


SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº: 168 /2021
48ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 23.08.2021
PROCESSO DE RECURSO Nº 1/4156/2019
AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/2019.17421
RECORRENTE: NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
RELATOR: CONS. ALEXANDRE MENDES DE SOUSA

EMENTA: CREDITO INDEVIDO. Contribuinte lançou em sua conta gráfica créditos de ICMS de energia elétrica em desacordo com a legislação, nos exercícios de 2015 e 2016. Auto de Infração julgado **PROCEDENTE.** Infringência aos artigos 60 § 11º do Decreto nº 24.569/97, c/c art. 49, parágrafo 2, inciso II da Lei nº 12.70/96, com a sanção prevista no artigo 123, inciso II, alínea “A”, da Lei 12.670/96, alterada pela Lei n. 13.418/03. Recurso Ordinário conhecido e não provido. Decisão por unanimidade de votos e em conformidade com manifestação oral do representante da PGE em sessão.

PALAVRAS-CHAVE: CRÉDITO INDEVIDO DE ENERGIA ELÉTRICA EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. INFRINGÊNCIA AOS ARTIGOS 60 § 11º DO DECRETO Nº 24.569/97, c/c ART.. 49, § 2º, INCISO II DA LEI Nº 12.70/96.

01 – RELATÓRIO

Versam os autos de lançamento tributário confeccionado em face de o sujeito passivo ter cometido a infração, assim relatada:

“CREDITO DE ENERGIA ELÉTRICA. O CONTRIBUINTE CREDITOU-SE INDEVIDAMENTE DE CRÉDITOS DE ICMS PROVENIENTES DA AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA NOS MONTANTES DE R\$ 194.154,72 e R\$ 217.218,41 NOS EXERCÍCIOS DE 2015 E 2016, RESPECTIVAMENTE, CONFORME INFORMAÇÃO COMPLEMENTAR ANEXA A ESTE AUTO DE INFRAÇÃO.”

Apontado como violados os artigos 60 § 11º do Decreto nº 24.569/97, c/c art. 49, parágrafo 2, inciso II da Lei nº 12.70/96, com a sanção prevista no artigo 123, inciso II, alínea “A”, da Lei 12.670/96, alterada pela Lei n. 13.418/03.

SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

**Demonstrativo do Crédito
Tributário(R\$)**

ICMS	411.369,13
Multa	411.369,13
TOTAL	822.738,26

Nas informações complementares o agente autuante noticia que o presente auto de infração refere-se a aproveitamento indevido de créditos de ICMS de Energia Elétrica, classificadas no CFOP 1255 (compra de energia elétrica por estabelecimento prestador de serviço de telecomunicação) no total de R\$ 411.369,13, conforme demonstrativo anexo as fls.03/04.

Informa ainda que a planilha de créditos indevidos demonstrados por mês, foi encaminhada ao contribuinte por meio do Termo de Início de Fiscalização nº 2019.12110 em 02/10/2019 com a devida ciência em 07/10/2019 no qual solicitou ao contribuinte, justificativas para o lançamento dos referidos créditos de energia elétrica em sua apuração mensal.

Que o sujeito passivo apresentou a resposta ao Termo de Intimação em 16.10.2019, informando o seguinte:

“...que creditou única e exclusivamente dos valores de ICMS relativos à energia elétrica empregada na efetiva prestação de serviços de telecomunicação. A energia elétrica é utilizada como insumo para funcionamento das antenas de telefonia. As atividades exercidas pelo contribuinte alteram a natureza da finalidade da energia elétrica transformando-a em energia eletromagnética afim de viabilizar o serviço de telecomunicação.” (fls.08)

Constam no caderno processual os seguintes documentos: “Mandado de Ação Fiscal n. 2019.11431, Termo de Início de Fiscalização 2019.12110; Termo de Conclusão de Fiscalização n. 2019.13610.

A empresa inconformada com a lavratura do auto de infração apresenta impugnação com os seguintes pontos:

- ✓ Alega que não houve cometimento de infração (CREDITO INDEVIDO DE ICMS PROVENIENTE DA COMPRA DE ENERGIA ELÉTRICA EM DESACORDO COMO A LEGISLAÇÃO) durante o período de 01/2015 a 31/2016, na medida em que aproveitou os créditos de ICMS em absoluta consonância ao princípio da não cumulatividade(fl.49/50)
- ✓ Argumenta ainda que a impugnante que a energia utilizada passa por um processo de transformação na prestação de serviços de telecomunicação, evidenciando sua natureza de industrialização para melhor se compreender a possibilidade de seu creditamento.
- ✓ De acordo com a impugnante o art. 33, II da Lei Complementar nº 87/96 limitou o aproveitamento de créditos de ICMS provenientes da aquisição de energia elétrica,

SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

admitindo o creditamento quando a energia elétrica for utilizada em “processo de industrialização”, e, dessa forma “faz jus ao creditamento do ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida na prestação de serviços de telecomunicações, porquanto realiza processo de industrialização” (fls.51/52)

- ✓ Afirma que a energia elétrica é insumo essencial e indispensável à prestação de serviço de telecomunicação, é a transformação de pulsos eletromagnéticos em voz, dados, sinais digitais de telecomunicação, sendo a energia elétrica insumo indispensável à produção, disponibilização e transmissão de informação (vos e dados), ou seja, a energia elétrica é “transformada” em sinais de comunicação.
- ✓ Questiona a penalidade aplicada de 100% do valor do crédito lançado, alegando caráter confiscatório da multa.
- ✓ Ao final pede a improcedência do auto de infração.

Na Instância monocrática o auto de infração foi julgado PROCEDENTE, com a seguinte ementa:

EMENTA: ICMS E MULTA – Auto de Infração. CRÉDITO INDEVIDO DE ICMS DE ENERGIA ELÉTRICA. CONTA GRÁFICA. NÃO REALIZAÇÃO DE ESTORNO. ENERGIA COMO INSUMO. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. Infração ao art. 60, § 11 do Dec. 24.569/97 c/c art. 49 § 2º, II e art. 52 da Lei nº 12.670/96 c/c art. 33, II, “d” da Lei Complementar nº 87/96 alterada pela Lei Complementar nº 171/2019. Sanção Prevista no art. 123, II, “A” da Lei nº 12.670/96, com nova redação dada pela Lei nº 13.418 de 30/12/03. Contribuinte apresentou DEFESA TEMPESTIVA. Autuação: PROCEDENTE.

A empresa insatisfeita com a decisão singular apresenta recurso ordinário, aduzindo basicamente o seguinte:

- 1) Alega que tem direito ao crédito do ICMS na aquisição de energia elétrica utilizada como insumo no processo de serviços de telecomunicação;
- 2) Que a prestação do serviço de telecomunicação implica em transformar a natureza de seu insumo mais essencial, a energia elétrica, conferindo nova finalidade;
- 3) Nos termos do art. 1º do Decreto Federal nº 640/62, os serviços de telecomunicações, para todos os efeitos legais, são considerados indústria básica;
- 4) A prestação do serviço de telecomunicação pressupõe processo de industrialização, conforme inciso I do art. 4 do Decreto nº 2.637/98 (regulamento do IPI);
- 5) Que no presente caso, a energia elétrica não pode ser considerada como mercadoria adquirida pela recorrente em seu uso e consumo, o que atrairia a aplicação da Lei Complementar 171/2019;
- 6) Que é importante frisar que as operações autuadas se referem à aquisição de energia elétrica como insumo, adquirida e transformada para a composição do processo industrial que resulta na prestação de serviços da Recorrente;

SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

- 7) Alega o caráter confiscatório da multa aplicada em violação ao princípio constitucional do não confisco;
- 8) Ao final requer o cancelamento da autuação e subsidiariamente seja reconhecida a confiscatoriedade do percentual da multa no valor de 100% (cem por cento) do imposto ou da sua redução, sob pena de afronta ao princípio do não confisco.

O Parecer 91/2021 emitido pela Assessoria Processual Tributária, sugere o conhecimento do Recurso Ordinário, nega-lhe provimento, para que seja mantida a decisão de Procedência declarada em Primeira Instância.

É o breve relato.

02 – VOTO DO RELATOR

Trata-se de recurso ordinário interposto pela empresa NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA, em virtude de decisão de Primeira Instância que julgou procedente o Auto de Infração nº 2019.17421.

Contribuinte foi autuado pelos Fiscais do Núcleo Setorial de Comunicação e Energia Elétrica por ter lançado em sua escrita fiscal, crédito de ICMS de energia elétrica em desacordo com a Legislação Tributária.

Em sua defesa contribuinte alega direito ao crédito de ICMS nas aquisições de Energia Elétrica, sob o argumento de que a empresa utiliza a energia elétrica como insumo no processo de serviços de telecomunicações, conferindo ao produto nova finalidade. Acrescenta ainda que, de acordo com o art. 1º do Decreto Federal nº 640/62, os serviços de telecomunicações, para todos os efeitos legais, são considerados indústria básica.

Inicialmente convém destacar que para uma empresa ter direito ao crédito de energia elétrica, necessário atender algumas condições previstas na Lei Complementar nº 87/96, que assim determina:

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 operação de saída de energia elétrica;*
- 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;*


SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

Analisando o dispositivo acima transcrito, percebe-se que a recorrente não preenche os requisitos estabelecidos na norma para usufruir dos créditos de energia elétrica lançados em sua conta gráfica, visto que suas operações não demandam saídas de energia elétrica para outros estabelecimentos e nem seu consumo resulta em saídas para exterior.

Quanto ao argumento suscitado pela defesa de que a empresa estaria enquadrada como estabelecimento industrial nos termos do 1º do Decreto Federal nº 640/62, também não é o caso, posto que em sua inscrição cadastral consta como código de atividade principal o CNAE 6120502 – Serviço Móvel de Especializado – SME, tendo como seguimento econômico Serviços de Comunicação, o que no nosso entendimento, afasta por completo tal hipótese.

Ressalto ainda que atividade desenvolvida pela autuada, não modifica a natureza da energia, tão pouco lhe acrescenta qualquer forma de beneficiamento ou mudança de finalidade na energia consumida, características estas necessárias para declarar uma produto como industrializado, conforme parágrafo único do artigo 46 do CTN.

Quanto ao caráter confiscatório da multa aplicada, entendo como sendo um argumento descabido. O que é vedado ao Fisco é a utilização ou criação de tributo com efeito confiscatório (CF/88, art. 150, IV). A multa aplicada no presente caso tem caráter punitivo, decorrente de uma infração a legislação tributária, aplicada a quem não cumpre o preceito legal e comporta duplo efeito: um intimidativo (psicológico), que visa evitar a violação do direito, e outro repressivo, que se verifica após o desrespeito a norma fiscal.

Observo ainda, que não compete a este Órgão Julgador, afastar aplicação de norma vigente e eficaz sob fundamento de inconstitucionalidade, exceto nas hipóteses em que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF, após a publicação de decisão, conforme determina o art. 48, § 2º, incisos I, II, e III da Lei nº 15.614/2014.

Portanto, dúvidas não existem quanto ao cometimento da infração por parte da recorrente. No presente caso, resta provado que a empresa lançou em sua conta gráfica, créditos de ICMS de energia elétrica em desacordo com a legislação, infringindo o artigo 60, § 11º do Decreto nº 24.569/97, c/c art. 49, § 2º, inciso II, da Lei nº 12.670/96, ensejando a infratora aplicação de penalidade, nos termos do art. 123, II, “a” da Lei nº 12.670/96.

Ante ao exposto, VOTO pelo conhecimento do Recurso Ordinário, negando-lhe provimento para confirmar a decisão condenatória proferida na Instância Singular.

É como voto.

SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 3ª Câmara de Julgamento

Demonstrativo do Crédito Tributário(R\$)

ICMS	411.369,13
Multa	411.369,13
TOTAL	822.738,26

03 – DECISÃO

Processo de Recurso Nº 1/4156/2019 – Auto de Infração nº 1/201917421. RECORRENTE: NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA. RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA. RELATOR: Conselheiro ALEXANDRE MENDES DE SOUSA. Decisão: A 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, resolve por unanimidade de votos, conhecer do Recurso ordinário, negar-lhe provimento e, quanto à questão suscitada de multa com efeito confiscatório, foi afastada por unanimidade de votos, considerando que não é competência desta Câmara de Julgamento afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, conforme dispõe o art. 48 da Lei nº 15.614/2014. **No mérito**, resolvem, por unanimidade de votos, confirmar a decisão **CONDENATÓRIA** exarada em 1ª Instância, conforme o voto do Conselheiro Relator, de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária e em conformidade com a manifestação oral, em sessão, do representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, *29 de Outubro* de 2021.

ALEXANDRE MENDES
DE SOUSA:21177066300

Assinado de forma digital por ALEXANDRE MENDES DE SOUSA:21177066300
DN: c=BR, o=ICP-Brasil, ou=Presencial, ou=0025354000194, ou=Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, ou=RFB e CPF A3, ou=sem brancos, cn=ALEXANDRE MENDES DE SOUSA:21177066300
Dados: 2021.10.29 11:01:55 -03'00'

Alexandre Mendes de Sousa
RELATOR

FRANCISCO
WELLINGTON AVILA
PEREIRA

Assinado de forma digital por FRANCISCO WELLINGTON AVILA PEREIRA
Dados: 2021.10.15 11:01:55 -03'00'

Francisco Wellington Ávila Pereira
PRESIDENTE

ANDRE GUSTAVO CARREIRO
PEREIRA:81341792315

Assinado de forma digital por ANDRE GUSTAVO CARREIRO PEREIRA:81341792315
Dados: 2021.10.29 11:02:43 -03'00'

André Gustavo Carreiro Pereira
PROCURA DOR DO ESTADO