



ESTADO DO ACRE
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO ESTADO DO ACRE

ACÓRDÃO Nº:	73/2015
PROCESSO Nº:	2010/81/35652
RECORRENTE:	AMERICEL S/A
ADVOGADO:	EDSON ANTÔNIO SOUSA PINTO – OAB/RO 4643
ADVOGADO:	ANA CAROLINA R. TEIXEIRA ZANIN – OAB/AC 3534
ADVOGADO:	VANESSA OLIVEIRA LINS DE ALENCAR – OAB/SP 330365
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
PROCURADOR DO ESTADO:	LEANDRO RODRIGO POSTIGO MAIA
CONSELHEIRO RELATOR:	ANTONIO RAIMUNDO SILVA DE ALMEIDA
DATA DE PUBLICAÇÃO:	

E M E N T A

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA UTILIZADA COMO INSUMO POR PRESTADORA DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÕES. CREDITAMENTO. POSSIBILIDADE. ART. 33, II, “B”, DA LC 87/96. EQUIPARAÇÃO À INDÚSTRIA BÁSICA PARA TODOS OS EFEITOS LEGAIS, NA FORMA DO DECRETO FEDERAL 640/1962. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CUMULATIVIDADE. OBSERVÂNCIA. CREDITAMENTO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO E CANCELAMENTOS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA LEGITIMIDADE. CREDITAMENTO DE REMESSA DE MATERIAL E OUTROS. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. DECADÊNCIA TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTOS POR HOMOLOGAÇÃO. MARCO INICIAL. REGRAS DO ART. 150, § 4º DO CTN.

1. A questão está pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que em julgamento dos autos de REsp 1201635/MG sob o rito de recursos repetitivos, reconheceu o direito ao aproveitamento do crédito de energia elétrica utilizada como insumo e a equiparação das prestadoras de telecomunicações ao processo industrial para fins de creditamento, na forma do Decreto Federal 640/1962.

2. Assim, no caso das prestações de serviços de comunicação, por ser a energia elétrica considerada como um insumo indispensável na transformação do sinal de comunicação, dá-se o mesmo tratamento tributário ao que é dado aos demais insumos no processo de industrialização, estando em consonância com as regras do art. 33, inciso II, alínea “b” da LC 87/96, que autoriza o creditamento.

3. Em relação ao aproveitamento de créditos de ICMS, é correto afirmar que a escrita fiscal serve de meio comprobatório, inclusive para fins de creditamento do imposto. E, assim, compete ao contribuinte demonstrar a origem e legitimidade dos créditos apropriados por meios de livros e documentos fiscais em conformidade com a legislação tributária vigente, inteligência do art. 23, da Lei Complementar nº 87/96 que foi reproduzido pelo art. 41, do RICMS/AC, aprovado pelo Decreto Estadual nº 08/98.

4. No tocante ao creditamento de serviços de comunicação e cancelamentos, as hipóteses de estorno de débito do imposto admitidas em cada unidade federada, para recuperação do imposto destacado nas NFST ou NFSC, deverá ser observadas as regras previstas nos §§ 3º e 4º da Cláusula Terceira do Convênio ICMS 126/98 (alterado pelo Convênio ICMS 39/2001).

5. Contudo, o Estado do Acre denunciou o § 3º da Cláusula Terceira do supracitado Convênio, por intermédio do Convênio ICMS 123/2005 que foi incorporado internamente pelo Decreto Estadual nº 14.917/2006 e, assim, as regras previstas no § 3º da Cláusula Terceira do Convênio ICMS 126/98 (alterado pelo Convênio ICMS 39/2001) não se aplicam ao fisco acreano.

6. Cumpre, também, anotar que o Estado do Acre não legislou internamente sobre as hipóteses de concessão de estorno de crédito para as empresas de telecomunicações.

7. No que se refere a apropriação de créditos de remessa de material e outros, revela-se indevida ante a

inexistência de previsão legal autorizando tal apropriação.

8. Para os lançamentos por homologação, desde que ocorra o pagamento, o marco inicial para contagem do prazo decadencial se dá na forma do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

9. No que pertine a aplicação da multa punitiva, não compete ao órgão julgador administrativo apreciar suposta ilegalidade ou inconstitucionalidade de norma jurídica, sendo função essa de competência do Judiciário, conforme orientação do art. 175, da Lei Complementar Estadual nº 07/1982.

10. Recurso voluntário parcialmente provido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **AMERICEL S/A**, ACORDAM os membros do Conselho de Contribuintes do Estado do Acre, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário da contribuinte, no sentido de reconhecer a legitimidade do aproveitamento de crédito de energia elétrica utilizada como insumo na prestação de serviços de comunicação, bem como reconhecer a decadência tributária para os fatos geradores ocorridos no período de janeiro a setembro de 2005, na forma do art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional e, por outra via, manter os demais créditos estornados, tudo nos termos do voto do Conselheiro Relator, que é parte integrante deste julgado. Participaram do julgamento os Conselheiros a seguir nominados: Israel Monteiro de Souza (Presidente), Antônio Raimundo Silva de Almeida (Relator), Hilton de Araújo Santos, Luiz Antônio Pontes Silva, Reynaldo Martins Mandu e Nabil Ibrahim Chamchoum. Presente o Procurador do Estado Leandro Rodrigo Postigo Maia. Sala de Sessões, Rio Branco, capital do Estado do Acre, 02 de setembro de 2015.


Israel Monteiro de Souza
Presidente


Antônio Raimundo Silva de Almeida
Conselheiro Relator


Leandro Rodrigo Postigo Maia
Procurador do Estado



ESTADO DO ACRE
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Processo Administrativo Tributário nº 2010/81/35652 – RECURSO VOLUNTÁRIO

RECORRENTE : AMERICEL S/A

RECORRIDA : DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

RELATOR : Cons. ANTÔNIO RAIMUNDO SILVA DE ALMEIDA

RELATÓRIO

Trata o presente de recurso voluntário interposto tempestivamente pela empresa AMERICEL S/A, já qualificada nos autos, contra a Decisão de nº 422/2011, da lavra da Diretoria de Administração Tributária – Órgão Julgador de 1ª Instância, na qual manteve parcialmente o lançamento tributário exigido por intermédio do auto de infração e notificação fiscal de nº 04.106, esse com a seguinte acusação fiscal: apropriação indevida de créditos de energia elétrica, serviço de comunicação e cancelamentos, material para demonstração e outros, referente ao exercício de 2005.

Na peça recursal, a recorrente aduz, dentre outras alegações, o seguinte:

a) Inicialmente há que se salientar que, apesar do zelo da ora Recorrente, quando da elaboração de sua defesa, a fim de demonstrar as razões pelas quais a integralidade dos valores dela exigidos, a r. decisão ora recorrida não apreciou todos os seus argumentos;

b) Da decadência tributária. Ocorre que, tendo a Recorrente sido notificada do Auto de Infração em questão apenas em 05 de outubro de 2010, estariam extintos os valores relativos aos fatos geradores ocorridos entre 1º de janeiro de 2005 e 04 de outubro de 2005, uma vez que já decorridos mais de 5 anos a partir da ocorrência desses fatos geradores, nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional. No presente caso, muito embora o i. Diretor de administração tributária tenha entendido que o prazo aplicável aos débitos em questão é aquele previsto no dispositivo acima, equivocou-se na contagem do referido prazo.

c) Portanto, o termo *ad quem* para se aferir a ocorrência da decadência do direito do fisco constituir o suposto crédito tributário se dá com a Notificação do lançamento tributário,

que não se confunde com o início do procedimento de fiscalização tendente a apurar a ocorrência do fato jurídico ou com a data da lavratura do auto de infração.

d) A legitimidade do aproveitamento de créditos de ICMS decorrentes da aquisição de energia elétrica utilizada como insumo pela Recorrente, embora a Recorrente não seja uma empresa industrial, isso não significa que suas atividades não se equiparam à atividade de industrialização prevista no ordenamento jurídico pátrio, hipótese esta que autoriza o creditamento previsto no artigo 33, inciso II, alínea "b" da Lei Complementar conforme restará comprovado pelo relatório técnico;

e) Não merece prosperar a interpretação restritiva da Lei Complementar nº 102/2000, no sentido de não reconhecer o direito ao crédito do ICMS decorrente da aquisição de energia elétrica, sob pena de violação ao princípio constitucional da não-cumulatividade e ao princípio da isonomia (art. 150, inciso II, da CF/88), na medida em que não qualquer fundamento lógico ou jurídico que justifique o discrimen pretendido pelo Fisco do Estado do Acre, quando o próprio legislador infraconstitucional expressamente equiparou os serviços de telecomunicações à indústria básica, por meio do Decreto nº 640/1962, para todos os fins legais.

f) A expressa previsão da Lei Complementar nº 102/2000 no sentido de assegurar o direito ao crédito da energia elétrica consumida no processo de industrialização, a Recorrente tem o direito de se creditar do imposto pago pela energia elétrica utilizada como insumo na prestação de seus serviços, já que consumida no processo de industrialização por ela realizado.

g) A regularidade do procedimento para contestação e cancelamento de débitos relativos aos serviços de telecomunicações prestados pela Recorrente e o respectivo estorno de débitos relativos ao ICMS;

h) A impossibilidade de plena observância das exigências para o estorno dos débitos estabelecidos pelo Convênio 39/01;

i) A possibilidade de estorno de débitos referentes às situações que não configuram hipótese de incidência do imposto;

j) A legitimidade dos estornos de débitos decorrentes dos planos franquia;

m) A inaplicabilidade da multa por ser confiscatória.

Por fim, apresentou dentre os pedidos os seguintes:

I) Provimento integral ao presente recurso, anulando-se a decisão ora recorrida para que uma nova decisão seja proferida, enfrentando todos os argumentos abordados pela Defesa;

II) Caso assim não entenda, o que se admite apenas por hipótese, faz-se necessário o imediato cancelamento de parte dos supostos débitos de ICMS em questão, uma vez que já se encontram definitivamente extintos;

III) Requer, ainda, o cancelamento da autuação fiscal ora impugnada, uma vez que

os créditos aproveitados relativamente às aquisições de energia elétrica são legítimos, bem assim os estornos de débitos efetuados, conforme se demonstrou;

IV) Subsidiariamente, requer seja afastada a aplicação das multas diante de sua manifesta natureza confiscatória ou, ao menos, a redução de seu valor para o patamar máximo de 2% (dois por cento).

Na forma do Regimento Interno deste Conselho, a Procuradoria Fiscal do Estado do Acre opinou pelo improvimento do recurso voluntário.

Da referida manifestação, elencamos as seguintes alegações:

1) Há que se observar que o Decreto nº 640/62, que teria definido serviços de telecomunicação como indústria básica, foi editado em circunstâncias especiais, visando diminuir grave crise econômica pela qual passava o setor, tendo como finalidade a viabilização de políticas de financiamento desenvolvidas por Bancos oficiais no sentido de incentivar e implementar o desenvolvimento tecnológico do setor. Com efeito o Decreto nº 640/62 não tem hodiernamente a extensão pretendida pela Recorrente;

2) Demais disso, a Lei nº 9.472/1997, Lei Geral de Telecomunicações, diploma posterior ao referido decreto, de sua vez, não albergou a equiparação pretendida pela Recorrente, referindo-se, em todo seu texto, somente a “serviços de comunicação”, definindo-o em seu art. 60 como “o conjunto de atividades que possibilita a oferta de comunicação”;

3) Da análise da Constituição Federal, e da Lei Complementar nº 87/96, chega-se a conclusão de que o legislador, ao distinguir a materialidade do ICMS entre a circulação de mercadoria e a prestação de serviços (transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação), emprega o termo indústria relacionado a primeira hipótese, ou seja, quando haja, de fato, a fabricação e a saída de uma mercadoria que será objeto de circulação participando em mais de uma etapa do ciclo econômico;

4) A condicionante para o aproveitamento do crédito de energia elétrica estampada no art. 33, inciso II, alínea b, da Lei Complementar nº 87/96, portanto, não alberga a atividade da Recorrente, se restringindo as hipóteses em que, de fato, seja objeto precípua do contribuinte o desenvolvimento de atividade industrial, assim considerada a fabricação de produtos que serão postos em circulação de mercadoria e não como prestação de serviços;

5) Inocorrência da decadência do direito à constituição do crédito tributário lançado no auto de infração nº 04.106;

6) Constitucionalidade da penalidade pecuniária em percentual de 100% sobre o valor do imposto – caráter punitivo – não violação do princípio do não confisco.

Cumpra observar que no meu despacho de fl. 348, verifiquei que a decisão recorrida analisou somente o estorno do crédito de ICMS de energia elétrica, silenciando em relação aos demais créditos estornados e, assim, solicitei a baixa dos autos à primeira instância fazendária para aditar a decisão.

Assim, sobreveio o aditamento da decisão recorrida às fls. 350/356, que após a regular ciência, as partes manifestaram novamente nos autos (fls. 362/496 e 504/513).

É o relatório. Portanto, solicito inclusão em pauta para julgamento.

Rio Branco – AC, 12 de agosto de 2015.

Cons. ANTÔNIO RAIMUNDO SILVA DE ALMEIDA
RELATOR



ESTADO DO ACRE
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo Administrativo Tributário nº 2010/81/35652 – RECURSO VOLUNTÁRIO

RECORRENTE : AMERICEL S/A

RECORRIDA : DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

RELATOR : Cons. ANTÔNIO RAIMUNDO SILVA DE ALMEIDA

VOTO DO RELATOR

Trata o presente de recurso voluntário interposto tempestivamente pela contribuinte AMERICEL S/A, já qualificada nos autos, contra a Decisão de nº 369/2011, da lavra da Diretoria de Administração Tributária – Órgão Julgador de 1ª Instância, na qual manteve parcialmente o lançamento tributário exigido por intermédio do auto de infração e notificação fiscal de nº 04.106.

A acusação fiscal é a seguinte: apropriação indevida de créditos de energia elétrica, serviço de comunicação e cancelamentos, material para demonstração e outros, referente ao exercício de 2005.

Análise, inicialmente, a alegação de decadência tributária.

A Diretoria de Administração Tributária quando do seu julgamento acatou em parte a alegação de decadência tributária formulada pela ora Recorrente, com fundamento no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional, entendendo que tinha alcançado os fatos geradores ocorridos no mês de agosto de 2005.

Divergindo da forma de contagem do prazo decadencial, a Recorrente entende que os fatos geradores alcançados pela decadência se dá em relação ao período de janeiro a setembro de 2005.

Para uma melhor análise para se aferir a correta contagem do prazo decadencial, transcrevo o art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional:

Assinatura manuscrita em tinta azul, localizada no canto inferior direito da página.

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Para os tributos sujeitos à homologação e desde que tenha ocorrido o pagamento, a data para contagem do prazo decadencial se dá a partir da ocorrência do fato gerador (§ 4º do art. 150 do CTN), conforme entendimento jurisprudencial do STJ (AgRg nos EREsp 1199262/MG) e deste Conselho de Contribuintes (Acórdão nº 23/2015, publicação: 24/08/2015).

Assim, nessa parte, acolho a pretensão da Recorrente, pois operou a decadência tributária para os fatos geradores ocorridos no período de janeiro à setembro de 2005, tendo em vista que o auto de infração foi lavrado e regularmente notificado no mês de outubro de 2010.

Em seguida, passo a analisar os estornos de ofício.

Em relação ao estorno de créditos de ICMS das aquisições de energia elétrica utilizadas na prestação de serviços de telecomunicação, a controvérsia gira em torno da possibilidade ou não de aproveitamento de crédito do ICMS incidente na aquisição de energia elétrica pelas empresas concessionárias de telecomunicação.

Atualmente a questão está pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que em julgamento dos autos de REsp 1201635/MG sob o rito de recursos repetitivos, reconheceu o direito ao aproveitamento do crédito de energia elétrica utilizado como insumo e a equiparação das prestadoras de telecomunicações ao processo industrial para fins de creditamento, conforme espelha a seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (CPC, ART. 543-C). ICMS. ENERGIA ELÉTRICA CONSUMIDA PELAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. CREDITAMENTO. POSSIBILIDADE. ART. 33, II, "B", DA LC 87/96. EQUIPARAÇÃO À INDÚSTRIA BÁSICA PARA TODOS OS EFEITOS LEGAIS. ART. 1º DO DECRETO 640/62. VALIDADE E COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO ATUAL. PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE. OBSERVÂNCIA. PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO: RESP 842.270/RS.

1. A disposição prevista no art. 1º do Decreto 640/62, equiparando os serviços de telecomunicações à indústria básica, para todos os efeitos legais, é válida e compatível com a legislação superveniente e atual, continuando em vigor, já que não houve revogação formal do aludido decreto.

2. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 842.270/RS, firmou compreensão no sentido de que o ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida pelas empresas de telefonia, que promovem processo industrial por equiparação, pode ser creditado para abatimento do imposto devido quando da prestação de serviços. Inteligência dos arts. 33, II, b, da Lei Complementar 87/96, e 1º do Decreto 640/62.
3. Ademais, em virtude da essencialidade da energia elétrica, enquanto insumo, para o exercício da atividade de telecomunicações, indubitavelmente 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 1201635/MG, Relator Ministro Sérgio Kukina, 1ª Seção, julgamento: 12/06/2013, publicação: DJe 21/10/2013).

O caso foi analisado sob a ótica constitucional do princípio da não-cumulatividade do ICMS (Art. 155, §2º, inciso I, da CF/88), pelo fato da energia elétrica ser considerada como insumo (não na visão tradicional, mas à luz da evolução da legislação tributária) e pelo reconhecimento do serviço de comunicação ser equiparado às empresas industriais.

Assim, a energia elétrica foi considerada como um insumo consumida no processo de prestação do serviço de comunicação, ou seja, é um elemento essencial à geração da comunicação. Aliás, sem a energia elétrica não será possível a produção de sons indispensáveis à comunicação. E, assim, a energia elétrica integra o processo de industrialização que resulta na produção dos serviços de comunicação.

Entendo também que, no caso das prestações de serviços de comunicação, por ser considerada a energia elétrica como um insumo indispensável na transformação do sinal de comunicação, dá-se o mesmo tratamento tributário ao que é dado aos demais insumos no processo de industrialização, estando assim em consonância com as regras do art. 33, inciso II, alínea "b" da LC 87/96, que autoriza o creditamento.

Em suma, quer em função do princípio da não-cumulatividade do ICMS, quer em razão da energia elétrica constituir-se em um insumo indispensável no processo de geração de comunicação, a utilização de energia elétrica pelas empresas de telecomunicação assegura o direito ao crédito do ICMS.

Em relação ao aproveitamento dos créditos de serviços de comunicação e cancelamentos, temos a dizer o seguinte:

A escrita fiscal serve de meio comprobatório, inclusive para fins de creditamento do imposto. E, assim, compete ao contribuinte demonstrar a origem e legitimidade dos créditos apropriados por meios de livros e documentos fiscais em conformidade com a legislação tributária.

No sentido, é a determinação do art. 23, da Lei Complementar nº 87/96 que foi reproduzido pelo art. 41, do RICMS/AC, aprovado pelo Decreto Estadual nº 08/98, reproduzidos respectivamente:

Art. 23. O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação. (LC 87/96)

Art. 41. O direito ao crédito para efeito de compensação com o débito do imposto reconhecido no estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenha sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração, nos prazos e condições estabelecidos neste Regulamento. (RICMS/AC)

Entendo também que, neste caso, o ônus da prova é da contribuinte de comprovar o suposto direito ao creditamento, conforme inteligência do art. 333, I, do Código de Processo Civil (que se aplica subsidiariamente ao processo administrativo fiscal, na forma do art. 192, do Decreto Estadual nº 462/87).

No meu entendimento, não restou comprovada nos autos a legitimidade de tais apropriações.

No mesmo raciocínio, é o posicionamento do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Paraná:

ICMS – Beneficiar-se com a utilização indevida de créditos do imposto em desacordo com a legislação. Créditos sem origem.

A recorrente não logrou comprovar a manutenção dos créditos apropriados, não trazendo documentos que demonstrem sua origem ou legitimidade, sendo assim mantida a medida como proposta.

Preliminares de decadência parcial e de nulidade sob vários núcleos, arguidas pelo sujeito passivo, rejeitadas.

Recurso Ordinário não provido. Decisão por unanimidade.

(Acórdão nº 184/2011, 2ª Câmara do CCRF/PR. Relatora Nadja Maria Pereira, publicação DOE 8477, de 02/06/2011)

É oportuno, também, considerar que as hipóteses de estorno de débito do imposto admitidas em cada unidade federada, para recuperação do imposto destacado nas NFST ou NFSC, deverá ser observadas as regras previstas nos §§ 3º e 4º da Cláusula Terceira do Convênio ICMS 126/98 (alterado pelo Convênio ICMS 39/2001), *verbis*:

Cláusula terceira - (...)

(...)

§ 3º Nas hipóteses de estorno de débito do imposto admitidas em cada unidade federada, para recuperação do imposto destacado nas NFST ou NFSC, deverá ser observado o seguinte:

I - caso a NFST ou NFSC não seja cancelada e ocorra ressarcimento ao cliente mediante dedução, dos valores indevidamente pagos, nas NFST ou NFSC subsequentes, o contribuinte efetuará a recuperação do imposto diretamente e exclusivamente no documento fiscal em que ocorrer o ressarcimento ao cliente, para isto deverá:

a) lançar no documento fiscal um item contendo a descrição da ocorrência e as correspondentes deduções do valor do serviço, da base de cálculo e do respectivo imposto, devendo os valores das deduções ser lançados no documento fiscal com sinal negativo;

b) utilizar código de classificação do item de documento fiscal do Grupo 09 - Deduções, da tabela: "11.5. - Tabela de Classificação do Item de Documento Fiscal" do Anexo Único do Convênio 115/03 de 12 de dezembro de 2003;

c) apresentar o arquivo eletrônico previsto no § 4º, referente ao ICMS recuperado; II - nos demais casos, deverá apresentar o arquivo eletrônico previsto no § 4º e protocolizar pedido de autorização para recuperação do imposto contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) identificação do contribuinte requerente;

b) identificação do responsável pelas informações;

c) recibo de entrega do arquivo eletrônico previsto no § 4º, referente ao ICMS a recuperar.

§ 4º Para identificar e comprovar o recolhimento indevido do imposto, nas situações previstas nos incisos I e II do § 3º, o contribuinte deverá apresentar arquivo eletrônico, conforme leiaute e manual de orientação descritos em Ato COTEPE, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

I - CNPJ ou CPF, inscrição estadual, nome ou razão social e número do terminal telefônico do tomador do serviço;

II - modelo, série, número, data de emissão, código de autenticação digital do documento, valor total, valor da base de cálculo do ICMS e valor do ICMS da nota fiscal objeto do estorno;

III - número do item, código do item, descrição do item, valor total, valor da base de cálculo, valor do ICMS destacado na nota fiscal objeto do estorno;

IV - Valor do ICMS recuperado conforme inciso I do § 3º ou a recuperar conforme inciso II do § 3º, por item do documento fiscal;

V - descrição detalhada do erro, ou da justificativa para recuperação do imposto;

VI - se for o caso, número de protocolo de atendimento da reclamação;

VII - no caso do inciso I do § 3, deverá ser informado a data de emissão, o modelo a série e número da nota fiscal em que ocorrer o ressarcimento ao cliente.

(Acrescido o § 4º à cláusula terceira pelo Conv. ICMS 39/01, efeitos de 12.07.01 a 31.12.10).

§ 4º O relatório interno de que trata o inciso I do parágrafo anterior deverá estar acompanhado dos elementos comprobatórios.

Contudo, o Estado do Acre denunciou o § 3º da Cláusula Terceira do supracitado Convênio, por intermédio do Convênio ICMS 123/2005 que foi incorporado internamente pelo Decreto Estadual nº 14.917/2006 e, assim, as regras previstas no § 3º da Cláusula Terceira do

Convênio ICMS 126/98 (alterado pelo Convênio ICMS 39/2001) não se aplicam ao fisco acriano. Vejamos o inteiro teor do Convênio ICMS 123/2005:

CONVÊNIO ICMS 123/05

Publicado no DOU de 05.10.05.

Adesão da BA pelo Conv. ICMS 59/06, efeitos a partir de 12.07.06.

Adesão de SP pelo Conv. ICMS 38/08, efeitos a partir de 09.04.08.

Autoriza os Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Ceará, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rondônia, Sergipe e Tocantins e o Distrito Federal a não aplicar o disposto no § 3º da cláusula terceira do Convênio ICMS 126/98, que dispõe sobre concessão de regime especial, na área do ICMS, para prestações de serviços públicos de telecomunicações e dá outras providências.

O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, na sua 119ª reunião ordinária, realizada em Manaus, AM, no dia 30 de setembro de 2005, tendo em vista o disposto no art. 199 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), resolve celebrar o seguinte

CONVÊNIO

Cláusula primeira Ficam os Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Ceará, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rondônia, Sergipe e Tocantins e o Distrito Federal autorizados a não aplicar o disposto no § 3º da cláusula terceira do Convênio ICMS 126/98, de 11 de dezembro de 1998.

Cláusula segunda Este convênio entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União.

Manaus, AM, 30 de setembro de 2005.

Registro, ainda, que o Estado do Acre não legislou internamente sobre as hipóteses de concessão de estorno de crédito para as empresas de telecomunicações.

Quanto a matéria, colaciono julgado do Conselho Administrativo Tributário do Estado de Goiás, assim ementado:

EMENTA: ICMS. Obrigação tributária principal. Omissão de pagamento do ICMS. Anulação de débitos do ICMS. Convênios ICMS 126/98 e 39/01. Procedência. Decisão não unânime.

1 - Os procedimentos especificados nos §§ 3.º e 4.º, da Cláusula Terceira do Convênio ICMS n.º 126/98 (acrescentados pelo Convênio ICMS 39/01), aplicam-se somente se o estorno de débito do imposto for admitido na legislação tributária interna de cada unidade federada;

2 - O Estado de Goiás não aderiu ao referido Convênio no tocante aos procedimentos elencados nos §§ 3.º e 4.º, da Cláusula Terceira do Convênio ICMS 126/98, e, portanto, não há na legislação tributária goiana norma permissiva do aproveitamento de créditos do ICMS decorrente da anulação dos serviços de comunicação;

3 - O legislador goiano albergou, na hipótese da ocorrência de recolhimento de ICMS a maior, o direito do sujeito passivo pleitear a restituição do indébito tributário, consoante dispõe o artigo 173, do CTE, e o artigo 488, do RCTE;

4 - Estando evidenciado nos autos que o crédito tributário encontra-se

corretamente demonstrado, e não tendo o sujeito passivo apresentado provas capazes de ilidir o trabalho realizado, deve o auto de infração ser considerado procedente. (ACÓRDÃO Nº 01101/2011, Conselho Administrativo Tributário, julgado: 31/05/2011, Autor do voto vencedor: Conselheiro Manoel Antônio Costa Filho) – sem grifos no original.

Assim, conforme demonstrado acima, entendemos que são corretos os estornos dos créditos de serviço de comunicação e cancelamentos (planos franquia) por dois motivos: 1º) ausência de demonstração da legitimidade do crédito por parte da contribuinte e 2º) por não ter previsão na legislação tributária do Estado do Acre.

Entendo, também, que o procedimento correto a ser observado pela contribuinte seria pedido de restituição, por intermédio de processo administrativo, na forma do art. 102 e seguintes, do Decreto Estadual 462/87 c/c § 4º da Cláusula Terceira do Convênio ICMS 126/98 (alterado pelo Convênio ICMS 39/2001).

Já em relação a apropriação dos créditos de remessa de material e outros, revela-se indevida ante a inexistência de previsão legal autorizando tal apropriação.

No que pertine a aplicação da multa punitiva, temos a dizer que não compete ao órgão julgador administrativo apreciar suposta ilegalidade ou inconstitucionalidade de norma jurídica, sendo função essa de competência do Judiciário, conforme orientação do art. 175, da Lei Complementar Estadual nº 07/1982.

Também não compete a este Conselho reduzir multa prevista em lei.

Com essas considerações, dou provimento parcial ao recurso voluntário da contribuinte AMERICEL S/A (processo nº 2010/81/35652), no sentido de reconhecer a decadência tributária para os fatos geradores ocorridos no período de janeiro à setembro de 2005, bem como, a legitimidade de apropriação de créditos de energia elétrica utilizada como insumo na prestação de serviços de telecomunicação e, por outra via, mantenho os demais estornos efetuados de ofício, conforme os fundamentos da decisão recorrida.

É como voto.

Sala de Sessões, 02 de setembro de 2015.

Cons. ANTÔNIO RAIMUNDO SILVA DE ALMEIDA
RELATOR