



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda
**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**

RESOLUÇÃO Nº 362 /2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

39ª SESSÃO EXTRAORDINÁRIA EM 27/7/2012

PROCESSO Nº: 1/0651/2009

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200817790

RECORRENTE: VIEOMAR REDE NORDESTE S/A.

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

AUTUANTE: THEREZA CRISTINA FONSECA E OUTROS

RELATOR: VALTER BARBALHO LIMA

EMENTA: FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. A autuada deixou de recolher parte do ICMS devido nas prestações de serviços de comunicação denominado banda larga. Recurso voluntário conhecido e provido, a unanimidade de votos, para modificar a decisão condenatória proferida em primeira instância e ato contínuo declarar a extinção do processo sem julgamento de mérito, em face de não ocorrer a possibilidade jurídica e o interesse processual, haja vista que a parcela do imposto objeto do lançamento foi remetida, nos termos da remissão parcial prevista no Convênio ICMS nº 81/2011, matéria disciplinada em nível estadual pelo Dec. nº 30.728/2011. Decisão por unanimidade de votos.

RELATÓRIO

Tem-se no relato do Auto de Infração ora julgado a acusação segundo a qual a autuada deixou de recolher o ICMS devido em decorrência da prestação dos serviços de comunicação denominado banda larga, no período compreendido entre maio de 2004 e dezembro de 2005, no valor de R\$ 1.614.317,84,

No formulário Informações Complementares ao Auto de Infração, as agentes autuantes esclarecem que a acusada havia sido intimada a recolher espontaneamente a complementação do ICMS não alcançada pelo benefício fiscal de que trata o Convênio ICMS nº 57/99, relativamente ao período de janeiro de 2002 a novembro de 2007.

Acrescentam que o valor acima mencionado refere-se a uma parte de tributo devido, tendo em vista que a autuada promovia o recolhimento do ICMS apuração mensal com base nas disposições do Convênio aludido precedentemente, que concede uma redução de base de cálculo para os serviços de televisão por assinatura, de modo que a carga tributária resulte em 10%.

Como a referida norma não contempla os serviços de banda larga procederam ao lançamento da parcela complementar do ICMS, de sorte que o imposto devido correspondesse ao havido da incidência da alíquota aplicável a hipótese.

Em sede de defesa, a autuada centra seus argumentos na tese segundo a qual todos os serviços por ela prestados estariam alcançados pela norma prevista no Convênio ICMS 57/99, hipótese que cancelaria a forma procedimental por ela empreendida.

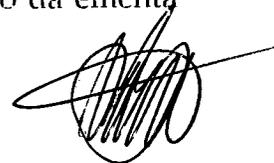
De outra sorte, argumenta que tal serviço é apenas um dos tipos de conexão à internet, por isso consiste somente de uma atividade acessória, denominado pela Lei nº 9.472/97, chamada de Lei Geral das Telecomunicações, de serviço de valor adicionado, motivo por que, sobre ele nem sequer incidiria o ICMS, visto que não se caracteriza como serviço de comunicação, portanto, os valores recolhidos a qualquer nível de tributação seriam indevidos.

Protesta, ainda, que por ocasião do lançamento de que se cuida, não foram considerados os créditos fiscais decorrentes das aquisições de bens e mercadorias promovidos pela autuada para emprego na consecução do aludido serviço, o que teria contrariado ao princípio constitucional da não cumulatividade do ICMS.

E oportuno lembrar, que ao tempo do procedimento de fiscalização, a autuada formulara consulta à SEFAZ, no sentido de esclarecer qual o nível de tributação a que se sujeitam os serviços de banda larga e obteve como resposta que não eram contemplados por nenhuma forma especial de tributação, logo, a alíquota aplicável é a determinada para a prestação dos serviços do gênero.

No julgamento singular restou decidido pela total procedência da autuação, sob o fundamento que a infração estava devidamente caracterizada, por se tratar de atividade inclusa na seara de abrangência do imposto, entretanto, não alcançada por nenhuma forma de exclusão total ou parcial da sua incidência.

Irresignada com a decisão singular, interpôs recurso voluntário praticamente com os mesmos argumentos da impugnação, acrescido apenas da transcrição da ementa



da decisão prolatada no “AgRg nos EDcl no Ag 883278/RJ, julgado em 4.3.2008”, que decide pela não incidência do ICMS, entretanto, referida decisão versa acerca de provedores de acesso à internet.

Ressalte-se, todavia, que tanto em primeira como em segunda instâncias, os pedidos cingem-se somente aos aspectos da improcedência do feito fiscal.

A Consultoria Tributária, por seu turno, manifestou-se no mesmo sentido da decisão singular, e sob os mesmos fundamentos fáticos e jurídicos, ocasião que opina pelo conhecimento do recurso voluntário para negar-lhe provimento e manter a decidida condenatória prolatada em primeira instância, cujo parecer foi adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado, em todos os seus termos.

Por ocasião da 135ª Sessão Ordinária, realizada em 13 de julho de 2011, na qual restaram afastadas todas as preliminares suscitadas nos autos, o curso do julgamento foi convertido na realização de perícia, entretanto, no decurso dos trabalhos periciais a autuada solicitou o arquivamento do processo sob a alegação de que o crédito tributário exigido na referida ação fiscal foi extinto pela remissão e anistia, nos termos preconizados nos arts. 1º e 2º do Decreto nº 38.728/2011, os quais foram reproduzidos na manifestação pericial.

Nesse contexto, o agente pericial informa que o período da infração refere-se ao lapso temporal decorrido entre maio de 2004 a dezembro de 2005, conforme planilha de cálculo que repousa às fls. 11 do caderno processual, ao tempo em que afirma que a autuação está contemplada pelas disposições do Decreto nº 30.728/2011, motivo pelo qual deixou de realizar o trabalho pericial nos termos solicitados, por entender desnecessária.

Com efeito, consta às fls. 201 dos autos um requerimento do representante da autuada, o qual traz a solicitação a que se reportou o perito, no qual, além de requer a arquivamento do processo, declina da sua continuidade da oportunidade em que apresentou outros também instrumentos, dentre eles Documentos de Arrecadação relativamente a recolhimentos de outros débitos.

É o relatório

VOTO DO RELATOR

Trata-se da imputação fiscal falta de recolhimento de parte do ICMS devido relativamente à prestação do serviço de comunicação denominado banda larga, cujos fatos geradores correram nos exercícios de 2004 e 2005.



A parcela do imposto exigida no lançamento de que se cuida, decorre da constatação que a autuada vinha procedendo a apuração e o conseqüente recolhimento do ICMS incidente sobre a prestação dos serviços sobreditos, mediante a aplicação de uma carga tributária equivalente 10%, consoante previsão inserta nas disposições do Convênio ICMS nº 57/99, ao entendimento que, como o referido ato normativo concede uma redução de base de cálculo, a esse nível, para a prestação dos serviços de TV por assinatura e por considerar que o serviço de banda larga tratava-se de uma atividade a ele acessória, assim vinha procedendo.

Acerca do tema, é conveniente anotar que a recorrente interpôs consulta junto a SEFAZ com vistas a que fosse informado qual o nível de tributação a que se sujeitava a referida prestação, oportunidade em que restou assegurado que o imposto nela devido decorria da aplicação da alíquota ordinária prevista para hipóteses do gênero, posto que não contemplada com nenhuma forma diferenciada, manifestação expedida no pedido inicial e reiterada em pleito relativo a reconsideração da primeira, nos termos do Despacho nº 700/2008 e dos Pareceres nºs 481/2008 e 214/2010, apensos às fls. 166 às 183 dos autos.

Porquanto, diante desse contexto têm-se por evidente que à época da autuação a diferença da carga tributária verificada entre aquela que vinha sendo aplicada pela recorrente e a efetivamente incidente na hipótese concreta era devida, por conseguinte, legítima era a pretensão que tivesse o objetivo de buscar a reparação de tal conduta.

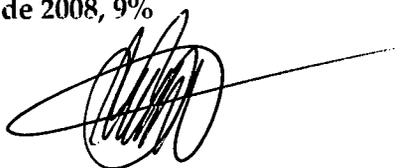
Eis porém, que, em agosto de 2011 foi celebrado o Convênio ICMS nº 81/2011, do qual o Estado do Ceará é signatário, que dispõe acerca da remissão de multas e juros, bem com de parte do ICMS devido em prestação de serviços dessa natureza, já realizadas, cuja matéria está disciplinada em nível estadual pelo Decreto nº 30.728/2011, de 16 de novembro de 2011, que reproduz de modo fiel os ditames do primeiro ato normativo, notadamente a parte inicial inserta nos artigos 1º e 2º, transcritos a seguir:

Art. 1º Ficam dispensados os juros e multas relativos ao não pagamento do ICMS decorrentes dos serviços de comunicação, tais como: serviço de valor adicionado, serviços de meio de telecomunicação, serviços de conectividade, serviços avançados de internet, locação ou contratação de porta, utilização de segmento espacial satelital, disponibilização de endereço IP, disponibilização ou locação de equipamento, de infra-estrutura ou de componentes que sirvam de meio necessários para a prestação de serviços de transmissão de dados, voz sobre IP (voip), imagem e internet, independentemente da denominação que lhes seja dada, realizados até a data do termo inicial de vigência deste Decreto.

Art. 2º Fica concedido remissão parcial do ICMS incidente sobre as prestações de serviços de comunicação de que trata o art. 1º, de forma que o imposto a recolher seja equivalente à alíquota aplicável, sobre a base de cálculo não submetida à tributação, observado o percentual, relativamente aos fatos geradores ocorridos:

I – até 31 de dezembro de 2008, 9%

(...)



Consoante se depreende da leitura que faz no dispositivo gizado no inciso I do artigo segundo supracolacionado, a conclusão não pode ser outra senão a de que, a partir da introdução dessa regra no mundo jurídico-tributário, os serviços de banda larga prestados pela recorrente inserem-se categoricamente no âmbito dessas disposições, dada a abrangência com que reporta e ao tempo em que se estende.

Esta constatação fática tem arrimo no fato da Lei nº 9.472/97, chamada de Lei Geral das Telecomunicações, tipificar o serviço de banda larga como a espécie serviço de valor adicionado, tipo expressamente qualificado nas normas remissivas sobreditas e, se isso não bastasse, qualquer que fosse a denominação a ele dado, mesmo assim estaria por ela alcançado, haja vista o disposto na parte final do artigo 1º do Decreto em comento, reproduzido precedentemente, quanto irradia seus efeitos a qualquer dos serviços que indica, sem importar o nome sob a qual seja chamado.

Desse modo, a considerar a vinda ao mundo jurídico de norma com cominação menos gravosa na aplicação do tributo, impõe a observância de sua aplicabilidade, por força do disposto na alínea "b" do inciso II do artigo 106 do CTN, senão vejamos:

Art. 106. A aplica-se a atos ou fato pretérito:

(...)

II – tratando-se de ato não definitivamente julgado

(...)

b) quando deixar de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ato ou omissão, desde que não seja fraudulento e não tenha implicado em falta de recolhimento de tributo.

Notem que o dispositivo acima reproduzido, contempla a hipótese em que regra nova deixe de considerar contrário ato ou omissão anteriormente exigido, condicionado a que não tenha resultado em falta de recolhimento do imposto.

No presente caso, mesmo que pareça ter ocorrido desobediência à condicionante inserta na parte final do dispositivo ela não se configura, pois o que deve imperar é o fato da norma posterior ter se reportado exatamente acerca do instituto da remissão, de modo que contempla a cláusula condicional no sentido de afastá-la, neste caso específico, portanto, faz com que prevaleça somente a parte inicial do preceptivo normativo, por isso, este se reveste do único ordenamento normativo adequada e suficiente para consubstanciar a hipótese fática ao bojo da regra de remissão precitada.

Nestas circunstâncias, vê-se de pronto que, independentemente de manifestação requisitória por parte da recorrente, é mister intrínseco dos aplicadores das normas pautar-se ao alinhamento da dinâmica que as permeiam, o que se traduz na obrigatoriedade da estrita observância da vigência das normas no tempo, outrossim, neste caso, os dois fatos se conjugam e trilham a mesma vertente, à medida que a interessada solicitou o arquivamento dos autos e demonstrou o desinteresse em continuar sustentando as razões do recurso interposto.



Enfim, a considera que os fatos geradores a que refere o lançamento em tablado ocorreram nos exercícios de 2004 e 2005, implica dizer que estão açambarcados pelas norma prefaladas, uma vez que remete os fatos geradores da obrigação tributária um nível de tributação equivalente a 9%, desde que corrido até dezembro de 2008 e a recorrente já havia tributado suas prestações de serviço denominada banda larga mediante a aplicação de uma carga tributária igual a 10%. Logo, o ICMS recolhido previamente ao ato de lançamento em apreço torna adimplida a exigência relativa ao tributo do período considerado (2004 e 2005), na sua totalidade, tendo em vista que a fração do imposto exigida por meio da presente autuação foi objeto de remissão, nos termos das normas retrocolacionadas.

Todavia e para que se afaste quaisquer resquícios de dúvida, cumpre esclarecer que a incompatibilidade que se evidencia entre o quantum do tributo recolhido (prestações tributadas à carga de 10%) e o realmente devido (carga de 9%), em face da regra remissiva sob enfoque, a diferença não configura objeto passível de restituição, com esteio no que prevê o artigo 6º do Decreto nº 30.728/2011, que assim prescreve:

Art. 6º O disposto neste Decreto não autoriza a restituição ou a compensação de importâncias já pagas.

Finalmente, impõe assegurar, com convicção, que ao cotejo da situação fática à luz das normas disciplinares da espécie, outra providência não se vislumbra fatível adotar em relação ao feito fiscal ora julgado, senão o reconhecimento da impossibilidade jurídica de dar prosseguimento ao curso ordinário do processo, ante a perda do objeto do lançamento nele consignado, consoante as razões de fato e de direito plasmadas nesta resolução, fato que dispensa a análise de mérito da matéria nele versada.

Por todo o exposto, voto pelo conhecimento do recurso voluntário, dou-lhe provimento, para, por motivo diverso das razões nele assentadas, modificar a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância e ato contínuo declarar a extinção do processo sem análise de mérito, em razão de não correr a possibilidade jurídica e o interesse processual, decisão que toma em consideração o pagamento realizado previamente à autuação e o fato da diferença não recolhida está alcançada pela regra remissiva inserta no Convênio ICMS nº S1/2011, regulamentada pelo Decreto estadual nº 30.728/2011, circunstância evidenciada no laudo pericial, nos termos do voto do relator, o qual tem como fundamento normativo a alínea "b" do inciso I do artigo 54 da Lei nº 12.732/97.

É o voto.

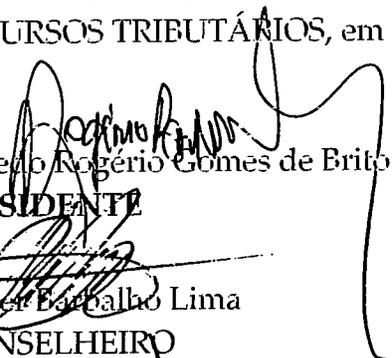
A handwritten signature in black ink, consisting of a series of loops and a long horizontal stroke extending to the right.

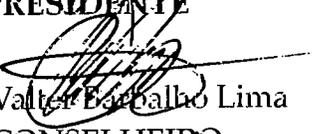
DECISÃO:

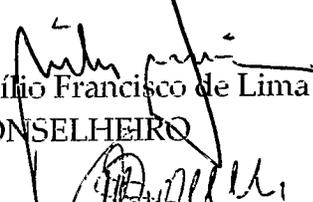
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é **VIDEOAMR REDE NORDESTE S/A** e **RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**,

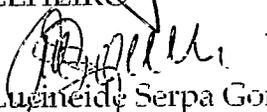
A 2ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do recurso voluntário, dar-lhe provimento, para modificar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância e declarara a extinção do processo sem julgamento de mérito, em razão de não ocorrer a possibilidade jurídica e o interesse processual, inclusive, em face do pagamento do crédito tributário ter ocorrido anteriormente a autuação, conforme demonstrado em laudo pericial, nos termos do voto do Conselheiro relator, que fundamentou seu voto nos termos do art. 54, I, "b" da Lei nº 12.732/97. Ausente à sessão o Procurador do Estado, Dr. Ubiratan Ferreira de Andrade, em razão de participação em reunião do Colégio de Procuradores, atuando em substituição, a Consultora Tributária, Dra. Ana Carolina Cisne Viana Nogueira, conforme art. 11, § 2º do Decreto 25.711/99 – Regimento do Conselho de Recursos Tributários

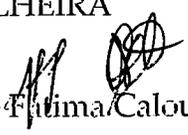
SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 19 de 09 de 2012.

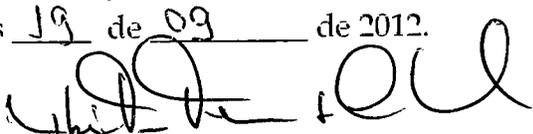

Alfredo Rogério Gomes de Brito
PRESIDENTE

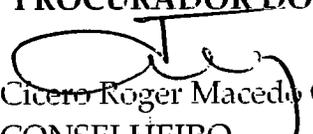

Valter Barbalho Lima
CONSELHEIRO


Abílio Francisco de Lima
CONSELHEIRO

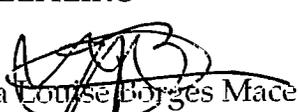

Maria Luízeide Serpa Gomes
CONSELHEIRA

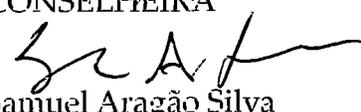

Lúcia de Fátima Calou de Oliveira
CONSELHEIRA


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO


Cícero Roger Macedo Gonçalves
CONSELHEIRO


Felipe Pinho da Costa Leitão
CONSELHEIRO


Agatha Louise Borges Macedo
CONSELHEIRA


Samuel Aragão Silva
CONSELHEIRO