



CEARÁ

GOVERNO DO ESTADO

SECRETARIA DA FAZENDA

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

RESOLUÇÃO Nº075/2023

SESSÃO: 22ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 12 DE ABRIL DE 2023

PROCESSO Nº: 1/412/2022

AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 1/202201701

RECORRENTE: TELEFONICA BRASIL S/A

CGF: 06.668.877-9

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR: MARCUS VINÍCIUS DE VASCONCELOS MAIA

EMENTA: ICMS. CRÉDITO DE ENERGIA ELÉTRICA. 1. O contribuinte creditou-se do imposto oriundo de aquisição de energia elétrica no período 02/2017 a 12/2017. 2. Autuação com fundamento no art. 60, § 11, do Decreto nº 24.569/97; art. 49, § 2º, e 52 da Lei nº 12.670/96. 3. Penalidade nos termos do art. 123, II, “a”, da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei 13.418/03. 4. Os serviços de telecomunicações, para todos os efeitos legais, são considerados indústria básica, nos termos do Decreto nº 640/1962. 5. Tese jurídica sujeita à sistemática de recursos repetitivos (arts. 1.036/1.041 do CPC) no âmbito do STJ. 6. Tese nº 541 do STJ. 7. Precedentes: REsp nº 842.270/RS e 1.201.635/MG. 8. Recurso ordinário conhecido e provido, para fins de reformar a decisão de 1ª instância, para julgar a autuação fiscal IMPROCEDENTE, em conformidade com manifestação oral, em sessão, do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

Palavras-chave: ICMS. Creditamento de ICMS. Aquisição de energia elétrica. Serviços de telecomunicação. Possibilidade. Improcedência.

RELATÓRIO

A autuação fiscal versa sobre o seguinte teor:

CRÉDITO INDEVIDO DE ENERGIA ELÉTRICA. O CONTRIBUINTE CREDITOU-SE INDEVIDAMENTE DE ICMS PROVENIENTE DE AQUISIÇÕES DE ENERGIA ELÉTRICA, NO EXERCÍCIO DE 2017, NO MONTANTE DE R\$ 4.018.911,25, CONFORME INFORMAÇÃO COMPLEMENTAR ANEXA A ESTE AUTO DE INFRAÇÃO.



CEARÁ

GOVERNO DO ESTADO

SECRETARIA DA FAZENDA

Trata-se de Auto de Infração com imposição de imposto no valor de R\$ 4.018.911,25 e de multa no valor de R\$ 4.018.911,25. Período da infração: 02/2017 a 12/2017. Dispositivos infringidos: art. 60, § 11, do Decreto nº 24.569/97; arts. 49, § 2º e 52 da Lei nº 12.670/96; e penalidade nos termos do art. 123, II, "a", da Lei nº 12.670/96.

Nas informações complementares, a autoridade fiscal expõe que, em cumprimento ao Mandado de Ação Fiscal (MAF) nº 2021.02750, foi realizada a auditoria fiscal plena, no exercício de 2017, e após análise dos livros e documentos fiscais e contábeis da empresa, constatou-se o aproveitamento indevido do montante de R\$ 4.018.911,25, a título de crédito de energia elétrica, em sua apuração mensal do ICMS.

O trabalho de auditoria buscou, no levantamento fiscal, os lançamentos escriturados nos CFOPs que registram compras de energia elétrica que são compreendidos nos intervalos de 1.251 a 1.257, bem como de 2.251 a 2.257, que registram compras de energia elétrica em operações internas e em operações interestaduais, respectivamente, no exercício de 2017.

Através da análise das informações obtidas, constatou-se que o contribuinte lançou em sua escrituração fiscal digital, no ano de 2017, crédito de ICMS relativo a compra de energia elétrica em operações registradas sob o CFOP 1.255, no valor de 4.052.356,50. Registrado no CFOP 2.255, foi lançado o valor de 3.236,83. Verificou-se, também, que o contribuinte lançou na rubrica "outros créditos", de sua EFD, o valor de R\$ 232.352,79 a título de energia elétrica.

O contribuinte alega que o aproveitamento de crédito de energia elétrica foi declarado legítimo pelo Superior Tribunal de Justiça, com base no fato de que o STJ fundamenta sua decisão na equiparação do serviço de telecomunicação a atividade de industrialização, com base no Decreto nº 640/62.

Destacou a equipe de auditoria que, como na prestação de serviço de telecomunicação não ocorre a operação de saída de energia elétrica, não se aplica o princípio da não cumulatividade, pois somente através de benefício ou incentivo fiscal, concedido por meio de previsão expressa em lei complementar ou convênio do CONFAZ, as prestadoras de serviço de telecomunicação teriam direito ao crédito de energia elétrica.

Por fim, a equipe de auditoria destaca que os valores relativos ao mês de janeiro de 2017, por terem sido alcançados pela decadência tributária, foram excluídos da cobrança do auto de infração.

A autuada interpôs impugnação, sustentando a legitimidade do direito à apropriação do crédito de energia elétrica com base no art. 1º do Decreto 640/62, que dispõe que os serviços de telecomunicações foram equipados à indústria básica para todos os efeitos legais, tendo suscitado precedente do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido (REsp 1.201.635/MG),

sendo uma matéria nitidamente de índole infraconstitucional, requerendo ao final cancelamento da autuação fiscal.

O julgador singular decidiu pela procedência da autuação fiscal ao considerar a apropriação de crédito de ICMS de energia elétrica realizada de modo indevido pelo contribuinte, sendo aplicada a penalidade prevista no artigo 123, II, "a", da Lei nº 12.670/96.

Em sede de recurso ordinário autuada reitera todos os argumentos já expendidos na defesa e requer o cancelamento da autuação fiscal.

Em apertada síntese, é o que se relata.

VOTO DO RELATOR

Compreende-se do teor do presente processo administrativo fiscal autuação fiscal alusiva à empresa TELEFONICA BRASIL S/A, que teria aproveitado, indevidamente, no período de 02/2017 a 12/2017, créditos alusivos à aquisição de energia elétrica no montante de R\$ 4.018.911,25 (quatro milhões, dezoito mil, novecentos e onze reais e vinte e cinco centavos).

Em análise ao teor das Informações Complementares ao auto de infração, infere-se que a presente ação fiscal considerou que a autuada incorreu em infração ao art. 60, § 11, do Decreto nº 24.569/97; e arts. 49, § 2º, e 52 da Lei 12.670/96; com penalidade nos termos do art. 123, II, "a", da Lei nº 12.670/96, com alteração dada pela Lei nº 13.418/03.

Inicialmente, impende destacar que não foram suscitadas, em sede de impugnação, preliminares de mérito por parte da autuada, sendo que o cerne da matéria posta à apreciação deste órgão julgador cinge-se a aspectos eminentemente jurídicos.

Nesse tocante, a tese jurídica sob exame reporta-se à possibilidade de aproveitamento de créditos do ICMS em razão da aquisição de energia elétrica utilizada por empresa prestadora de serviços de telecomunicação.

Nesse sentido, para amparar sua pretensão, parte a autuada de interpretação sistemática haurida diretamente dos art. 1º do Decreto nº 640/62, do art. 60, § 11, I, 'b', do Decreto nº 24.569/97 e art. 33, II, 'b' da LC nº 87/96. Referidas disposições normativas são assim colacionadas:

Decreto nº 640/62

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.



CEARÁ
GOVERNO DO ESTADO
SECRETARIA DA FAZENDA

Art. 60. Para fins de compensação do ICMS devido, constitui crédito fiscal o valor do imposto relativo:

§ 11. A energia elétrica entrada no estabelecimento somente dará direito a crédito:

I – a partir de 1º de janeiro de 2001:

(...)

b) quando consumida no processo de industrialização;

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;

Nesse sentido, objetivando conferir organicidade e sistematicidade à interpretação dos preceitos normativos acima referidos, conclui-se que os serviços de telecomunicação, para todos os efeitos legais, são considerados indústria básica, sendo possibilitada, em observância ao princípio (ou técnica) constitucional da não-cumulatividade do ICMS, o aproveitamento de crédito fiscal decorrente de aquisição de energia elétrica. Assim, para fins de compensação do imposto devido, constitui crédito fiscal a energia elétrica entrada no estabelecimento (a partir de 1º de janeiro de 2001), quando consumida no processo de industrialização.

A matéria objeto da presente lide administrativa foi submetida à sistemática de recursos repetitivos, no âmbito do STJ, adotando-se as seguintes diretrizes para seu processamento no âmbito daquele tribunal superior:

I) O presidente ou o vice-presidente do tribunal de justiça ou de tribunal regional federal (tribunal de origem) selecionará dois ou mais recursos especiais para representarem a controvérsia, admitindo-os como recursos representativos da controvérsia – RRC (art. 1.036, § 1º, do CPC);

II) O andamento dos demais processos (individuais ou coletivos) pendentes que tramitem no estado ou região sobre o mesmo assunto será suspenso por decisão do tribunal de origem que encaminhará os recursos representativos da controvérsia ao Superior Tribunal de Justiça-STJ para julgamento (art. 1.036, § 1º, do CPC);

III) Publicado o acórdão do recurso que julgou o tema, os recursos especiais suspensos nos tribunais de origem serão processados da seguinte forma (art. 1.040 do CPC):

III.I) se a decisão adotada pelo tribunal de origem coincidir com o posicionamento do STJ, será negado seguimento ao recurso especial;

III.II) se a decisão adotada pelo tribunal de origem divergir do posicionamento do STJ, a matéria poderá ser apreciada novamente por aquele tribunal; caso seja mantida a decisão divergente, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

Neste aspecto, colaciona-se o julgamento do REsp 1201635/MG, sob o regime de recurso repetitivo, no tocante à equiparação dos serviços de telecomunicações, para todos os efeitos legais, à indústria básica, nos termos do Decreto nº 640/62:

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, indubitável 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. REsp 1.201.635/MG, DJ 21/10/2013.

Deste modo, no âmbito processual, considerando que, nos termos do art. 1.040 do CPC, uma vez publicado o acórdão paradigma, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior, compreende-se que, inobstante o zelo e diligência empreendidos pela equipe de auditoria no desenvolvimento da ação fiscal, a presente tese jurídica, caso venha a ser objeto de medida judicial por parte do Estado do Ceará, terá seu seguimento negado caso seja objeto de apreciação no âmbito dos tribunais superiores.

Nesse sentido, inobstante seja válida a perquirição do sentido interpretativo mediante o cotejo do métodos histórico (análise da conjuntura histórica em que a norma foi editada) e autêntico (análise da real intenção do legislador ao editar a norma) observa-se que no texto normativo do Decreto nº 640/62 não há ressalva, ou qualquer condicionante estabelecida pelo legislador, que limite o alcance de suas disposições. Deste modo, e de acordo com as lições de Carlos Maximiliano, “quando o texto menciona o gênero, presumem-se incluídas as espécies respectivas (...) aplica-se a regra geral aos casos especiais, se a lei não determina evidentemente o contrário. *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*: onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir”. (Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 201).

Por derradeiro, por critério de razoabilidade, economicidade, e em consonância com orientação jurisprudencial firmada no âmbito do STJ, em sede de sistemática de recursos repetitivos, e como medida prudencial, evitando maiores riscos financeiros e processuais ao Erário Estadual, sopesando-se eventuais ônus decorrentes de possíveis demandas judiciais a serem julgadas em sentido desfavorável ao Estado do Ceará, especialmente no âmbito dos tribunais superiores, e dado o presente contexto, impõe-se a improcedência da ação fiscal.

Em tempo, cabe destacar que, em julgamento realizado em 08 de março de 2021, o ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal (STF), negou seguimento à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 427, ajuizada em 2016 pelo então governador do Estado do Paraná, contra o artigo 1º do Decreto nº 640/1962, que considerou

o serviço de telecomunicações como indústria básica, de interesse para o fomento da economia do país e de relevante significado para a segurança nacional. Segundo o relator, não cabe a utilização da ADPF para discutir a constitucionalidade de certo diploma normativo, pois esse tipo de processo “não faz as vezes de ação direta de constitucionalidade ou inconstitucionalidade”, visto que o autor almeja utilizar a ADPF como sucedâneo recursal ou ação rescisória para fins de reverter um precedente fixado pelo STJ no legítimo exercício de sua competência constitucional, isto é, uniformizar a interpretação da legislação federal.

Destaque-se, por oportuno, e considerando a tese jurídica que restou consolidada no âmbito do STJ (Tese nº 541 do STJ: “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”), em sede

da sistemática de recursos repetitivos, no tocante à possibilidade de creditamento de ICMS por ocasião da aquisição de energia elétrica por empresa de telecomunicações, o representante da douta Procuradoria Geral do Estado se manifestou, em sessão, pela improcedência da acusação fiscal.

Pelo exposto, conheço do recurso ordinário interposto para lhe dar provimento, no sentido de reformar a decisão singular, para fins de julgar pela **IMPROCEDÊNCIA** do feito fiscal.

É como voto.

DECISÃO

A 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso ordinário interposto, resolve, no mérito, por unanimidade de votos, dar-lhe provimento para reformar a decisão de procedência proferida no julgamento de 1ª Instância, para julgar **IMPROCEDENTE** a acusação fiscal, com fundamento no art. 33, inciso II, alínea “b” da Lei Complementar 87/96, e na Tese nº 541, do STJ, nos termos do voto do conselheiro relator, referendado, em sessão, pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Presente à sessão para sustentação oral do recurso o advogado, Dr. Maurício Barros.

SALA DA SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 12 de abril de 2023.

Raimundo Frutuoso de Oliveira Junior
Presidente

Marcus Vinícius de Vasconcelos Maia
Conselheiro Relator



CEARÁ
GOVERNO DO ESTADO
SECRETARIA DA FAZENDA

