



DECISÃO Nº: 127/2011
PROTOCOLO Nº: 140708/2011-2
PAT N.º: 239/2011-1ª URT
AUTUADA: TIM CELULAR S.A
FIC/CPF/CNPJ: 20.098.409-8
ENDEREÇO: Av. Hermes da Fonseca, 1148, Tirol Natal-RN

EMENTA – ICMS – Recolhimento a menor do imposto em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal oriundo de operações de energia elétrica consumida. Denúncia comprovada através de robusto conjunto probatório. Defesa Insuficiente para afastar a denúncia – Impossibilidade de aproveitamento de crédito proveniente da aquisição de energia elétrica para consumo com base no art. 33, II, “b” da Lei Complementar 87/96, por ser a empresa prestadora de serviço, e não indústria. Processo que preenche aos princípios norteadores regentes da espécie – Nulidade não configurada. Conhecimento e Inacolhimento da Impugnação – PROCEDÊNCIA DA AÇÃO FISCAL.

DO RELATÓRIO

1. DENÚNCIA

Consta que contra a autuada acima qualificada, foi lavrado o Auto de Infração nº 239/2011 – 1ª URT, onde se denuncia recolhimento a menor de imposto nos períodos de 07/09/2010 a 31/12/2010, em virtude de aproveitamento indevido de crédito fiscal nas aquisições de energia elétrica para utilização por empresa prestadora de serviço de telecomunicação.

Dessa forma, deu-se por infringidos os artigos 150, inciso III e XIII, c/c art. 108, art. 109-A, art. 113, art. 118, todos do decreto 13.640 de 13 de novembro de 1997.

Como penalidade foi proposta a constante do art. 340, inciso II, alínea “a”, do supracitado instrumento regulamentar, sem prejuízo dos acréscimos monetários previstos no art. 133 do referido RICMS.

A composição do crédito tributário, segundo os autores do feito, é a multa no valor de R\$ 301.394,25 (trezentos e um mil trezentos e noventa e quatro reais e vinte e cinco centavos), mais o ICMS devido no valor de R\$ 200.929,50 (duzentos mil novecentos e vinte e nove reais e cinquenta centavos), perfazendo o montante de R\$ 502.323,75 (quinhentos e dois mil trezentos e vinte e três reais e setenta e cinco centavos).

Foram anexados relatórios emitidos pelo sistema da SET relativos à empresa autuada.

Ludemilson Araújo Lopes
Julgador Fiscal



2. IMPUGNAÇÃO

Contraopondo-se às denúncias, alegou a autuada, através de sua impugnação às fls. 47 a 53, que:

- Existe nulidade do Auto de Infração, por não haver o exato dispositivo legal infringido pela Impugnante, já que os artigos elencados possuem diversos incisos, não tendo sido especificado qual deles foi inobservado;
- A energia elétrica adquirida pela empresa é utilizada como insumo indispensável no processo de telecomunicação, equiparando-se a um processo industrial, enquadrando-se na hipótese prevista no art. 33, II, "b" da LC 87/96, fazendo jus ao crédito fiscal;
- De acordo com o princípio da não cumulatividade, tem direito ao aproveitamento do crédito decorrente do ICMS pago pela aquisição de energia elétrica.

Diante do exposto, requer improcedência do Auto de Infração, cancelando todos os débitos tributários ora reclamados.

3. CONTESTAÇÃO

Instados a contestar a impugnação da autuada, os ilustres autores dentro do prazo regulamentar, conforme fls. 71 a 85, alegaram que:

- Está perfeitamente tipificada a autuação, não havendo qualquer omissão na sua fundamentação;
- As empresas de telecomunicações são prestadoras de serviços, que nada produzem, não vendem ondas eletromagnéticas, e sim prestam serviço de comunicação, o que as desclassificam como indústrias;
- Por não ser indústria, a empresa autuada atua como consumidora normal de energia elétrica, não podendo aproveitar do crédito oriundo de sua aquisição.

Por fim, concluem pela manutenção integral do auto de infração, mantendo os valores originais de autuação.

4. ANTECEDENTES

Consta dos autos (fl. 45) que a autuada não é reincidente na prática do ilícito fiscal denunciado.

É o que se cumpre relatar.

DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE



Em obediência ao artigo 110 do RPPAT, observo que a impugnação produzida pelo ilustre patrono da ora atuada preenche aos requisitos de admissibilidade, especialmente, por ser tempestiva, motivo pelo qual dela conheço.

DO MÉRITO

O presente processo trata de utilização de crédito indevido, onde o contribuinte pagou a menor o ICMS, em virtude de aproveitamento de crédito fiscal nas aquisições de energia elétrica para consumo por empresa prestadora de serviço de telecomunicação.

Antes de adentrar no mérito da questão propriamente dito, a meu juízo, o processo atende aos princípios regentes da matéria, especialmente, a ampla defesa e o contraditório, uma vez que os autos estão devidamente instruídos, pois, a inicial e demais documentos e anexos que a integram, propiciam, sem sombra de dúvidas, ao contribuinte, exercitar o seu direito à ampla defesa, respeitando assim os princípios constitucionais afetos ao tema.

Mesmo assim, em sede preliminar, a atuada alegou nulidade do auto de infração, por não ter o atuante especificado, segundo seu juízo, quais os incisos dos dispositivos legais foram infringidos, prejudicando seu direito à ampla defesa.

Todavia, temos na própria descrição da ocorrência, a explicação do ato ilícito, “*recolhimento a menor de imposto nos períodos de 07/09/2010 a 31/12/2010, em virtude de aproveitamento indevido de crédito fiscal nas aquisições de energia elétrica para utilização de serviço de telecomunicação*”, bem como os artigos infringidos, “*artigos 150, inciso III e XIII, c/c art. 108, art. 109-A, art. 113, art. 118, todos do decreto 13.640 de 13 de novembro de 1997*”.

Não é demais lembrar que a produção da defesa se faz dos fatos e circunstâncias que ensejaram a denúncia, vale dizer, da ocorrência, que alias espelha fidedignamente o que de fato ocorreu, inclusive não negado pela defesa, que em momento algum nega o aproveitamento dos créditos, apenas sustenta que a ele faz jus.

Nesse contexto, observa-se que a infração está claramente evidenciada nos autos do processo, não havendo que se falar em vício de nulidade portanto.

Ademais, apenas argumentando, caso existisse alguma impropriedade técnica no enquadramento legal, dada a clareza solar da descrição dos fatos, ainda assim não estariam presentes as hipóteses de nulidade, eis que não restaria configurado prejuízo à defesa, que aliás, atacou todos os pontos da inicial.

Tal premissa encontra abrigo do Regulamento de Procedimento e de Processo Administrativo Tributário – RPPAT, no art. 20, § 4º:



Art. 20. § 4º A ausência, insuficiência ou inexistência dos fundamentos legais do lançamento consideram-se supridos pela descrição dos fatos quando esta possibilite o exercício da defesa pelo sujeito passivo.

Além do mais, observa-se na própria impugnação que a atuada defendeu-se largamente da denúncia, utilizando-se inclusive de dispositivos legais pertinentes à matéria. Desse modo, entendo que sua defesa não foi prejudicada, não havendo, portanto, razões para anular o Auto de Infração. Preliminar que se rejeita.

No mérito, melhor sorte não assiste a ora impugnante ao sustentar que a energia elétrica adquirida pela empresa atua como insumo essencial à sua "produção", justificando a referida utilização do crédito com base no art. 33, II, "b" da LC 87/96:

Art. 33. ...

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

b) quando consumida no processo de industrialização.

Conforme o entendimento dos ilustres autores do feito, ao qual me filio, a empresa não se enquadra como indústria, razão pela qual não pode considerar a energia elétrica como insumo, mas como despesa, vale dizer, consumo. Assim, é amparado no mesmo dispositivo legal aclamado pela defesa que se conclui pela insubsistência de seu pretenso direito.

Para esclarecer essa questão, temos a definição de indústria pelo Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, 3ª Edição, Ed. Positivo:

indústria. 4. Econ. "Atividade de produção de mercadorias, especialmente de forma mecanizada e em grande escala, abrangendo a extração de produtos naturais (indústria extrativa) e sua transformação (indústria de transformação)".

Na verdade, as ponderações feitas pela defesa na tentativa de se imiscuir no seguimento industrial, não passam de elucubrações econômicas que, indiscutivelmente, conflitam com o ordenamento jurídico regente, especialmente, o tributário.

Ademais, consta no Estatuto Social da Empresa, no art. 3º, que os objetos da Companhia são os de prestar serviços, comercializar, prestar manutenção, importar e exportar, prestar consultoria, entre outras atividades no âmbito das telecomunicações, não havendo previsão pertinente ao processo de industrialização de mercadorias.

Como bem comprovado, a empresa atuada é, assim como todas as empresas prestadoras de serviços, consumidora de energia elétrica, portanto não tem direito



de creditar-se do imposto relativo a aquisição desse produto, para fins de abatimento do ICMS a recolher..

Sustentando sua tese, os autuantes demonstraram que a jurisprudência do STF é assente nas limitações ao aproveitamento de créditos escriturais de ICMS decorrentes da aquisição energia elétrica:

“ 105023610 – ICMS – Creditamento. Firme o entendimento do Supremo Tribunal no sentido de não reconhecer o direito de creditamento do valor do ICMS, quando pago em razão de operações de consumo de energia elétrica, ou de utilização de serviço de comunicação ou, ainda, de aquisição de bens destinados ao uso e/ou à integração, no ativo fixo, do seu próprio estabelecimento. Precedentes. (STF – AIAgR)

Nesse sentido, ainda temos o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, relatado pelo Des. Kildare Carvalho, julgado em 21/08/2003:

EMENTA: TRIBUTÁRIO - ICMS - APROVEITAMENTO INDISCRIMINADO DE CRÉDITO - CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA - SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Devem ser observadas as regras introduzidas no sistema tributário brasileiro com a entrada em vigor da Lei Complementar nº 87/96, em relação ao regime de compensação do ICMS, posto que a limitação temporal prevista na referida norma legal não constitui ofensa ao princípio da não-cumulatividade, por se tratar de opção conferida ao legislador infraconstitucional para disciplinar a sistemática da compensação. Não tem fundamento a pretensão de aproveitamento indiscriminado do crédito de ICMS relativo ao consumo de energia elétrica e ao serviço de comunicação, sem demonstração dos níveis de utilização no processo produtivo (art. 144 RICMS). Recurso a que se nega provimento.

Por fim, no caso em comento, não há falar em inobservância ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, uma vez que a atuada não demonstrou que a energia elétrica compõe o produto final por ela oferecido, vale dizer, os serviços de comunicação por ela prestados. Se não há saída, não que se cogitar de crédito pelas entradas, eis que o princípio em comento traz em seu âmago exatamente a vinculação dos créditos aos débitos.



Nesse rumo, é que ao tratar do tema, o Constituinte de 1988, reservou ao art. 155, II, §2º, I e II, *in verbis*, da Constituição da República a seguinte redação:

"Art. 155 – Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I – (omissis);

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;

III – (omissis);

(...)

§2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I – será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

II – a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a- não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b- acarretará anulação do crédito relativo às operações anteriores." (Grifamos)

De sorte, que não vislumbro nos autos qualquer motivação para afastar a acusação de que cuida a inicial, eis que restou incontroverso o aproveitamento dos créditos, bem como a não integração da energia consumida aos produtos – serviços de comunicação – oferecidos pela impugnante.

DA DECISÃO

Ludenilson Araújo Lopes 6
Julgador Biscal



DA DECISÃO

Isto posto, e considerando tudo o mais que do processo consta, especialmente, o teor da impugnação e da contestação, **JULGO PROCEDENTE** o Auto de Infração lavrado contra a empresa TIM CELULAR S.A, para impor à atuada a aplicação da penalidade de multa de que cuida a inicial, no valor de R\$ 301.394,25 (trezentos e um mil trezentos e noventa e quatro reais e vinte e cinco centavos), sem prejuízo do ICMS devido no valor de R\$ 200.929,50 (duzentos mil novecentos e vinte e nove reais e cinquenta centavos), perfazendo o montante de R\$ 502.323,75 (quinhentos e dois mil trezentos e vinte e três reais e setenta e cinco centavos), sujeitando-se, por conseguinte, aos acréscimos monetários previstos pelo Art. 133 do mesmo instrumento regulamentador.

Remeto os autos à 1ª URT, para ciência das partes e adoção das demais providências legais cabíveis.

COJUP, Natal, 23 de Agosto de 2011.


Ludenilson Araújo Lopes
Julgador Fiscal