



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
*Secretaria da Fazenda
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
2ª Câmara de Julgamento*

RESOLUÇÃO Nº:⁴⁰²...../2011

139ª SESSÃO ORDINÁRIA de 15 de julho de 2011.

PROCESSO DE RECURSO Nº: 1/0188/2006

AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 1/200521347.

RECORRENTE: Célula Julgamento 1ª Instância e Telemar Norte Leste S/A.

RECORRIDO: Ambos.

RELATOR: João Carlos Mineiro Moreira.

RELATOR DESIGNADO: Manoel Marcelo Augusto Marques Neto

EMENTA: ICMS - SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO – HABILITAÇÃO LINHAS TELEFÔNICAS. Preliminar de nulidade por impedimento do autuante em razão da existência de decisão judicial suspendendo a exigibilidade do ICMS afastada por unanimidade de votos. Pedido de suspensão do julgamento sob alegativa que a recorrente é detentora de decisão judicial proferida nos autos de mandado de segurança – Indeferido pelo senhor Presidente. Extinção pela decadência quanto aos créditos relativos aos meses de janeiro a outubro de 2000, decisão por maioria de votos, por aplicação do art. 150, § 4º do CTN. No mérito, por voto de desempate do Presidente, restou demonstrado que a empresa deixou de recolher ICMS sobre prestação de serviço de comunicação, referente ao mês de dezembro de 2000. Auto de Infração **PARCIAL PROCEDENTE**, com aplicação do art. 123, inciso I, alínea 'd', da Lei nº 12.670/96 combinado com o art. 42, § 1º, do Decreto nº 25.468/99. Recurso Voluntário conhecido e não provido e em desacordo com o parecer da Procuradoria Geral do Estado.

RELATÓRIO

Consta do Auto de Infração lavrado contra a empresa: Telemar Norte Leste S/A, que a mesma deixou de recolher ICMS referente aos serviços de comunicação, relativo a receitas auferidas pelo serviço de habilitação de linhas telefônicas no exercício de 2000, no valor de R\$ 2.009.500,00 (dois milhões nove mil e quinhentos reais).

Os autuantes apontaram como dispositivos infringidos os artigos 73 e 74 do Dec. 24.569/97 e sugere como penalidade o art. 123, I, "c" da Lei nº 12.670/96 com nova redação dada pela Lei nº 13.418/03.

Nas Informações Complementares, ratificam a acusação constante da peça inicial e esclarece o procedimento adotado para apurar a falta de recolhimento, acostando toda a documentação que deu suporte ao lançamento.

Constam dos autos: a Portaria n. 774/2005, a Ordem de Serviço n. 2005.26580, o Termo de Início de Fiscalização n. 2005.21682 e anexos, Termo de Conclusão nº 2005.23558, cópia dos DAICMS, páginas do Balancete, Livro de Apuração do ICMS meses de agosto a dezembro/2000 e cópias das Notas Explicativas das Demonstrações Contábeis do exercício de 2000.

A autuada devidamente representada impugna o feito fiscal, alegando:

I – Nulidade da autuação em razão da existência de decisão judicial suspendendo a exigibilidade do ICMS (Processo nº 1998.02.32465-5), sobre habilitação de telefonia fixa;

II - Decadência dos créditos lançados anteriores a 21/12/200, tendo como base o artigo 150 §4º do CTN;

III- Que o serviço de habilitação de telefones não configura serviço de comunicação, para efeito de alcance da hipótese de incidência do ICMS;

IV- Que o termo comunicação para fins de ICMS é restrito pela Constituição;

V – Que inexistente prestação de serviço de comunicação na habilitação de telefones, sendo esta atividade meio, distinta da atividade fim;

VI – Que o regulamento da ANATEL esclarece que habilitação não se confunde com serviço de telecomunicação (art. 3º, II);

VII- Que o STJ se pronunciara sobre a questão em debate, decidindo que não há incidência do ICMS sobre atividades de habilitação de telefones.

O julgador singular, diante da análise das peças processuais decide pela Parcial Procedência da autuação.

A empresa inconformada com a decisão singular apresenta recurso voluntário, acostando vasta jurisprudência do STJ, com os seguintes argumentos:

I – Nulidade da autuação em razão da existência de decisão judicial suspendendo a exigibilidade do ICMS (Processo nº 1998.02.32465-5), sobre habilitação de telefonia fixa;

II - Decadência dos créditos lançados anteriores a 21/12/200, tendo como base o artigo 150 §4º do CTN;

III- Que o serviço de habilitação de telefones não configura serviço de comunicação, para efeito de alcance da hipótese de incidência do ICMS;

Por fim, pede a extinção do crédito tributário consignado no auto de infração.

O processo foi encaminhado a Consultoria Tributária onde foi emitido parecer pela PROCEDÊNCIA do lançamento sendo referendado pela Procuradoria Geral do Estado.

O *Parecer* circunstanciado, de lavra do eminente representante da Douta Procuradoria Geral do Estado, sugere: Conhecer do Recurso Oficial e Voluntário, dar-lhes provimento, para reformar a decisão proferida pela 1ª Instância para Procedência do feito fiscal, nos termos do auto de infração.

Na 190ª Sessão Ordinária de 10 de dezembro de 2008, na forma regimental, concedeu vistas do processo ao Procurador do Estado: Dr. Ubiratam Ferreira de Andrade.

Na data de 25 de março de 2011, na 12ª Sessão Extraordinária, após o relato, o presidente da sessão concedeu vistas ao D. Procurador uma vez que o processo nº 1/1139/2008, foi objeto de vista e guarda semelhança quanto à matéria a ser apreciada.

Em 10 de dezembro de 2010, na 215ª Sessão Ordinária após o relato, o Procurador do Estado, Dr. Ubiratan Ferreira de Andrade, se pronunciou nos seguintes termos: "*A autuação é de crédito indevido e não há que se falar em pagamento de imposto a ser homologado. Há sim, com esse crédito lançado indevidamente, supressão de imposto a pagar. Desse modo, o prazo decadencial conta-se na forma do art. 173, I, do CTN.*"

O representante legal da autuada apresentou na sessão do dia 10 de dezembro de 2010 as razões constantes do memorial e ratificou o pedido de extinção em face da decadência, nos termos do art. 150, § 4º do CTN e no mérito, alegou ser indevido o ICMS sobre a habilitação de linhas telefônicas, com fundamento na Súmula 350 do STJ. Iniciados os debates, o Senhor Presidente concedeu **vistas** do processo ao Conselheiro Francisco José de Oliveira Silva.

Na 99ª sessão, realizada em 13 de maio de 2011, o processo foi sobrestado a pedido do advogado da parte para que esta Câmara pudesse analisar documento a ser apresentado, demonstrando que a Procuradoria Geral do Estado, relativamente à mesma matéria tratada neste auto de infração, deixou de recorrer.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Através do auto de infração em análise, foi constatado que a empresa deixou de recolher ICMS referente a serviços de comunicação relativos à habilitação, no período de janeiro a dezembro de 2000, no valor de R\$ 2.009.500,00 (dois milhões nove mil e quinhentos reais).

PRELIMINARES

1 - Nulidade da autuação em razão da existência de decisão judicial suspendendo a exigibilidade do ICMS (Processo nº 1998.02.32465-5), sobre habilitação de telefonia fixa.

Referida nulidade deve ser afastada. Inexiste impedimento do autuante em efetuar o lançamento do crédito tributário. A decisão judicial não impede o direito dos agentes fiscais de lançar o crédito tributário, tal medida apenas suspende a exigibilidade do crédito tributário conforme estabelece o artigo 151, IV do CTN, devendo tramitar normalmente até decisão final do Poder Judiciário.

2 - No que se refere à decadência, deve ser analisado inicialmente o argumento trazido pela recorrente de que todos os créditos anteriores a 21.12.2000 encontram-se extintos conforme previsto nos artigos 150 § 4º do CTN.

O tema da decadência é 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.

A propósito do assunto, essa é a orientação defendida em doutrina:

“Há uma discussão importante acerca do prazo decadencial para que o Fisco constitua o crédito tributário relativamente aos tributos sujeitos a lançamento por homologação. Parece-nos claro e lógico que o prazo deste § 4º tem por finalidade dar segurança jurídica às relações tributárias da espécie. Ocorrido o fato gerador e efetuado o pagamento pelo sujeito passivo no prazo do vencimento, tal como previsto na legislação tributária, tem o Fisco o prazo de cinco anos, a contar do fato gerador, para emprestar definitividade a tal situação, homologando expressa ou tacitamente o pagamento realizado, com o que cancela o cálculo realizado pelo contribuinte e que supre a necessidade de um lançamento por parte do Fisco, satisfeito que estará o respectivo crédito. É neste prazo

para homologação que o Fisco deve promover a fiscalização, analisando o pagamento efetuado e, entendendo que é insuficiente, fazendo o lançamento de ofício através da lavratura de auto de infração, em vez de chancelá-lo pela homologação. Com o decurso do prazo de cinco anos contados do fato gerador, pois, ocorre a decadência do direito do Fisco de lançar eventual diferença. A regra do § 4º deste art. 150 é regra especial relativamente à do art. 173, I, deste mesmo Código. E, em havendo regra especial, prefere à regra geral. Não há que se falar em aplicação cumulativa de ambos os artigos.” (Leandro Paulsen, Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, Ed. Livraria do Advogado, 6ª ed. p.1011)

O tema já foi enfrentado em diversas ocasiões no Superior Tribunal de Justiça - STJ, vindo a jurisprudência hodierna a reconhecer o prazo quinquenal para a aferição do lapso temporal referido, conforme os seguintes julgados da 1ª Seção:

"TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. TERMO A QUO. TRIBUTOS SUJEITOS AO REGIME DO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ICMS.

I - Conforme já decidiu a egrégia Primeira Seção desta Corte, o prazo decadencial do direito de constituir o crédito tributário, na hipótese dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, rege-se pelo art. 150, S 4º, do Código Tributário Nacional, ou seja, será de 5 (cinco) anos a contar da ocorrência do fato gerador.

II - Embargos de divergência acolhidos para declarar extinto o crédito tributário pela decadência". (STJ - EREsp 184.262'SP, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU 27.09.2004).

A "decadência" encontra sua raiz ligada aos seguintes fatores: o decurso do tempo instituído em Lei e a inércia do titular deste direito para exercê-lo.

O lançamento por Homologação, nos termos do artigo 150 do CTN, corresponde àquele lançamento que ocorre quanto aos tributos cuja legislação, repassa para o sujeito passivo a realização de todas as atividades necessárias para a apuração do quanto é devido e deve a ser repassado ao Erário a título de tributo, atribuindo-lhe a obrigação de antecipar este pagamento antes de qualquer procedimento fiscalizatório do Fisco.

Nesta modalidade de "lançamento", a apuração não é realizada pela autoridade administrativa, e sim, pelo sujeito passivo da relação obrigacional, limita-se à autoridade administrativa em homologar (expressa ou tacitamente) o pagamento feito pelo sujeito passivo. Portanto, o Fisco pode não homologar expressamente o pagamento, e aí o decurso do prazo associado a este silêncio é completamente extintivo de eventuais direitos de lançar, pois terá ocorrido o fenômeno da homologação tácita, dando assim ensejo à decadência do direito de lançar.

Na hipótese dos autos, houve o pagamento do tributo considerado devido pelo contribuinte dentro dos procedimentos obrigacionais apuratórios, motivo pelo qual entendo que deve ser aplicada ao caso, a norma do artigo 150 § 4º do CTN.

No presente caso, cumpre reconhecer que parte dos créditos lançados no auto de infração em tela encontra-se extinto. Logo, existe no presente processo a decadência levantada pela recorrente, compreendido pela extinção dos créditos relativos aos meses de janeiro a outubro de 2000, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN.

Considerando que o lançamento se efetivou em 19.12.2005, com a ciência do contribuinte do Auto de Infração n. 2005.21347, realizada pessoalmente em 21.12.2005. O período remanescente se refere aos fatos geradores ocorridos em dezembro de 2000.

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

Impõe destacar sobre o assunto em tela o art. 155, II, da Constituição Federal, *In verbis*:

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, 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.

Importante observar o que dispõe o art. 60 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/97), que trata da definição de serviço de telecomunicações:

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

Destaca-se, ainda, que o Convênio ICMS 69/98, 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."

Mencionado convênio, uniformizou os procedimentos tributários nas prestações de serviços de comunicações e, também, esclareceu o contribuinte no cumprimento de suas obrigações tributárias.

Os serviços prestados pelo contribuinte e considerados pelo Fisco como tributados pelo ICMS, não se caracterizam como atividades distintas, mas sim, como instrumentos para prestação dos serviços de comunicação, enquadrados no precitado Convênio ICMS nº 69/98.

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. Nesse sentido, a empresa autuada deixou de recolher o ICMS desses serviços, ficando sujeita a penalidade incerta no art. 123, I, "d", da Lei n. 12.670/96, combinado com o art. 42, § 1º, do Decreto nº 25.468/99.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO:

ICMS	R\$ 325.235,28
MULTA (50%)	<u>R\$ 162.617,64</u>
TOTAL.	R\$ 487.852,92

É o voto.

DECISÃO


Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente: Célula Julgamento 1ª Instância e Telemar Norte Leste S/A e recorrido: Ambos.

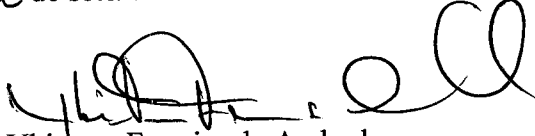
A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário. Em sustentação oral, o representante da recorrente – Dr. Marcell Feitosa - alertou que o processo em tela fora sobrestado na 99ª Sessão Ordinária, de 13/5/2011, com vistas para averiguação de informação dada naquela oportunidade de que houve acordo judicial envolvendo a recorrente e o Estado do Ceará acerca de matéria fática idêntica a ora em discussão, onde a recorrente renunciou aos honorários e o Estado ao direito de recorrer sobre a matéria. O representante da Procuradoria Geral do Estado – Dr. Ubiratan Ferreira de Andrade – defendeu que a Câmara é soberana para exercer o seu papel dentro dos ditames da lei. O senhor presidente, por sua vez, afirmou que a suposta negociação trazida à baila, mesmo que se trate de matéria semelhante a ora em discussão, não impõe a Câmara a efetuar o julgamento do processo em tela. No tocante a preliminar de nulidade suscitada pela

recorrente (pág.208) alegando impedimento do autuante em razão da existência de decisão judicial suspendendo a exigibilidade do ICMS sobre habilitação de telefonia – **Afastada**, por unanimidade de votos, sob o entendimento que não restou configurado o impedimento do agente fiscal, posto que a decisão judicial não impede o direito de o Fisco efetuar o lançamento com o objetivo de evitar a decadência do tributo guereado. Quanto ao **pedido de suspensão do julgamento do presente feito** (pág. 211) sob alegativa que a recorrente é detentora de decisão judicial proferida nos autos de mandado de segurança – Indeferido pelo senhor presidente sob o fundamento que “As instâncias judicial e administrativa são independentes. A liminar em mandado de segurança conferida à recorrente não tem o condão de impedir que a Câmara exerça sua competência legal, tampouco que o Fisco efetue o lançamento o tributo com vistas a evitar a decadência do crédito em questão”. No tocante ao pedido de **extinção pela decadência** relativamente aos créditos anteriores a 21/12/2000, sob o fundamento que o caso em tela é de aplicação do art. 150, § 4º do CTN. Quanto a esse pedido a 2ª Câmara, por maioria de votos, decidiu pela extinção, em face da decadência, dos créditos relativos aos meses de janeiro a outubro de 2000. Votaram neste sentido os conselheiros Francisco José de Oliveira Silva, Antônio Gilson Aragão de Carvalho, Manoel Marcelo Augusto Marques Neto, Aderbalina Fernandes Scipião, Sebastião Almeida Araújo, Antonio Luiz do Nascimento Neto e Samuel Aragão Silva. Votou nos termos de pedido da recorrente o conselheiro João Carlos Mineiro Moreira. **No mérito**, resolve a 2ª Câmara, por voto de desempate do Presidente, decidir pela **parcial procedência** do feito fiscal, aplicando ao período em que não foi declarada a decadência, a sanção do art. 123, inciso I, alínea ‘d’, da Lei nº 12.670/96 combinado com o art. 42, § 1º, do Decreto nº 25.468/99. Votaram neste sentido os conselheiros Manoel Marcelo Augusto Marques Neto, Aderbalina Fernandes Scipião e Antonio Luiz do Nascimento Neto. Votaram pela parcial procedência, mas com a aplicação da sanção prevista no art. 123, inciso I, alínea ‘c’, da Lei nº 12.670/96, os conselheiros Francisco José de Oliveira Silva e Antônio Gilson Aragão de Carvalho. Votaram pela improcedência os conselheiros João Carlos Mineiro Moreira, Sebastião Almeida Araújo e Samuel Aragão Silva. Sob o entendimento que a habilitação é atividade meio, portanto sobre esta receita não incide ICMS. **O conselheiro Manoel Marcelo Augusto Marques Neto elaborará a resolução por ter sido o primeiro voto divergente e vencedor**. Presente, para proceder sustentação oral das razões do recurso, o representante legal da recorrente Dr. Marcell Feitosa.

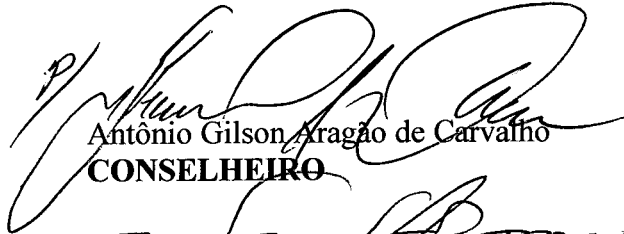
SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 22 de setembro de 2011.


José Wilame Falcão de Souza
PRESIDENTE

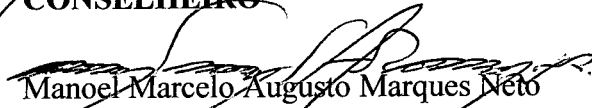

Francisco José de Oliveira Silva
CONSELHEIRO


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO

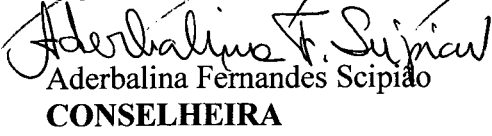

João Carlos Mineiro Moreira
CONSELHEIRO



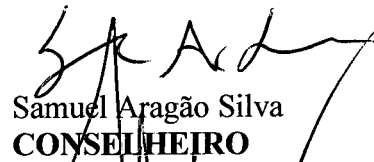
Antônio Gilson Aragão de Carvalho
CONSELHEIRO



Manoel Marcelo Augusto Marques Neto
CONSELHEIRO



Aderbalina Fernandes Scipião
CONSELHEIRA



Samuel Aragão Silva
CONSELHEIRO



Antonio Luiz do Nascimento Neto
CONSELHEIRO



Sebastião Almeida Araújo
CONSELHEIRO