



**ESTADO DO CEARÁ**  
**SECRETARIA DA FAZENDA**  
**CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**

*Cópia V.*

**RESOLUÇÃO Nº: 13/2006**  
**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO**  
**SESSÃO DE 19/01/2006 - (7ª SESSÃO)**  
**PROCESSO DE RECURSO N.º: 1/000026/2005 AI No. 1/200414411**  
**RECORRENTE: EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A-  
EMBRATEL**  
**RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**  
**CONS. REL. ORIGINÁRIO: MARCELO REIS DE ANDRADE SANTOS FILHO**  
**CONS. REL.DESIGNADA: ELIANE RESPLANDE FIGUEIREDO DE SÁ**

**EMENTA: ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS.SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO.** O imposto incide sobre 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. A recorrente faturou e não recolheu ICMS sobre Receita de Serviços de Comunicação. **AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE.** Ilícito fiscal plenamente caracterizado. Decisão amparada nos artigos: 2º, inc VII, 3º, inc. XII, 73, 74, 874, todos do Dec.24.569/97. Art.155, inc.II, Art.146, inc.III, "a" da CF/88, Art.2º, inc.III da LC 87/96, Arts.2º, inc. VII e 3º, inc.XII da Lei 12.670/96. Art.173, I, do CTN. Convênio ICM Nº66/88, Convênio ICMS Nº126/1998 . Aplicação da penalidade inserta no art.123, I, "c" da Lei 12.670/96 com nova redação dada pela Lei 13.418/2003.Recurso Voluntário Conhecido. Negado provimento. Decisão por voto de desempate da presidência. Tudo referendado pela douta Procuradoria Geral do Estado.

**RELATÓRIO:**

A peça fiscal submetida a nosso exame tem o seguinte relato: " Falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte inclusive o devido por Substituição Tributária, na forma e nos prazos regulamentares. Falta de recolhimento do ICMS referente a serviços de comunicação no valor de

CR\$4.084.244,75(quatro milhões, oitenta e quatro mil, duzentos e quarenta e quatro reais e setenta e cinco centavos)".

Após indicarem os dispositivos legais infringidos os agentes fiscais apontam como penalidade o Art.878, inciso I, alínea "c" da Lei 12.670/96 alterado pela Lei 13.418/03.

Às fls.107 a 142 a empresa autuada, ora recorrente, ingressa com instrumento impugnatório.

Em primeira instância o julgador monocrático decide-se pela PROCEDÊNCIA do feito fiscal.Decisão amparada nos arts.2º, inc.VII, 3º, inc.XII 73,74 e 874 todos do Dec.24.569/97.

Através de Recurso Voluntário, às fls.260/278 a empresa apresenta as seguintes argumentações: Da Decadência por entender que todos os fatos geradores ocorridos anteriormente a data de 02 de dezembro de 1999, já foram alcançados pela decadência; que ao abrigo do art.150,§4º do CTN impõe-se o reconhecimento da decadência do direito do Fisco de lançar parte dos valores; Que o Estado do Ceará, em patente afronta à Constituição da República, Lei Complementar e ao ordenamento jurídico-tributário pátrio, tem exigido ICMS sobre fatos geradores de outros tributos, não adstritos à hipótese de incidência da exação em comento, e sem a existência de previsão em Lei Complementar para sua cobrança; que se torna impossível qualquer interpretação que acolha como fato gerador do ICMS-Comunicação qualquer outra atividade que não exatamente "serviço de comunicação". Requer que seja julgado procedente o Recurso Voluntário, a fim de reformar a decisão de 1ª Instância, para que seja totalmente cancelada a autuação fiscal com o imediato arquivamento do presente feito.

A Consultoria Tributária, em parecer de Nº674/05 referendado pela Douta Procuradoria Geral do Estado, opinou pelo conhecimento do Recurso Voluntário, negando-lhe provimento a fim de que se mantenha a procedência da ação fiscal proferida em 1ª Instância.

Eis, o relatório.

### **VOTO:**

A matéria aqui tratada é concernente à falta de recolhimento do ICMS referente a serviços de comunicação.

A metodologia adotada pela fiscalização fora o confronto entre a Receita de Serviço de Comunicação constante no relatório mensal de faturamento e a

Receita de Serviço de Comunicação constante no Demonstrativo de Apuração do ICMS - DAICMS.

No entanto, a empresa recorrente insurge-se categoricamente contra a acusação fiscal e suscita vários pontos que iremos refutar no decorrer dessa fundamentação.

Em primeiro lugar, no que concerne a Decadência temos a esclarecer que genericamente, tanto a prescrição como a decadência pode ser entendida como formas de perda, ou de fulminação, de um determinado direito subjetivo pela ação do tempo.

À luz do CTN, o prazo para a constituição do crédito tributário (pelo lançamento) é de decadência; o prazo para a propositura da respectiva ação de cobrança (i.e, da execução fiscal), caso o crédito não seja satisfeito, é de prescrição.

A linha de argumentação adotada pela empresa é a de que o prazo decadencial deva ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, com a aplicação do art.150, §4º do CTN e a do fisco estadual seria a do art.173, I, do CTN.

O ilustre professor Aliomar Baleeiro dispõe de forma cristalina que o lançamento por homologação somente é passível de concretização se existiu o pagamento. No caso em tela, inquestionavelmente, inexistiu o pagamento, vez que, a empresa tem o entendimento de que os serviços de comunicação prestados não são hipóteses de incidência do ICMS.

“Inexistindo a antecipação do pagamento, ou ainda ocorrendo de qualquer forma descumprimento, doloso ou fraudulento da obrigação tributária, não poderá a Fazenda exigir o tributo sem lançamento de ofício, pois tal ato administrativo é passo necessário e inaugural para a formação do título executivo, que instruirá a execução judicial”.

“A inexistência de pagamento ensejam a prática do lançamento de ofício ou revisão de ofício (ART.149 CTN). Inaplicável a forma de contagem disciplinada no art.150; §4º do CTN. Ao lançamento em tela, aplica-se a regra geral do prazo decadencial de 5 anos e a forma de contagem do art.173 do CTN.

Sob essa acepção é que o Art.173, I, do CTN aplica a norma ao caso concreto. Vejamos o que o mesmo dispõe:

“Art.173 – O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

- I- O primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Há que se observar que, o lançamento, no caso em análise, realizou-se antes de decorridos 05 (cinco) anos.

Considerando a ocorrência do fato gerador no exercício de 1999, o prazo de decadência começaria a ser contado conforme o Art.173, I, do CTN a partir do primeiro dia do exercício seguinte – no caso, em 04.01.2000 e o termo final do prazo de 05 anos seria o de 03.01.2005, razão pela qual não há que se falar em decadência, considerando ter havido a lavratura do Auto de Infração em 2004.

Deste modo, depreende-se que não há que se entender que ocorreu a decadência.

Outro ponto argüido pela recorrente fora a de que o Estado do Ceará, em patente afronta à Constituição da República, Lei Complementar e ao ordenamento jurídico-tributário pátrio, tem exigido ICMS sobre fatos geradores de outros tributos, não adstritos à hipótese de incidência da exação em comento, e sem a existência de previsão em Lei Complementar para sua cobrança. Suscita matérias de ordens constitucionais, ilegalidade de exigências fiscais, pontos que deveriam ser apreciados pelo órgão administrativo.

Destaque-se, precipuamente, que a Constituição contém em seu corpo os mecanismos de defesa do ordenamento jurídico a que dá fundamento de validade. Assim, é o próprio texto constitucional que prevê e dita as regras do controle da constitucionalidade.

Ao Supremo Tribunal Federal a Constituição, no *caput* do artigo 102, atribuiu a função de guardião do texto constitucional - é ele o único órgão com competência para declarar a inconstitucionalidade de lei pela via abstrata, ou seja, independente da existência de lide, conflito de interesses (c/c inciso I, 'a' do mesmo artigo).

Além do controle abstrato, o Supremo Tribunal Federal é competente para a decisão final no controle concreto, que ocorre no curso de uma lide, nos autos de um processo judicial que tem objeto próprio (art. 102, III).

O que deve se observar é que a declaração de inconstitucionalidade por órgão administrativo importaria em subtrair do Poder Judiciário o controle



difuso de constitucionalidade, tendo em vista que o Estado não poderia questionar, no âmbito judicial, o ato administrativo emanado por órgão que o integra.

Na realidade, ao adotar a postura de decidir contra a norma legal ou, o que é pior, declará-la inconstitucional, o agente público estaria se arvorando a exercer função que não lhe compete, pois o que se lhe atribui é verificar se a atuação fiscal está conforme a lei.

Logo, o ordenamento não confere o alcance da coisa julgada judicial à decisão final em processo administrativo, pois se trata de simples ato administrativo decisório, sem a força conclusiva do ato jurisdicional do Poder Judiciário.

O Processo Administrativo Tributário volta-se especialmente ao controle da legalidade do auto de infração e imposição de multa, notadamente no aspecto da adequação dos fatos à norma aplicada.

Assim, ao Contencioso Administrativo Tributário (CONAT) compete a decisão, no âmbito administrativo, de questões decorrentes da relação jurídica entre o Estado do Ceará e o sujeito passivo decorrentes da exigência do crédito tributário; da restituição de tributos pagos indevidamente e da aplicação de penalidades, situações oriundas exclusivamente dos Autos de Infração.

Divergências doutrinárias à parte, o fato é que os órgãos administrativos compõem a Administração Pública sujeitos, por força constitucional, aos princípios da legalidade e da hierarquia.

No mérito, como bem aludiu a recorrente à discussão não é nova. Instaura-se sempre uma controvérsia sobre aludida incidência.

O fisco ampara-se para efetuar a cobrança na Lei Federal nº5.172/1996 (CTN); Convênio ICMS 126/1998; Lei Estadual Nº 12.670/1996 e Decreto Estadual Nº 24.569/97. A recorrente questiona a constitucionalidade, a legalidade dessa cobrança.

O fato é que, o imposto incide sobre 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.

A recorrente alega que os autuantes ao invés de examinarem a natureza das suas receitas e os produtos tidos por ela como não sujeitos ao ICMS, simplesmente consideraram todos aqueles indicados na documentação fornecida por esta. Bastava que qualquer serviço se encontrasse descrito

✓

como "aluguel" ou "não tributável", independente de sua natureza, para que fosse incluído na autuação.

Tais informações são inverídicas. Fora elaborado um demonstrativo da Receita Operacional Bruta de Prestação de Serviços de Comunicação da EMBRATEL do exercício financeiro de 1999 conforme Relatório Mensal de Faturamento. Nesse demonstrativo a fiscalização individualizou as receitas tributadas pelo ICMS, as não tributadas pelo ICMS e Aluguel.

Aludido aluguel referiu-se ao uso de equipamentos necessários a realização da conexão, meio necessário a execução do serviço de telecomunicação.

Logicamente que a comunicação para se completar necessita percorrer um "caminho", no qual é imprescindível a existência de equipamentos, cabos, fios, ondas eletromagnéticas, satélites, etc. Como bem aludiu o tributarista Carlos Augusto Coelho Branco: "Se é impossível a execução da prestação do serviço de telecomunicação sem a utilização do serviço a ele conexo, **entendemos que este último tem a sua natureza modificada, passando a se confundir com o próprio serviço de telecomunicação.** Isto porque não há como dissociá-los. Nesta hipótese, é admissível a incidência do ICMS, uma vez que o "serviço conexo" adere ao serviço de telecomunicações, sem que haja possibilidade de o último ser prestado isoladamente".

Não se trata, portanto, de aluguel de salas, infra-estruturas, ou serviços que não se destinam a realizar a comunicação como quis deixar entender a recorrente e sim o meio para execução da obrigação contratada (condição, instrumento, caminho, etc).

Há que se observar que o legislador estadual estabeleceu na Lei nº12.670/96 a incidência do ICMS sobre as "prestações onerosas de serviços de comunicação (...)", e considerou ocorrido o fato gerador no momento "das prestações onerosas de comunicação (...)" (Arts.2º, inc.VII e 3º, inc.XII, respectivamente). É nesse mesmo sentido que dispõe o Dec.24.569/97 (Arts.2º, inc. VII e 3º, inc.XIII).Ora, todas as prestações de serviços de comunicação estão sujeitas à cobrança do ICMS.

Apenas a prestação gratuita de serviços de comunicação estaria protegida da incidência do imposto estadual. A recorrente, em nenhum momento, comprovou prestação de serviço gratuito. A empresa, contudo faturou e não recolheu o ICMS sobre Receita de Serviços de Comunicação.

Por todo o exposto, resta-nos tão somente concluir, embasados na legislação como fartamente provado que PROCEDE a acusação fiscal.



Isto posto, **VOTO** no sentido de:

Que se conheça do Recurso Voluntário, negar-lhe provimento para confirmar a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância nos termos desse voto e de acordo com o parecer referendado pela douta Procuradoria Geral do Estado.

### **DEMONSTRATIVO**

**BASE DE CÁLCULO: R\$ 16.336.979,00**

PRINCIPAL: R\$ 4.084.244,75 (25%)  
MULTA: R\$ 4.084.244,75  
TOTAL: R\$ 8.168.489,50

É o voto.

### **DECISÃO:**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é **RECORRENTE EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A EMBRATEL e RECORRIDO CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.**

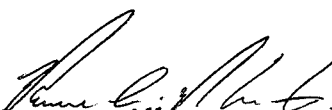
**RESOLVEM**, os membros da Segunda Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por **VOTO DE DESENPATE DA PRESIDÊNCIA**, conhecer do Recurso Voluntário, negar-lhe provimento pra confirmar a decisão condenatória de **PROCEDÊNCIA** proferida pela 1ª Instância, nos termos do primeiro voto discordante, o dessa conselheira relatora, que ficou designada para lavrar a resolução e de acordo com o parecer referendado pela douta Procuradoria Geral do Estado. Foram votos vencidos os dos conselheiros Marcelo Reis de Andrade Santos Filho, relator originário, Rodolfo Licurgo Tertulino de Oliveira, Vanessa Albuquerque Valente e Ildebrando Holanda Júnior que se pronunciaram pela improcedência da autuação.




SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS em Fortaleza, aos de janeiro de 2006.

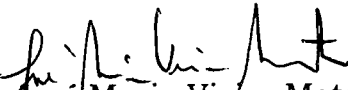
  
**Osvaldo José Rebouças**  
PRESIDENTE

  
Eliane Resplande Figueiredo Sá  
CONSELHEIRA RELATORA

  
Vanessa Albuquerque Valente  
CONSELHEIRA

  
Dulcimeire Pereira Gomes  
CONSELHEIRA

  
Rodolfo Licurgo Tertulino de Oliveira  
P/ CONSELHEIRO

  
José Maria Vieira Mota  
CONSELHEIRO

  
Marcelo Reis de Andrade Santos Filho  
CONSELHEIRO

  
Regineusa de Aguiar Miranda  
CONSELHEIRA

  
Ildebrando Holanda Junior  
CONSELHEIRO

Ubiratan Ferreira de Andrade  
PROCURADOR DO ESTADO