



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 11.265 - RS (2011/0065462-5)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE : **ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
PROCURADORES : **CÂNDIDO INÁCIO MARTINS DE OLIVEIRA E OUTRO(S)**
: **GUILHERME DE ESCOBAR GUASPARI**
AGRAVADO : **VIVO S/A**
ADVOGADOS : **CLÁUDIO LEITE PIMENTEL E OUTRO(S)**
: **SACHA CALMON NAVARRO COELHO**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO. TRIBUTÁRIO. ICMS. PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. CREDITAMENTO DO IMPOSTO INCIDENTE SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. POSSIBILIDADE.

1. A Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp 842.270/RS (Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ acórdão Min. Castro Meira, DJe de 26.6.2012), pacificou entendimento no sentido de que, em se tratando da prestação dos serviços de telecomunicação, é legítimo o creditamento do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida na prestação do serviço, tendo em vista que as empresas de telefonia promovem processo industrial por equiparação. Esse entendimento foi confirmado no julgamento do REsp 1.201.635/MG (Rel. Min. Sérgio Kukina — recurso submetido ao regime do art. 543-C do CPC), conforme notícia veiculada no Informativo 523/STJ.
2. Agrado regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agrado regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

A Sra. Ministra Eliana Calmon, os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília (DF), 17 de setembro de 2013.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 11.265 - RS (2011/0065462-5)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORES : CÂNDIDO INÁCIO MARTINS DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
GUILHERME DE ESCOBAR GUASPARI
AGRAVADO : VIVO S/A
ADVOGADOS : CLÁUDIO LEITE PIMENTEL E OUTRO(S)
SACHA CALMON NAVARRO COELHO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Trata-se de agravo regimental (fls. 1.145/1.151) apresentado contra decisão monocrática do Ministro Presidente/STJ da qual se extrai:

Inicialmente, no que se refere à alegada afronta ao disposto no art. 535, inciso II, do CPC, verifico que o julgado recorrido não padece de qualquer omissão ou contradição, porquanto decidiu fundamentadamente a **quaestio** trazida à sua análise, não podendo ser considerado nulo tão somente porque contrário aos interesses da parte. Nesse sentido: AgRg no AREsp 187.598/RJ, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Benedito Gonçalves**, DJe de 5/9/2012; REsp 1.133.689/PE, **Segunda Seção**, Rel. Min. **Massami Uyeda**, DJe de 18/5/2012; AgRg no Ag 1.092.421/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 6/3/2012; AgRg no Ag 977.769/RJ, **Corte Especial**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 25/2/2010.

Ademais, a eg. **Primeira Seção** deste c. **Superior Tribunal de Justiça**, no julgamento do **Recurso Especial 842.270/RS** (Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Min. **Castro Meira**, DJe 26/06/2012), consolidou o entendimento de que é possível o creditamento de ICMS sobre a energia elétrica utilizada na prestação de serviços por concessionárias de telecomunicações, cuja atividade é equiparada à industrialização (art. 1º do Decreto n.º 640/62).

O agravante aduz, em suma, que:

Portanto, pedindo-se vênica ao entendimento pacificado nessa E. Corte, as empresas de telecomunicações não podem ser consideradas entidades industriais no sistema tributário constitucional vigente, sem que se incorra em contrariedade aos arts. 21, XI e 155, II, da CF.

Então, o Decreto 640/62, do Conselho de Ministros, ainda que não conste sua revogação expressa, está tacitamente revogado, por incompatibilidade com a legislação superveniente, ou não recepcionado desde a promulgação da Constituição de 1988, que previu tributação para os serviços de telecomunicações definindo-os como operações de prestação de serviços; e assim foram regulados pela legislação que se seguiu.

Ademais, o julgamento do tema por esse E. STJ também violou os princípios da isonomia tributária e da não cumulatividade, previstos respectivamente nos arts. 150, II, e 155, § 2º, da CF, porquanto se estará conferindo às empresas de telecomunicações crédito a que somente fazem jus as indústrias de transformação de energia, sem qualquer justificativa legal ou constitucional, além do que o imposto destacado pelas empresas produtoras de energia não será repassado para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pagamento na etapa seguinte, mas sim diminuído do imposto a pagar pelas teles, podendo trazer enorme prejuízo econômico aos estados, ao arrepio do princípio da não cumulatividade previsto no art. 155, § 2º, II, da CF.

Requer seja provido o recurso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 11.265 - RS (2011/0065462-5)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO. TRIBUTÁRIO. ICMS. PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. CREDITAMENTO DO IMPOSTO INCIDENTE SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. POSSIBILIDADE.

- 1. A Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp 842.270/RS (Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ acórdão Min. Castro Meira, DJe de 26.6.2012), pacificou entendimento no sentido de que, em se tratando da prestação dos serviços de telecomunicação, é legítimo o creditamento do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida na prestação do serviço, tendo em vista que as empresas de telefonia promovem processo industrial por equiparação. Esse entendimento foi confirmado no julgamento do REsp 1.201.635/MG (Rel. Min. Sérgio Kukina — recurso submetido ao regime do art. 543-C do CPC), conforme notícia veiculada no Informativo 523/STJ.**
- 2. Agravo regimental não provido.**

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

O recurso não merece prosperar.

A Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp 842.270/RS (Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ acórdão Min. Castro Meira, DJe de 26.6.2012), pacificou entendimento no sentido de que, em se tratando da prestação dos serviços de telecomunicação, é legítimo o creditamento do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida na prestação do serviço, tendo em vista que as empresas de telefonia promovem processo industrial por equiparação.

Em razão da importância da decisão, transcreve-se a respectiva ementa:

TRIBUTÁRIO. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. ENERGIA ELÉTRICA. CREDITAMENTO. POSSIBILIDADE. ART. 33, II, "B", DA LC 87/96. DECRETO 640/62. EQUIPARAÇÃO À INDÚSTRIA BÁSICA PARA TODOS OS EFEITOS LEGAIS. VALIDADE E COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO ATUAL. ORDEM EM MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDA. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

- 1. O art. 1º do Decreto n.º 640/62, que equiparou, para todos os efeitos legais, os serviços de telecomunicação à indústria básica, é compatível com o ordenamento jurídico vigente, em especial com a Lei Geral de Telecomunicações, com o Regulamento do IPI e com o Código Tributário Nacional.**
- 2. O art. 33, II, "b", da LC 87/96 autoriza o creditamento do imposto incidente sobre energia elétrica quando "consumida no processo de industrialização". Como o art. 1º do Decreto 640/62 equipara, para todos os efeitos legais, a atividade de**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

telecomunicações ao processo industrial, faz jus a impetrante ao creditamento pretendido.

3. Segundo a regra do art. 155, II, da CF/88, o ICMS comporta três núcleos distintos de incidência: (i) circulação de mercadorias; (ii) serviços de transporte; e (iii) serviços de comunicação.

4. O princípio da não cumulatividade, previsto no § 2º do art. 155 da CF/88, abrange os três núcleos de incidência, **sem exceção**, sob pena de tornar o imposto cumulativo em relação a um deles.

5. No caso dos serviços de telecomunicação, a energia elétrica, além de essencial, revela-se como único insumo, de modo que impedir o creditamento equivale a tornar o imposto cumulativo, em afronta ao texto constitucional.

6. 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, e não apenas a circulação de mercadorias, vertente central, mas não única da hipótese de incidência do imposto.

7. 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 dos serviços.

8. Recurso especial não provido.

Ressalto que, na ocasião, proferi voto vista no qual ficou consignado que:

De início, registro que analisei atentamente os inúmeros memoriais que foram distribuídos pelos recorrentes e pelos interessados na presente demanda, e refleti sobre as questões suscitadas pelos Senhores Ministros nas sessões anteriores.

Não há nenhuma dúvida acerca da importância da presente discussão e da repercussão da decisão a ser proferida por este Tribunal.

Como bem destacado nos votos que me antecederam, a ora recorrida, na condição de prestadora de serviços de telecomunicação, para defender seu suposto direito de crédito de ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida, apresenta os seguintes argumentos: 1) por força do princípio constitucional da não cumulatividade, não se pode restringir o direito de crédito relativo ao principal insumo utilidade na atividade prestada; 2) o Decreto 640/1962, em seu artigo 1º, dispõe que "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".

Nesse contexto, a primeira controvérsia a ser solucionada é a relativa à vigência do Decreto 640/1962, especialmente no que se refere à compatibilidade entre tal diploma normativo e a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional.

O Decreto 640/62 constitui ato normativo emanado do Conselho de Ministros, órgão competente para tanto, no período parlamentarista da República, especialmente entre setembro de 1961 e janeiro de 1963.

O art. 1º da Emenda Constitucional 4/61 (que se auto denominou "Ato Adicional" e instituiu o sistema parlamentar de governo) estabeleceu o exercício do Poder Executivo pelo Presidente da República e pelo Conselho de Ministros, "cabendo a este a direção e a responsabilidade da política do governo, assim como da administração federal".

Conforme exposto no próprio Decreto 640/1962, ele ampara-se no art. 18, III, do Ato Adicional à Constituição Federal de 1946 (EC 4/61), que autoriza o exercício do Poder Regulamentar pelo Presidente do Conselho de Ministros.

Como se verifica, o Decreto em comento tem fundamento próprio de validade,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não obstante o curto período de tempo que durou o Regime Parlamentarista na história brasileira.

Como não houve revogação expressa, é forçoso reconhecer que, no aspecto formal, não há óbice para que se admita que tal diploma normativo foi recepcionado pelas Constituições que sucederam a Constituição Federal de 1946, especialmente pela Constituição Federal de 1988.

Quanto ao tema revogação, é oportuno destacar que, em pesquisa ao endereço eletrônico da Presidência da República ("<http://www.planalto.gov.br>"), verifica-se que o Decreto de 15 de fevereiro de 1991 revogou expressamente uma infinidade de decretos vigentes entre 1889 e 1990, sendo que foram mais de 200 páginas do Diário Oficial nas quais foram arrolados os decretos revogados.

Entre os decretos revogados, constou o Decreto 640/62. Contudo, no Diário Oficial de 24 de julho de 1991, esclareceu-se que o decreto mencionado foi revogado por engano. Na retificação constou que:

"ONDE SE LÊ: 640, DE 2 MARÇO DE 1962, DO CONSELHO DE MINISTRO;

LEIA-SE: 643, DE 2 MARÇO DE 1962, DO CONSELHO DE MINISTRO;"

Como se percebe, é manifesta a intenção de se manter a vigência do Decreto 640/62, já no regime da Constituição Federal de 1988, e seus *consideranda*, é dizer, todos os motivos ensejadores do diploma tornaram a ser avaliados e repristinados.

Quanto ao aspecto material, é certo que a Constituição Federal qualifica a atividade em comento como prestação de serviço, como bem observado no voto do Ministro Herman Benjamin.

Entretanto, adiro ao posicionamento do Ministro Castro Meira, quando afirma que essa qualificação, por si só, não impede que a atividade seja equiparada à indústria, para determinados fins.

Desse modo, satisfeito o aspecto formal e não verificada a existência de incompatibilidade (material) entre o Decreto 640/62 e a Constituição Federal, é imperioso concluir que tal diploma normativo foi recepcionado no regime constitucional vigente.

Não há falar, também, em incompatibilidade entre o Decreto 640/62 e o Código Tributário Nacional, quando este estabelece que, para efeitos do IPI, *"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). Isso porque o fato de uma norma tratar uma atividade como industrial (como faz o Decreto em comento), por si só, não a torna incompatível com outra norma que define o que é produto industrializado, para fins de incidência do IPI.

Em relação à Lei 9.472/97 — Lei Geral de Telecomunicações —, também não se constata nenhuma incompatibilidade.

A lei referida, em seu art. 60, conceitua serviço de telecomunicações nos seguintes termos:

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. (grifou-se)

Como bem observado pelo Ministro Castro Meira, o art. 77 da Lei 9.472/97 usa a expressão "*indústria de telecomunicações*". Destarte, embora a Lei 9.472/97 qualifique a atividade de telecomunicações como serviço, também admite o caráter industrial da atividade, razão pela qual não fica caracterizada incompatibilidade entre a lei referida e o Decreto 640/1962.

Por outro lado, não me alinho ao entendimento no sentido de que os motivos que ensejaram a equiparação dos serviços de telecomunicações à indústria, os quais foram explicitados no próprio Decreto 640/1962, não subsistem nos dias atuais, ao menos no que se refere ao fomento do setor de telecomunicações.

É verdade que nos grandes centros urbanos o alto grau de desenvolvimento do setor é manifesto. No entanto, há inúmeras regiões no País nas quais o serviço ainda é prestado de forma precária.

Além disso, é oportuno destacar que, nos últimos anos, o Governo Federal tem concedido uma série de incentivos às empresas que prestam serviços de telecomunicações, especialmente em razão dos eventos esportivos, de repercussão internacional, que serão sediados no Brasil nos próximos anos (Copa do Mundo de Futebol em 2014 e Olimpíadas em 2016), como noticiado pela mídia especializada.

A despeito da importância dos eventos mencionados, o fomento também se justifica pela necessidade de se democratizar o acesso à informação no País, sobretudo no que se refere ao acesso à *Internet* via "banda larga", possibilitando que a fixação de tarifas mais acessíveis permita que um maior número de brasileiros usufruam desse recurso.

Isso foi observado, inclusive, pela Presidente da República, conforme notícia veiculada no site oficial da Presidência ("<http://www.planalto.gov.br>"), ao comentar o "Termo de Compromisso" firmado entre o Governo Federal e as empresas de telefonia fixa, expressando a seguinte conclusão: "*Estou certa de que conseguiremos aumentar a oferta e diminuir o preço da internet para reduzir ainda mais a desigualdade entre os brasileiros.*" (endereço eletrônico que contém a íntegra da notícia: <http://www2.planalto.gov.br/imprensa/conversa-com-a-presidenta/conversa-com-a-presidenta-02-08-2011>).

Assim, razões de ordem econômica e de ordem social também justificam a aplicabilidade do Decreto 640/1962 nos dias atuais.

Demonstrada a vigência e aplicabilidade do Decreto 640/1962, impõe-se seja reconhecido o direito pleiteado na presente demanda, como entendeu o Tribunal de origem.

Ainda que se admita que o Decreto 640/1962 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, verifica-se que subsiste o alegado direito ao creditamento do ICMS.

Esse direito decorre do preenchimento de dois pressupostos que serão a seguir explicitados: 1) a essencialidade da energia elétrica no exercício da atividade; 2) a imposição da não-cumulatividade, no contexto específico da hipótese de incidência do ICMS sobre a atividade.

No que se refere ao primeiro pressuposto, é incontroverso que a energia elétrica constitui elemento indissociável da prestação dos serviços de telecomunicações.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em se tratando de elemento que se agrega à prestação do serviço, a energia elétrica constitui um dos insumos utilizados na exercício da atividade.

Na lição de Aliomar Baleeiro, a expressão "insumo", de difícil compreensão, é um termo de *"origem espanhola, inexistente em português, empregada por alguns economistas para traduzir a expressão inglesa **input**, isto é, o conjunto dos fatores produtivos, como matérias-primas, energia, trabalho, amortização do capital etc., empregados pelo empresário para produzir o **output**, ou o produto final"*.

E o eminente tributarista conclui: *"Insumos são os ingredientes da produção, mas há quem limite a palavra aos 'produtos intermediários' que, não sendo matérias-primas, são empregados ou se consomem no processo de produção"* (Direito Tributário Brasileiro. 11^a ed - Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: Forense, 2003, págs. 405/406).

No caso específico dos serviços de telecomunicações, é a energia elétrica que vai proporcionar a transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza (tais como símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens e sons).

E como já foi antes mencionado, o fato de tal atividade ser qualificada como serviço, por si só, não impede que se reconheça no exercício da atividade a ocorrência de processo de industrialização.

Aliomar Baleeiro, ao comentar o art. 46 do CTN, em tópico intitulado "PROCESSOS EQUIPARADOS À INDUSTRIALIZAÇÃO", entendeu que o produto industrializado *"pressupõe um processo de transformação de matéria-prima em produtos finais ou semi-acabados ou destes naqueles"*. Contudo, fez a seguinte ressalva: *"Mas o legislador estendeu esse conceito a qualquer operação física, química, mecânica ou, enfim, técnica que modifique a natureza da coisa ou a sua finalidade, ou a aperfeiçoe para o consumo"* (ob. cit., pág. 343).

O caráter essencial da energia elétrica na prestação dos serviços de telecomunicação foi bem observado por Roque Antônio Carraza e Eduardo Domingos Botallo que sustentam que tal prestação é equiparável ao processo de industrialização, aduzindo os seguintes argumentos:

A expressão "processo de industrialização" demanda adequação às diferentes variantes do ICMS, dentre as quais o que incide sobre a prestação dos serviços de telecomunicação.

Noutros termos e sendo mais específicos, a prestação dos serviços de telecomunicação é também o resultado de um processo, equiparável, em seus fundamentos, ao de industrialização.

Consequentemente, todos os insumos necessários ao desenvolvimento deste processo (prestação dos serviços de telecomunicação) geram *direito de crédito*, a exemplo do que ocorre com seus similares, no campo da industrialização em sentido estrito.

Note-se que, na prestação dos serviços de telecomunicação, a energia elétrica tem um elevadíssimo grau de essencialidade, já que, mais do que uma mera "acionadora externa de equipamentos", integra a própria estrutura do processo de prestação dos serviços em pauta (***Direito ao Crédito de ICMS pela Aquisição de Energia Elétrica Utilizada na Prestação de Serviços de Comunicação*** in Revista Dialética de Direito Tributário nº 119, agosto de 2005, pág. 77).

Contudo, a essencialidade da energia elétrica no exercício da atividade não é suficiente para que seja reconhecido o direito ao creditamento. É necessário que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

haja a imposição da não-cumulatividade, no contexto específico da hipótese de incidência do ICMS sobre a atividade.

Como bem observado pelo Ministro Castro Meira, a CF/88 estabelece três hipóteses distintas de incidência do ICMS: 1) circulação de mercadorias; 2) prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal; 3) prestação de serviços de comunicação.

É o que dispõe o art. 155, *caput* e II, da CF/88, *in verbis*: "*Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) 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*".

Por sua vez, o § 2º impõe que o ICMS seja 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*".

Como se percebe, a imposição da não cumulatividade abrange tanto a circulação de mercadorias como a prestação de serviços.

No aspecto operacional, o princípio da não cumulatividade concretiza-se com a compensação entre débitos e créditos na escrituração fiscal.

Circunscrevendo o tema ao caso dos autos, impende ressaltar que o art. 2º da LC 87/96, impõe a incidência do ICMS sobre "*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*".

Cabe aqui fazer uma distinção entre duas situações: 1) o adquirente do serviço está na condição de usuário simples do serviço; 2) o adquirente do serviço é estabelecimento empresarial.

No que concerne à segunda situação, o art. 20 da LC 87/96 assegura o direito à compensação quando o estabelecimento recebe serviços de comunicação, obstando o creditamento em relação aos serviços que sejam alheios à atividade do estabelecimento (§ 1º).

Contudo, em relação ao prestador de serviços, em ambos as situações a lei é omissa, não obstante a previsão constitucional.

Desse modo, no caso da prestação de serviços, a possibilidade de abatimento deve alcançar as operações anteriores, sob pena de se restringir o princípio da não cumulatividade apenas às hipóteses de circulação de mercadorias e de recebimentos de serviços inerentes à atividade exercida pelo estabelecimento empresarial.

E é a segunda exigência — imposição da não-cumulatividade, no contexto específico da hipótese de incidência do ICMS sobre a atividade — que vai diferenciar situações nas quais a energia elétrica, ainda que aparentemente, caracteriza-se como elemento essencial no exercício da atividade.

A Primeira Seção desta Corte já enfrentou a tese apresentada por grandes redes de supermercados que exerciam atividade de panificação (esclareça-se que a questão não foi suscitada por pequenas padarias), que sustentavam a ocorrência de industrialização em tal atividade. Reiterou-se o entendimento no sentido de que inexistia direito ao creditamento em relação às atividades comerciais nas quais há consumo de energia elétrica, mas não há processo de industrialização (REsp 1.117.139/RJ, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 18.2.2010 - recurso submetido à sistemática prevista no art. 543-C).

Os casos não se confundem e as teses não se chocam: 1) na prestação de serviços de telecomunicação, a não cumulatividade deve ser assegurada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alcançando-se as operações anteriores, permitindo o creditamento do montante pago a título de ICMS incidente sobre a energia elétrica com o montante devido em razão do serviço prestado, hipótese específica de incidência do imposto; 2) no caso de estabelecimento comercial, a não cumulatividade é atendida no que se refere às etapas anteriores à comercialização da mercadoria, atividade fim do estabelecimento, que configura hipótese de incidência diversa.

Em relação aos trens urbanos — caso que foi suscitado no presente julgamento —, ao menos em relação à prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal há hipótese específica de incidência do ICMS.

No que concerne à construção civil — atividade que também foi invocada no presente julgamento —, ainda que se admita a essencialidade da energia elétrica, não há hipótese específica de incidência sobre a atividade.

Em suma, o entendimento ora adotado não amplia, para qualquer atividade, na qual o seu exercício haja consumo de energia elétrica, a possibilidade de haver creditamento em relação ao ICMS incidente sobre a energia elétrica, mas apenas aos casos em que seja verificada a essencialidade da energia elétrica no exercício da atividade e esteja presente a imposição da não-cumulatividade, no contexto específico da hipótese de incidência do ICMS sobre a atividade.

Quanto aos últimos casos citados — trens urbanos e construção civil — esclareço, sem me comprometer com nenhuma tese, que a questão deve ser enfrentada quando efetivamente posta perante esta Corte.

Por fim, considerando a importância da decisão, cumpre fazer uma delimitação.

Apenas a parcela do ICMS incidente sobre a energia elétrica efetivamente utilizada no processo de transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza é que permitirá o creditamento, compreendida esta como a energia comprovadamente utilizada pela "estação de telecomunicações" (art. 60, § 2º, da Lei 9.472/97) da prestadora do serviço, fisicamente aferida pelos conectores e que enseja a geração de pulsos eletromagnéticos.

Ad argumentandum tantum, quando se trata de comunicação via aparelho celular, por exemplo, é a energia que permite a criação das ondas eletromagnéticas que possibilitam os radioenlaces ou conexões.

O creditamento só será possível após aferida regularmente a parcela mencionada.

Acrescente-se que, em 12 de junho de 2013, a Primeira Seção/STJ confirmou essa orientação, ao apreciar o REsp 1.201.635/MG (Rel. Min. Sérgio Kukina — recurso submetido ao regime do art. 543-C do CPC; acórdão pendente de publicação), conforme notícia veiculada no Informativo 523/STJ:

É possível o creditamento do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida pelas prestadoras de serviços de telecomunicações para abatimento do imposto devido quando da prestação de serviços. O art. 19 da LC 87/1996, em âmbito legal, assegura o direito à não-cumulatividade para o ICMS, prevendo a compensação do que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte — interestadual e intermunicipal — e de comunicação com o montante cobrado nas operações anteriores pelo mesmo estado ou por outro. Por sua vez, o art. 33, II, “b”, do referido dispositivo legal prevê a possibilidade de creditamento de ICMS relativamente à aquisição de energia elétrica, na hipótese em que o estabelecimento a utilize no processo de industrialização. A propósito, por força do Dec. 640/1962 — recepcionado pela Constituição atual e compatível com a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legislação tributária posterior —, os serviços de comunicação são equiparados à indústria. Assim, em virtude da essencialidade da energia elétrica, como insumo, para o exercício da atividade de telecomunicações, indubitavelmente se revela o direito ao creditamento de ICMS, em atendimento ao princípio da não-cumulatividade. Precedentes citados: REsp 842.270-RS, Primeira Seção, DJe 26/6/2012, e AgRg no AgRg no REsp 1.134.930-MS, Segunda Turma, DJe 19/12/2012 . **REsp 1.201.635-MG, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 12/6/2013.**

No mesmo sentido, destacam-se:

TRIBUTÁRIO. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. ENERGIA ELÉTRICA. CREDITAMENTO. POSSIBILIDADE. ART. 33, II, "B", DA LC 87/96. DECRETO 640/62. EQUIPARAÇÃO À INDÚSTRIA BÁSICA PARA TODOS OS EFEITOS LEGAIS. VALIDADE E COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO ATUAL. MATÉRIA DECIDIDA PELA PRIMEIRA SEÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O art. 1º do Decreto n.º 640/62, que equiparou, **para todos os efeitos legais**, os serviços de comunicação à indústria básica, é compatível com o ordenamento jurídico vigente, em especial com a Lei Geral de Telecomunicações, com o Regulamento do IPI e com o Código Tributário Nacional.

2. O art. 33, II, "b", da LC 87/96 autoriza o creditamento do imposto incidente sobre energia elétrica quando "consumida no processo de industrialização". Como o art. 1º do Decreto 640/62 equipara, **para todos os efeitos legais**, a atividade de telecomunicações ao processo industrial, faz jus a impetrante ao creditamento pretendido.

3. Segundo a regra do art. 155, II, da CF/88, o ICMS comporta três núcleos distintos de incidência: (i) circulação de mercadorias; (ii) serviços de transporte; e (iii) serviços de comunicação.

4. O princípio da não cumulatividade, previsto no § 2º do art. 155 da CF/88, abrange os três núcleos de incidência, **sem exceção**, sob pena de tornar o imposto cumulativo em relação a um deles.

5. No caso dos serviços de comunicação, a energia elétrica, além de essencial, revela-se como único insumo, de modo que impedir o creditamento equivale a tornar o imposto cumulativo, em afronta ao texto constitucional.

6. 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, e não apenas a circulação de mercadorias, vertente central, mas não única da hipótese de incidência do imposto.

7. 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 dos serviços.

8. Matéria decidida pela Primeira Seção no julgamento do REsp 842.270/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ acórdão Min. Castro Meira, DJ de 26.6.2012.

9. Recurso especial provido.

(REsp 1.286.617/RR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 11.9.2012)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. ENERGIA ELÉTRICA. CREDITAMENTO. POSSIBILIDADE. ART. 33, II, "B", DA LC 87/96. DECRETO 640/62. EQUIPARAÇÃO À INDÚSTRIA BÁSICA PARA TODOS OS EFEITOS LEGAIS. MATÉRIA DECIDIDA NO RITO DO ART. 543-C DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CPC, QUANDO DO JULGAMENTO DO REsp 842.270-RS.

1. Cinge-se a controvérsia sobre a possibilidade ou não de creditamento, pelas empresas de telecomunicações, do ICMS devido em face da energia elétrica utilizada nas centrais telefônicas para a prestação dos respectivos serviços, à luz do disposto no artigo 33, inciso II, alíneas “a” e “b”, da LC 87/96.

2. A Primeira Seção do STJ, na sistemática do art. 543-C do CPC, ao julgar o REsp 842.270-RS, consolidou jurisprudência 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 dos serviços.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.183.564/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 26.10.2012)

Nesse contexto, não se justifica a reforma da decisão agravada.

Por fim, verificar se a presente conclusão enseja contrariedade a princípios positivados na Constituição Federal é matéria afeta à competência do Supremo Tribunal Federal, alheia ao plano de competência desta Corte, mesmo que para fins de prequestionamento.

Diante do exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2011/0065462-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 11.265 / RS**

Números Origem: 10802276370 70037997673 70039932488 70041189580

PAUTA: 17/09/2013

JULGADO: 17/09/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : VIVO S/A
ADVOGADOS : CLÁUDIO LEITE PIMENTEL E OUTRO(S)
SACHA CALMON NAVARRO COELHO
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORES : GUILHERME DE ESCOBAR GUASPARI
CÂNDIDO INÁCIO MARTINS DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Serviços -
Concessão / Permissão / Autorização - Telefonia

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORES : GUILHERME DE ESCOBAR GUASPARI
CÂNDIDO INÁCIO MARTINS DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
AGRAVADO : VIVO S/A
ADVOGADOS : CLÁUDIO LEITE PIMENTEL E OUTRO(S)
SACHA CALMON NAVARRO COELHO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

A Sra. Ministra Eliana Calmon, os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.