

| |
|------------------------------------------------------------|
| CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS |
|------------------------------------------------------------|

| | | |
|-------------------|---------------------------------------|-----------------|
| Acórdão: | 23.585/20/1ª | Rito: Ordinário |
| PTA/AI: | 01.001264553-66 | |
| Impugnação: | 40.010149654-70 | |
| Impugnante: | Claro S.A. | |
| | IE: 001011713.00-44 | |
| Proc. S. Passivo: | Pedro Henrique Neves Antunes/Outro(s) | |
| Origem: | DF/BH-2 - Belo Horizonte | |

EMENTA

CRÉDITO DE ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO – ENERGIA ELÉTRICA – FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL ÀS PRESTAÇÕES SUBSEQUENTES NÃO TRIBUTADAS/BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. Constatação de recolhimento a menor do ICMS em razão da falta de estorno de créditos do imposto, provenientes da entrada de energia elétrica usada no estabelecimento, sem efetuar o estorno do crédito, conforme previsto nos incisos I e IV do art. 71 do RICMS, em relação à parcela das prestações de serviços de comunicação isentas e/ou não tributadas e com base de cálculo reduzida. Corretas as exigências de ICMS, Multas de Revalidação e Isolada previstas, respectivamente, no art. 56, inciso II e art. 55, inciso XXVI, todos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre o recolhimento a menor de ICMS incidente nas prestações de serviços de comunicação, no período de janeiro de 2015 a dezembro de 2018, em razão de aproveitamento indevido de créditos de ICMS provenientes da entrada de energia elétrica usada no estabelecimento, sem efetuar o estorno do crédito, previsto nos incisos I e IV do art. 71 do RICMS/02.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75.

Da Impugnação

Inconformada, a Autuada apresenta, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 97/111.

Argui que a Constituição Federal incorporou no art. 155, §2º, inciso I, o princípio da não cumulatividade na sistemática do ICMS e que, segundo jurisprudência, a tese prevalente é a do crédito físico, ou seja, pela qual a Constituição “*somente permite o abatimento do imposto suportado na aquisição de matérias primas e bens intermediários consumidos no processo industrial*”. O entendimento foi consolidado no julgamento da ADI 2.3255 e segue sendo aplicado desde então.

Aduz que, a partir de tal entendimento, pode-se concluir que o direito ao crédito do ICMS incidente sobre as entradas de bens destinados ao ativo permanente, de energia elétrica e de uso e consumo têm a extensão que a lei complementar lhes atribuir. Assim, com relação ao direito de crédito de ICMS sobre a entrada de energia elétrica, o art. 33, inciso II da LC nº 87/96 e o art. 66, inciso III, § 4º, inciso II do RIMS/02 restringiram-no à hipótese em que a energia elétrica seja “consumida no processo de industrialização”, tendo sido esse crédito reconhecido aos estabelecimentos industriais.

Assevera que as empresas de telecomunicações foram equiparadas às indústrias, com supedâneo no Decreto nº 640/62, e, assim, à possibilidade de compensação do ICMS incidente sobre a energia elétrica adquirida, conforme Tema 541 do STJ que fixou a seguinte tese em sede de Recursos Repetitivos: “ *O ICMS incidente sobre a energia elétrica consumida pelas empresas de telefonia, que promovem processo industrial por equiparação, pode ser creditado para abatimento do imposto devido quando da prestação de serviços.*”

Alega que passou a apropriar o crédito do ICMS pela energia elétrica adquirida, com relação à parcela empregada em seus estabelecimentos operacionais, observando a condição imposta pelo art. 33, inciso II, alínea "b", da LC nº 87/96.

Entretanto, a Fiscalização ao exigir o estorno da parcela de ICMS incidente sobre a energia elétrica adquirida na proporção das saídas isentas, não tributadas ou com base de cálculo reduzida, pretende impor uma condição adicional, adotando uma interpretação mais restritiva do que a legislação complementar permite, com alegado fundamento no art. 71, incisos I e IV do RICMS/02.

Entende que o *caput* do art. 33, inciso II da LC nº 87/96 foi redigido justamente para orientar a aplicação do art. 20 da LC nº 87/96, e assim para estabelecer como única condição para o creditamento da energia elétrica o seu emprego em processo de industrialização.

Aduz que se deve interpretar o art. 71 do RICMS/02 em conformidade com a LC nº 87/96, no sentido de exigir o estorno do ICMS apenas com relação à parcela da energia elétrica empregada nos estabelecimentos não operacionais, procedimento estritamente observado pela Impugnante.

Alega que não existe previsão legal e regulamentar sobre o método de estorno da energia elétrica.

Destaca que a metodologia utilizada pela Fiscalização para estorno da parcela de ICMS incidente sobre a energia elétrica “na proporção das prestações isentas, não tributadas ou com base de cálculo reduzida sobre o total das prestações efetuadas no mesmo período”, encontra previsão normativa apenas para o crédito de ICMS relativamente aos bens destinados ao ativo permanente e não pode ser aplicada por analogia (§ 5º do art. 20 da LC nº 87/96 e § 3º do art. 66 do RICMS/02).

Reafirma que, para o crédito de energia elétrica não há nem na legislação complementar, nem no regulamento mineiro – como sequer poderia – qualquer disposição sobre o método a ser adotado e a obrigação assessória exigível.

Assevera que a Fiscalização não errou no cálculo (aritmético), mas sim na escolha da metodologia de cálculo. Portanto, entende que o trabalho não foi desenvolvido segundo os termos do art. 142 do CTN e, por apresentar critério jurídico absolutamente desprovido de qualquer base jurídica, tratando de erro de direito, o vício é insanável, demandando anulação do lançamento. Destaca a decisão do Egrégio Conselho de Contribuintes do Estado de Minas Gerais em Acórdão nº 4.493/15/CE, que entende confirmar a sua tese.

Ressalta que nem se cogita novo lançamento em face da vedação expressa do art. 146 do CTN, para alteração do critério jurídico.

Por fim, citando o art. 161 do CTN e o art. 226 da Lei nº 6.763/75, que estabelecem, conjuntamente, a possibilidade de incidência de juros de mora sobre o crédito tributário e a multa, defende que os juros de mora não podem incidir desde o inadimplemento do ICMS, já que, neste momento, a multa de revalidação sequer era exigível, devendo estes serem cancelados.

Requer, ao final, a procedência da Impugnação.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização, em Manifestação de fls. 173/180, refuta as alegações da Defesa e requer a procedência do lançamento.

Do Parecer da Assessoria do CCMG

A Assessoria do CCMG, em Parecer de fls. 183/194, opina, em preliminar, pela rejeição da prefacial arguida e, no mérito pela procedência do lançamento.

DECISÃO

Os fundamentos expostos no parecer da Assessoria do CCMG foram os mesmos utilizados pela Câmara para sustentar sua decisão e, por essa razão, passam a compor o presente Acórdão, salvo pequenas alterações.

Da Preliminar

Da Nulidade do Auto de Infração

A Impugnante requer que seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de vícios que entende existir no lançamento.

Defende que a metodologia adotada pela Fiscalização para estorno da parcela de ICMS incidente sobre a energia elétrica não tem previsão legal e regulamentar.

Alega que não se trata de erro no cálculo (aritmético), mas sim na escolha da metodologia de cálculo, portanto, o trabalho não foi desenvolvido segundo os termos do art. 142 do CTN e, por apresentar critério jurídico absolutamente desprovido de qualquer base jurídica, tratando de erro de direito, o vício seria insanável.

Entretanto, observa-se que boa parte das razões apresentadas se confundem com o próprio mérito e, assim serão analisadas.

Pontualmente sobre a metodologia adotada pela Fiscalização, o procedimento adotado, ao calcular o índice de estorno, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194 do RICMS/02.

O Auto de Infração contém os elementos necessários e suficientes para que se determine, com segurança, a natureza das infrações. As infringências cometidas e as penalidades aplicadas encontram-se legalmente embasadas. Todos os requisitos foram observados, formais e materiais, imprescindíveis para a atividade do lançamento, previstos nos arts. 85 a 94 do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos (RPTA), estabelecido pelo Decreto nº 44.747/08.

Não é o fato de a Impugnante discordar da infringência que lhe é imputada que acarreta a nulidade do lançamento. Cabe a ela comprovar as suas alegações.

O presente lançamento trata de exigência baseada em provas concretas do ilícito fiscal praticado, que será demonstrado na análise de mérito.

Rejeita-se, pois, a arguição de nulidade do lançamento.

Do Mérito

Conforme relatado, a autuação versa sobre o recolhimento a menor de ICMS incidente nas prestações de serviços de comunicação, no período de janeiro de 2015 a dezembro de 2018, em razão de aproveitamento indevido de créditos de ICMS provenientes da entrada de energia elétrica usada no estabelecimento, sem efetuar o estorno do crédito, previsto nos incisos I e IV do art. 71 do RICMS/02, conforme demonstrado nos Anexos 1 a 9 do Auto de Infração.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação prevista no art. 56, inciso II e a Multa Isolada prevista no art. 55, inciso XXVI, ambos da Lei nº 6.763/75.

Inicialmente cabe contextualizar a presente autuação.

A Autuada foi intimada a apresentar a relação de notas fiscais que compuseram o crédito de ICMS decorrente da entrada de energia elétrica em 2016, bem como, a distribuição do consumo de energia elétrica na empresa (intimação de 01/02/17 – pag. 9). Ao que respondeu a Autuada que os créditos apropriados são oriundos do ICMS incidente sobre energia elétrica consumida em estabelecimentos puramente operacionais da empresa.

Diante disso, o Fisco procedeu a conferência da distribuição do consumo de energia elétrica, utilizada para alimentação de equipamentos de telecomunicações, para fins de aproveitamento de crédito do ICMS, nos termos do § 5º do art. 70 do RICMS/02:

Art. 70. Fica vedado o aproveitamento de imposto, a título de crédito, quando:

(...)

§ 5º Não gera direito a crédito a entrada de bens destinados ao emprego em atividade diversa de operação relativa à circulação de mercadoria ou de prestação de serviço de transporte, interestadual ou intermunicipal, ou de

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

comunicação, ainda que desenvolvida paralelamente à atividade tributada.

Para tal levantamento, analisou as notas fiscais de aquisição de energia elétrica do período de 2016, concomitante com os respectivos endereços da empresa em Minas Gerais; os valores de créditos de ICMS sobre aquisição de energia elétrica lançados nos campos 019, 029 e 038 das DAPI; os arquivos transmitidos pela Claro do Convênio ICMS nº 115/03, que contém as informações relativas às NFST - Nota Fiscal de Serviço de comunicação, modelo 21, bem como o estorno do crédito relativo à entrada de energia elétrica no estabelecimento, com relação às prestações de serviço de comunicação isentas, não tributadas ou com redução da base de cálculo, nas hipóteses previstas nos incisos I e IV do art. 71 do RICMS/02.

Mediante a análise das informações, identificou que a Autuada apropriou integralmente os créditos referentes ao ICMS incidente sobre entrada de energia elétrica, destacados nas respectivas notas fiscais apresentadas, ou seja, não efetuou o estorno do imposto referente às prestações subsequentes não tributadas, isentas ou com redução da base de cálculo.

Relata o Fisco que realizou a mesma verificação em relação ao Comunicado de crédito extemporâneo de ICMS (art. 67, § 2º, inciso III do RICMS/02), protocolado em 09/10/18, relativo ao período compreendido entre outubro de 2013 a dezembro de 2014, referente aos lançamentos fiscais de responsabilidade da Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A. - EMBRATEL, cujos direitos e obrigações relativos foram transmitidos por sucessão à incorporadora CLARO S/A, após a ulatimação dos procedimentos da incorporação.

Verificou-se que, também nesse caso, a Empresa ao realizar o cálculo do valor do crédito extemporâneo, referente à aquisição de energia elétrica, não efetuou o estorno do imposto relativo às prestações subsequentes não tributadas, isentas ou com redução da base de cálculo.

Relata o Fisco que a Autuada foi intimada a esclarecer sobre o desmembramento da energia elétrica usada ou consumida na distribuição de sinais de TV por assinatura e do Virtua, para fins de cálculo do aproveitamento de crédito do ICMS, ao que respondeu que *“a CLARO não se apropria de créditos do ICMS correspondente a aquisição de energia elétrica consumida nas prestações de serviço de comunicação na modalidade TV por assinatura ou na modalidade de banda larga (NET Virtua)”*.

Assim sendo, para cálculo do fator a ser utilizado no estorno do crédito foram considerados no denominador o total das prestações de serviços de comunicação do período, tributados ou não, excluídos os serviços de comunicação na modalidade TV por assinatura, banda larga (Virtua) e os serviços ou parcelas cobradas dos usuários que não possam ser enquadradas como serviço de comunicação, tais como: cobranças de multas e juros, cobranças de terceiros, saídas de mercadoria, etc.

Na composição do numerador foram considerados o total das prestações de serviço isentas, não tributadas ou realizadas com redução da base de cálculo, com as mesmas exclusões do denominador.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Para demonstrar as apurações realizadas pelo Fisco foram elaborados os seguintes anexos:

- Anexo 1 – Quadro resumo do crédito tributário;
- Anexo 2 – Quadro demonstrativo do total das prestações de serviços de comunicação conforme arquivos do Convênio nº 115/03;
- Anexo 3 – Quadro demonstrativo do total das prestações de serviços de comunicação, não tributadas ou isentas, conforme arquivos do Convênio nº 115/03;
- Anexo 4 – Quadro demonstrativo do total das prestações de serviços de comunicação, com redução da base de cálculo, nos termos do item 27 do Anexo IV do RICMS/02, conforme arquivos do Convênio nº 115/03;
- Anexo 5 - Quadro demonstrativo do valor do estorno do crédito de ICMS sobre aquisição de energia elétrica, nos termos dos incisos I e IV do art. 71 do RICMS/02;
- Anexo 6 – Quadro demonstrativo do total das prestações de serviços de telecomunicações da EMBRATEL, IE 062.004049.00-83 e CNPJ 33.530.486/0138-83, incorporada pela CLARO S/A em 31/12/14;
- Anexo 7 – Quadro demonstrativo do total das prestações de serviços de comunicação, não tributadas ou isentas, prestadas pela EMBRATEL, conforme arquivos do convênio 115/03;
- Anexo 8 – Quadro demonstrativo do total das prestações de serviços de comunicação, com redução da base de cálculo, nos termos do item 27 do Anexo IV do RICMS/02, prestadas pela EMBRATEL, conforme arquivos do Convênio nº 115/03;
- Anexo 9 – Quadro demonstrativo do valor do estorno do crédito extemporâneo do ICMS sobre aquisição de energia elétrica, lançado na DAPI de outubro de 2018, nos termos dos incisos I e IV do art. 71 do RICMS/02;
- Anexo 10 – Quadro demonstrativo do crédito extemporâneo do ICMS sobre aquisição de energia elétrica, elaborado pela CLARO;
- Anexo 11 – Quadro demonstrativo do crédito de energia elétrica do período de janeiro de 2016, elaborado pela CLARO.

Foram ainda anexados os seguintes documentos: DAPI do período de janeiro de 2016 (Anexo 12); demonstrativo dos endereços dos pontos de consumo de energia elétrica em Minas Gerais, elaborado pela Claro (Anexo 13); Comunicado de crédito extemporâneo de ICMS, protocolado em 09/10/18, nos termos do art. 67, § 2º, III do RICMS/02 (Anexo 14); Notas fiscais de energia elétrica (Anexos 15 a 17); EFD do período de outubro de 2018, contendo o lançamento do crédito extemporâneo de ICMS (Anexo 18).

A Impugnante se insurge contra o lançamento, alegando que a Constituição Federal incorporou no art. 155, §2º, inciso I, o princípio da não cumulatividade na sistemática do ICMS. E segundo jurisprudência a tese que prevalece é a do crédito físico, ou seja, pela qual a Constituição “*somente permite o abatimento do imposto suportado na aquisição de matérias primas e bens intermediários consumidos no*

processo industrial". O entendimento foi consolidado no julgamento da ADI 2.3255 e segue sendo aplicado desde então.

Assevera a Defesa que o direito ao crédito do ICMS incidente sobre as entradas de bens destinados ao ativo permanente, de energia elétrica e de uso e consumo têm a extensão que a lei complementar lhes atribuir. Sendo assim, com relação ao direito de crédito de ICMS sobre a entrada de energia elétrica, o art. 33, inciso II da LC nº 87/96 e o art. 66, inciso III, §4º, inciso II do RIMS/02 restringiram-no à hipótese em que a energia elétrica seja "consumida no processo de industrialização", tendo sido esse crédito reconhecido aos industriais.

Destaca que as empresas de telecomunicações foram equiparadas às indústrias, com supedâneo no Decreto nº 640/62 e na decisão do STJ em sede de Recursos Repetitivos (Tema 541), e, assim, passaram a apropriar-se do crédito do ICMS pela energia elétrica adquirida, com relação à parcela empregada em seus estabelecimentos operacionais, observando a condição imposta pelo art. 33, inciso II, alínea "b", da LC nº 87/96. E que foi exatamente dessa maneira que a Impugnante procedeu ao longo de todo o período autuado.

Alega que, entretanto, a Fiscalização pretende impor condição adicional, adotando uma interpretação mais restritiva do que a legislação complementar permite, com alegado fundamento no art. 71, incisos I e IV do RICMS/02, para exigir o estorno da parcela de ICMS incidente sobre a energia elétrica adquirida na proporção das saídas isentas, não tributadas ou com base de cálculo reduzida.

Entretanto não cabe razão à Defesa.

De acordo com o princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS (art. 155, § 2º, inciso I da CF/88), o contribuinte do imposto tem direito a compensar 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.

No entanto, a própria CF/88 estabelece que a isenção ou não incidência, salvo determinação em contrário da legislação, "não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes" e "acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores" (art. 155, § 2º, inciso II, alíneas "a" e "b" da CF/88). Confira-se:

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

(...)

§ 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:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores.

(...)

À luz do inciso II do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, os créditos relativos às operações e prestações subsequentes não tributadas, assim entendida qualquer operação/prestação fora do campo de incidência do imposto estadual, devem ser estornados, anulados, não havendo que se cogitar, por isso, em violação ao princípio da não cumulatividade.

Em plena sintonia com a Constituição, a Lei Complementar nº 87/96 estabelece a vedação ao crédito do ICMS (vale dizer, a necessidade de seu estorno) sempre que a saída ou prestação de serviço subsequente não for tributada, nos seguintes termos:

Lei Complementar nº 87/96

Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

Art. 21. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

II - for integrada ou consumida em processo de industrialização, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto;

III - vier a ser utilizada em fim alheio à atividade do estabelecimento;

IV - vier a perecer, deteriorar-se ou extraviar-se.

(Grifou-se).

Equivocado o entendimento da Impugnante quanto à correção do seu procedimento de creditamento, o que estaria de acordo com o art. 33, inciso II, alínea “b”, da LC nº 87/96, que no seu entender estabelece como única condição para o creditamento da energia elétrica o seu emprego em processo de industrialização. *In verbis*:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

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: (Redação dada pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

(...)

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

Registra-se que tal dispositivo encontra-se reproduzido na Lei nº 6.763/75, em seu art. 29:

Lei nº 6.763/75

Art. 29. O valor devido a título de imposto resultará da diferença a maior entre o imposto referente à mercadoria saída e ao serviço de transporte ou de comunicação prestado e o imposto cobrado, relativamente à entrada, real ou simbólica, de mercadoria, inclusive energia elétrica, ou bem para uso, consumo ou ativo imobilizado, e o recebimento de serviço de transporte ou de comunicação, no respectivo estabelecimento.

(...)

§5º Para o efeito de aplicação deste artigo, será observado o seguinte:

(...)

4. darão direito a crédito:

(...)

c) a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

(...)

c.2) que for consumida no processo de industrialização;

(...)

Entretanto, numa interpretação sistemática da legislação que rege o creditamento do imposto, há que observar que a legislação mineira, acompanhando a regra constitucional, determina o estorno do crédito de ICMS decorrente da entrada de mercadoria que for objeto de saída/prestação subsequente isenta, não tributada ou realizada com redução da base de cálculo, a teor da regra contida no art. 32, incisos I e IV da Lei nº 6.763/75 c/c art. 71, incisos I e IV do RICMS/02, *in verbis*:

Lei nº 6.763/75

Art. 32. O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou o bem entrado no estabelecimento:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - for objeto de operação ou prestação subsequente não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou do bem ou da utilização do serviço;

(...)

IV - for objeto de operação ou prestação subsequente com redução da base de cálculo, hipótese em que o estorno será proporcional à redução;

(...)

RICMS/02

Art. 71. O contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria ou o bem entrados no estabelecimento:

(...)

I - vierem a ser objeto de operação subsequente não tributada ou isenta, observado o disposto no § 3º deste artigo e no artigo 74 deste Regulamento;

(...)

IV - vierem a ser objeto de subsequente operação ou prestação com redução da base de cálculo, hipótese em que o estorno será proporcional à redução;

(Grifou-se).

O art. 71 do RICMS/02, estabelece, portanto, a forma mediante a qual o princípio da não cumulatividade será atendido nos casos de contribuintes que tenham operações/prestações sujeitas e não sujeitas ao imposto, garantindo que essas não se confundam para efeitos de crédito.

Por outro lado, a Impugnante alega que a metodologia adotada pela Fiscalização para estorno da parcela de ICMS incidente sobre a energia elétrica “na proporção das prestações isentas, não tributadas ou com base de cálculo reduzida sobre o total das prestações efetuadas no mesmo período”, não tem previsão legal e regulamentar.

Entende que a disposição do 5º do art. 20 da LC nº 87/96 e § 3º do art. 66 do RICMS/02, aplica-se apenas para o crédito de ICMS relativamente aos bens destinados ao ativo permanente e não pode ser aplicada ao caso, por analogia.

Entretanto, não lhe cabe razão.

A metodologia adotada pelo Fisco, como exposto no Relatório Fiscal, trata-se da simples equação:

Numerador: Total das prestações de serviço isentas, não tributadas ou realizadas com redução da base de cálculo.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Denominador: total das prestações de serviços de comunicação do período, tributados ou não.

O simples cálculo aritmético apura a proporção das prestações de serviços de comunicações fora do campo de incidência do imposto estadual em relação ao total das prestações realizadas no período, resultando no percentual a ser aplicado sobre o valor creditado integralmente, para efeito de estorno do crédito do ICMS.

Isso de acordo com as disposições legais acima transcritas que vedam o aproveitamento do crédito do ICMS decorrente da entrada de mercadoria que for objeto de saída/prestação subsequente isenta, não tributada ou realizada com redução da base de cálculo.

Portanto, não há que se falar em inexistência de previsão legal e regulamentar sobre o método de estorno da energia elétrica.

Cabe destacar que no referido cálculo foram excluídos os serviços de comunicação na modalidade TV por assinatura, banda larga (Virtua), em face da declaração da Autuada de que não se apropria de créditos do ICMS correspondente a aquisição de energia elétrica consumida nas referidas modalidades de prestações de serviço de comunicação.

Também foram excluídas as parcelas cobradas dos usuários que não se enquadram como serviço de comunicação, tais como: cobranças de multas e juros, cobranças de terceiros, saídas de mercadoria, etc.

Portanto, corretas as exigências de ICMS, multa de revalidação e a Multa Isolada prevista no inciso XXVI do art. 55 do RICMS/02.

No tocante à alegação de que os juros de mora não podem incidir desde o inadimplemento do ICMS, já que, neste momento, a multa de revalidação sequer era exigível, não prospera.

A redação do art. 161 do CTN prevê que *o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta*, ou seja, a redação do dispositivo permite concluir que o Código Tributário Nacional autoriza a exigência de juros de mora sobre o crédito e ao se referir a crédito, evidentemente o dispositivo está tratando de crédito tributário, que conforme definido pelo citado art. 113, decorre da obrigação principal, na qual se incluiu tanto o valor do tributo devido como a penalidade dele decorrente.

No âmbito da regulamentação dada à matéria pela legislação ordinária, pertinente citar o art. 226 da Lei nº 6.763/75 e ainda os arts. 2º e 3º da Resolução SEF nº 2.880/97, que disciplinaram o assunto:

Lei nº 6.763/75

Art. 226. Sobre os débitos decorrentes do não-recolhimento de tributo e multa nos prazos fixados na legislação, incidirão juros de mora, calculados do dia em que o débito deveria ter sido pago até o dia anterior ao de seu efetivo pagamento, com base no critério adotado para cobrança dos débitos fiscais federais.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Resolução SEF nº 2.880/97

Art. 2º Os juros de mora incidirão tanto sobre a parcela do tributo, quanto sobre a de multa, inclusive a de mora, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento do débito até a data do efetivo pagamento, observando-se:

I - quando as multas forem pagas com redução, considera-se, para efeitos de cobrança dos juros moratórios, o valor efetivamente pago;

II - tratando-se de multa isolada, o termo inicial para a cobrança dos juros de mora será o primeiro dia do mês subsequente ao do recebimento do Auto de Infração (AI).

Art. 3º Os juros de mora, ressalvada a hipótese do artigo 5º, serão calculados no momento do pagamento do crédito tributário.

Os cálculos dos juros moratórios realizados pelo Fisco estão de acordo com o arcabouço jurídico acima apresentado e por isso, não merecem qualquer reparo.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CCMG, em preliminar, à unanimidade, em rejeitar a arguição de nulidade do lançamento. No mérito, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento, nos termos do parecer da Assessoria do CCMG. Pela Impugnante, sustentou oralmente a Dra. Alice Gontijo Santos Teixeira e, pela Fazenda Pública Estadual, a Dra. Edrise Campos. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Bernardo Motta Moreira (Revisor) e Marcelo Nogueira de Moraes.

Sala das Sessões, 08 de outubro de 2020.

**Marco Túlio da Silva
Relator**

**Geraldo da Silva Datas
Presidente**

D