

PROCESSO - A. I. Nº 269135.3005/16-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TIM CELULAR S.A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4ª JJF nº 0030-04/17
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/05/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0094-12/19

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 PGE/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. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou pela improcedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2016, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 01.02.51 - Utilizou indevidamente 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, sendo exigido ICMS 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.

A 4ª JJF decidiu pela Improcedência do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0030-04/17 (fls. 115 a 119), com base no voto do Relator de primeiro grau, a seguir transcrito:

“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 2016.2009297-0

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 2016.2009297/0 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; modifiko 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.”

A 4ª JJF recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a”, do RPAF/99.

Submetido a julgamento, esta 2ª CJF decidiu converter o processo em diligência para que a ASTEC identificasse se os documentos fiscais que deram origem ao crédito exigido se relacionavam às unidades operacionais, administrativas ou mistas e elaborasse demonstrativos segregando as operações em função da sua utilização (fl. 134).

A ASTEC emitiu o Parecer nº 55/2018 (fls. 137 a 143), onde relatou que o critério utilizado pelo Autuado para a apropriação do crédito fiscal se baseia no laudo técnico emitido pela empresa AFAG ENGENHARIA LTDA, o qual aponta que o percentual do total de energia elétrica consumida na prestação de serviços de comunicação é de 99,02%, e conclui que não há como certificar se tal percentual aplicado está correto.

Cientificada do Parecer ASTEC nº 55/2018, o Autuado apresentou manifestação (fls. 176 a 179), na qual esclareceu que o laudo apresentado se refere a período anterior a 2015 e que anexou novo laudo relativo ao exercício de 2015, requerendo a improcedência da autuação.

Os Autuantes se manifestaram (fl. 183), informando que o novo laudo anexado pelo Autuado não considerou o período de 2015, mas o período de 10/2016 a 06/2017, não havendo elementos suficientes para que se possa garantir que o critério utilizado corresponda efetivamente aos valores utilizados somente na prestação do serviço de telecomunicação.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou pela Improcedência do presente Auto de Infração, lavrado para exigir imposto e multa pela utilização indevida de crédito

fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica na prestação de serviço de comunicação.

Constatando que o Recurso de Ofício é pertinente, tendo em vista que o julgamento de 1ª instância desonerou totalmente o presente Auto de Infração no valor de R\$5.711.175,45, conforme extrato (fl. 121), montante superior ao valor de R\$100.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a”, do RPAF/99, vigente à época da Decisão ora recorrida.

Compulsando os presentes autos, ficou evidenciado que o Autuado se creditou do ICMS no percentual de 99,02% do valor do imposto destacado nas notas fiscais de aquisição de energia, baseado em laudo técnico emitido pela empresa AFAG ENGENHARIA LTDA relativo a períodos anteriores e posteriores ao período da autuação, o exercício de 2015.

Ressalto que tanto os Autuantes quanto a Auditora Fiscal diligente concluíram que não há elementos suficientes para que se possa garantir que o critério utilizado pelo Autuado, o crédito fiscal no percentual de 99,02% indicado no laudo técnico, corresponda efetivamente aos valores utilizados somente na prestação do serviço de telecomunicação, mas não apresentaram nenhuma prova de que o percentual estaria incorreto.

As reiteradas decisões deste CONSEF sempre foram no sentido da vedação da utilização de crédito fiscal referente a energia elétrica empregada na prestação de serviço de telecomunicações, por entenderem que estes não se equiparavam à atividade industrial, conforme Acórdãos CJF nº 0084-11/13, 0117-13/13, 0400-11/14, 0278-11/15 e 0388-12/15.

Entretanto, 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 prestação do serviço de telecomunicação.

Tendo em vista esse posicionamento do Poder Judiciário, a PGE expediu o Incidente de Uniformização PGE nº 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, conforme transcrito a seguir:

Incidente de Uniformização PGE 2016.2009297-0

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 que não há nenhuma prova nos autos de que a energia elétrica em questão não foi utilizada na prestação do serviço de telecomunicação, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269135.3005/16-1**, lavrado contra **TIM CELULAR S.A.**.

Sala das Sessões do CONSEF, 1º de abril de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS