



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO n.º 563 /2009

1ª CÂMARA

SESSÃO: 09/07/2009

PROCESSO Nº: 1/3909/2008

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200810788

AUTUANTE: FRANCISCO LUCIO MENDES MAIA

RECORRENTE: TIM NORDESTE S A

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR: LÚCIO FLÁVIO ALVES

REVISOR: VITO SIMON DE MORAIS

EMENTA: - ICMS- CRÉDITO INDEVIDO. A empresa autuada creditou-se de ICMS destacado em notas fiscais, de bens do ativo imobilizado desconsiderando as saídas isentas e não tributadas no cálculo, de serviço de comunicação prevista na cláusula décima do Convênio 126/98 e de energia elétrica. A recorrente contesta a acusação fiscal, mas não apresenta prova que desconstitua o trabalho realizado pelo agente fazendário. Infringência a cláusula décima do Convênio 126/98; art. 20, 33 da LC 87/96, com penalidade inserta no art. 123, I, "a", da Lei n. 12.670/96, com alteração da Lei n. 13.418/03. Decisão pela **PROCEDÊNCIA** da infração. Recurso voluntário conhecido e improvido, após afastar o pedido de realização de perícia.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

RELATÓRIO

Relata o Auto de Infração que originou o presente processo que a empresa acima qualificada creditou-se indevidamente de ICMS relativo a bens de ativo imobilizado, de serviços de comunicação não tributados e energia elétrica no valor de R\$ 12.443.142,10 (doze milhões, quatrocentos e quarenta e três mil, cento e quarenta e dois reais e dez centavos).

Nas informações complementares o agente fiscal detalha o procedimento de fiscalização, com foco nos seguintes fatos:

- A empresa ao apurar os créditos do controle de créditos de ICMS do Ativo Permanente –CIAP, o fez integralmente à razão de 1/48 (um quarenta e oito avos), desconsiderando as saídas isentas e não tributadas, conforme anexos I, III, e VI;
- O autuado ao efetuar, integralmente, o creditamento do imposto referente à parcela de um quarenta e oito avos (1/48), agiu em desconformidade com a legislação suscitada, vez que não observou a proporcionalidade entre o valor total das saídas tributadas e o valor total das saídas;
- A autuada creditou-se de ICMS, na aquisição de serviço de comunicação para execução de serviços da mesma natureza, conforme anexo II, IV e VII;
- Constatou-se a prestação de serviços não tributada e sem previsão de apropriação de créditos. Portanto, o contribuinte, ao apropriar-se de créditos inexistentes naquelas prestações, mesmo destacados em documento fiscal, o fez de forma indevida, pois é ilegal o destaque do ICMS;



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

-
- A empresa creditou-se indevidamente de ICMS da aquisição de energia elétrica, conforme anexo V e VIII.

Constam dos autos os anexos I a VIII, a ordem de serviço n. 2008.18450, o termo de intimação n. 2008.15267, anexo ao termo de intimação n. 2008.15267; termo de intimação n. 2008.17753, demonstrativo de crédito indevido, estorno de débito.

A empresa autuada ingressa com impugnação ao auto de infração com base nos seguintes pontos:

I – A grande celeuma diz respeito ao fato de que a d. fiscalização do Estado do Ceará entende que as operações de circulação relacionadas ao tráfego de serviços de comunicação (consubstanciadas nas receitas de DETRAF), com esteio na cláusula décima do convênio confaz n. 126/98, são operações não tributadas;

II – É incontroverso para a impugnante que as operações realizadas com base na cláusula décima do convênio confaz n. 126/98 não são isentas ou não tributadas;

III – O direito ao crédito do ICMS é amplo e irrestrito de forma que são manifestamente inconstitucionais todas as normas infraconstitucionais que restringem esse direito, tal como se sucede nesse auto de infração;

IV- O direito constitucional ao crédito do ICMS não pode ser restringido pela legislação estadual, por duas razões, insuperáveis, a saber: (i) a CRFB/88 não autoriza o legislador infraconstitucional a restringir ou mitigar o direito ao crédito do ICMS; e (ii) a Lei Complementar, de observância nacional – Lei Complementar nº 87/96 -, não contém determinação sequer semelhante àquela contida na lei estadual utilizada como



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

- fundamento de validade da exigência fiscal questionada nestes autos;
- V- Pode-se dizer que o entendimento adotado pelo Fisco Estadual é ao mesmo tempo inconstitucional por violar o princípio da não-cumulatividade e é ilegal por contrariar a Lei Complementar n. 87/96;
- VI- A energia elétrica consumida diretamente para a efetiva prestação de serviço de telecomunicação gera, inegavelmente, o chamado crédito físico, tendo em vista que, além de ser imprescindível o consumo de energia elétrica para sua realização, não é possível separar materialmente a energia despendida do serviço prestado;
- VII- Os peritos da empresa AFAG Engenharia tiveram a oportunidade de analisar suas atividades produzindo laudo demonstrando que a energia elétrica utilizada pela impugnante é a principal matéria prima do serviço de telecomunicação prestado, o qual devidamente acostado ao presente processo;
- VIII- Há, pois, inegavelmente, a necessidade de aquisição de energia elétrica como insumo para prestação do serviço de comunicação realizado pelas empresas de telecomunicação;
- IX- A multa ora exarada, no percentual de 100% sobre o valor do principal (art. 123, II, da Lei n. 12.670/2006) é evidentemente abusiva e totalmente descabida, tendo caráter de confiscatório;
- X- Protesta, pela realização de perícia para a exata determinação dos créditos de ICMS aproveitados pela impugnante na prestação de seus serviços.

O processo na Instância Monocrática teve julgamento n. 1086/09 pela procedência da autuação.

A empresa inconformada com a decisão singular apresenta recurso voluntário com os seguintes argumentos:



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

- I- Reconhecimento da correção do procedimento da autuada no que diz respeito ao aproveitamento dos créditos decorrentes;
- II- Da entrada de bens no ativo imobilizado - utilizando-se corretamente a proporção de operações tributadas;
- III- Da aquisição de serviços de comunicação;
- IV- Quando da aquisição de energia elétrica, tudo em perfeita obediência e consonância com o princípio da não-cumulatividade, disposto no art. 155, § 2º, I da CRFB/88;
- V- Requer a conversão do feito para realização de perícia.

Por fim, pede a improcedência da autuação.

O processo foi encaminhado a Consultoria Tributária onde foi emitido parecer pela **PROCEDÊNCIA** do lançamento sendo referendado pela Procuradoria Geral do Estado.

Em síntese é o relatório

VOTO

O presente processo tem como motivo o fato da empresa ter se creditado de ICMS indevidamente no valor de R\$ 12.443.192,53(doze milhões, quatrocentos e quarenta e três mil, cento e noventa e dois reais e cinquenta e três centavos), uma vez que ficou demonstrado que ocorreu o creditamento de ICMS relativo a bens de ativo imobilizado, de serviço de comunicação não tributado e energia elétrica.

Convém trazer sobre o caso o gizado no art. 155, II, da Constituição Federal, assim expresso:



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

“Art. 155- Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

II- operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e **de comunicação**, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior

Por sua vez, a Lei Complementar n. 87/96 (Lei Kandir), que dispõe sobre o ICMS, no art. 2º, III, trata especificamente sobre a incidência do imposto na prestação onerosa 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.

Também, importante noticiar o disposto no art. 60 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/97), que trata da definição de serviço de telecomunicações, quando reza:

“ Art. 60- Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.”

Desta maneira, conforme a dicção legal todas as atividades que possibilitem a efetivação da telecomunicação foram englobadas no conceito acima mencionado.

Calha enfatizar sobre a questão a lição de André Mendes Moreira:

“ A corrente ampliativa tem sido adotada pelos Fiscos em geral e sustenta que o art. 60, caput, da LGT ampliou o campo de incidência do ICMS-comunicação, que passou a incidir também sobre atividade-meio, conexas ao serviço de telecomunicação. (A Tributação dos Serviços de Comunicação, pg. 122).



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

Antes da LC n.87/96 muito se discutia a respeito da possibilidade ou não de creditamento de ICMS de mercadoria adquirida com o fito de compor o ativo permanente do respectivo contribuinte.

Muito embora, originariamente a LC n. 87/96 tenha possibilitado o uso de crédito de ICMS de entrada de bens destinados ao ativo fixo, a Lei Complementar 102/2000 passou a estabelecer um parcelamento obrigatório destes valores.

Vale salientar que a Lei Complementar n. 102, de 11 de julho de 2000, alterou dispositivos da Lei Complementar n. 87/96 que autorizavam o aproveitamento imediato dos créditos decorrentes da entrada de bens destinados ao ativo fixo, o § 5º do artigo 20 da Lei Complementar n. 87/96 passou a estabelecer:

(...) § 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;
- 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;
- 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



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

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.

A interpretação que foi adotada pela LC 102/2000, art. 20, § 5º, em substituição à hipótese que havia sido eleita pela LC n. 87/96, não se podendo ter por contrária ao princípio da não-cumulatividade, tendo por virtude considerar como componente das mercadorias vendidas o desgaste sofrido pelo ativo fixo do estabelecimento no período de apuração do tributo devido, desgaste esse que, se subestimado em relação a certos bens, se revela flagrantemente superestimado em relação a outros, quando expresso, como foi, pela média de 1/48 por mês, fixada pela nova lei, na absoluta impossibilidade de considerar –se cada bem, em espécie.

Apesar de parte da doutrina se manifestar acerca da inconstitucionalidade do parcelamento trazido pela Lei Complementar n. 102/2000, aduzindo que tratar-se-ia de empréstimo compulsório, o Supremo Tribunal Federal-STF, no bojo da ADIn n. 2325/DF, julgou legítimo esse fracionamento, apenas ressalvando, em respeito ao princípio constitucional da anterioridade, que a LC n. 102/2000 somente teria efeitos a partir de 1º de janeiro de 2001.

Importante trazer parte do voto do Ministro do STF Carlos Veloso, quando da votação da ADIn 2325/DF, assim expresso:

“ Na forma do estabelecido no art. 155, § 2º, XIII, c, da Constituição Federal, cabe à lei complementar disciplinar o regime de compensação do imposto. A Lei Complementar n. 87, de 1996(Lei Kandir), estatuiu que o crédito do ICMS referente à aquisição do ativo permanente poderia ser aproveitado, e aproveitado de uma só vez, integralmente, estatuiu, também, que o crédito do ICMS referente à



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

energia elétrica poderia ser aproveitado sem restrições; e estatuiu, mais, que o crédito do ICMS referente a telecomunicações poderia ser utilizado também sem restrições.

A lei complementar assim dispôs, porque a norma constitucional, art. 155, § 2º, I, não impede que o legislador ordinário conceda mais. O que não pode fazer é conceder menos, na interpretação do texto constitucional. Noutras palavra, competindo ao legislador ordinário, mediante lei complementar, disciplinar o regime de compensação do imposto – C.F., art. 155, § 2º, XII, c – pode ela adotar interpretação mais benéfica ao contribuinte.

E foi o que aconteceu com a Lei Complementar 87/96.

Sobreveio, então a Lei Complementar nº 102, de 11.7.2000, que alterou dispositivos da Lei Complementar 87/96, estabelecendo: a) o crédito de ICMS referente à aquisição de ativo permanente, deverá ser aproveitado em 48 parcelas; b) o crédito de ICMS referente à energia elétrica passível de aproveitamento é somente aquele decorrente do consumo no processo de industrialização ou em operação que resulte exportação, na proporção do volume exportado; c) o crédito de ICMS referente a telecomunicações poderá ser aproveitado somente naquelas empresas que prestarem serviços de mesma natureza ou quando o consumo resultar em exportação, na proporção do volume exportado.

Assim posta a questão, força é convir que foi a Lei Complementar nº 87/96 que permitiu o crédito relativo á entrada de bens destinados ao consumo ou ao ativo permanente, permitindo a adoção do crédito financeiro. Em suma: à lei complementar cumpre disciplinar o regime de compensação do imposto (C.F., art. 155, § 2º, XII, c). Fê-lo, então, a Lei Complementar 87/96, permitindo o crédito financeiro. Ora, se é na lei complementar que estava a possibilidade do crédito financeiro



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

e não na Constituição, lei complementar subsequente poderia alterar a antecedente. E foi o que aconteceu: a Lei Complementar 87/96 simplesmente foi alterada pela Lei Complementar 102/2000”.

Em outra passagem manteve-se firme o posicionamento do STF:

“Aproveitamento integral do crédito decorrente das aquisições para o ativo permanente. Superveniência da Lei Complementar 102/00. Limitação temporal para o aproveitamento ao longo do período de 48(quarenta e oito) meses. Restrição à possibilidade de o contribuinte recuperar o imposto pago, como contribuinte de fato, na aquisição de bens para o ativo fixo dentro do período de vida útil. Vulneração ao princípio da não-cumulatividade. Inexistência. Precedente: ADIn 2.325, Rel. Min. Marco Aurélio, sessão plenária do dia 23.9.04(STF, 1ª Turma, Agravo Regimental no RE 392.991-7, Rel. Min. Eros Grau, um., DJU 1 de 29.4.05, pg.27).

Logo, a empresa autuada ao efetuar integralmente o creditamento do imposto alusivo a parcela de 1/48(um quarenta e oito avos), inobservou a legislação tributária, haja vista que não verificou a proporcionalidade entre o valor das saídas tributadas e o valor total das saídas.

Impõe salientar que conforme o previsto no art. 199 do CTN foi formalizado o Convênio 126/98, que dispõe sobre concessão de regime especial, na área de ICMS, para prestações de serviços públicos de telecomunicações.

Ao presente caso calha trazer o gizado na cláusula décima, assim editada:

“ Na cessão onerosa de meios de redes de telecomunicações a outras empresas de telecomunicações constantes



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

no Anexo Único, nos casos em que a cessionária não se constitua usuária final, ou seja, quando utilizar tais meios para prestar serviços de telecomunicações a seus próprios usuários, o imposto será devido apenas sobre o preço do serviço cobrado do usuário final”.

Examinando a norma acima verificamos que existe a isenção no caso de interconexão(ligação existente entre redes de diferentes prestadoras de serviços de telecomunicações, que possibilita a conexão de um ponto existente na rede da prestadora X, com outra existente na rede da prestadora Z), pois o imposto só será devido sobre o serviço cobrado do usuário final.

O fato da prestadora de serviço de telecomunicações que fornecer estas prestações de comunicação a outras operadoras de telecomunicação destacar o ICMS na nota fiscal, no caso de interconexão, não torna a prestação tributada, conforme o estabelecido no art. 23 da Lei Complementar n, 87/96, assim talhado:

“ 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, será condicionado á idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos da legislação “.

Desta forma, o art. 96 do CTN aduz que a expressão “legislação tributária”, compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

Assim, o previsto no art. 53, § 3º da Lei n. 12.670/96, retrata a questão do aproveitamento do crédito destacado no documento fiscal em valor maior que o limite estabelecido em lei, expresso nestes termos:

“ art. 51-(...)



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

§3º- Quando o ICMS destacado no documento fiscal for maior do que o exigível na forma da lei, o seu aproveitamento como crédito terá por limite o valor exigível na forma da lei, o seu aproveitamento como crédito terá por limite o valor correto, observadas as normas sobre correção monetária previstas em regulamento “.

Vale trazer a lição de André Mendes Moreira, quando comenta sobre a cláusula décima, nestes termos:

“ De todo modo, ainda que fosse considerado prestador de serviço de telecomunicação, tampouco se poderia exigir o ICMS do explorador do satélite, por força do disposto na cláusula décima do Convênio n. 126/98.

De fato, como o imposto somente é devido sobre o valor pago pelo usuário final do serviço de telecomunicação, o tributo não poderia ser exigido do provedor de capacidade satelital, que é responsável por uma etapa intermediária do serviço de comunicação(não percebendo remuneração do usuário final, mas sim das empresas que prestam o serviço de telecomunicações). (A Tributação dos Serviços de Comunicação, pg. 178)”.

Portanto, no caso em análise, a empresa autuada apropriou-se de crédito inexistente nas prestações estabelecidas na cláusula décima do Convênio n. 126/98, mesmo que a prestadora do serviço tenha destacado o ICMS no documento fiscal, o fez que forma indevida, pois viola a legislação tributária.

No tocante ao fato da empresa ter se creditado de ICMS da aquisição de energia elétrica, cabe noticiar o previsto no art. 33 da LC n. 87/96, assim editado:



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

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

- I- (...)
- II- Somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento (Redação dada LC 102, de 11.7.2000);
 - a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica ;(alínea incluída pela LC n. 102. de 11.7.2000);
 - b) quando consumida no processo de industrialização; (alínea incluída pela LC n. 102, de 11.7.2000);
 - c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e (alínea incluída pela LC n. 102, de 11.7.2000);
 - d) a partir de 1º de janeiro de 2011, nas demais hipóteses(Redação dada pela LC n. 122 de 2006.”

Assim, somente os contribuintes que atuem no mercado de energia elétrica (alínea “a”) e utilizem-na em processo industrial (alínea “b”) ou de exportação (alínea “c”) podem se creditar.

Essa é a jurisprudência do STJ:

**“ TRIBUTÁRIO –ICMS – CREDITAMENTO
RELATIVO A ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES
- ART. 33, INCISO II, “b”, E, INCISO IV, ‘A’ N. 87/96 – POSSIBILIDADE.**

O contribuinte tem direito ao creditamento de ICMS se comprovar ter utilizado a energia elétrica “no processo de industrialização” ou ter utilizado serviço de comunicação na “execução de serviços da mesma natureza”.

Embargos de divergência providos.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

(EREsp 899.485/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 13/08/2008, Dje 15/09/2008).

Diga que a LC n. 102/2000 que deu nova redação a LC 87/1996, veda o aproveitamento de crédito relativo à energia elétrica no caso de consumidor não-industrial.

Sobre a matéria transcrevo trecho do voto do Recurso Especial n. 984.880-TO, da lavra do Ministro Herman Benjamin:

“ Ocorre que, em matéria tributária, a definição de atividade industrial é dada pelo Código Tributário Nacional, posterior ao citado Decreto 640/1962.

Nesse contexto, é desnecessário perquirir sobre a natureza do Decreto 640/1962, se é legislação federal para fins de análise pelo STJ. Isso porque o conteúdo da norma é incontroverso. Não se exige, do STJ, sua interpretação para solucionar-se a demanda como posta.

O que se discute é a violação de dispositivo 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.

De fato, o CTN, ao regular o Imposto sobre Produtos Industrializados dispõe que “ 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).



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

Afastando qualquer dúvida, o Regulamento do IPI descreve a atividade industrial como aquela que altera a natureza ou a finalidade dos produtos, ou aperfeiçoe-os para o consumo.

Evidencie que serviços de telecomunicações, até por serem serviços, não representam atividades industrial.

A rigor, a legislação tributária afasta expressamente a natureza industrial inclusive nos casos dos chamados serviços acessórios de telecomunicações, conforme o art. 5º do Regulamento do IPI:

Art. 5º- Não se considera industrialização:

(...)

b) instalação de oleodutos, usinas hidrelétricas, torres de refrigeração, estações e centrais telefônicas ou outros sistemas de telecomunicação e telefonia, estações, usinas e redes de distribuição de energia elétrica e semelhantes; ou

(...)

Prestação de serviços, como é óbvio, não se confunde com atividade industrial.

Não é demais ressaltar que a própria Lei Geral de Telecomunicações classifica a atividade da recorrida como prestação de serviços, e não industrialização.

Conclui-se, portanto, que os serviços de telecomunicações, que se submetem exclusivamente ao ICMS(e não ao IPI), não representam atividade industrial para fins de tributação.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

Assim, inexistindo processo industrial na hipótese, é inviável o creditamento de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica, nos termos do art. 33, II, "b", da LC 87/1996".

Assim, tendo o voto como doutrina para formação da convicção do julgador, o contribuinte autuado é empresa de telecomunicação que, por definição legal, presta serviço, não se enquadrado como indústria, não poderia se aproveitar do ICMS de energia elétrica.

Importante salientar que o Princípio Constitucional da Não-Cumulatividade, por si só, não permite o amplo e irrestrito creditamento relativo à energia elétrica.

Este entendimento é pacífico do egrégio SFT, podendo ser obtido da análise do RE-AgR 545.845/SP, Relator: Min. Eros Grau, Segunda Turma, j. 17/06/2008, Dje-142, 01/08/2008, assim expreso:

" EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO. CONVÊNIO ICMS 66/88. CORREÇÃO MONETÁRIA. LEGISLAÇÃO LOCAL. CARACTERIZAÇÃO DOS PRODUTOS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. O Supremo Tribunal Federal fixou jurisprudência no sentido de que o contribuinte não possui direito ao crédito de ICMS quando recolhido em razão de operações de consumo de energia elétrica, de utilização de serviço de comunicação ou, ainda, de aquisição de bens destinados ao ativo fixo e de materiais de uso e consumo, no período em que vigente o Convênio ICMS 66/88, antes, portanto, da Lei Complementar n. 87/96. precedentes".

Destaque que o caso se trata de matéria de direito e o agente autuante disponibilizou para a empresa as planilhas demonstrando o que entende ser crédito indevido do ICMS, as quais consta dos autos, exercendo o dever de trazer os elementos que demonstra a acusação fiscal.



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

Quanto à multa ter efeito de confisco, diga-se que a penalidade tributária é matéria de reserva legal, é a atividade de lançamento é vinculada à lei, não podendo o aplicador na existência de penalidade específica aplicar outra penalidade, já que a multa tem como função inibir o cometimento de infração tributário por parte do contribuinte.

Enfatize, também, como ensina o Professor Hugo Machado que cabe ao Judiciário dizer quando um tributo é confiscatório. (Curso de Direito Tributário, pg.33). Assim, não cabe a um órgão de julgamento administrativo dizer que determinada multa tem caráter de confisco.

No tocante ao pedido de perícia requerido pela empresa autuada e negado pelo julgador singular ocasionar o cerceamento do direito de defesa, não procede, uma vez que o indeferimento motivadamente a produção de provas, principalmente quando se mostrarem dispensáveis diante do conjunto probatório e de matéria discutida unicamente de direito é dispensável a prova pericial, não caracterizando cerceamento de defesa.

Desta forma, a empresa autuada se creditou indevidamente de ICMS de bens do ativo imobilizado desconsiderando as saídas isentas e não tributada, de prestação de interconexão inserida na cláusula décima do Convênio 126/98 e de energia elétrica, ficando sujeita a penalidade inserida no art. 123, II, "a", da Lei n. 12.670/96 alterado pela Lei n. 13.418/03.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

ICMS.....	R\$ 12.443.192,53
MULTA.....	R\$ 12.443.192,53
TOTAL.....	R\$ 24.886.385,06



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

É o voto.

DECISÃO

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é recorrente **TIM NORDESTE S A** e recorrida **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**, RESOLVEM os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do recurso voluntário, negar-lhe provimento, para não acolher a perícia solicitada, e confirmar a decisão **CONDENATÓRIA** proferida em 1ª instância, nos termos do voto do Conselheiro Relator, conforme parecer da Consultoria Tributária adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Ausente, justificadamente, João Fernandes Fontenelle.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 26 de agosto de 2009.


Dulcimere Pereira Gomes
PRESIDENTE DA CÂMARA


Mateus Tiana Neto
PROCURADOR DO ESTADO


Lúcio Flávio Alves
CONSELHEIRO RELATOR

Jannine Gonçalves Feitosa
CONSELHEIRA


Alfredo Rogério Gomes de Brito
CONSELHEIRO


Vito Simon de Moraes
CONSELHEIRO



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
1ª Câmara de Julgamento

Maria Elineide Silva e Souza
CONSELHEIRA

Magna Vitória G. Bimbo
Magna Vitória de Guadalupe
CONSELHEIRA

João Fernandes Fontenelle
CONSELHEIRO

Cid Marconi Gurgel de Souza
CONSELHEIRO