

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 19.978/13/2ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000179208-31
Impugnação: 40.010132878-18
Impugnante: Nextel Telecomunicações Ltda
IE: 062956363.01-99
Proc. S. Passivo: Mauro Henrique Alves Pereira/Outro(s)
Origem: DF/BH-1 - Belo Horizonte

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - ENERGIA ELÉTRICA. Constatou-se aproveitamento indevido de créditos de ICMS, provenientes de aquisições de energia elétrica, uma vez que a atividade da Autuada consiste na prestação de serviços de comunicação, na modalidade de telefonia. Infração caracterizada nos termos do disposto no art. 66, inciso III c/c § 4º, incisos I e II da Parte Geral do RICMS/02. Corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação e Multa Isolada capitulada no art. 55, inciso XXVI da Lei nº 6.763/75. Lançamento procedente. **Decisão unânime.**

RELATÓRIO

A autuação versa sobre recolhimento a menor de ICMS no período compreendido entre janeiro de 2011 a junho de 2012, em decorrência da apropriação indevida de crédito de ICMS relativo à entrada de energia elétrica.

Infração constatada por meio da conferência de notas fiscais de entrada de energia elétrica e da escrituração fiscal em face da inobservância, pela Autuada, do disposto no art.66, inciso III c/c § 4º incisos I e II, Parte Geral do RICMS/02.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação de 50% (cinquenta por cento), art. 56, inciso II e Multa Isolada, prevista no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 192/206, contra a qual o Fisco se manifesta às fls. 226/246.

DECISÃO

Da Preliminar

A Impugnante requer a produção de prova pericial, como forma de comprovar existência de processo industrial (transformação) empregado na geração de telecomunicação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O pedido de prova pericial suscitado pela Impugnante não envolve questões que requeiram propriamente a produção de prova pericial, uma vez que se discute o direito ao crédito de ICMS na entrada de energia elétrica, tendo em vista o disposto no art. 66, § 4º, item 1 do RICMS/02. A atividade da Autuada consiste na prestação de serviços de comunicação, na modalidade telefonia, especificamente, serviço móvel especializado.

Nesse sentido, como já visto em provimento anterior:

CONVENCENDO-SE O MAGISTRADO, DA DESNECESSIDADE DA PROVA PERICIAL REQUERIDA, PARA A FORMAÇÃO DE SUA CONVICÇÃO PESSOAL ACERCA DA LIDE, DEVE INDEFERIR A SUA REALIZAÇÃO, PRINCIPALMENTE QUANDO A FINALIDADE DA PRETENSÃO É MERAMENTE PROTETÓRIA (PROCESSO NÚMERO: 2.0000.00.425505-4/000(1)RELATOR: ANTÔNIO SÉRVULO”, TJMG).

O indeferimento é assegurado nos termos do art. 142, inciso II do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto n.º 44.747 de 03 de março de 2008.

Segundo a doutrina de Alexandre Freitas Câmara, em Lições de D. Processual Civil:

“em casos em que o julgamento do mérito da causa depende de conhecimentos técnicos de que o magistrado não dispõe, deverá ele recorrer ao auxílio de um especialista, o perito, que dispondo do conhecimento técnico necessário, transmitirá ao órgão jurisdicional seu parecer sobre o tema posto à sua apreciação”.

Significa dizer que somente deverá haver perícia quando o exame do fato probando depender de conhecimentos técnicos ou especiais e essa prova tiver utilidade diante dos elementos disponíveis para exame.

Entretanto, é verificado que os argumentos carreados aos autos pelo Fisco, bem como pela própria Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão. Cite-se, a propósito, decisão já proferida abordando a questão anteriormente:

SE A MATÉRIA TRATADA NOS AUTOS VERSAR SOBRE QUESTÃO EMINENTEMENTE DE DIREITO, QUANTO AO RECONHECIMENTO OU NÃO DA PERCEPÇÃO DE DIFERENÇA SALARIAL, DECORRENTE DA CONVERSÃO DE URV, DESNECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL CONTÁBIL, A QUAL PODERÁ SER REALIZADA, ACASO NECESSÁRIO, EM SEDE DE EXECUÇÃO. A PROVA PERICIAL SOMENTE SE APRESENTA NECESSÁRIA QUANDO A INFORMAÇÃO DEPENDER DA OPINIÃO DE ESPECIALISTA NA MATÉRIA QUE ESCAPA DO UNIVERSO DE CONHECIMENTO DO JULGADOR, HIPÓTESE ESSA NÃO CARACTERIZADA NO CASO VERTIDO. ASSIM, INDEFERE-SE O PEDIDO (PROCESSO NÚMERO 1.0024.05.661742-6/001(1), RELATOR: CÉLIO CÉSAR PADUANI, TJMG).

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Menciona-se, por oportuno, trecho extraído do Acórdão nº 984880-TO STJ, “o debate recursal, *in casu*, é estritamente de direito, pois basta interpretar a definição legal da atividade industrial para fins de tributação e verificar se nela se abarcam as empresas de telecomunicação” (destacou-se).

Por todo o exposto, rejeita-se o pedido de produção de prova pericial, com fundamento no art. 142, § 1º, II, alíneas “a” e “c” do RPTA.

Esse E. Conselho já decidiu de forma semelhante no Acórdão nº 15.739/02/1ª. Confira adiante a ementa da decisão do “Recurso de Agravo” desse Acórdão.

Do Mérito

Conforme relato acima, versa a autuação sobre recolhimento a menor de ICMS no período de janeiro de 2011 a junho de 2012, devido sobre prestação de serviço de comunicação na modalidade de telefonia móvel, em decorrência da apropriação indevida de crédito de ICMS relativo à entrada de energia elétrica.

Verifica-se que a tese da Defesa está calcada no entendimento de que a atividade econômica exercida por ela se enquadra no conceito de industrialização. No entanto, conforme se demonstrará adiante, este não é o entendimento predominante quer seja na esfera administrativa ou na judicial.

Compõem o Auto de Infração os seguintes anexos:

Anexo 1 – Relação das Notas Fiscais de Entrada de energia CFOP 1.255 – fls. 29/84;

Anexo 2 – Quadro demonstrativo do Crédito Tributário mensal e por exercício – Consolidado a partir da relação de notas fiscais relacionadas no Anexo 1. – fls. 85/86;

Anexo 3 – Crédito Tributário consolidado por período – fls. 87/88;

Anexo 4 – Cópias das Notas Fiscais de Entrada – CFOP 1255, relacionadas no Anexo 1 (por amostragem) – fls. 89/135;

Anexo 5 – Livro Registro de Apuração do ICMS extraído dos arquivos eletrônicos transmitidos pelo SPED – fls. 136/191.

Registra-se que os créditos de ICMS estornados estão relacionados às aquisições de energia elétrica no período, cujas operações de entradas encontram-se classificadas no **CFOP 1.255 – “Compra de energia elétrica por estabelecimento prestador de serviço de comunicação”**.

O direito ao aproveitamento, sob a forma de crédito, dos valores correspondentes ao ICMS proveniente do consumo de energia elétrica é reconhecido apenas às empresas industriais, e não às prestadoras de serviço de comunicação conforme entendimento do art. 33, inciso II, alínea “b” da Lei Complementar nº 87/96, com redação dada pela LC nº 102/00 e Lei Complementar nº 122/06. Confira o teor da norma que motivou o estorno dos créditos de ICMS:

Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.

Art. 20 - Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado 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.

(...)

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:

- a) quando for objeto de saída de energia elétrica;
- b) quando consumida no processo de industrialização; (grifou-se)
- c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais;
- d) a partir de 1º de janeiro de 2011, nas demais hipóteses;

Sabe-se que em matéria tributária, sobretudo quando se trata de regras de compensação do imposto, são as normas e os princípios que compõem o sistema tributário que devem orientar o âmbito de alcance dos direitos e deveres neles estabelecidos.

Não procedem as alegações da Impugnante de que o Decreto Federal nº 640/62 define os serviços de telecomunicações como indústria básica. O mencionado instrumento legal foi editado em momento de grave crise do setor de telecomunicações, que afetava os negócios públicos, a segurança nacional e a normalidade do desenvolvimento econômico do país.

É de se notar que os objetivos específicos eram de flexibilizar os processos de financiamento oficiais para as empresas privadas de telefonia, possibilitar ao Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico implementar políticas financeiras com vistas ao desenvolvimento do segmento e reaparelhar o setor de telecomunicações do país.

Assim, o mencionado decreto não tem o alcance pretendido pela Impugnante, pois, para a legislação do ICMS, o conceito de indústria diz respeito à atividade produtiva de transformação, ou seja, a transformação de matérias-primas em bens, situação que não ocorre com a atividade de prestação de serviço de telecomunicação. Nesta, ocorre uma geração, emissão e transmissão de comunicação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

É certa a afirmação de que a legislação atual de regência da matéria trata a atividade da Impugnante como prestação de serviço de comunicação. Nesse aspecto, a Constituição da República, a Lei Complementar nº 87/96 e o RICMS/02 preveem a incidência do ICMS sobre prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive geração, emissão, recepção, etc.

A organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais relativos a telecomunicações encontram-se disciplinados na Lei Federal nº 9.472/97. Confira-se:

LEI Nº 9.472, DE 16 DE JULHO DE 1997

Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº. 8, de 1995.

(...)

LIVRO III

DA ORGANIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

TÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Capítulo I

Das Definições

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

Depreende-se que o Decreto Federal nº 640/62 foi editado num contexto que não mais persiste, aliada à excepcionalidade da norma, de utilidade à época de sua edição e com finalidade nítida de enfrentar uma situação de crise no setor de telecomunicações.

Desta forma, a legislação aplicável à espécie e a interpretação que deve ser dada ao vernáculo "**indústria**" para fins de legislação do imposto. Para tanto, transcreve-se a definição que se extrai dos dicionários para o vocábulo indústria, a começar pelo "Vocabulário Jurídico":

“**Indústria**”. Derivado do latim indústria (atividade, aplicação, trabalho), é usado geralmente em sentido amplo e em sentido restrito.

Em sentido amplo, indústria é empregado para designar toda e qualquer espécie de atividade ou trabalho, que tenha por finalidade realizar qualquer espécie de negócio ou empreendimento, cujo objeto dominante seja o lucro (sic). E, assim, indústria assenta no caráter lucrativo da ocupação, mostrada numa série variada de atividades: arte, ofício, negócio, etc.

Em sentido restrito indústria indica-se somente a organização que tem por objetivo a produção, pela transformação da matéria-prima, seja em grande escala (indústria fabril), ou em pequena (artesanal).

Indústria. “**No sentido de atividade secundária é que a toma a Economia moderna, indicando-a para englobar as atividades de produção ou qualquer de suas modalidades, excluídas a atividade primária (agricultura) e a atividade terciária (prestação de serviço).**” (SILVA, de Plácido. Vocabulário Jurídico. 15ª ed. Revista e atualizada por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 428. (destacou-se)

No mesmo sentido, o dicionário “Michaelis - Moderno Dicionário da Língua Portuguesa” traz a seguinte definição sobre o vernáculo “indústria”.

“in.dús.tria sf (lat industria) 1 **Conjunto de artes de produção, em oposição à agricultura e ao comércio. (...) 7 pop A contribuição industrial.** I. animal: a que se aplica à caça, à pesca etc. I. agrícola: os trabalhos da agricultura. I. de base, Econ: empresa ou setor industrial que alimenta outras indústrias. I. de ponta, Econ: empresa ou setor industrial que realiza a montagem final de um conjunto de peças fornecidas por outras fábricas.

I. de transformação, Econ: **setor da produção industrial voltado para a transformação de matérias-primas em bens, distinguindo-se, portanto, da produção agrícola e da indústria extrativa vegetal e mineral.** I. extrativa: aquela cuja finalidade é extrair da terra ou dos mares tudo o que pode trazer proveito ao homem. I. manufatora: aquela que modifica os produtos naturais pelo trabalho manufatureiro ou mecânico. I. mineral: a que tem por fim a exploração das jazidas, minas, pedreiras etc. I. vegetal: a que é empregada na exploração do campo e colheita dos frutos. De indústria: De caso pensado, de propósito”. (destacou-se)

Para os efeitos da legislação do ICMS, a acepção da referida palavra indústria está associada, em princípio, à ideia de mercadorias ou produtos. E, tanto assim é que o fato imponível no caso deste imposto distingue duas situações: as operações relativas à circulação de mercadorias e as prestações de serviços de transporte **interestadual e intermunicipal e de comunicação**. E, é justamente nesta última, que se enquadra a atividade do estabelecimento autuado.

Nesse contexto, a Lei Complementar nº. 87/96 estabelece que para os serviços de comunicação o imposto incida sobre “as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza”.

A situação prevista na Lei Complementar para fato gerador do imposto **associa uma obrigação de fazer, que é própria da atividade de prestação de serviços**, não caracterizando qualquer vínculo com atividade industrial. Ou seja, **não será industrializado o que advier de prestação de serviço**, conforme fundamenta Geraldo Ataliba (ICMS - semi-elaborados, RDT, n. 48, p. 31-2) (destacou-se).

Para ilustrar reproduz-se a definição sobre prestação de serviços, comunicação e telecomunicação, nos ensinamentos do Professor Sérgio Pinto Martins:

"Prestação de serviços é a operação pela qual uma pessoa, em troca do pagamento de um preço (preço do serviço), realiza em favor de outra a transmissão de um bem imaterial (serviço). Prestar serviços é vender bem imaterial, que pode consistir no fornecimento de trabalho, na locação de bens móveis ou na cessão de direitos. (...) a prestação de serviços (...) presume um vendedor (prestador do serviço), um comprador (tomador do serviço) e um preço (preço do serviço)." (MARTINS, Sérgio Pinto. Manual do ISS. São Paulo: Malheiros, 1995. P.36.).

Para comunicação e telecomunicação tem-se a definição extraída do “Glossário de Termos Técnicos da ANATEL”:

“Comunicação 1. (Dec. 97057/88) transferência unilateral ou bilateral de informação por meio de sinais convencionais.” (p.42)

“Telecomunicação 1. (Dec. 97057/88) comunicação realizada por processo eletromagnético. 2. (RR) qualquer transmissão, emissão ou recepção de símbolos, sinais, texto, imagens e sons ou inteligência de qualquer natureza através de fio, de rádio, de meios ópticos ou de qualquer outro sistema eletromagnético." (p. 5).

A legislação do IPI - art. 3º, parágrafo único da Lei nº 4.502/64 e o CTN - art. 46, parágrafo único, não deixam dúvidas de que a atividade de industrialização não tem correlação com a atividade de prestação de serviços de comunicação.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964

Dispõe Sobre o Imposto de Consumo e reorganiza a Diretoria de Rendas Internas.(...)

Art . 3º Considera-se estabelecimento produtor todo aquele que industrializar produtos sujeitos ao imposto.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo, considera-se industrialização qualquer operação de que resulte alteração da natureza, funcionamento, utilização, acabamento ou apresentação do produto, salvo:

I - o conserto de máquinas, aparelhos e objetos pertencentes a terceiros;

II - o acondicionamento destinado apenas ao transporte do produto;

III - O preparo de medicamentos officinais ou magistrais, manipulados em farmácias, para venda no varejo, diretamente e consumidor, assim como a montagem de óculos, mediante receita médica. (Incluído pelo Decreto-Lei nº 1.199, de 1971)

IV - a mistura de tintas entre si, ou com concentrados de pigmentos, sob encomenda do consumidor ou usuário, realizada em estabelecimento varejista, efetuada por máquina automática ou manual, desde que fabricante e varejista não sejam empresas interdependentes, controladora, controlada ou coligadas. (Incluído pela Lei nº 9.493, de 1997).

Já o Código Tributário Nacional, também nessa mesma linha, determina o fato gerador do IPI de forma clara e específica, sem qualquer menção à prestação de serviços de comunicação:

Lei nº 5. 172, de 25 de Outubro de 1966

Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e Institui Normas Gerais de Direito Tributário Aplicáveis à União, Estados e Municípios.

(...)

SEÇÃO I

Imposto sobre Produtos Industrializados

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

I - o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira;

II - a sua saída dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do artigo 51;

III - a sua arrematação, quando apreendido ou abandonado e levado a leilão.

Parágrafo único. Para os efeitos deste imposto, considera-se industrializado o produto que tenha

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo.

O parecer supostamente elaborado pelo Prof. Alcides Jorge Costa não foi apresentado na impugnação. Contudo, pode ser entendido como peça de mera interpretação da legislação em questão, uma vez que sustenta uma interpretação que não encontra correspondência com os conceitos jurídicos tributários presentes na legislação em vigor.

Quanto ao Laudo Técnico nº 9.068 de 2004, de autoria do Instituto de Pesquisas Tecnológicas – IPT, embora a Impugnante tenha feito várias referências à importância do referido parecer para sustentação de sua tese, constata-se que essa prova também não foi juntada ao PTA.

Não obstante, o laudo técnico mencionado não tem aplicabilidade em matéria tributária, faltando-lhe legitimidade para desconstituir o que a legislação tributária vigente definiu de forma clara e precisa, qual seja, a impossibilidade de aproveitamento, sob a forma de créditos, os valores do ICMS incidentes sobre a energia elétrica consumida por contribuintes que se dedicam à atividade de telecomunicações.

O entendimento defendido pelo Fisco Mineiro encontra similaridade com o entendimento dos demais Fiscos de outras Unidades da Federação, fato aqui exemplificado por meio da “Decisão Normativa CAT 2”, de 29/09/04, da Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda – Governo do Estado de São Paulo, conforme texto reproduzido na Manifestação Fiscal, às fls. 308/312.

No âmbito da Fazenda Estadual – SEF/MG, essa matéria foi reiteradamente apreciada por esse E. Conselho de Contribuintes, que tem se posicionado sempre favorável à vedação legal, o que ocorre no caso dos autos, como se pode constatar de forma clara e precisa.

Destaca-se o teor do Acórdão nº 15.739/02/1ª referente à autuação sobre crédito de ICMS - aproveitamento indevido - energia elétrica, por empresa do mesmo segmento:

ACÓRDÃO Nº 15.739/02/1ª

IMPUGNANTE/AGRAV.: TELEMAR NORTE LESTE S/A

(...)

PTA/AI: 01.000139701-68

INSCRIÇÃO ESTADUAL: 062.149964.00-47(AUTUADA)

ORIGEM: AF/ BELO HORIZONTE - RITO: ORDINÁRIO

EMENTA

RECURSO DE AGRAVO - PERÍCIA. CONSTAM DOS AUTOS ELEMENTOS DE PROVA QUE SUPREM A PERÍCIA REQUERIDA, TORNANDO-A DESNECESSÁRIA. RECURSO DE AGRAVO NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - ENERGIA ELÉTRICA - INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA O APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS PROVENIENTES DA AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA, UMA VEZ QUE A ATIVIDADE DA AUTUADA CONSISTE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO, NA MODALIDADE DE TELEFONIA, NÃO SE ENCONTRANDO ABARCADA PELO DISPOSTO NO ITEM 1, DO § 4º, DO ARTIGO 66, DO RICMS/96. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. EXIGÊNCIAS FISCAIS MANTIDAS.

LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Confira, também, o teor do acórdão referente à autuação sobre crédito de ICMS - aproveitamento indevido- energia elétrica, pela própria Impugnante no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2010:

ACÓRDÃO: **20.665/12/1^a** RITO: ORDINÁRIO
PTA/AI: 01.000169636-77
IMPUGNAÇÃO: 40.010129775-43
IMPUGNANTE: NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
IE: 062956363.01-99
PROC. S. PASSIVO: MAURO HENRIQUE ALVES
PEREIRA/OUTRO(S)
ORIGEM: DF/BELO HORIZONTE - DF/BH-1

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - ENERGIA ELÉTRICA. CONSTATOU-SE APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS DE ICMS, PROVENIENTES DE AQUISIÇÕES DE ENERGIA ELÉTRICA, UMA VEZ QUE A ATIVIDADE DA AUTUADA CONSISTE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO, NA MODALIDADE DE TELEFONIA. INFRAÇÃO CARACTERIZADA NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ART. 66, INCISO III C/C § 4º, INCISOS I E II, DA PARTE GERAL DO RICMS/02. CORRETAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA CAPITULADA NO ART. 55, INCISO XXVI DA LEI Nº 6.763/75. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Essa matéria foi objeto, também, de apreciação em sede de Recurso Especial junto ao Superior Tribunal de Justiça, e de apelação junto ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cujos acórdãos se traz à colação, respectivamente:

RECURSO ESPECIAL Nº 984.880 - TO (2007/0208971-9)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN

RECORRENTE : ESTADO DO TOCANTINS

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROCURADOR : IVANEZ RIBEIRO CAMPOS E OUTRO(S)

RECORRIDO : BRASIL TELECOM S/A

ADVOGADO : PAULO CÉZAR PINHEIRO CARNEIRO E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. MANDADO DE SEGURANÇA.

REPRESENTANTE DO ESTADO. INTIMAÇÃO PESSOAL.

AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. CREDITAMENTO. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM INDUSTRIALIZAÇÃO. ART. 33, II, "B", DA LC 87/1996. INAPLICABILIDADE.

1. A PARTIR DA SENTENÇA, O REPRESENTANTE DO ESTADO DEVE SER INTIMADO PESSOALMENTE DE TODAS AS DECISÕES PROFERIDAS EM MANDADO DE SEGURANÇA.

2. NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, É IMPRESCINDÍVEL A INTIMAÇÃO PESSOAL DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DF E DOS MUNICÍPIOS, EMBORA ESSA PROVIDÊNCIA SEJA DISPENSADA NO ÂMBITO DO STJ.

3. A FAZENDA PÚBLICA FOI INTIMADA PESSOALMENTE DO ACÓRDÃO EM 6.2.2007 E INTERPÔS O RECURSO ESPECIAL EM 8.3.2007. TEMPESTIVIDADE RECONHECIDA.

4. O PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE POR SI SÓ NÃO PERMITE O CREDITAMENTO AMPLO E IRRESTRITO DE ICMS RELATIVO À AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA.

5. O CONSUMO DE ENERGIA SOMENTE GERA DIREITO A CREDITAMENTO NOS EXATOS TERMOS E LIMITES PREVISTOS PELO ART. 33, II, "B", DA LC 87/1996.

6. HIPÓTESE EM QUE O TRIBUNAL DE ORIGEM EQUIPAROU A EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÃO À INDÚSTRIA, COM BASE NA INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL (DECRETO DO CONSELHO DE MINISTROS 640/1962).

7. EM PRINCÍPIO, A DISCUSSÃO QUANTO À NATUREZA DA ATIVIDADE EMPRESARIAL (SE É INDUSTRIAL OU NÃO) ATRAIRIA A INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. NO PRESENTE CASO, DE MODO PECULIAR, A DEFINIÇÃO DA NATUREZA INDUSTRIAL FOI FIXADA PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM TÃO-SÓ COM BASE NA INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL (EM ESPECIAL, DO DECRETO 640/1962).

8. O DEBATE RECURSAL, *IN CASU*, É ESTRITAMENTE DE DIREITO, POIS BASTA INTERPRETAR A DEFINIÇÃO LEGAL DA ATIVIDADE INDUSTRIAL PARA FINS DE TRIBUTAÇÃO E VERIFICAR SE NELA SE ABARCAM AS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÃO.

9. DESNECESSIDADE DE PERQUIRIR SOBRE A NATUREZA DO DECRETO 640/1962, SE É LEGISLAÇÃO FEDERAL PARA FINS DE

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ANÁLISE PELO STJ. ISSO PORQUE O CONTEÚDO DESSA NORMA É INCONTROVERSO, NÃO DEMANDANDO A INTERPRETAÇÃO DO STJ.

10. ANÁLISE DA VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS DA LEGISLAÇÃO FEDERAL POSTERIOR AO DECRETO 640/1962, EM ESPECIAL O ART. 33 DA LC 87/1996, INTERPRETADO À LUZ DO CONCEITO DE INDUSTRIALIZAÇÃO DADO PELO CTN (ART. 46, PARÁGRAFO ÚNICO), ALÉM DO REGULAMENTO DO IPI E DA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES.

11. EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA, A DEFINIÇÃO DE ATIVIDADE INDUSTRIAL É DADA PELO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, LEI POSTERIOR AO CITADO DECRETO 640/1962. "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" (ART. 46, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN). O ART. 4º DO REGULAMENTO DO IPI DETALHA A ATIVIDADE INDUSTRIAL, NOS LIMITES FIXADOS PELO CTN.

12. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO NÃO SE CONFUNDE COM ATIVIDADE INDUSTRIAL.

13. AS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES PRESTAM SERVIÇOS (ART. 1º DA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES). ESSA ACEPÇÃO É ADOTADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AO DEFINIR A COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA RELATIVA AO ICMS (ART. 155, II).

14. OS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES, QUE SE SUBMETEM EXCLUSIVAMENTE AO ICMS (E NÃO AO IPI), NÃO REPRESENTAM ATIVIDADE INDUSTRIAL PARA FINS DA TRIBUTAÇÃO.

15. É INVIÁVEL O CREDITAMENTO DE ICMS RELATIVO À AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA PELAS CONCESSIONÁRIAS DE TELECOMUNICAÇÕES, NOS TERMOS DO ART. 33, II, "B", DA LC 87/1996, POIS SÃO PRESTADORAS DE SERVIÇO, E NÃO ENTIDADES INDUSTRIAIS.

16. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

ACÓRDÃO

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS AUTOS EM QUE SÃO PARTES AS ACIMA INDICADAS, ACORDAM OS MINISTROS DA SEGUNDA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: "A TURMA, POR UNANIMIDADE, DEU PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO(A) SR(A).

MINISTRO(A)-RELATOR(A)." OS SRS. MINISTROS MAURO CAMPBELL MARQUES, ELIANA CALMON, CASTRO MEIRA E HUMBERTO MARTINS VOTARAM COM O SR. MINISTRO RELATOR.

DR(A). LEONARDO GRECO, PELA PARTE RECORRIDA: BRASIL TELECOM S/A

BRASÍLIA, 18 DE DEZEMBRO DE 2008(DATA DO JULGAMENTO).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN – RELATOR

**APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº
1.0024.03.013030-6/002 - COMARCA DE BELO
HORIZONTE - REMETENTE: JD 4 V FEITOS TRIBUTARIOS
ESTADO COMARCA BELO HORIZONTE - APELANTE(S):
FAZENDA PÚBLICA ESTADO MINAS GERAIS -
APELADO(A)(S): TELEMIG CELULAR S/A - RELATOR:
EXMO. SR. DES. EDGARD PENNA AMORIM**

NÚMERO DO PROCESSO: 1.0024.03.013030-6/002(1)

RELATOR: EDGARD PENNA AMORIM

RELATOR DO ACORDÃO: EDGARD PENNA AMORIM

DATA DO JULGAMENTO: 01/03/2007

DATA DA PUBLICAÇÃO: 01/06/2007

INTEIRO TEOR:

**EMENTA: TRIBUTÁRIO - AÇÃO DECLARATÓRIA - ICMS -
PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE - PRESTAÇÃO DE
SERVIÇOS DE TELEFONIA - ENERGIA ELÉTRICA -
CREDITAMENTO - IMPOSSIBILIDADE -
INDUSTRIALIZAÇÃO - FALTA DE ENQUADRAMENTO -
LIMITAÇÕES TEMPORAIS - LEGALIDADE -
CONSTITUCIONALIDADE - ART. 155, II, § 2º, INCS. I E XII,
'C', DA CR/88 - ARTS. 20 E 33, INC. II, 'B' E 'D', DA LEI
COMPLEMENTAR N.º 87/96 ALTERADA PELAS LC N.º
102/2000 E 114/2002 - ART. 29 DA LEI ESTADUAL N.º
6.765/75 - ART. 66 DO RICMS/02. 1 - NÃO HÁ FALAR EM
CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA EM 'PROCESSO DE
INDUSTRIALIZAÇÃO', PARA AQUISIÇÕES DE ENERGIA ELÉTRICA
POR PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES,
PELO QUE INEXISTE O DIREITO DE APROVEITAMENTO DOS
RESPECTIVOS CRÉDITOS DE ICMS, PREVISTO NO ART. 33, INC. II,
'B', DA LEI COMPLEMENTAR N.º 87/96. 2 - A JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL TEM ENTENDIDO QUE O
POSTERGAMENTO NO TEMPO DO DIREITO DE
APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS DE ICMS ORIUNDOS DE
ENTRADAS DE ENERGIA ELÉTRICA, A TEOR DO ART. 33 DA LC N.º
87/96, ALTERADO PELAS LC N.º 102/00 E LC N.º 114/02, NÃO
OFENDE O PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. 3 - SENTENÇA
REFORMADA, EM REEXAME NECESSÁRIO, E RECURSO
VOLUNTÁRIO PREJUDICADO.**

**APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº
1.0024.03.013030-6/002 - COMARCA DE BELO
HORIZONTE - REMETENTE: JD 4 V FEITOS TRIBUTARIOS
ESTADO COMARCA BELO HORIZONTE - APELANTE(S):
FAZENDA PÚBLICA ESTADO MINAS GERAIS -
APELADO(A)(S): TELEMIG CELULAR S/A - RELATOR:
EXMO. SR. DES. EDGARD PENNA AMORIM**

ACÓRDÃO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VISTOS ETC., ACORDA, EM TURMA, A 8ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, INCORPORANDO NESTE O RELATÓRIO DE FLS., NA CONFORMIDADE DA ATA DOS JULGAMENTOS E DAS NOTAS TAQUIGRÁFICAS, À UNANIMIDADE DE VOTOS, EM REFORMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

BELO HORIZONTE, 01 DE MARÇO DE 2007.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - RELATOR

A evidência resta demonstrada a ilegitimidade dos créditos apropriados pela Autuada. Qualquer outro entendimento significa legitimar a apropriação de crédito de ICMS de energia elétrica em situação não autorizada pela legislação do imposto.

Por derradeiro, transcreve-se a ementa da consulta formulada pela própria Autuada a respeito do tema em análise, cuja resposta conclui pela vedação expressa quanto ao aproveitamento do crédito referente à energia elétrica consumida. Confira a íntegra da consulta às fls. 244/246.

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 245/2006

(MG DE 20/10/2006)

PTA Nº : 16.000151799-62

CONSULENTE : NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.

ORIGEM : BELO HORIZONTE - MG

CRÉDITO DE ICMS - ENERGIA ELÉTRICA - SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO - A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO NÃO SE TRATA DE ATIVIDADE INDUSTRIAL A QUE SE REFERE O ART. 222 DO RICMS/2002 E, PORTANTO, NÃO É CABÍVEL O CREDITAMENTO DE ICMS RELATIVO À ENERGIA ELÉTRICA ADQUIRIDA E EMPREGADA NESTA PRESTAÇÃO.

(...)

DOLT/SUTRI/SEF, 19 DE OUTUBRO DE 2006.

MANOEL N. P. DE MOURA JÚNIOR

DIRETOR/DOLT EM EXERCÍCIO

ANTONIO EDUARDO M. S. P. LEITE JUNIOR

DIRETOR DA SUPERINTENDÊNCIA DE TRIBUTAÇÃO

PUBLICADA NO DOE/MG DE 20 DE OUTUBRO DE 2006 - SEXTA-FEIRA - DOLT/SUTRI

O Acórdão nº 984880-TO/STJ resume bem os conceitos relevantes para a definição sobre a atividade econômica da Autuada, para efeitos tributários:

EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA, A DEFINIÇÃO DE ATIVIDADE INDUSTRIAL É DADA PELO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, LEI POSTERIOR AO CITADO DECRETO 640/1962. "CONSIDERA-SE INDUSTRIALIZADO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O PRODUTO QUE TENHA SIDO SUBMETIDO A QUALQUER OPERAÇÃO QUE LHE MODIFIQUE A NATUREZA OU A FINALIDADE, OU O APERFEIÇOE PARA O CONSUMO" (ART. 46, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN). O ART. 4º DO REGULAMENTO DO IPI DETALHA A ATIVIDADE INDUSTRIAL, NOS LIMITES FIXADOS PELO CTN. **PRESTAÇÃO DE SERVIÇO NÃO SE CONFUNDE COM ATIVIDADE INDUSTRIAL.** AS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES PRESTAM SERVIÇOS (ART. 1º DA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES). ESSA ACEPÇÃO É ADOTADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AO DEFINIR A COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA RELATIVA AO ICMS (ART. 155, II). OS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES, QUE SE SUBMETEM EXCLUSIVAMENTE AO ICMS (E NÃO AO IPI), NÃO REPRESENTAM ATIVIDADE INDUSTRIAL PARA FINS DA TRIBUTAÇÃO. (DESTACOU-SE)

Assim, caracterizada a infringência à legislação tributária, estando corretamente demonstradas as exigências de ICMS, multa de revalidação e multa isolada, legítimo se torna o lançamento.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Alexandre Périssé de Abreu e Sauro Henrique de Almeida.

Sala das Sessões, 19 de fevereiro de 2013.

André Barros de Moura
Presidente / Revisor

Fernando Luiz Saldanha
Relator

T