

**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário

RESOLUÇÃO Nº 108 /2017

12ª SESSÃO: 15/03/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS
TRIBUTÁRIOS

RECORRENTE: TELEFÔNICA BRASIL S/A

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

PROCESSO Nº: 1/2449/2015 AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 1/2015.12467-4

CONSELHEIRA RELATORA: MARIA ELINEIDE SILVA E SOUZA

EMENTA – ICMS. Crédito indevido decorrente da aquisição de serviços de cessão onerosa de meios de telecomunicação. Recurso tempestivo. Preliminares afastadas. Decisão por unanimidade de votos e conforme Parecer do representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Decisão amparada nos artigos 60, § 3º e 801 do Decreto nº 24.569/97, art. 33 LC 87/96, Ato Cotepe 13/13 e Convênio ICMS 17/2013. Penalidade prevista no art. 123, II, “a” da lei nº 12.670/96.

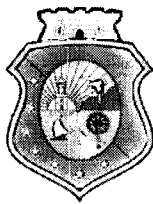
Palavras-chaves: Crédito indevido, serviço de comunicação, Cessão oneração, meios de telecomunicação.

RELATO.

O presente processo tem como objeto o auto de infração nº 2014.12467-1 lavrado em virtude do creditamento indevido de ICMS proveniente da aquisição de serviço de comunicação para execução de serviço da mesma natureza.

Na informação complementar ao auto de infração o agente do fisco esclarece que:

1. Da análise da Escrita Fiscal Digital – EFD verificou-se, nos meses de janeiro e fevereiro de 2015, lançamento de créditos por entradas registrados no CFOP 1301 (aquisição de serviço de comunicação para execução de serviço da mesma natureza).
2. A empresa foi notificada a estornar e colher os créditos considerados indevidos.
3. A empresa argumenta que tem como base legal o art.19 e 20 da Lei Complementar nº 87/96.
4. Também argumenta que os serviços foram prestados por outras operadoras como insumos para a prestação de serviço da mesma natureza.
5. Segundo o Convênio ICMS 17/2003 a cessão de meios entre as empresas de telecomunicação deve ser cobrado sem inclusão do ICMS e cumprir as formalidades de: inclusão do nome da empresa na lista do Ato Cotepe nº13/13, ficando o imposto diferido para prestação ao usuário final.
6. O regulamento do ICMS do Estado do Ceará reproduz no artigo 801 esse comando.
7. De acordo com artigo 60, § 3º do RICMS o destaque incorreto do imposto não gera o direito ao crédito.



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário

8. A Sefaz-CE manifestou-se contra a esse crédito, num caso concreto por meio do Parecer nº 1142/2013, por entender indevido o destaque do ICMS. Constam nos autos Mandado de Ação Fiscal – MAF nº 2015.10200, consultas dos sistemas corporativos da Sefaz.

O autuado apresenta defesa tempestiva argumentando que:

1. O convênio ICMS 17/13 atribui ao prestador de serviço de telecomunicação ao consumidor final a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS devido na operação intermediária, pelo fornecido de estrutura de rede para prestação do serviço de telecomunicação.
2. O Convênio ICMS Nº 17/13 estabelece uma espécie de diferimento da incidência do imposto, cujo fato gerador é praticado pela empresa que cede seus meios de rede (contribuinte) para a última fase da prestação de serviço de telecomunicação (transmissão de uma mensagem) exercida pela concessionária contratada pelo usuário final (responsável tributário).
3. Ocorreu somente uma renúncia a regra do diferimento do regime especial, consistente no pagamento do ICMS pelo contribuinte que seria o sujeito passivo natural caso o imposto não fosse diferido. Isto não configura nenhuma infração à legislação tributária.
4. O próprio artigo 60, § 3º do RICMS deixa clara que o óbice à compensação do imposto está vinculada à legalidade do pagamento a ser apropriado como crédito. Ressaltando que caso de pagamento a maior, a apropriação do respectivo crédito deve observar o valor realmente devido.
5. O que aconteceu foi a antecipação de um recolhimento que poderia ter ido postergado, diferido, para a operação seguinte, mas não o recolhimento de um tributo inexistente ou inexigível.
6. A sujeição passiva por responsabilidade jamais exclui a obrigação do contribuinte originário.
7. A necessidade de refazimento da conta gráfica.
8. A fiscalização deixou de verificar se havia no período objeto da autuação saldo credor suficiente para liquidar todo imposto ora lançado e aplicar a previsão do artigo 123, § 5º, I da Lei 12.670/96
9. A multa punitiva afronta aos princípios da Capacidade Contributiva, Razoabilidade e Vedação ao Confisco.

O julgador monocrático decide pela procedência da acusação fiscal sob o argumento que o artigo 801 do RICMS/Ce estabelece que nestes casos o ICMS será somente sobre o preço do serviço cobrado do usuário final, não podendo o adquirente se creditar de valores destacados indevidamente.

Intimado da decisão condenatória do julgador monocrático, o contribuinte apresenta recurso ordinário reiterando os argumentos apresentados na defesa e que a única violação do regime previsto no convênio 17/13 passível de tornar indevidos os créditos seria o inadimplemento da obrigação ou o pagamento a maior ou a menor.

O processo é encaminhado a Célula de Assessoria Processual Tributária, sendo emitido o parecer nº 24/2017, sugerindo o conhecimento do recurso ordinário, nega-lhe



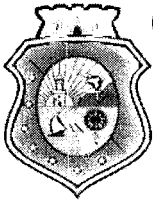
**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário

provimento para confirmar a decisão de procedência exarada pelo julgador monocrático, com base nos seguintes fundamentos:

1. Quanto a multa atentar contra os princípios constitucionais, trata-se de matéria afeta ao Poder judiciário, não sendo competência do Conap, salvo as exceções contidas no art. 48, § 2º da Lei 15.614/2014.
2. Conforme cláusula décima do convênio 126/96 o ICMS somente é devido sobre o preço do serviço cobrado do usuário final e não na cobrança de repasse entre as operadoras de telefonia.
3. A empresa não poderia se creditar de valores de ICMS destacados indevidamente nas notas fiscais que representam repasse de receita, que não se trata de serviços de comunicação para execução de serviço da mesma natureza.
4. Quanto a redução da multa para a prevista no artigo 123, § 5º, I da Lei 12.670/96 afasta, pois existe saldo devedor em todos os períodos, logo fica caracterizada o lançamento e o aproveitamento indevido.
5. Resolução 23/3017 2ª Câmara.

O Processo é encaminhado a representante da douta Procuradoria Geral do Estado que acata o parecer.

Este é o relato.



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário

Voto.

O presente processo versa sobre acusação de crédito indevido decorrente da cessão de meios entre as empresas de telecomunicação cujo serviço deve ser cobrado sem inclusão do ICMS conforme estabelece a cláusula décima do convênio ICMS 17/2013.

Em sua defesa o recorrente argui a inconstitucionalidade da multa lançada, afastamos a preliminar suscitada pois a penalidade aplicada encontra sua fundamentação em Lei vigente, não podendo se discutida no âmbito administrativo a constitucionalidade de norma por se tratar de matéria de competência exclusiva do Poder Judiciário, salvo as exceções contidas no art. 48, § 2º da Lei 15.614/2014.

Passando a análise do mérito, o crédito ao ICMS devido na operação anterior é direito constitucionalmente garantido, entretanto submete-se as regras gerais estabelecidas na Lei Complementar 87/96. No Estado do Ceará, a Lei 12.670/96, regulamenta o direito ao crédito de ICMS:

Art. 51. O direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do ICMS, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação

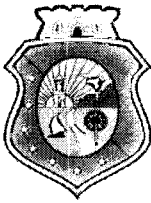
.....

§ 3º Quando o ICMS destacado no documento fiscal for maior do que o exigível na forma da Lei, o seu aproveitamento como crédito **terá por limite o valor correto, observadas as normas sobre correção previstas em regulamento.**

Neste diapasão, o Convênio ICMS 17/2003 determina que a cessão de meios entre as empresas de telecomunicação deve ser cobrado sem inclusão do ICMS, comando reproduzido no artigo 801 do Decreto nº 24.569/97 do Estado do Ceará.

Art. 801. Na cessão onerosa de meios das redes de telecomunicações a outras empresas de telecomunicações, nos casos em que a cessionária não se constitua usuário final, utilizando tais meios para prestar serviços públicos de telecomunicações a seus próprios usuários, o imposto será devido apenas sobre o preço do serviço cobrado do usuário final.

Da leitura dos dispositivos acima citados, verifica-se que o cerne da questão traduz-se em saber se os valores creditados pela recorrente, referentes ao serviço de cessão onerosa de meios as empresas de comunicação, são legítimos ou não. A luz do que diz o artigo 33, IV da Lei Complementar 87/96, os serviços de comunicação somente geram direito ao crédito quando atendidas as condições previstas nas alíneas “a”, “b” e “c”.



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário

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

[...]

IV - somente dará direito a crédito o recebimento de serviços de comunicação utilizados pelo estabelecimento:

a) ao qual tenham sido prestados na execução de serviços da mesma natureza; (Incluída pela LCP nº102, de 11.7.2000)

b) quando sua utilização resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção desta sobre as saídas ou prestações totais; e (Incluída pela LCP nº 102, de 11.7.2000)

c) a partir de 10 de janeiro de 2020 nas demais hipóteses. (Redação dada pela LCP nº138, de 2010)

Examinando os autos, verifica-se que os valores lançados a título de crédito de ICMS não obedecem ao regramento transcrito acima, por não se tratarem de serviços de comunicação da mesma natureza, neste mesmo sentido decidiu a 2ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários quando da análise de caso semelhante:

Percebe-se da leitura da cláusula que, nos casos em que há serviços prestados entre operadoras, quando há cessão onerosa de meios das redes de telecomunicação, o ICMS somente é devido sobre o preço do serviço cobrado do usuário final, não se podendo, portanto, caracterizar tais serviços como insumos para prestações subsequentes, uma vez que os serviços são destinados ao próprio consumo da empresa que os adquire. Dessa forma, não há como incluir o recebimento desses serviços como prestados na execução de serviços da mesma natureza, o que impede o direito ao crédito desses serviços por não se enquadrar em nenhuma das situações descritas nas alíneas do inciso IV do art. 33 da LC 87/96. (Resolução nº 23/2017, Conselheiro Relator Victor Hugo Cabral de Moraes Júnior)

Por último cumpre analisar o pedido de redução da multa formulado pela recorrente, a atenuante prevista no § 5º do artigo 123 da Lei 12.670/96, somente é devida se o crédito não for aproveitado, nos autos ficou demonstrado a existência de saldo devedor em todos os períodos de janeiro e fevereiro de 2015, caracterizando o aproveitamento total do crédito, ficando, também, afastado o pedido formulado pela recorrente.

Desta forma considerando os fatos acima relatados, voto pelo conhecimento do recurso ordinário, nego provimento, afasto a preliminar de nulidade e no mérito julgo PROCEDENTE a presente a acusação fiscal, ficando o recorrente inserto na penalidade imposta no artigo 123, II, "a" da Lei nº 12.670/96, conforme Parecer da Célula de Assessoria Processual Tributária adotado pelo representante da Douta Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

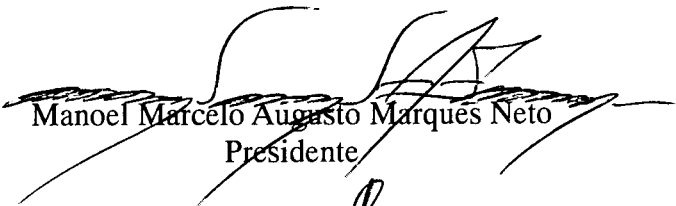
ICMS	R\$ 179.246,40
MULTA	R\$ 179.246,40
TOTAL	R\$ 358.492,80



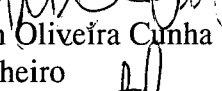
**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributário

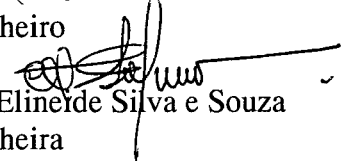
Vistos, relatados e discutidos os autos onde é recorrente Telefônica Brasil S/A. e recorrido Célula de Julgamento de 1ª Instância. a 1ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do recurso ordinário interposto, resolve preliminarmente em relação às preliminares de nulidade por cerceamento do direito de defesa e o caráter confiscatório, arguidos pela recorrente: Preliminares afastadas, por unanimidade de votos, com base nos fundamentos contidos no parecer da Assessoria Processual Tributária. No mérito, por unanimidade de votos, resolve negar provimento ao recurso, para confirmar a decisão **CONDENATÓRIA** proferida pela 1ª Instância, nos termos do voto da Conselheira Relatora, em conformidade com o parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

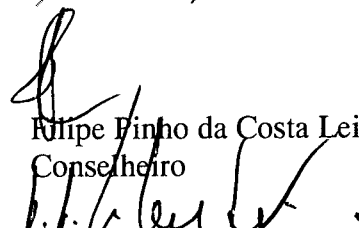
SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 19 de maio de 2017.

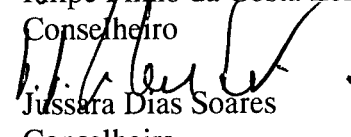

Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
Presidente

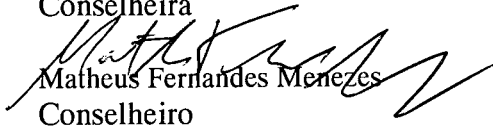

Antônio Gilson A. de Carvalho
Conselheiro


Leilson Oliveira Cunha
Conselheiro


Maria Elineide Silva e Souza
Conselheira


Filipe Pinho da Costa Leitão
Conselheiro


Jussara Dias Soares
Conselheira


Matheus Fernandes Menezes
Conselheiro


Matheus Viana Neto
Procurador do Estado

Ciente: 19 / 05 / 2017