

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 18.734/10/2ª Rito: Ordinário
PTA/AI: 01.000161716-57
Impugnação: 40.010125955-60
Impugnante: Tim Nordeste S/A
IE: 062795318.00-05
Proc. S. Passivo: Sacha Calmon Navarro Coêlho/Outro(s)
Origem: DF/BH-1- Belo Horizonte

EMENTA

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO - ENERGIA ELÉTRICA. Constatção de recolhimento a menor de ICMS, em decorrência da apropriação indevida de créditos do imposto relativamente ao consumo de energia elétrica na prestação de serviços de comunicação, tendo em vista a impossibilidade de enquadramento ou mesmo equiparação desta atividade à industrialização, para os fins de creditamento do ICMS. Infração caracterizada, nos termos do disposto no art. 29, § 5º, item 4, subalínea “c.1.2” da Lei nº 6.763/75 e art. 66, inciso III c/c o § 4º, incisos I e II da Parte Geral do RICMS/02. Legítimas as exigências do ICMS e das correspondentes Multas de Revalidação e Isolada previstas, respectivamente, nos arts. 56, II e 55, XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75, conforme precedentes consubstanciados nas decisões dos Acórdãos 15.739/02/1ª, 3.280/07/CE, 18.739/08/1ª, 18.462/09/2ª e 18.661/10/2ª. Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se da constatação de que a ora Impugnante recolheu a menor o ICMS devido no período de 01/01/07 a 31/12/07, apurado mediante recomposição da conta gráfica, em decorrência da apropriação indevida de créditos do imposto relativamente ao consumo de energia elétrica na atividade de prestação de serviços de comunicação, pelo que se exigem o ICMS e as correspondentes Multas de Revalidação e Isolada previstas, respectivamente, nos arts. 56, II e 55, XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75.

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procuradores regularmente constituídos, impugnação às fls. 451/469, cuja tese central é de que são legítimos os créditos de ICMS por ela apropriados relativamente ao consumo de energia elétrica, dada a condição desta de insumo imprescindível à atividade de geração e prestação de serviços de comunicação, que entende tratar-se de processo industrial, na modalidade de transformação, para o qual a legislação permite expressamente o creditamento do imposto.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Para corroborar tal entendimento, cita e transcreve dispositivos do Decreto Federal nº 640/62, que considera os serviços de telecomunicações, para todos os efeitos legais, como indústria básica, bem como legislação dos Estados do Amapá e do Mato Grosso do Sul, além de trechos de decisões judiciais e administrativas, todos favoráveis ao aproveitamento de tais créditos.

No mesmo sentido, junta ainda, dentre outros documentos, voto vencido proferido no Acórdão JJJ n.º 0302-01/02, do Conselho de Contribuintes do Estado da Bahia (fls. 500/505); Acórdão prolatado nos autos da Apelação Cível n.º 13.118/2005, pela Primeira Câmara Cível do TJ/MT (fls. 507/516), e laudos periciais produzidos no bojo de ações ordinárias em trâmite perante a justiça dos Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul (fls. 523/575).

Tece considerações a respeito da não cumulatividade e solicita a produção de prova pericial, formulando quesitos e indicando Assistente Técnico para acompanhar sua realização (fls. 467/468).

Insurge-se contra a aplicação da multa isolada sob o entendimento de que, no presente caso, está plenamente caracterizada a ocorrência de um intolerável *bis in idem*, tendo em vista que o pressuposto de sua aplicação é o mesmo da aplicação da multa de revalidação, qual seja o suposto pagamento a menor de ICMS por aproveitamento indevido de créditos.

Pede, assim, em preliminar, a anulação da multa isolada ou pelo menos a adequação das multas aplicadas a valores compatíveis com a gravidade da conduta praticada, por entendê-las desproporcionais e com efeitos confiscatórios, já que, somadas, equivalem a 100% (cem por cento) do imposto exigido. No mérito, requer a procedência da impugnação, para que seja reconhecido o seu direito ao creditamento procedido, com o conseqüente cancelamento do Auto de Infração.

A Fiscalização, por sua vez, refuta as razões de defesa em sua manifestação de fls. 580/606, sustentando a ilegitimidade do aproveitamento dos créditos sob o principal fundamento de que a legislação tributária, ao permitir o creditamento do imposto para as atividades de industrialização, o fez restritivamente para as empresas industriais, de forma que a modalidade de transformação de que trata a legislação do ICMS deve ser entendida em seu sentido estrito, referindo-se apenas à transformação de matérias primas em bens corpóreos, não alcançando assim as prestações de serviços de comunicação.

A Assessoria do CC/MG, em parecer de fls. 608/621, opina, em preliminar, pelo indeferimento do pedido de perícia, e, no mérito, pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Da Preliminar

Requer a Impugnante a produção de prova pericial, conforme quesitos formulados às fls. 467/468, de cuja análise se depreende que o pedido tem como objetivo comprovar que a energia elétrica por ela utilizada é insumo indispensável à

prestação dos serviços de telecomunicação, processo no qual é consumida de forma imediata e integral, bem como que sua atividade possui caráter industrial, no qual a energia elétrica é a matéria prima que se transforma em espécie distinta, no caso, as ondas eletromagnéticas que permitem a prestação do serviço.

Todavia, tal pleito não merece acolhimento, mostrando-se absolutamente desnecessário, porquanto os autos já contêm elementos que possibilitam ao julgador aplicar ao caso concreto o tratamento legal atinente à matéria, e assim decidir a lide.

Com efeito, os laudos periciais juntados pela própria Autuada concluem no sentido de que na geração de telecomunicação há processo industrial, cujo principal insumo é a energia elétrica, pelo que seria legítimo o aproveitamento dos créditos de ICMS referentes à sua aquisição.

Ademais, verifica-se que a matéria suscitada no pedido não requer propriamente a produção de prova pericial, uma vez que no presente caso a essencialidade ou imprescindibilidade do consumo de energia elétrica na geração e prestação dos serviços de telecomunicação não estão em discussão, até porque se trata de fato incontroverso, já que também admitido pela própria Fiscalização. Discute-se, isto sim, acerca da legitimidade (ou não) do direito ao crédito de ICMS à luz do disposto na legislação tributária aplicável.

Deste modo, deve o pedido ser indeferido, com fulcro no art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do RPTA/MG, *verbis*:

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for: desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas.

Quanto ao pedido de anulação da multa isolada por suposta ocorrência de sua exigência em *bis in idem*, será o mesmo analisado em conjunto com o mérito, dada a estreita relação da matéria com a discussão deste.

Do Mérito

Conforme já relatado, trata-se da constatação de recolhimento a menor do ICMS, em decorrência da apropriação indevida de créditos do imposto relativamente ao consumo de energia elétrica na atividade de prestação de serviços de comunicação.

Como se verifica dos documentos juntados pela Impugnante, especialmente os mencionados laudos periciais de fls. 523/575, reconhece-se que a energia elétrica constitui insumo essencial ao exercício de sua atividade, porém, não é esta a discussão dos autos, até porque, como também já mencionado, a própria Fiscalização o admite.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Trata-se, isto sim, de se saber se a legislação tributária pertinente permite ou não o creditamento do ICMS relativamente ao consumo de energia elétrica na atividade de geração e prestação de serviços de comunicação.

Pois bem. Insiste a Impugnante que a energia elétrica é utilizada diretamente no processo de produção do serviço de comunicação, na condição de insumo indispensável a tal atividade, que entende caracterizar-se como processo de industrialização, na modalidade de transformação.

Além dos já mencionados documentos, busca respaldar seu entendimento em dispositivos do Decreto Federal nº 640/62, também juntado aos autos, que considera os serviços de telecomunicações, para todos os efeitos legais, como indústria básica.

No entanto, como bem argumenta a Fiscalização, basta a simples leitura do preâmbulo do referido decreto para se concluir que o mesmo não tem o alcance pretendido pela Impugnante, tendo sido editado circunstancialmente num momento de grave crise por que passava o setor de telecomunicações, com reflexos negativos sobre os negócios públicos, a segurança nacional e a normalidade do desenvolvimento econômico do país, de modo que tais motivos não podem ser tomados como critério para a equiparação dos serviços de comunicação à atividade de industrialização, como defende a Impugnante.

Logo, trata-se de um contexto político e econômico já totalmente superado, sendo notório que não mais persistem as razões conjunturais nem os objetivos específicos da edição daquele ato normativo, quais sejam flexibilizar os processos de financiamento oficiais para as empresas privadas de telefonia, possibilitar ao Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico implementar políticas financeiras com vistas ao desenvolvimento daquele segmento e reaparelhar o setor de telecomunicações do país.

Demais disso, já há mais de uma década que a atividade é regulada pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei Federal nº 9.472/97), que além de não fazer nenhuma referência a uma suposta equiparação da mesma à indústria, trata-a expressamente como prestação de serviços, pelo que não procede o argumento.

Por outro lado, quanto à legislação tributária pertinente à matéria sob análise, verifica-se de plano que razão assiste à Fiscalização, porquanto o direito ao aproveitamento de créditos do imposto provenientes do consumo de energia elétrica aplica-se apenas às empresas industriais, não se estendendo assim às prestadoras de serviço de comunicação, como pretende a Impugnante.

É o que se depreende do disposto no art. 33, II, *b* da Lei Complementar nº 87/96 (com a redação introduzida dada pela Lei Complementar nº 102/00), lei nacional de normas gerais sobre o ICMS, *verbis*:

Art. 33 - Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

(...)

II - somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

a) quando for objeto de saída de energia elétrica;

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

b) quando consumida no processo de industrialização;

c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais;

d) a partir de 1º de janeiro de 2011, nas demais hipóteses.

Ressalte-se que referidas normas encontram-se fielmente reproduzidas nos dispositivos da legislação mineira citados no Auto de Infração, a saber: art. 29, § 5º, item 4, subalínea “c.1” da Lei nº 6.763/75, e art. 66, III, c/c o § 4º, I e II da Parte Geral do RICMS/02.

Com efeito, no âmbito da legislação tributária, a acepção da palavra indústria está plenamente associada à idéia de produção de mercadorias ou produtos. De fato, ao tratar do IPI, dispõe o CTN (art. 46, parágrafo único) que se considera industrializado o produto que tenha sido submetido a qualquer operação que lhe modifique a natureza ou a finalidade, ou o aperfeiçoe para o consumo e, na esteira deste dispositivo, estabelece o art. 222 da Parte Geral do RICMS/02, que:

Art. 222 - Para os efeitos de aplicação da legislação do imposto:

I - mercadoria é qualquer bem móvel, novo ou usado, suscetível de circulação econômica, inclusive semovente, energia elétrica, substâncias minerais ou fósseis, petróleo e seus derivados, lubrificante, combustível sólido, líquido ou gasoso e bens importados por pessoa física ou jurídica para uso, consumo ou incorporação no ativo permanente;

II - industrialização é qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto ou o aperfeiçoe para o consumo, observado o disposto nos §§ 1º a 3º deste artigo, tais como:

a) a que, exercida sobre matéria-prima ou produto intermediário, importe em obtenção de espécie nova (transformação)

(...).

Ademais, em se tratando de ICMS, é cediço que o núcleo da hipótese de incidência do imposto divide-se em duas situações distintas, a saber: as operações relativas à circulação de mercadorias e as prestações de serviços de transporte (interestadual e intermunicipal) e de comunicação. E é justamente nesta última situação que se enquadra a atividade da Impugnante, incidindo o imposto sobre as 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 (cf. art. 2º, III da LC 87/96).

Observe-se que a situação prevista na lei complementar como fato gerador do imposto caracteriza-se como uma obrigação de fazer, que é própria da atividade de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

prestação de serviços, pelo que não se enquadra no conceito de industrialização, obrigação de dar.

Nesta linha de entendimento, oportuno destacar a lição de Geraldo Ataliba no sentido de que “não será industrializado o que advier de prestação de serviço” (ATALIBA, Geraldo. *ICMS - semi-elaborados*, RDT, n. 48, p. 31-2).

Ao nível jurisprudencial, oportuno também observar que, não obstante as decisões trazidas pela Impugnante, a matéria em discussão já foi submetida ao crivo do Egrégio TJ/MG, bem como do próprio STJ, citando-se os seguintes acórdãos, referendando o entendimento do Fisco:

APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO Nº
1.0024.03.013030-6/002 - COMARCA DE BELO
HORIZONTE

REMETENTE: JD 4 V FEITOS TRIBUTARIOS ESTADO
COMARCA BELO HORIZONTE

APELANTE(S): FAZENDA PÚBLICA ESTADO MINAS
GERAIS

APELADO(A)(S): TELEMIG CELULAR S/A

RELATOR: EXMO. SR. DES. EDGARD PENNA AMORIM

EMENTA: TRIBUTÁRIO - AÇÃO DECLARATÓRIA - ICMS -
PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE - PRESTAÇÃO DE
SERVIÇOS DE TELEFONIA - ENERGIA ELÉTRICA -
CREDITAMENTO - IMPOSSIBILIDADE -
INDUSTRIALIZAÇÃO - FALTA DE ENQUADRAMENTO -
LIMITAÇÕES TEMPORAIS - LEGALIDADE -
CONSTITUCIONALIDADE - ART. 155, II, § 2º, INCS. I E XII,
'C', DA CR/88 - ARTS. 20 E 33, INC. II, 'B' E 'D', DA LEI
COMPLEMENTAR N.º 87/96 ALTERADA PELAS LC N.º
102/2000 E 114/2002 - ART. 29 DA LEI ESTADUAL N.º
6.765/75 - ART. 66 DO RICMS/02.

1 - NÃO HÁ FALAR EM CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA EM
'PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO', PARA AQUISIÇÕES DE
ENERGIA ELÉTRICA POR PRESTADORA DE SERVIÇOS DE
TELECOMUNICAÇÕES, PELO QUE INEXISTE O DIREITO DE
APROVEITAMENTO DOS RESPECTIVOS CRÉDITOS DE ICMS,
PREVISTO NO ART. 33, INC. II, 'B', DA LEI COMPLEMENTAR N.º
87/96.

2 - A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL TEM
ENTENDIDO QUE O POSTERGAMENTO NO TEMPO DO DIREITO DE
APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS DE ICMS ORIUNDOS DE
ENTRADAS DE ENERGIA ELÉTRICA, A TEOR DO ART. 33 DA LC N.º
87/96, ALTERADO PELAS LC N.º 102/00 E LC N.º 114/02, NÃO
OFENDE O PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE.

3 - SENTENÇA REFORMADA, EM REEXAME NECESSÁRIO, E
RECURSO VOLUNTÁRIO PREJUDICADO.

ACÓRDÃO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

VISTOS ETC., ACORDA, EM TURMA, A 8ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, INCORPORANDO NESTE O RELATÓRIO DE FLS., NA CONFORMIDADE DA ATA DOS JULGAMENTOS E DAS NOTAS TAQUIGRÁFICAS, À UNANIMIDADE DE VOTOS, EM REFORMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

BELO HORIZONTE, 01 DE MARÇO DE 2007.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - RELATOR

RECURSO ESPECIAL Nº 984.880 - TO (2007/0208971-9)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN

RECORRENTE : ESTADO DO TOCANTINS

PROCURADOR : IVANEZ RIBEIRO CAMPOS E OUTRO(S)

RECORRIDO : BRASIL TELECOM S/A

ADVOGADO : PAULO CÉZAR PINHEIRO CARNEIRO E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ICMS. MANDADO DE SEGURANÇA. REPRESENTANTE DO ESTADO. INTIMAÇÃO PESSOAL. AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. CREDITAMENTO. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM INDUSTRIALIZAÇÃO. ART. 33, II, "B", DA LC 87/1996. INAPLICABILIDADE.

(...)

4. O PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE POR SI SÓ NÃO PERMITE O CREDITAMENTO AMPLO E IRRESTRITO DE ICMS RELATIVO À AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA.

5. O CONSUMO DE ENERGIA SOMENTE GERA DIREITO A CREDITAMENTO NOS EXATOS TERMOS E LIMITES PREVISTOS PELO ART. 33, II, "B", DA LC 87/1996.

6. HIPÓTESE EM QUE O TRIBUNAL DE ORIGEM EQUIPAROU A EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÃO À INDÚSTRIA, COM BASE NA INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL (DECRETO DO CONSELHO DE MINISTROS 640/1962).

7. EM PRINCÍPIO, A DISCUSSÃO QUANTO À NATUREZA DA ATIVIDADE EMPRESARIAL (SE É INDUSTRIAL OU NÃO) ATRAIRIA A INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. NO PRESENTE CASO, DE MODO PECULIAR, A DEFINIÇÃO DA NATUREZA INDUSTRIAL FOI FIXADA PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM TÃO-SÓ COM BASE NA INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL (EM ESPECIAL, DO DECRETO 640/1962).

8. O DEBATE RECURSAL, *IN CASU*, É ESTRITAMENTE DE DIREITO, POIS BASTA INTERPRETAR A DEFINIÇÃO LEGAL DA ATIVIDADE INDUSTRIAL PARA FINS DE TRIBUTAÇÃO E VERIFICAR SE NELA SE ABARCAM AS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÃO.

9. DESNECESSIDADE DE PERQUIRIR SOBRE A NATUREZA DO DECRETO 640/1962, SE É LEGISLAÇÃO FEDERAL PARA FINS DE ANÁLISE PELO STJ. ISSO PORQUE O CONTEÚDO DESSA NORMA É INCONTROVERSO, NÃO DEMANDANDO A INTERPRETAÇÃO DO STJ.

10. ANÁLISE DA VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS DA LEGISLAÇÃO FEDERAL POSTERIOR AO DECRETO 640/1962, EM ESPECIAL O ART. 33 DA LC 87/1996, INTERPRETADO À LUZ DO CONCEITO DE INDUSTRIALIZAÇÃO DADO PELO CTN (ART. 46, PARÁGRAFO ÚNICO), ALÉM DO REGULAMENTO DO IPI E DA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES.

11. EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA, A DEFINIÇÃO DE ATIVIDADE INDUSTRIAL É DADA PELO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, LEI POSTERIOR AO CITADO DECRETO 640/1962. "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). O ART. 4º DO REGULAMENTO DO IPI DETALHA A ATIVIDADE INDUSTRIAL, NOS LIMITES FIXADOS PELO CTN.

12. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO NÃO SE CONFUNDE COM ATIVIDADE INDUSTRIAL.

13. AS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES PRESTAM SERVIÇOS (ART. 1º DA LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES). ESSA ACEPÇÃO É ADOTADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AO DEFINIR A COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA RELATIVA AO ICMS (ART. 155, II).

14. OS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES, QUE SE SUBMETEM EXCLUSIVAMENTE AO ICMS (E NÃO AO IPI), NÃO REPRESENTAM ATIVIDADE INDUSTRIAL PARA FINS DA TRIBUTAÇÃO.

15. 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.

16. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

ACÓRDÃO

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS AUTOS EM QUE SÃO PARTES AS ACIMA INDICADAS, ACORDAM OS MINISTROS DA SEGUNDA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: "A TURMA, POR UNANIMIDADE, DEU PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO(A) SR(A). MINISTRO(A)-RELATOR(A)." OS SRS. MINISTROS MAURO CAMPBELL MARQUES, ELIANA CALMON, CASTRO MEIRA E HUMBERTO MARTINS VOTARAM COM O SR. MINISTRO RELATOR.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DR(A). LEONARDO GRECO, PELA PARTE RECORRIDA:
BRASILELECOM S/A

BRASÍLIA, 18 DE DEZEMBRO DE 2008 (DATA DO JULGAMENTO).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

RELATOR

Também no âmbito deste Conselho de Contribuintes, registram-se os seguintes precedentes, conforme decisões consubstanciadas nos Acórdãos 15.739/02/1ª, 3.280/07/CE, 18.739/08/1ª, 18.462/09/2ª e 18.661/10/2ª, este último figurando a própria Impugnante como sujeito passivo, cujas ementas se transcrevem a seguir:

ACÓRDÃO 15739/02/1ª

RECURSO DE AGRAVO - PERÍCIA. CONSTAM DOS AUTOS ELEMENTOS DE PROVA QUE SUPREM A PERÍCIA REQUERIDA, TORNANDO-A DESNECESSÁRIA. RECURSO DE AGRAVO NÃO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - ENERGIA ELÉTRICA - INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA O APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS PROVENIENTES DA AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA, UMA VEZ QUE A ATIVIDADE DA AUTUADA CONSISTE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO, NA MODALIDADE DE TELEFONIA, NÃO SE ENCONTRANDO ABARCADA PELO DISPOSTO NO ITEM 1, DO § 4º, DO ARTIGO 66, DO RICMS/96. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. EXIGÊNCIAS FISCAIS MANTIDAS. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO 3280/07/CE

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - ENERGIA ELÉTRICA. CONSTATADO O APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS DE ICMS, PROVENIENTES DA AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA, UMA VEZ QUE A ATIVIDADE DA AUTUADA CONSISTE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO, NA MODALIDADE DE TELEFONIA, NÃO SE ENCONTRANDO ABARCADA PELO DISPOSTO NO ARTIGO 66, INCISO III C/C § 4º, INCISOS I E II, DA PARTE GERAL DO RICMS/02. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. LEGÍTIMAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ARTIGO 55, INCISO XXVI DA LEI 6763/75. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO DE REVISÃO CONHECIDO, EM PRELIMINAR, À UNANIMIDADE E, NO MÉRITO, NÃO PROVIDO, POR MAIORIA DE VOTOS.

ACÓRDÃO 18739/08/1ª

PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO - ENERGIA ELÉTRICA. CONSTATADO O APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS DE ICMS, PROVENIENTES DA AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA, UMA VEZ QUE A ATIVIDADE DA AUTUADA CONSISTE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO, NA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

MODALIDADE DE TELEFONIA, NÃO SE ENCONTRANDO ABARCADA PELO DISPOSTO NO ARTIGO 66, INCISO III C/C § 4º, INCISOS I E II, DA PARTE GERAL DO RICMS/02. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. LEGÍTIMAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ARTIGO 55, INCISO XXVI DA LEI 6763/75. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO 18.462/09/2ª

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO – CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – ENERGIA ELÉTRICA. CONSTATAÇÃO DE RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS, EM DECORRÊNCIA DO APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS DO IMPOSTO RELATIVAMENTE AO CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO OU MESMO EQUIPARAÇÃO DESTA ATIVIDADE À INDUSTRIALIZAÇÃO, PARA OS FINS DE CREDITAMENTO DO IMPOSTO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. LEGÍTIMAS AS EXIGÊNCIAS DE ICMS, MULTA DE REVALIDAÇÃO E MULTA ISOLADA PREVISTA NO ART. 55, INCISO XXVI DA LEI Nº 6.763/75, CONFORME PRECEDENTES CONSUBSTANCIADOS NAS DECISÕES DOS ACÓRDÃOS 15.739/02/1ª, 3.280/07/CE E 18.739/08/1ª. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO 18.661/10/2ª

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO – CRÉDITO DE ICMS – APROVEITAMENTO INDEVIDO – ENERGIA ELÉTRICA. CONSTATAÇÃO DE RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS, EM DECORRÊNCIA DO APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS DO IMPOSTO RELATIVAMENTE AO CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO OU MESMO EQUIPARAÇÃO DESTA ATIVIDADE À INDUSTRIALIZAÇÃO, PARA OS FINS DE CREDITAMENTO DO IMPOSTO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. LEGÍTIMAS AS EXIGÊNCIAS DO ICMS E DAS CORRESPONDENTES MULTAS DE REVALIDAÇÃO E ISOLADA PREVISTAS, RESPECTIVAMENTE, NOS ARTS. 56, II E 55, XXVI, AMBOS DA LEI Nº 6.763/75, CONFORME PRECEDENTES CONSUBSTANCIADOS NAS DECISÕES DOS ACÓRDÃOS 15.739/02/1ª, 3.280/07/CE, 18.739/08/1ª E 18.462/09/2ª. LANÇAMENTO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

Cumpra ainda mencionar que a questão já foi também objeto de consulta fiscal formulada junto à Superintendência de Tributação da SER/SEF/MG, cuja resposta acha-se ementada nos seguintes termos:

CONSULTA DE CONTRIBUINTE Nº 245/2006

PTA Nº : 16.000151799-62

CONSULENTE: NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.

ORIGEM: BELO HORIZONTE - MG

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CRÉDITO DE ICMS - ENERGIA ELÉTRICA - SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO - A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO NÃO SE TRATA DE ATIVIDADE INDUSTRIAL A QUE SE REFERE O ART. 222 DO RICMS/2002 E, PORTANTO, NÃO É CABÍVEL O CREDITAMENTO DE ICMS RELATIVO À ENERGIA ELÉTRICA ADQUIRIDA E EMPREGADA NESTA PRESTAÇÃO.

CONSULTA INEFICAZ - POR VERSAR SOBRE DISPOSIÇÃO CLARAMENTE EXPRESSA NA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, A CONSULTA É INEFICAZ PARA PRODUZIR OS EFEITOS QUE LHE SÃO PRÓPRIOS, CONFORME O DISPOSTO NO INCISO I, ART. 22 DA CLTA/MG, APROVADA PELO DECRETO Nº 23.780/84.

Como restou amplamente demonstrado, diante da impossibilidade de se enquadrar ou mesmo equiparar a atividade da Impugnante à industrialização, não lhe é lícito apropriar créditos de ICMS referentes à aquisição de energia elétrica, legitimando assim o estorno procedido pela Fiscalização, e conseqüentemente as exigências fiscais, tal como consta do Auto de Infração.

No que diz respeito à alegada ocorrência de *bis in idem* na aplicação das penalidades, também não merece acolhida a tese da Impugnante, haja vista a natureza distinta de ambas.

É que, enquanto a multa de revalidação aplicada constitui sanção pelo descumprimento de obrigação principal, tendo como base de cálculo o valor do imposto não pago na forma e prazos regulamentares, a multa isolada tem como pressuposto o descumprimento de obrigação acessória cuja base de cálculo é o montante do crédito indevidamente apropriado.

Assim, considerando que a alíquota aplicável a ambas as penalidades é a mesma (cinquenta por cento), no caso dos autos somente houve coincidência de valores em razão da circunstância de que, para todo o período fiscalizado, o Contribuinte apresentava saldo devedor em sua conta corrente fiscal. Caso houvesse saldo credor em algum período de apuração, obviamente os valores seriam diferentes, uma vez que nesta hipótese a diferença de imposto a ser exigida (base de cálculo) seria menor, e por via de consequência menor também seria a multa de revalidação.

E nem se queira argumentar que a suposta exigência em duplicidade estaria caracterizada meramente em razão da estreita relação existente entre a apuração do imposto e a apropriação dos créditos. De fato, embora se admita que a correta apuração (e pagamento) do imposto normalmente depende da correta apropriação dos créditos, tal relação não autoriza, por si só, confundir tais atividades, ainda que ambas caibam ao contribuinte, tratando-se o ICMS de tributo sujeito ao lançamento por homologação.

Com efeito, a apuração em si do imposto, assim entendida a compensação dos débitos com os créditos em determinado período, constitui forma de pagamento do ICMS, a teor do disposto no art. 24, incs. I e II da Lei Complementar nº 87/96 c/c o art. 16, inc. IX da Lei nº 6.763/75, e como tal, somente pode se enquadrar como obrigação principal. Confira-se:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

LEI COMPLEMENTAR Nº 87/96

Art. 24. A legislação tributária estadual disporá sobre o período de apuração do imposto. As obrigações consideram-se vencidas na data em que termina o período de apuração e são liquidadas por compensação ou mediante pagamento em dinheiro como disposto neste artigo:

I - as obrigações consideram-se liquidadas por compensação até o montante dos créditos escriturados no mesmo período mais o saldo credor de período ou períodos anteriores, se for o caso;

II - se o montante dos débitos do período superar o dos créditos, a diferença será liquidada dentro do prazo fixado pelo Estado;

LEI Nº 6.763/75

Art. 16 - São obrigações do contribuinte:

(...)

IX - pagar o imposto devido na forma e prazos regulamentares.

Para os efeitos de aplicação da legislação do imposto:

I - mercadoria é qualquer bem móvel, novo ou usado, suscetível de circulação econômica, inclusive semovente, energia elétrica, substâncias minerais ou fósseis, petróleo e seus derivados, lubrificante, combustível sólido, líquido ou gasoso e bens importados por pessoa física ou jurídica para uso, consumo ou incorporação no ativo permanente;

Já a apropriação dos créditos, isto é, o lançamento destes nos livros próprios destinados à escrituração fiscal do contribuinte, se enquadra no conceito de obrigação acessória, tal como previsto no inc. IV do retro citado art. 16 da Lei nº 6.763/75, *verbis*:

Art. 16 - São obrigações do contribuinte:

(...)

IV - escriturar os livros e emitir documentos fiscais na forma regulamentar.

Como se vê, não obstante as bem articuladas razões de defesa, no caso concreto não há de se falar em exigência de penalidades em duplicidade, eis que a Impugnante descumpriu obrigação acessória ao se apropriar indevidamente do imposto destacado nas notas fiscais de aquisição de energia elétrica, e, ainda que em decorrência deste creditamento indevido, descumpriu também obrigação principal ao apurar (e pagar) a menor o imposto devido.

Finalmente, em relação às alegadas inconstitucionalidades e ilegalidades das multas, em face de seu valor exorbitante, cumpre lembrar que se trata de matéria cuja apreciação extrapola a competência deste Conselho de Contribuintes, em face das

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

limitações impostas pelo art. 182, I da Lei nº 6.763/75, razão pela qual fica prejudicada sua análise.

Legítimas, portanto, as exigências de ICMS, bem como das penalidades aplicadas, quais sejam as multas de revalidação e isolada previstas, respectivamente, nos arts. 56, inc. II e 55, inc. XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75, conforme precedentes consubstanciados nas decisões dos Acórdãos 15.739/02/1ª, 3.280/07/CE, 18.739/08/1ª, 18.462/09/2ª e 18.661/10/2ª.

Diante do exposto, ACORDA a 2ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, também à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Pela Fazenda Pública Estadual, sustentou oralmente o Dr. Eder Sousa. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Antônio César Ribeiro (Revisor) e Edwaldo Pereira de Salles.

Sala das Sessões, 12 de maio de 2010.

André Barros de Moura
Presidente

Raimundo Francisco da Silva
Relator