em vista que a ação ordinária não transitou em julgado.

Em relação ao pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário até decisão final do Poder Judiciário, nos autos da mencionada ação ordinária, e da exclusão dos acréscimos moratórios, entendem que não encontra amparo legal. Para o pedido de exclusão da multa, transcrevem o art. 159 do RPAF/BA e dizem que cabe ao CONSEF verificar a procedência da solicitação de dispensa da multa.

Finalizam pedindo a procedência do presente Auto de Infração.

Às fls. 120/121 o defendente requereu a juntada de CD-ROM em que consta:

1. Livros Fiscais de entrada.
2. Planilha Excel com a discriminação dos CFOP de energia elétrica, extraídos dos livros de entrada.
3. Planilha Excel disponibilizada pela Coelba, com informações detalhadas de cada uma das notas fiscais.
4. Planilha Excel com relação das unidades consumidoras.
5. Cópias de notas fiscais de aquisição de energia elétrica, sendo cinco exemplos para cada um dos meses autuados.
6. Planilha Excel contendo comparativo entre os valores informados no arquivo concedido pela Coelba e os registrados nos livros de entrada.

Informa que, diante do volume de arquivos e da complexidade do trabalho contábil que teve de ser desenvolvido para o seu levantamento e elaboração, somente agora pôde trazê-los ao conhecimento deste CONSEF, por meio de sua juntada aos presentes autos. Reafirma integralmente suas razões trazidas em sua impugnação ao Auto de Infração.

À fl. 126 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à PGE/PROFIS, para informar acerca da coincidência ou não de matérias envolvendo a defesa administrativa e ações judiciais em que o autuado figura como autor. Ou seja, se existe identidade das postulações administrativas e judiciais em torno do objeto envolvendo o tema constante no processo administrativo e judicial, proporcionando a aplicação do disposto no art. 122, inciso IV, do RPAF/BA.

Em atendimento ao solicitado, foi informado pela PGE/PROFIS, à fl. 140 do presente PAF, que “A ação movida pela autuada formula pedido genérico voltado ao reconhecimento do direito ao aproveitamento dos créditos de ICMS pela energia elétrica utilizada na prestação de serviços de telecomunicação. O processo judicial ainda não foi julgado de forma definitiva, pelas instâncias superiores. Efetivamente, em que pese a identidade dos temas versados nas duas defesas, não

vislumbro identidade de objetos, uma vez que a medida judicial não menciona os fatos geradores descritos no lançamento em apreço”.

Na Ação Ordinária o contribuinte, na condição de autor pede reconhecimento do seu direito ao aproveitamento dos créditos de ICMS correspondentes às entradas de energia elétrica empregada na prestação dos serviços de telecomunicação, seja na planta interna ou na externa, inclusive nos equipamentos de comutação, infra-estrutura, segurança da continuidade e climatização ambiental.

VOTO

Preliminarmente, o autuado pede que seja reconhecida a nulidade do presente auto de Infração, com base no art. 18, IV, “a” c/c art. 39, V, “c” do RPAF/BA. Alega que não se sabe qual o fundamento legal ou o critério jurídico adotado pela fiscalização ao lavrar o Auto de Infração, e isso vale tanto para o ICMS exigido quanto para a multa capitulada.

Na informação fiscal as autuantes dizem que, pelas transcrições efetuadas ficou patente o equívoco na digitação do art. 53 e comprovado que não houve prejuízo na identificação da infração cometida, porque também foi indicado o art. 33 da Lei Complementar 87/96.

Quanto aos fundamentos para a lavratura do Auto de Infração, observo que a fundamentação diz respeito ao direito e aos fatos. Em relação ao direito, as autuantes reconheceram que houve equívoco no dispositivo legal indicado, mas afirmaram que não houve prejuízo na identificação da infração apurada, na medida em que o autuado entendeu a acusação fiscal. Quanto aos fatos, estes foram descritos de forma compreensível, foram elaborados demonstrativos, constando nos autos recibo assinado por representante do autuado, comprovando que foram fornecidas as cópias dos mencionados demonstrativos. Portanto, se conclui que não implicou nulidade da autuação o equívoco na indicação de dispositivo legal, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99.

O autuado entendeu a autuação fiscal, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem indevidas, se referindo ao levantamento fiscal. Assim, quanto à preliminar de nulidade suscitada pelo defendente, constatei que o PAF está revestido das formalidades legais e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do Auto de Infração.

No mérito, o presente lançamento trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica na prestação de serviço de comunicação, nos meses de agosto de 2012 a dezembro de 2013.

O defendente alegou que o direito ao aproveitamento dos créditos de ICMS provenientes da aquisição de energia elétrica empregada como insumo na prestação do serviço de telecomunicação é amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência, em virtude do seu caráter industrial e da imprescindibilidade da energia elétrica como insumo para a sua prestação.

Ressalta que todo o processo de telecomunicação ocorre a partir da transformação de energia elétrica em ondas eletromagnéticas e som, e a referida transformação (industrialização) a que a energia elétrica se submete está na sua conversão em onda eletromagnética ou radioelétrica,

Dispõe o artigo 155 da Constituição da República:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

c) disciplinar o regime de compensação do imposto;

(...)

A Lei Complementar nº 87/96 ao disciplinar o regime de compensação do ICMS, estabelece no art. 20 que “*é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação*”.

Por outro lado, o art. 33 II, “b”, da mencionada Lei Complementar nº 87/96, com redação dada pela Lei Complementar 102/2000, leva ao entendimento de que o direito ao aproveitamento de créditos de ICMS provenientes do consumo de energia elétrica é reconhecido apenas em relação a empresas industriais:

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;

O artigo 46, parágrafo único do Código Tributário Nacional conceitua o produto industrializado como aquele “*que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo*”.

Conforme prevê a Lei do ICMS no Estado da Bahia, nº 7.014/96, o uso do crédito fiscal ocorrerá a partir de 1º de novembro de 1996, quando consumida no processo de industrialização (art. 29, inciso III, alínea “a”, item 2).

No caso em exame, o cerne da questão está exatamente no enquadramento, ou não, do serviço de telecomunicação como atividade industrial, considerando a interpretação do contribuinte de que referido serviço seria uma industrialização.

A Lei Federal nº 9.472/97, chamada de Lei Geral de Telecomunicações, acerca da definição de “Serviços de Telecomunicações”, estabelece:

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.

Observo que se caracteriza como industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoe para o consumo.

Quanto ao que estabelece a legislação IPI sobre a definição de produto industrializado, constata-se que de acordo com o Regulamento do mencionado imposto fica afastada a natureza industrial aos serviços relacionados a telecomunicações, conforme abaixo transcrito:

Regulamento do IPI

...

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;

Analisando os dispositivos legais em sintonia com as demais normas regulamentares atinentes ao regime de compensação do ICMS reproduzidos neste voto, chega-se à conclusão de que o direito ao crédito, dentre outros requisitos, depende do atendimento a determinados pressupostos.

O art. 33 II, “b”, da Lei Complementar nº 87/96, interpretado à luz do conceito de industrialização dado pelo CTN (art. 46, parágrafo único), além do Regulamento do IPI, da Lei Geral de Telecomunicações, bem como, a Lei 7.014/96 levam à conclusão de que não é permitido o creditamento de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica pelas concessionárias de telecomunicações, pois são prestadoras de serviço, e não entidades industriais. Ou seja, é correto o posicionamento do Fisco, no sentido de que não é possível à empresa de comunicação se creditar do ICMS anteriormente recolhido em relação à energia elétrica, já que não há, neste caso, industrialização e, por decorrência, ela não pode ser caracterizada como insumo.

Quanto ao argumento defensivo de que ingressou no Judiciário com ação ordinária, em razão da possibilidade de se creditar do ICMS incidente sobre a aquisição de energia elétrica, utilizada na prestação de serviço de telecomunicação, foi informado pela PGE/PROFIS, à fl. 140 do presente PAF que o processo judicial ainda não foi julgado de forma definitiva, pelas instâncias superiores. Em que pese a identidade dos temas versados nas duas defesas, não se vislumbrou identidade de objetos, uma vez que a medida judicial não menciona os fatos geradores descritos no lançamento em apreço.

Portanto, em relação à energia elétrica consumida por estabelecimento prestador de serviços de telecomunicações, é vedada a utilização do respectivo crédito fiscal. A legislação baiana não equipara o serviço de comunicação à atividade industrial para efeito do creditamento do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida.

Vale salientar, que este entendimento tem sido prevalente nas Decisões exaradas por Este Conselho de Fazenda Estadual, a exemplo dos Acórdãos CJF Nº 0084-11/13; CJF Nº 0117-13/13, CJF Nº 0400-11/14, CJF Nº 0278-11/15 e CJF Nº 0388-12/15.

Por fim, o autuado requer que toda intimação alusiva ao feito seja encaminhada ao seu representante, subscritor da peça defensiva. Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte. Ademais, o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 279468.0015/14-4**, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$12.314.741,83**, 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, 02 de fevereiro de 2016

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA