



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 324.790 - SE (2013/0101254-7)

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
AGRAVANTE : ESTADO DE SERGIPE
PROCURADOR : GERVÁZIO FERNANDES DE SERRA JÚNIOR E OUTRO(S)
AGRAVADO : CLARO S.A
ADVOGADOS : LUCIANA ANGEIRAS FERREIRA E OUTRO(S)
TIALA FARIAS

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CREDITAMENTO DE ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. EQUIPARAÇÃO. INDUSTRIALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO REPETITIVO. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE.

1. A Primeira Seção desta Corte, ao julgar o **REsp 1.201.635/MG**, processado sob o rito do art. 543-C do CPC, consolidou o entendimento de possibilidade de creditamento de ICMS sobre a energia elétrica utilizada na prestação de serviços por concessionárias de telecomunicações, cuja atividade seria equiparada à industrialização.

2. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, ainda que para fins de prequestionamento, examinar na via especial suposta violação a dispositivo constitucional, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes: **EDcl no AgRg na Rcl 13.132/DF**, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 07/10/2013; **EDcl no AgRg no REsp 1.329.049/RS**, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 01/10/2013; **EDcl no AgRg no REsp 1.335.271/RS**, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 02/10/2013.

3. Agrado regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agrado regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de junho de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO SÉRGIO KUKINA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 324.790 - SE (2013/0101254-7)

RELATOR : **MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE : ESTADO DE SERGIPE
PROCURADOR : GERVÁZIO FERNANDES DE SERRA JÚNIOR E OUTRO(S)
AGRAVADO : CLARO S.A
ADVOGADOS : LUCIANA ANGEIRAS FERREIRA E OUTRO(S)
TIALA FARIAS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA: Trata-se de agravo regimental interposto pelo ESTADO DE SERGIPE, contra decisão que conheceu do agravo para dar provimento ao recurso especial, determinando o creditamento de ICMS relativamente à energia elétrica utilizada como insumo nos serviços de telecomunicação, pelas seguintes razões: (I) inexistência de violação ao art. 535 do CPC; (II) a matéria pertinente aos arts. 28, I, *f*, da Lei n.º 8.820/89; 4º, *caput*, do Decreto n.º 4.544/02; 1º do Decreto Federal n.º 640/62 e 47, XII e § 1º, II, *b*, do Decreto Estadual n.º 21.400/2002 não foi prequestionada, atraindo o óbice da Súmula 282/STF; e (III) no mérito, a Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.201.635/MG, processado sob o rito do art. 543-C do CPC, consolidou o entendimento de possibilidade de creditamento de ICMS sobre a energia elétrica utilizada na prestação de serviços por concessionárias de telecomunicações, cuja atividade seria equiparada à industrialização.

Sustenta a parte agravante, em resumo, que: (I) as empresas de telecomunicações não poderiam ser equiparadas às indústrias para fins de creditamento de ICMS relativamente à energia elétrica, porquanto haveria violação aos arts. 150, II; 155, § 2º, I e 21, XI da Constituição Federal; (II) *“à luz da necessária interpretação constitucional da LC 87/96, não se poderia definir como insumo a energia elétrica consumida pelas empresas de telecomunicações, autorizando-as à apropriação de créditos fiscais e desconsiderando sua qualidade de empresas prestadoras de serviços e consumidoras finais”* (fl. 581); (III) a equiparação das empresas de telecomunicações como indústrias ocorreu a partir de interpretação de uma legislação editada a década de 1960, cuja eficácia se encontra exaurida, além de não ter sido recepcionado pelo sistema tributário nacional vigente.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a submissão da insurgência ao órgão colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 324.790 - SE (2013/0101254-7)

VOTO

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA (Relator): A irresignação não merece acolhimento, tendo em conta que a parte agravante não logrou desenvolver argumentação apta a desconstituir os fundamentos adotados pela decisão recorrida, que ora submeto ao Colegiado para serem confirmados (fls. 574/576):

Trata-se de agravo interposto pela CLARO S/A, desafiando decisão denegatória de admissibilidade a recurso especial, este manejado com fundamento no art. 105, III, a, b e c da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, assim ementado (fls. 300/301):

APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO - CREDITAMENTO DO ICMS PELA ENERGIA ELÉTRICA UTILIZADA NO PROCESSO DE PRODUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - VEDAÇÃO AO CREDITAMENTO LEGALMENTE PREVISTA - PRECEDENTES DO STJ - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

- O creditamento constitui direito subjetivo do sujeito passivo, desde que preenchidos os requisitos legais.*
- No caso do serviço de telecomunicação, já foi decidido que este constitui prestação de serviço, sendo o preço da energia elétrica utilizada no processo de produção impossível de ser abatido no valor final do serviço.*
- 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.*

Foram opostos dois embargos de declaração pela agravante. Ambos foram rejeitados (fls. 334/343 e 477/488).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do agravo (fls. 568/572).

Nas razões do recurso especial, a parte agravante aponta, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 535, II, do CPC; 33, II, da Lei Complementar n.º 87/96; 1º da Lei Complementar n.º 102/00; 28, I, f, da Lei n.º 8.820/89; 4º, caput, do Decreto n.º 4.544/02; 1º do Decreto Federal n.º 640/62 e 47, XII e § 1º, II, b, do Decreto Estadual n.º 21.400/2002 (RICMS/SE). Sustenta, em resumo: (I) que o Tribunal de origem foi omissos, pois não houve manifestação sobre as alegações postas nos aclaratórios; e (II) a possibilidade de creditamento do ICMS referente à energia elétrica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilizada como insumo na prestação de serviço de telecomunicação. É o relatório.

Verifica-se, inicialmente, não ter ocorrido ofensa ao art. 535 do CPC, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos. Ressalte-se que não se pode confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

A matéria pertinente aos arts. 28, I, f, da Lei n.º 8.820/89; 4º, caput, do Decreto n.º 4.544/02; 1º do Decreto Federal n.º 640/62 e 47, XII e § 1º, II, b, do Decreto Estadual n.º 21.400/2002 não foi apreciada pela instância judicante de origem, tampouco foram opostos embargos declaratórios para suprir eventual omissão. Portanto, ante a falta do necessário prequestionamento, incide o óbice da Súmula 282/STF.

*Ademais, sobre o mérito do recurso, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do **REsp 1.201.635/MG**, de minha relatoria, DJe 21/10/2013, processado sob o rito do art. 543-C do CPC, consolidou o entendimento de possibilidade creditamento de ICMS sobre a energia elétrica utilizada na prestação de serviços por concessionárias de telecomunicações, cuja atividade seria equiparada à industrialização, nos termos da 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Por estar em dissonância com o entendimento jurisprudencial acima demonstrado, merece reparos o acórdão recorrido.

Ante o exposto, conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial, determinando o creditamento de ICMS relativamente à energia elétrica utilizada como insumo nos serviços de telecomunicação prestados pela parte recorrente.

Custas pela parte impetrada. Sem honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei 12.016/09.

Conforme consignado na decisão agravada, a Primeira Seção desta Corte, no julgamento do **REsp 1.201.635/MG**, processado sob o rito dos repetitivos, firmou entendimento de que é possível creditamento de ICMS sobre energia elétrica utilizada na prestação de serviços por concessionárias de telecomunicações, cuja atividade seria equiparada à industrialização.

Por fim, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, ainda que para fins de prequestionamento, examinar na via especial suposta violação a dispositivo constitucional, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. No mesmo sentido: **EDcl no AgRg na Rcl 13.132/DF**, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 07/10/2013; **EDcl no AgRg no REsp 1.329.049/RS**, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 01/10/2013; **EDcl no AgRg no REsp 1.335.271/RS**, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 02/10/2013.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

À vista do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2013/0101254-7

**AgRg no
AREsp 324.790 / SE**

Números Origem: 2009214869 2011113324 25432008 72392009

EM MESA

JULGADO: 18/06/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DARCY SANTANA VITO BELLO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : CLARO S.A
ADVOGADOS : LUCIANA ANGEIRAS FERREIRA E OUTRO(S)
TIALA FARIAS
AGRAVADO : ESTADO DE SERGIPE
PROCURADOR : GISELE DE ASSIS CAMPOS E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS / Imposto sobre Circulação de Mercadorias

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ESTADO DE SERGIPE
PROCURADOR : GERVÁZIO FERNANDES DE SERRA JÚNIOR E OUTRO(S)
AGRAVADO : CLARO S.A
ADVOGADOS : LUCIANA ANGEIRAS FERREIRA E OUTRO(S)
TIALA FARIAS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA 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 Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.