



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº: 452 /2014

62ª (SEXAGÉSIMA SEGUNDA) SESSÃO ORDINÁRIA EM 08/07/2014

PROCESSO Nº 1/1528/2012 – AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201203610

RECORRENTE: VIVO S/A

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

AUTUANTE: ANTÔNIO TORQUATO AUGUSTO GONÇALVES MAT.: 497621-1-9

CONS. RELATOR: CONS. RAFAEL GONÇALVES ZIDAN

EMENTA: CRÉDITO INDEVIDO DE ICMS. 1. A atuada creditou-se de ICMS em hipóteses não permitidas pela legislação tributária. 2. Auto de infração **PROCEDENTE**. 3. Decisão com esteio no artigo 23 da LC 87/96, Convênio 126/98, Ato COTEPE 10/08, artigos 49, 52 e 53 da Lei 12.670/96 e artigo 874 do Decreto 24.569/97, e a penalidade inserta no artigo 123, inciso II, alínea “a” da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03. 4 – Recurso voluntário conhecido e não provido. 5 – Confirmada a decisão condenatória de primeira instância, em conformidade com o Parecer da Consultoria Tributária referendado pelo representante da Douta Procuradoria Geral do Estado. 6 – **DECISÃO POR UNANIMIDADE DE VOTOS.**

01 – RELATÓRIO

A peça inicial imputa à empresa em epígrafe o cometimento de infração à legislação tributária estadual, conforme relato transcrito a seguir:

“CRÉDITO INDEVIDO, ASSIM CONSIDERADO TODO AQUELE ESCRITURADO NA CONTA GRÁFICA DO ICMS EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO OU



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

DECORRENTE DA NÃO REALIZAÇÃO DE ESTORNO, NOS CASOS EXIGIDOS PELA LEGISLAÇÃO.

O CONTRIBUINTE CREDITOU-SE INDEVIDAMENTE DE ICMS DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO NÃO TRIBUTADOS NO VALOR DE R\$ 56.142,59 EM 2010 E DE R\$ 4.886.148,93 EM 2011.”

Foi apontada infringência ao artigo 52 da Lei 12.670/96 e art. 65, inciso I do Decreto 24.569/97, com imposição da penalidade prevista no Art. 123, II, "a" da Lei nº. 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03.

Demonstrativo do Crédito Tributário (R\$)	
PRINCIPAL	4.942.291,52
MULTA	4.942.291,52
TOTAL	9.884.583,04

Nas **Informações Complementares** (fls. 08) os auditores informam que a empresa se creditou de ICMS, na aquisição de serviço de telecomunicação para execução de serviço da mesma natureza. O Convênio 126/1998 disciplina a matéria em sua cláusula décima que nesses casos o imposto será devido apenas sobre o preço do serviço cobrado do usuário final. O Ato COTEPE 10/2008 consta as empresas VIVO S/A e TELESP e que as prestações entre esses contribuintes não se constituem serviços de telecomunicação a usuário final, o ICMS fica diferido para o preço do serviço cobrado do usuário final. E concluem que o contribuinte não poderia ter se creditado do ICMS relativo às operações apontadas no auto de infração.

Impugnando o auto de infração, argumenta a defesa os seguintes pontos:

- Nulidade por cerceamento do direito de defesa pela descrição genérica e abrangente do auto de infração;
- Da higidez do creditamento levado a cabo pela impugnante. Da documentação comprobatória dos créditos de ICMS;

2



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

- Que o aproveitamento dos créditos são permitidos pela legislação tributária.
- Qua a multa aplicada tem efeito confiscatório.

O **Julgamento de 1ª Instância** (fls. 130) tem como decisão a **procedência** da autuação fiscal. Entendeu o julgador que o ilícito propagado nos auto está delineado de forma clara e objetiva, não havendo o que se falar em cerceamento do direito de defesa. Que “diante da ausência de provas incontroversas que deveriam ter sido apresentadas pela empresa, contrariamente as do agente fiscal, é patente a confirmação do ilícito fiscal em virtude do crédito indevido”. E com relação ao argumento da impugnante sobre o caráter confiscatório da multa, não cabe ao órgão administrativo analisar a matéria, por ser de competência do Poder Judiciário.

Em **Recurso Voluntário** (fls. 141), após a narrativa dos fatos e sua fundamentação, pede o que segue:

1. Nulidade do auto de infração, pois não especifica, de forma clara, onde residem as ilegalidades relativas aos créditos tomados pela recorrente.
2. O creditamento levado a cabo pela recorrente foi feito de acordo com a legislação em vigor, em respeito ao princípio da não-cumulatividade e visando evitar *bis in idem*, não havendo que se falar em créditos indevidos.
3. O descumprimento de obrigação acessória ensejaria apenas a aplicação isolada de multa, se tanto.
4. Ainda que se considere legítima a cobrança, desarrazoada e equivocada a penalidade cominada, uma vez inquestionável o seu efeito confiscatório.

O **Parecer** da Consultoria Tributária manteve *in totum* os fundamentos da decisão de 1ª Instância, opinando pela **procedência** da acusação fiscal.

É o relatório. **RGZ**



02 - VOTO DO RELATOR

O caso em tela trata-se de creditamento de serviços de telecomunicação efetuado pela VIVO S/A em operações que não há incidência de ICMS, pois como demonstraremos a diante o imposto fica diferido sobre o preço do serviço prestado ao usuário final, cláusula décima do Convênio 126/98.

Conforme detalhou a fiscalização do ICMS, a VIVO S/A consta da relação de empresas do Ato COTEPE 10/2008 que divulga as prestadoras de serviços de telecomunicações beneficiadas com regime especial de apuração e escrituração do ICMS de que trata o Convênio 126/98, que dispõe sobre a concessão de regime especial, na área do ICMS, para prestações de serviços públicos de Telecomunicação. Assim como encontra-se na mesma listagem de empresas prestadoras de serviços de telecomunicações com tais benefícios a empresa TELESP. Concluindo-se que as prestações entre os contribuintes citados não se constituem serviços de telecomunicação a usuário final, o ICMS fica diferido para o preço do serviço cobrado do usuário final. Por este motivo, não há tributação de ICMS da operação de interconexão entre a VIVO S/A e a TELESP, já que esta não é usuária final do serviço. Sendo assim, não há o que se falar em crédito fiscal da VIVO S/A. Não se pode se creditar do ICMS que não foi pago, fora raíssimas exceções previstas na Magna Carta de 1988, como nos casos de venda de mercadorias para exportação.

Portanto, não deve haver qualquer reparo no lançamento fiscal tanto no aspecto formal quanto no meritório.

Em seu Recurso Voluntário (fls. 142) a recorrente argumenta os seguintes pontos:

- Nulidade do auto de infração, pois não especifica, de forma clara, onde residem as ilegalidades relativas aos créditos tomados pela recorrente.
- O creditamento levado a cabo pela recorrente foi feito de acordo com a legislação em vigor, em respeito ao princípio da não-cumulatividade e visando evitar *bis in idem*, não havendo que se falar em créditos indevidos.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

- O descumprimento de obrigação acessória ensejaria apenas a aplicação isolada de multa, se tanto.
- Ainda que se considere legítima a cobrança, desarrazoada e equivocada a penalidade cominada, uma vez inquestionável o seu efeito confiscatório.

A nulidade suscitada não deve prosperar pois clara e precisa foi a informação do fisco quanto ao lançamento, seus motivos e fundamentos. Fato comprovado não somente pelos apontamentos feitos pelos autuantes bem como pela defesa detalhada da recorrente, tanto em primeira instância quanto na instância superior. Portanto, afasto de pronto a nulidade arguida pela recorrente.

A alegação da desproporcionalidade da penalidade, de que a multa aplicada tem efeito confiscatório, não deve ser sequer analisada. Não cabe a um órgão de julgamento administrativo determinar que a penalidade prevista na Lei tem ou não caráter confiscatório. Somente o Judiciário tem referida competência.

A multa aplicada é inserta no art. 123, inciso II, alínea "a" da Lei 12.670/96, verbis:

II - com relação ao crédito do ICMS:

- a) crédito indevido, assim considerado todo aquele escriturado na conta-gráfica do ICMS em desacordo com a legislação ou decorrente da não-realização de estorno, nos casos exigidos pela legislação: multa equivalente a uma vez o valor do crédito indevidamente aproveitado ou não estornado;

O artigo 801 do Decreto 24.569/97 esclarece acerca da não tributação quando da cessão onerosa dos meios de comunicação entre duas prestadoras de serviço, quando a cessionária não se constitua usuária final. Ficando diferido o ICMS para a cobrança na fatura do usuário final. E seu parágrafo único determina

5



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

que a cessionária não se constitui usuária final quando utiliza os meios da rede pública para prestar serviços de telecomunicações a seus próprios usuários.

Conceitua José Eduardo Soares de Melo, em seu Livro ICMS TEORIA E PRÁTICA (12ª Ed., ditora Dialética): “A interconexão das redes de telecomunicação concerne à central de comunicação da prestadora de serviço telefônico fixo comutado, a partir da qual uma chamada é entregue a outra prestadora de serviço de telecomunicações, para ser encaminhada ao destinatário ou, a partir da qual uma chamada é recebida por prestadoras de serviço de telecomunicações para ser encaminhada ao destino.”

Fato que foi bem explicado pela recorrente, porém não trouxe argumentos aos autos que refutassem o lançamento fiscal. Apenas demonstrou a complexidade da tributação dos serviços de telecomunicação, tentando confundir, *data máxima vênia*, o que o Convênio 126/98 simplificou, a tributação do ICMS no caso das chamadas receitas de interconexão.

Ora, quando a recorrente alega que o julgador de primeira instância admite o crédito do ICMS destacado e pago, deveria ter comprovado o recolhimento que ela efetuou, além daquele realizado quando do preço cobrado do usuário final do serviço. Apenas alegou um fato que não foi dito pelo nobre julgador monocrático, que apenas informou que havia destaque de ICMS no documento fiscal, o que não comprova qualquer pagamento de ICMS. Deveria, sim, ter sido providenciada pela recorrente a comprovação do pagamento em duplicidade do ICMS para que se caracterizasse *bis in idem*. O que não ocorreu nos autos.

Não resta dúvida quanto à existência do ilícito cometido pela recorrente, por inobservância da legislação, relativamente ao indevido creditamento nas aquisições de serviços de telecomunicações para execução de serviços da mesma natureza, conforme demonstrado alhures.

Pelas razões expeditas, **VOTO** pelo conhecimento do recurso voluntário, negando-lhe provimento, para confirmar a decisão de primeira instância, pela **PROCEDÊNCIA** do lançamento fiscal, consoante Parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da Douta Procuradoria Geral do Estado.

É como voto. **RGZ.**



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

Demonstrativo do Crédito Tributário (R\$)	
ICMS	4.942.291,52
MULTA	4.942.291,52
TOTAL	9.884.583,04

03 - DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é Recorrente **VIVO S/A** e Recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**.


Decisão: A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário. *Com relação à preliminar de nulidade suscitada sob a alegação de falta de clareza no relato da infração* - Afastada, por unanimidade de votos, sob o entendimento que o auto de infração está claro quanto à infração denunciada e que o contribuinte não teve dúvida quanto ao fato que lhe é imputado, pois desde o início exerceu o seu direito de defesa atacando justamente o fato tido como infração. *Quanto a alegação de caráter confiscatório da multa aplicada* - Este tópico não foi apreciado por tratar-se de matéria afeita ao Poder Judiciário, não sendo competência desta Câmara analisá-la. No mérito, por unanimidade de votos, resolve negar provimento ao recurso interposto, para



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento


confirmar a decisão *condenatória* proferida em 1ª Instância, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE REC. TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 04 de agosto de 2014.


Valter Barbalho Lima
PRESIDENTE


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO


Rafael Gonçalves Zidan
CONSELHEIRO


Cícero Roger Macedo Gonçalves
CONSELHEIRO


Francisco Wellington Ávila Pereira
CONSELHEIRO


Filipe Pinho da Costa Leitão
CONSELHEIRO


Mônica Maria Castelo
CONSELHEIRA


Agatha Louise Borges Macedo
CONSELHEIRA


Aderbalina Fernandes Scipião
CONSELHEIRA


Samuel Aragão Silva
CONSELHEIRO