



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº: 006 /2022

46ª SESSÃO ORDINÁRIA VIRTUAL REALIZADA POR VÍDEO CONFERÊNCIA DA
2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
DE 20/07/2021.

PROCESSO Nº 1/5301/2018

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201812759-5

RECORRENTE: OI MÓVEL SA. CGF- 06.623958-3.

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

CONSELHEIRO RELATOR: MARCUS MOTA DE PAULA CAVALCANTE

Ementa: ICMS. Falta de Recolhimento do ICMS - Substituição Tributária ao deixar de recolher o ICMS sobre serviços de comunicação. Período: 02/2014 a 12/2014. Dispositivos Infringidos: art. 25 § 10º do Dec. n. 24.569/97. Penalidade gizada no art. 123 I "c" da Lei 12.670/96 alterada pela Lei 13.418/2003. Recurso Ordinário conhecido e provido. Auto de Infração julgado Parcial Procedente, conforme o voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, referendado, em sessão, pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

Palavra Chave: Descumprimento de obrigação principal. Serviços de Comunicação. Parcial Procedente.

01 - RELATÓRIO

O presente processo diz respeito à falta de recolhimento do ICMS - Substituição Tributária ao deixar de recolher o ICMS sobre serviços de comunicação nos meses de 02/2014 a 12/2014. No valor de R\$ 889.974,02 (oitocentos e oitenta e nove mil novecentos e setenta e quatro reais e dois centavos), conforme informação complementar. Tal fato, de acordo com o agente do fisco, infringiu o art. 25 § 10º do Dec. n. 24.569/97, com penalidade gizada no art. 123, I "c", da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/2003.

Demonstrativo do Crédito Tributário (RS)

ICMS	RS 889.974,02
Multa	RS 889.974,02



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

TOTAL	RS 1.779.948,04
--------------	------------------------

Segundo informações complementares, o agente do fisco ao analisar o faturamento da empresa através dos arquivos previstos no Convênio ICMS 115/2003 verificou-se a existência de registros de itens de serviços de comunicação sem o devido destaque do ICMS cuja previsão encontra-se no art. 25 § 10º do Dec. n. 24.569/97;

Dos itens faturados sem tributação pela empresa a auditoria excluiu da cobrança: 1- valores relativos aos itens que a fiscalização também entende que integram a base de cálculo, bem como os encargos financeiros (multas, juros, parcelamentos, etc) por não se tratar de prestação de serviço de comunicação; 2- Serviços prestados aos órgãos do Governo do Estado do Ceará (Administração direta, fundações, e autarquias) alcançadas por isenção firmada no Convenio ICMS 107/95;

Demonstra a infração praticada pela autuada no arquivo: "ANEXO_AI_201812759_FATURAMENTO", adotando duas formas de cálculo:

1- Para os serviços que a empresa considerou como tributado pelo ICMS, por não conter o imposto no valor contábil, ficou definido a base de cálculo por dentro: -valor contábil – base de cálculo calculada: valor contábil/0,73 – cálculo do ICMS: base de calculo calculada x 0,27;

2- Para o serviço de TELECOM que a empresa já considera tributado pelo ICMS, o imposto foi calculado diretamente sobre a base de cálculo informada. Desse ICMS calculado, foram deduzidos os valores já registrados a débito pela empresa lançados na EFD no Ajuste a Débito – REG_E111.

Os arquivos que serviram de base para acusação encontram-se inseridos no DVD anexo. Devendo ser aplicado a penalidade prevista no art. 123 I "c" da Lei n. 12.670/96.

Anexados ao auto de infração se encontram: Informações Complementares (fls. 03/05); Mandado de Ação Fiscal nº. 2018.01420 (fl. 06), Termo de Início de Fiscalização nº. 2018.02456 e anexos (fl. 07/08), Termo de Conclusão de Fiscalização nº. 2018.10961 (fl. 14), DVD contendo 1- ANEXO_AI_201812759_FATURAMENTO, 2- NF_NÃO_TRIBUTADAS A COBRAR, Entrega de AI/Documentos, (fl. 14).

Cientificada do lançamento, a ora Recorrente apresentou tempestiva impugnação ao auto de infração, alegando nulidade da presente autuação pela absoluta falta de elementos suficientes para determinar a infração; O auto de infração limita-se a citar dispositivos genéricos e destaca que autuada teria deixado de recolher o ICMS sobre serviços de



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

comunicação sem especificar quais seriam os serviços ou as notas fiscais teriam sido considerados pela autuação,

O auto de infração não descreve as razões pelas quais a impugnante está sendo autuada, sem fundamentação e imprecisa;

Da não incidência do ICMS sobre receitas de aluguel. Colaciona um contrato genérico relativo ao serviço de TC CPE SOLUTION-ALUGUEL, que se correlaciona com as notas fiscais elencadas na planilha do auto de infração, bem como uma decisão do CONAT em sua defesa;

A multa atentatória ao princípio do não confisco a razoabilidade;

Por fim requer que seja reconhecida a insubsistência do auto de infração pela sua manifesta improcedência face às razões de mérito, permanecendo que seja reconhecida a improcedência da multa imposta diante das limitações constitucionais impostas pelos princípios da vedação ao confisco, proporcionalidade e razoabilidade.

A Julgadora de 1ª Instância decidiu pela PROCEDÊNCIA da acusação fiscal, em decisão assim ementada:

EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO – ICMS SOBRE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. É devida a incidência de ICMS sobre receitas de locação de equipamentos, uma vez que o imposto também incide sobre a disponibilidade dos meios essenciais a comunicação. Decisão com base no art. 3º, inciso XII das Lei nº 12.670/96. Penalidade do art. 123 I "c" da Lei nº 12.670/96. Defesa Tempestiva. Auto de Infração julgado PROCEDENTE.

Em sua decisão, destacamos alguns pronunciamentos:

Afasta a nulidade por ausência dos requisitos formais, uma vez que se observa nos autos uma descrição clara e precisa da conduta ilícita do contribuinte, bem como o correto apontamento do dispositivo legal violado o que possibilita uma perfeita compreensão da acusação.

Quanto ao mérito não concorda com a tese apresentada pela impugnante da não incidência do ICMS sobre receitas de aluguel, sob a alegação de que essa atividade não constitui serviço, estando fora do alcance do campo de incidência de ICMS por se tratarem apenas de locação de coisas, uma vez que esses equipamentos cedidos as demais concessionárias mediante remuneração fazem parte do conjunto que possibilita a oferta do serviço de comunicação.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

Para efetuar a prestação do serviço de comunicação é necessária e imprescindível a utilização de equipamentos. Assim, não se pode dizer que é indevida a incidência de ICMS sobre as receitas de locação de equipamentos, uma vez que o imposto também incide sobre a disponibilidade dos meios essenciais a comunicação.

Assim, a luz do art. 25 § 10 do Dec. n. 24.569/97 duvida inexistir de que o ICMS incide sobre os serviços de comunicação uma vez que para se efetuar a comunicação é necessário serviços para sua implantação, independentemente da denominação que lhes é dada pela impugnante.

Por fim, aduz que fica prejudicada a análise em relação ao argumento de que a multa tem efeito de confisco, utilizada pela impugnante, uma vez que é vedada a instância administrativa a análise da constitucionalidade de leis e demais atos normativos, já que se trata de multa estabelecida pelo legislador infraconstitucional, como sanção política para coibir o cometimento de infração, devendo ser aplicada à específica para o caso - art. 123 I "c" da Lei n. 12.670/96.

A empresa autuada apresenta, nos termos da nossa legislação processual, Recurso Ordinário alegando as mesmas razões da impugnação acrescentando o seguinte argumento:

Da incorreta mensuração da base de cálculo do ICMS incidente sobre as operações de telecomunicações. O agente do fisco efetuou o cálculo "por dentro" desrespeitando a LC 87/96. O autuante deve calcular o imposto com base no preço praticado pelo contribuinte e não presumindo valores como fez ao incluir no preço do serviço o valor do imposto devido;

Por fim requer que seja julgado nulo o auto de infração ante a falta de fundamentação ou seja declarado insubsistente tendo em vista às razões de mérito expostas.

O Assessor Processual Tributário, por sua vez, em seu parecer, relata que inexistir preliminar de nulidade a ser acatado uma vez que foi respeitado o devido processo legal, sendo oferecido ao contribuinte o contraditório e ampla defesa;

O autuante anexa, aos autos, um CD que também foi entregue ao contribuinte contendo a descrição dos serviços, objeto da autuação, logo os serviços foram especificados, inexistindo nulidade a ser declarada.

Notícia o disposto no Art. 60 da Lei nº. 9.742/97 - Lei Geral das Telecomunicações (LGT) que trata da definição de serviço de telecomunicação.

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



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

Destaca com base no art. 199 do CTN foi editado o Convênio ICMS 69/88 que firma entendimento em relação a incidência de ICMS nas prestações de serviços de comunicação na sua clausula primeira.

O estado do Ceará é signatário desse Convênio, portanto, sendo aplicado as 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 que foi incorporado no art. 25 § 10 do dec. n. 24.569/97.

Destaca segundo o art. 48 § 2º da Lei n. 15.614/2014 que não se inclui na competência da autoridade julgadora a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, ressalvado a hipótese em que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal –STF por ação direta de inconstitucionalidade, declaratório de constitucionalidade ou súmula vinculante.

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

Ressalta que o Supremo Tribunal Federal – STF decidiu na sessão de 13 de outubro de 2016 qu o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços (ICMS) incide sobre a assinatura básica mensal de telefonia. A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 912888, com repercussão geral reconhecida no qual o estado do Rio Grande do Sul questionava acórdão do Tribunal de Justiça local (TJ-RS) favorável a OI SA.

Segundo o relator do recurso ministro Teori Zavascki, a assinatura básica é sim, prestação de serviço que é o oferecimento de condições para que haja a comunicação entre os usuários e terceiros - ainda que não remunere a ligação em si.

Noticie que a base da fundamentação do relator é que é equivocado comparar a cobrança da assinatura básica mensal a mera disponibilidade do serviço, e que a tarifa é de fato uma contraprestação ao próprio serviço de telecomunicação prestado pelas concessionárias.

Pontua que o Tribunal por unanimidade fixou tese nos seguintes termos “ O imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incide sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviços de telefonia, independentemente da franquia de minutos concedida ou não ao usuário”.

Informa que o ministro Alexandre de Moraes (relator atual do processo), em 12.4.2018 rejeitou ambos os embargos de declaração no Recurso Extraordinário n. 912888, sendo pedida vista antecipada dos autos pelo ministro Luiz Fux.

Assim, de acordo com o art. 25, § 10 do Dec. n. 24.569/97 integram a base de cálculo do ICMS incidente sobre a prestação 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



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Calha trazer decisão da Câmara Superior do CONAT sobre a matéria, Resolução n. 26.2019, em que por maioria de votos, ficou decidido que o serviço de aluguel não incidente o ICMS o ICMS comunicação, por ter natureza preparatória, intermediária, acessória, constituindo atividade meio do serviço de comunicação, tendo em vista as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, portanto, devendo ser excluída da base de cálculo da autuação o valor referente ao serviço de aluguel de equipamento.

Com esteio no art. 199 do CTN, o CONFAZ celebrou o Convênio ICMS 69/98 firmando entendimento de que se inclui na base de cálculo do ICMS as prestações de serviços de comunicação os valores cobrados relativos à assinatura, serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação.

Quanto à alegação da multa ter efeito de confisco, informe que órgão de julgamento administrativo não tem competência para declarar inconstitucionalidade de norma que tipifica penalidade, e que o ato de lançamento é vinculado a lei, que se encontra em vigor no ordenamento.

Como a empresa autuada deixou de recolher o ICMS de alguns serviços de comunicação fica sujeita a penalidade prevista no art. 123 I "c" da Lei n. 12.670/96 alterada pela Lei n. 13.418/2003.

Manifesta-se pelo conhecimento do recurso ordinário, dar-lhe provimento, para que seja julgado parcial procedente a autuação na forma do parecer.

O processo então vem a essa Colenda Câmara para julgamento do Recurso Ordinário interposto pelo contribuinte autuado.

É o relatório.

02 – VOTO DO RELATOR

Trata-se de Recurso Ordinário contra decisão de procedência proferida em 1ª Instância. O recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

Versa a acusação de falta de recolhimento do ICMS - Substituição Tributária ao deixar de recolher o ICMS sobre serviços de comunicação nos meses de 02/2014 a 12/2014.

Da análise minuciosa dos autos, informações complementares, fls. 03-05, verifica-se que todo o procedimento de fiscalização foi descrito no auto, sendo este devidamente motivado, inclusive com documentos comprobatórios anexados, possibilitando o exercício do contraditório e da ampla defesa, o que permite afirmar que nenhuma garantia constitucional foi preterida.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

No caso em apreço, e tomando por base a legislação que rege as normas processuais - em que a anulação de um feito fiscal tem como condão principal à previsão de sua iniquidade - Vimos que o relato do auto de infração, em conjunto com a informação complementar, está bastante claro, informando que, o contribuinte deixou de cumprir uma obrigação principal, no qual o próprio CTN cuidou de conceituá-la, e o seu descumprimento torna-o passível de penalidade pecuniária.

A defesa interposta pelo autuado demonstra a completa ciência da acusação e o amplo exercício do seu direito de defesa. Assim sendo, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa ou nulidade do Auto de Infração, haja vista a inocorrência dos “supostos” vícios apontado pela recorrente.

Logo, insubsistente são os argumentos da recorrente de “Nulidade da presente autuação pela absoluta falta de elementos suficientes para determinar a infração; O auto de infração limita-se a citar dispositivos genéricos e destaca que autuada teria deixado de recolher o ICMS sobre serviços de comunicação sem especificar quais seriam os serviços ou as notas fiscais teriam sido considerados pela autuação”.

Cumpra esclarecer que o contribuinte se defende dos fatos descritos no relato do auto de infração e não da capitulação legal sugerida pelo fiscal autuante. Estando o relato de forma que se possa saber que tipo de infração foi cometido pelo contribuinte, não há de se questionar o dispositivo catalogado pelo autuante, o qual poderá ser modificado para haver uma subsunção do fato à norma.

De forma que, eventual incorreção do dispositivo legal apontado no auto de infração não tem o condão de gerar a nulidade do levantamento fiscal, ou seja, se equivocada não impede nem dificulta o direito de defesa, - que pode vir a ser corrigida, se for o caso, no momento oportuno, pelo juiz da causa.

O fisco sustenta a autuação ao analisar o faturamento da empresa através dos arquivos previstos no Convênio ICMS 115/2003 em que ficou constatado que a recorrente registrou itens de serviço de comunicação sem o devido destaque de ICMS, cuja previsão legal está explicitada no art. 25 § 10º do Dec. n. 24.569/97.

Denota-se que o agente fiscal foi bastante preciso ao narrar a conduta infringida pelo contribuinte, tanto no Auto de Infração, como nas Informações Complementares, citando, inclusive, os dispositivos infringidos e anexando diversos documentos comprobatórios.

No tocante ao mérito, 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:



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

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.”

Como prevê o Código Tributário Nacional, em seu art. 114, o fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Nessa toada, a definição do fato gerador da obrigação tributária principal está amparada na Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir), em seu art. 2º, III, em relação à prestação de serviço de comunicação. É o que se vê:

Art. 2º - O imposto incide sobre:

III – prestações onerosas 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.

Complementando, os arts. 12 e 13, da referida Lei, definem o momento da ocorrência do fato gerador e a sua base de cálculo, *in verbis*:

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

VII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

III - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço;

Já a Lei Estadual nº 12.670/96 descreve de forma clara e objetiva as hipóteses de incidência, bem como a ocorrência do fato gerador do ICMS nas prestações de serviços de comunicação.

Art. 2º São hipóteses de incidência do ICMS:

VII - as prestações onerosas de serviço 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;

Art. 3º Considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

XII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feitas por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;

O Decreto nº 24.569/97 (RICMS/CE), por sua vez, também esclarece quais serviços se enquadram como fato gerador do imposto e integram sua base de cálculo.

Art. 3º Ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

(...)

XIII - 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;

Art. 25. A base de cálculo do ICMS será:

(...)

IX - o valor da prestação do serviço, acrescido, se for o caso, de todos os encargos relacionados com a sua utilização, quando 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;

Analisando-se os supramencionados dispositivos, verifica-se que as expressões “por qualquer meio” e “de qualquer natureza” são abrangentes e não foram utilizadas pelo legislador de forma equivocada. Tais termos permitem a interpretação de que, havendo uma transmissão, recepção, repetição ou ampliação de comunicação de forma onerosa para um ou mais usuários, haverá necessariamente um fato gerador do ICMS.

Para melhor entendimento da aplicabilidade das expressões: “os meios necessários à comunicação”, reporta-se ao Art. 60 da Lei nº. 9.742/97 - Lei Geral das Telecomunicações (LGT) e suas definições:

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

§1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam inclusive terminais portáteis.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

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).

Nesta oportunidade, considera-se importante transcrever, a decisão do STF – Supremo Tribunal Federal que se pronunciou por intermédio do RECURSO EXTRAORDINÁRIO 912.888 RIO GRANDE DO SUL, aprovando a tese de repercussão geral de incidência de ICMS que a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviço de telefonia independentemente de franquia de minutos conferida ou não ao usuário:

2. A tarifa de assinatura básica mensal não é serviço (muito menos serviço preparatório), mas sim a contraprestação pelo serviço de comunicação propriamente dito prestado pela concessionárias de telefonia, consistente no fornecimento em caráter continuado, das condições materiais para eu ocorra a comunicação entre o usuário e terceiro, o que atrai a incidência do ICS.

3. Fica aprovada a seguinte tese de repercussão geral: “O imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incide sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviço de telefonia independentemente da franquia de minutos conferida oi não ao usuário”.

Dessa forma, denota-se que a infraestrutura do prestador de serviço de comunicação composta por equipamentos como modems, roteadores, cabos, multiplexadores, circuitos, portas, dentre outros, são elementos essenciais e imprescindíveis na prestação de serviço e correspondem aos meios necessários para efetiva prestação. Sem eles a comunicação não ocorre.

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



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

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-STJ, 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.

Calha também trazer o RMS 11024/R0- STJ, que teve como Relator o Ministro Castro Meira, com julgamento em 07.08.2003, com a seguinte ementa:

“ Tributário. Mandado de segurança preventivo. Convênio 69/98 – Confaz. ICMS. Incidência. Habilitação. Telefonia móvel celular. Legalidade. Lei Complementar nº 87/96, art. 2º, inciso III, Lei n. 9.472/97 Lei Geral das Telecomunicações, art. 60, caput e parágrafos 1º.

- A incidência do ICMS sobre os valores pagos a título de habilitação na telefonia móvel celular, prevista no Convênio ICMS nº 69/98 – CONFAZ, encontra fundamento legal nas normas do art. 2º, inciso III, da Lei Complementar nº 87/96 e no art. 60, caput e parágrafo 1º, da Lei Geral das Telecomunicações Lei nº 9.472/97.
- Recurso a que se nega provimento.”

Assim, pelo entendimento defendido acima os serviços prestados pela empresa autuada, tais como, as assinaturas cobradas nos planos de telefonia são sujeitos ao ICMS comunicação.

Destarte, com base no faturamento da empresa autuada verificou-se uma série de serviços de comunicação não tributados pela recorrente.

Calha evidenciar o art. 25, § 10 do RICMS/CE:

Art. 25. (...):

§ 4º Integram a base de cálculo do ICMS:



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

§ 10. Integram a base de cálculo do ICMS incidente sobre a prestação 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, independentemente da denominação que lhes seja dada.

Da mesma forma, rejeita-se: “ Da incorreta mensuração da base de cálculo do ICMS incidente sobre as operações de telecomunicações. O agente do fisco efetuou o calculo “por dentro” desrespeitando a LC 87/96. O autuante deve calcular o imposto com base no preço praticado pelo contribuinte e não presumindo valores como fez ao incluir no preço do serviço o valor do imposto devido”, suscitado pela recorrente.

Vale informar que a partir da Emenda Constitucional nº 33/2001, que acrescentou a alínea “i” ao art. 155 § 2º XII da Constituição Federal/88 houve a previsão da possibilidade de inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo.

Tal fato já foi matéria de decisão no Supremo Tribunal Federal –STF quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 212.209, em 23.06.199 ser constitucional o cálculo por dentro do ICMS. Além de a metodologia estar prevista na Constituição Federal, para o Ministro Nelson Jobim, esse imposto, desde a sua instituição em 1966, somente seguiria as práticas de mercado, que, por si só, o embutem no preço das mercadorias e dos serviços.

Sendo esse posicionamento reafirmado em 18.05.2011 por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 582.461, agora afetado ao regime de repercussão geral (Tema 214). É legítimo, portanto, o cálculo por dentro do ICMS.

Destacamos no conjunto probatório o DVD acostado aos autos cujo conteúdo revela duas pastas: 1- ANEXO_AI_201812759_FATURAMENTO, 2- NF_NÃO_TRIBUTADAS A COBRAR.

Vê-se aqui, portanto, o princípio da verdade material em virtude do agente trazer aos autos a prova da infração cometida pela autuada, bem como respeito ao princípio da proporcionalidade que serviu para nortear os atos do agente público plenamente vinculado a lei, pois diversamente como pretendido pela autuada, a documentação inserida nos autos leva-nos a aceitá-las como verídicas e incontestáveis.

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.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

Assim, cotejando-se os fatos colhidos e submetidos à apreciação com os dispositivos legais trazidos à colação, infere-se pela exata subsunção do fato à norma, ou seja, a conduta do contribuinte enquadra-se perfeitamente à tipificação legal já que restou comprovado que o contribuinte deixou de recolher O ICMS referente a serviços de comunicação, tornando-se o contribuinte sujeito à penalidade constante do art. 123, I, "c" da Lei 12.670/96, com nova redação dada pela Lei 13.418/03.

Por outro lado, compartilho com o entendimento do assessor processual de excluir do crédito tributário os valores relativos a alugueis, haja vista não haver incidência de ICMS de comunicação, por ter natureza preparatória, intermediária, acessória, constituindo atividade meio do serviço de comunicação. Inclusive destaca decisão da Câmara Superior do CONAT sobre a matéria, Resolução n. 26/2019, bem como existência de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Fato esse que acarreta a parcial procedência do feito fiscal.

Dessa forma adotando a forma de cálculo exposto pela autoridade fiscal às fls. 5 dos autos relativo aos itens 23, 55 e 57 da planilha do autuante a serem excluídos do crédito tributário, fica definido assim o valor do ICMS a ser excluído:

Valor contábil = R\$ 484.443,79

Base de cálculo calculada: valor contábil $\cdot 0,73 =$ R\$ 484.443,79 $\cdot 0,73 =$ R\$ 663.621,63

Cálculo do ICMS: base de cálculo calculada $\times 0,27 =$ R\$ 663.621,63 $\times 0,27 =$ R\$ 179.177,84

Devendo, então ser excluído do crédito tributário o valor de = R\$ 179.177,84 ficando o crédito tributário disposto dessa forma:

ICMS- R\$ 710.796,18.

MULTA- (art. 123 I "c" da Lei n. 12.670/96)= R\$ 710.796,18.

TOTAL= R\$ 1.421.592,36.

Assim, tenho como caracterizada a infração apontada na inicial por violação aos arts. 30 e 34 do Dec. n. 29.907 de 28/09/2009, aplicando a sanção estampada no art. 123 VII "a" da lei 12.670/96 alterada pela Lei 16.258/2017, proposta pelo julgamento de primeira instância e parecer da assessoria processual tributária.

Isto posto, voto pelo conhecimento do Recurso Ordinário, dar-lhe provimento para que seja reformada a decisão singular para parcial procedência do processo.

É como VOTO.

03 – DECISÃO



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 2ª Câmara de Julgamento

Processo de Recurso nº 1/5301/2018 – Auto de Infração: 1/201812759-5. Recorrente: OI MÓVEL SA. CGF- 06.623958-3. Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA. Relator: Conselheiro MARCUS MOTA DE PAULA CAVALCANTE.

Decisão: Resolvem os membros da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário e deliberar nos seguintes termos: **1. Com relação à preliminar de nulidade suscitada pela parte, por falta de elementos para determinar a autuação, sob a alegação de que não foram especificados quais os serviços autuados** – Foi afastada, por unanimidade de votos, considerando que o agente fiscal anexou aos autos CD, que também foi entregue ao contribuinte, contendo a descrição dos serviços objeto da autuação. **2. Quanto a alegação de caráter confiscatório da multa aplicada** – Foi afastada, por unanimidade de votos, por tratar-se de matéria afeita ao Poder Judiciária, não sendo competência do Conat julgar sob o fundamento de inconstitucionalidade, conforme dispõe o art. 48, § 2º, da Lei nº 15.614/2014. **3. Quanto ao pedido de perícia formulado pela parte** – Foi afastada, por unanimidade de votos, por ser desnecessária a realização de trabalho pericial, diante das provas já constantes dos autos. **4. No mérito**, por unanimidade de votos, a 2ª Câmara resolve dar parcial provimento ao Recurso interposto, para modificar a decisão condenatória exarada em 1ª Instância e julgar **parcialmente procedente** a acusação fiscal, excluindo os valores relativos a receita de aluguel, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE REC. TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, 03 de 03 de 2022

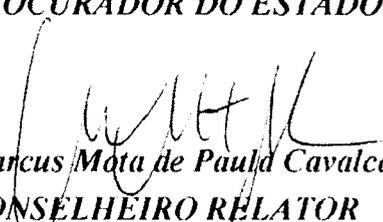
FRANCISCO JOSE DE
OLIVEIRA
SILVA:29355966334

Assinado de forma digital por
FRANCISCO JOSE DE OLIVEIRA
SILVA:29355966334
Dados: 2021.12.15 11:52:15 -03'00'

Francisco José de Oliveira Silva
PRESIDENTE

RAFAEL LESSA Assinado de forma
digital por RAFAEL LESSA
COSTA COSTA BARBOZA
BARBOZA Dados: 2022.01.03
21:50:12 -03'00'

Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO


Marcus Mota de Paula Cavalcante
CONSELHEIRO RELATOR