

Comodato de celular pode ter crédito de ICMS

É constitucional o creditamento de Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias (ICMS) cobrado na entrada, por prestadora de serviço de telefonia móvel, de celular cedido por comodato.

123RF



123RF Seis ministros entenderam pela constitucionalidade do creditamento de ICMS em celulares cedidos por comodato

O entendimento foi fixado pela maioria do Supremo Tribunal Federal em análise de recurso, com repercussão geral, que discute o tema. O julgamento encerrou na última sexta-feira (25/9), no Plenário Virtual, com placar de 6 a 4.

A corrente vencedora foi proposta pelo relator, ministro Marco Aurélio. Para ele, ainda que os celulares sejam cedidos para uso, continuam sendo patrimônio da pessoa jurídica e fazem parte do “dinamismo do serviço de telefonia móvel”.

De acordo com o ministro, o celular deve ser visto como impulsionador da “realização do objeto social da empresa, a qual busca, mediante a cessão, potencializar o próprio desempenho, ante o aumento do número de clientes”. Por isso, o ministro disse que não vinga o argumento da desconexão do bem cedido com o objeto social da sociedade empresária, visando afastar o direito ao crédito.

O ministro sugeriu a seguinte tese: "Observadas as balizas da Lei Complementar 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".

Votaram com ele os ministros Luiz Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso.

Sem transferência

A corrente de entendimento contrária foi aberta pelo ministro Alexandre de Moraes, que [afirma](#) que

a incidência do ICMS é a circulação jurídica de mercadorias, ou seja, quando há a transferência de propriedade. "Não pode haver o creditamento do imposto, relativamente às operações de cessão de aparelhos por comodato, eis que não há a transferência efetiva de domínio do bem", considerou.

Nelson Jr./SCO/STF



Moraes abriu divergência e foi seguido por Gilmar Mendes e Fux
Nelson Jr./SCO/STF

Além disso, o ministro entendeu que a cessão dos celulares a clientes, mediante contrato de comodato, "está fora do campo de atuação principal da empresa prestadora de serviços de telefonia móvel". Seguiram seu voto os ministros Gilmar Mendes e Luiz Fux.

Dias Toffoli [também divergiu](#), afirmando que, nestes casos, os celulares tem destinação comercial. "O negócio com eles praticados (o comodato) consiste, assim, em uma atividade empresarial típica, mas alheia à de prestação de serviços de telefonia móvel."

Para Toffoli, é proibido o creditamento do ICMS cobrado na entrada do celular cedido a seus clientes, mediante comodato. A Lei Complementar 87/96 não prevê a manutenção do crédito do citado tributo nessa hipótese, disse o ministro. "E não existe notícia nos autos de que há lei estadual prevendo esse benefício fiscal, devidamente autorizado no âmbito do Confaz", explicou.

O ministro também apontou que o STJ concluiu pela legitimidade do crédito do imposto, consignando que a Lei Kandir autoriza o creditamento. Para Toffoli, ao decidir desta forma, a corte "garantiu o crédito com base em classificação jurídica dos fatos que não se adéqua à interpretação do texto constitucional nem à realidade jurídica das operações. Os aparelhos celulares em questão, como visto abstratamente acima, são alheios à atividade de prestação de serviço de telefonia móvel".

Não participou do julgamento o ministro Celso de Mello.

**Caso concreto**

O recurso foi interposto pelo estado do Rio Grande do Sul contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça e teve [repercussão geral reconhecida](#) em junho de 2019. O STJ havia entendido ser possível o creditamento de ICMS considerados aparelhos celulares adquiridos com a finalidade de integrar o ativo permanente de empresa prestadora de serviços de telefonia móvel.

No Supremo, o estado alegou que o aproveitamento de crédito fiscal relativo à compra de aparelhos celulares cedidos em comodato a clientes contraria a Constituição, por não integrarem o ativo permanente da empresa.

Os aparelhos "foram adquiridos com a finalidade de transferência a parcela restrita de usuários dos serviços de telecomunicações, não sendo indispensáveis a viabilizar a atividade empresarial nem se destinando à realização do objeto social", sustentou.

Clique [aqui](#) para ler o voto do relator

Clique [aqui](#) para ler o voto divergente de Moraes

Clique [aqui](#) para ler o voto divergente de Toffoli

RE 1.141.756

Date Created

28/09/2020