



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

RESOLUÇÃO Nº 143/18

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO

43ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 20/08/2018

PROCESSO Nº: 1/1572/2016

AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 1/201605835

RECORRENTE: EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A - EMBRATEL

RECORRIDA: Célula de Julgamento de 1ª Instância.

AUTUANTE: Valéria Passos Brasil

RELATOR: Conselheiro André Rodrigues Parente

EMENTA: ICMS. Falta de recolhimento. O contribuinte deixou de recolher o ICMS relativo a serviços de comunicação, período da infração 01/2012 a 12/2014. Base legal: arts. 73 e 74 do Decreto nº 24.569/97 combinado com o art. 2º, inciso VII da Lei nº 12.670/96. Argumentos da Defesa não apreciados pelo julgador de Primeira Instância. Retorno dos Autos à Instância Monocrática, para novo julgamento.

RELATÓRIO

A presente demanda versa sobre o auto de infração nº. 201605835-0, lavrado em razão da falta de recolhimento de ICMS, incidente sobre a prestação de serviços de telecomunicação relativos aos exercícios de 2012, 2013 e 2014.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

A penalidade em discursão, trata do art. 123, I, "c" da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03.

O respectivo Auto de Infração foi lavrado em 11/04/2016, sendo aplicada multa no valor de R\$ 8.911,57 (oito mil, novecentos e onze reais, e cinquenta e sete centavos) e valor do principal de R\$ 8.911,57 (oito mil, novecentos e onze reais, e cinquenta e sete centavos).

Em 19/05/2016, foi lavrado o respectivo termo de revelia (fl. 18). Entretanto, em 18/05/2016, foi apresentada Impugnação (fls. 07 - 09) ao Auto de Infração alegando, em suma:

- a) Da nulidade contida no auto de infração em decorrência do erro cometido pelo auditor fiscal ao deixar de identificar corretamente o sujeito passivo;
- b) Da não incidência do ICMS sobre as receitas au tuadas. Da ilegitimidade da autuação sobre serviços preparatórios, suplementares e de valor adicionado pelo Convênio ICMS nº 69/98;
- c) Sucessivamente. Da natureza confiscatória da multa de 100% do crédito tributário aplicada à impugnante.

Ao julgar a impugnação, o ilustríssimo Julgador de primeira instância julgou procedente o auto de infração, firmando seu entendimento nos seguintes termos:

- 1) Que a arguição de ilegitimidade deve ser afastada, tendo em vista que a empresa é sim o sujeito passivo responsável pela infração no período fiscalizado, diante das provas acostadas ao presente processo.
- 2) Que a arguição de nulidade não deve prosperar, posto a clareza dos procedimentos adotados pelo agente fiscal ao identificar os responsáveis no desenvolvimento da fiscalização, provou-se que o contribuinte deixou de recolher o ICMS devido ao Estado do Ceará.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

3) As alegativas de erros dos cálculos elaborados pela fiscalização não procedem, uma vez que os dados foram os efetivos dados apresentados pelo contribuinte.

Assim, a Decisão de 1ª instância julgou procedente o Auto de Infração, fundamentando que concluído o reexame do feito, vê-se que o procedimento do qual resulta o Auto de Infração não padece de qualquer vício que possa invalidá-lo, restando a infração à legislação tributária do ICMS perfeitamente caracterizada em que se aplica ao autuado a penalidade do art. 123, I, “c” da Lei nº 12.670/96, sem prejuízo do lançamento do imposto.

Posteriormente, em 12/04/2018, fora apresentado tempestivamente o Recurso Ordinário pela empresa, alegando a nulidade da decisão proferida e em primeira instância por ausência de fundamentação – cerceamento de defesa, bem como discutindo e afirmando em base as mesmas alegações, uma vez que, o fez em sua impugnação.

Acostados aos autos o Parecer nº 131/2018 (fls. 165 - 170) da Célula de Assessoria Processual Tributária opinando pelo conhecimento do Recurso Ordinário, para negar-lhe provimento, para que seja mantida a decisão de procedência do julgamento singular.

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

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

- DAS PRELIMINARES

Preliminarmente, foi suscitado pela defesa a nulidade em decorrência do erro cometido pelo auditor fiscal ao supostamente deixar de identificar corretamente o sujeito passivo.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

Inicialmente importa destacar que a Impugnante é sucessora por incorporação da Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A – Embratel, sucedendo-lhes em todos os direitos e obrigações.

Há respeito, insta sobrelevar no que pertine a responsabilidade da Impugnante, CLARO S/A, que o CTN é claro quanto a configuração de responsabilidade nos termos do art. 129, *in verbis*:

“Art. 129. O disposto nesta Seção aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data.”

Cabe mencionar ainda que não há de se falar em qualquer cerceamento do direito de defesa pela falta de regular notificação do sujeito passível.

Isto porque, a Impugnante foi regularmente intimada, tomando ciência de todos os fatos contra ela imputados durante todo o período de fiscalização. Assim inexistente qualquer erro de indicação do sujeito passivo que cause nulidade do auto de infração.

De outra banda, no tocante a nulidade da decisão proferida pelo julgador singular, em razão da ausência de fundamentação, entendo que cabe razão a Recorrente.

De acordo com o art. 93, inciso IX da Constituição Federal as decisões proferidas na instância judicial devem necessariamente ser motivadas, sob pena de implicar em notório cerceamento de defesa. Essa mesma regra é aplicável para as decisões na esfera administrativa. Vejamos:

“(…)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

Também nesse sentido é a regra extraída do art. 489, II do Código de Processo Civil, aplicado, por analogia, ao processo administrativo. *Verba legis*:

“Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;”

Assim, toda e qualquer decisão proferida no âmbito do processo administrativo deve ser fundamentada, ou seja, deve ser devidamente justificada pelo julgador. Com isto o princípio assegura não só a transparência da atividade jurisdicional, mas também viabiliza que se exercite o adequado controle de todas e quaisquer decisões.

É dizer, a decisão deve fundamentar o acolhimento ou a rejeição de cada um dos pedidos e, conseqüentemente, de cada uma das correlatas causas de pedir expostas ao longo da lide.

Caso um mesmo pedido e, conseqüentemente, a mesma causa de pedir correlata tenha mais de um fundamento, basta a adesão ou a rejeição de um dos seus fundamentos para que a decisão seja motivada. O que não se admite, em contrapartida, é que determinado pedido e sua correlata causa de pedir fiquem sem resolução.

Ocorre que, da mera leitura da r. decisão recorrida, nota-se que o Julgador não realizou a apreciação de todos os argumentos apresentados nos autos.

Portanto, por não se revestir dos mínimos e indispensáveis requisitos de validade (ausência de efetiva apreciação de todos os argumentos apresentados) e, principalmente, por não permitir à Recorrente realizar o seu direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório, é de rigor a anulação da r. decisão da D. Célula de Julgamento de Primeira Instância.

- DO MÉRITO



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

Conforme entendimento pacificado pelo E. STJ, que teve como recurso representativo de controvérsia o REsp nº 1176753/RJ, a prestações de serviços conexos de comunicação por meio da telefonia móvel (que são preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação) não se confundem com a prestação da atividade fim — processo de transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza — , esta sim, passível de incidência pelo ICMS. Desse modo, a despeito de alguns deles serem essenciais à efetiva prestação do serviço de comunicação e admitirem a cobrança de tarifa pela prestadora do serviço (concessionária de serviço público), por assumirem o caráter de atividade meio, não constituem, efetivamente, serviços de comunicação, razão pela qual não é possível a incidência do ICMS.

Segue ementa, do acórdão:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇOS CONEXOS (SUPLEMENTARES) AO DE COMUNICAÇÃO (TELEFONIA MÓVEL): TROCA DE TITULARIDADE DE APARELHO CELULAR; CONTA DETALHADA; TROCA DE APARELHO; TROCA DE NÚMERO; MUDANÇA DE ENDEREÇO DE COBRANÇA DE CONTA TELEFÔNICA; TROCA DE ÁREA DE REGISTRO; TROCA DE PLANO DE SERVIÇO; BLOQUEIO DDD E DDI; HABILITAÇÃO; RELIGAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS.

1. A incidência do ICMS, no que se refere à prestação dos serviços de comunicação, deve ser extraída da Constituição Federal e da LC 87/96, incidindo o tributo sobre os serviços de comunicação prestados de forma onerosa, através de qualquer meio inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza (art. 2º, III, da LC 87/96).

2. A prestação de serviços conexos ao de comunicação por meio da telefonia móvel (que são preparatórios, acessórios ou intermediários da comunicação) não se confunde com a prestação da atividade fim processo de transmissão (emissão ou recepção) de informações de qualquer natureza , esta sim, passível de incidência pelo ICMS. Desse modo, a despeito de alguns deles serem essenciais à efetiva prestação do serviço de comunicação e admitirem a cobrança de tarifa pela prestadora do serviço (concessionária de serviço público), por assumirem o caráter de atividade meio, não constituem, efetivamente, serviços de comunicação, razão pela qual não é possível a incidência do ICMS.

3. Não merece reparo a decisão que admitiu o ingresso de terceiro no feito, pois o art. 543-C, § 4º, do CPC autoriza que o Ministro Relator, considerando a relevância da matéria tratada em recurso especial



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

representativo da controvérsia, admita a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na questão jurídica central.

4. Agravo regimental de fls. 871/874 não provido. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.”

Portanto, cabe razão ao Recorrente, uma vez que, consoante jurisprudência consolidada, serviços de valor adicionado não se confundem com serviços de telecomunicações.

- DA NATUREZA CONFISCATORIA DA MULTA

Quanto ao argumento de que a multa aplicada é abusiva, desproporcional, ferindo a capacidade contributiva e que tem efeito confiscatória, logo inconstitucional, entendo tratar-se de matéria afeita ao Poder Judiciário, não sendo competência do CONAT, salvo exceções contidas, conforme dispõe o art. 48 §2º da Lei 15.614/2014, verbis:

“Art.48. O julgamento de processo administrativo-tributário no CONAT é da competência inicial dos Julgadores Administrativo-Tributários sob a forma monocrática, observado o disposto no art.121 desta Lei, e quando em grau de recurso, dos órgãos do CRT, em deliberação coletiva.

§2º Não se inclui na competência da autoridade julgadora afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, ressalvada a hipótese em que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF, observado:

I – em Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Declaratória de Constitucionalidade, após a publicação da decisão;
II – em Ação Direta de Inconstitucionalidade, por via incidental, após a publicação da resolução que suspender a execução do ato, pelo Senado Federal;”

Portanto, tal argumento não merece prosperar.

DECISÃO



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é recorrente a **EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES** e recorrida a **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**. A 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, após conhecer do Recurso Ordinário, resolve por unanimidade de votos, não acatar a decisão condenatória proferida pela Instância singular e determinar o **Retorno dos Autos à Instância Monocrática, para novo julgamento**, em razão dos argumentos da Defesa não terem sido apreciados no julgamento de 1ª Instância. Nos termos do voto do Conselheiro Relator, de acordo com a manifestação oral da representante da Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 20 de Agosto de 2018. - 18/09/18

Lúcia de Fátima Calou de Araújo
Presidente

Maria Virgínia Leite Monteiro
Conselheira

Monica F. Menescal
Conselheira

André Rodrigues Parente
Conselheiro Relator

Ricardo Ferreira Valente Filho
Conselheiro

Osvaldo Alves Dantas
Conselheiro

Michel André Bezerra Lima Gradvohl
Conselheiro

André Gustavo Correia Reis