



ESTADO DO TOCANTINS  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº:869/2008  
PROCESSO: 2007/6040/502584  
RECURSO VOLUNTÁRIO: 7.214  
RECORRENTE: AMERICEL S/A  
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

**EMENTA:** Aproveitamento Indevido de Crédito. Ausência de Autorização Competente – *Se comprovado que o Contribuinte faz jus ao crédito aproveitado não deve prevalecer a exigência fiscal.*

Aproveitamento de Crédito. ICMS na Aquisição de Energia Elétrica. Empresa de Telecomunicação. Indústria - *A equiparação entre os serviços de comunicação e a indústria básica, legitima o aproveitamento de crédito de energia elétrica consumida no processo prestacional.*

Aproveitamento Indevido de Crédito. Lançamento Extemporâneo de Documentos Fiscais - *Não há que prevalecer o estorno dos créditos lançados por ser legítimo seu aproveitamento.*

Aproveitamento de Créditos. Mercadorias Destinadas a Demonstração. Não Configurado o Retorno à Origem - *indevido o estorno de créditos, pela auditoria, sem a comprovação do devido retorno das referidas mercadorias.*

Aproveitamento Indevido de Crédito. Serviço de Comunicação. Desacordo ao Convênio Específico - *Impossibilidade do aproveitamento de créditos quando não há cumprimento da legislação.*

Diferencial de Alíquota. Aquisição de Mercadorias Destinadas ao Ativo fixo - *Obrigatório o recolhimento do diferencial de alíquota quando da aquisição, oriunda de outras unidades da federação, de mercadorias destinadas a compor o ativo fixo.*

Aproveitamento de indevido de Créditos. Outras Entradas. Mercadorias Destinadas ao Ativo Fixo - *Apresenta nulidade o lançamento quando valores do levantamento e da autuação estão divergentes.*

**DECISÃO:** Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais no mérito, por unanimidade, conhecer do recurso, dar-lhe provimento parcial para, reformando a decisão de primeira instância, julgar procedente em parte o auto de infração n.º 2007/003270 e condenar o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário nos valores de R\$33.600,00 (trinta e três mil e seiscentos reais), R\$4.749,45 (quatro mil, setecentos e quarenta e nove reais e quarenta e cinco centavos) e R\$15.311,68 (quinze mil, trezentos e onze reais e sessenta e oito centavos), referentes os



ESTADO DO TOCANTINS  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

campos 7.11, 11.11 e 12.11, respectivamente, mais acréscimos legais; e improcedente, por maioria, o valor de R\$8.580,00 (oito mil e quinhentos e oitenta reais), R\$73.463,45 (setenta e três mil, quatrocentos e sessenta e três reais e quarenta e cinco centavos) e R\$2.424,50 (dois mil, quatrocentos e vinte e quatro reais e cinquenta centavos), referentes os campos 4.11, 5.11, 9.11, respectivamente. Por unanimidade, julgar improcedente os valores de R\$93.148,52 (noventa e três mil, cento e quarenta e oito reais e cinquenta e dois centavos), R\$22.723,39 (vinte e dois mil, setecentos e vinte e três reais e trinta e nove centavos), R\$1.679,75 (um mil, seiscentos e setenta e nove reais e setenta e cinco centavos), referentes os campos 10.11, 13.11 e 14.11, respectivamente; e extinto pelo pagamento o valor de R\$1.396,52 (um mil, trezentos e noventa e seis reais e cinquenta e dois centavos), referente o campo 6.11; e por maioria, julgar nulo o valor de R\$20.513,69 (vinte mil, quinhentos e treze reais e sessenta e nove centavos), referente o campo 8.11. O Sr. Gaspar Maurício Mota de Macedo fez sustentação oral pela Fazenda Pública. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros João Gabriel Spicker, Juscelino Carvalho de Brito, Elena Peres Pimentel, Raimundo Nonato Carneiro e Mário Coelho Parente. Presidiu a sessão de julgamento do dia 04 de dezembro de 2008, o conselheiro Mário Coelho Parente.

**CONS. RELATOR:** João Gabriel Spicker

**VOTO:** A empresa foi autuada em 11 contextos. Nos contextos 4 a 10, 13 e 14 por aproveitamento indevido de créditos de ICMS na importância de R\$257.529,82 (duzentos e cinquenta e sete mil, quinhentos e vinte e nove reais e oitenta e dois centavos), relativo ao exercício de 2004. Nos contextos 11 e 12 por deixar de recolher ICMS diferencial de alíquota na importância de R\$20.061,13 (Vinte mil e sessenta e um reais e treze centavos), relativo ao exercício de 2004.

A autuada foi intimada, apresentou impugnação.

A julgadora de primeira instância determina o retorno dos autos ao órgão preparador para saneamento (fls. 637), sendo intimado, o sujeito passivo apresenta cópias das notas fiscais solicitadas, exceto a nota fiscal de nº. 40341.

Aos 20 dias do mês de fevereiro de 2008, o contribuinte junta documentos, onde requer o adiamento do julgamento do recurso voluntário por 60 dias (fls. 649/650).

A julgadora de primeira instância conheceu da impugnação, negou-lhe provimento e julgou o auto de infração procedente, condenando o sujeito passivo ao pagamento dos créditos, conforme exigidos na inicial, mais acréscimos legais.



ESTADO DO TOCANTINS  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Devidamente intimado da sentença de primeira instância o contribuinte apresentou recurso voluntário a este conselho, não argüiu preliminar. No mérito, em relação ao contexto 5, que trata de aproveitamento indevido de crédito de ICMS na aquisição de energia elétrica durante o exercício de 2004, alega que a energia foi utilizada para a prestação de serviços de telecomunicação, ou seja, no processo de industrialização, uma vez que as mesmas se referem às estações de transmissão, e que a atividade exercida de prestação de serviços de telecomunicação está equiparada a industrialização sendo considerada insumo, portanto, lícito o aproveitamento do crédito do imposto. Quanto ao contexto 6, que segundo a suposta infração seria pelo aproveitamento de créditos não destacados nas notas fiscais de entradas do ano de 2004, argumenta que somente nas hipóteses de isenção e não incidência do tributo será vedado o aproveitamento do crédito do imposto, que no presente caso o auditor pretende vedar a apropriação de créditos de ICMS decorrentes da aquisição de mercadorias, unicamente, pelo fato de o remetente não ter efetuado o destaque do mesmo nas respectivas notas fiscais, face ao princípio da não comutatividade delineado pela Constituição Federal, o aproveitamento de créditos de ICMS independe do recolhimento do imposto pelo remetente das mercadorias.

Em relação aos contextos 10 e 13, argumenta ter direito ao aproveitamento de crédito de ICMS decorrente de aquisição de bens destinados ao ativo permanente, uma vez que não existe qualquer limitação constitucional ao princípio da não cumulatividade.

Quanto ao contexto 14, alega que em respeito ao princípio da não cumulatividade, o mero descumprimento do procedimento não teria o condão de impedir que a recorrente aproveitasse os créditos de ICMS relativos à aquisição das mercadorias documentadas na nota fiscal nº 40341, créditos estes legitimamente reconhecidos.

Face ao exposto, requer que seja dado total provimento ao recurso e seja julgado improcedente o auto de infração.

A Representação Fazendária, em sua manifestação, recomendou a manutenção da sentença de primeira instância e que seja julgado o auto de infração procedente.

Em memorando de n.º 016, a Assessoria de Planejamento de Gestão Tributária informa que o contribuinte procedeu ao pagamento parcial do processo 2007/6040/502584, conforme cópia de DARE, folhas 759.



ESTADO DO TOCANTINS  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

As folhas 760/761 o contribuinte vem requerer que seja declarada a extinção do respectivo crédito tributário relativo ao contexto 6.1, nos termos do artigo 156, inciso I, do CTN, com conseqüente prosseguimento do presente processo administrativo no que se referem os demais contextos impugnados.

Em despacho de folhas 787 verso, o chefe do CAT, remete os autos a Diretoria de Gestão de Créditos Fiscais, para manifestar-se sobre a extinção dos créditos tributários, noticiados na inicial.

Em despacho de folhas 787 verso, o Diretor de Gestão de Créditos Fiscais, manifesta-se que está extinto pelo pagamento, com o benefício da Lei 1892/08 os créditos reclamados no contexto 6.11, somente.

Em análise aos autos, ficou constatado que em relação ao contexto 4 o contribuinte aproveitou-se indevidamente de créditos de ICMS por ter lançado no livro de registro de apuração, no campo outros créditos, sem a devida autorização competente, entendo que neste caso o contribuinte tem direito aos referidos créditos e a falta de autorização para aproveitamento dos mesmos não traz qualquer prejuízo ao erário. Quanto ao contexto 5, que se refere ao aproveitamento indevido relativo a créditos de ICMS sobre energia elétrica, entendo ter o contribuinte direito a estes créditos uma vez que os mesmos foram utilizados no processo de prestação de serviço de telecomunicação, sabe-se que a Lei complementar 102/2000, estabelece equivalência entre indústria e empresas de telecomunicação, sendo, portanto legítimo o aproveitamento do referido crédito. O contexto 6 diz que o contribuinte aproveitou-se indevidamente de créditos de ICMS, uma vez que o mesmo não foi destacado nas notas fiscais de entradas, no presente caso, entendo que o que dá direito ao aproveitamento do crédito é o valor destacado do imposto nas notas fiscais. Quanto ao contexto 7, o contribuinte aproveitou-se de créditos de ICMS não observando o inciso II, da clausula sétima, do convenio do ICMS 126/98. Em relação ao valor lançado no contexto 8, entendo que o mesmo não condiz com o valor constante do levantamento diferencial de alíquota, portanto entendo haver nulidade no presente contexto, uma vez que os valores teriam que ser idênticos. O Contexto 9 trata de aproveitamento indevido de créditos de ICMS pelo fato da entrada de mercadorias para demonstração no estabelecimento sem o retorno à origem, entendo que se não houve o retorno a origem deve ter ocorrido a operação subsequente ou a mercadoria ainda encontra-se em poder do destinatário. Quanto ao aproveitamento indevido de créditos de ICMS lançado nos contextos 10, 13 e 14 é de direito da empresa utilizar-se dos créditos mesmo que sejam lançados fora do prazo. Em relação aos contextos 11 e 12, existe a obrigatoriedade do contribuinte recolher o diferencial de alíquota quando da aquisição de mercadorias de outras Unidades da Federação que se destinam ao ativo fixo.



ESTADO DO TOCANTINS  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

Face ao exposto, conheço do recurso, dou-lhe provimento parcial para, reformando a decisão de primeira instância, julgar procedente em parte o auto de infração n.º 2007/003270 e condenar o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário nos valores de R\$33.600,00 (trinta e três mil e seiscentos reais), R\$4.749,45 (quatro mil, setecentos e quarenta e nove reais e quarenta e cinco centavos) e R\$15.311,68 (quinze mil, trezentos e onze reais e sessenta e oito centavos), referentes aos campos 7.11, 11.11 e 12.11, respectivamente, mais acréscimos legais; e improcedente, os valores de R\$8.580,00 (oito mil e quinhentos e oitenta reais), R\$73.463,45 (setenta e três mil, quatrocentos e sessenta e três reais e quarenta e cinco centavos), R\$2.424,50 (dois mil, quatrocentos e vinte e quatro reais e cinquenta centavos), R\$93.148,52 (noventa e três mil, cento e quarenta e oito reais e cinquenta e dois centavos), R\$22.723,39 (vinte e dois mil, setecentos e vinte e três reais e trinta e nove centavos), R\$1.679,75 (um mil, seiscentos e setenta e nove reais e setenta e cinco centavos), referentes aos campos 4.11, 5.11, 9.11, 10.11, 13.11 e 14.11, respectivamente e extinto pelo pagamento o valor de R\$1.396,52 (um mil, trezentos e noventa e seis reais e cinquenta e dois centavos), referente ao campo 6.11; e julgar nulo o valor de R\$20.513,69 (vinte mil, quinhentos e treze reais e sessenta e nove centavos), referente ao campo 8.11.

**VOTO Conselheiro Mário Coelho Parente**

O contexto 5, do Auto de Infração de fls. 2/5, trata de exigência fiscal por haver o contribuinte se apropriado dos créditos de energia elétrica, consumida no processo de prestação de serviços de comunicação, prestados pela recorrente.

Enquanto desenvolvem-se teses complicadas de exegese da legislação que define a matéria posta a julgamento, prefiro juntar-me àqueles que entendem o método autêntico como o que veda ao intérprete o exercício de sua própria inteligência, porque ela, a legislação, se auto interpreta.

Assim, fica fácil o deslinde da matéria posta. O Decreto nº 640/62, com as alterações que lhe foram impostas pela Lei Complementar nº 87/96 e posteriormente pela Lei Complementar nº 102/2000, estabelece equivalência entre os serviços de comunicação e a indústria básica. Esta é a definição legal, a interpretação autêntica de qual seja a classificação das atividades da Recorrente, para todos os efeitos legais, disse o diploma legal acima citado. Não cabendo ao interprete discordar, mas tão somente cumprir o direito objetivo posto pelo Poder Estatal.

A única hipótese a prevalecer o lançamento inicial seria uma eventual vedação de crédito, pela lei local. Situação esta não definida pelo Código Tributário Estadual, Lei 1.287/01.



ESTADO DO TOCANTINS  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

A exigência feita pelo contexto 9, diz de aproveitamento indevido de crédito em razão de entradas para demonstração sem o retorno ao estabelecimento de origem.

Para mim, se a entrada ocorreu para demonstração, e não houve o correspondente retorno, o óbvio é que tenha ocorrido operação subsequente de saída ou esteja na empresa, apta para sua consecução.

Qual situação ocorreu não se sabe. O lançamento não a precisou. A única situação de estorno do crédito que antevio seria por perecimento das mercadorias, objeto da exposição. O que também não ficou demonstrado. Bem que a empresa poderia tê-lo feito. Mas a omissão dessa não retira o ônus da prova da autoridade lançadora.

Na hipótese de circulação posterior, deveria ter sido cobrado o imposto pela respectiva saída; se em estoque, o crédito é devido para cotejamento quando da operação subsequente.

Com estas considerações voto para acompanhar o Conselheiro Relator, em suas decisões aos contextos 5 e 9 do lançamento inicial.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, aos  
18 dias do mês de dezembro de 2008

Presidente

Conselheiro Relator

Representação Fazendária