



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 186 /2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

168ª SESSÃO ORDINÁRIA de 16.12.2014

PROCESSO Nº 1/09602013 AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201304530

RECORRENTE: TELEFÔNICA BRASIL S/A.

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

AUTUANTE: VALÉRIA PASSOS BRASIL E OUTROS

RELATOR: VALTER BARBALHO LIMA.

EMENTA: ICMS. TELECOMUNICAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. 1. Indicação de infringência aos artigos 3º inciso XIII 73 e 74 do Dec. nº 24.569/97. 2. Penalidade sugerida: alínea “c” do inciso I do art. 123 da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03. 3. Aquisição de serviços de telecomunicação, cujas prestações sofreram o gravame do imposto. 4. Presunção que se destinavam consumo próprio, hipótese que não admite o creditamento. 5. Lançamento do ICMS a título de crédito fiscal, corolário: fatal de recolhimento. 6. Imputação não caracterizada. 7. Recurso ordinário conhecido e provido. 8. Modificada a decisão singular. 9. Auto de infração julgado improcedente, em desacordo com o parecer da Consultoria Tributária da douta Procuradoria Geral do Estado. Decisão por maioria de votos.

RELATÓRIO

Traz o relato do auto de infração ora julgado, a imputação falta de

recolhimento do ICMS, decorrente do lançamento do imposto grafado em documentos fiscais relativos a prestações de serviços de telecomunicações tomadas pela atuada.

Nas informações complementares, as autuantes esclarecem que a atuada mantinha saldo credor continuado desde abril de 2009, que teve como causa principal o lançamento, em desacordo com a legislação, de crédito por aquisição de prestação de serviços de comunicação, foi intimada a justificar os itens constantes em anexo, contudo não obtiveram sucesso.

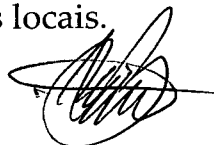
Informam que a referida conduta teria violado o disposto no artigo 52 da Lei nº 12.670/96, assim como a alínea “a” do inciso IV do artigo 13 da lei Complementar nº 87/96, ambos reproduzidos e acrescentam que os créditos são todos provenientes de uma única empresa – Telefônica Internacional Wholesale Services Brasil Ltda.

Reportam-se à cláusula décima do Convênio ICMS nº 126/98, que desloca a cobrança do ICMS relativos às prestações de Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC, Serviço Móvel Celular - SMC ou Serviço Móvel Pessoal – SMP, para a última etapa da cadeia (usuário final), em face regulação do setor que obriga as operadoras a disponibilizarem suas redes umas às outras.

Afirmam que, se tais aquisições trazem ICMS destacado significam que se destinavam ao consumo da própria atuada, e não a insumo para prestar serviços aos usuários finais.

Diante dessas constatações refizeram a conta gráfica da atuada, excluindo os crédito sobreditos, oportunidade que detectaram dedução em duplicidade do FECOP e outros créditos e, após os ajustes, obtiveram um saldo devedor de ICMS no importe R\$ 464.476,98, no exercício de 2009, R\$ 1.172.302,68, em 2010 e 5.572.369,40 em 2011, que perfazem o total de R\$ 7.209.149,15, assim consignados em quadros demonstrativos.

No instrumento impugnatório, a atuada contesta o feito sob o fulcro que o crédito objeto da autuação está de acordo com a legislação em vigor, notadamente com alínea “a” do inciso IV do artigo 33 da Lei Complementar nº 87/96, assim como em normas locais.



Esclarece que presta os Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC no Ceará e contratou da empresa Telefônica Internacional Wholesale Services Brasil Ltda., Serviço Móvel Celular - SMC ou Serviço Móvel Pessoal – SMP os serviços de Bando IP para acesso internacional a internet, decorrente da especialização da contratada na área e presta informações operacionais acerca desses serviços, em especial mediante conceitos técnicos, haja vista que para acessar a rede mundial de computadores e imprescindível a autenticação a atribuição de IP, tecnologia que não domina, motivo da contratação.

Diz isso em razão do volumes de prestações tomadas dessa natureza em relação as por ela prestadas, aspectos que foi objeto de menção nas informações complementares, a título de ocorrência estranha na atividade da atuada, além de afirmar não haver legislação que proíba a prestação de serviço a baixos preços tomados, estratégia que visa a conquistar o clientes.

Quando da sustentação oral, arguiu que parte das prestações objeto da autuação são decorrentes interconexão, nos termos da cláusula décima do Convênio ICMS 126/98, que mesmo sujeitas ao diferimento foram tributadas.

Alega que a multa tem efeito confiscatório e ao final, requer a insubsistência da autuação, cancelamento do auto e a consequente extinção do crédito nele reclamado.

O julgamento singular, pauta-se em duas premissa para fundamentar sua decisão. A primeira, que as prestações tomadas destinaram-se ao consumo da atuada e, segundo, mesmo que assim não fosse, não permitia o creditamento em face do disposto na cláusula décima do Convênio ICMS nº 126/98, que prevê diferimento nas prestações relativas à cessões de redes, termos em que decide pela procedência da autuação.

A Consultoria Tributária, assenta que o ICMS é não cumulativo, a teor inciso I do § 2º do artigo 155 da CF de 88, entretanto, ressalta que a Lei Complementar nº 87/96, por outorga constitucional, disciplina a regra de compensação do ICMS e estabelece que o crédito relativo a bens de consumo somente será permitido a partir de 2020, ordenamento conjugado com a premissa estatuída na cláusula décima do Convênio ICMS nº 126/98, não há autorização para aproveitamento do crédito, motivo por que opina pelo conhecimento do recurso ordinário, com visa que se negue provimento e

 3

mantenha a decisão de procedência plasmada na instância singular, parecer adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o relato.

VOTO DO RELATOR

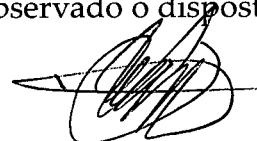
Cumpra assinalar, por primeiro, que o deslinde do vertente caso, enseja que se permeie dois aspectos de caráter vital. O primeiro, cinge-se a um dos princípios por que se rege o processo administrativo-tributário, qual seja, o da verdade material e o segundo, consistente do princípio da não-cumulatividade, característica inerente ao ICMS.

Nesse contexto, é primado que, no âmbito do processo administrativo-tributário, a verdade real ou material, em singela e apertada síntese, pode ser descrita como a situação que se materializa ante a presença de instrumentos materiais de prova, preexistentes ou produzidos, os quais reúnam elementos suficientes à comprovação irrefutável do fato imputado pelo Fisco ao sujeito passivo, ou seja, o conteúdo probante que encerram deve ser capaz de ratificar a caracterização da hipótese infracional apontada.

Da leitura que se faz no móvel da autuação, remete à concluir que se funda em duas premissas: a primeira, decorrente do ordenamento insculpido na cláusula décima do Convênio ICMS nº 126/98, que concede diferimento imposto entre as operadoras, quando da cessão de meios de redes. Vejamos.

Cláusula décima. Na prestação de serviços de comunicação entre empresas de telecomunicação relacionadas no Ato COTEPE 10/08, de 23 de abril de 2008, prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC, Serviço Móvel Celular - SMC ou Serviço Móvel Pessoal - SMP, o imposto incidente sobre a cessão dos meios de rede será devido apenas sobre o preço do serviço cobrado do usuário final.

§ 1º Aplica-se, também, o disposto nesta cláusula às empresas prestadoras de Serviço Limitado Especializado - SLE, Serviço Móvel Especializado - SME e Serviço de Comunicação Multimídia - SCM, que tenham como tomadoras de serviço as empresas referidas no caput, desde que observado o disposto no



§ 2º e as demais obrigações estabelecidas em cada unidade federada.


Como visto, ao exame da norma supracolacionada, evidente emerge que as prestações nela incursas não de cingir-se ao ordenamento nela estatuído, qual seja, o imposto deve ser cobrado somente quando da prestação ao usuário final, logo, teoricamente, não há que falar em incidência do tributo preteritamente a essa fase.

Em face do desiderato que verte da norma supra, as autuantes concluíram que, em tendo as prestações sofrido o gravame do tributo, quando sujeito ao diferimento, certamente destinaram-se a consumo próprio da recorrente, por conseguinte, sem direito ao lançamento do imposto a título de crédito fiscal, fato motivador da autuação sob o título crédito indevido.

Precedentemente, foi objeto de destaque a menção ao instrumento prova, a título de objeto imprescindível a sustentabilidade de imputação fiscal. A esse vislumbre, o fato imponível é que na hipótese concreta, não restou demonstrado materialmente nos autos, a alegação de consumo próprio, posto que não se produziu elementos que atestem cabalmente a ocorrência da referida circunstância, senão decorrente de uma conclusão encartada em um pressuposto lógico-racional, contudo, ausente de comprovação fática, quanto à efetividade da utilização das prestações tomadas para consumo próprio da recorrente, em que pese a afirmação das autuantes, fundada na existência de outras prestações tomadas, que não foram tributadas, circunstância que ratificaria a conclusão que extraíram da situação detectada.

Como dantes afirmado, a cognição extraída não margeia o absurdo nem mostra desalinho razoável, à subsunção literal que se promova do fato típico à norma tida como inobservada, entretanto, carente de um elemento substancial – prova incontestada -, consoante dantes evidenciado, fato que impõe esposar uma reflexão acerca da não-cumulatividade, à vista que a pretensão girou em torno dos seus fundamentos.

Sem a pretensão de se declinar tese, mas simplesmente para os efeitos de formulação do entendimento que ora se manifesta, cumpre a duzir que o instituto da não-cumulatividade, característica intrínseca ao imposto ICMS, tem nascedouro em vertentes constitucionais, assim consignado no



inciso I do § 2º do artigo 155 da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos:

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

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;

§ 2.º 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;** (gn).

Posto isto, urge sublinhar, ainda que cediço, o diferimento é fenômeno consistente da postergação da exigência do tributo, isto é, deixa de ser cobrado em uma etapa para que se faça numa posterior, por conseguinte, diferente da isenção ou não incidência no sentido lato senso, isto é, abstraindo-se as hipótese em que esses eventos gozem de previsão normativa para se materializarem posteriormente.

Com efeito, em que pese as prestarem sujeitarem-se ao diferimento, aludida providência não foi adotada, ou seja, a tributação concretizou-se em momento anterior, entretantes, com arrimo no instituto da não cumulatividade não se vislumbra supedâneo normativo para considerar o creditamento do ICMS na hipótese de indevido, sob pena de, se não permitir o crédito, a recorrente arcará duplamente com o ônus dele decorrente, à medida que uma vez incluso na prestação anterior e se a prestação subsequente sofrer o encargo na sua totalidade, caracterizado está o **bis in idem**.

Como visto, as características do diferimento possibilitam formular concepção dessa ordem, que jamais seria cogitável na hipótese em que se tratasse de isenção ou não incidência, porque no diferimento o imposto vai ser cobrado em algum momento, diferentemente das outras casos que não será devido em tempo algum.

Ademais, a concepção supra ganha factibilidade, por se tratar da



espécie diferimento na sua concepção pura em essência, que não guarda compatibilidade com tipo estatuído no inciso XI do artigo 13 do Decreto nº 24.569/97, haja vista que nesse caso há previsão normativa expressa que veda o aproveitamento do crédito fiscal, mesmo na hipótese em que a operação tenha ocorrido sem o diferimento do imposto. Vejamos:

XXI - mercadoria, a qualquer título, de empresa beneficiária do FDI para estabelecimento que realize preponderantemente operação:

a) de exportação para o exterior;

b) interestadual com a mesma mercadoria;

§ 15. Na hipótese de o estabelecimento destinatário enquadrar-se na condição referida no **inciso XXI**, incumbe-lhe informar ao fornecedor esta condição.

§ 16. A não-informação de que trata o § 15, em virtude da qual a **operação se realize sem diferimento do imposto, não confere direito ao crédito fiscal em relação à mencionada operação.**

Singela leitura que se promova na cláusula décima do Convênio ICMS nº 126/98 e no dispositivo supra, que versam sobre a mesma espécie, não exige esforço de interpretação para concluir que, o último caso sofre restrição normativa expressa relativa ao direito de crédito, conquanto, o primeiro caso, afeita-se às regras gerais, sem vedação própria, por isso encerram aspectos distintos no contexto do permissivo ou não do crédito fiscal.

Enfim, ao vislumbre que não trazem os autos instrumentos materiais de prova dos quais se possa extrair a convicção relativa a efetiva utilização das prestações tomadas, objeto da autuação, para uso e consumo da recorrente, ainda que digno de destaque o arrazoado assente nas informações complementares e os demonstrativos elaborados, conquanto de caráter técnicos, sem estabelecer vínculo inexorável ao ilícito indicado, posto que de feições apenas dedutivas e sob o pálio do princípio da não-cumulatividade, incogitável a possibilidade de conferir liquidez e certeza à pretensão, fatos, por conseguinte, que induzem a concluir pela insubsistência da increpação.

Por todo o exposto, voto pelo conhecimento do recurso ordinário, dou-lhe provimento, para reformar a decisão condenatória proferida na primeira instância, para julgar improcedente a imputação, em desacordo com o parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da Doutra

 7

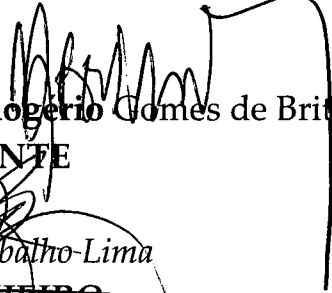
Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

DECISÃO

Vistos, discutidos e examinados os presente autos, em que é **RECORRENTE: TELEFÔNICA BRASIL S/A.** e **RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários** resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, e por maioria de votos, dar-lhe provimento, para modificar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância e julgar **improcedente** o feito fiscal, acatando o pedido da parte, nos termos do voto do Conselheiro Relator e em desacordo com o Parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Foram votos vencidos os dos Conselheiros Lúcia de Fátima Calou de Araújo e Francisco Wellington Ávila Pereira, que se pronunciaram pela procedência, confirmando o julgamento singular.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, aos 24 de 02 de 2015.



Alfredo Rogério Gomes de Brito
PRESIDENTE


Valter Barbalho-Lima
CONSELHEIRO

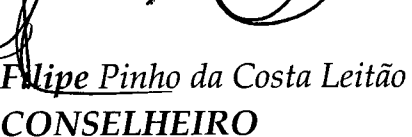

Francisco Wellington Ávila Pereira
CONSELHEIRO


Lúcia de Fátima Calou de Araújo
CONSELHEIRA



Aderbalina Fernandes Scipião
CONSELHEIRA


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO


Cícero Roger Macedo Gonçalves
CONSELHEIRO


Flípe Pinho da Costa Leitão
CONSELHEIRO


Agatha Louise Borges Macedo
CONSELHEIRA


Samuel Aragão Silva
CONSELHEIRO