

A. I. N° - 281081.0006/15-3
AUTUADO - CLARO S.A.
AUTUANTES - PAULO ROBERTO SILVEIRA MEDEIROS e RICARDO RODEIRO MACEDO DE AGUIAR
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 11.08.2016

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0060-06/16

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA. GLOSA DO CRÉDITO. A prestação de serviços de telecomunicação não constitui processo de industrialização. É vedada a utilização do crédito fiscal de energia elétrica usada ou consumida pelos estabelecimentos prestadores de serviços de telecomunicações, até 01/01/2020, de acordo com o artigo 33, inciso I, da LC n° 87/1996, alterado pela LC n° 138/2010. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 01/12/2015 para cobrança de ICMS no valor de R\$2.861.169,24, acrescido da multa de 60%, em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação, nos meses de janeiro a dezembro de 2014.

O autuado, às fls. 36 a 63 dos autos, através de seus advogados, destaca que o Superior Tribunal de Justiça analisou a matéria em questão e decidiu favoravelmente às empresas de telecomunicações, inclusive, sob a sistemática dos recursos representativos de controvérsia de que trata o art. 543-B do CPC, do que transcreve ementa do REsp 842270/RS, no qual a Corte asseverou que *“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 deste 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”*.

Registra que o STJ aduziu que, considerando que o princípio da não cumulatividade é aplicável aos três núcleos distintos de incidência do ICMS (circulação de mercadorias; prestação de serviço de transporte e prestação de serviço de comunicação) e que a energia elétrica é o único insumo na prestação de serviço de telecomunicação, *“o empenho ao creditamento equivale a tornar o imposto cumulativo, em aberta afronta ao expresse mandamento constitucional”*.

Salienta que restou esclarecido, ainda, no julgamento, que a atividade desempenhada pela impugnante se enquadra no conceito de industrialização de que trata o RIPI, tendo sido efetuada ressalva no sentido de que, a despeito de a transformação de energia elétrica configurar processo de industrialização, não incide o IPI sobre a prestação de serviço de telecomunicação por expressa determinação da Constituição Federal (art. 155, §3º), que limitou o campo da incidência sobre tal atividade ao ICMS e aos impostos sobre o comércio exterior (II e IE).

Suscita que os Ministros ainda afastaram o argumento de que o Decreto n° 640/62 – que equiparou os serviços de telecomunicação à indústria básica para todos os efeitos legais – teria sido materialmente revogado pelo CTN, Lei Geral de Telecomunicações (Lei n° 9.472/97) e pelo RIPI, os quais qualificaram a atividade como prestação de serviço, e não como atividade industrial. Isso porque: i) *“a expressão, ‘para todos os efeitos legais’, deixa claro que a equiparação serve a todos os ramos do Direito, inclusive o tributário, já que o regramento não previu qualquer condicionante ou limitação”* e ii) *“não há incompatibilidade entre qualificar uma atividade como serviço e equipará-la, para determinados fins, à indústria”*.

O defendente salienta que, após a realização do mencionado julgamento, a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.201.635/MG, realizado em 12/06/2013, sob o rito dos Recursos Repetitivos (art. 543-C do CPC), ratificou o entendimento formado no julgamento do REsp 842270/RS no sentido de que as empresas de telefonia móvel têm direito ao crédito do ICMS relativo à aquisição de energia elétrica utilizada como insumo na prestação de serviço de telecomunicação, do que se impõe a aplicação do entendimento firmado, pois a posição adotada pelo STJ em sede de representativo de controvérsia é definitiva (imutável), uma vez que o STF já decidiu que a matéria em questão é eminentemente infraconstitucional.

Assim, considerando que a matéria encontra-se pacificada no Judiciário, o autuado defende não haver dúvida de que este entendimento deve ser prontamente acatado pelo CONSEF, determinando o cancelamento da exigência, pois, apesar de não haver disposição expressa neste Estado vinculando a administração pública aos precedentes do Judiciário firmados em sede de julgamento de Recurso Repetitivo e Repercussão Geral, não há dúvidas que este entendimento não mais se aplicará com o novo Código de Processo Civil, visto que, na aplicação subsidiária do CPC em face das normas que regulamentam o trâmite do processo administrativo o que se verifica é a aplicação em conjunto das normas processuais, dentre elas, àquelas relativas à vinculação do entendimento firmado em sede de repetitivo e/ou repercussão geral. Cita julgados de órgão administrativos de outros Estados.

Em seguida, o sujeito passivo passa a sustentar seu direito de crédito de ICMS pela aquisição de energia elétrica em observância ao art. 33, inciso II, alínea “b”, da Lei Complementar nº 87/96, na medida em que a prestação de serviços de telecomunicação é equiparada à indústria básica, por força do Decreto Federal nº 640/62, sendo a energia elétrica utilizada como insumo indispensável, sem a qual não há geração de sinais e, conseqüentemente, não há comunicação, do que apresenta Relatório Técnico – Descrição Qualitativa do Processamento de Energia Elétrica em Estação Telefônica (fls. 327 a 388), no qual explica que, para a prestação do serviço de telecomunicação, o autuado, mediante utilização de energia elétrica, transforma as vibrações sonoras em pulsos elétricos, tornando-se possível a veiculação da mensagem, seja por voz ou dados.

Menciona que, se a energia elétrica é consumida diretamente na prestação de serviço de telecomunicação como afirma a própria fiscalização, caracterizando-se como componente do custo do serviço prestado, não há como prevalecer a análise restritiva da Lei Complementar nº 102/00, ainda que a atividade praticada não seja classificada formalmente como industrial, sob pena de violação aos primados da não-cumulatividade e da isonomia, do que tece considerações sobre os aludidos princípios e cita doutrina, para concluir que *“isso não significa que o desenvolvimento de sua atividade de prestação de serviço não contenha ‘processo de industrialização’, para fins do aproveitamento de créditos de ICMS decorrentes da aquisição de energia elétrica, conforme garante o artigo 33, inciso II, alínea ‘b’, da Lei Complementar nº 87/96”*.

Por fim, aduz que a multa de 60%, além de indevida, é tão elevada a ponto de implicar verdadeiro confisco, vedado pelo art. 150, IV, da Constituição Federal, devendo imperar a proporcionalidade entre a suposta infração e a aplicação da multa correspondente. Cita jurisprudência.

Requer que seja dado provimento à impugnação para cancelar os débitos e, subsidiariamente, dado parcial provimento para cancelar a penalidade aplicada ou, ao menos, reduzi-la a patamares não confiscatórios, assim como as publicações relativas ao feito sejam realizadas exclusivamente, sob pena de nulidade, em nome do seu advogado.

Os autuantes, às fls. 539 a 543 dos autos, preliminarmente, informam que já é pacífico o entendimento que prestação de serviço de comunicação não é um processo de industrialização, portanto, não faz jus ao crédito conforme art. 93, III, “b”, do RICMS; art. 29, § 1º, III, “b”, da Lei nº 7.014/96 e art. 33, II, “d”, da LC 87/96, do que citam diversos acórdãos do CONSEF pela procedência da exigência fiscal.

Aduzem que, no âmbito administrativo, existe o Parecer do Processo nº 127594/2005-1, segundo o qual empresa prestadora de serviço de telecomunicação não efetua operação de industrialização, não sendo cabível também o crédito fiscal pelo disposto no art. 29, §1º, III, “a”, item 2, da Lei nº 7.014/96.

Sobre a reclamação da multa aplicada, os autuantes informam que é a legalmente prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96 e que a fiscalização segue as normas vigentes na legislação baiana.

Mantêm o crédito tributário.

VOTO

Cuida o presente Auto de Infração da utilização de crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica, na prestação de serviço de comunicação, apurada através de levantamento no livro Registro de Entrada e Registro de Apuração do ICMS dos valores utilizados com os CFOPs 1.255 e 2.555 - Compra de Energia Elétrica por estabelecimento Prestador de Serviço de Comunicação, conforme demonstrativo à fl. 7, relativos ao exercício de 2014.

Nos termos do Acórdão CJF nº 0206-12/15, do qual participei, entendo que não deva prosperar a tese de defesa de que a atividade de prestação de serviço de comunicação caracteriza um processo de industrialização, eis que, consoante teor expresso do parágrafo único do art. 46 do CTN, industrializado é *o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo*.

Saliento que o art. 4º do Regulamento do IPI (RIPI) descreve a atividade industrial como aquela que altere a natureza ou a finalidade dos produtos, ou aperfeiçoe-os para consumo, e mesmo ao incluir outras operações e ampliar o conceito de “produto industrializado”, não se aproxima de “serviço de comunicação”, já que da atividade desenvolvida pelo autuado não resulta um produto e, muito menos, um produto que tenha tido a sua natureza ou finalidade modificada ou aperfeiçoada para o consumo.

É patente que na prestação de serviços de telecomunicação se propicia meios para transmitir informações, inexistindo qualquer produção de informações. Logo, não é plausível, no âmbito tributário, se ampliar a conceituação para alcançar o serviço de telecomunicação a ponto de classificá-lo como um processo industrial.

No caso, há de se considerar que no longínquo ano de 1962, com os serviços de telecomunicações em sua fase pré-histórica, o Decreto Federal nº 640/62 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, uma vez que *“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*, consoante considerações iniciais ínsitas no próprio decreto. Logo, 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 de vida, editado em uma conjuntura econômica e social amplamente diferenciada da atualidade, sem atentar para a evolução social e industrial, além das normas jurídicas que vieram a *posteriori*.

Por conta disto, as leis que sucederam o citado Decreto, sequer cogitaram em dar este tratamento diferenciado, 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 o art. 60 da Lei Federal nº 9.472/97, chamada Lei Geral de Telecomunicações, acerca da definição de tais serviços, passa ao largo do conceito de produto industrializado.

Ainda mais recente é o novo Regulamento do IPI – Imposto Sobre Produtos Industrializados, conforme excerto, abaixo, do Decreto 7.212, datado de 15/06/2010, em que traz precioso esclarecimento a respeito da definição legal de produto industrializado, no qual, em seu art. 5º, inciso VIII, alínea “b”, estabelece que:

Art. 5º Não se considera industrialização: (...)

VIII – (...)

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

Portanto, além do serviço de telecomunicações fugir totalmente ao escopo da definição de produto industrializado, a legislação vigente do IPI afasta categoricamente da natureza industrial os serviços relacionados a telecomunicações.

No que diz respeito ao posicionamento do STJ trazido pelo impugnante que trilha no sentido de considerar o serviço de comunicação como uma espécie de processo industrial, deve ser ressaltado que na mesma Corte existem também entendimentos distintos, a exemplo do firmado pela Segunda Turma do mesmo Tribunal no julgamento do RESP nº 984.880 (2007/0208971-9), Estado do Tocantins, contra concessionária de telefonia. Ao enfrentar fato idêntico, os ministros da Segunda Turma concluíram que companhias de telecomunicações não fazem jus ao crédito do ICMS referente à energia elétrica, pontificando categoricamente na decisão que *“As empresas de telecomunicações prestam serviços, nos termos da Constituição Federal (artigo 155, II) e da Lei Geral de Telecomunicações, o que não se confunde com processo industrial.”*

Quanto à limitação à aplicação do princípio da não cumulatividade, previsto no art. 155, § 2º, inciso I, da CF/88, suscitada pelo defendente, convém salientar que o aludido princípio, por se só não permite o creditamento amplo e irrestrito de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica. O consumo de energia somente gera direito a creditamento nos exatos termos e limites previstos pelo art. 33, inciso II, alínea “b”, da Lei Complementar nº 87/1996. Assim, nos termos deste dispositivo legal, é inviável o creditamento de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica pelas concessionárias de telecomunicações, pois são prestadoras de serviço, e não entidades industriais.

Inerente à alegação de defesa de ter efeito de confisco a multa de 60%, devendo ser reduzida, há de esclarecer que, nos termos do art. 167, I, do RPAF, falece competência a este colegiado o exame de declaração de inconstitucionalidade da legislação, visto que tal penalidade é a legalmente prevista ao caso concreto, restando, em consequência, prejudicada a análise da proposta de redução da multa, a qual, por se tratar de penalidade por descumprimento de obrigação tributária principal, também faleceria competência a este colegiado (art. 158/ RPAF).

No tocante ao pedido dos procuradores do impugnante para que qualquer comunicação deva ser dirigida exclusivamente ao seu endereço, recomenda-se que as intimações sejam feitas na forma requerida, ressaltando-se, contudo, que não implicará nenhum vício se forem feitas diretamente ao próprio sujeito passivo, atendidas as regras do art. 108 do RPAF-BA/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281081.0006/15-3**, lavrado contra **CLARO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.861.169,24**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de julho de 2016.

ALVARO BARRETO VIEIRA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO - RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR