



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO - Res. 531/09
101ª SESSÃO EXTRAORDINÁRIA EM: 21/08/09
PROCESSO Nº. 1/1883/2007
AUTO DE INFRAÇÃO Nº. 1/200702366-5
RECORRENTE: TIM NORDESTE S/A.
RECORRIDA: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
AUTUANTES: Francisco Lúcio Mendes Maia e outros
MATRÍCULAS: 037.909-1-6 e outras
RELATOR: Conselheiro José Moreira Sobrinho

EMENTA: ICMS – 1. FALTA DE RECOLHIMENTO – 2. Ação fiscal detectou que a empresa recolheu a menor o ICMS referente ao período de 2002, detectada através da documentação fiscal/contábil da empresa. Recurso voluntário conhecido e não provido. **3.** Auto de infração julgado **PROCEDENTE**, por maioria de votos, tendo em vista a infração ter sido perfeitamente comprovada através dos autos. Confirmada decisão exarada em 1ª instância, em conformidade com o parecer da *Consultoria Tributária*, referendado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado. **4.** Infringência ao art. 92, §8º, IV da Lei 12.670/96. c/c Lei 13.082/00. **5.** Penalidade inserta no art. 123, I, alínea “c” da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03.

RELATÓRIO

O caso vertente refere-se à *falta de recolhimento do imposto*, decorrente das operações realizadas pelo autuado. A infração em destaque foi constatada através do confronto mensal entre a receita bruta tributada relativa à prestação de serviços de comunicação informada no Balancete de Verificação com a receita das prestações de serviços de comunicação, informada no Demonstrativo de Apuração do ICMS, resultando na diferença de R\$ 5.571.215,37. O ilícito fiscal supramencionado teve origem em uma ação fiscal designada pela ordem de serviço nº. 2006.30263, objetivando executar *auditoria fiscal* referente ao período de 01/01/02 a 31/12/02, junto à empresa *TIM Nordeste Telecomunicações S/A*, que exerce atividade de *telefonia móvel celular*, consoante informação obtida no sítio da Receita Federal. Auto de infração lavrado em 27/02/07, com supedâneo no art. 92, §8º da Lei 12.670/96 c/c Lei 13.082/00.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

A ciência do início da ação fiscal foi realizada em 25/09/06, de forma pessoal, consoante comprova a aposição de assinatura no termo de início de fiscalização às fls. 43, ocasião em que foi intimada a apresentar no prazo de 10 (dez) dias, livros e documentos fiscais/contábeis descritos no termo retro.

A increpação fiscal, originalmente, foi instruída com o auto de infração nº. 200702366-5, informações complementares às fls. 03/05, ordem de serviço nº. 2006.30263, termo de início de fiscalização nº. 2006.25055, termo de conclusão de fiscalização nº. 2007.05310, procuração, meio magnético do Demonstrativo de Apuração do ICMS – DAICMS, meio magnético dos Balancetes Mensais, Comparativo da Receita de Serviços de Telecomunicações, Demonstrações Contábeis Aprovadas, meio magnético do Plano de Contas e do Fluxo de Caixa. O auto de infração descreveu o ilícito fiscal, *ad litteram*:

“FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE INCLUSIVE O DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES. O CONTRIBUINTE INFORMOU COMO BASE DE CÁLCULO NO DAICMS VALORES INFERIORES ÀQUELES DEMONSTRADOS NO BALANCETE DE VERIFICAÇÃO NO PERÍODO INDICADO ACIMA NO VALOR DE R\$ 5.571.215,37, VALOR ESTE QUE SERVIU DE BASE DE CÁLCULO PARA A PRESENTE AUTUAÇÃO, CONFORME INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES EM ANEXO.” (*sic*).

Às informações complementares, os autuantes constataram, através da análise da documentação apresentada, que a contribuinte omitiu receitas sobre a prestação de serviços de comunicação no período sob análise, deixando de recolher ICMS conforme demonstrado no Anexo Único. Informou que a metodologia utilizada foi o confronto mensal entre a receita bruta tributada relativa à prestação de serviços de comunicação informada no Balancete de Verificação com a receita das prestações de serviços de comunicação, informada no *Demonstrativo de Apuração do ICMS*, resultando na diferença de R\$ 5.571.215,37. Elucidaram que as demonstrações contábeis que serviram de base para a análise foram aprovadas pelo Conselho Fiscal, Conselho de Administração e Diretoria Executiva da empresa fiscalizada, além de Parecer dos Auditores Independentes, conforme relatório da Administração.

No auto de infração, foi sugerida como penalidade, a preceituada no art. 123, I, alínea “c”, da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03, ou seja, o pagamento de



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

multa equivalente a uma vez o valor do imposto que deixou de ser recolhido, sem prejuízo do pagamento do mesmo. Por tais fatos, foi produzida a demonstração que se segue:

Base de Cálculo	RS 0,00
Alíquota	0,00%
ICMS (principal)	R\$ 1.392.803,82
Multa (100%)	R\$ 1.392.803,82
TOTAL	RS 2.785.607,64

A autuada tomou ciência em 12/03/07 do auto de infração em tela, de forma pessoal, onde, ficou intimado a recolher o crédito tributário com seus acréscimos legais, ou apresentação de defesa no prazo de 20 (vinte) dias, da ciência deste.

A ora impugnante, devidamente ciente da peça proeminal, apresentou impugnação tempestiva de fls. 50/83, instruída com documentos de fls. 84/137, onde, prefacialmente discorreu sobre a tempestividade da peça defensiva, para somente depois relatar sobre os fatos e direitos que lhe são cabíveis. A contribuinte afirmou que as receitas que não foram submetidas à tributação são receitas decorrentes de prestação de serviços diversos, que não constituem base de cálculo do ICMS. Apontou, às fls. 53, os valores referentes a cada serviço, destacando que o aluguel de aparelhos e meios, locação de coisa móvel, não se sujeita à incidência do ICMS. Argumentou que a locação de bem móvel configura uma obrigação de dar, enquanto a prestação de serviços é uma obrigação de fazer, portanto, não é possível enquadrar a locação de bem móvel como uma prestação de serviços e, tendo em vista que o fato gerador do ICMS é a operação relativa à prestação de serviço de comunicação, não incidirá ICMS sobre a locação de bem móvel. Colacionou jurisprudência às fls. 67/69 e 72/78, no intuito de corroborar seu entendimento, asseverando que não incide ICMS nos valores cobrados por serviços necessários para a habilitação de cliente. Em relação aos outros serviços apontados, aduziu que não têm natureza de prestação de serviço de comunicação e, portanto, a sua inclusão na base de cálculo do ICMS é ilegal. Dispôs que a LC 87/96 faz incidir ICMS somente sobre os serviços de comunicação *stricto sensu*, tornando assim o Convênio ICMS nº. 69/98, que permite a incidência do ICMS sobre serviços complementares, ilegal. Salientou que esta questão é objeto da Ação Ordinária nº. 2000.0100.3450-2/0, ajuizada pela Teleceará Celular S/A, antecessora da Impugnante, que está em trâmite perante a 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza/CE. Nesse sentido, argüiu ser incabível a realização do lançamento do crédito tributário, tendo em vista a questão estar *sub judice*, a não ser para prevenção da decadência, o que não ocorreu no presente caso, posto que não foi consignado que o suposto crédito tributário está com a exigibilidade suspensa. Discorreu sobre





GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

o efeito confiscatório da multa, argumentando, com base na doutrina e jurisprudência colacionada à sua defesa, que não pode subsistir multa equivalente a 100% da operação, pois se configura valor abusivo e desrespeita diversos princípios de natureza tributária, tais quais o da vedação constitucional ao confisco e o princípio da proporcionalidade. Por fim, requereu a **IMPROCEDÊNCIA** do auto de infração e, alternativamente, o afastamento da multa aplicada, tendo em vista sua flagrante inconstitucionalidade.

A julgadora monocrática ao efetuar a análise das peças instrutórias, entendeu que o cancelamento argüido pela contribuinte, tendo em vista medida judicial em andamento, não tem como prosperar, uma vez que tal medida, sem que a matéria tenha sido julgada em caráter definitivo pelo Poder Judiciário, não impede que o processo administrativo siga seu curso normal. Asseverou que as atividades que a impugnante considerou como complementares se tratam de serviços suplementares e facilidades adicionais que devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS por imposição do art. 25, §10 do Decreto 24.569/97. Ressaltou que o Convênio 69/98 estabeleceu entendimento em relação à incidência do ICMS nas prestações de serviços de comunicação, esclarecendo que se incluem na base de cálculo os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços. Sustentou que a penalidade aplicada não caracteriza o confisco alegado, visto que incide apenas sobre o valor do imposto devido e tem a finalidade de repelir a conduta ilícita praticada pela empresa. Esclareceu que, embora a autoridade fiscal se reporte à omissão de receita, cuja penalidade específica seria a descrita no art. 123, III, alínea "b" da Lei 12.670/96, cuja multa equivale a 30% do valor da operação ou prestação, na situação fática, o agente do fisco destacou a infração como falta de recolhimento, enquadrando no art. 123, I, alínea "c" da mesma lei, o que se entende como correto, tendo em vista tudo resultar em falta de recolhimento. Assim sendo, entendeu que deve ser aplicada esta última penalidade. Isto posto, o julgador singular decidiu pela **PROCEDÊNCIA** da ação fiscal, intimando a autuada a recolher aos cofres fazendários, no prazo legal de 20 (vinte) dias, a contar da ciência da referida decisão, o valor estipulado pelo agente fiscal, com os devidos acréscimos legais ou, em igual prazo, interpor recurso ao Conselho de Recursos Tributários.

A intimação da decisão de **PROCEDÊNCIA** foi enviada por via postal, tornando ciente a contribuinte na data 28/11/08, conforme AR e termo de juntada às fls. 148/149.

A empresa apresentou recurso voluntário às fls. 150/184, instruída com documentos às fls. 185/186, onde fez breve sinopse dos fatos e apenas ratificou os pontos ora elencados na peça impugnatória. Por fim, requereu a **IMPROCEDÊNCIA** do auto de infração e,



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

alternativamente, o afastamento da multa aplicada, tendo em vista sua flagrante inconstitucionalidade.

A Célula de Consultoria e Planejamento - CECOP, por intermédio do Parecer 117/09, manifestou-se pelo conhecimento do recurso voluntário, negando-lhe provimento, no sentido de confirmar a decisão de **PROCEDÊNCIA** da instância singular. A consultora tributária asseverou que a planilha anexa às fls. 06 demonstra o confronto da receita apurada, considerando as receitas tributadas e não tributadas retiradas do Balancete de Verificação, as quais, quando comparadas à receita declarada no DAICMS, resultam na diferença lançada no auto de infração de R\$ 5.571.215,37. Aduziu que a contribuinte contestou as receitas que foram consideradas tributadas pela fiscalização, entretanto, não contestou os valores descritos no referido balancete, nem anexou documentos que comprovassem que dentre os valores tributados encontram-se as receitas provenientes de serviços não tributados. Entendeu que não se pode atribuir à fiscalização a responsabilidade pela inclusão de receitas decorrentes de prestações de serviços não sujeitos ao ICMS, considerando que os valores descritos foram apurados por uma auditoria independente e não foram contestados pela recorrente. Afirmou que não há nada que vincule o lançamento cobrado na presente ação fiscal a matéria questionada no judiciário e ainda que a Câmara entenda o contrário, não há registro de decisões definitivas de mérito sobre o referido assunto. Explicou, mais especificamente, que o Convênio 69/98 do CONFAZ continua em vigor, enquanto a manifestação do judiciário não for definitiva, e válida a disposição que define que a base de cálculos do ICMS sobre serviços de comunicações abrange os serviços suplementares e facilidades adicionais. Acrescentou que a competência para analisar a ilegalidade e inconstitucionalidade de normas não é deste órgão julgador, mas sim do STJ e STF. Elucidou que ações judiciais não interferem no andamento do processo na esfera administrativas, salvo se definitivas de mérito e mesmo assim, se favorável ao Fisco Estadual, esta seria meramente declaratória da obrigação da autuada e não poderia suprir o ato de efetuar o lançamento do crédito tributário, que é de competência exclusiva do Fisco e que têm prazo para ser feito, sob pena de perda do direito da Fazenda Pública em função da decadência. Sobre o caráter confiscatório da multa, observou que esta foi estabelecida pela Lei 12.670/96, sendo regulamentada pelo Decreto 24.569/97, logo trata-se de uma imposição legal devendo ser aplicada a todos os contribuintes, independentemente da intenção deles, não sendo competência deste órgão julgador administrativo tributário questionar sua natureza e constitucionalidade, pois o exercício da atividade administrativa é vinculada à lei nos termos do art. 37 da CF/88.

Os autos foram encaminhados, para apreciação do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, que se manifestou pelo acatamento do referido parecer, às fls. 189/191.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de recurso voluntário interposto por **TIM NORDESTE S/A** em face de **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**, concernente ao auto de infração sob o nº. **1/200702366-5**, no qual a recorrente, através de patrono judicial regulamente constituído, se insurgiu contra a Decisão proferida pelo julgador singular. O presente recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

No processo *sub examine*, a requerida foi autuada por *falta de recolhimento de ICMS*, tendo em vista que a empresa informou no DAICMS valores inferiores àqueles demonstrados no Balancete de Verificação no valor de R\$ 5.571.215,37.

Não há preliminares a serem examinadas, uma vez que não foram suscitadas pela recorrente, bem como não existem matérias cognoscíveis de ofício a serem argüidas; motivo pelo qual passo a conhecer diretamente do *meritum causa*.

Importante elucidar acerca da falta de recolhimento do imposto em lide, pois o ICMS incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de *comunicação*. Neste sentido, a ocorrência de quaisquer das operações em comento gera uma relação jurídico/tributária onde se verifica como sujeito ativo da obrigação o Estado e no outro pólo, como sujeito passivo, a contribuinte, sendo devido o crédito tributário.

A infração restou comprovada pela autoridade fiscal, ao confrontar a receita tributada relativa à prestação de serviços de comunicação informada no Balancete de Verificação com a receita das prestações de serviços de comunicação informada no Demonstrativo de Apuração do ICMS. Importante destacar que referidas demonstrações foram aprovadas pelo Conselho Fiscal, Conselho de Administração e pela Diretoria Executiva da empresa, portanto, não cabe discussões acerca da veracidade de tais informações.

A partir desse confronto, o autuante elaborou planilha às fls. 06, onde verificou uma diferença de valores no montante supracitado, demonstrando a omissão de receitas, extensiva às prestações de serviços, consoante art. 827, §8º, III e §9º do RICMS:



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

Art. 827. (...)

§ 8º Caracteriza-se omissão de receita a ocorrência dos seguintes fatos:

(...)

III - diferença apurada pelo cotejo entre as saídas registradas e o valor das saídas efetivamente praticadas ou através do confronto entre os registros contábil e fiscal.

(...)

§ 9º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, às prestações de serviços.

Por oportuno, cumpre ressaltar que quando a fiscalização constata alguma irregularidade na ação fiscal, não poderá o agente fazendário se omitir, conforme preconiza o dispositivo legal do RICMS transcrito *expressis verbis*:

Art. 871. Sempre que for identificada infração a algum dispositivo da legislação tributária, o agente do Fisco deverá adotar as providências legais acautelatórias dos interesses do Estado e, se for o caso, promover a autuação do infrator, sob pena de responsabilidade por omissão ao cumprimento de dever.

A recorrente argüiu que o Convênio 69/98 do CONFAZ, que dispõe sobre a incidência do ICMS sobre serviços complementares de comunicação, é ilegal, sendo tal ilegalidade questionada em ação ordinária. Vale ressaltar, porém, que tal argumento em nada elide a acusação fiscal, pois não existe qualquer vínculo entre o lançamento cobrado no presente auto de infração e a matéria questionada no Judiciário.

Ainda que assim o fosse, ações judiciais não interferem no andamento do processo na esfera administrativa, salvo se definitivas de mérito. Verifica-se, no presente caso, que ainda não houve decisão definitiva quanto à legalidade do referido convênio, portanto o mesmo continua em vigor, validando a cobrança de ICMS sobre serviços complementares de comunicação.

Ademais, importante elucidar que o art. 25, §10º do RICMS também dispõe sobre a incidência de ICMS sobre serviços complementares de comunicação, senão vejamos:



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

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

(...)

§ 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.

Desta feita, no presente caso a contribuinte não recolheu o imposto devido em sua totalidade, em sendo assim, tem-se caracterizada a infração de *falta de recolhimento*, nos termos do art. 123, I alínea "c" da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03, *in verbis*:

Art. 123 - As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidades, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando for o caso:

I - com relação ao recolhimento do ICMS:

(...)

c) falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte, inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares, em todos os casos não compreendidos nas alíneas "d" e "e" deste inciso: multa equivalente a uma vez o valor do imposto.

Quanto ao caráter confiscatório da multa, alegado pela atuada, verifica-se que o art. 150, IV da Constituição Federal veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco, entretanto a penalidade aplicada não caracteriza o confisco alegado, uma vez que incide apenas sobre o valor do imposto devido e tem a finalidade de repelir a conduta ilícita praticada pela contribuinte. Além do que, a vedação recai apenas sobre o tributo, e não quanto ao valor da multa.

Neste azo, observa-se, no presente processo, ser indiscutível o direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário, pois ficou bem delineada a



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

constatação por parte do Fisco da infração no caso em tela, alicerçada em provas substanciais previstas no *Regulamento do ICMS*.

Ex positis, VOTO pelo conhecimento do recurso voluntário, negando-lhe provimento para confirmar a decisão **PROCEDENTE** da ação fiscal, proferida pela instância singular, em atenção às razões já expostas, em conformidade com o parecer da *Consultoria Tributária*, adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

DEMONSTRATIVO

Base de Cálculo	RS 5.571.215,37
Alíquota	25,00%
ICMS (principal)	R\$ 1.392.803,82
Multa (100%)	R\$ 1.392.803,82
TOTAL	RS 2.785.607,64

É o VOTO.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

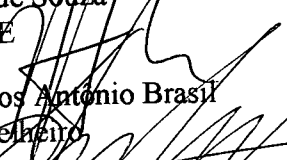
DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente **TIM NORDESTE S/A** e recorrida **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**. A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Voluntário e, por maioria dos votos, negar provimento para confirmar a decisão de **procedência** proferida em 1ª Instância, nos termos do primeiro voto discordante e vencedor proferido pelo Conselheiro José Moreira Sobrinho, que fica designado para elaborar a resolução, e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Foram votos vencidos o Conselheiro relator, Sebastião Almeida Araújo, que se manifestou pela parcial procedência por entender que deveria ser retirado da base de cálculo indicada no auto de infração em tela a rubrica relativa a “aluguel de aparelhos”, registrada na conta 41121200 e a Conselheira Jeritza Gurgel Holanda Rosário Dias. Ausente, no momento da votação, o Conselheiro Marcos Antônio Brasil.

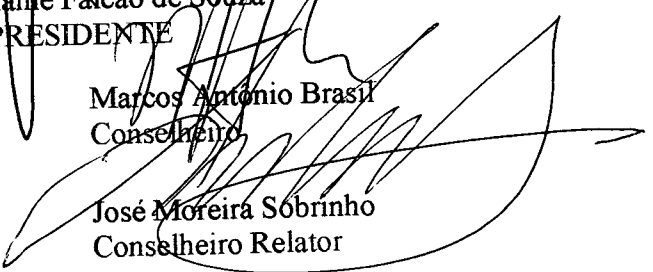
SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 06 de 10 de 2009.


José Wilame Falcão de Souza
PRESIDENTE

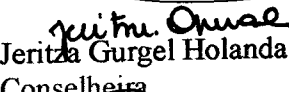

Ana Maria Martins Timbó Holanda
Conselheira



Marcos Antônio Brasil
Conselheiro



Alexandre Mendes de Sousa
Conselheiro


José Moreira Sobrinho
Conselheiro Relator


Sílvia Carvalho Lima Petelinkar
Conselheira


Jeritza Gurgel Holanda Rosário Dias
Conselheira


Sandra Maria Tavares Menezes de Castro
Conselheira


Sebastião Almeida Araújo
Conselheiro

Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO