V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – O recurso, subscrito por Procurador do Estado, foi protocolado no prazo assinado em lei.

Improcede a alegada violência reflexa à Constituição Federal. O parâmetro de controle é a Carta da República, observados os limites da não cumulatividade no tocante ao Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias – ICMS – artigo 155, § 2º, incisos I e II:

> Artigo 155
> [...]
> § 2º 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;
> II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:
> a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;
> b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

Considerado o teor do verbete nº 573 da Súmula do Supremo, a saída física de máquinas, utensílios e implementos, a título de comodato, não constitui fato gerador de ICMS. Inexiste etapa a integrar as sucessivas transferências do produtor ao consumidor. Ausente operação de saída, descabe cogitar de situação reveladora de exoneração tributária – isenção ou não incidência –, a fim de impedir-se o aproveitamento dos créditos, conforme as balizas versadas no preceito.

Ainda que cedidos para uso, os aparelhos celulares permanecem no patrimônio da pessoa jurídica, na condição de destinatária final. Daí que o direito ao crédito deve ser aferido à luz da incorporação dos bens ao ativo imobilizado.

O Colegiado Maior, ao apreciar a medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 2.325, de minha relatoria, acórdão veiculado no

Plenário Virtual - minuta de voto - 18/09/2020 00:00

Diário da Justiça de 6 de outubro de 2006, proclamou a harmonia, com o princípio da não cumulatividade, da Lei Complementar nº 87/1996, no que permitido o creditamento do imposto atinente à aquisição de bem destinado ao ativo permanente de empresa. O pronunciamento ficou assim resumido:

> PROCESSO OBJETIVO – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – LIMINAR. Surgindo a relevância e o risco de se manter com plena eficácia o preceito atacado, impõe-se o deferimento da medida acauteladora, suspendendo-o.

A óptica foi reafirmada no âmbito das Turmas. Confiram a seguintes ementas:

> EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO. BENS DESTINADOS AO ATIVO PERMANENTE. POSSIBILIDADE. LEI COMPLEMENTAR 87/1996, EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL. Possibilidade de creditamento do ICMS referente à aquisição de bens destinados ao ativo permanente da empresa no período de vigência da LC 87/1996, em sua redação original. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido.
>
> (Agravo regimental no recurso extraordinário nº 555.307, Primeira Turma, relatora ministra Rosa Weber, com acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico de 21 de agosto de 2012.)

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. CREDITAMENTO. BENS DESTINADOS AO CONSUMO OU AO ATIVO PERMANENTE. AQUISIÇÃO POSTERIOR AO ADVENTO DA LEI COMPLEMENTAR 87/1996. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.
>
> I – O art. 155, § 2º, I, da CF não confere direito a crédito de ICMS quando o imposto é recolhido em razão da aquisição de bens destinados ao consumo ou ao ativo permanente do contribuinte. Por outro lado, o aludido dispositivo da Constituição não impede a concessão desse direito por meio de legislação infraconstitucional, desde que observadas as limitações constitucionais para a previsão de benefícios fiscais relativos ao tributo.
>
> II – Esta Corte, no julgamento da ADI 2.325-MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, reconheceu, com base na redação original da Lei Complementar 87/1996, o direito ao crédito de ICMS pago em razão

Plenário Virtual - minuta de voto - 18/09/2020 00:00

de operações de aquisição de bens destinados ao consumo ou ao ativo permanente do estabelecimento. Precedentes. III – Agravo regimental improvido.

(Segundo agravo regimental ao recurso extraordinário nº 541.166, Segunda Turma, relator ministro Ricardo Lewandowski, com acórdão veiculado no Diário da Justiça eletrônico de 28 de maio de 2012.)

O enfoque sinaliza não exaurido, pelo constituinte de 1988, o alcance da não cumulatividade, ensejando campo à regulamentação via lei complementar, observada a moldura delineada no texto constitucional. Ao exercê-la, o legislador buscou prestigiar a neutralidade fiscal na cadeia de produção, adotando o critério do crédito financeiro em vez do físico, nos termos do artigo 20 da Lei de regência:

> Art. 20. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação.

Não vinga a arguida desconexão do bem cedido com o objeto social da sociedade empresária, visando afastar o direito ao crédito, considerado o disposto no artigo 20, § 1º, da Lei Complementar nº 87/1996.

O aparelho celular está envolvido no dinamismo do serviço de telefonia móvel. Viabiliza a telecomunicação, impulsionando a realização do objeto social da empresa, a qual busca, mediante a cessão, potencializar o próprio desempenho, ante o aumento do número de clientes.

No exame, em Sessão Plenária, do recurso extraordinário nº 572.020, de minha relatoria, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 13 de outubro de 2014, a versar incidência de ICMS em atividades suplementares de comunicação, fiz ver a essencialidade dos celulares para a prestação do serviço em jogo:

> No mais, observem tanto os parâmetros constitucionais atinentes ao tributo quanto os fáticos no que se busca, para ter-se a possibilidade de implemento da comunicação móvel celular, a habilitação do aparelho, vindo a empresa de telefonia a cobrar pelo serviço.

Plenário Virtual - minuta de voto - 18/09/2020 00:00

Conheço do recurso extraordinário e o desprovejo.

Eis a tese: "Observadas as balizas da Lei Complementar nº 87/1996, é constitucional o creditamento de Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias – ICMS cobrado na entrada, por prestadora de serviço de telefonia móvel, considerado aparelho celular posteriormente cedido, mediante comodato."

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 18/09/2020 0:00