



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

Processo nº 046.115.2013-7

Recursos HIE/VOL/CRF-556/2014

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

1ª Recorrida: TELEMAR NORTE LESTE S/A.

2ª Recorrente: TELEMAR NORTE LESTE S/A.

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXEC. DE JULG. DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

Advogados: LUIZ EUGÊNIO PORTO SEVERO DA COSTA, GABRIEL ROSA DA ROCHA, RAPHAEL MARQUES BATISTA BELTRÃO E LEIDSON FLAMARION TORRES MATOS (Sustentação Oral).

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA

Autuantes: EDUARDO SALES COSTA E JOÃO ELIAS DA COSTA FILHO

Relator: CONS. PETRÔNIO RODRIGUES LIMA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. PRELIMINAR. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. REDUÇÃO DA MULTA APLICADA. EXCLUSÃO DA MULTA RECIDIVA APLICADA. ALTERADA A DECISÃO RECORRIDA QUANTO AOS VALORES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

Nulidade não configurada, por estarem presentes, no lançamento de ofício, os requisitos previstos na legislação de regência.

A acusação de falta de recolhimento do ICMS sobre as receitas relativas à Prestação de Serviços de Comunicação encontra respaldo na legislação estadual.

Reduzida a multa em virtude de Lei Nova mais benéfica ao contribuinte.

Exclusão da multa recidiva, haja vista que no período indicado no auto infracional este era primário no cometimento do ilícito fiscal objeto da penalidade majorada, para os efeitos da legislação de regência.

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

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do recurso hierárquico por regular e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo desprovidimento do hierárquico e provimento parcial do voluntário, para alterar os valores da sentença monocrática e julgar parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000518/2013-03, lavrado em 19/4/2013, contra a empresa TELEMAR NORTE LESTE S.A., inscrição estadual nº 16.064.797-5, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 10.318.703,15 (dez milhões, trezentos e dezoito mil, setecentos e três reais e quinze centavos), sendo R\$ 5.896.401,87 (cinco

milhões, oitocentos e noventa e seis mil, quatrocentos e um reais e oitenta e sete centavos) de ICMS nos termos do art. 13, III, art. 11, V e art. 12, VII, todos da Lei nº 6.379/96, e 4.422.301,28 (quatro milhões, quatrocentos e vinte e dois mil, trezentos e um reais e vinte e oito centavos) de multa por infração nos termos dos artigos 82, IV, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, cancelo por indevido o valor de R\$ 6.563.982,70, referente a multa por infração proposta na inicial, bem como a recidiva aplicada pela instância a quo.

Deve a Repartição Preparadora observar que parte do crédito tributário foi recolhido, conforme documentos às fls. 63 a 73, anteriormente à Lei nº 10.008/13, sendo esta já extinta pelo pagamento, nos termos do art. 156, I, do CTN.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.I.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 21 de outubro de 2016.

Petrônio Rodrigues Lima
Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO, DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA e JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

O Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000518/2013-03, lavrado em 19/4/2013, contra a empresa TELEMAR NORTE LESTE S.A., inscrição estadual nº 16.064.797-5, com ciência pessoal em 25/4/2013, relativo a fatos geradores ocorridos no exercício de 2010, denuncia:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO >> O contribuinte acima qualificado, deixou de recolher o ICMS sobre a prestação de serviços de comunicação sujeitos à incidência do imposto estadual e que foram indicados pela autuada como sendo ISENTAS E NÃO TRIBUTADAS.

Nota Explicativa:

O CONTRIBUINTE ACIMA QUALIFICADO DEIXOU DE RECOLHER O ICMS DEVIDO SOBRE AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO IMPOSTO ESTADUAL, FATURADAS ATRAVÉS DE NFST, EM RAZÃO DE TER INDICADO ERRONEAMENTE COMO SENDO PRESTAÇÕES ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS, A APURAÇÃO FOI REALIZADA ATRAVÉS DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS FORNECIDOS PELA EMPRESA, QUE SERVIRAM DE BASE PARA CONFECÇÃO DOS DEMONSTRATIVOS QUE SEGUEM EM ANEXO, OS QUAIS PASSAM A SER PARTES INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

Foi dado como infringido o art. 13, III, art. 11, V e art. 12, VII, todos da Lei nº 6.379, de 2/12/1996. Com proposição da penalidade prevista no art. 82, IV, da Lei nº 6.379/96. E apurado um crédito tributário no valor de 14.741.004,71, sendo R\$ 5.896.401,87, de ICMS, e R\$ 8.844.602,84 de multa por infração.

Em oposição à denúncia fiscal, o contribuinte, através de advogados, apresentou Reclamação, em 27/5/2013 (fls. 16 a 44), tendo os autuantes apresentado contestação, conforme fls. 77 a 89.

Com informação de antecedentes fiscais (fls. 99 a 103), os autos foram conclusos (fl. 104), e remetidos para a Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram

distribuídos para o julgador fiscal, Anísio Costa, que decidiu pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do feito fiscal, fixando o crédito tributário em R\$ 12.599.323,53, sendo R\$ 5.896.401,87, de ICMS e R\$ 6.702.921,66, de multa por infração e multa recidiva (fls. 106 a 118).

Cientificado da decisão de primeira instância, por via postal, com AR, em 20/1/2014 (fl. 121), o contribuinte interpôs recurso voluntário perante este Colegiado, em 17/2/2014 (fls. 123 a 151).

Iniciando o recurso, tece comentários sobre a sua tempestividade e faz uma síntese dos fatos, para demonstrar sua irresignação com a decisão de primeira instância.

Em preliminar, argui a nulidade do lançamento fiscal alegando imperfeição na descrição da infração, a qual considera que não há qualquer indicação de quais prestações foram tidas como isentas pela recorrente, o que não teria permitido à autuada, uma compreensão dos fatos narrados.

No mérito, afirma que a maior parte das receitas autuadas se referem a serviços prestados aos Órgãos da Administração Pública Direta e às suas Fundações e Autarquias, não sendo passíveis de tributação pelo ICMS, por força do Decreto nº 24.755/03 e do art. 5º, LVII do RICMS/PB.

Em seguida, se manifesta contra a cobrança do ICMS sobre as receitas de facilidades postas à disposição de seus clientes, tais como “siga-me”, “disque despertador”, “chamada em espera”, “auxílio à lista (102)” e outras, as quais considera que não decorreriam da atividade fim do contribuinte, não podendo, no seu entender, serem incluídas na base de cálculo do ICMS.

Depois, se insurge contra a incidência do imposto sobre as receitas de aluguel de equipamentos, alegando se tratar de mera locação de coisa.

Adiante, declara que a multa aplicada é atentatória ao princípio do não confisco.

Por fim, requer o provimento do recurso para reformar a decisão de primeiro grau e declarar a insubsistência integral do auto de infração, inclusive multas e juros.

Subsidiariamente, requer que seja exonerada do pagamento da multa, ou, ao menos, que esta seja reduzida a patamar não superior a 20% (vinte por cento).

Encerrando os argumentos recursais, protesta pela realização de sustentação oral na sessão de julgamento do presente recurso, solicitando a intimação dos advogados: Luiz Eugênio Porto Severo da Costa, OAB/RJ nº 123.433, Gabriel Rosa da Rocha, OAB/RJ nº 123.995, Raphael Marques Batista Leitão, OAB/RJ 142.480 e Leidson Flamarion Torres Matos, OAB/PB nº 13.040.

Por sua vez, os fazendários se manifestaram em contrarrazoado (fls. 153 a 157), onde reconhecem o recolhimento de parte do crédito tributário apurado, conforme documentos às fls. 63 a 73.

No tocante às receitas relativas às prestações de serviços para os órgãos da Administração Pública Direta e Indireta, dizem que a autuada deixou de cumprir as condições estabelecidas no art. 1º, § 1º, I e II, do Decreto nº 24.755/03.

Neste sentido, informam que a recorrente não atendeu à Notificação dos auditores (fl. 158) para detalhar as cobranças realizadas em algumas ligações cobradas dos entes estatais, limitando-se a declarar que se tratavam de informações intravires da Empresa e comercialmente estratégicas.

Sobre as receitas de aluguel de equipamentos apresentam o entendimento da ANATEL, em resposta a consulta formulada pelo CONFAZ, referente ao provimento de serviços de telecomunicações e da utilização da infraestrutura de suporte à prestação dos serviços.

Concluem pela manutenção dos termos do julgamento monocrático, apenas considerando a dedução dos recolhimentos efetuados.

Remetidos a este Colegiado, os autos foram distribuídos ao então Conselheiro Francisco Gomes de Lima Netto, sendo submetido à apreciação por esta Corte na Sessão nº 1.806, realizada em 26/2/2016. Após a leitura do relatório e concedida a palavra ao advogado da recorrente, Sr. Pedro Monteiro Bonfim Bello, que se pronunciou sobre as razões recursais, o relator retirou o seu voto para melhor análise e posterior julgamento.

Em razão do término do mandado, ocorrida em março/2016, houve alteração dos membros do pleno desta Corte, sendo o presente processo redistribuído a esta relatoria para nova apreciação e julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se dos recursos hierárquico e voluntário interpostos contra a decisão de primeira instância que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000518/2013-03, lavrado em 19/4/2013, onde foi mantida a exigência do exigência do seguinte crédito tributário:

=> Crédito Tributário	ICMS	MULTA	TOTAL
Falta de Recolhimento do ICMS Serv. Com.	5.896.401,87	6.702.921,66	12.599.323,53
Total	5.896.401,87	6.702.921,66	12.599.323,53

De início, cabe-nos reconhecer a tempestividade do recurso do contribuinte, visto que a ciência da decisão de primeira instância se deu no dia 20/1/2014 e o recurso foi protocolado no dia 17/2/2014, portanto dentro do prazo delimitado pelo art. 77 da Lei nº 10.094/2013.

Em preliminar, analisaremos a arguição de nulidade posta pela recorrente, que alegou que os fatos descritos no auto de infração não são suficientes para determinar com segurança a natureza da infração, acarretando cerceamento de seu direito de defesa.

Examinando a peça acusatória verifica-se que nela se encontram delineados os requisitos previstos no art. 41 da Lei nº 10.094/2013.

Com efeito, conforme consta na exordial, o contribuinte foi acusado de Falta de Recolhimento do ICMS atinente à Prestação de Serviços de Comunicação, por deixar de recolher o ICMS sobre a

prestação de serviços de comunicação sujeitos à incidência do imposto estadual e que foram indicados pela autuada como sendo ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS.

Complementando a denúncia, foi informado, em nota explicativa, que o lançamento fiscal tomou como base nas informações contidas nos arquivos magnéticos fornecidos pela empresa, respaldando os demonstrativos acostados aos autos (fls. 7 a 14), onde foram discriminados, mês a mês, os valores dos serviços prestados pela empresa sem débito do ICMS, e que formaram a base de cálculo do imposto lançado no auto de infração.

Como se observa, a fundamentação da infração, ao contrário do que diz a recorrente, foi feita de forma clara e objetiva, nela podendo se identificar todos os requisitos contidos na definição expressa no art. 142 do CTN, verbis:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Neste sentido, não se vislumbra na peça introdutória qualquer vício de forma que possa acarretar a nulidade do lançamento fiscal.

Ademais, para decretação da nulidade, deve ser constatado um real e notório prejuízo à defesa da recorrente, o que não ocorreu, no caso dos autos, onde a autuada demonstrou plena desenvoltura na sua defesa e ampla compreensão da infração cometida, não havendo, assim, que se cogitar da anulação do lançamento fiscal.

Assim, invocando o postulado, *pas de nullité sans grief*, a nulidade processual não deve ser aplicada ao presente caso, por não ter sido demonstrado um efetivo prejuízo à parte interessada.

Mérito

Passando ao mérito, a acusação formalizada na exordial se refere à falta de recolhimento do ICMS atinente à prestação de serviços de comunicação, em razão de o contribuinte ter consignado como sendo isentas ou não tributadas, prestações faturadas aos seus clientes nas Notas Fiscais de Serviços de Comunicação – NFSTs.

Como se sabe, a exigência do ICMS sobre as prestações de serviços de comunicação decorre da competência atribuída pela Constituição Federal aos Estados e ao Distrito Federal, para a instituição de tal imposto, na forma do art. 155, II, 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. **(g.n)**.

No âmbito da competência constitucional, a Lei 6.379/96 - Lei do ICMS no Estado da Paraíba, acompanhando o estabelecido na Lei Complementar 87/96, veio a dispor sobre as hipóteses de incidência do imposto sobre os serviços de comunicação, como se segue:

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.

Neste sentido, estabelece a base de cálculo para cobrança do imposto nas prestações de serviços de comunicação, nos termos expressos no art. 14, verbis:

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

(...)

III – na prestação de serviço de transportes interestadual e intermunicipal e **de comunicação, o preço do serviço; (g.n.)**.

Em outra vertente, a Lei 9.472, de 16/07/1997 - Lei Geral das Telecomunicações – veio a definir, no seu art. 60, o que vem a ser um serviço de telecomunicação, como se segue:

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

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o **conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis. (g.n.)**.

Como se observa, a definição dada pelo art. 60 da LGT nos traz uma visão atualizada do que se concebe como uma prestação de serviços de telecomunicação no mundo moderno, onde, em virtude do advento da robótica e dos processos automatizados, a transmissão das mensagens é efetuada através da disponibilização de uma plataforma tecnológica capaz de possibilitar a oferta de telecomunicação requerida pelos usuários.

Nesse cenário, a intervenção humana (obrigação de fazer) fica restrita às atividades operacionais e de controle necessárias a proporcionar uma comunicação eficaz, de forma a garantir um serviço de qualidade operando com eficiência e qualidade.

Para tanto, é imprescindível que o sistema opere com máxima disponibilidade, que as mensagens sejam transmitidas com integridade e num curto espaço de tempo. Portanto, as atividades de instalação, monitoração, controle, manutenção e modernização dessa estrutura tecnológica não podem ser dissociadas do serviço de comunicação, sendo a ele intrínsecas, por contribuírem diretamente para a eficácia desse serviço.

Assim, um serviço de telecomunicação consiste na disponibilização onerosa dos meios necessários a viabilizar a oferta de comunicação entre os usuários. Com isso, são partes integrantes do serviço de telecomunicação os equipamentos e atividades operacionais essenciais ao funcionamento dessa rede de equipamentos.

Logo, todas as atividades, sejam de instalação, manutenção ou controle, necessárias para prover e manter o serviço dentro de padrões definidos nos acordos de nível de serviços, aí compreendidas a disponibilização de equipamentos, na medida em que demonstrem serem essenciais para prover o funcionamento da estrutura e as atividades necessárias para manter o seu funcionamento, configuram partes indissociáveis do serviço de telecomunicação, devendo seus custos serem computados na base de cálculo do ICMS sobre o serviço.

Examinaremos a seguir as receitas descritas pela recorrente como fora do campo de incidência do ICMS.

Isenção das Receitas Decorrentes dos Serviços Prestados à Administração Pública

No seu recurso, a recorrente vem a alegar que alguns dos serviços autuados foram prestados a órgãos da Administração Pública sendo, portanto, beneficiados com a isenção, na forma prevista no Convênio ICMS nº 26/03 e do Decreto nº 24.755/03.

Art. 1º Fica concedido isenção de ICMS nas operações ou prestações internas, relativas a aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias.

§ 1º A isenção de que trata o “caput” fica condicionada:

I – ao desconto no preço, do valor equivalente ao imposto dispensado;

II – à indicação, no respectivo documento fiscal, do valor do desconto;

III – à comprovação de inexistência de similar produzido no país, na hipótese de qualquer operação com mercadorias importadas do exterior.

Como se observa, pelo texto legal, a concessão do benefício está condicionada ao cumprimento de certas obrigações, em especial: i) que seja dado desconto equivalente ao valor do imposto dispensado e ii) que esse valor esteja expressamente descrito no documento fiscal.

Assim, não basta se comprovar que os serviços tenham sido prestados a órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias, também é necessário que haja a expressa indicação no documento fiscal do valor do desconto concedido, que deve ser igual ao valor do imposto dispensado.

No entanto, o que se observa nos autos é que essas exigências não foram cumpridas pela autuada, conforme se pode verificar nas cópias das notas fiscais de serviço (NFST) trazidas ao processo pela fiscalização, às fls. 90 a 97, o que faz desmoronar as argumentações da recorrente.

Ademais, apesar de notificada (fl. 158), a empresa se recusou a apresentar o detalhamento dos valores cobrados aos seus clientes, perdendo a oportunidade de apresentar provas de seus argumentos.

Portanto, sem que haja provas do cumprimento das obrigações estabelecidas no art. 1º, §1º, I e II, do Decreto nº 24.755/03, não há como prevalecer as ponderações da Recorrente, que ficou impossibilitada de se utilizar do benefício previsto no referido Decreto.

Incidência do ICMS Sobre as Receitas de

Facilidades Adicionais e Serviços Suplementares

Neste tópico, a recorrente se insurge contra a cobrança do ICMS sobre os serviços descritos como suplementares e facilidades adicionais, onde enumera as siglas “siga-me”, “disque despertador”, “chamada em espera”, “auxílio à lista (102)”, alegando que não se tratam de serviços de telecomunicação.

Sem nos alongarmos no assunto, as receitas decorrentes dessas atividades, situadas na categoria dos serviços suplementares ou facilidades adicionais, devem compor a base de cálculo do ICMS – Comunicação, por força da Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 69/98, abaixo transcrito:

Convênio ICMS nº 69/98.

CLÁUSULA PRIMEIRA. 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, independentemente da denominação que lhes seja dada. **(g.n.)**.

Com efeito, a classificação dos serviços de valor adicionado como serviços de telecomunicação decorre de neles estarem presentes a onerosidade, a utilização de um canal entre o emissor e o receptor e a transmissão da mensagem por símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, sendo irrelevante o fato de que o canal de comunicação seja de propriedade do próprio emissor da mensagem.

Sobre o disposto no §1º do art. 61 da Lei Geral das Telecomunicações, de que os serviços de valor adicionado não constituem serviços de telecomunicação, estabelecemos primazia pelo que dispõe a norma tributária já que se cuida aqui de caso de exigência do ICMS sobre os serviços de telecomunicação.

Assim, considero acertada a inclusão das receitas referentes aos serviços suplementares e facilidades adicionais na base de cálculo do ICMS, tendo em vista a plena vigência do Convênio ICMS nº 69/98.

Incidência do ICMS Sobre as Receitas de

Aluguéis de Equipamentos

No tocante às receitas advindas da locação de equipamentos, a recorrente afirma que estas não podem integrar a base de cálculo do ICMS, por se referirem à atividade independente, simples locação de coisa, distinta da prestação de serviço de comunicação ofertado pela empresa.

Antes de tudo, cabe salientar que os equipamentos em destaque estão atrelados aos serviços de comunicação prestados pela empresa, na medida em que possibilitam a conversão dos sinais trafegados na rede da recorrente permitindo que sejam recepcionados pelos aparelhos dos usuários. Portanto, é equivocada a afirmação de que se trata de atividade independente dos serviços de telecomunicação ofertados pela empresa.

Neste sentido, não há de se conceber como simples locação de coisa, nos termos do Código Civil, a disponibilização desses equipamentos aos usuários dos serviços de comunicação prestados pela empresa, em vista do caráter de essencialidade para a oferta desses serviços.

Ademais, não se observa, no caso em exame, o animus do usuário em locar os referidos equipamentos para uso, ao seu bel prazer, em atividades dissociadas dos serviços prestados pela recorrente. Pelo contrário, o primordial objetivo do usuário é estabelecer um canal de comunicação através dos serviços prestados pela recorrente, sendo irrelevante a tecnologia utilizada para esse fim.

Logo, para que essa atividade fosse caracterizada como simples aluguel, sem sofrer tributação pelo ICMS, seria necessário que esses equipamentos estivessem completamente dissociados de qualquer serviço de telecomunicação prestado pela recorrente.

Não é assim que acontece, tendo em vista que esses aparelhos são imprescindíveis à prestação do serviço de telecomunicação ofertados pela autuada, portanto, são partes integrantes e indissociáveis desses serviços, como condição sine qua non para a sua execução.

Neste sentido, conforme definido no art. 60 da LGT, o serviço de telecomunicação é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação. Logo, faz parte de um serviço de comunicação todos os equipamentos e atividades integrantes da plataforma tecnológica capaz de viabilizar a comunicação entre os usuários.

Seguindo esta linha, a ANATEL assim se manifestou, em parecer, em resposta a pedido de informações apresentado pelo CONFAZ:

4.2 – DA ANÁLISE

De acordo com o artigo 60 da Lei nº 9.472 – Lei Geral das Telecomunicações (LGT), os equipamentos e a infraestrutura necessários à prestação do serviço de telecomunicação (exemplo: roteadores, multiplexadores, circuitos, portas, etc.) são parte integrante da prestação dos serviços de telecomunicações. Cabe adicionalmente ressaltar que alguns dos citados equipamentos são também utilizados nos ambientes dos usuários e de provedores de Serviço de Valor Adicionado (SVA), como o Serviço de Conexão à Internet, regularmente enquadrados como usuários dos serviços de telecomunicações, conforme disposto na Norma nº. 04/95, aprovada pela Portaria nº. 148, de 31 de Maio de 1995. (g.n.).

Por conseguinte, torna-se irrelevante o fato de que a cobrança sobre essas receitas tenha sido feita, sob a forma de aluguel de equipamentos, apartada da cobrança dos serviços de comunicação prestados pela empresa, pois o que realmente importa é que os equipamentos, acima descritos, são elementos necessários e essenciais para a realização dos serviços de telecomunicação, prestados pela autuada, portanto parte integrante desses serviços.

Assim, em virtude desses equipamentos fazerem parte da estrutura tecnológica inerente ao serviço de telecomunicação prestado pela empresa, entendo que os valores cobrados a título de locação devem integrar a base de cálculo do ICMS sobre os serviços de comunicação ofertados pela recorrente.

Neste sentido, a cobrança, em separado, de atividades meio ou de pretensas atividades fins, denota a intenção da empresa em fugir da incidência do ICMS, desonerando o preço dos serviços de telecomunicação prestado aos clientes, atividade principal da empresa, através da remuneração camuflada de atividades preparatórias e acessórias, pretensamente distintas da atividade fim, acarretando a falta de recolhimento do imposto pela redução irregular da base de cálculo do serviço prestado.

Ressalte-se que, diante de um processo cada vez mais automatizado, onde a viabilização da comunicação cada vez menos depende da interferência de um operador, caso toda

estrutura operacional fosse faturada sob a forma de aluguel ou de atividade meio, nada restaria a tributar.

Dessa forma, não havendo como dissociar o caráter de necessidade e essencialidade desses equipamentos para o serviço de telecomunicação prestado pela recorrente, ratifico o entendimento de que as receitas oriundas da locação de equipamentos para uso como elementos de rede na prestação de serviço de telecomunicação devem integrar a base de cálculo do ICMS.

Este mesmo entendimento já foi adotado por este Colegiado em recente decisão por meio do Acórdão nº 150/2016, abaixo reproduzido:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. ISENÇÃO CONDICIONADA. DEDUÇÃO DO PREÇO NÃO OCORRIDA. SERVIÇOS SUPLEMENTARES E FACILIDADES ADICIONAIS AO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. INCIDÊNCIA DO ICMS. RECONHECIMENTO DE PARTE DA DENÚNCIA. EXCLUSÃO DA MULTA RECIDIVA APLICADA. MODIFICADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

A prestação de serviços de comunicação junto à Administração Pública contratante somente goza do benefício da isenção de que tratam os Decretos nº 24.755/03 e 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.

Da mesma forma incide ICMS nas prestações de comunicação quando da ocorrência de serviços auxiliares, de valor adicionado e intermediário, essenciais e necessários à conclusão da comunicação, assim como os serviços a ela agregados, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, inclusive os relacionados ao TC CPE solution aluguel, independentemente da denominação que lhes seja dada, nos termos da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98.

A existência de prestação de serviços de comunicação associada à utilização de equipamento de natureza essencial é o que determina a incidência do imposto estadual

A acusação de falta de recolhimento do ICMS sobre as receitas relativas à Prestação de Serviços de Comunicação encontra respaldo na legislação estadual.

Ocorrência de recolhimento de parte de denúncia via REFIS/PB.

Exclusão da multa recidiva por não atender ao disciplinamento da Lei nº 10.094/20913

Acórdão nº 150/2016

Recurso /VOL/CRF-272/2015

RELATOR: Cons. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES.

Da Multa Aplicada

No tocante à multa aplicada, que a autuada considera de cunho confiscatório, é verdade que a nossa Constituição Federal de 1988 trata do princípio de vedação ao confisco, dos tributos, no art. 150, IV. In verbis:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, **é vedado** à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

IV – **utilizar tributo com efeito de confisco;** (g.n.)

No entanto, em que pese as multas, assim como os tributos, figurarem no campo das receitas derivadas do estado, por constituírem exploração do patrimônio do particular, com eles não se confundem, conforme definição de tributo extraída do artigo 3º do C.T.N. (Lei nº5.172/66), abaixo reproduzido:

Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que **não constitua sanção de ato ilícito**, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. (g.n.)

Por outro lado, as multas, por não se configurarem tributos, mas sim sanções por ato ilícito cuja função é punir os infratores da lei e desestimular a realização de situações que possam trazer prejuízos ao Estado, não estão limitadas ao preceito constitucional anteriormente transcrito. Portanto, a aplicação do postulado tributário do não confisco não deve a elas ser estendido.

Deste modo, o que se vislumbra nos autos é que os fazendários não cometeram

qualquer irregularidade ao estabelecerem o quantum da multa na peça vestibular, pois atuaram seguindo os limites da Lei nº 6.379/96 (Lei do ICMS da Paraíba) e do RICMS/PB (aprovado pelo Decreto nº 18.930/97), que são instrumentos normativos que devem ser observados.

Neste sentido, ao propor uma multa, o fazendário toma por base as determinações desses dispositivos legais. Desrespeitá-los consistiria numa ilegalidade, que não comporta lugar no ordenamento jurídico-administrativo paraibano.

Assim, aplicaram o art. 82, IV, da Lei nº 6.379/96, que previa penalidade de 150% (cento e cinquenta por cento) aos que indicarem, nos documentos fiscais, operações sujeitas ao imposto como se fossem isentas ou não tributadas.

Contudo, com o advento da Lei 10.008, de 05/06/2013, que começou a produzir efeitos a partir de 1º de setembro de 2013, o percentual da multa aplicada foi reduzido em 50%, conforme se verifica pelo novo texto do art. 82, IV da Lei nº 6.379/96, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

IV - de 75% (setenta e cinco por cento) aos que indicarem como isentas ou não tributadas, nos documentos fiscais, as operações ou prestações sujeitas ao imposto.

Dessa forma, em virtude de advento de norma mais benéfica para o contribuinte, reconhecemos como pertinente parte dos proclames da recorrente, para aplicar, aos valores do imposto levantados pela fiscalização, os novos percentuais de multa previstos na legislação.

No entanto, o julgador monocrático, ao fixar o crédito tributário, também fez incidir multa recidiva da ordem de **R\$ 2.141.681,14**.

Contudo, apesar da aplicação desta majoração na penalidade ter sido realizada antes da vigência da Lei nº 10.094/13 (PAT), que determina que a multa por reincidência seja proposta pelo autor do procedimento no momento da lavratura do auto de Infração, como previsto no art. 38 e § 1º, da mencionada lei, vislumbro que os processos apontados no Termo de Antecedentes Fiscais, juntado às fls. 99 a 103, em que os dispositivos legais infringidos foram os mesmos do presente contencioso (Processos nºs 0229512007-1, 0229482007-0, 0402442007-0, 0482852007-4, 0229522007-6, 0229492007-4 e 0135622007-0), tiveram suas decisões definitivas em datas posteriores aos fatos geradores da acusação ora em questão, que ocorreu durante o exercício de 2010.

Portanto, de acordo com a legislação tributária vigente, não há como considerar reincidente fato praticado anteriormente à data da decisão definitiva referente à infração anterior. Vejamos:

“Art. 673. A reincidência punir-se-á com multa acrescida de 50% (cinquenta por cento), adicionando-se a essa pena de 10% (dez por cento) da multa original a cada nova recidiva.

Parágrafo único. Considera-se reincidência a prática de nova infração à mesma disposição legal, por parte da mesma pessoa natural ou jurídica, dentro de 5 (cinco) anos da data em que se tornar definitiva a decisão referente à infração anterior.

Nova redação dada ao parágrafo único do art. 673 pelo inciso XXIII do art. 1º do Decreto nº 36.128/15 – DOE de 27.08.15.

Parágrafo único. Considera-se reincidência a prática de nova infração ao mesmo dispositivo legal, por parte da mesma pessoa, natural ou jurídica, dentro de 5 (cinco) anos contados da data do pagamento da infração, da decisão definitiva referente à infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa na hipótese de crédito tributário não quitado ou não parcelado, conforme disposto no art. 39 da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013.”

Destarte, conclui-se que a circunstância delineadora da reincidência não é a nova autuação, mas, sim, o cometimento da ilicitude posterior ao evento que conferiu a certeza da sua prática, configurando-se, pois, a condição de primário em relação ao Auto de Infração em tela. Assim, não havendo, dentre as infrações apontadas no termo de antecedentes, prática de infrações anteriores que caracterize a reincidência, nos termos da legislação vigente, supracitada, concluo por excluir a multa recidiva aplicada pelo julgador singular.

Por todo exposto, deve ser alterada a multas por infração aplicadas, devendo o crédito tributário ser constituído da seguinte forma:

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso hierárquico por regular e do voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo desprovimento do hierárquico e provimento parcial do

voluntário, para alterar os valores da sentença monocrática e julgar parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000518/2013-03, lavrado em 19/4/2013, contra a empresa TELEMAR NORTE LESTE S.A., inscrição estadual nº 16.064.797-5, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 10.318.703,15 (dez milhões, trezentos e dezoito mil, setecentos e três reais e quinze centavos), sendo R\$ 5.896.401,87 (cinco milhões, oitocentos e noventa e seis mil, quatrocentos e um reais e oitenta e sete centavos) de ICMS nos termos do art. 13, III, art. 11, V e art. 12, VII, todos da Lei nº 6.379/96, e 4.422.301,28 (quatro milhões, quatrocentos e vinte e dois mil, trezentos e um reais e vinte e oito centavos) de multa por infração nos termos dos artigos 82, IV, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo, cancelo por indevido o valor de R\$ 6.563.982,70, referente a multa por infração proposta na inicial, bem como a recidiva aplicada pela instância a quo.

Deve a Repartição Preparadora observar que parte do crédito tributário foi recolhido, conforme documentos às fls. 63 a 73, anteriormente à Lei nº 10.008/13, sendo esta já extinta pelo pagamento, nos termos do art. 156, I, do CTN.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 21 de outubro de 2016.

PETRÔNIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator