Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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

**Processo nº 1522742015-7**
**TRIBUNAL PLENO**
**Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULG PROC FISCAIS - GEJUP.**
**Recorrida: TELEMAR NORTE LESTE S/A.**
**Repartição Preparadora: CENTRO DE ATEND. AO CIDADÃO - GR1 SEFAZ - JOÃO PESSOA.**
**Autuantes: JOÃO ELIAS COSTA FILHO E EDUARDO SALES COSTA.**
**Relatora: CONSª. MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES**

CRÉDITO INDEVIDO. AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA UTILIZADA NOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSOS REPETITIVOS. ESSENCIALIDADE. 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, em razão de sua essencialidade e 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, e de acordo com o voto da relatora pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter a sentença monocrática que julgou improcedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001981/2015-34, lavrado em 4/11/2015, 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.

P.R.E

Tribunal pleno de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 12 de setembro de 2019.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal pleno de Julgamento, CHRISTIAN VILAR DE QUEIROZ (SUPLENTE), DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, THAÍS GUIMARAES TEIXEIRA e PETRONIO RODRIGUES LIMA.

SANCHA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE ALENCAR
Assessora Jurídica

**Relatório**

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001981/2015-34, lavrado em 4/11/2015, contra a empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A., Inscrição Estadual nº 16.064.797-5, com ciência pessoal, em 9/11/2015, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/9/2015 e 30/9/2015, 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 INITERRUPTA OCORRÊNCIA DE SALDO DEVEDOR NO PERÍODO AUTUADO, MANTENDO A REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA EM IGUAL VALOR AO LANÇAMENTO INDEVIDO EFETUADO TUDO EM CONFORMIDADE COM O DEMONSTRATIVO EM ANEXO, ELABORADO TOMANDO POR BASE OS LANÇAMENTOS EFETUADOS NA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – EFD.

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 n° 6.379/96, sendo apurado um crédito tributário no valor de R$ 1.801.608,28, sendo R$ 900.804,14, de ICMS, e R$ 900.804,14, de multa por infração.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Inconformada com a autuação, a autuada, através de advogados, apresentou reclamação, em 4/12/2015, onde aborda inicialmente sobre a tempestividade da defesa, fazendo em seguida um breve relato dos fatos *(fls. 37-44)*.

No mérito, defende o direito ao aproveitamento dos créditos do ICMS, relativos à aquisição de energia elétrica pelas empresas de telecomunicação, alegando o caráter industrial dos serviços por elas prestados e a imprescindibilidade desse insumo para a consecução de sua atividade fim.

Diz que a decisão da Primeira Turma do STF, ao julgar o RE nº 888.269/MG, manteve decisão do STJ pelo aproveitamento do crédito do ICMS incidente nas aquisições de energia elétrica, extirpando o entendimento Fiscal em contrário.

Transcreve ementa do REsp nº 1.201.635/MG, em que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento submetido à sistemática dos recursos repetitivos, assegurou o direito ao crédito do ICMS nas aquisições de energia elétrica pelas empresas de telefonia, fundado na essencialidade do insumo para a atividade de telecomunicações e na aplicação do Decreto Federal nº 640/62, que equipara os serviços de telecomunicação à indústria básica.

Afirma que o art. 44 da Lei nº 6.379/96, reproduzindo o art. 33, II, “b” da LC nº 87/96, admite o creditamento da energia elétrica consumida no processo de industrialização, inferindo que, por se tratar de insumo indispensável à execução do serviço prestado pela empresa, negar o direito ao crédito nessas operações é afrontar a não cumulatividade do ICMS.

Ao final, requer a procedência da presente impugnação para que seja reconhecida a insubsistência do auto de infração, extinguindo o crédito tributário nele consubstanciado.

Com informação de constarem antecedentes fiscais, os autos foram conclusos *(fl. 99)* e remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para o julgador fiscal, Lindenberg Roberto de Lima, que decidiu pela *improcedência* do feito fiscal, com recurso de ofício ao Conselho de Recursos Fiscais, nos termos do art. 80 da Lei nº 10.094/2013 *(fls. 129-138)*.

Cientificada da decisão de primeira instância, por via postal, em 13/8/2018 AR *(fls.141)*, a autuada não apresentou Recurso Voluntário.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Remetidos a este Colegiado, os autos foram distribuídos a esta relatoria para análise e julgamento.

**Este é o relatório.**

VOTO

Em exame o recurso hierárquico interposto contra decisão de primeira instância que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001981/2015-34, lavrado em 4/11/2015, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

**Mérito**

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:*

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

*(...)*

*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;*

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

No entanto, a Lei Kandir (Lei Complementar 87/96), na contramão do texto constitucional, introduziu 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.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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;*

Há que se considerar que o governo Federal, no interesse de estimular o desenvolvimento das telecomunicações, havia promulgado 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*".

Assim, 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, induvidoso 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,*

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

*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.*

Feitas essas considerações, 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 decidiu pela improcedência do feito fiscal, assegurando o direito de ao creditamento pela empresa do ICMS relativo às aquisições de energia elétrica consumida nas atividades de necessárias à prestação dos serviços de telecomunicação, tomando como base as decisões dos Tribunais Superiores e decisões anteriores deste Conselho de Recursos Fiscais reconhecendo este entendimento.

Conforme o Código Tributário Nacional – CTN, 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 seu art. 46, 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, o art. 4º, do Decreto nº 7.212/2010, que trata do IPI, assim expressa:

*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);*

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

*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).*

Na nossa ótica, nos 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 aperfeiçoe 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.

Ademais, o direito ao crédito, conforme estipulado pela Constituição Federal, está condicionado à uma saída subsequente, de forma a configurar uma operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços, o que não está caracterizada no presente caso.

Assim, embora não se rejeite sua condição de elemento essencial à atividade dos serviços de telecomunicação, a energia elétrica não se reveste na condição de matéria prima que irá compor qualquer produto comercializado pela autuada, uma vez que a finalidade de uma empresa de telefonia é proporcionar a comunicação entre seus usuários, tratando-se de simples prestação de serviços, não havendo que se falar em qualquer componente para a sua caracterização.

No entanto, considerando as decisões proferidas nos Tribunais Superiores, e neste Colegiado, e, ainda, em consonância com o parecer emitido pela Procuradora do Estado, Rachel Lucena de Andrade, Assessora Jurídica deste Colegiado, no Processo nº 045.016.2012-9, nessa mesma linha, ratifico a decisão de primeira instância, 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.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Por todo o exposto,

**VOTO** pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovimento*, para manter a sentença monocrática que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001981/2015-34, lavrado em 4/11/2015, 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.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo em 12 de setembro de 2019.

MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES

Conselheira Relatora

Phoca PDF