



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

ACÓRDÃO Nº:	74/2015
PROCESSO Nº:	2009/81/17942
RECORRENTE:	AMERICEL S/A
ADVOGADO:	EDSON ANTÔNIO SOUSA PINTO – OAB/RO 4643
ADVOGADA:	ANA CAROLINA R. TEIXEIRA ZANIN – OAB/AC 3534
ADVOGADA:	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 MATERIAL DE USO E CONSUMO. VEDAÇÃO. CRÉDITO DE BENS DO ATIVO PERMANENTE. INOBSERVÂNCIA DO § 5º DO ART. 20, DA LC 87/96. ILEGITIMIDADE.

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 material de uso e consumo é expressamente vedada até

1º de janeiro de 2020, conforme disposição do art. 33, inciso I, da Lei Complementar 87/96 e suas alterações.

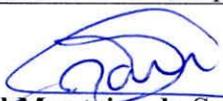
8. Em relação a apropriação de créditos de bens do ativo permanente, a mesma está em desacordo com as regras do § 5º do art. 20 da Lei Complementar 87/96 e suas alterações, que prescreve para fins de apropriação o rateio à razão mensal de 1/48 (um quarenta e oito avos), não demonstrando assim a sua legitimidade.

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.

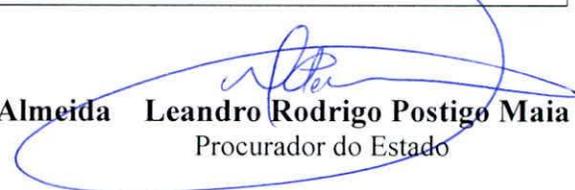
10. Recurso voluntário parcialmente provido. Decisão unânime.

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 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 CONTRIBUINTE

Processo Administrativo Tributário nº 2009/81/17942 – 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 626/2009, da lavra da Diretoria de Administração Tributária – Órgão Julgador de 1ª Instância, na qual manteve o lançamento tributário exigido por intermédio do auto de infração e notificação fiscal de nº 03.048, esse com a seguinte acusação fiscal: por apropriar indevidamente créditos de energia elétrica, serviço de comunicação e de material de consumo, e ativo permanente no período de janeiro/2009.

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

a) A decisão ora recorrida limitou-se a analisar, ainda que apenas perfunctória e erroneamente, a questão relativa à apropriação dos créditos relativos à aquisição de energia elétrica pelo estabelecimento da Recorrente prestador de serviços de comunicação, o que se verifica pela própria citação dos dispositivos legais da Lei Complementar 87/96 (art. 33, inciso II, alínea “b”), sem sequer analisar a questão relativa à apropriação dos créditos decorrentes da aquisição de serviços de comunicação e bens destinados ao ativo fixo;

b) Embora a Recorrente não seja uma empresa industrial, isso não significa que suas atividades não se equiparem à atividade de industrialização prevista no próprio ordenamento jurídico. A atividade de prestação de serviços de telecomunicações exercida pela Recorrente se equipara à indústria básica, nos termos do Decreto Federal 640/1962, razão pela qual a energia adquirida para a prestação dos serviços de telecomunicação gera créditos de ICMS passíveis de serem aproveitados, nos termos do art. 33, inciso II, alínea “b”, da Lei Complementar 87/96;

c) Diante da previsão expressa 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 na prestação de serviços por ela realizada, que se equipara à industrialização;

d) Não obstante a afronta da Lei Complementar 102/00 ao princípio constitucional da não-cumulatividade, é de se considerar que os serviços de comunicação utilizados pela Recorrente se direcionam à efetiva prestação do serviço de telecomunicação e, portanto, caracterizam como insumo necessário à prestação do serviço, e não como bens destinados ao seu uso e consumo como pretende o agente fiscal autuante;

e) Os serviços tomados pela Recorrente são indispensável à prestação dos serviços que constituem seu objeto social e, nos termos do artigo 33, inciso IV, alínea "a", da Lei Complementar 87/96, dão direito ao crédito do ICMS, pois são insumos específicos para a prestação de serviços de telecomunicação;

f) No que se refere aos bens destinados ao ativo permanente e uso e consumo da Recorrente, a fiscalização acreana desconsiderou o crédito do imposto recolhido nas saídas dos bens adquiridos pela Recorrente, em atitude manifestamente contrária à disciplina aplicável ao ICMS;

Por fim, apresentou dentre os pedidos o seguinte: provimento integral ao presente recurso, para o fim de reformar a r. Decisão de primeira instância, cancelando-se integralmente o Auto de Infração de nº 03.048.

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) Preliminarmente, mister observar que, em princípio, carece ao Conselho de Contribuintes competência para conhecer de questões de inconstitucionalidade de lei ou sua aplicação no caso concreto, restringindo-se sua atribuição, apenas, ao exame de conformidade dos procedimentos fiscais ou das decisões recorridas com as normas vigentes de tributação;

2) A legislação federal admite apenas excepcionalmente o creditamento de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica, nos estritos termos e limites previstos no art. 33, II, da LC 87/1996;

3) Assim, somente os contribuintes que atuem no mercado de energia elétrica (alínea "a"), e os que a utilizem em processo industrial (alínea "b") ou de exportação (alínea "c") podem se creditar;



ESTADO DO ACRE
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo Administrativo Tributário nº 2009/81/17942 – 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 626/2009, da lavra da Diretoria de Administração Tributária – Órgão Julgador de 1ª Instância, na qual manteve o lançamento tributário exigido por intermédio do auto de infração e notificação fiscal de nº 03.048.

A acusação fiscal é a seguinte: apropriação indevida de créditos de energia elétrica, serviço de comunicação e cancelamentos, material de uso e consumo e de ativo permanente, referente a janeiro de 2009.

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, 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 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 vigente.

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 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 acreano. 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

C O N V Ê N I O

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 por dois motivos: 1º) ausência de demonstração da legitimidade do crédito por parte da contribuinte e 2º) por não ter respaldo 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).

No que concerne ao aproveitamento do crédito de material de uso e consumo, é expressamente vedada tal apropriação, conforme determinação do art. 33, I, da Lei Complementar nº 87/96 e suas alterações.

Com relação ao aproveitamento do crédito de bens do ativo permanente, o Agente Fiscal atuante observou, em sede de réplica, que houve o aproveitamento integral do crédito do ativo permanente (ver fl. 91), sendo assim, a referida apropriação está em desacordo com as regras do § 5º do art. 20 da Lei Complementar nº 87/96 e suas alterações, que prescreve o rateio à razão mensal de 1/48 (um quarenta e oito avos), *verbis*:

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

(...)

§ 5º Para efeito do disposto no caput deste artigo, relativamente aos créditos decorrentes de entrada de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente, deverá ser observado:

I – a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento; (Inciso Incluído pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

II – em cada período de apuração do imposto, não será admitido o creditamento de que trata o inciso I, em relação à proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas ou

prestações efetuadas no mesmo período; (Inciso Incluído pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

III – para aplicação do disposto nos incisos I e II deste parágrafo, o montante do crédito a ser apropriado será obtido multiplicando-se o valor total do respectivo crédito pelo fator igual a 1/48 (um quarenta e oito avos) da relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período, equiparando-se às tributadas, para fins deste inciso, as saídas e prestações com destino ao exterior ou as saídas de papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos; (Redação dada pela Lei Complementar nº 120, de 2005)

IV – o quociente de um quarenta e oito avos será proporcionalmente aumentado ou diminuído, pro rata die, caso o período de apuração seja superior ou inferior a um mês; (Inciso Incluído pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

V – na hipótese de alienação dos bens do ativo permanente, antes de decorrido o prazo de quatro anos contado da data de sua aquisição, não será admitido, a partir da data da alienação, o creditamento de que trata este parágrafo em relação à fração que corresponderia ao restante do quadriênio; (Inciso Incluído pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

VI – serão objeto de outro lançamento, além do lançamento em conjunto com os demais créditos, para efeito da compensação prevista neste artigo e no art. 19, em livro próprio ou de outra forma que a legislação determinar, para aplicação do disposto nos incisos I a V deste parágrafo; e (Inciso Incluído pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

VII – ao final do quadragésimo oitavo mês contado da data da entrada do bem no estabelecimento, o saldo remanescente do crédito será cancelado. (Inciso Incluído pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

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, no sentido de reconhecer como legítima a 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