



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 1453702015-6

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: OI MÓVEL S/A

Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes: JOÃO ELIAS COSTA FILHO E EDUARDO SALES COSTA

Relatora: CONS.^a GÍLVIA DANTAS MACEDO

ICMS. APROPRIAÇÃO DE CRÉDITO FISCAL NAS AQUISIÇÕES DE ENERGIA ELÉTRICA POR EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. POSSIBILIDADE. STJ. 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 hierárquico, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter inalterada a sentença monocrática que julgou improcedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001806/2015-47, lavrado em 13/10/2015, contra a empresa OI MÓVEL S.A., inscrição estadual nº 16.211.981-0, já qualificada nos autos, eximindo o sujeito passivo de quaisquer ônus decorrentes do presente lançamento tributário.

P.R.I

Tribunal pleno de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 30 de agosto de 2019.

GÍLVIA DANTAS MACEDO

Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal pleno de Julgamento, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, THAÍS GUIMARAES TEIXEIRA e PETRONIO RODRIGUES LIMA.

FELIPE TADEU LIMA SILVINO
Assessor Jurídico

Relatório

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, recurso hierárquico interposto nos moldes do art. 80 da Lei nº 10.094/2013 contra a decisão monocrática, que julgou improcedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001806/2015-47 (fls. 3 e 4), lavrado em 13 de outubro de 2015, que denuncia a empresa, acima identificada, pelo cometimento da irregularidade abaixo transcrita, **ipsis litteris**:

Descrição da Infração:

CRÉDITO INDEVIDO (ENTRADA DE ENERGIA ELÉTRICA NO ESTABELECIMENTO) >>
Contrariando dispositivos legais, o contribuinte se creditou do ICMS destacado em documento(s) fiscal(is), relativos 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 o demonstrativo anexo (mídia digital CD-R), elaborado tomando por base os lançamentos efetuados na EFD (Escrituração Fiscal Digital Registros C500 e C590).

Considerando infringido o art. 72, § 1º, II do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, os agentes fazendários, por lançamento de ofício, constituíram crédito tributário no importe de R\$ 3.155.129,32, sendo R\$ 1.577.564,66 de ICMS e R\$ 1.577.564,66 de multa por infração com arrimo

no art. 82, V, “h”, da Lei 6.379/96.

Documentos instrutórios anexos às fls. 5 a 12 dos autos.

Regularmente cientificada da lavratura do libelo basilar, em 21/10/2015, em conformidade com o art. 11, I, da Lei nº 10.094/2013 como também com o Termo de Ciência constante na exordial (fl. 4), o contribuinte impetrou peça reclamationária (fls. 15 a 25) em tempo hábil, na qual pleiteia a insubsistência do auto de infração sub examine pelas razões seguintes:

(a) ao negar à OI MOVEL S/A o direito de creditamento de ICMS sobre energia elétrica utilizada em seu estabelecimento, a Fiscalização contrariou o pacífico entendimento acerca da possibilidade do creditamento de ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida pelas empresas de telefonia, cujas decisões do STF e do STJ, em sede de recurso repetitivo, RE nº 888.269/MG e REsp nº 1.201.635/MG, são taxativas.

(b) ademais, a multa aplicada, no percentual de 100% do crédito aproveitado, deve ser cancelada, por não se tratar de hipótese de utilização de crédito indevido ou inexistente.

A partir destas premissas, a impugnante discorre acerca do direito ao aproveitamento dos créditos de ICMS provenientes da aquisição de energia elétrica, o qual é amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência, em virtude do seu caráter industrial e da imprescindibilidade da energia elétrica como insumo para a sua prestação, conforme registra às fls. 16 a 23 dos autos.

Além disso, clama pelo reconhecimento da impossibilidade da multa por infração de 100% do imposto não recolhido, de acordo com fls. 23 e 24.

Ao final, reitera o pedido de insubsistência do feito fiscal, e requer que as intimações sejam enviadas ao advogado Felipe Ribeiro Coutinho G. da Silva, OAB/PB nº 11.689, no endereço Av. Engenheiro Clodoaldo Gouveia, nº 87, Centro, João Pessoa/PB, CEP 58013-370.

Documentos instrutórios, fls. 26 a 74.

Sem informações de antecedentes fiscais (fl. 75), os autos foram conclusos e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, onde foram distribuídos à julgadora fiscal, Rosely Tavares de Arruda.

Antecedendo a discussão de mérito, juntou-se aos autos o Processo nº 0244462017-8 por meio do qual a empresa autuada comunicou à Fazenda Estadual a revogação da procuração de advogados, consoante fls. 80 e 81 e documentos seguintes (fls. 82 a 104).

Enfim, a julgadora fiscal decidiu pela *improcedência* do auto de infração *sub judice*, em conformidade com a sentença acostada às fls. 105 a 111 e o entendimento esposado na ementa infracitada, *in verbis*:

CRÉDITO INDEVIDO. AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÃO. EQUIPARAÇÃO À INDÚSTRIA. ART. 1º DO DECRETO 640/62. VALIDADE. PRECEDENTE. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO REPETITIVO. POSSIBILIDADE DE CREDITAMENTO. ACUSAÇÃO DESCARACTERIZADA.

Sob o rito do recurso repetitivo, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão em que reconhece a validade da equiparação dos serviços de telecomunicações à indústria de base, para todos os efeitos legais, conforme dispõe o art. 1º do Decreto 640/62, estando este compatível com o ordenamento jurídico atual, firmando-se o entendimento de que as empresas de telecomunicações tem o direito ao creditamento sobre o ICMS incidente na entrada de energia elétrica, em atendimento ao princípio da não-cumulatividade.

AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE

Ciente da decisão proferida pelo órgão julgador monocrático, via postal com Aviso de Recebimento (fls. 115), o sujeito passivo não mais se manifestou nos autos.

Enfim, remetidos os autos a esta Corte, estes foram distribuídos a esta relatoria, para exame e decisão, segundo critério regimentalmente previsto.

É o relatório.

VOTO

Versam os autos a respeito de *aproveitamento de crédito indevido oriundo das aquisições de energia elétrica por estabelecimento prestador de serviço de telecomunicações*. A denúncia em referência consta no Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001806/2015-47, peça basilar deste caderno processual, que foi julgado *improcedente* pelo órgão julgador singular, que interpôs hierárquico a este Conselho de Recursos Fiscais.

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 1988, 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 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 102/2000, 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.

De fato, 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.* (grifos nossos)

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 aperfeiçoar 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, indubitoso 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.

Seguindo o entendimento supracitado do STJ, a julgadora singular proferiu sentença declarando a improcedência do feito fiscal, opinando pela possibilidade do creditamento do ICMS referente à entrada de energia elétrica consumida pelas prestadoras de serviço de telecomunicações, conforme fls. 105 a 111.

De igual modo, este Colegiado também já se manifestou em processo semelhante, reconhecendo o direito ao aproveitamento de crédito fiscal de ICMS nas aquisições de energia elétrica por estabelecimento prestador de serviço de telecomunicações, de acordo com o Acórdão nº 459/2017, abaixo transcrito, *ipsis litteris*:

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

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.

Acórdão nº 459/2017 - Processo nº 045.016/2012-9

Relatora: Cons^a. NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO.

Dessa forma, em consonância com decisão pretérita desta Casa, como também parecer emitido pela Assessora Jurídica do órgão no Processo nº 045.016/2012-9, e tratando-se de tema pacificado

nos tribunais superiores, perfilho-me ao entendimento esposado pela instância prima, corroborando a 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 hierárquico, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter inalterada a sentença monocrática que julgou improcedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001806/2015-47, lavrado em 13/10/2015, contra a empresa OI MÓVEL S.A., inscrição estadual nº 16.211.981-0, já qualificada nos autos, eximindo o sujeito passivo de quaisquer ônus decorrentes do presente lançamento tributário.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 30 de agosto de 2019.

GÍLVIA DANTAS MACEDO

Conselheira Relatora