



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ

Secretaria da Fazenda
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

RESOLUÇÃO Nº 96/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

18ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 11/04/2019

PROCESSO Nº 1/6159/2017

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201718921

RECORRENTE: TELEMAR NORTE LESTE S/A – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DA 1ª INSTÂNCIA

AUTUANTE: VALÉRIA PASSOS BRASIL E OUTROS MATRÍCULA: 062816-1-3

RELATOR: CONSELHEIRO HENRIQUE JOSÉ LEAL JEREISSATI

EMENTA: ICMS – 1. CRÉDITO INDEVIDO. 2. ENERGIA ELÉTRICA. 3. O contribuinte creditou-se indevidamente de valores relativos à energia elétrica nos exercícios de 2013 e 2014. 3. Recurso Ordinário conhecido e improvido. 4. Decisão proferida em 1ª Instância mantida. 5. Auto de Infração julgado inteiramente PROCEDENTE, por unanimidade de votos, com esteio no Parecer da Assessoria Processual Tributária, referendado pela douta PGE. 6. Penalidade: Art. 123, inciso II, “a” da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03.

PALAVRAS-CHAVE: Crédito indevido. Energia Elétrica.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em comento tem o seguinte relato:

“CRÉDITO INDEVIDO DE ENERGIA ELÉTRICA. O CONTRIBUINTE CREDITOU-SE INDEVIDAMENTE DE ICMS RELATIVO A COMPRA DE ENERGIA ELÉTRICA NO VALOR DE R\$ 3.759.617,07 EM 2013 E R\$ 2.545.916,24 EM 2014, CONFORME INFORMAÇÃO COMPLEMENTAR A ESTE AUTO.”

O agente fiscal, quando da lavratura do presente Auto de Infração, apontou, como infringido, o Art. 60, parágrafo 11, do Decreto nº. 24.569/97 – RICMS, bem como aplicou a penalidade inserta no Art. 123, II, “a” da Lei nº 12.670/96.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Segundo consta nos autos, a empresa registrou e aproveitou indevidamente créditos de ICMS relativos as entradas de energia elétrica em seu estabelecimento, classificadas no Código Fiscal de Operações 1252 (compra de energia elétrica por estabelecimento industrial), num total de R\$ 6.305.533,31(seis milhões, trezentos e cinco mil, quinhentos e trinta e três reais e trinta e um centavos), sendo R\$ 3.759.617,07(três milhões setecentos e cinquenta e nove mil seiscentos e dezessete reais e sete centavos) referente ao exercício de 2013 e R\$ 2.545.916,24(dois milhões quinhentos e quarenta e cinco mil novecentos e dezesseis reais e vinte e quatro centavos) referente ao exercício de 2014.

Instruem os autos: Mandado de Ação Fiscal nº. 2017.10774; Termo de Início de Fiscalização nº. 2017.12518; Anexo ao Termo de Início nº 2017.12518; Portaria 209/2017; Termo de Conclusão de Fiscalização nº. 2017.13824; Anexo ao Auto de Infração nº 2017.18921-1.

A empresa apresentou defesa, conforme fls. 26 a 35 dos autos.

Em decisão de 1ª Instância, o julgador singular entendeu pela PROCEDÊNCIA da autuação, com base no art.60 § 11 do DEC. 24.569/97 c/c art. 49 § 2º, II da lei 12.670/96, com penalidade contida no art. 123, II, "a", Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03.

Inconformada com a decisão singular, a empresa autuada apresentou recurso ordinário onde alega resumidamente:

Ser pacífico em âmbito nacional o entendimento acerca da possibilidade do crédito do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida pelas empresas de telefonia conforme firmado em sede de julgamento repetitivo pelo STJ (REsp. nº 1.201.635/MG – Tema 541/STJ) e posteriormente ratificado pelo STF (RE nº 888.269/DF);

Que há decisão judicial favorável a empresa nos autos da ação ordinária nº 0678400-37.2000.8.06.0001, proferida pelo TJCE por ocasião de apelação impetrada pela recorrente;

As decisões do Conat são vinculadas ao entendimento dos Tribunais Superiores;

O processo de Telecomunicação decorre do consumo de energia elétrica, onde esta é transformada em corrente contínua e em ondas eletromagnéticas e radielétricas, convertidas em som nos aparelhos de telefonia. Portanto a energia elétrica utilizada pela empresa é insumo indispensável à prestação dos serviços de telecomunicação, se mostrando



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

absolutamente essencial as suas atividades, passando por um processo análogo ao de industrialização;

Os serviços de telecomunicação, para todos os efeitos legais são considerados indústria básica, de interesse para o fomento da economia, conforme dispõe Decreto nº640/62, sendo admitido o crédito relativo ao ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida em processo de industrialização por força do princípio da não cumulatividade.

Não existir a caracterização de crime contra a ordem tributária, pois embora o julgador singular assim o tenha afirmado, a recorrente está amparada pela ação judicial que tramita no TJ/CE.

Ausência de enquadramento legal que justifique a responsabilização de sócios ou diretores pelo pagamento das dívidas da sociedade sem a comprovação de que tenham incorrido em uma das hipóteses elencadas nos arts. 134 e 135 do CTN.

Por fim requer o cancelamento do auto de infração e que subsidiariamente seja declarada a ilegitimidade passiva dos coobrigados.

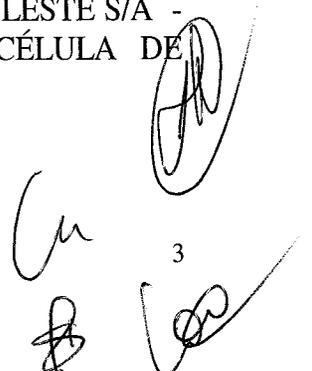
Do parecer da Assessoria Processual Tributária:

A Assessoria Processual-Tributária, por sua vez, em parecer referendado pelo douto representante da PGE, manifestou-se pela manutenção da decisão recorrida, isto é, pela PROCEDÊNCIA da acusação fiscal.

Mediante Parecer N° 20/2019, a Assessoria Processual Tributária opinou pelo conhecimento do Recurso Ordinário, negando-lhe provimento, a fim de manter a decisão proferida na instância singular de inteira PROCEDÊNCIA do auto de infração.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de Processo Administrativo Tributário oriundo da lavratura do Auto de Infração nº. 201718921-1, o qual consta como parte recorrente a empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL e, como parte recorrida, a empresa CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.


3



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Procedidas vistas no conteúdo documental dos autos, bem como nos argumentos apresentados pela defesa, entendo que assiste inteira razão a decisão de total procedência proferida pela julgadora monocrática, pelos fundamentos fáticos e jurídicos aqui expostos.

O presente Auto de Infração foi lavrado sob a acusação de que o contribuinte se creditou indevidamente de ICMS relativo à energia elétrica durante os exercícios de 2013 e 2014.

Preliminarmente, no que se refere ao argumento de que a “infração seria nula, uma vez que é ilegítima a responsabilização de sócios ou diretores pelo pagamento das dívidas da sociedade sem a comprovação de que tenham incorrido em uma das hipóteses elencadas no art. 135 CTN”, verifica-se que esta não prospera, haja vista que os sócios não constam no pólo passivo do feito fiscal em comento. Seus nomes constam nas informações complementares ao Auto de Infração somente a título de informação, e não, de responsabilização, razão pela qual também afasto tal argumento.

No que se refere ao mérito, verifica-se que a recorrente afirmou, diversas vezes, que a presente Ação Fiscal seria improcedente, visto que *não houve creditamento indevido de ICMS*. Contudo, verifica-se que ela não apresentou qualquer prova que substanciasse tal afirmativa.

É cediço que o ônus de comprovar suas alegações é do recorrente, nos termos do Art. 92, do Decreto nº. 32.885, de 2018. Assim, o contribuinte autuado tem o dever de comprovar suas alegações, com a anexação de provas documentais, haja vista que alegar sem comprovar não traz efeito jurídico algum à análise processual.

Com relação aos argumentos apresentados pela contribuinte em sua defesa de que “os serviços de telecomunicação são considerados indústria básica para todos os fins legais, sendo admitido o crédito relativo ao ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida em processo de industrialização” e de que “o STJ decidiu pela legitimidade do crédito da energia elétrica para empresa de telecomunicação (situação análoga à exposta nos autos) conforme Recurso Especial nº. 842.270/RS, bem como o Resp 1.201.635/MG recebido com efeito repetitivo pelo STJ, posteriormente ratificado pelo STF por meio do RE 888.269/DF. Como já dito, o exercício deste Contencioso Administrativo Tributário está adstrito às normas e leis, não podendo, portanto, fazer qualquer controle de legalidade ou aplicar qualquer interpretação diversa daquela expressa na legislação.

Neste tocante, vejamos a Lei Complementar nº 87, de 1996, in verbis:

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

Handwritten signatures and initials, including a large signature at the top right, a signature below it, and initials at the bottom left and right. A small number '4' is written near the bottom right signature.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

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

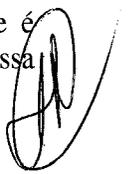
b) quando consumida no processo de industrialização; (Incluída pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

d) a partir de 1º de janeiro de 2020 nas demais hipóteses; (Redação dada pela Lcp nº 138, de 2010)

Quanto ao tema, veja-se, ainda, a decisão corporificada no Resp. 984.880/TO, de lavra do Ministro Herman Benjamin, *in verbis*:

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.

1. A partir da sentença, o representante do Estado deve ser intimado pessoalmente de todas as decisões proferidas em Mandado de Segurança.
2. Nas instâncias ordinárias, é imprescindível a intimação pessoal da União, dos Estados, do DF e dos Municípios, embora essa providência seja dispensada no âmbito do STJ.
3. A Fazenda Pública foi intimada pessoalmente do acórdão em 6.2.2007 e interpôs o Recurso Especial em 8.3.2007. Tempestividade reconhecida.
- 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.



5




GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ

Secretaria da Fazenda
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

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 aceção 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.(original sem destaque)

Convém registrar que a decisão prolatada nos autos da Ação Ordinária nº 0678400-37.2000.8.06.0001, não transitou em julgado, tendo a douta PGE ingressado com embargos de declaração, que se encontram pendentes de julgamento, conforme se verifica mediante simples consulta junto ao *site* do TJCE.

Importante destacar que o ICMS rege-se pelo Princípio da Não Cumulatividade, conforme o art. 19 da Lei Complementar nº 87, de 1996, a saber:

Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado.

Considerando que a presente hipótese não se trata de processo de industrialização, o direito ao crédito somente poderá ser exercido a partir de 1º de janeiro de 2020, por força do disposto na Lei Kandir, já citada.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

Com relação ao enquadramento pela autoridade julgadora de que o recorrente incorreu em crime contra a ordem tributária, nos termos do art. 1º, II, da Lei 8.137/90, entendo que equivocado, porquanto o procedimento realizado pelo contribuinte decorreu de interpretação jurisprudencial, sem nenhum intuito de burlar o fisco. Repise-se que o presente processo encontra-se em julgamento administrativo, sendo prematuro seu enquadramento na lei dos crimes contra a ordem tributária.

Diante disso, a conduta praticada pelo contribuinte configura infração à legislação tributária estadual, razão pela qual o contribuinte sujeita-se à sanção contida no art. 123, II, "a", da Lei nº. 12.670/96, com nova redação dada pela Lei nº 13.418/2003, *in verbis*,

Art. 123. As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidades, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando for o caso:

(...)

II - com relação ao crédito do ICMS:

a) crédito indevido, assim considerado todo aquele escriturado na conta-gráfica do ICMS em desacordo com a legislação ou decorrente da não-realização de estorno, nos casos exigidos pela legislação: multa equivalente a uma vez o valor do crédito indevidamente aproveitado ou não estornado;

Face ao exposto, voto pelo conhecimento do Recurso Ordinário, negando-lhe provimento a fim de manter a decisão proferida em 1º Instância de inteira PROCEDÊNCIA, de acordo com o Parecer da assessoria processual tributária adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	
Principal	R\$ 6.305.533,31
Multa (uma vez o valor do crédito aproveitado indevidamente)	R\$ 6.305.533,31
Total	R\$ 12.611.066,62



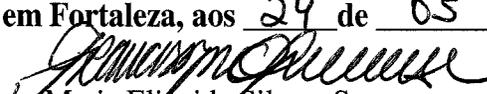
GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

DECISÃO

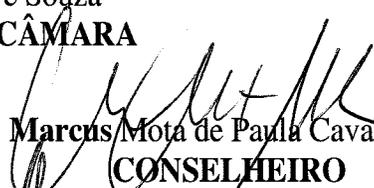
Vistos, relatados e discutidos os autos em que é recorrente a empresa **TELEMAR NORTE LESTE S/A – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL** e Recorrido: Célula de Julgamento de 1ª Instância.

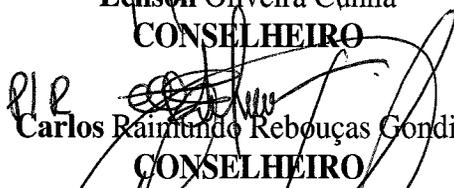
Resolvem os membros da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão **condenatória** exarada em 1ª Instância. **Quanto ao pedido da parte, para que seja declarada a ilegitimidade passiva dos coobrigados que estão relacionados no Auto de Infração** – Foi rejeitado, por voto unanimidade de votos, considerando que os sócios não fazem parte do pólo passivo do auto de infração e que o pedido de exclusão dos sócios deverá ser pleiteado junto à Procuradoria Geral do Estado, quando da inscrição em Dívida Ativa, se for o caso. Decisão nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Esteve presente para sustentação oral, a representante legal da Recorrente, Dra. Ludmilla Alves Leal Monteiro. Registre-se que os Memoriais apresentados por ocasião da sustentação oral, foram anexados aos autos, por determinação da Presidente da Câmara.

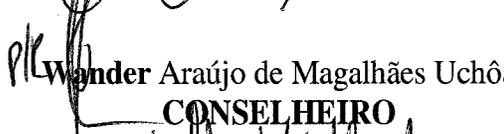
SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 24 de 05 de 2019.

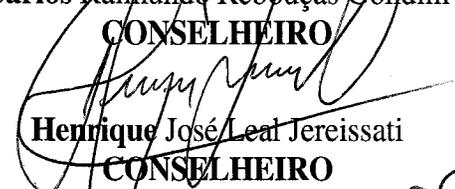

Maria Elneide Silva e Souza
PRESIDENTE DA 2ª CÂMARA

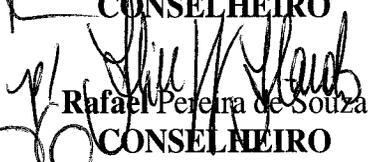

Leilson Oliveira Cunha
CONSELHEIRO


Marcus Mota de Paula Cavalcante
CONSELHEIRO


Carlos Raimundo Rebouças Gondim
CONSELHEIRO


Wander Araújo de Magalhães Uchôa
CONSELHEIRO


Henrique José Leal Jereissati
CONSELHEIRO


Rafael Pereira de Souza
CONSELHEIRO


Ubiratan Ferreira de Andrade
Procurador do Estado