Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

PROCESSO Nº134.108.2015-9
Recursos HIE/VOL/CRF n.º 028/2016
1ªRECORRENTE:GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
1ªRECORRIDA:TNL PCS S/A
2ªRECORRENTE:TNL PCS S/A
2ªRECORRIDA:GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
PREPARADORA:SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GERÊNCIA REGIONAL DA PRIMEIRA REGIÃO.
AUTUANTE:JOÃO ELIAS COSTA FILHO E EDUARDO SALES COSTA
RELATORA:CONS.ª GÍLVIA DANTAS MACEDO

FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. FUNCEP. FALTA DE RECOLHIMENTO. CONFIRMAÇÃO. PENALIDADE E ICMS. AJUSTES. AFASTADA MULTA RECIDIVA. APLICADA PELO JULGADOR SINGULAR. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MODIFICADA DECISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- A fruição do benefício da isenção de que trata o Decreto nº 24.755/03 somente se aplica quando atendidas as condições nele impostas. Interpretação literal da legislação tributária que dispõe sobre outorga de isenção, segundo impõe o artigo 111 do CTN.
- 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.
- Independentemente da denominação que lhe seja dada, a prestação de serviços que viabilizem, otimizem ou agilizem o processo de comunicação é alcançada pelo ICMS, pois a finalidade é uma só: a comunicação. 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.
- As receitas de natureza financeira decorrentes de descumprimento de obrigações contratuais, por não corresponderem a uma contraprestação por um serviço de comunicação prestado, não são alcançadas pelo ICMS.
- Inexistência de permissivo legal para aplicação de penalidade para os fatos geradores ocorridos antes de 13/07/11.
- Afastada a aplicação da multa recidiva aplicada pelo julgador singular, em respeito ao normativo legal atinente aos artigos 38, §1° c/c 40 da Lei 10.094/13.

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

A C O R D A M os membros do **Tribunal Pleno** de Julgamento deste Conselho de

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento dos recursos *hierárquico,* por regular, e *voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito pelo *desprovimento* do primeiro, e provimento parcial do segundo, para alterar, quanto aos valores, a sentença exarada na instância monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001704/2015-21 (fls. 03 a 06), lavrado em 28 de setembro de 2015, contra a TNL PCS S/A, contribuinte inscrito no CCICMS sob nº 16.132.064-3 devidamente qualificado nos autos, condenando ao pagamento do crédito tributário no montante de R$ 359.698,44 (trezentos e cinquenta e nove mil, seiscentos e noventa e oito reais e quarenta e quatro centavos), sendo R$ 190.039,08 (cento e noventa mil, trinta nove reais e oito centavos) centavos) de FUNCEP, por infringência aos art. 2º, I, da Lei nº 7.611/04, e R$ 169.659,36 (cento e sessenta e nove mil seiscentos e cinquenta e nove reais e trinta e seis centavos) de multa por infração, nos termos do art. 8º da Lei 7.611, de 30/6/2004, acrescentado pela Lei 9.414 de 12/7/2011.

Ao tempo em que *cancelo,* por indevido, o montante de R$ 24.169,72 (vinte e quatro mil cento e sessenta e nove reais e setenta e dois centavos), sendo R$ 1.895,00 de FUNCEP e R$ 22.274,72 de multa por infração, pelos fundamentos já expostos. Cancelo, ainda, o montante lançado pelo julgador singular, a título de multa recidiva, no importe de R$ 84.829,73, pelas razões supramencionadas.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

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

P.R.I.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 30 de agosto de 2017.

Gilvia Dantas Macedo
Consª. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros do Tribunal Pleno, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES,

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA, DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO e NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO .

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Trata-se de recursos hierárquico e voluntário interpostos perante este egrégio Conselho de Recursos Fiscais, com fundamento nos arts. 77 e 80 da Lei nº 10.094/2013, contra a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001704/2015-21 (fls. 03 a 06), lavrado em 28 de setembro de 2015, contra a TNL PCS S/A, segundo o qual a autuada é acusada da irregularidade que adiante transcrevo:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA ***>>*** *Contrariando dispositivos legais, o contribuinte deixou de recolher o FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.*

NOTA EXPLICATIVA:

A AUTUADA, NA QUALIDADE DE ESTABELECIMENTO CONCESSIONÁRIO RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO DOS TRIBUTOS INCIDENTES SOBRE AS PRESTAÇÕES ONEROSAS DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO POR ELA EFETUADOS NESTE ESTADO, DEIXOU DE RECOLHER À FAZENDA ESTADUAL O VALOR REFERENTE AO FUNCEP, POR HAVER PRESTADO SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO REMUNERADOS, CONFORME DETERMINA O ART. 2º, I, ALÍNEA "G" DA LEI 7.611/2004 C/C ART. 2º, VII DO DECRETO 25618/2004 (FUNCEP). 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 INTEGRAR O PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

Os Representantes Fazendários constituíram o crédito tributário na quantia de R$ 383.868,16 (trezentos e oitenta e três mil, oitocentos e sessenta e oito reais e dezesseis centavos), sendo R$ 191.934,08 (cento e noventa e um mil, novecentos e trinta e quatro reais e oito centavos) de FUNCEP, por infringência ao art. 2º, I, "g", da Lei nº 7.611/04 e R$ 191.934,08 (cento e noventa e um mil, novecentos e trinta e quatro reais e oito centavos) a título de multa por infração, com fulcro

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

no artigo 8º da Lei nº 7.611/04.

Além da peça acusatória, foram incluídos pelos Auditores Fiscais, nos autos, os seguintes documentos:

a) CD-R contendo o ANEXO I – DEMONSTRATIVO ANALÍTICO DAS PRESTAÇÕES SUJEITAS AO FUNCEP NÃO APRESENTADAS À TRIBUTAÇÃO – 2011 A 2014 (fls. 07);

b) Termo de Integridade de Arquivos Eletrônicos referente à mídia de que trata o item anterior (fls. 08).

Depois de cientificada pessoalmente em 1º de outubro de 2015, nos termos do artigo 46, I, da Lei nº 10.094/13, a Autuada, por intermédio de advogada devidamente habilitada para representá-la (fls. 34 a 36), ingressou com Impugnação tempestiva ao lançamento tributário consignado no Auto de Infração em tela (fls. 17 *usque* 31), protocolada em 29 de outubro de 2015, contrapondo-se às acusações e afirmando:

a) Preliminarmente, que a Impugnação foi protocolada tempestivamente, tendo em vista que o prazo fatal para sua interposição era o dia 30 de outubro de 2015. Ainda em sede de preliminar, a necessidade de reunião deste Auto de Infração com o de nº 93300008.09.00001701/2015-98, por exigirem, ambos, obrigações principais oriundas dos mesmos fatos geradores. O primeiro, reclamando 2% (dois por cento) referente ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP e o segundo, o ICMS sob a alíquota de 28% (vinte e oito por cento). O nexo causal exige solução harmônica, a ser dada por um único julgado;

b) Que, por se revelar indevida a cobrança de ICMS sobre os serviços autuados[1], via de consequência, torna-se inexigível o adicional de 2% (dois por cento) na alíquota do ICMS correspondente ao FUNCEP;

c) Que não é devido o ICMS sobre serviços que são isentos por força do Convênio ICMS nº 26/03, introduzido na legislação do Estado da Paraíba por meio do Decreto nº 24.755/03, com efeitos até 09/09/14;

d) Que não há incidência de ICMS sobre operações de aluguel de equipamento, que sequer são serviços, conforme entendimento do STF e do Eg. CRF/PB;

e) Que as atividades-meio e os serviços complementares são atividades preparatórias e serviços extras oferecidos ao usuário, os quais não se confundem com o serviço de comunicação;

f) Que as receitas financeiras decorrentes do descumprimento de obrigação contratual por parte do usuário do serviço de telecomunicação não ensejam a tributação do ICMS-Comunicação, pois não configuram o pagamento pelo serviço de telecomunicação em si;

g) Que a multa aplicada no montante de 100% (cem por cento) sobre o valor não recolhido é indevida e deve ser reduzida a patamar razoável, visto que a penalidade não tem natureza indenizatória ou compensatória.

No que tange ao mérito, fundamenta os pedidos acima com fulcro nos argumentos que se seguem, para os quais, por questões de sistematização e facilidade de remissão, optamos por manter a mesma numeração contida na Impugnação.

3.2.1. Da intributabilidade pelo ICMS das receitas oriundas de serviços prestados aos órgãos da Administração Pública Direta e suas Fundações e Autarquias (fls.19 a 23).

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Ab initio, a Impugnante destaca que os serviços por ela prestados a órgãos da Administração Pública Direta, a Fundações e a Autarquias da Administração Pública Estadual, prestados entre 1º de janeiro de 2011 e 31 de janeiro de 2014, não se sujeitam à incidência do ICMS, por se encontrarem ao abrigo da isenção, nos termos do Convênio ICMS nº 26/03 e do Decreto nº 24.755/03.

Afirma, que o propósito do benefício é desonerar fiscalmente os serviços prestados em favor dos órgãos da Administração Pública e que esta finalidade foi plenamente atendida, uma vez que não foi repassado nenhum ônus fiscal aos órgãos da Administração Pública do Estado da Paraíba beneficiados pela isenção.

Como prova, apresenta cópias de NFST emitidas para a Assembleia Legislativa e para o Bompreço Supermercados do Nordeste Ltda. (fls. 66 a 69) e a "Planilha de Formação de Preços" da proposta de contratação de serviços de telefonia firmada com o Estado da Paraíba (fls. 98 - verso a 100).

3.1.2.1. Da não incidência de ICMS sobre as receitas de locação(fls. 23 a 27).

A defesa sustenta que a atividade denominada "TC CPE SOLUTION-ALUGUEL" não está sujeita à incidência do ICMS. Segundo alega, o uso de tais componentes não configura a prestação de serviços, estando caracterizado como locação de bens móveis.

Como forma de demonstrar a assertiva, discorre acerca das aplicações e dos objetivos do produto "CPE SOLUTION" e afirma que, "*ainda que a Impugnante preste os serviços de comunicação juntamente com o CPE, este último não é tributável pelo ICMS, como não seria se fosse prestado pelas empresas de TI que o ofertam no mercado.*" (fls. 24)

Apresenta, ainda, cópia do um contrato de "CPE SOLUTION" por ela celebrado (fls. 107 a 113) e algumas decisões administrativas e judiciais afetas ao tema.

Conclui requerendo a extinção das parcelas relativas a locações de bens móveis do Auto de Infração, uma vez que a natureza jurídica destas atividades não autorizaria o Fisco a impor-lhe este ônus.

3.1.2.2 Da intributabilidade das Atividades-meio, receitas financeiras e serviços complementares (fls.27 a 29).

No caso das atividades conexas ao serviço de comunicação, como o "acesso compartilhado" e a "consulta fácil", a defesa sustenta que estes tipos de serviço não podem ser enquadrados como comunicação propriamente dita.

Em se tratando de serviços, mas não de comunicação, a Impugnante os sujeita ao ISS.

A exigência do Fisco sobre as receitas decorrentes de atividades-meio lançadas sobre a rubrica "TC CPE SOLUCION INS. MED. PORTE" é improcedente, pois não compõem a base de cálculo do imposto. Neste caso, houve uma tentativa de alargar a base de cálculo do ICMS - Comunicação para incluir outros serviços que não configuram prestações onerosas de comunicação.

Além disso, o Fisco está a exigir o ICMS – Comunicação sobre receitas financeiras decorrentes do descumprimento de obrigação contratual por parte do usuário do serviço de telecomunicação. As receitas de "Multa Oi Office Blackberry BIS" não são fatos geradores de ICMS, e sim receitas de ordem financeira.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

3.3. SUCESSIVAMENTE: da impossibilidade da aplicação da multa de 100% do imposto não recolhido (fls. 29 a 30).

Na interpretação da defesa, a multa aplicada pela fiscalização correspondente ao percentual de 100% (cem por cento) deve ser afastada.

No dizer da reclamante, as penalidades impostas pelos entes tributantes aos contribuintes devem ter caráter meramente sancionatório e sua quantificação deve se dar na exata medida do comportamento almejado. A exigência de multa equivalente à integralidade do crédito tributário autuado mostra-se injustificável.

Finaliza requerendo:

a) A procedência da sua impugnação, reconhecendo-se a insubsistência de todo o Auto de Infração, com extinção do crédito tributário nele consubstanciado e arquivamento do processo fiscal;

b) Na hipótese de não ser acolhido o primeiro pedido, a redução da multa de 100% (cem por cento) a patamares não confiscatórios.

Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive a diligência fiscal que requer e declara a autenticidade das cópias anexadas.

Requer, ainda, sejam as intimações acerca das datas de julgamento, bem como das decisões proferidas, feitas em nome do advogado Felipe Ribeiro Coutinho G. da Silva, OAB/PB nº 11.689, no seguinte endereço: Avenida Engenheiro Clodoaldo Gouveia, nº 87, Centro, João Pessoa/PB – C.E.P.: 58.013-370.

Ao final, solicita seja alterada a denominação da TNL PCS S/A para OI MÓVEL S/A.

Declarados conclusos os autos (fls. 115), foram os mesmos remetidos a Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, ocasião em que o julgador singular - Sidney Watson Fagundes da Silva - tem como certa a denúncia, afastando o valor relativo ao FUNCEP, no montante de R$ 24.169,72, justificando que as receitas de natureza financeira decorrentes de descumprimento de obrigações contratuais, por não corresponderem a uma contraprestação por um serviço de comunicação prestado, não são alcançadas pelo ICMS, daí porque as receitas advindas do FUNCEP não são devidas. Afasta, também, a exigência correspondente ao período anterior a de 13 de julho de 2011, correspondente à multa por infração, pois somente com a publicação da Lei nº 9.414/11 - cuja vigência iniciou-se nesta data - fora instituída a penalidade para a falta de recolhimento do adicional correspondente ao FUNCEP. Acresce, porém, ao valor do crédito tributário, um adicional correspondente à multa recidiva, no importe de R$ 84.829,73, dada a informação de existência de antecedentes fiscais (fls. 114).

Após a decisão singular, o crédito tributário restou constituído no montante de R$ 444.528,17 (quatrocentos e quarenta e quatro mil, quinhentos e vinte e oito reais e dezessete centavos), sendo R$ 190.039,08 (cento e noventa mil, trinta e nove reais e oito centavos) de FUNCEP, e R$ 169.659,36 (cento e sessenta e nove mil, seiscentos e cinquenta e nove reais e trinta e seis centavos) a título de multa por infração e R$ 84.829,73, relativo à multa recidiva.

.

Interposto o recurso hierárquico e cientificada da decisão monocrática em 21/12/2015 (fl. 177), a

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

autuada apresentou recurso voluntário (fls. 178/198), apresentando as mesmas arguições trazidas por ocasião da defesa perante a instância prima, embora com mais ênfase. Concorda, assim, com o julgamento parcialmente procedente realizado pela instância prima, divergindo, entretanto, da decisão no que tange à incidência do ICMS Telecomunicações.

Ao final, requer a exclusão da multa recidiva aplicada pelo julgador singular, aplicada com base no art. 87 da lei 6.379/96, renovando o pedido de diligência fiscal, com base no art. 61 da Lei 10.094/13.

Aportados os autos nesta Corte Julgadora, estes foram distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, para o fim de apreciação e julgamento da matéria de que dispõem.

Está relatado.

VOTO

Pesa contra a autuada a denúncia de não ter recolhido o FUNCEP - FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA, correspondente ao percentual de 2% (FUNCEP) sobre a base de cálculo do ICMS - prestação de serviços de telecomunicação, durante o período de janeiro de 2011 a janeiro de 2014.

PRELIMINAR DE MÉRITO – AFASTADA – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO SOFRIDO.

Analisando a preliminar de mérito, cabe-nos destacar que o pedido para o julgamento em conjunto deste Auto de Infração com o de nº 93300008.09.00001701/2015-98, embora vise evitar decisões conflitantes e garantir a uniformidade do julgamento de todos os casos, não tem previsão na Lei nº. 10.094/13.

Não obstante essa ausência de previsão legal, ainda assim, achamos por bem decidir a questão dos autos na mesma ocasião, cujo objetivo foi dar celeridade aos julgados desta casa, daí porque não há razão para questionamentos da defendente.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA – DESNECESSIDADE – NÃO ACATAMENTO.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Em relação ao pedido de diligência fiscal, cujo objetivo seria analisar as notas fiscais emitidas em razão de serviços prestados para clientes isentos para verificar se, no valor cobrado por meio destas, está computado ou não o ICMS, esclareço que impossível socorrer-se a defendente, senão vejamos: De fato, a legislação tributária privilegia o contribuinte com a oportunidade de ver revistos os seus lançamentos contábeis. Contudo bem verdade que é preciso que tal solicitação venha embasada em razões convincentes, e suficientes, por conta disso, de fazer merecer o retorno do Processo para a realização da pericia. No caso dos autos, havemos e convir que as provas da infração constam do processo, suficiente, pois, á formação de um convencimento. Por conta disso, com fulcro no artigo 61 da Lei nº 10.094/13[2], indefiro o pedido de realização de diligência.

LANÇAMENTOS OCORRIDOS EM PERÍODO ANTERIOR À VIGENCIA DA LEI 9.414, DE 12/7/11 – DESCABE APLICAÇÃO DA MULTA - MANTIDA DECISÃO RECORRIDA.

É sabido que o art. 82 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, previu a possibilidade de que os estados federativos pudessem instituir um fundo que fosse destinado aos programas sociais de combate à pobreza, assim dispondo*:*

Art. 82. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate á Pobreza, com os recursos de que trata este artigo e outros que vierem a destinar, devendo os referidos Fundos ser geridos por entidades que contem com a participação da sociedade civil. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000)

§ 1º Para o financiamento dos Fundos Estaduais e Distrital, poderá ser criado adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, sobre os produtos e serviços supérfluos e nas condições definidas na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição, não se aplicando, sobre este percentual, o disposto no art. 158, IV, da Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)*.*

Dando cumprimento à competência estabelecida na Constituição da República, o Estado da Paraíba instituiu o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FUNCEP), por meio da Lei 7.611/2004, que também tomou para si a incumbência da instituição do adicional de alíquota, no valor de 2%, nas operações realizadas com os produtos ditos supérfluos, a serem assim classificados por meio de lei federal, nos termos do art. 83 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Nesse cenário, a Lei 7.611/2004 assim dispõe:

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.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

(...)

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;

Art. 7º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, surtindo efeitos tributários a partir de 1º de janeiro de 2005.

Conforme se pode extrair dos dispositivos legais acima transcritos, na ausência do exercício da União em instituir a referida lei federal, que definirá os produtos supérfluos, o Estado da Paraíba, por meio da mesma lei de instituição do FUNCEP, em seu art. 2°, de modo pleno definiu tais serviços, disposição esta que valerá até que seja exercida a competência federal atribuída pela Constituição.

Em relação ao referido adicional, apesar de incidir sobre o mesmo fato gerador do ICMS, tem natureza jurídica própria, diferente do ICMS (assemelhando-se em muito a uma contribuição social de natureza geral anômala), devendo ter dispositivo que preveja a infração própria para o não recolhimento, o que somente veio a acontecer com a Lei nº 9.414/2011, publicada em 12 de julho de 2011, que alterou a Lei 7.611/2004, instituidora do FUNCEP, *verbis:*

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

Considerando o normativo legal supracitado, convém reconhecer que antes de ser publicada a Lei 9.414, em 12 de junho de 2012, não havia que se falar em multa pelo não recolhimento do FUNCEP no prazo estabelecido, uma vez que não havia sanção específica para tanto, não obstante a

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

previsão legal para a instituição do referido adicional. Por conta disso, deve ser afastada dos autos a multa cujo período não era objeto de previsão legal, exigido em relação aos fatos geradores anteriores à vigência desta lei, a saber, até junho de 2011, em respeito ao Princípio da Legalidade, garantia de envergadura constitucional, suporte do Estado Democrático de Direito, mantendo-se, pois, a decisão recorrida.

A despeito da não aplicação da sanção combatida, todavia, o recolhimento do FUNCEP relacionado às parcelas de serviço de comunicação mantidas nesta decisão se mostra devido.

DA ISENÇÃO DO ICMS DE QUE TRATA O DECRETO Nº 24.755/0 – DESCABE HIPÓTESE DE ISENÇÃO - CORRETA DECISÃO SINGULAR.

Nesta seara, entendo totalmente corretas as razões de decidir expendidas pelo julgador singular - Sidney Watson Fagundes. Vejamos o porquê:

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, *verbis:*

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

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

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*.

Não obstante esse fato, convém ressaltar que, mesmo apesar de não ter ficado caracterizada a isenção pretendida pela recorrente, ainda assim, a da cobrança objeto dos autos diz respeito a natureza diversa da do ICMS Comunicação, ou seja, é relativa ao tributo FUNCEP, cuja exigência é devida, mesmo se as operações fossem objeto de isenção.

Portanto, não há provas do cumprimento das obrigações estabelecidas no art. 1º, §1º, I e II, do Decreto nº 24.755/03, notadamente porque as provas concernentes às notas fiscais que constam abatimento no valor da operação, não comprovam que tais abatimentos dizem respeito à isenção de ICMS.

A propósito, a questão já foi analisada por este Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, conforme se constata do Acórdão nº 448/2015, cujo excerto do voto transcrevo a seguir:

Como se vê, os descontos, concedidos fazem parte da política da empresa, em relação à precificação de cada serviço prestado, não demonstrando qualquer correlação com o valor do ICMS, a ser deduzido em nota fiscal, referente ao benefício estabelecido no Decreto nº 24.755/03.

Assim, por não satisfazer as condições estabelecidas no art. 1º, § 1º, I e II, do Decreto supramencionado, ficou a autuada impossibilitada de se utilizar do benefício nele previsto. (grifo nosso).

DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO FATURADOS A TÍTULO DE RECEITAS DE LOCAÇÃO- CABIMENTO - MANTIDA DECISÃO.

Neste quesito, advoga a recorrente que apresenta o serviço CPE SOLUTION, o qual diz respeito a "*um produto corporativo oferecido pela Impugnante que consiste em manutenção, instalação, garantia e atualização de* ***softwares****, além da locação de equipamentos (...)*". (grifo nosso)

Quer, assim, formar um convencimento de que tais serviços estão dissociados dos serviços de comunicação, dai porque não há possibilidade de se exigir o imposto correspondente.

Não posso dar razão à defendente, porquanto a comprovação de que tais serviços estão associados aos serviços de telecomunicação pode ser obtida em uma simples análise de um contrato realizado pela autuada e o adquirente dos seus serviços, onde, em sua Cláusula Quarta, item 4.2, se lê a seguinte obrigação para a contratante:

4.2 Utilizar os equipamentos fornecidos exclusivamente na prestação dos Serviços de

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

telecomunicações pela CONTRATADA a CONTRATANTE conforme previsto na(s) Solicitação(ões) do Serviço.

Tendo em vista que são indissociáveis a utilização dos serviços TC CPE SOLUTIONS do serviço de comunicação prestado pela TNL PCS S/A. não há como admitir-se a exclusão de tais serviços da base de cálculo do ICMS telecomunicações, especialmente dada a previsão legal do disposto na Cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98, *in verbis*:

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.

Este Conselho, nesta mesma linha de entendimento, em dada oportunidade assim se posicionou:

Processo nº 147.901.2011-2

Acórdão 320/2013

Recursos HIE/VOL/CRF- nº 299/2012

1O RECORRENTE: TELEMAR NORTE LESTE S.A

1O RECORRIDA: GERENCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS

2O RECORRENTE: GERENCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROC. FISCAIS

2O RECORRIDA: TELEMAR NORTE LESTE S.A

AUTUANTE : EDUARDO SALES COSTA E JOÃO ELIAS COSTA FILHO

PREPARADORA: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

RELATOR: CONS. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES

RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO PROVIDOS PARCIALMENTE - PRELIMINAR DE DECADÊNCIA REJEITADA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. SERVIÇOS SUPLEMENTARES E FACILIDADES ADICIONAIS AO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. INCIDÊNCIA DO ICMS. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. REDUÇÃO DA MULTA POR INFRAÇÃO - REFORMADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA.

- A jurisprudência desta Corte Administrativa de Julgamento firmou o entendimento no sentido de que, havendo creditamento indevido de ICMS, o prazo decadencial para que o Fisco efetue o lançamento de ofício é regido pelo artigo 173, inciso I e não pelo regramento do artigo 150, §4°, ambos do CTN, contando-se o prazo de cinco anos, a partir do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponível, donde se dessume a não ocorrência da decadência do direito de o Fisco lançar os referidos créditos tributários. Preliminar rejeitada.

- A prestação de serviços intermediários e adicionados necessários à conclusão da comunicação, assim como os serviços a ela agregados se submetem a incidência do ICMS tendo como base de cálculo incidente sobre as 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, inclusive os relacionados ao TC CPE solution aluguel, independentemente da denominação que lhes seja dada. (g. n.)

-Redução da multa por infração em face do princípio da retroatividade da lei mais benigna disciplinado no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, em razão do que dispõe o art. 1º, inciso VIII da Lei nº 10.008/2013, de 05 de junho de 2013, com efeito a partir de 01/09/2013.

DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COMPLEMENTARES E DE ATIVIDADES-MEIO - CABIMENTO - MANTIDA DECISÃO RECORRIDA.

Em relação à alegação de que não incide ICMS sobre as operações de serviços adicionais, posto que as mesmas não caracterizam serviço de comunicação, não posso dar razão à autuada, dado que a interpretação que se impõe do Convênio ICMS 69/98, transcrito na sequência, em sua Cláusula Primeira é a de que há, sim, prestação de serviços de comunicação em relação aos serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.

“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.”

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Assim, não obstante as ponderáveis razões trazidas pela Impugnante, havemos de convir que há total subsunção do fato em discussão ao comando normativo insculpido na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98.

Ou seja, independentemente da denominação que lhe seja dada, a prestação de serviços que viabilizem, otimizem ou agilizem o processo de comunicação é alcançada pelo ICMS, pois a finalidade é uma só: a comunicação.

A propósito, o Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, julgando questão semelhante a que ora se nos apresenta para julgamento, assim decidiu quando do julgamento dos Recursos HIE/VOL/CRF – nº 299/2012:

"RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO PROVIDOS PARCIALMENTE - PRELIMINAR DE DECADÊNCIA REJEITADA - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. SERVIÇOS SUPLEMENTARES E FACILIDADES ADICIONAIS AO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. INCIDÊNCIA DO ICMS. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. REDUÇÃO DA MULTA POR INFRAÇÃO - REFORMADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA.

A jurisprudência desta Corte Administrativa de Julgamento firmou o entendimento no sentido de que, havendo creditamento indevido de ICMS, o prazo decadencial para que o Fisco efetue o lançamento de ofício é regido pelo artigo 173, inciso I e não pelo regramento do artigo 150, §4°, ambos do CTN, contando-se o prazo de cinco anos, a partir do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponível, donde se dessume a não ocorrência da decadência do direito de o Fisco lançar os referidos créditos tributários. Preliminar rejeitada.

- A prestação de serviços intermediários e adicionados necessários à conclusão da comunicação, assim como os serviços a ela agregados se submetem a incidência do ICMS tendo como base de cálculo incidente sobre as 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, inclusive os relacionados ao TC CPE solution aluguel, independentemente da denominação que lhes seja dada. (g. n.)

DAS RECEITAS FINANCEIRAS - DESCABE AUTUAÇÃO - MANTIDA DECISÃO RECORRIDA.

Neste quesito, tem-se que o julgador singular jugou improcedente o lançamento respectivo, após identificar que dentre os itens inseridos na relação apresentada pela fiscalização (*vide* CD-R – fls. 07), por diversas vezes, a ocorrência de um serviço cuja DESCRIÇÃO DE CÓDIGO TARIFÁRIO corresponde a Multa Oi Office Blackberry BIS, cujas receita representa, para a defesa, uma receita de natureza financeira e, como tal, não estaria sujeita à incidência do ICMS.

De fato, a redação contida na Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98 nos dá o rumo de que tem que haver uma contraprestação por um serviço de comunicação prestado, cujo hipótese, de fato,

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

difere desta que ora se analisa, porquanto as receitas financeiras objeto das multas não representam uma prestação de serviço de comunicação. *Verbis:*

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. (grifo nosso)*

Assim, como bem observado pelo julgador singular, "*todas as situações tratadas anteriormente foram, com fulcro no ordenamento jurídico, consideradas alcançadas pela incidência do tributo estadual. Porém, em se tratando de multas, não há permissivo legal que justifique a cobrança do ICMS e do FUNCEP sobre tais receitas.*

Destarte, não tendo sido demonstrado nos autos que a Multa Oi Office Blackberry BIS corresponde a um serviço de comunicação, faz-se imperativo que excluamos dos valores lançados no Auto de Infração todos os créditos a ela relativos".

Correta, pois, a decisão singular, dado que por demais pertinente.

DA APLICAÇÃO DA MULTA - AFASTADA A MULTA RECIDIVA - REFORMADA DECISÃO RECORRIDA.

Acerca da multa por infração, também corroboro o entendimento exarado, no que tange à impossibilidade de análise da matéria pelo prisma da inconstitucionalidade.

Entretanto, no que concerne à multa recidiva, entendo que merece reparos a decisão proferida pela instância *a quo*. É que o julgador monocrático aplicou multa recidiva de 50%, em relação à infração dos autos, em razão do antecedente fiscal apontado às fls. 39 dos autos.

Contudo, com o advento da Lei nº 10.094/2014, que produziu seus efeitos a partir de 1/3/2014, a aplicação da multa por reincidência passa a ser realizada exclusivamente pelo auditor fiscal, por ocasião da lavratura do auto de infração, consoante estabelece os seus artigos 38, §1° c/c 40. Senão vejamos:

Art. 38. *Constatada a existência de antecedentes fiscais e configurada a reincidência,* ***de imediato, o auditor fiscal, proporá a multa recidiva, nos termos do art. 87 da Lei nº 6.379, de 02 de dezembro de 1996.***

§ 1º *Para fins do disposto no "caput", no momento da lavratura do Auto de Infração, o autor do procedimento efetuará a pesquisa sobre antecedentes fiscais do sujeito passivo no sistema de controle da Secretaria de Estado da Receita.*

Art. 40. *O Auto de Infração tem por fim exigir o crédito tributário, determinar a pessoa do autuado, a infração verificada, o respectivo valor e propor as penalidades cabíveis****, inclusive as recidivas, quando for o caso****.*

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Destarte, na forma delineada pela nova Lei do PAT, não cabe o lançamento da penalidade recidiva pelo julgador singular, que, na hipótese de ser constatada a ocorrência de antecedente fiscal com recidiva não sugerida pela fiscalização, não possibilidade de lançar-se tal montante, pelos órgãos julgadores.

Assim, não vejo razões para a manutenção da multa recidiva, razão pela qual afasto a sua incidência, por ser de justiça.

DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO.

Depois de excluídos os valores referentes às receitas financeiras, às penalidades do FUNCEP cujos fatos geradores ocorreram antes de 13/07/11 e, bem assim, afastadas as multas recidivas aplicadas erroneamente pelo julgador singular, temos como devidos os créditos tributários consignados na planilha a seguir:

		AUTO DE INFRAÇÃO		**VALOR CANCELADO**		**CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO**		
DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO	**PERÍODO**	**TRIBUTO (R$)**	**MULTA (R$)**	**TRIBUTO (R$)** (***)	**MULTA (R$)**	**TRIBUTO (R$)**	**MULTA (R$)**	**MULTA RECIDIVA (R$)**
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	jan/11 (*)	3.366,38	3.366,38	27,55	3.366,38	3.338,83	0,00	0,00
	fev/11 (*)	4.436,44	4.436,44	82,63	4.436,44	4.353,81	0,00	0,00
	mar/11 (*)	2.770,45	2.770,45	13,77	2.770,45	2.756,68	0,00	0,00
	abr/11 (*)	2.972,54	2.972,54		2.972,54	2.972,54	0,00	0,00
	mai/11 (*)	2.853,31	2.853,31	41,31	2.853,31	2.812,00	0,00	0,00
	jun/11 (*)	2.717,55	2.717,55		2.717,55	2.717,55	0,00	0,00
	jul/11 (*)	4.414,29	4.414,29	13,77	1.442,08	4.400,52	2.972,21	0,00

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

ago/11(*)	4.231,35	4.231,35			4.231,35	4.231,35	0,0
set/11(*)	4.490,82	4.490,82	353,77	353,77	4.137,05	4.137,05	0,0
out/11(*)	4.398,33	4.398,33			4.398,33	4.398,33	0,0
nov/11(*)	3.047,50	3.047,50			3.047,50	3.047,50	0,0
dez/11(*)	5.768,36	5.768,36			5.768,36	5.768,36	0,0
jan/12(*)	3.265,21	3.265,21			3.265,21	3.265,21	0,0
fev/12(*)	5.738,84	5.738,84	27,55	27,55	5.711,29	5.711,29	0,0
mar/12(*)	3.276,84	3.276,84			3.276,84	3.276,84	0,0
abr/12(*)	3.637,47	3.637,47	275,46	275,46	3.362,01	3.362,01	0,0
mai/12(*)	6.929,57	6.929,57	99,74	99,74	6.829,83	6.829,83	0,0
jun/12(*)	6.478,71	6.478,71	550,91	550,91	5.927,80	5.927,80	0,0
jul/12(*)	5.483,74	5.483,74	68,87	68,87	5.414,87	5.414,87	0,0
ago/12(*)	6.304,26	6.304,26	55,09	55,09	6.249,17	6.249,17	0,0
set/12(*)	6.850,48	6.850,48			6.850,48	6.850,48	0,0
out/12(*)	6.471,38	6.471,38			6.471,38	6.471,38	0,0
nov/12(*)	5.915,89	5.915,89	96,41	96,41	5.819,48	5.819,48	0,0
dez/12(*)	7.291,79	7.291,79	96,41	96,41	7.195,38	7.195,38	0,0
jan/13(*)	3.476,88	3.476,88	16,67	16,67	3.460,21	3.460,21	0,0

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

	fev/13(*)	8.089,79	8.089,79			8.089,79	8.089,79	0,0
	mar/13(*)	7.260,44	7.260,44			7.260,44	7.260,44	0,0
	abr/13(*)	6.650,22	6.650,22	1,67	1,67	6.648,55	6.648,55	0,0
	mai/13(*)	6.571,00	6.571,00	13,77	13,77	6.557,23	6.557,23	0,0
	jun/13(*)	8.227,52	8.227,52	27,55	27,55	8.199,97	8.199,97	0,0
	jul/13(*)	7.657,90	7.657,90			7.657,90	7.657,90	0,0
	ago/13(*)	6.236,02	6.236,02			6.236,02	6.236,02	0,0
	set/13(*)	6.490,22	6.490,22	32,10	32,10	6.458,12	6.458,12	0,0
	out/13(*)	4.594,77	4.594,77			4.594,77	4.594,77	0,0
	nov/13(*)	4.395,64	4.395,64			4.395,64	4.395,64	0,0
	dez/13(*)	4.834,62	4.834,62			4.834,62	4.834,62	0,0
	jan/14(*)	4.337,56	4.337,56			4.337,56	4.337,56	0,0
TOTAL		**191.934,08**	**191.934,08**	**1.895,00**	**22.274,72**	**190.039,08**	**169.659,36**	0,0

(*) Excluídas as penalidades relativas à multa recidiva.

(**) Valor da multa excluído = R$ 13,77 (Multa Oi Blackberry BIS) + R$ 1.428,31 (multa do FUNCEP para fatos geradores ocorridos antes de 13/07/11).

(***) Valores excluídos referentes às receitas financeiras.

Phoca PDF

Este texto não substitui o publicado oficialmente.

Tendo em vista que o contribuinte não justificou a irregularidade detectada pelo Fisco, entendo que ficou constatada a falta de recolhimento do FUNCEP, razão pela qual deve ser mantido o resultado proveniente dos autos, com exceção da exigência relativa à penalidade anterior a julho de 2011, bem como ao montante de receitas financeiras, ante o desrespeito aos artigos de lei supracitados.

É como voto.

VOTO pelo recebimento dos recursos *hierárquico,* por regular, e *voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito pelo *desprovimento* do primeiro, e provimento parcial do segundo, para alterar, quanto aos valores, a sentença exarada na instância monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001704/2015-21 (fls. 03 a 06), lavrado em 28 de setembro de 2015, contra a TNL PCS S/A, contribuinte inscrito no CCICMS sob nº 16.132.064-3 devidamente qualificado nos autos, condenando ao pagamento do crédito tributário no montante de R$ 359.698,44 (trezentos e cinquenta e nove mil, seiscentos e noventa e oito reais e quarenta e quatro centavos), sendo R$ 190.039,08 (cento e noventa mil, trinta nove reais e oito centavos) centavos) de FUNCEP, por infringência aos art. 2º, I, da Lei nº 7.611/04, e R$ 169.659,36 (cento e sessenta e nove mil seiscentos e cinquenta e nove reais e trinta e seis centavos) de multa por infração, nos termos do art. 8º da Lei 7.611, de 30/6/2004, acrescentado pela Lei 9.414 de 12/7/2011.

Ao tempo em que *cancelo,* por indevido, o montante de R$ 24.169,72 (vinte e quatro mil cento e sessenta e nove reais e setenta e dois centavos), sendo R$ 1.895,00 de FUNCEP e R$ 22.274,72 de multa por infração, pelos fundamentos já expostos. Cancelo, ainda, o montante lançado pelo julgador singular, a título de multa recidiva, no importe de R$ 84.829,73, pelas razões supramencionadas.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 30 de agosto de 2017.

GÍLVIA DANTAS MACEDO
Conselheira Relatora

Phoca PDF