



PROCESSO Nº 1326742019-9

ACÓRDÃO Nº 140/2024

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

1ª Recorrida: OI MÓVEL S.A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Advogado: Sr.º ANDRÉ GOMES DE OLIVEIRA, inscrito na OAB/RJ Nº 85.266

2ª Recorrente: OI MÓVEL S.A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes: EDUARDO SALES COSTA E JOÃO ELIAS FILHO

Relatora: CONS.ª MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES

DECADÊNCIA - RECONHECIDA DE OFÍCIO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP - INFRAÇÃO CONFIGURADA - MULTA POR INFRAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE ACERCA DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE PELAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS DE JULGAMENTO - REINCIDÊNCIA - NÃO COMPROVADA - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - ALTERADA, QUANTO AOS VALORES, A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

- A ausência de provocação por parte da defesa quanto à decadência de crédito tributário lançado não exime os órgãos julgadores de analisarem a questão, devendo, quando configurada a prejudicial de mérito, ser ela reconhecida e declarada de ofício, nos termos do que estatui o artigo 22, §1º, da Lei nº 10.094/13.

- Tratando-se de um adicional na alíquota do ICMS, o FUNCEP somente é devido nos casos em que o ICMS também o seja.

- Identificados os requisitos que caracterizam a prestação do serviço do serviço de comunicação, as receitas decorrentes desta estão sob a incidência do ICMS, inclusive a relativas aos serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo que regula a matéria.

- As prestações de serviços auxiliares de valor adicionado e intermediários, essenciais ao serviço de comunicação, estão no campo de incidência do ICMS, nos termos da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98.



Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso de ofício por regular e do voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo desprovimento de ambos, mantendo inalterada a decisão singular que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002771/2019-97, lavrado em 30 de agosto de 2019, em desfavor da empresa OI MÓVEL S/A (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 237.782,27 (duzentos e trinta e sete mil, setecentos e oitenta e dois reais e setenta e dois centavos), sendo R\$ 120.648,43 (cento e vinte mil, seiscentos e quarenta e oito reais e quarenta e três centavos) de FUNCEP, por infringência ao artigo 2º, I, da Lei nº 7.611/2004 e mesmo montante a título de multa por infração, com arrimo no artigo 8º da Lei nº 7.611/2004, acrescentado pela Lei nº 9.414/2011.

Ao tempo em que mantenho cancelado, por indevido, o montante de R\$ 63.838,83 (sessenta e três mil, oitocentos e trinta e oito reais e oitenta e três centavos) a título de multa por reincidência, pelas razões acima evidenciadas.

Por fim, cancelo, por indevido, o montante de R\$ 17.572,93 (dezessete mil, quinhentos e setenta e dois reais e noventa e três centavos) sendo, R\$ 7.029,17 de ICMS e o mesmo montante de multa por infração, pelos motivos anteriormente expostos.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.I.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 13 de março de 2024.

MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES

Conselheira

LEONILSON LINS DE LUCENA

Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA E EDUARDO SILVEIRA FRADE.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR

Assessor



PROCESSO Nº 1326742019-9

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

1ª Recorrida: OI MÓVEL S.A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Advogado: Sr.º ANDRÉ GOMES DE OLIVEIRA, inscrito na OAB/RJ Nº 85.266

2ª Recorrente: OI MÓVEL S.A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes: EDUARDO SALES COSTA E JOÃO ELIAS FILHO

Relatora: CONS.ª MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES

DECADÊNCIA - RECONHECIDA DE OFÍCIO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP - INFRAÇÃO CONFIGURADA - MULTA POR INFRAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE ACERCA DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE PELAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS DE JULGAMENTO - REINCIDÊNCIA - NÃO COMPROVADA - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - ALTERADA, QUANTO AOS VALORES, A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

- A ausência de provocação por parte da defesa quanto à decadência de crédito tributário lançado não exime os órgãos julgadores de analisarem a questão, devendo, quando configurada a prejudicial de mérito, ser ela reconhecida e declarada de ofício, nos termos do que estatui o artigo 22, §1º, da Lei nº 10.094/13.
- Tratando-se de um adicional na alíquota do ICMS, o FUNCEP somente é devido nos casos em que o ICMS também o seja.
- Identificados os requisitos que caracterizam a prestação do serviço do serviço de comunicação, as receitas decorrentes desta estão sob a incidência do ICMS, inclusive a relativas aos serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo que regula a matéria.
- As prestações de serviços auxiliares de valor adicionado e intermediários, essenciais ao serviço de comunicação, estão no campo de incidência do ICMS, nos termos da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98.



RELATÓRIO

Por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002771/2019-97, lavrado em 30 de agosto de 2019, o auditor fiscal responsável pelo cumprimento da Ordem de Serviço Normal nº 93300008.12.00006769/2018-66 denuncia a empresa OI MÓVEL S.A – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL., inscrição estadual nº 16.211.981-0, de haver cometido a seguinte irregularidade, *ipsis litteris*:

0465 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA >> O contribuinte deixou de recolher o FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

Nota Explicativa:

O CONTRIBUINTE ESTÁ SENDO AUTUADO POR NÃO TER FEITO INCIDIR O FUNCEP (FUNDO DE COMBATE DE ERRADICAÇÃO DA POBREZA) SOBRE AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO RELACIONADAS NOS DEMONSTRATIVOS EM ANEXO, OS QUAIS PASSAM A SER PARTES INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

A APURAÇÃO DOS VALORES QUE SERVIRAM DE BASE PARA A AUTUAÇÃO FOI REALIZADA ATRAVÉS DA ANÁLISE DOS ARQUIVOS DIGITAIS FORNECIDOS PELA EMPRESA (CONVÊNIO ICMS 115/2003) E DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD).

AS PRESTAÇÕES REFERENCIADAS NOS DEMONSTRATIVOS ANEXADOS AO AUTO DE INFRAÇÃO FORAM APONTADAS, PELO CONTRIBUINTE, DE FORMA ERRÔNEA COMO SENDO ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS PELO ICMS, CUJO RESPECTIVO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO DE OFÍCIO FOI EFETUADO ATRAVÉS DO AUTO DE INFRAÇÃO Nº 93300008.09.00002770/2019-42, LAVRADO CONTRA ESTE MESMO CONTRIBUINTE EM 30/08/2019.

Em decorrência deste evento, o representante fazendário, considerando haver o contribuinte infringido o artigo 2º, I, da Lei nº 7.611/2004, lançou um crédito tributário na quantia total de R\$ 319.194,03 (trezentos e dezenove mil, cento e noventa e quatro reais e três centavos), sendo R\$ 127.677,60 (cento e vinte e sete mil, seiscentos e setenta e sete reais e sessenta centavos) de FUNCEP, a mesma quantia a título de multa por infração com arrimo no artigo 8º da Lei nº 7.611/2004, acrescentado pela Lei nº 9.414/2011 e, R\$ 63.838,83 (sessenta e três mil, oitocentos e trinta e oito reais e oitenta e três centavos) de multa por reincidência.

Documentos instrutórios:

1. Anexo 1 – Demonstrativo das Prestações de Serviço de Comunicação consideradas erroneamente como Isentas e não Tributadas (fl.5);
2. Anexo 2 – Gravado em CD-ROM (fl.6); e,



3. Procuração da Representante Legal (fl.7 a 11).

Depois de cientificada da autuação em 30 de agosto de 2019, a denunciada, por intermédio de seu advogado, protocolou, tempestivamente, impugnação tempestiva contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no auto de infração em tela, por meio da qual alega que:

- a) De início, a tempestividade das alegações;
- b) Em seguida, narra os fatos apurados pela fiscalização;
- c) Que parte das operações, objeto da autuação, se refere a serviços de comunicação prestados aos órgãos do Poder Executivo da Administração Pública, Fundações e Autarquias do Estado da Paraíba, nos termos dos contratos gravados em Mídia CD-ROM à fl. 77, consoante art. 1º do Decreto nº 35.320/2014, vigente à época dos fatos geradores;
- d) Afirma que as operações “TC CPE SOLUTION”, “ADVANCED SERVICES”, “IPCONNECT – SEG. ANTI-DDOS” e “CONSULTA FÁCIL – ADM USUARIO FRANQUIA 500K”, não sofrem incidência de ICMS por não constituírem fato gerador do referido tributo, vez que não são serviços de comunicação propriamente dito;
- e) Acrescenta que os precedentes dos Tribunais Superiores indicam que devem ser segregadas as atividades de prestação de serviços de comunicação dos serviços de outra natureza, restringindo-se à incidência do ICMS aos serviços de comunicação, e os demais, ao ISS, em conformidade como o acórdão proferido do STJ no REsp nº 1176753/RJ, às fls. 30 e 31;
- f) Complementa, ao afirmar que o Convênio ICMS 69/98, em especial, a sua Cláusula Primeira, é objeto de questionamento perante o Judiciário acerca de sua constitucionalidade e ilegalidade, já que no seu bojo pretendeu tributar atividades diversas da prestação de serviços de comunicação, transcrevendo excertos judiciais emanados do STJ que induziriam ao entendimento esposado pelo impugnante;
- g) Transcreveu o disposto no § 1º do art. 61 da Lei Geral das Telecomunicações – LGT e o art. 3º, da Resolução nº 73/98 da ANATEL, onde ficou estabelecido que os serviços de valor adicionado não constituem serviços de telecomunicações;
- h) As atividades exercidas pela empresa representavam serviços de valor adicionado – SVA, regulamentados no artigo 61 da Lei Geral de Telecomunicações, não se enquadrando como serviços de comunicação e, portanto, fora do campo de incidência do ICMS e, por conseguinte, do FUNCEP;
- i) Em algumas situações, as empresas de provimento de acesso à internet são obrigadas a criar estruturas de pequeno porte para passar um cabo de fibra ótica ou levar a onda de rádio até o cliente. Tais



procedimentos não as enquadram como prestadoras de serviços de comunicação;

- j) Caso não seja reconhecida a não incidência do ICMS e do FUNCEP, deve ser acatada a possibilidade de utilização do Convênio ICMS nº 78/2001, regulamentado pelo Decreto nº 27.997/2007, que reduziu a base de cálculo do ICMS;
- k) A empresa autuada efetuou a redução da base de cálculo para a adequação efetiva das exigências do referido convênio e reconhece o pagamento parcial do FUNCEP, restando a recolher os valores indicados nas tabelas apresentadas às fls. 22 a 25;

Declarados conclusos, foram os autos remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos a julgadora fiscal Fernanda Céfora Vieira Braz, que decidiu pela procedência parcial da exigência fiscal, nos termos da seguinte ementa:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. CONFIRMADA. MULTA POR INFRAÇÃO PREVISTA EM LEI. MULTA POR REINCIDÊNCIA CANCELADA.

- O recolhimento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP é devido na forma da legislação estadual, incidindo o percentual de 2% sobre determinadas operações, entre elas, os serviços de comunicação. *In casu*, o ICMS correspondente que deu suporte a cobrança do FUNCEP foi exigido em processo administrativo próprio, dando base, assim, para a exigência do crédito tributário levantado na inicial.

- Confirmado o cometimento da infração, é indispensável aplicar multa por infração prevista em lei. Acertada a ação fiscal.

- Neste caso, os fatos geradores ocorreram antes do pagamento de processo anterior com ato infracional similar, portanto, não restou configurada a prática de reincidência, impelindo o cancelamento da multa respectiva.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMANTE PROCEDENTE

Cientificado da decisão proferida pela instância prima em 13 de abril de 2021, o sujeito passivo interpôs, no dia 12 de maio de 2021, recurso voluntário tempestivo ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, por intermédio do qual reapresenta os argumentos trazidos em sua impugnação e acrescenta que:

- (i) Relativamente às operações prestadas a órgãos do Poder Executivo da Administração Pública, Fundações e Autarquias do Estado da Paraíba, aduz que ao longo do período autuado a recorrente prestou serviços de comunicação a esses órgãos nos termos da Lei nº 8.666/96, que decorreram do processo de licitação no qual a recorrente apresentou a “Proposta de Preços”, em seu Anexo II – Planilha de Formação de Preços, conservando-se vendedora, ocasião em que foi registrada “Ata de Registro de Preços nº 0126/2011”, que comprovam que o valor correspondente à isenção do ICMS foi abatido do preço do serviço;



- (ii) Que os serviços prestados pela Recorrente seguiram o preço constante na “Planilha de Formação de Preços” anexa à “Proposta de Preços”, SEM O ICMS, apresentada por ocasião do Pregão Presencial nº 215/2011, que é exatamente o Pregão que rege a presente autuação;
- (iii) Caberia a autoridade julgadora converter o presente feito em diligência, para que fossem confirmadas a concessão do desconto a que alude o artigo 1º, §5º, do Decreto nº 35.520/2014, sob pena de violação ao princípio da verdade material;
- (iv) O item *TC CPE – SOLUTION* consiste na locação de equipamentos situados dentro dos limites de propriedade do cliente, não podendo ser considerado serviço de comunicação, consoante já assentou o Pleno do Superior Tribunal Federal, quando do julgamento do RE nº 116.121/SP;
- (v) O item *ADVANCED SERVICES*, se refere a serviço de gerenciamento de rede que têm por finalidade tão somente a melhoria de performance e confiabilidade da rede, não existindo, portanto, a figura do emissor, que é necessária para a configuração de serviço de comunicação;
- (vi) Já as operações registradas a título de *IPCONNECT – SEG – ANTI – DDOS* e *CONSULTA FÁCIL – ADM USUARIO FRANQUIA*, consistem em serviços de segurança da informação e para transporte de transações em redes IP, como o próprio nome já indica, se referem a atividades destinadas à proteção das informações do usuário, preservando a sua confidencialidade;
- (vii) Frisa que a Cláusula Décima do Convênio ICMS nº 126/1998, com redação dada pelo Convênio ICMS nº 117/2008, c/c o Convênio ICMS nº 152/2008, que foi internalizado no Estado da Paraíba por meio do Decreto nº 34.010/2013, prevê expressamente que o ICMS incidente sobre as operações de cessão do meio de rede será devido pelo prestador do serviço ao usuário final;
- (viii) O artigo 13 da Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir) deixa claro que a base de cálculo do ICMS é, na prestação de serviço de comunicação, o preço do serviço, ou seja, valor cobrado do respectivo tomador do serviço.

Ao final, a recorrente requer:

- a) Pelo conhecimento e provimento do presente recurso voluntário, de modo que, seja reformada a decisão recorrida, para cancelar os débitos de ICMS em exigência;
- b) Sucessivamente, ao menos, seja julgado parcialmente procedente, uma vez que o ICMS em exigência foi calculado sobre base de cálculo majorada;
- c) Oportunamente, a recorrente protesta pela realização de Sustentação Oral por ocasião de julgamento do presente recurso.



Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos a esta relatoria, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

Considerando o pedido de sustentação oral consignado às fls. 178, o processo foi encaminhado à Assessoria Jurídica do CRF-PB para emissão de parecer técnico acerca da legalidade dos lançamentos, em atenção ao disposto no artigo 20, X, do Regimento Interno desta corte.

Eis o relatório.

VOTO

Em análise nesta corte, os recursos de ofício e voluntário interpostos contra a decisão singular que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002771/2019-97, lavrado contra a empresa OI MÓVEL S/A., já devidamente qualificada nos autos.

Inicialmente, importa declarar que o recurso voluntário apresentado atende ao pressuposto extrínseco da tempestividade, haja vista ter sido interposto dentro do prazo legalmente estabelecido no art. 77 da Lei nº 10.094/13.

Impõe-se declarar, também, que o lançamento de ofício em questão respeitou todas as cautelas da lei, não havendo casos de nulidade considerados nos artigos 14 a 17 da Lei nº 10.094/13, visto que este observa as especificações previstas na legislação de regência art. 41 da Lei nº 10.094/13 e art. 142 do CTN.

Da Decadência

Embora não tenha sido abordada em nenhum momento processual, a decadência tributária se trata de matéria de ordem pública, podendo ser reconhecida e declarada de ofício em qualquer fase do processo. Assim, passo a analisar este fenômeno jurídico com relação a acusação em tela.

Pois bem, quanto a presente acusação, a qual foi verificada nos exercícios de agosto de 2014 a 31/12/2015, cuja repercussão está demonstrada através das planilhas acostada à fl. 6, Mídia Digital – CD ROOM, se vislumbra que a repercussão tributária resultante da acusação de falta de recolhimento do ICMS em virtude de indicar como Isentas e Não Tributadas, mercadorias sujeitas ao imposto estadual está adstrita a aplicação da regra decadencial disciplinada no art. 150, §4º do CTN, abaixo transcrito:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo, a homologação será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.



Este disciplinamento também se encontra positivado no artigo 22 da Lei nº 10.094/13. Vejamos:

Art. 22. Os prazos de decadência e prescrição obedecerão ao disposto na legislação específica de cada tributo, respeitadas as regras do Código Tributário Nacional.

§ 1º A decadência deve ser reconhecida e declarada de ofício.

§ 2º Aplica-se o prazo decadencial previsto no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional aos casos de lançamento por homologação.

§ 3º Na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, em que o contribuinte tenha realizado a entrega de declaração de informações fiscais, à Fazenda Estadual, ou tenha realizado recolhimento a menor do que o declarado, o prazo decadencial será de 5 (cinco) anos, contado exatamente da data da ocorrência do fato gerador.

Assim, considerando que a ciência do auto de infração se efetivou em 30/08/2019, entendo pelo reconhecimento da decadência dos lançamentos até o dia 30/08/2014, devendo ser excluído o montante de R\$ 7.029,17 (sete mil, vinte e nove reais e dezessete centavos) de ICMS e o mesmo montante de multa por infração.

Do Mérito

A acusação sobre a Falta de Recolhimento do FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, contra a empresa Oi Móvel S/A, nos períodos de agosto de 2014 a dezembro de 2015, de acordo com a inicial e os demonstrativos apresentados.

É cediço que o FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – teve sua origem na Constituição Federal, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, em seu art. 82, como forma de prover recursos, para aplicação em ações e programas que viabilizem aos mais necessitados níveis dignos de subsistência e melhorias na qualidade de vida, impondo sua instituição aos Estados, Municípios e Distrito Federal.

O Estado da Paraíba instituiu o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP/PB, por meio da Lei nº 7.611, de 30/06/2004, na forma prevista no seu artigo 1º, abaixo transcrito:

Art. 1º Fica instituído o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza no Estado da Paraíba – FUNCEP/PB, com o objetivo de viabilizar, a todos os paraibanos, acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados, exclusivamente, em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, saneamento básico, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social, voltados para a melhoria da qualidade de vida, conforme disposto no art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT da Constituição Federal.

O art. 2º da Lei nº 7.611/04, elenca as fontes de financiamento do FUNCEP, e dentre elas a incidência do percentual de 2% sobre o valor das operações de alguns produtos e serviços, como o serviço de comunicação, objeto da presente demanda, *in verbis*:

Art. 2º Constituem as receitas do FUNCEP/PB:

I - a parcela do produto da arrecadação correspondente ao adicional de dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Operações Relativas à



Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ou do imposto que vier a substituí-lo, incidente sobre os produtos e serviços abaixo especificados:

(...)

g) serviços de comunicação;

(...)

No caso em evidência, a parcela destinada ao FUNCEP tem seu nascedouro do resultado da aplicação do adicional de 2% na alíquota do ICMS, cuja base de cálculo é o preço do serviço, tratando-se do ICMS sobre a prestação de serviço de comunicação, consoante se infere do artigo 14 do RICMS/PB, infraticado:

Art. 14. A base de cálculo do imposto é:

(...)

III – na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço;

Diante da irregularidade evidenciada, a fiscalização aplicou a penalidade insculpida no artigo 8º da Lei nº 7.611/04, acrescentado pela Lei nº 9.414/11:

Art. 8º A falta de recolhimento do adicional de que trata o “caput” do inciso I do Art. 2º implicará multa de 100% (cem por cento) sobre o valor não recolhido.

Ressalto, que a matéria versada no presente processo se relaciona com aquela do Processo nº 1326722019-0, originado em decorrência do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002770/2019-42 (fl. 03 e 04), lavrado em 30/08/2019, que trata acerca da falta de recolhimento do ICMS sobre prestações onerosas de serviço de comunicação, declarados como Isentos e Não Tributados.

Pelo exposto, torna-se imprescindível o exame da decisão que fundamenta a legalidade de cobrança do ICMS incidente sobre os serviços indevidamente declarados como isentos ou não tributados pela ora reclamante.

O referido processo, foi julgado por este Conselho de Recursos Fiscais em 30 de janeiro de 2024. Na ocasião o Tribunal Pleno deste e Conselho de Recursos Fiscais votou, à unanimidade, e em consonância com o voto da então relatora, pela parcial procedência do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002770/2019-42, lavrado em 30 de agosto de 2019, conforme se pode observar da ementa, abaixo reproduzida:

DECADÊNCIA RECONHECIDA DE OFÍCIO – PARCIALIDADE - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO – AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. REFORMADA, DE OFÍCIO, A DESCISÃO SINGULAR. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- A ausência de provocação por parte da defesa quanto à decadência de crédito tributário lançado não exime os órgãos julgadores de analisarem a questão, devendo, quando configurada a prejudicial de mérito, ser ela reconhecida e declarada de ofício, nos termos do que estatui o artigo 22, §1º, da Lei nº 10.094/13.



- A prestação de serviços de comunicação junto à Administração Pública contratante somente goza do benefício da isenção de que trata o Decreto nº 35.320/14 quando atendidas, estritamente, as condições neles impostas, no tocante a comprovação da redução no preço do serviço prestado e, cumulativamente, a indicação, no documento fiscal, do valor do desconto. Interpretação literal da legislação tributária que dispõe sobre outorga de isenção, segundo impõe o artigo 111 do CTN.

- No caso dos autos, o sujeito passivo não apresentou documentos que comprovassem o que alega, ou que justificassem a falta de emissão de documentos fiscais, relativamente aos serviços de comunicação que prestara.

Do exame do caderno processual, verifica-se que o auditor fiscal responsável pela autuação apresentou, como justificativa para o lançamento de ofício, a falta de recolhimento a título de FUNCEP incidente sobre serviços onerosos de comunicação prestados pela recorrente¹, relativamente a fatos geradores ocorridos no período de agosto de 2014 a dezembro de 2015, conforme apresentado no demonstrativo juntado às fls. 9.

Em seu favor, a recorrente aduz que as atividades por ela exercidas representavam serviços de valor adicionado – SVA, não se enquadrando como serviços de comunicação e, por conseguinte, fora do campo de incidência do ICMS (e do FUNCEP).

Defende, subsidiariamente, caso não reconhecida a não incidência do ICMS e do FUNCEP, que seja acatada a possibilidade de utilização do Convênio ICMS nº 78/2001.

Assim, prevalece a determinação legal de que a base de cálculo do ICMS comunicação é o preço do serviço. A denominação dada a parcelas dessa prestação de serviço pela Reclamante não desvirtua a base de cálculo do ICMS, devendo ser cobrado o imposto pelo valor integral, consoante o artigo 14 do RICMS/PB, supracitado.

No tocante ao argumento da não tributação pelo ICSM das receitas oriundas de órgãos da Administração Direta e Indireta, a matéria foi devidamente tratada a analisada na sentença singular, verificando que as condições para a fruição do benefício da isenção não foram com foram cumpridas, em conformidade com as obrigações estabelecidas no art. 1º, §5, do Decreto nº 35.320/04, impossibilitando o uso do benefício fiscal, em conformidade com a transcrição:

Como demonstrado nos autos, as NFST não foram preenchidas em conformidade com o que estatui o Decreto nº 35.320/14, pois não existe, nestes documentos fiscais, indicação da dedução do preço da prestação do serviço em virtude do benefício da isenção, ou seja, não foi abatido do preço do serviço o ICMS e FUNCEP correspondentes, de acordo com cópias de Notas Fiscais de Serviço de Telecomunicações – NFSTs inseridas às fls. 7 a 17 dos autos como também CD – ROM anexo às fls.77.

Ademais, conforme análise realizada pela nobre julgadora monocrática, os documentos apensos às fls. 8 a 11, cuja prestação de serviço foi destinada a órgão público, se deduziu que o valor do

¹ O detalhamento dos serviços consta na mídia digital juntada às fls. 6.



desconto concedido no valor de R\$ 509,40 não corresponde ao ICMS acrescido do FUNCEP incidente sobre a Base de Cálculo (R\$ 20.798,99), informada pela própria recorrente, ou seja, não está demonstrado o desconto devido.

De mais a mais, os valores referentes ao desconto correspondem ao somatório das seguintes rubricas: Desconto Especial 50% - Assinatura Oi Empresa Controle; Desconto Especial 15% - Assinatura Oi Controle e Desconto Especial 5% - Assinatura Oi Empresa Controle, nada tendo relação com o abatimento do preço em virtude da isenção do ICMS.

Assim, comprovado nos autos a inobservância das condições exigidas para fruição da isenção e tendo em vista que a recorrente nada trouxe aos autos que pudesse comprovar que atendeu aos requisitos exigidos, reputo correta a interpretação dos auditores fiscais quanto à exigibilidade dos créditos tributários decorrentes da prestação de serviço de comunicação, bem como a manifestação da instância prima.

Além disso, a Reclamante trouxe o argumento de que a cobrança incorreu em serviços de valor adicionados e, por isso, no seu entendimento não tributados. Afirma que não incide o ICMS/FUNCEP sobre a prestação de serviços preparatórios de telecomunicações, a exemplo de “TC CPE SOLUTION”, “ADVANCED SERVICES”, “IPCONNECT – SEG. ANTI-DDOS” e “CONSULTA FÁCIL – ADM USUARIO FRANQUIA 500K.

A natureza dos serviços suplementares ou adicionais alegados pela Reclamante, como bem observado pela instância *a quo*, se adequa ao conceito de “serviço de valor adicionado”, devendo ser tratados como serviços onerosos de comunicação, consoante se extrai do art. 3º, III, da Lei nº 6.379/96, que acompanha o que disciplina a LC nº 87/96, infra, pois, extrai-se da citada norma que as prestações onerosas de comunicação por qualquer meio ou de qualquer natureza, incide ICMS, conseqüentemente, sujeitando-se também à incidência do FUNCEP. Veja-se:

Lei Complementar nº 87/96

Art. 2º O imposto incide sobre:

(...)

III - 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; (grifos nossos)

Lei nº 6.379/96

Art. 3º O imposto incide sobre:

(...)

III - 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

Embora haja jurisprudência ao contrário, conforme citado pela Recorrente, esta Corte Administrativa à maioria, tem entendimento diverso em relação aos serviços



adicionais onerosos ao de comunicação, pois estes caracterizam, sim, fato gerador do ICMS, e conseqüentemente do FUNCEP.

Outrossim, ainda no que concerne ao mérito, com relação ao demonstrativo constante do Anexo II, ressaltou que o ICMS é imposto incidente sobre serviços de comunicação, não sendo possível a cobrança do FUNCEP correspondente ao adicional do ICMS sobre outros serviços que não os serviços de comunicação, por falta de previsão legal e constitucional.

Desta forma assentou que os valores que não foram incluídos na base de cálculo do ICMS, justamente os valores que ensejam a lavratura do Auto de Infração em referência, não foram porque são relacionados à comercialização de aplicativos, músicas, jogos e outros serviços que não se enquadram no conceito de comunicação, mas sim, ao conceito de serviço de valor adicionado e, portanto, não podem sofrer a incidência do referido imposto, conforme entendimento pacificado do C. Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Sobre eles cumpre esclarecer, porém, que o Processo principal consolidou a exigência tributária de ICMS nos casos em comento, tendo este e. Conselho de Recursos Fiscais entendido pela incidência do tributo nestes casos.

Uma vez que tais argumentos foram enfrentados no processo principal, que entendeu pela incidência do ICMS nos casos ora autuados, não haveria que se falar em entendimento dissonante quando no julgamento do FUNCEP, mormente por tratar-se de adicional deste.

Ressalto que este Colegiado já se posicionou neste sentido em diversas decisões, acerca de matéria similar, no que se refere à base de cálculo dos serviços de telecomunicações, tanto para o cálculo do FUNCEP como para o ICMS, a exemplo dos acórdãos abaixo transcritos:

Processo nº 0462932015-6
Acórdão nº 523/2018
Relator: Consº Petrônio Rodrigues Lima).

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. CONFIRMAÇÃO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- O recolhimento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP – é devido na forma da legislação estadual, incidindo o percentual de 2% sobre determinadas operações, entre elas o serviço de comunicação. “In casu”, o ICMS correspondente que deu suporte a cobrança do FUNCEP foi exigido em processo administrativo próprio, decidido por meio do Acórdão nº 150/2016, transitado em julgado, dando base, assim, para a exigência do crédito tributário levantado na inicial. - Por absoluta falta de competência legal é defeso aos Órgãos Julgadores Administrativos declarar inconstitucionalidade de norma, em detrimento à pretensão da recorrente.

Processo nº 1358492017-5
Acórdão Nº 0222/2021 Primeira Câmara



Relator: Cons.º Petrônio Rodrigues Lima) RECOLHIMENTO DO FUNCEP - FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. INFRAÇÃO CONFIGURADA. MANTIDA DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- O Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza no Estado da Paraíba - FUNCEP/PB, cujo valor corresponde a um adicional de 2% sobre o valor da prestação, incide sobre as operações de serviço de comunicação.

- As prestações de serviços auxiliares, de valor adicionado e intermediários, essenciais ao serviço de comunicação, estão no campo de incidência do ICMS e, conseqüentemente, do FUNCEP, nos termos da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98.

Operações de Cessões de Meios de Rede – Remuneração de Rede e Serviços SMS

Nesse ponto, a recorrente afirma que as prestações registradas sob os CFOPs 5.301 e 6.301 se referem à cessão de meio de rede, também conhecidas como interconexão e DETRAF, em que uma operadora se vale da rede de telefonia de outra operadora para prestar serviço de comunicação ao usuário final.

Quanto às operações de cessão onerosa de meios de rede para outras operadoras, estas ocorrem quando uma operadora cede sua rede de comunicação a outra para que realize a prestação de serviço de comunicação ao seu cliente, como o próprio título da operação sugere.

Ou seja, as operações de cessão de meios de rede para outras operadoras, quando ocorrem, não são tributadas, estas prestações de serviços são registradas na escrita fiscal sob os CFOPS 5301 e 6301, os quais se reportam à **Prestação de serviço de comunicação para execução de serviço da mesma natureza**, sendo CFOP 5301 referente às operações internas e CFOP 6301 relativo às operações interestaduais, por conseguinte, as operações que são alcançadas pelo diferimento são estas entre as operadoras, as quais devem observar diversos requisitos, conforme capitulado na Cláusula segunda do Convênio ICMS nº 17/13, que assim determina:

Cláusula segunda O tratamento previsto na cláusula primeira fica condicionado à comprovação do uso do serviço como meio de rede, da seguinte forma:

I - apresentação de demonstrativo de tráfego, contrato de cessão de meios de rede ou outro documento, contendo a natureza e o detalhamento dos serviços, endereços e características do local de instalação do meio;

II - declaração expressa do tomador do serviço confirmando o uso como meio de rede;

III - utilização de código específico para as prestações de que trata esta cláusula, nos arquivos previstos no [Convênio ICMS 115/03](#), de 12 de dezembro de 2003;

IV - indicação, no corpo da nota fiscal, do número do contrato ou do relatório de tráfego ou de identificação específica do meio de rede que comprove a natureza dos serviços e sua finalidade.

Destarte, este entendimento já vem sendo adotado por este Conselho de Recursos Fiscais, não merecendo acolhida neste órgão colegiado o pedido de



afastamento do imposto relativo às prestações de serviço de comunicação realizadas com o emprego da cessão de meios de rede.

Em relação a incorreta apuração de base de cálculo do imposto, a recorrente argumenta que a Base de Cálculo está incorreta, pois foi majorada com a inclusão do “ICMS por dentro”.

Continua afirmando que não há que se falar em tributação do ICMS por dentro, vez que não há sequer ICMS a pagar, ou seja, não existe motivo para inclusão do imposto no preço da operação.

Não obstante, o art. 13, §1º, I, da Lei Complementar nº 87/96, estabelece que integra a base de cálculo o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle, consoante dispositivo legal abaixo transcrito:

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

(...)

§1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do capu deste artigo:

I – o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;

Desse modo, se percebe que a Lei Complementar nº 86/96 como também a Lei Estadual nº 6.379/96 estabelecem que o ICMS integra a sua base de cálculo, portanto, não há erro na composição na base de cálculo em comento, tampouco foi majorada equivocadamente, o cálculo apresentado observa as disposições legais.

Da Reincidência

A julgadora monocrática, pesquisando o Termo de Antecedentes da ora impugnante no Sistema ATF desta Secretaria, diligentemente verificou a existência do Processo nº 1547712018-5 no qual consta como infringido o art. 2º, I, da Lei nº 7.611/2004, e que foi liquidado pelo pagamento em 11/10/2018.

Desse modo, o dispositivo legal infringido é idêntico entre este auto de infração e aquele já pago acima citado, todavia, a infração ora examinada ocorreu no período de agosto de 2014 a dezembro de 2015, logo, o ato infracional não foi cometido em data posterior ao pagamento realizado em 11/10/2018, por conseguinte, não é devida a multa por reincidência, motivo pelo qual me acosto ao entendimento proferido pela nobre julgadora monocrática que excluiu o crédito tributário exigível.

Quanto ao pedido da recorrente para que a multa seja pautada nos limites da razoabilidade e da proporcionalidade, destaco que o tema, na esfera administrativa, não comporta maiores discussões.

É cediço que, para se afastar a penalidade imposta, far-se-ia necessário analisar a inconstitucionalidade do dispositivo legal que a embasou; todavia este juízo de



valor excede a competência dos órgãos julgadores, *ex vi* do artigo 55, I, da Lei nº 10.094/13:

Art. 55. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

Ademais, a matéria já foi sumulada pelo Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, tendo, inclusive, efeito vinculante em relação à Administração Tributária Estadual e aos contribuintes e responsáveis.

Observemos a redação do artigo 90, § 3º, da Lei nº 10.094/13, bem como o teor da Súmula 03, publicada no Diário Oficial Eletrônico em 19 de novembro de 2019:

Lei nº 10.094/13:

Art. 90. Compete ao Conselho de Recursos Fiscais, apreciar proposta de súmula para consolidar suas decisões reiteradas e uniformes.

(...)

§ 3º Depois de publicada no Diário Oficial Eletrônico da Secretaria de Estado da Receita - DOe-SER, a súmula terá efeito vinculante em relação à Administração Tributária Estadual e aos contribuintes e responsáveis.

Portaria nº 00311/2019/SEFAZ:

SÚMULA 03 – A declaração de inconstitucionalidade de lei não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos. (Acórdãos nºs: 436/2019; 400/2019; 392/2019; 303/2019; 294/2018; 186/2019; 455/2019).

Por conseguinte, ratifico os termos da decisão recorrida, vez que proferida em conformidade com a legislação de regência.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício por regular e do voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo desprovimento de ambos, mantendo inalterada a decisão singular que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002771/2019-97, lavrado em 30 de agosto de 2019, em desfavor da empresa OI MÓVEL S/A (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL), condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 237.782,27 (duzentos e trinta e sete mil, setecentos e oitenta e dois reais e setenta e dois centavos), sendo R\$ 120.648,43 (cento e vinte mil, seiscentos e quarenta e oito reais e quarenta e três centavos) de FUNCEP, por infringência ao artigo 2º, I, da Lei nº 7.611/2004 e mesmo montante a título de multa por infração, com arrimo no artigo 8º da Lei nº 7.611/2004, acrescentado pela Lei nº 9.414/2011.

Ao tempo em que mantenho cancelado, por indevido, o montante de R\$ 63.838,83 (sessenta e três mil, oitocentos e trinta e oito reais e oitenta e três centavos) a título de multa por reincidência, pelas razões acima evidenciadas.

Por fim, cancelo, por indevido, o montante de R\$ 17.572,93 (dezessete mil, quinhentos e setenta e dois reais e noventa e três centavos) sendo, R\$ 7.029,17 de ICMS e o mesmo montante de multa por infração, pelos motivos anteriormente expostos.



Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Segunda Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência em 13 de março de 2024.

Maíra Catão da Cunha Cavalcanti Simões
Conselheira Relatora