

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

RESOLUÇÃO nº 630 /2009

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

131ª SESSÃO ORDINÁRIA de 10/07/2009

PROCESSO DE RECURSO nº 1/1882/2007

AUTO DE INFRAÇÃO nº 1/200702361

AUTUANTE: Francisco Lúcio M Maia - mat. 037909-1-6 e outros.

RECORRENTE: Tim Nordeste S/A.

RECORRIDO: Célula de Julgamento de 1ª Instância

Cons. Relator: José Rômulo da Silva

**EMENTA:** Crédito Indevido do ICMS relativo à aquisição de bens para o ativo permanente. Empresa de telecomunicação. A Lei nº 12.670/96 determina expressamente que o crédito do ICMS relativo à aquisição de bens para o ativo permanente somente será permitido na proporção das operações e prestações tributadas, em cada período. Cessão onerosa de meios físicos de telecomunicações a outras empresas do mesmo ramo de atividade. Não é serviço de telecomunicação propriamente. Está fora da hipótese de incidência do ICMS. Ainda que se tratasse de diferimento em nada mudaria a proporcionalidade do crédito a ser a apropriada, vez que a prestação, de qualquer forma, seria sem o débito do ICMS. Efeito confiscatório da multa. Questão de natureza constitucional. Competência exclusiva do Poder Judiciário. É de relevo aqui verificar que a penalidade foi aplicada nos estritos termos da Lei estadual nº 12.670/96. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão por unanimidade de votos.

Trata-se de Recurso Voluntário da decisão de Primeira Instância de procedência do auto de infração por se creditar o contribuinte do ICMS relativo à aquisição de bens para o ativo permanente sem observar a relação percentual entre saídas tributadas e saídas totais no valor de R\$ 209.541,55 (duzentos e nove mil quinhentos e quarenta e um reais e cinquenta e cinco centavos) fato ocorrido no exercício de 2002.

Nas informações complementares os agentes fiscais anotam que o contribuinte fizera o creditamento integral na razão de 1/48 (um quarenta e oito avos), desconsiderando o que prescreve o art. 49, §, I e II da Lei n° 12.670/96.

A julgadora singular fundamentou sua decisão nos termos concebidos pelos agentes fiscais, anotando como pressupostos jurídicos o que descreve o art. 60, IX, "a", § 13º, I e II do RICMS, que regulamenta a matéria, em que fica sujeito o contribuinte a penalidade do art. 123, II, "a" da Lei n° 12.670/96, juntamente com o lançamento do imposto.

Por ocasião do recurso a recorrente assente que de fato se creditou integralmente da razão 1/48 (um quarenta e oito avos) mensal dos créditos relativos a aquisições de bens para o ativo imobilizado, isso porque as receitas de DETRAFs foram lançadas como "outras operações", e não como "isentas" ou "não tributadas".

A recorrente esclarece que as receitas de DETRAFs não se sujeitam ao ICMS porque são relativas a cessão de suas redes de telecomunicações para que terceiros (empresas cessionárias) prestem serviços de telecomunicações aos seus usuários nos termos do Convênio ICMS n° 126/98. Invoca a legitimidade dos créditos vez que se estaria, na verdade, diante de um caso de diferimento do imposto, pois embora não se encontrasse compelida ao recolhimento do ICMS, este é recolhido pelas empresas cessionárias, na forma da cláusula dez do Convênio ICMS n° 126/98.

Por fim, aponta a recorrente o caráter confiscatória da penalidade aplicada, trazendo inclusive orientações da jurisprudência e da doutrina quanto à matéria, tendo como supedâneo o texto constitucional (art. 150, IV).

É o relatório.

Voto.

Não há no caso maiores discussões. A Lei n° 12.670/96 determina expressamente que o crédito do ICMS relativo à aquisição de bens para o ativo permanente somente será permitido na proporção das operações e prestações tributadas, em cada período. Vejamos:

Art. 49. (...).

.....

§ 4º Para efeito do disposto no caput deste artigo, relativamente aos créditos decorrentes de entrada de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente, deverá ser observado:

I - a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento;

II - em cada período de apuração do imposto só será admitido o creditamento de que trata o inciso I, proporcionalmente às operações de saídas ou prestações tributadas, efetuadas no mesmo período;

III - para aplicação do disposto nos incisos I e II, o montante do crédito a ser apropriado será obtido multiplicando-se o valor total do respectivo crédito pelo fator igual a um quarenta e oito avos da relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas, para fins deste inciso, as saídas e prestações com destino ao exterior;

Caracteriza a infração, portanto, o fato de que não poderia o contribuinte, empresa de telecomunicação, creditar-se da razão 1/48 (um quarenta e oito avos) do ICMS oriundo de aquisições de bens para o ativo permanente sem fazer a dedução correspondente à proporção das receitas de cessão de seus meios de rede de telecomunicações (Detrafs) a outras empresas prestadoras do serviço público calculada sobre o total das prestações do período, porque de fato referidas receitas não são tributadas.

A bem da verdade este tipo de cessão nem mesmo é serviço de telecomunicação propriamente. Está fora, portanto, da hipótese de incidência do ICMS, já que não há entre a empresa cedente e a cessionária prestação de serviço de telecomunicação, mas cessão dos meios para que a última preste o serviço a seus usuários finais. É impróprio, inclusive, falar de "diferimento do ICMS" no caso. O diferimento pressupõe que a operação ou prestação seja tributada, sendo o recolhimento do ICMS postergado para etapas posteriores (art. 12, caput, do RICMS). Entretanto, ainda que se tratasse de diferimento em nada mudaria a proporcionalidade do crédito a ser a apropriada, vez que a prestação, de qualquer forma, seria sem o débito do ICMS.

A propósito, nos termos do Convênio ICMS n° 126/98 o imposto é cobrado dos usuários pela cessionária, não na modalidade de diferimento, mas porque já aí há efetiva prestação de serviço de telecomunicação, que inclui nos seus custos o uso dos meios de rede da empresa cedente.

Portanto, o formalismo levantado pela recorrente de que as receitas oriundas de cessão onerosa de seus meios físicos de telecomunicações a outras empresas do mesmo ramo de atividade foram registradas como "outras operações", e não como "isentas" ou "não tributadas", não ilide a infração à legislação do ICMS, pois não se sobrepõe aos fatos.

Por último, quanto ao eventual efeito confiscatório da multa, que confrontaria o texto constitucional, entendo dizer que a atividade que envolve o lançamento tributário é tida como vinculada e obrigatória e, portanto, não pode o agente fiscal deixar de aplicar a legislação tributária por entender ser a mesma - ou mesmo algum de seus preceitos - ilegal ou inconstitucional. Trata-se evidentemente de questão de natureza constitucional e, como tal, impossível de ser examinada por esta instância administrativa, mormente que em nosso sistema jurídico o controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos é da competência exclusiva do Poder Judiciário. É de relevo aqui verificar que a penalidade foi aplicada nos estritos termos da Lei estadual n° 12.670/96.

Tais as razões expedidas, voto para que se conheça do Recurso Voluntário, negando-lhe provimento, para confirmar a decisão condenatória preferida em primeira instância de PROCEDÊNCIA do auto de infração em que se aplica a penalidade prevista no art. 123, II, "a" da Lei n° 12670/96, em conjunto com o lançamento do imposto devido.

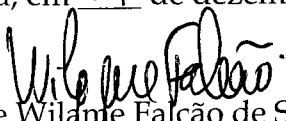
É como eu voto.


Decisão

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos em que é recorrente Tim Nordeste S/A e recorrida Célula de Julgamento em Primeira Instância,

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, nos termos do voto de Conselheiro Relator e de acordo como parecer do representante da Procuradoria Geral do Estado.

Sala das Sessões da Segunda Câmara do Conselho de Recursos Tributários do Estado do Ceará, em 04 de dezembro de 2009.

  
José Wilame Falcão de Souza  
Presidente


  
Francisca Marta de Sousa  
Conselheira

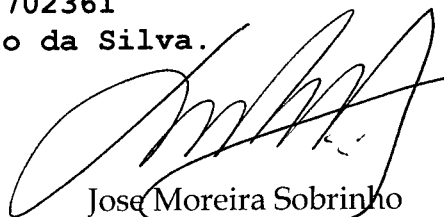
  
Marcos Antônio Brasil  
Conselheiro

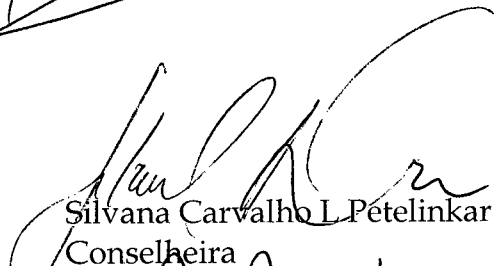
Processo n° 1/1882/2007


Auto de infração n° 2/200702361

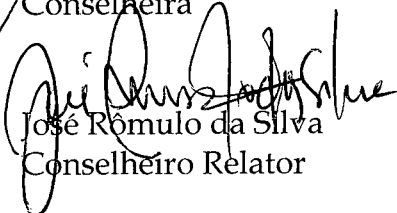
Cons. Relator: José Rômulo da Silva.


  
Daniela Sousa Gouveia  
Conselheira


  
Jose Moreira Sobrinho  
Conselheiro

  
Silvana Carvalho L. Petelinkar  
Conselheira

  
Sebastião Almeida Araújo  
Conselheiro

  
José Rômulo da Silva  
Conselheiro Relator

  
Jeriza Gurgel H. R. Dias  
Conselheira

  
Ubiratan Ferreira de Andrade  
Procurador do Estado