

PROCESSO	- A. I. N° 281081.0015/14-4
RECORRENTE	- CLARO S.A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0235-03/14
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 15/09/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0266-12/23-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES DE ENERGIA ELÉTRICA POR PARTE DE PRESTADOR DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. GLOSA DO CRÉDITO. Documentos juntados com a defesa comprovam que parte da energia elétrica adquirida pela empresa prestadora de serviços de telecomunicações foi consumida no processo de “geração de telecomunicação” e parte consumida nas áreas administrativas das empresas que não gera direito a crédito fiscal com base em uniformização do entendimento da PGE/PROFIS no Ofício GAB/PROFIS/PGE 42/2016. Reconhecido o direito de utilização do crédito fiscal e mantido a exigência fiscal do percentual de 7,2%, que se refere ao consumo ligado à área administrativa, com base em relatório técnico elaborado por empresa contratada pelo estabelecimento autuado. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo contra a decisão proferida pela 5ª JJF, com base no art. 169, I, “b” do RPAF/BA. O Auto de Infração lavrado em 30/06/2014, acusa o cometimento de sete infrações, totalizando valor de R\$ 1.266.774,74, sendo que o recurso interposto refere-se à infração 1, que acusa:

Infração 01 – 01.02.51. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica na prestação de serviço de comunicação (agosto a dezembro/2013) - R\$ 1.037.871,83, acrescido da multa de 60%.

Na decisão proferida (fls. 254 a 265), a 3ª JJF, decidiu pela Procedência do Auto de Infração, fundamentando que inexistia lide em relação às infrações 2, 3, 4, 5, 6 e 7, tendo em vista que foram reconhecidas pelo sujeito passivo, fazendo o recolhimento dos valores pertinentes (fl. 178).

Com relação à infração 1, inicialmente afastou a nulidade sob o argumento de cerceamento do direito de defesa, por constar no Auto de Infração tipificação inadequada do dispositivo legal da multa aplicável de 60% é a prevista na alínea “a”, do inciso VII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Fundamentou o sujeito passivo se defendeu da acusação que lhe fora feita, e não da tipificação legal da multa, cuja tipificação da multa, não acarreta qualquer inovação, em vista que foi delimitada a acusação, com a correta indicação do percentual originalmente consignado no Auto de Infração. E ainda, que nos termos do art. 142 do CTN, cabe à autoridade administrativa que efetua o lançamento apenas “propor a aplicação da penalidade cabível”, o que é passível de adequação pelo órgão julgador administrativo, sem a necessidade de lavratura de outro Auto de Infração. Conclui que a inadequação ou tipificação de multa no Auto de Infração não enseja qualquer impedimento ao exercício da ampla defesa pelo autuado e, afastando a nulidade suscitada e tendo a autuação preenchido todas as formalidades legais, não estavam presentes os requisitos de nulidades elencados nos incisos I a IV, do art. 18 do RPAF-BA/99.

No mérito, convém salientar que a Lei Complementar 87/96, com a redação vigente à época dos fatos, previa no seu art. 33, inciso II, que só daria direito a crédito fiscal a entrada de energia elétrica no estabelecimento quando: 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. Em consonância com esse dispositivo, a Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96, no seu art. 29, § 1º, inciso III, reproduz essa mesma previsão contida na LC 87/96.

O impugnante em suas razões de defesa sustentou que a sua atividade consubstancia um verdadeiro processo de industrialização, do qual a energia elétrica é o principal insumo e, portanto, tem direito ao referido crédito fiscal. Para consubstanciar sua pretensão alinha o conceito de industrialização previsto no Regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados - RIPI e a definição contida no art. 4º do Dec. nº 640/1962, que considera os serviços de telecomunicação como indústria básica e na LC nº 102/00 que assegura o direito ao crédito da energia elétrica consumida no processo de industrialização.

Em suma, em suas razões de defesa o impugnante sustentou que sendo a atividade de telecomunicação, equiparada à industrial pelo Dec. nº 640/1962, pressupõe um processo industrial em que a energia elétrica é o principal insumo, as empresas de telefonia têm direito de crédito do ICMS na aquisição de energia elétrica utilizada como insumo na prestação de serviço de telecomunicação, nos termos do art. 33, II, "b", da LC 87/96.

Consoante teor do parágrafo único do art. 46 do CTN que 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, não vislumbra o acolhimento da tese defensiva de que a atividade de prestação de serviço de comunicação se caracteriza como um processo de industrialização. 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. Não é razoável no âmbito tributário se ampliar a conceituação para alcançar o serviço de telecomunicação a ponto de classificá-lo como um processo industrial. Na prestação de serviços de telecomunicação se propicia meios para transmitir informações, inexistindo qualquer produção de informações.

É indubioso que a LC 87/96 e a Lei Ordinária Estadual nº 7.014/96 estabelecem expressamente o direito a crédito fiscal referente a energia elétrica consumida no processo de industrialização, no entanto, elas não se referem a processos equiparáveis ao de industrialização.

Do mesmo modo, o fato Lei Federal nº 9.472/97 - Lei Geral de Telecomunicações, ao se referir em expressamente à indústria de telecomunicações, admitindo essa equiparação, não tem repercussão no âmbito tributário, uma vez que a sua competência é específica e restringe-se aos aspectos operacionais da atividade. Não se deve olvidar que termo indústria historicamente tem assimilado a acepção de um conjunto de atividades que compõem um setor da economia envolvendo toda sua operacionalidade, a exemplo da indústria de turismo, de laser e entretenimento.

Nestes termos, alinho-me ao entendimento prevalente nas decisões do CONSEF alicerçado na Lei Complementar nº 87/96, que autoriza o crédito fiscal em outras situações, quando a energia é consumida no processo de industrialização e que a atividade de telefonia é prestação de serviço, que não pode ser equiparada à atividade industrial para fins de tributação, a exemplo dos Acórdãos de CJF nºs 0261-12/14, 0246-12/14 e 0223-12/14.

No tocante aos precedentes jurisprudenciais trazidos aos autos, a exemplo do firmado pelo STJ no RESP nº 1.201.635/MG, além de não ser um entendimento reiterado sobre a matéria ora em lide, uma vez que o entendimento importante firmado pela Segunda Turma do STJ no julgamento do RESP nº 2007/0208971-9 contra concessionária de telefonia decidiu que companhias de telecomunicações não fazem jus ao crédito do ICMS referente à energia elétrica.

Ressalto que cabe à PGE-PROFIS adotar as medidas cabíveis, ao teor do art. 116-A do RPAF-BA/99, abaixo reproduzido, nos casos em que a aplicação da legislação tributária esbarrar em reiteradas decisões contrárias à Fazenda Pública Estadual, em virtude de jurisprudência pacífica emanada dos Tribunais Superiores.

"Art. 116-A. Fica a Procuradoria Geral do Estado autorizada a não permitir a inscrição em Dívida Ativa, a não ajuizar a respectiva execução fiscal, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexistir outro fundamento relevante para seu prosseguimento, na hipótese de matérias que tenham sido objeto de reiteradas decisões contrárias à Fazenda Pública Estadual, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou do Superior tribunal de Justiça."

Ao teor do inciso III do art. 167 do RPAF-BA/99, é vedada a esta Junta de Julgamento a negação de aplicação de norma legal vigente.

Assim, entendo como acertada a acusação fiscal objeto do Auto de Infração restando subsistente a exigência do valor correspondente à glosa do crédito fiscal utilizado indevidamente, a teor da alínea "b" do inciso II do art. 93 do RICMS-BA/97, no valor de R\$ 427.062,91.

No que diz respeito a multa de 60 % sugerida no Auto de Infração atinente à infração 01, reafirmo que está prevista na alínea "a" do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96, portanto, apesar da alegação da defesa de que possui natureza confiscatória deve ser mantida. Quanto ao pleito de redução da multa a patamares não confiscatórios, também não deve prosperar, haja vista que, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, falece competência a esta Junta de Julgamento deliberar sobre esta matéria, atribuição reservada à Câmara Superior.

O autuado requer que as publicações relativas ao presente feito sejam realizadas exclusivamente, sob pena de nulidade, em nome do advogado Maurício Pedreira Xavier, inscrito na OAB/BA sob o nº 9.941 e com endereço profissional na Av. Professor Magalhães Neto, nº 1.550, Ed. Premier Tower Empresarial, salas 301/2, Pituba, Salvador, Bahia, CEP 41.810-012, Cel. (71) 9981-7877, e-mail: mauricioxavier@ig.com.br. Recomenda-se que as intimações sejam feitas na forma requerida, ressalvando-se, contudo, que não implicará vício algum se as intimações forem feitas diretamente ao próprio sujeito passivo, atendidas as regras do art. 108 do RPAF-BA/99.

Ante o exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 275 à 292), o recorrente comenta que quitou as infrações 2 a 7, conforme comprovante acostado à fl. 178, e com relação ao julgamento da infração 1, afirma que não pode prosperar, por encontrar dissonante com o ordenamento jurídico e o entendimento manifestado pelo STJ no REsp 842270/RS e REsp 1.201.635/MG (Recurso Repetitivo).

Ressalta que a autuação fundamentou se no entendimento equivocado de que a energia elétrica adquirida só tem assegurado o direito do crédito fiscal quando empregada em processo industrial, nos termos do art. 33, II, “d” da LC nº 87/96 e do art. 93, inciso II, aliena “b” do RICMS-BA/97, mesmo não sendo empresa industrial, como prestadora de serviços de telecomunicações, equipara se à atividade de “industrialização”, e direito de aproveitamento de créditos de ICMS.

Discorre sobre o **(i)** o princípio constitucional da não-cumulatividade previsto no art. 155, § 2º, I da CF 88; **(ii)** previsão expressa da LC nº 102/2000, de assegurar o direito ao crédito da energia elétrica consumida no processo de industrialização; **(iii)** a energia elétrica é utilizada como insumo na efetiva prestação de serviço de telecomunicação e gera crédito físico; **(iv)** a prestação de serviço de comunicação apresenta nítido caráter industrial, ante a modificação da natureza da energia elétrica adquirida, com sua consequente conversão em ondas eletromagnéticas; **(v)** não prospera a interpretação restritiva da LC nº 102/2000, não reconhecendo o direito ao crédito do ICMS, da aquisição de energia elétrica, sob pena de violação ao princípio da não-cumulatividade e da isonomia (art. 150, inciso II da CF/88), tendo em vista que o legislador infraconstitucional equiparou os serviços de telecomunicações à indústria básica, por meio do Decreto nº 640/1962.

Transcreve a ementa da Decisão contida no REsp 842.270/RS do STJ, decidindo 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, 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 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”*, como equiparado pelo Decreto nº 640/1962, e o direito de crédito do imposto, nos termos do art. 33, II, “b” da LC 87/96 (não cumulatividade).

Discorre sobre o princípio da não cumulatividade, definição da atividade de comunicação prevista no Código Brasileiro de Telecomunicações e Lei Geral de Telecomunicações (Lei nºs 4.717/62 e 9.472/97), que não foi revogado o que enseja a equiparação dos serviços de telecomunicações à indústria básica (Decreto nº 640/1962), transcreve a ementa do REsp 1.201.635/MG em sede de Recurso Repetitivo (art. 543-C do CPC), ratificando o entendimento firmado no REsp 842270/RS de que as empresas de telefonia móvel têm direito ao crédito do ICMS na aquisição de energia elétrica, que foram transitados em julgados, cujas cópias foram acostadas às fls. 293 a 303.

A PGE/PROFIS no parecer de fls. 357/363, comenta a infração, o enquadramento previsto no art. 33, II, “b” e restrições contidas no art. 20 da LC 87/96 e afirma que não pode ser recepcionada a tese recursiva de que o serviço de comunicação se caracteriza como processo de industrialização.

Discorre sobre o conceito de industrialização, conforme art. 46 do CTN e art. 4º do RIPI (transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento ou recondicionamento, ou renovação ou recondicionamento), que difere da definição do serviço de comunicação contido no art. 4º, § 1º do RICMS/97 e ementa da Decisão do REsp 984880/TO, versando o entendimento de que a prestação dos serviços de comunicação não se confunde com a atividade industrial.

Ressalta que a multa aplicada é prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96, portanto legal. Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

Em 25/08/15, o recorrente peticionou juntada do Trânsito em Julgado pelo STJ no REsp 1.201.635/MG quanto ao direito do crédito de energia elétrica pelas empresas de telefonia móvel, quando utilizada na prestação de serviço de comunicação. Requer o afastamento da multa aplicada.

Na pauta de julgamento em 25/08/15, a Conselheira Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva acatou por decisão unânime, encaminhar o processo à PGE/PROFIS para emitir novo parecer técnico-jurídico, diante das Decisões proferidas pelo STJ, conforme acima relatado.

O Parecer PGE/PROFIS/NCA 2014.698801-0 (fls. 406 a 409) exarado pela Procuradora Rosana Maciel Bittencourt Passos, foi afirmado que diante das decisões desfavoráveis à Fazenda Pública, no âmbito de Tribunais Superiores, com relação ao aproveitamento do crédito de energia elétrica por empresas de telecomunicações, tendo em vista a Decisão exarada pelo STJ no REsp 1.201.635/MG e art. 543-C do CPC, o tema foi objeto de Incidente de Uniformização nº PGE 2016.209297-0, cuja relatora foi a Dra. Claudia Magalhães Guerra, conforme sequência dos fatos:

- 1) Dos dois pontos em questão (**i**) se o serviço de telecomunicação se caracteriza como processo de industrialização e (**ii**) e a possibilidade de creditamento da energia elétrica obedece ao princípio da não cumulatividade, no citado REsp 1.201.635/MG, foi manifestado que no julgamento do REsp 842270/RS há equiparação da indústria básica encontra-se válida e em harmonia com o CTN (Lei nº 9.472/97). E que “*o ICMS incidente sobre energia elétrica consumida pelas empresas de telefonia, que promovem o processo industrial, pode ser creditado para abatimento do imposto devido quando da prestação de serviços*”.
- 2) Que não cabe fazer considerações sobre os efeitos da Decisão contida no REsp 1.201.635/MG, e sim o princípio da eficiência que norteia a atuação administrativa impõe medidas acautelatórias voltadas para evitar sucumbência judiciais. E que deve ser acatada a tese de que cabe às empresas de telefonia o direito de crédito do ICMS incidente sobre a energia elétrica utilizada na prestação dos seus serviços.
- 3) Submetido à sessão plenária, os Procuradores integrantes da PGE deliberaram pela no Incidente de Uniformização PGE. 2016.209297-055, pela pacificação do entendimento de que: (**i**) é assegurado o crédito fiscal do ICMS relativo a entradas de energia elétrica consumida no processo produtivo (**ii**) não gera direito ao crédito a energia elétrica consumida nas áreas administrativas das mesmas empresas.

Com base no art. 9º do Decreto nº 11.737/09, o mencionado incidente passa ser obrigatório para todos os núcleos da PGE/PROFIS.

Por fim, opina que o presente processo deve ser baixado em diligência, para apurar o porcentual de energia elétrica efetivamente consumido nas áreas administrativas, ressaltando que os créditos fiscais consumidos no processo industrial, deve ser aproveitado proporcionalmente em relação às saídas tributadas, nos termos do art. 21, II da LC 87/96.

Em 30/03/2017 a 1ª CJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 411) seguindo a orientação da PGE/PROFIS, para que fosse intimado o recorrente para apresentar um Laudo Técnico indicando o consumo de energia (**i**) no setor produtivo e (**ii**) áreas administrativas e fosse apurado o crédito proporcional as saídas tributadas (prestação de serviços) do setor produtivo.

Uma vez intimada em 05/05/17, com concessão de prazo de 10 dias (fl. 416), a empresa protocolou em 15/05/17 pedido de prorrogação de prazo para atendimento do que foi solicitado (fls. 417/419).

Em 17/05/17, o autuante indeferiu o pedido de prorrogação do prazo, com base no disposto nos artigos 23 e 24 do RPAF/BA, tendo sido homologado pelo inspetor fazendário (fl. 424).

Em 27/06/17, esta 2ª CJF decidiu converter o processo em diligência no sentido de apurar a proporcionalidade da utilização de energia elétrica no processo produtivo e área administrativa.

Um dos autuantes intimou a empresa para apresentar Laudo Técnico que demonstrasse a utilização da energia elétrica no processo produtivo e área administrativa (fl. 433).

A empresa se manifestou às fls. 436/437, informando que em atendimento a intimação apresentou planilha com endereços das unidades consumidoras de energia elétrica e cópia dos livros RAICMS, colocando-se à disposição para apresentar esclarecimentos.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 443/444) esclarecendo que em atendimento a intimação o recorrente não apresentou Laudo técnico que demonstre a utilização da energia elétrica, da mesma forma que ocorreu com a intimação anterior de 03/05/2017.

O recorrente manifestou se sobre a informação fiscal (fls. 453/455), inicialmente discorreu sobre a infração, decisão proferida pelo STJ (RE 1.201.635/MG) reconhecendo a legitimidade de créditos de energia elétrica empregado na prestação de serviços de comunicações. Afirmou que as planilhas apresentadas indicando as unidades consumidoras e o livro RAICMS contém as informações necessárias à diligência determinada.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 458, afirmando que não foi apresentado Laudo Técnico em atendimento a diligência e que deve ser mantida a exigência fiscal integralmente.

Em 20/12/17, a 1ª CJF decidiu converter o processo em diligência (fls. 465/467) no sentido de que o estabelecimento autuado fosse intimado para indicar com base na relação das unidades consumidoras: **i)** unidades que consomem integralmente a energia elétrica; **ii)** que prestem serviço de comunicação e atividade administrativa, com indicação do porcentual.

Em atendimento a intimação (fl. 471) a empresa manifestou-se às fls. 475/480, afirmando que em atendimento a intimação anterior esclareceu que “... *se apropria exclusivamente de créditos de ICMS incidente sobre a entrada de energia elétrica necessária à prestação de serviços de telecomunicações*”, conforme planilhas anteriormente apresentadas.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 484/485) ressaltando que a empresa não atendeu as intimações, nem apresentou Laudo Técnico, motivo pelo qual não possui ferramentas para apurar o porcentual de energia elétrica empregado na prestação e serviços de comunicação.

O recorrente manifestou se às fls. 492 a 501, inicialmente discorreu sobre a diligência fiscal, Parecer exarado pela PGE, julgamento pelo STJ do Recurso Repetitivo 1.201.635/MG (Tema 541) e negativa do STF em dar prosseguimento ao RE 888.269 interposto pelo Estado de Minas Gerais, manifestando entendimento de que a matéria é infraconstitucional.

Transcreveu ementas de diversas decisões proferidas pelo STJ e STF (1.201.635/MG; RE888.269/2015; Ap Processo nº 0536643-57.2015.8.05.001), ressaltando que a PGE/PROFIS exarou o Incidente de Uniformização nº 2016.209297-0 reconhecendo o direito do crédito fiscal do ICMS consumido nas áreas produtivas de prestação de serviços de comunicação.

Reafirma que os créditos apropriados se referem a energia elétrica empregada na prestação de serviços de comunicação, inexistindo controvérsia, discorre sobre os dispositivos do CTN que envolve o lançamento, alteração e revisão (artigos 142, 146 e 149) e orientação contida na Súmula 227 do extinto TRF, acerca da mudança de critério jurídico, que entende não caber nessa fase processual. Reiterou as alegações contidas na impugnação e recurso, pela improcedência da infração 1.

Em 19/10/22, o recorrente se manifestou às fls. 520/521, esclarecendo que recebeu intimação acerca da diligência fiscal, mas já havia se manifestado anteriormente.

Registra-se a presença sessão de videoconferência, Dr. Roberto Toshio Irikura – OAB/SP nº 236.184, que exerceu o seu direito de fala em defesa ao contribuinte.

VOTO

O Auto de Infração acusa o cometimento de sete infrações, sendo que as infrações 2 a 7 foram reconhecidas e apresentado defesa referente a infração 1 que foi julgada procedente pela 5ª JJF.

Com relação ao Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a decisão proferida pela Primeira Instância que acusa utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica empregada na prestação de serviço de comunicação, constato que:

- 1) O Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2014, indicando fatos geradores ocorridos no período de agosto a dezembro de 2013 e julgado procedente em 21/10/2014;
- 2) No Recurso Voluntário interposto o recorrente apresentou a decisão proferida pelo STJ no Resp 842270/RS, julgado em 23/05/2012; REsp 1.201.635/MG, julgado em 12/06/2013 que reconheceram

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;

- 3) No julgamento do AgReg do RE 760.631, julgado em 21/02/2014 foi decidido que a análise da matéria demandada (creditamento/ICMS/empresa de comunicação) exige demanda da legislação infraconstitucional;
- 4) A PGE/PROFIS no Parecer de fls. 357/363, exarado em 30/04/2015 manifestou entendimento de que o enquadramento previsto no art. 33, II, “b” e restrições contidas no art. 20 da LC 87/96 não podia ser recepcionada a tese recursiva de que o serviço de comunicação se caracteriza como processo de industrialização (RESP 984880/TO);
- 5) Peticionado a juntada do Trânsito em Julgado pelo STJ no RESP 1.201.635/MG, em 25/08/15, o processo foi novamente encaminhado à PGE/PROFIS para emitir novo parecer técnico-jurídico, diante das Decisões proferidas pelo STJ (fls. 400/409). O Parecer PGE/PROFIS/NCA 2014.698801-0 (fls. 406 a 409) opinou pelo reconhecimento do aproveitamento do crédito de energia elétrica consumido pelas empresas de telefonia, utilizada no “processo industrial” (RESP 1.201.635/MG e art. 543-C do CPC), que foi objeto de Incidente de Uniformização nº PGE 2016.209297-0.

Por tudo que foi exposto, observo que tendo o lançamento sido efetivado no ano de 2014, relativo a fatos geradores ocorridos no exercício de 2013, diante das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores e publicação do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.209297-0, consolidou se o entendimento de que é legítimo a apropriação de crédito de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica, empregada nos processos de serviços de telecomunicações e vinculados a serviços tributados.

O processo foi baixado em diligências, para apurar o porcentual de energia elétrica consumido nas áreas administrativas e no “processo industrial”, com finalidade de determinar a proporcionalidade dos créditos relativos a saídas tributadas (serviços de telecomunicações).

Diante das intimações para apresentar Laudo Técnico a empresa juntou planilha com endereços das unidades consumidoras de energia elétrica e cópia dos livros RAICMS, afirmando que a energia elétrica foi empregada na prestação de serviços de comunicações.

Constatou que na situação em questão, a exigência do ICMS a título de crédito indevido relativo à aquisição de energia elétrica por estabelecimento prestador de serviço de telecomunicações em 2014 (fato gerador de 2013) tinha vedação expressa prevista no art. 93, II, “b” do RICMS/BA (ART. 29, § 1º, III, “b” da Lei nº 7.014/1996 e art. 33, II, “d” da LC 87/1996).

Entretanto, após a decisão proferida pela 5ª JJF e saneamento do processo em segunda instância, foi transitado em julgado o RESP 1.201.635/MG, em 2015, e a PGE/PROFIS editou o Incidente de Uniformização PGE 2016.209297-0, reconhecendo o direito do crédito de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica utilizada na prestação do serviço de comunicações.

O recorrente apresentou planilhas indicando as unidades consumidoras (média de fl. 440), na qual foram relacionadas 763 (setecentos e sessenta e três) unidades consumidoras de energia elétrica, relativas aos créditos de ICMS apropriados, o que dificultou a elaboração de um Laudo Técnico para identificar por cada unidade a proporção de créditos fiscais pertinentes à prestação dos serviços de comunicações tributados pelo ICMS.

Constatou que na defesa apresentada (fl. 57) o estabelecimento autuado ressaltou que deveria ser distinguido a utilização da energia elétrica para dois fins completamente distintos:

- i) Tem se a energia consumida na efetiva prestação de serviço, bem como aquela diretamente empregada no processo industrial, que constitui componente do bem tributado, e, consequentemente, **integra o seu custo**; e
- ii) Tem se a energia adquirida para fins de manutenção do estabelecimento, iluminação das áreas administrativas e, em razão disso, que **constitui despesa** decorrente do processo produtivo da mercadoria ou da prestação do serviço tributado, uma vez que provoca ônus indireto na sua realização.

Para respaldar o aproveitamento do crédito fiscal de ICMS relativo à energia elétrica consumida na efetiva prestação de serviço, a empresa juntou com a defesa às fls. 94 a 146 o Relatório Técnico

elaborado pela empresa CPqD para “Elaboração de Laudo de Energia” no qual indicou a formalização do pedido feito pela CLARO (BCP S.A) e aceitação da proposta.

No relatório foi indicada a metodologia aplicada com visita de inspeção a duas Estações Rádio Base (ERBs/BTSS) e uma Estação Telefônica (CCC/MSC) que dispõe dos mais amplos serviços de telecomunicações, realizando registros fotográficos e medições no período de 09 a 10/04/2008.

Em seguida descreveu o processo de conversão primária de energia elétrica, transformação de média para baixa tensão, retificações/conversão CA/CC e No-Breaks (CC/CA), distribuição, consumo em equipamentos, emprego em transmissores e receptores, multiplexadores e condicionadores de ar para manter condições de controle e umidade dos equipamentos.

Nas fls. 138 a 142 (item 8.3) foram consolidadas as medições efetuadas nas CCC e ERBs, indicando por sistema de comunicação e de climatização, com porcentuais de utilização de energia elétrica, que foram consolidados no quadro de fl. 144 abaixo reproduzido:

SITE	Percentual de utilização de Energia Elétrica
CCC (MSC) MGW BAF SAO1	92,90%
ERB (BTS) BALFS02 (container GSM)	98,50%
ERB (BTS) BAITA04 (outdoor GSM)	87,00%
Média	92,80%

Conforme anteriormente exposto, na defesa apresentada o estabelecimento autuado reconheceu que diante das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, deveria reconhecer o direito ao creditamento do ICMS relativo à energia elétrica empregada no “processo industrial”, por configurar **custo** do processo de prestação de serviços de comunicações, mas não da energia adquirida empregado nas áreas administrativas que constitui **despesa**.

Após o julgamento em primeira instância, restou difícil identificar o porcentual de energia empregado no “processo industrial”, diante das planilhas apresentadas indicando mais de setecentas unidades consumidoras (fl. 440).

Pelo exposto, considerando o Incidente de Uniformização de Orientação Jurídica nº PGE 2016.209297-0, abaixo transscrito:

“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 (grifo acrescido), devendo ser adotadas as providências instrutórias necessárias à segregação da energia efetivamente utilizada no processo produtivo.”

Considerando que o processo já se aproxima de dez anos entre lavratura e saneamento, tomo como base o Relatório Técnico apresentada pelo estabelecimento autuado às fls. 94 a 145, mesmo que elaborado com base não em todas unidades consumidoras, mas realizado por contratação de empresa especializada em unidades com consumo relevante da energia elétrica e aprovado pela CLARO S. A., o que resulta em consumo médio de 92,8% utilizado na prestação de serviço de comunicação, e por exclusão, de 7,20% em atividade administrativa.

Tomando como base este parâmetro e valores autuados, apuro conforme resumo abaixo o montante devido de R\$ 74.726,77 na infração 1, reformando a decisão de Procedente para Procedente em Parte:

Data Ocorr	Data Veto	Autuado	Crédito: 92,80%	Devido: 7,2%
31/08/2013	09/09/2013	217.438,60	201.783,02	15.655,58
30/09/2013	09/10/2013	203.393,17	188.748,86	14.644,31
31/10/2013	09/11/2013	203.441,09	188.793,33	14.647,76
30/11/2013	09/12/2013	206.575,75	191.702,30	14.873,45
31/12/2013	09/01/2014	207.023,22	192.117,55	14.905,67
Total		1.037.871,83	963.145,06	74.726,77

Ressalto que este procedimento de avaliação do consumo de energia elétrica na área administrativa e glosa proporcional dos créditos de ICMS, já foi aplicado no julgamento do Auto de Infração nº 269135.3001/16-6, em que “a empresa atendeu à intimação e apresentou relatórios de perícia apresentado pela empresa AFAG ENGENHARIA LTDA. assinado por profissional competente que atesta o percentual de energia produtiva e não produtiva de cada uma das

unidades de consumo, determinando o valor correto de apropriação de ICMS”, que a empresa concordou com o resultado da diligência, conforme decisão contida no Acórdão JJF nº 0035-03/17 cuja decisão foi homologada no Acórdão CJF Nº 0324-11/22-VD.

Da mesma forma, o Auto de Infração nº 269135.0012/15-9 foi julgado improcedente com relação a mesma matéria no Acórdão JJF nº 0089-01/17, e após a realização de diligência fiscal em segunda instância, foi apresentado Laudo Técnico que apurou “*que a empresa utiliza 84,38% da energia adquirida no seu processo produtivo e o restante, 15,62%, em sua área administrativa*”, tendo a representante do Sujeito Passivo concordado com o resultado da diligência, que culminou no PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, conforme Acórdão CJF Nº 0380-11/22-VD.

No memorial apresentado pelo patrono do recorrente foi transcrita parte do voto contido no Acórdão CJF nº 0048-11/23-VD no qual foi indicado porcentual de 15,62% empregado em área administrativa que foi apurado na decisão contida no Acórdão CJF Nº 0380-11/22-VD, mediante Laudo Técnico de empresa de telecomunicações.

Do exposto, fica mantida a decisão pela procedência das infrações 2 a 7 e voto pela reforma da decisão recorrida de PROCEDENTE para PROCEDENTE EM PARTE no que se refere à infração 1.

Recurso Voluntário PROVIDO PARCIALMENTE. Assim, o montante do Auto de Infração é conforme o demonstrativo abaixo:

INF	RESULTADO	VL LANÇADO	VL JULGADO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE/P.PARCIAL	1.037.871,83	74.726,77	60%
02	PROCEDENTE	90.484,54	90.484,54	1%
03	PROCEDENTE	14.435,24	14.435,24	1%
04	PROCEDENTE	109.906,39	109.906,39	100%
05	PROCEDENTE	4.470,16	4.470,16	60%
06	PROCEDENTE	6.258,23	6.258,23	100%
07	PROCEDENTE	3.348,35	3.348,35	60%
TOTAL		1.266.774,74	303.629,68	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281081.0015/14-4**, lavrado contra **CLARO S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$ **198.709,90**, acrescido das multas de 100% sobre R\$ 116.164,62 e 60% sobre R\$ 82.545,28 previstas no art. 42, incisos II, “d”, VII, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ **104.919,78**, previstas nos incisos IX e IX da mesma Lei e Artigo citados, com os acréscimos moratórios, devendo ser homologados os valores pagos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de agosto de 2023.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO - REPR. DA PGE/PROFIS