



ESTADO DO CEARÁ  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

---

RESOLUÇÃO Nº. 709 /2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

98ª SESSÃO EXTRAORDINÁRIA DE: 16.09.2009

PROCESSO Nº. 1/1217/2006 AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200602166

RECORRENTE: CLARO S/A (BSE S/A)

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1º INSTÂNCIA

AUTUANTE: Maria Ângela Marques MAT. 105838-1-0

RELATORA: Conselheira Maria Elineide Silva e Souza

**EMENTA:** – ICMS. CRÉDITO INDEVIDO, decorrente da utilização de créditos oriundos de serviços de telecomunicação destinados ao uso e consumo. Exercício de 2001. Fiscalização Profundidade. *Auto de Infração PROCEDENTE, uma vez que restou comprovada a infração apontada na peça inicial.* Decisão ampara no artigo 60, § 12 Do Decreto Nº. 24.569/97 c/c art. 33, II da Lei Complementar 87/96. Penalidade prevista no artigo 123, II, “a” da Lei 12.670/96. Preliminar de nulidade afastada. Decisão por unanimidade de votos e conforme Parecer da Douta procuradoria Geral do Estado.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de aproveitamento indevido dos créditos de notas fiscais de serviços de telecomunicações referentes ao exercício de 2001, no valor de R\$ 26.486,09 (vinte e seis mil, quatrocentos e oitenta e seis reais e nove centavos).



ESTADO DO CEARÁ  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

Esclarece o agente do fisco na Informação Complementar ao Auto de Infração que:

1. A empresa possui regime de Recolhimento normal e apresentou durante todo o período fiscalizado saldo devedor, conforme informação da conta corrente – Sistema Gim e do Livro Registro de Apuração do ICMS.
2. Em sua atividade comercial funciona com inscrição única, conforme concessão do artigo 800 do Decreto nº. 24.569/97 (regime especial para cumprimento de obrigações tributárias).
3. A empresa sendo concessionária de Serviço Público de Telecomunicação adquiriu serviços de empresas de telecomunicações com finalidades de: a) prestar serviços de telecomunicações a seus próprios usuários. Nesta situação a “nota fiscal de Serviço” é emitida sem destaque do ICMS, sendo imposto cobrado somente do usuário final, conforme determinação expressa do artigo 801 do Decreto nº. 24.569/97 e Cláusula décima do Convênio de ICMS 126/98. b) **Para serem utilizados pelo próprio estabelecimento como usuária final. Neste caso a empresa é constituída como usuária final devendo a nota fiscal ser emitida com destaque do ICMS.**
4. O artigo 20 da Lei Complementar 87/96 assegurou aos contribuintes do ICMS o direito ao crédito pelas entradas de mercadorias e serviços destinados ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente com fruição somente a partir do exercício de 2007 (conforme artigo 33 da Lei complementar 87/96). Entretanto posteriormente com a edição da lei nº. 11.032/2002 este direito foi positivado.
5. ~~Obs: 2002~~ este direito foi positivado de serviços de comunicação para serem utilizados pelo próprio estabelecimento como usuária final somente darão direito aos créditos a partir de janeiro de 2007.
6. Desta forma analisando a documentação verificou-se que a empresa creditou-se indevidamente das notas fiscais de serviços de telecomunicações das aquisições para uso próprio como consumidor final.
7. Referidas notas fiscais encontram-se escrituradas nos registros de entrada com classificação nos CFOPs 151 e 153 e transportadas para o Livro Registro de Apuração do ICMS no CFOP 153.

Constam no processo Portaria do Secretario da Fazenda nº.0583/20058 e 813/2005, Termo de Início nº. 2006.01653 e anexo e Termo de Conclusão nº. 2006.05793 fls.7/13 todos emitidos conforme determina a legislação vigente, bem como cópias de consultas gerenciais, Livro Registro de Apuração do ICMS, Relatório das notas fiscais objeto da presente autuação, Livro Registro de Entradas, notas fiscais objeto da autuação fls. 14/248.



**ESTADO DO CEARÁ**  
**SECRETARIA DA FAZENDA**  
**CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**

---

O Contribuinte apresentou defesa, tempestiva, requerendo a Improcedência sob os seguintes fundamentos:

1. A autuação decorreu de interpretação errônea dos dispositivos legais apontados pela autuante.
2. Ao analisar das normas verifica-se que é permitida a utilização dos créditos referentes aos serviços de comunicação utilizados pelo estabelecimento que tenha sido prestado na execução de serviços da mesma natureza, ou cuja utilização tenha resultado em operação de saída ou prestação para o exterior.
3. ~~Natureza~~ territorial do Estado do Ceará a Lei nº. 12.670/96 e o Decreto nº. 24.569/97 seguem a mesma orientação da lei Complementar permitindo o registro dos créditos referentes aos serviços de comunicação utilizados pelo estabelecimento que tenha sido prestado na execução de serviço da mesma natureza, ou cuja utilização tenha resultado em operação de saída ou prestação de serviço para o exterior.
4. A utilização do crédito será a partir de janeiro de 2001 quando tenha sido prestado na execução de serviços da mesma natureza.
5. A restrição da norma para utilização dos créditos a partir de janeiro de 2007 somente referem-se a outras hipóteses de serviços de comunicação, que não tenham sido prestados na execução de serviços da mesma natureza, ou cuja utilização não tenha resultado em operação de saída ou prestação de serviço para o exterior.
6. ~~Restrições ao exterior.~~ aplicam a autuada, pois: os créditos são referentes ao exercício de 2001 e utilizados exclusivamente a serviço de comunicação prestada na execução de serviços da mesma natureza.

O julgador de primeira instância concluiu pela procedência da autuação fiscal, pois:

1. De início, esclarece que o fato do contribuinte ter registrado as operações com o CFOP 151 não garante que ser tratam de aquisições de serviços de comunicação tomados para a prestação de serviços da mesma natureza.
2. No presente caso, verifica-se, das notas fiscais acostadas aos autos, que tais serviços dizem respeito à comunicação para uso ou consumo.
3. Possuem razão os autuantes quando consideram indevidas as apropriações dos créditos, pois conforme nova redação da Lei complementar 87/96 tais créditos somente poderão ser usufruídos a partir de janeiro de 2011.



**ESTADO DO CEARÁ**  
**SECRETARIA DA FAZENDA**  
**CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**

---

Notificado do julgamento procedente de 1ª Instância, o Contribuinte apresentou, tempestivamente, Recurso Voluntário com os seguintes fundamentos:

1. Inexiste da lei nº. 12.670/96 ou não foi indicado pelos autuantes dispositivos que restrinjam o direito ao crédito nas operações com serviço de comunicação.
2. ~~Caracterização~~ o direito de defesa considerando que não existe nos autos motivação utilizada pela auditoria para concluir que os créditos utilizados referem-se a serviço de comunicação utilizado no uso ou consumo do estabelecimento.
3. ~~Estabelecimento~~ não indicaram os fundamentos legais aplicáveis à atualização monetária dos débitos exigidos.
4. Quanto ao mérito alega que a utilização de tais serviços é imprescindível à sua atividade operacional, ou seja, tais serviços de comunicação são utilizados como insumos na sua atividade operacional.
5. A Constituição Federal assegura a ampla utilização do Princípio da não cumulatividade.
6. Que a empresa autuada não é responsável pelo pagamento de multa punitiva por ilícitos cometidos pela empresa incorporada.
7. Por último alega o caráter confiscatório da multa.

O Consultor Tributário, através do Parecer nº 769/2007, manifesta-se pela manutenção do julgamento singular pelos seguintes motivos:

1. Quanto ao mérito, os dispositivos colacionados demonstram a procedência da autuação.
2. Com a edição da Lei Complementar 122/2006 tais créditos somente poderão ser utilizados a partir de janeiro de 2011.
3. Quanto à inexistência de dispositivos na Lei nº. 12.670/96 quanto ao direito dos créditos para uso e consumo é bom frisar que esta lei na sua redação original deixou a cargo da Lei Complementar a definição da data a partir da qual seria possível utilizar tais créditos.
4. Quanto à correção monetária, o lançamento fiscal é realizado pelo seu valor histórico.
5. A constituição Federal em seu artigo 155, XII, "c" remete a regulamentação dos créditos para Lei Complementar.
6. A empresa incorporadora assume todo passivo da empresa incorporada razão pela qual não procede a tese defendida pela empresa de não responsabilidade pelos ilícitos praticados pela empresa incorporada.



**ESTADO DO CEARÁ**  
**SECRETARIA DA FAZENDA**  
**CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**

---

7. Quanto à alegativa de inconstitucionalidade da multa pelos seus efeitos confiscatórios, a análise de tal matéria encontra-se restrita ao poder judiciário, fora das atribuições dos tribunais administrativos.

O representante da Procuradoria Geral do Estado adotou o Parecer da Célula de Consultoria Tributária.

É o relato.



ESTADO DO CEARÁ  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

---

**VOTO DA RELATORA**

A presente acusação versa sobre crédito indevido decorrente da aquisição da utilização de créditos de notas fiscais de serviços de telecomunicação utilizados para uso e consumo no exercício de 2001.

Antes de adentrarmos ao mérito da matéria é preciso discorrer acerca das nulidades suscitadas em seu recurso pela recorrente. Quanto ao Cerceamento ao Direito de Defesa decorrente da inexistência dos dispositivos legais da lei nº. 12.670/96 que restrinjam o direito ao crédito do ICMS aqui adoto na íntegra o argumento do nobre relator, hoje conselheiro desta câmara, Dr. Sidney Valente lima.

*“Quanto às razões de recurso interpostas pela autuada, é bom frisar primeiramente que a Lei nº. 12.670/96, na sua redação originária do art. 49, § 3º, inciso II, deixou a cargo da lei Complementar a definição da data a partir da qual seria possível utilizar como crédito fiscal o ICMS oriundos dos serviços de comunicação destinados uso e consumo do estabelecimento. Por esta razão, não foi indicado no auto de infração o dispositivo da lei estadual, mas da Lei Complementar nº. 87/96, alterada pela de nº. 114/02, que definiu a data que os contribuintes poderia utilizar como crédito fiscal o ICMS incidente sobre as referidas prestações de serviços”.*

Ainda, na esteia das preliminares suscitadas, quanto à falta de fundamentação dos auditores para os motivos que levaram a concluir que tais créditos de comunicação foram utilizados para uso e consumo, este aspecto ficou perfeitamente claro na informação fiscal fls3/6 dos autos quando a autuante esclareceu a forma de emissão das notas fiscais de serviço de comunicação, frisando que somente ocorre o destaque do ICMS quando se trata de serviço de comunicação para usuário final, entretanto esclarece a utilização dos mesmos na forma determinada pela Lei complementar.

Quanto ao aspecto de confisco na aplicação da penalidade, esta corte tem manifestado o entendimento de que a vedação constitucional refere-se ao imposto e não as multas decorrentes das infrações a legislação tributária.

E, por último, no que diz respeito à ausência dos fundamentos legais aplicáveis à atualização monetária dos débitos exigidos, é bom esclarecer que o lançamento fiscal de ofício é realizado em seus valores históricos.

6



ESTADO DO CEARÁ  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

Desta forma superada as nulidades suscitadas pela recorrente e adentrando no mérito do lançamento trazemos à informação complementar ao auto de infração quando detalha a emissão das notas fiscais de serviço de comunicação.

- ✓ A empresa sendo concessionária de Serviço Público de Telecomunicação adquiriu serviços de empresas de telecomunicações com finalidades de: a) prestar serviços de telecomunicações a seus próprios usuários. Nesta situação a “nota fiscal de Serviço” é emitida sem destaque do ICMS, sendo imposto cobrado somente do usuário final, conforme determinação expressa do artigo 801 do Decreto nº. 24.569/97 e Cláusula décima do Convênio de ICMS 126/98. b) **Para serem utilizados pelo próprio estabelecimento como usuária final. Neste caso a empresa é constituída como usuária final devendo a nota fiscal ser emitida com destaque do ICMS.**
- ✓ O artigo 20 da Lei Complementar 87/96 assegurou aos contribuintes do ICMS o direito ao crédito pelas entradas de mercadorias e serviços destinados ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente com fruição somente a partir do exercício de 2007 (conforme artigo 33 da Lei complementar 87/96). Entretanto posteriormente com a edição da lei nº. 102/2002 este direito foi postergado

Portanto a autuação gira em torno dos créditos utilizados nos serviços de comunicação para uso e consumo da recorrente e a luz dos dispositivos legais colacionados não resta dúvida quanto à ilegitimidade da utilização de tais créditos.

Tais normas encontram esteio na Constituição Federal no seu artigo 155, XII, “c” que remete a regulamentação dos créditos para Lei Complementar e esta matéria hoje se encontra pacífica na jurisprudência quanto à legitimidade da regulamentação a restrição de fruição do direito ao crédito do ICMS.

Também não acolho a alegação da recorrente no que diz respeito à responsabilidade da incorporadora e aqui faço uso da fundamentação do Parecer 769/2007 quanto cita a obra do ilustre tributarista Sacha Calmon Navarro Coelho na obra “Curso de Direito Tributário” a explicar que a multa compõe o passivo e este é transferido no ato da incorporação:

“Portanto, a multa fiscal não se transfere, simplesmente continua a integrar o passivo da empresa que: a) fusionada; b) incorporada; c) dividida pela cisão; d) adquirida; e) transformada. Assim se o crédito corresponde à multa fiscal já constituído, formalizado, à data da sucessão, o “sucessor”



ESTADO DO CEARÁ  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

— um sub-rogado nos débitos e créditos (ativo e passivo) das sociedades adquiridas, divididas, incorporadas, fusionadas ou transformadas — naturalmente absorve o passivo fiscal existente, inclusive as multas. Aqui comparece ainda uma razão de política fiscal. Se as multas não fossem transferíveis em casos que tais, seria muito fácil apagar multas pelo simples subterfúgio da alteração do tipo societário. Num passe de mágica, pela utilização legítima das “formas” de direito societário, seriam elididas as sanções fiscais garantidoras do cumprimento dos deveres tributários, o principal e os instrumentais”.

Diante de todo exposto considero perfeitamente comprovado nos autos a infração apontada na peça inicial do presente processo, devendo, portanto o autuado submeter-se a infração imposta no artigo 123, II, “a” da lei nº. 12.670/96 com alterações da lei nº. 13.418/03.

Por estas razões, conheço do recurso voluntário nego-lhe provimento para após afastar a preliminar de nulidade, no mérito, confirmar o julgamento PROCEDENTE de 1ª Instância nos termos deste voto e do Parecer da Célula de Consultoria Tributária adotado pela representante da Douta Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

**DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO**

ICMS	26.486,09
MULTA	26.486,09
TOTAL	52.972,18





ESTADO DO CEARÁ  
SECRETARIA DA FAZENDA  
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS


**DECISÃO**


Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente CLARO S/A (BSE S/A) e recorrido CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1º INSTÂNCIA, resolvem os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos conhecer do recurso voluntário, negar-lhe provimento, para após afastar a preliminar de nulidade argüida pela recorrente, confirma a decisão CONDENATÓRIA proferida pela 1ª Instância, nos termos do voto da relatora e do Parecer da Consultoria Tributária adotado pelo representante da douda Procuradoria Geral do Estado. Ausente, para apresentação da defesa oral, conforme solicitado nos autos, a representante legal da atuada, Dra. Melissa Montenegro Fontenele.

**SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**, em Fortaleza, aos 01 de dezembro de 2009.

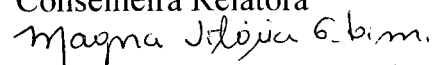
  
Dulcineire Pereira Gomes  
PRESIDENTE

  
Eliane Resplande F de Sá  
Conselheira


  
Cid Marconi Gurgel de Souza  
Conselheiro

  
Maria Elineide Silva e Souza  
Conselheira Relatora

João Fernandes Fontenelle  
Conselheiro

  
Magna Vitória de Guadalupe L  
Conselheira

Jannine Gonçalves Feitosa  
Conselheira

  
José Sidney Valente Lima  
Conselheiro

Vito Simon de Moraes  
Conselheiro

  
Matheus Vianna Neto  
PROCURADOR DO ESTADO