



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

RESOLUÇÃO n.º 471 /2008

1ª CÂMARA

SESSÃO: 03/06/2008

PROCESSO N.º: 1/3774/2006

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200621205

RECORRENTE: TELEMAR NORTE LESTE S A

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR: LÚCIO FLÁVIO ALVES

EMENTA: - ICMS. COMUNICAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Empresa deixou de recolher ICMS sobre prestação de serviço de comunicação. Serviços acessórios ou suplementares e atividade meio. Recurso Voluntário conhecido e negado provimento, para, por unanimidade de votos, afastar a preliminar de decadência e o pedido de realização de perícia suscitada pela recorrente, e no mérito, também por decisão unânime, confirmar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, de acordo com o parecer da Procuradoria Geral do Estado. PROCEDENTE. Artigos infringidos: art. 155, II, da CF; art. 2º, III, da LC 87/96; art. 60 da Lei n. 9.472/97; Convênio 69/98, cláusula primeira. Penalidade: art. 123, I, "c" da Lei n. 12.670/96, alterado pela Lei n. 13.418/03.

RELATÓRIO

Relata o Auto de Infração que originou o presente processo que a empresa acima identificada deixou de recolher ICMS referente a serviços de comunicação, no período de janeiro/2001 a dezembro/2001, no valor de R\$ 581.110,74 (quinhentos e oitenta e um mil, cento e dez reais e setenta e quatro centavos).

Nas informações Complementares o agente fiscal destaca todo procedimento de fiscalização, trazendo doutrina em abono de sua tese, enfatizando que o foco do

trabalho foi a existência de parcela substancial das receitas da empresa atuada tratada como não sujeitas ao ICMS, sendo parte "não tributável" e outra parte" tributada pelo ISS".

Constam dos autos a ordem de serviço n. 2006.06701, Portaria Secretário n. 112/2006, termo de início de fiscalização n. 2006.06771, termo de conclusão de fiscalização n. 2006.24053, documento de denúncia espontânea apresentado pela atuada.

A empresa atuada inconformada com a lavratura do auto de infração ingressa com impugnação com base nos seguintes argumentos:

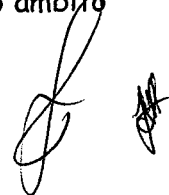
- Em grau de preliminar a decadência dos créditos anteriores a setembro de 2001;
- Da não-incidência do ICMS sobre atividade-meio;
- Serviços 900, despertador, informação, hora programada e demais serviços suplementares e eventuais: serviços de valor adicionado, que não configuram prestação de serviço de telecomunicação;
- Pedido de perícia para caso, apresentando quesitos a serem respondidos pelo perito;
- Colaciona decisões do STF e do STJ em abono de sua tese;

Anexa aos autos a procuração para o advogado para exercer sua defesa e o contrato social da empresa Telemar.

O processo na Instância Singular, no julgamento n. 2158/07, foi decidido pela procedência da autuação. A Julgadora utilizou como infringidos os arts. 2º, VII, 3º, XII, 73, 74, 874, todos do Dec. n. 24.569/97, art. 155, II, art. 146, III, "a" da CF/88, art. 2º, III da LC 87/96, art. 2º, VII e 3º, XII da Lei n. 12.670/96, art. 173, I, do CTN. Convênio ICM n. 66/88, Convênio ICMS n. 126/98, com penalidade prevista no art. 123, I, "c" da Lei n. 12.670/96.

A empresa inconformada com a decisão singular apresenta Recurso Voluntário, aduzindo os mesmos pontos da peça impugnatória, acrescentando apenas que:

- nulidade da autuação em razão da existência de decisão judicial suspendendo a exigibilidade do ICMS sobre habilitação de telefonia fixa;
- necessidade de sobrestamento do feito em razão de discussão da matéria no âmbito judiciário;
- ter a multa aplicada efeito confiscatório;
- ratifica o pedido de perícia para o caso;



O processo foi encaminhado a Consultoria Tributária onde foi pedida uma diligência nos termos às fls. 2002 dos autos.

Consta às fls. 203 o Laudo Pericial e às fls. 204/08 a informação fiscal com as respostas ao pedido de diligência formulado pela Consultora.

O processo retornou à Consultoria Tributária onde foi sugerido em parecer o conhecimento do recurso interposto, negando-lhe provimento no sentido de confirmar a procedência do lançamento, em que foi adotado pela Procuradoria Geral do Estado.

Relatório em suma.

VOTO

O presente processo tem como motivo o fato de a empresa ter deixado de recolher o ICMS referente a serviços de comunicação relativos ao período de janeiro a dezembro de 2001, no valor de R\$ 581.110,74(quinientos e oitenta e um mil, cento e dez reais e setenta e quatro centavos).

Em primeiro momento urge analisar o argumento da recorrente de que todos os créditos existentes até a data de 11.09.2001 encontram-se extintos pela decadência, conforme o talhado no art. 150, § 4º do CTN.

Cabe evidenciar que o tema da decadência é bastante rico em controvérsias, conforme podemos verificar nos argumentos desenvolvidos pelas partes nos autos, como também consultando doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ, existindo teses de aplicação do art. 150, § 4º e do art. 173, I, do CTN de forma cumulativa e/ou excludente.

Urge trazer o ensinamento de Ricardo Alexandre quando aduz:

"A partir de 1995, o STJ passou a adotar um entendimento que tem o efeito de ampliar o prazo para que a Fazenda Pública constitua créditos tributários relativos a diferenças apuradas na sistemática do lançamento por homologação (Resp. 58.918/RJ). Trata-se da famosa tese dos cinco mais cinco...

A tese é engenhosa e decorre do entendimento de que as regras relativas à decadência do direito de lançar são exclusivamente aquelas constantes do caput. Alínea e parágrafo único do art. 173 do CTN. Nessa linha, a regra relativa ao prazo para homologação (CTN, art. 150, § 4º) deveria ser complementada pela constante do art. 173, I, do mesmo código.

Por conseguinte, a decadência somente se verificaria com o decurso de cinco anos, contados do exercício seguinte àquele em que se extinguiu o direito



potestativo que possui o Estado para rever o lançamento." (Direito Tributário Esquemático, pg. 425).

Calha também evidenciar o enfoque do tema dado pelo doutrinador Tárzis Nametala Sarlo, assim expresso:

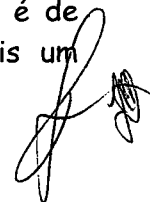
"Alberto Xavier descreve o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça no que concerne à tese dos cinco mais cinco da decadência em matéria tributária: o Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento segundo o qual, nos impostos submetidos ao regime de lançamento por homologação, a decadência relativa ao direito de constituir crédito tributário somente ocorre depois de cinco anos, contados do exercício seguinte àquele em que se extinguiu o direito potestativo de o Estado rever e homologar o lançamento." Por outras palavras: "o prazo decadencial de 5(cinco) anos tem início a partir do primeiro dia útil do exercício seguinte àquele em que a homologação poderia efetivar-se, ou seja, o exercício seguinte ao término dos 5(cinco) anos, contados a partir do fato gerador". (Manual do ICMS, pg. 252).

Assim, por esse entendimento o termo inicial da decadência tributária nos casos de tributo sujeito ao lançamento por homologação, como é o caso do ICMS, ao invés de se iniciar o prazo a partir da ocorrência do fato gerador, o que ocorre é um deslocamento temporal do termo a quo para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia a Fazenda ter lançado o tributo (art. 173, inciso I, do CTN).

Ratificando a tese defendida pela doutrina, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido nessa mesma linha, como podemos ver nos julgamentos a seguir:

"Tributário. Tributos sujeitos a lançamento por homologação. Decadência. Prazo. Estabelece o art. 173, inciso I, do CTN que o direito da Fazenda de constituir o crédito tributário extingue-se após 5(cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento por homologação poderia ter sido efetuado. Se não houve pagamento, inexistente homologação tácita. Com o encerramento do prazo para homologação (5 anos), inicia-se o prazo para a constituição do crédito tributário. Conclui-se que, quando se tratar de tributos a serem constituídos por homologação, inexistindo pagamento, tem o fisco o prazo de 10 anos, após a ocorrência do fato gerador, para constituir o crédito tributário. Embargos recebidos." (STJ, 1ª seção, Edivresp 132.329/SP, rel. Min. Garcia viera, abr/1999).

" PROCESSUAL CIVIL ADMINISTRATIVO E
TRIBUTÁRIO...DECADENCIA... 1. O direito de a Fazenda constituir o crédito tributário, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, é de 5(cinco) anos constados da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um



qüinqüênio. Interpretação dos arts. 173, I e 150, § 4º, do CTN [...]” (STJ, 1ª T., unânime, Resp 463.521/PR, rel.Min. Luiz Fux, mai/2003).

Assim, sabendo que o STJ é o intérprete da lei federal e uniformizador dessa interpretação em face dos outros tribunais e que as decisões desse órgão não têm efeito vinculante, mas pode ser utilizado como meio de formação de convicção do aplicador da lei, acompanhamos a tese do STJ de aplicação cumulativa dos arts. 150, § 4º e 173, I, do CTN, na questão do termo inicial do prazo decadencial para constituição do crédito tributário.

Desta forma, como o fato gerador do caso em questão ocorreu no período de janeiro a dezembro de 2001, a decadência somente ocorreria em janeiro de 2012, como o lançamento se efetivou em 11.09.2006, com a ciência do contribuinte do auto de infração n. 2006.21205-1, realizada via postal (fl. 21) , logo, dentro do prazo decadencial.

No tocante ao argumento de que pelo mandado de segurança n. 1998.02.32465-5 e a apelação civil n. 2001.001.2918-5, teria que suspender o andamento do processo em tela, diga que a matéria tratada neles se refere somente à incidência do ICMS na habilitação de telefone fixo, o que não é objeto da presente autuação.

Ademais, mesmo que fosse a mesma matéria, urge invocar sobre o ensinamento de Ricardo Alexandre, quando diz:

“ É possível, por exemplo, que seja concedida uma liminar em mandado de segurança mesmo antes da constituição do crédito. Nesse caso, a jurisprudência tem afirmado que a autoridade fiscal não fica impedida de realizar o lançamento, pois o que a liminar suspende é exigibilidade do crédito e não a possibilidade de constituí-lo.”(Direito Tributário Esquematizado, pg.362).

Portanto, não se podendo falar de suspensão do processo administrativo em virtude de liminar em mandado de segurança.

Vencidas as preliminares suscitadas pela recorrente, passamos a enfrentar o mérito da questão.

Convém trazer sobre o caso o gizado no art. 155, II, da Constituição Federal, assim expresso:

“Art. 155- Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:



II- operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior."

Por sua vez, a Lei Complementar n. 87/96 (Lei Kandir), que dispõe sobre o ICMS, no art. 2º, III, trata especificamente sobre a incidência do imposto na prestação onerosa de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza.

Também, importante noticiar o disposto no art. 60 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/97), que trata da definição de serviço de telecomunicações, quando reza:

" Art. 60- Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação."

Desta maneira, conforme a dicção legal todas as atividades que possibilitem a efetivação da telecomunicação foram englobadas no conceito acima mencionado.

Calha enfatizar sobre a questão a lição de André Mendes Moreira:

" A corrente ampliativa tem sido adotada pelos Fiscos em geral e sustenta que o art. 60, caput, da LGT ampliou o campo de incidência do ICMS-comunicação, que passou a incidir também sobre atividade-meio, conexas ao serviço de telecomunicação. (A Tributação dos Serviços de Comunicação, pg. 122).

Ainda, urge destacar que com base no previsto no art. 199 do CTN foi editado o Convênio ICMS 69/98, que firma entendimento em relação à incidência de ICMS nas prestações de serviços de comunicação, e que na cláusula primeira assim dispõe:

" Os signatários firmam entendimento no sentido de que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independente da denominação que lhes seja dada."



Evidencie que o Estado do Ceará é signatário desse Convênio, portanto, sendo aplicado às empresas que têm domicílio tributário em seu território, sendo devido o ICMS sobre a prestação de serviço de comunicação descrita no Convênio ICMS 69/98.

No sentido de reforçar a tese da corrente ampliativa do conceito de telecomunicação, imperioso noticiar a decisão do recurso especial n. 323.358-PR, cujo relator foi o Ministro José Delgado, com a seguinte ementa:

" Tributário. Provedor da internet. Prestação de serviço de comunicação. Espécie de serviço de telecomunicação. Relação de natureza negocial com o usuário. Fato gerador de ICMS determinado. Incidência. Lei Complementar nº 87/1996. Lei nº 9.472/1997. "

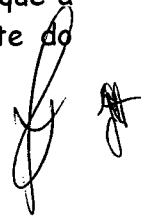
Importante destacar o argumento defendido pelo relator do recurso acima mencionado, de que qualquer serviço oneroso de comunicação está sujeito ao pagamento do ICMS e que a relação entre o prestador de serviço (provedor) e o usuário é de natureza negocial visando a possibilitar a comunicação desejada, sendo suficiente para constituir o fato gerador do ICMS.

Assim, pelo entendimento defendido acima os serviços prestados pela empresa autuada, tais como, atividades meio (ativação e desativação, alteração de uso, etc.), facilidades paralelas (bina, identificador de chamada, correio de voz, chamada registrada, bloqueios diversos, chamadas a cobrar, outros), serviços adicionais prestados (disque 900, telegrama fonado, etc.) são sujeitos ao ICMS comunicação.

No tocante ao pedido de realização de perícia, entendemos que as provas constantes dos autos são suficientes para demonstrar que a infração foi cometida pela empresa autuada, sendo caso de indeferimento consoante o disposto no art. 59, II do Dec. n. 25.468/99.

Destaque que o caso se trata de matéria de direito e o agente atuante disponibilizou para a empresa as planilhas demonstrando os serviços que entende ser devido o ICMS comunicação, as quais consta dos autos.

Quanto à multa ter efeito de confisco, diga-se que a penalidade tributária é matéria de reserva legal, é a atividade de lançamento é vinculada à lei, não podendo o aplicador na existência de penalidade específica aplicar outra penalidade, já que a multa tem como função inibir o cometimento de infração tributário por parte do contribuinte.



Enfatize, também, como ensina o Professor Hugo Machado que cabe ao Judiciário dizer quando um tributo é confiscatório. (Curso de Direito Tributário, pg.33). Assim, não cabe a um órgão de julgamento administrativo dizer que determinada multa tem caráter de confisco.

Desta feita, com esteio no catalogado no art. 199 do CTN, o CONFAZ celebrou o Convênio 69/98, firmando entendimento de que se inclui na base de cálculo do ICMS as prestações de serviços de comunicação os valores cobrados relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação. Nesse sentido, a empresa atuada deixou de recolher o ICMS desses serviços, ficando sujeita a penalidade talhada no art. 123, I, "c", da Lei n. 12.670/96, alterado pela Lei n. 13.418/03.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO:

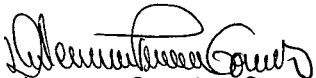
ICMS..... R\$	581.110,74
MULTA... R\$	581.110,74
TOTAL... R\$	1.162.221,48

É o voto.

DECISÃO

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é recorrente TELEMAR NORTE LESTE S A e recorrida CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA, RESOLVEM os membros da 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecerem do Recurso Voluntário, negar-lhe provimento, para afastar a preliminar de decadência e o pedido de realização de perícia suscitado pela recorrente, e no mérito, também por decisão unânime confirmar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, julgando procedente o presente lançamento tributário, conforme voto do Conselheiro Relator e de acordo com o parecer do representante da Procuradoria Geral do Estado.

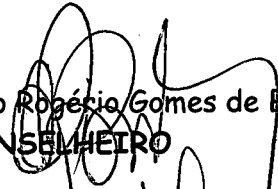
SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 03 de novembro de 2008.


Dulcimere Pereira Gomes
PRESIDENTE DA CÂMARA



Matteus Viana Neto
PROCURADOR DO ESTADO

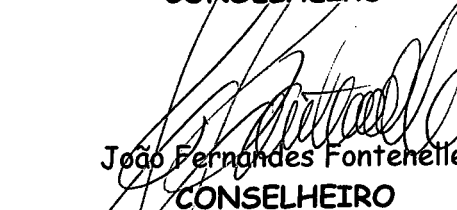

Lúcio Flávio Alves
CONSELHEIRO RELATOR

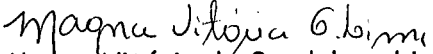

Jannine Gonçalves Feitosa
CONSELHEIRA


Alfredo Roberto Gomes de Brito
CONSELHEIRO


Vitor Simon de Moraes
CONSELHEIRO


Maria Elineide Silva e Souza
CONSELHEIRA


João Fernandes Fontenelle
CONSELHEIRO


Magna Vitória de Guadalupe Lima Martins
CONSELHEIRA


Cid Marconi Gurgel de Souza
CONSELHEIRO