

A. I. Nº - 269135.3005/16-1
AUTUADO - TIM CELULAR S.A.
AUTUANTES - JOSÉ MARIA BONFIM COSTA e GILSON DE ALMEIDA ROSA JÚNIOR
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 05.04.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0030-04/17

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA. GLOSA DO CRÉDITO. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a prestação de serviço de telecomunicação é, para efeitos tributários, equiparável ao processo industrial e, em consequência, as empresas de telecomunicação fazem jus ao crédito fiscal referente à energia elétrica consumida na geração de comunicações. A PRGE/PROFIS, órgão encarregado do exercício do controle da legalidade, exarou o Incidente de Uniformização nº 2016.209297/0, segundo o qual as *Empresas prestadoras de serviços de telecomunicações têm direito ao crédito fiscal pelas entradas da energia elétrica efetivamente consumida na geração de telecomunicação*. O autuado faz jus aos créditos fiscais de que trata a autuação e, portanto, a infração não subsiste. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 30/09/16 para exigir ICMS, no valor de R\$3.161.876,93, 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 janeiro, fevereiro e abril a dezembro de 2015.

O autuado apresenta defesa (fls. 24 a 44) e, após efetuar uma síntese dos fatos, afirma que o lançamento de ofício deve ser cancelado, conforme relatado a seguir.

Explica que é uma sociedade de ações com capital fechado, cuja principal atividade é a prestação de serviços de telecomunicação, tanto Serviço Móvel Pessoal - SMP, quanto Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC, em todas as modalidades, isto é, local, longa distância nacional e longa distância internacional. Diz que, assim, possui uma grande demanda de energia elétrica, que é elemento indispensável à prestação de serviços de telecomunicação, tratando-se do principal insumo para o desenvolvimento dessa atividade.

Afirma que a energia elétrica é submetida a processo de transformação dentro do seu estabelecimento, por meio da qual é convertida em ondas eletromagnéticas ou radioelétricas, a partir das quais são obtidas as conexões essenciais à prestação de serviços de telecomunicação, na forma como estes se encontram definidos no art. 60, §1º da Lei Federal nº 9.472/97, o qual define telecomunicação como *“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”*.

Após transcrever o disposto no art. 33, II, “b”, da LC 87/96, afirma que resta claro o seu direito ao aproveitamento de créditos de ICMS no presente caso, tendo em vista que a prestação de serviços de telecomunicação equipara-se a processo industrial. Pontua que a prestação de serviços de

telecomunicações pressupõe a alteração da natureza da matéria-prima utilizada, no caso, a energia elétrica.

Aduz que o Decreto Federal nº 640/1962, no seu art. 1º, já consignou que esta operação foi equiparada à indústria para todos os fins legais, quando prevê que *“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.”*

Ressalta que o Superior Tribunal de Justiça já proferiu entendimento sobre a legalidade e aplicabilidade da norma veiculada no artigo acima transcrito, confirmando que a prestação de serviços de telecomunicação equipara-se ao processo de industrialização. Transcreve trecho do Recurso Especial nº 1.201.635, julgado na sistemática dos recursos repetitivos, que decidiu pela possibilidade do aproveitamento de créditos fiscais de ICMS decorrentes da aquisição de energia elétrica empregada na prestação de serviços de telecomunicação.

Menciona que o próprio Supremo Tribunal Federal se manifestou recentemente sobre a matéria em discussão, entendendo que a análise da questão cabe à Corte Superior, por demandar o exame de legislação infraconstitucional, o Decreto Federal nº 640/1962, conforme decisão que reproduz. Frisa que essa decisão transitou em julgado em 12/12/15, ficando, assim, exaurida a discussão acerca da possibilidade aproveitamento dos créditos fiscais de ICMS decorrentes da aquisição de energia elétrica, tal como empregada pelo autuado.

Acrescenta que, além de vincular as decisões judiciais de primeira e segunda instância, as matérias pacificadas pelo Superior Tribunal de Justiça sob o rito dos recursos repetitivos devem ser observadas também pelos órgãos julgadores administrativos.

Informa que vem obtendo êxito no cancelamento dos lançamentos desta natureza que foram mantidos na esfera administrativa, conforme os seguintes julgados: (i) sentença proferida nos autos dos Embargos à Execução Fiscal nº 0315555-78.2014.8.05.0001 e (ii) decisão proferida nos autos da Ação Anulatória de Débito Fiscal nº 0563858-08.2015.8.05.0001 (doc. nº 4 - fls. 67 a 70), dos quais transcreve trechos. Prosseguindo, passa a citar decisões que lhe foram favoráveis.

Salienta que a manutenção do presente lançamento, com o consequente ajuizamento de execução fiscal para a sua cobrança, trará prejuízo ao erário, pois considera que será proferida decisão judicial determinando o cancelamento dos débitos em questão, bem como condenando o Estado da Bahia ao pagamento das custas judiciais e dos honorários sucumbenciais.

Diz que, em virtude do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o aproveitamento de créditos de ICMS decorrentes da aquisição de energia elétrica empregada na prestação de serviços de telecomunicação, o presente Auto de Infração deve ser cancelado.

Prosseguindo, passa a tratar do princípio da não cumulatividade e da essencialidade da energia elétrica na prestação de serviços de telecomunicações.

Explica que a energia elétrica é submetida a processo de transformação dentro do seu estabelecimento, por meio do qual é convertida em ondas eletromagnéticas ou radioelétricas, a partir das quais são obtidas as conexões essenciais à prestação de serviços de comunicação, na forma como estes se encontram definidos pelo art. 60, §1º, da Lei Federal 9.472/97. Aduz que o Relatório Técnico nº 001/2007, emitido pelo Instituto Nacional de Tecnologia do Ministério da Ciência e Tecnologia (doc. 5 - fls.71 a 101), ao tratar do procedimento de prestação de serviços adotado pelo defendente, reconheceu a essencialidade do fornecimento de energia elétrica na consecução deste tipo de atividade. Cita doutrina sobre a importância da energia elétrica na prestação de serviços de telecomunicação.

Afirma que, demonstrada a essencialidade do fornecimento de energia elétrica para a prestação de serviços de comunicação e considerando o princípio da não cumulatividade, pode aproveitar como crédito fiscal o imposto pago na aquisição de energia elétrica que seja utilizada na prestação desse citado serviço. Cita decisão proferida por órgão julgador administrativo.

Ressalta que apenas se aproveita dos créditos de ICMS relacionados à energia elétrica que adquire para o fim de prestar serviços de telecomunicação, sem que seja conferido o mesmo tratamento fiscal aos créditos decorrentes da energia elétrica empregada para outros fins, conforme é facilmente constatado pelos estornos realizados em sua escrita fiscal.

Discorre sobre o princípio da não cumulatividade do ICMS, citando dispositivos da Constituição Federal e da Lei Complementar 87/96, bem como farta doutrina. Sustenta que não procede a cobrança em tela, tendo em vista que a aquisição de energia elétrica para a prestação de serviço de telecomunicações gera o direito de crédito do imposto que incide sobre aquela operação, não existindo margem para a exclusão da aplicação desse princípio constitucional.

Afirma que, caso esse colegiado não se convença da improcedência da autuação, seja realizada diligência para verificar a veracidade de seus argumentos, observando o princípio da busca da verdade material.

Ao finalizar, requerer o cancelamento do Auto de Infração, pois considera que os créditos de ICMS em questão foram aproveitados em observância à legislação pertinente. Informa que os seus procuradores encontram-se estabelecidos na Avenida Rio Branco, nº 110, 14º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ, CEP: 20040-0001, telefone (21) 2132-1855, sendo que qualquer comunicação deve ser dirigida aos cuidados do Dr. André Gomes Oliveira, OAB/RJ 85.266, sob pena de nulidade. Protesta pela realização de sustentação oral por ocasião do julgamento da presente impugnação.

Ao prestar a informação fiscal, fls. 107 a 110, os autuantes afirmam que não há dúvida que a energia elétrica é essencial na geração e transmissão de conteúdos que integram o serviço de telecomunicação. Dizem que o ICMS possui três núcleos distintos de incidência do ICMS: operação de circulação de mercadoria; prestação de serviços de transporte; e prestação de serviço de comunicação. Ressaltam que, por ficção jurídica, a energia elétrica é considerada como mercadoria para fins de incidência de ICMS, conforme o art. 155, §3º, da Constituição Federal, sendo que o legislador reservou à lei complementar definir contribuinte, disciplinar a compensação do imposto, assegurar manutenção de créditos, dentre outras atribuições.

Pontuam que a Lei Complementar 87/96, no seu art. 20, estabeleceu regras para a compensação do imposto, porém, o art. 33, inc. II, com a redação dada pela LC 102/00, fixou limites para o aproveitamento do crédito fiscal de ICMS. Transcrevem esse dispositivo legal e, em seguida, mencionam que essa mesma limitação está também disciplinada pela Lei Ordinária Estadual 7.014/96, no seu art. 29, §1º, III.

Destacam que a LC 87/96 estabeleceu restrições à utilização do crédito de aquisição de energia elétrica, admitindo-o nas atividades de comercialização e quando consumida em processo de industrialização e, portanto não há amparo legal para que as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações utilizem o crédito fiscal relativo à aquisição de energia elétrica.

Mencionam que o parágrafo único do artigo 46 do Código Tributário Nacional define como produto industrializado aquele “que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.”. Frisam que essa definição não encontra identidade com o argumento defensivo de que a prestação dos serviços de telecomunicações se equipara a processo de industrialização.

Dizem que a atividade desenvolvida pelo autuado não resulta em um produto e, muito menos, em um produto que tenha tido a sua natureza ou finalidade modificada ou aperfeiçoada para o consumo. Frisam que não é possível, no âmbito tributário, se ampliar o conceito de serviço de telecomunicação a ponto de classificá-lo como um processo industrial.

Reproduzem trechos do Acórdão CJF Nº 0040/12/11, deste Conselho de Fazenda, que decidiu pela procedência de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS em decorrência do mesmo fato tratado no Auto de Infração em comento.

Ao finalizarem, mantêm a autuação e solicitam que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Conforme já relatado, no Auto de Infração em epígrafe o autuado foi acusado de ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a aquisições de energia elétrica utilizada na prestação de serviço de comunicação, nos meses de janeiro, fevereiro e abril a dezembro de 2015.

Em sua defesa, em síntese o autuado afirma que tem direito aos créditos fiscais de ICMS decorrentes da aquisição de energia elétrica empregada como insumo na prestação do serviço de telecomunicação em virtude do seu caráter industrial e da imprescindibilidade dessa energia elétrica para sua prestação. Explica que todo o processo de telecomunicação ocorre a partir da transformação de energia elétrica em ondas eletromagnéticas e som, e a referida transformação caracteriza uma espécie de industrialização. Faz alusão do disposto no Decreto Federal nº 640/1962. Cita jurisprudência e doutrina para embasar seus argumentos.

Ao disciplinar o regime de compensação do ICMS, a Lei Complementar nº 87/96, no seu art. 20, assegura 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 sua vez, o art. 33, II, “b”, da referida Lei Complementar nº 87/96, com redação dada pela Lei Complementar 102/2000, determina que o direito ao aproveitamento de créditos fiscais de ICMS provenientes do consumo de energia elétrica é reconhecido apenas quando consumida no processo de industrialização, senão vejamos:

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;

Em consonância com a Lei Complementar 87/96, a Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96, instituidora do ICMS no Estado da Bahia, no seu art. 29, III, “a”, “2”, prevê que o uso do crédito fiscal decorrente de aquisição de energia elétrica será permitido a partir de 1º de novembro de 1996, quando consumida no processo de industrialização.

Dessa forma, o cerne da questão está saber se efetivamente a transformação de energia elétrica em ondas magnéticas, ocorrida na prestação de serviço de telecomunicação, constitui processo industrial, conforme foi alegado na defesa.

As reiteradas decisões deste Conselho de Fazenda acerca dessa questão eram no sentido de que a legislação vedava a utilização de crédito fiscal referente a energia elétrica empregada na prestação de serviço de telecomunicações, pois os serviços prestados por esses estabelecimentos não se equiparavam a atividade industrial. Como exemplos de decisões nesse sentido, cito os 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.

Todavia, recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento de que a prestação de serviço de telecomunicação é, para efeitos tributários, equiparável ao processo industrial e, em consequência, as empresas de telecomunicação fazem jus ao crédito fiscal referente à energia elétrica consumida na geração de comunicações.

Tendo em vista esse posicionamento do Poder Judiciário, a Procuradoria Geral do Estado (PGE), órgão responsável pelo exercício do controle da legalidade, exarou o Incidente de Uniformização PGE 2016.2009297-0, segundo o qual as empresas prestadoras de serviço de

telecomunicações têm direito ao crédito fiscal de ICMS decorrente das entradas de energia elétrica efetivamente consumida na geração de telecomunicação. Para um melhor entendimento da questão, transcrevo a seguir o referido Incidente de Uniformização:

Incidente de Uniformização PGE 2016.209297-0

Entendimento firmado: Empresas prestadoras de serviços de telecomunicações têm direito ao crédito fiscal pelas entradas da energia elétrica efetivamente consumida na geração de telecomunicação.

Ressalva: A energia elétrica consumida nas áreas administrativas das empresas não gera direito a crédito fiscal, devendo ser adotadas as providências instrutórias necessárias à segregação da energia efetivamente utilizada no processo produtivo.

Considerando as recentes decisões dos Tribunais Superiores sobre a matéria em análise, considerando o Incidente de Uniformização PGE 2016.209297/0 e considerando que a energia elétrica em questão foi utilizada no processo de comunicação do autuado - como consta na acusação feita no Auto de Infração; modifico meu entendimento sobre a matéria e passo a considerar que a prestação do serviço de telecomunicações equivale, para fins tributários, a um processo de industrialização e, portanto, é legítima a utilização do crédito fiscal em análise.

Em face ao acima exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269135.3005/16-1**, lavrado contra **TIM CELULAR S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.161.876,93**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2017

ÁLVARO BARRETO VIEIRA –PRESIDENTE EM EXERCÍCIO - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR