



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO Nº 456/03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO

SESSÃO DE:

PROCESSO Nº 1/002519/98

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 98.07316-7

RECORRENTE: TELECEARÁ - TELECOMUNICAÇÕES DO CEARÁ S/A

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CONSELHEIRO RELATOR: Victor Correia Tomás

EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS - INCIDENTE SOBRE A HABILITAÇÃO DE TELEFONIA CELULAR. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Declarada, por unanimidade de votos, a PARCIAL PROCEDÊNCIA do feito fiscal. Embasada no artigo 415 do Decreto nº 21.219/91. Com penalidade prevista no Art. 767, inciso I, alínea "d" do mesmo decreto legal. Recurso voluntário conhecido e não provido, decisão monocrática alterada para parcial procedência, conforme parecer da Procuradoria.

RELATÓRIO:

O sucinto relato do Auto de Infração em apreço diz:

"Falta de recolhimento do ICMS, na forma e nos prazos regulamentares. Constatamos que a Teleceará não recolheu o ICMS relativo ao período de janeiro a Dezembro de 1996, num total de R\$ 3.843.651,02, incidente sobre os valores cobrados a título de habilitação de telefonia celular, cujo pagamento é condição

indispensável a disponibilização dos serviços aos seus usuários."

O agente fiscal informa que os artigos infringidos são os artigos 66/68 do Dec. 21.219/91, assim como os artigos 2, VIII; 44, I; 54; 55 e 415, V, alínea "c", todos do mesmo diploma legal.

A penalidade prevista pelo agente do fisco é a prevista no art. 767, I, alínea "c" do Dec. 21.219/91.

A empresa autuada impugna o presente auto, aduzindo em síntese o seguinte:

- Preliminarmente, afirma que o auto de infração é nulo de pleno direito, tendo em vista as liminares concedidas na justiça a respeito do objeto da autuação;
- o valor da habilitação é puramente administrativo, não existindo como contraprestação o serviço constitucional de comunicação;
- a habilitação não pode ser tida como serviço de comunicação, este sim tributável, pois é uma formalidade que garante autorização para o exercício do direito de uso de uma linha telefônica ou de um telefone celular, antecedendo o conjunto de atividades que compõe o serviço;
- a habilitação é apenas o ato que possibilita ao usuário desfrutar do serviço;
- Cita Roque Carraza: " só quando o destinatário assume papel ativo, contratando o serviço de comunicação e dele participando, através do envio e do recebimento de mensagens é que o ICMS pode incidir."
- Retornando a incidência do ICMS, que tem como fato gerador a comunicação por meio do serviço de telecomunicações, é de se concluir que este fato definido na lei só abrange os serviços considerados fins que concluem mensagem humana ao agente passivo usuário final deste serviço.
- Em primeiro conclusão, então, não é possível, especialmente diante dos princípios tributários, sua extensão deste fato gerador ao ato de se colocar meios a disposição do usuário

ou assinante, em caráter temporário ou permanente, para que possa ser prestado o serviço de telecomunicações (serviço final);

- Alega ainda que a habilitação não corresponde a nenhum serviço; o pagamento é fixo; não é fato gerador do ICMS nem de ISS; não refere-se a qualquer tipo de comunicação; a habilitação é um cadastramento; valor não retributivo, não há contraprestação; não é receita, ou seja, despesa recuperada; espelha uma despesa administrativa; não previstos como fato gerador de ISS nem de ICMS; o fato gerador descrito na lei 12.670/96, bem como no convênio 69, decreto 21.219/91 e regulamentos não abrange a habilitação;
- Só é possível alterar fato gerador e base de cálculo de um imposto através de lei complementar;
- A alteração da constituição somente através de emenda complementar;
- Interpretação da lei tributária, principalmente do fato gerador deve ser realizada de forma restritiva e gramatical;
- É habilitação e não ativação do serviço;
- A nova legislação não aumentou o campo de incidência;
- Menciona a ilegalidade e inconstitucionalidade da cobrança retroativa do ICMS, pelos estados, sobre as parcelas cobradas a título de instalação de linha telefônica fixa;
- A instalação não está abrangida pelo conceito de serviço de telecomunicações, pois apenas assegura o exercício do direito de uso do telefone;
- O fato gerador do ICMS, só abrange a prestação de serviços cujo objeto seja a telecomunicação, como definida no art. 60, parágrafo 2º da Lei 9.472/96;
- Por fim pede a improcedência do feito fiscal.

Em face das argumentações da empresa contribuinte, o processo foi baixado em diligência, com os seguintes questionamentos:

- Averiguar se já ocorreu ulterior deliberação do Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública no que concerne a decisão referente ao Mandado de Segurança impetrado pela impugnante.

A célula de perícias e diligências atesta que o MM Juiz solicitou o pronunciamento do Ministério Público, e que referida manifestação ainda não se concretizou. Anexa cópias da liminar e da peça vestibular do Mandado de Segurança.

O julgamento monocrático afasta a preliminar de nulidade do auto, já que as liminares obtidas judicialmente apenas suspenderam momentaneamente a exigibilidade do crédito tributário lançado.

No mais julga procedente a presente Ação Fiscal, condenando a empresa contribuinte ao pagamento de ICMS e Multa, conforme preceitua o art. 767, I, alínea "c" do Dec. 21.219/91.

A consultoria tributária emite parecer, no qual, modifica a decisão singular de procedente para parcial procedência em virtude de uma alteração na penalidade prevista para a empresa infratora, qual seja, a mudança de alínea, a alínea "c" do inciso primeiro do art. 767 do Dec. 21.219/91 deverá ser substituída pela alínea "d".

O douto Procurador do Estado corrobora com referida alteração.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR:

Não vislumbro qualquer vício formal que possa invalidar a presente ação fiscal.

De extrema importância ressaltar que a empresa autuada, à época da autuação, gozava de benefício do regime especial concedido pelo convênio 04/89, em que estava dispensada da escrituração dos livros fiscais.

A lei estadual 12.670/96, artigo 3º, inciso VII, posteriormente regulamentado pelo art. 3º, inciso VIII do

Decreto 24.569/97, dispõe que ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

"das prestações onerosas de serviços de comunicação, feitas por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza."

O artigo 28, parágrafo 1º, inciso II, alínea "a" da mesma lei 12.670/96, regulamentado pelo artigo 25, parágrafo 4º, inciso II, alínea "a" do Dec. 24.569/97, estabelecem que integram a base de cálculo do ICMS, os valores correspondentes a :

"seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição."

Em sendo assim, conclui-se que os valores pagos a título de instalação ou habilitação de telefones, sejam fixos ou celulares, compõem a base de cálculo de ICMS, porque devidamente cobrados do usuário e indispensável a utilização do serviço de comunicação.

Ademais, o ICMS incide também sobre a disponibilização dos meios essenciais à comunicação, devendo portanto, compor a base de cálculo do imposto a importância paga pelos usuários à empresa prestadora dos serviços, visto que o pagamento possibilita a "relação comunicativa".

Indubitavelmente, a cobrança do ICMS no presente caso está protegida pelo ordenamento jurídica pátrio e pelo entendimento pacífico de nossos tribunais.

Referidas notas também não foram registradas no sistema cometa e por fim, o destinatário sequer possuía qualquer documentação acerca de referida operação.

Ressalte-se que o parecer da Douta Procuradoria do Estado, após a emissão do parecer da Consultoria Tributária, concordou em alterar a penalidade aplicada ao presente caso,

para a disposta no art. 767, inciso I, alínea "d" do Dec. 21.219/91.

Referida alteração ocorreu em virtude da recorrente não está obrigada a proceder á escrituração nos livros convencionais normalmente utilizados pelos demais contribuintes.

Assim, não encontro razão para firmar outra percepção, senão de modificar a decisão singular de PARCIAL PROCEDENTE, apenas em virtude da alteração da penalidade aplicável, qual seja, a prevista no art. 767, I, "d" do Decreto 21.219/91.

COMPOSIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO
ICMSR\$ 3.843.651,02
MULTAR\$ 1.921.825.51
TOTALR\$ 5.765.476.56

Isto posto, voto pelo conhecimento do recurso Voluntário, negar-lhe provimento, para declarar a PARCIAL PROCEDÊNCIA do feito fiscal, acompanhando o entendimento da douda Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

DECISÃO:

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente **TELECEARÁ - TELECOMUNICAÇÕES DO CEARÁ S/A** e recorrido **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA,**

RESOLVEM os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do

recurso Voluntário, negar-lhe provimento, para declarar a PARCIAL PROCEDÊNCIA do feito fiscal, nos termos do voto do conselheiro relator e parecer da douda Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 19 de ~~janeiro~~ ^{AGOSTO} de 2003.

Francisco Paixão Bezerra Cordeiro
Francisco Paixão Bezerra Cordeiro
PRESIDENTE

Victor Correia
Victor Correia
CONSELHEIRO RELATOR

Tomás

Verônica Gondim Bernardo
Verônica Gondim Bernardo
CONSELHEIRA

Alfredo Rogério Gomes de Brito *Manoel Marcelo Augusto M. Neto*
Alfredo Rogério Gomes de Brito Manoel Marcelo Augusto M. Neto
CONSELHEIRO CONSELHEIRO

Fernando César Caminha Aguiar *Fernando Airton Lopes Barrocas*
Fernando César Caminha Aguiar Fernando Airton Lopes Barrocas
Ximenes CONSELHEIRO
CONSELHEIRO

Vanda Ione de Siqueira Farias
Vanda Ione de Siqueira Farias
CONSELHEIRA

Luiz Carvalho Filho
CONSELHEIRO

PRESENTES:

Matheus Viana Neto
Matheus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO

CONSULTOR TRIBUTÁRIO