



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

PROCESSO Nº145.366.2015-0

TRIBUNAL PLENO

RECORRENTE:TELEMAR NORTE LESTE S/A

RECORRIDA:GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

PREPARADORA:SUBG.DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GER.REG.DA 1ª REGIÃO–JOÃO PESSOA

AUTUANTES:EDUARDO SALES COSTA E JOÃO ELIAS COSTA FILHO

RELATORA:CONS.ª GÍLVIA DANTAS MACEDO

CRÉDITO INDEVIDO. AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA UTILIZADA NOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSOS REPETITIVOS. EQUIPARAÇÃO À INDÚSTRIA BÁSICA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

O Superior Tribunal de Justiça, em rito de recursos repetitivos, reconheceu o direito ao aproveitamento dos créditos relativos às aquisições de energia elétrica utilizada nos serviços de telecomunicação por equiparação desses serviços a um processo industrial.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M os membros do Tribunal Pleno de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu provimento, para reformar a sentença monocrática e julgar *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001803/2015-03, lavrado em 13/10/2015, contra a empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A, inscrição Estadual nº 16.064.797-5, já qualificada nos autos, eximindo o sujeito passivo dos ônus decorrentes do presente lançamento tributário..

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 11 de maio de 2018.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.I.

Tribunal Pleno de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo,
em 11 de Maio de 2018.

Gílvia Dantas Macedo
Conselheira Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros do Tribunal pleno, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, REGINALDO GALVÃO CAVALCANTI, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA e DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001803/2015-03, lavrado em 13/10/2015, contra a empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A, inscrição Estadual nº 16.064.797-5, com ciência pessoal em 21/10/2015, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 01/08/2012 e 31/07/2015, consta a seguinte denúncia:

CRÉDITO INDEVIDO (ENTRADA DE ENERGIA ELÉTRICA NO ESTABELECIMENTO) >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte se creditou do ICMS destacado em documento(s) fiscal(is), relativo(s) à entrada de energia elétrica consumida pelo estabelecimento, em hipótese não prevista na legislação fiscal, resultando na falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa: a análise da conta gráfica demonstra a ininterrupta ocorrência de saldo devedor nos períodos autuados, mantendo a repercussão tributária em igual valor aos lançamentos indevidos efetuados, tudo em conformidade com os demonstrativos em anexo elaborados tomando por base os lançamentos efetuados na EFD (Escrituração Fiscal Digital).

Foi dado como infringido o artigo 72, §1º, II do RICMS-PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97, com proposição da penalidade prevista no artigo 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96, sendo apurado um crédito tributário no valor de R\$ 8.477.164,00, sendo R\$ 4.238.582,00 de ICMS e o mesmo valor de multa por infração.

Inconformada com a autuação, o contribuinte, através de advogados, apresentou reclamação, em 19/11/2015 (fls. 16-26).

Com informação da inexistência de antecedentes fiscais, fls. 75 a 79, no que se refere à infração em análise, os autos foram conclusos (fls. 80) e remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para o julgador fiscal, Christian Vilar de Queiroz, que decidiu pela procedência do feito fiscal, (fls. 82-96), conforme ementa:

ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. ENERGIA ELÉTRICA. GLOSA DE CRÉDITO.

A prestação de serviços de telecomunicação não constitui processo de industrialização. O aproveitamento de crédito fiscal oriundo de aquisições de energia elétrica consumida por empresa de telecomunicações, até 31/12/2019, não encontra respaldo na legislação tributária vigente.

Regularmente cientificada da decisão singular (AR, de fl. 99), a autuada apresentou, tempestivamente, recurso a esta Casa, e anexos (fls. 100-110), vindo a apresentar, inicialmente, breve sinopse dos fatos processuais ocorridos até a decisão singular, reiterando a fundamentação do caráter industrial dos serviços de telecomunicação e o direito de creditamento do ICMS incidente sobre a aquisição de energia elétrica.

Remetidos os autos a esta casa, estes foram a distribuídos a esta relatoria, conforme critério regimental, para apreciação e julgamento.

EIS O RELATÓRIO.

VOTO

Em exame o recurso voluntário interposto contra decisão de primeira instância que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001803/2015-03, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

Nesta acusação a empresa foi autuada por utilizar créditos fiscais decorrentes das entradas de energia elétrica no seu estabelecimento contrariando o art. 72, §1º, II, “b” do RICMS/PB, abaixo reproduzido:

Art. 72. Para fins de compensação do imposto devido, constitui crédito fiscal o valor do imposto relativo:

(...)

§ 1º Na utilização dos créditos de que trata esta Seção, observar-se-á o seguinte (Lei nº 7.334/03):

(...)

II – somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

(...)

b) quando consumida no processo de industrialização;

Recordemos que o direito ao crédito decorre do caráter não cumulativo do ICMS, instituído na Carta Magna de 88, onde o montante devido em cada operação deve ser compensado com os valores cobrados nas operações anteriores, conforme estabelecido.

Tal sistemática evita a oneração excessiva do imposto, fazendo-o incidir, apenas, sobre o valor acrescido em cada fase da cadeia produtiva e de distribuição, conforme dispõe o artigo 155 da Constituição Federal, *in verbis*:

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;

(...)

§ 2.º 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;

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

Como se observa, nos termos da Constituição Federal, o direito ao crédito está condicionado à ocorrência de uma saída tributada subsequente, sendo adequado às operações com mercadorias destinadas à revenda ou à industrialização.

Com ao advento da Lei Kandir (Lei Complementar nº 87/96), foi introduzido o conceito de crédito financeiro, cogitando-se da possibilidade do creditamento dos valores referentes às aquisições de bens destinados ao consumo, ou ao ativo fixo do estabelecimento.

Assim, no bojo da LCP nº 102/2.000, foi concedido o direito ao crédito referente às entradas de energia elétrica, quando consumida no processo de industrialização, nos termos do art. 33, II, transcrito abaixo:

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;

Portanto, o deslinde da questão passa por saber se a prestação de serviços de comunicação se equipara a um processo industrial, de modo a permitir a apropriação dos créditos fiscais decorrentes aquisições de energia elétrica.

Em primeira instância, o julgador singular negou o direito ao crédito, sob o

argumento de que os serviços prestados pelas empresas de telecomunicação não se equiparam a uma industrialização, não gerando, portanto, direito ao crédito do ICMS pela aquisição de energia elétrica. Assim, decidiu pela procedência do lançamento tributário.

Discordo, contudo, do entendimento exarado em Primeira Instância, pelo que passo a expor.

Considera-se produto industrializado aquele que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo, como define o art. 46, do Código Tributário Nacional – CTN, abaixo transcrito:

Art. 46. O imposto, de competência da União, sobre produtos industrializados tem como fato gerador:

Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.

Na esteira do CTN, assim expressa o 4º, do Decreto nº 7.212/2010, que trata do IPI, *verbis*:

Art. 4º Caracteriza industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoe para consumo, tal como (Lei no 5.172, de 1966, art. 46, parágrafo único, e Lei no 4.502, de 1964, art. 3o, parágrafo único):

I - a que, exercida sobre matérias-primas ou produtos intermediários, importe na obtenção de espécie nova (transformação);

II - a que importe em modificar, aperfeiçoar ou, de qualquer forma, alterar o funcionamento, a utilização, o acabamento ou a aparência do produto (beneficiamento);

III - a que consista na reunião de produtos, peças ou partes e de que resulte um novo produto ou unidade autônoma, ainda que sob a mesma classificação fiscal (montagem);

IV - a que importe em alterar a apresentação do produto, pela colocação da embalagem, ainda que em substituição da original, salvo quando a embalagem colocada se destine apenas ao transporte da mercadoria (acondicionamento ou reacondicionamento); ou

V - a que, exercida sobre produto usado ou parte remanescente de produto deteriorado ou inutilizado, renove ou restaure o produto para utilização (renovação ou recondicionamento).

Como se vê, parece inadequada a classificação da atividade de prestação de

serviços de comunicação como uma atividade industrial, por não se vislumbrar como um processo em que se modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoamento para consumo.

Neste sentido, não seria razoável o aproveitamento dos créditos advindos de aquisição de energia elétrica pelas empresas de telecomunicação, em virtude de suas operações não guardarem similaridade com um processo industrial, tal qual definido nos dispositivos acima mencionados.

No entanto, o governo Federal, no interesse de estimular o desenvolvimento das telecomunicações, promulgou o Decreto Federal nº 640/62, equiparando as empresas de telecomunicação a um processo industrial, como forma de viabilizar o acesso às linhas de financiamento do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, nos seguintes termos “Art. 1º 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”.

Com base na definição expressa no dispositivo retromencionado, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, no julgamento do REsp 1201635/MG, decidiu, sob o rito de recursos repetitivos, pelo direito de as empresas de telecomunicação utilizarem os créditos relativos às aquisições de energia elétrica para uso na sua atividade fim, equiparando-as a uma indústria básica, conforme a seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (CPC, ART. 543-C). ICMS. ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA PELAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. CREDITAMENTO. POSSIBILIDADE. ART. 33, II, "B", DA LC 87/96. EQUIPARAÇÃO À INDÚSTRIA BÁSICA PARA TODOS OS EFEITOS LEGAIS. ART. 1º DO DECRETO 640/62. VALIDADE E COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO ATUAL. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. OBSERVÂNCIA. PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO: RESP 842.270/RS. 1. A disposição prevista no art. 1º do Decreto 640/62, equiparando os serviços de telecomunicações à indústria básica, para todos os efeitos legais, é válida e compatível com a legislação superveniente e atual, continuando em vigor, já que não houve revogação formal do aludido decreto. 2. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 842.270/RS, firmou compreensão no sentido de que o ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida pelas empresas de telefonia, que promovem processo industrial por equiparação, pode ser creditado para abatimento do imposto devido quando da prestação de serviços. Inteligência dos arts. 33, II, b, da Lei Complementar 87/96, e 1º do Decreto 640/62. 3. Ademais, em virtude da essencialidade da energia elétrica, enquanto insumo, para o exercício da atividade de telecomunicações, indubitavelmente se revela o direito ao creditamento de ICMS, em atendimento ao princípio da não-cumulatividade. 4. O princípio da não-cumulatividade comporta três núcleos distintos de incidência: (I) circulação de mercadorias; (II) prestação de serviços de transporte; e (III) serviços de comunicação. 5. "O art. 33, II, da LC 87/96 precisa ser interpretado conforme a Constituição, de modo a permitir que a não cumulatividade alcance os três núcleos de incidência do ICMS previstos no Texto Constitucional, sem restringi-la à circulação de mercadorias, sem dúvida a vertente central, mas não única hipótese de incidência do imposto" (REsp 842.270/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 26/06/2012). 6. Recurso especial a que se dá provimento. Acórdão submetido ao rito do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008.

Em consulta anteriormente realizada à Procuradoria do Estado, a, então, Assessora Jurídica deste Colegiado, Rachel Lucena de Andrade, seguindo a linha do STJ, opinou

pela possibilidade do creditamento do ICMS, referente à entrada de energia elétrica consumida pelas prestadoras de serviço de telecomunicações.

Dessa forma, em consonância com o parecer emitido e tratando-se de tema pacificado nos tribunais superiores, decido pela improcedência da acusação, para reconhecer o direito de as empresas de telecomunicação utilizarem os créditos decorrentes das aquisições de energia elétrica na sua atividade fim.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu provimento, para reformar a sentença monocrática e julgar *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001803/2015-03, lavrado em 13/10/2015, contra a empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A, inscrição Estadual nº 16.064.797-5, já qualificada nos autos, eximindo o sujeito passivo dos ônus decorrentes do presente lançamento tributário.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo. em 11 de maio de 2018.

Gilvia Dantas Macedo
Conselheira Relatora