



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

PROCESSO Nº 0462932015-6

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: TELEMAR NORTE LESTE S/A

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS GEJUP

Repartição Preparadora: SUBGERÊNCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GERÊNCIA REGIONAL DA PRIMEIRA REGIÃO DA SER

Autuantes: EDUARDO SALES COSTA, JOAO ELIAS COSTA FILHO

Relator: CONS.º 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.

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 Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovidimento, para manter a sentença monocrática, que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000480/2015-30, lavrado em 31/3/2015, 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\$ 2.695.207,68 (dois milhões, seiscentos e noventa e cinco mil, duzentos e sete reais e sessenta e oito centavos), sendo R\$ 1.347.603,84 (um milhão, trezentos e quarenta e sete mil, seiscentos e três reais e oitenta e quatro centavos) de FUNCEP, por infringência ao art. 2º, I, “g”, da Lei nº 7.611/04 e R\$ 1.347.603,84 (um milhão trezentos e quarenta e sete mil seiscentos e três reais e oitenta e quatro centavos) a título de multa por infração, com fulcro no artigo 8º da Lei nº 7.611/04, acrescentado pela Lei nº 9.414 de 12/07/2011.

P.R.I

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 10 de outubro de 2018.

PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, ÁUREA LÚCIA DOS SANTOS SOAES VILAR (SUPLENTE), DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS (SUPLENTE), e SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA

Assessor(a) Jurídico(a)

Relatório

Trata-se do recurso voluntário, interposto no molde do art. 77 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática, que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000480/2015-30, lavrado em 31/3/2015, (*fls. 5 a 7*), onde consta descrita a seguinte irregularidade:

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:

O PRESENTE LEVANTAMENTO TEM COMO BASE AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO SOBRE AS QUAIS O CONTRIBUINTE NÃO FEZ INCIDIR O FUNCEP – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA, E FOI REALIZADO ATRAVÉS DA ANÁLISE DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS FORNECIDOS PELA EMPRESA E DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD) QUE SERVIRAM DE BASE PARA A CONFECCÃO DOS DEMONSTRATIVOS E MEMORIAL AUXILIAR DE ACUSAÇÃO QUE SEGUEM EM ANEXO, OS QUAIS PASSAM A SER PARTES INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

Os representantes fazendários constituíram o crédito tributário na quantia de R\$ 2.695.207,68 (dois milhões, seiscentos e noventa e cinco mil duzentos e sete reais e sessenta e oito centavos), sendo

R\$ 1.347.603,84 (um milhão trezentos e quarenta e sete mil, seiscentos e três reais e oitenta e quatro centavos) de FUNCEP, por infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7.611/04 e R\$ 1.347.603,84 (um milhão trezentos e quarenta e sete mil seiscentos e três reais e oitenta e quatro centavos) a título de multa por infração, com fulcro no artigo 8º da Lei nº 7.611/04, acrescentado pela Lei nº 9.414 de 12/07/2011, ao tempo em que juntaram aos autos um Memorial Auxiliar de Acusação, fls. 9 e 10, e mídia CD à fl. 11, contendo demonstrativos analíticos por período das prestações sem recolhimento do FUNCEP.

Cientificado de forma pessoal em 15/14/2015, conforme comprovação verificada na inicial, o contribuinte ingressou com peça reclamatória tempestivamente, protocolada em 12/5/2015, exercitando seus direitos frente ao Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, verificado às fls. 20 a 38, por meio de seus representantes legais (instrumentos procuratórios e de substabelecimentos às fls. 39 a 43), mediante a qual requer a improcedência do lançamento de ofício em tela, e sucessivamente a redução da multa a patamares não confiscatório, arguindo, em suma, os seguintes pontos em sua defesa:

- a) Preliminarmente, vislumbra a necessidade da reunião do presente auto de infração nº 93300008.09.00000480/2015-30, com outro auto de infração de nº 93300008.09.00000473/2015-39, haja vista ambos exigirem obrigações principais de um mesmo fato gerador, não cabendo o adicional de 2% do FUNCEP por ser indevido o ICMS exigido neste último;
- b) Alega que não é devido o ICMS sobre serviços prestados aos órgãos da administração pública direta e suas autarquias e fundações, pois 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;
- c) Que não há incidência de ICMS sobre operações de aluguel de equipamentos, que sequer são serviços, conforme entendimento do STF e do Conselho de Recursos Fiscais da Paraíba;
- d) Que os Serviços de Valor Adicionado (SVA), notadamente o “Serviço de Informação 102” é tributável pelo ISS, não pelo ICMS.
- 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 a multa aplicada no montante de 100% (cem por cento) sobre o valor não recolhido é indevida tendo em vista que esta não tem natureza indenizatória ou compensatória.

Seguindo os trâmites procedimentais, e verificada a presença de antecedentes fiscais, fl. 290 a 294, foram os autos remetidos à instância monocrática e distribuídos ao julgador fiscal, Francisco Nociti, que, após análise, decidiu pela *procedência* do feito acusatório, fls. 297 a 304, proferindo a seguinte ementa:

FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA (FUNCEP). FALTA DE RECOLHIMENTO. DENÚNCIAS COMPROVADAS.

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

- A fruição do benefício da isenção de que trata os Decretos nºs 24.755/03 e 35.320/14 somente se

aplica quando atendidas as condições nele impostas. Interpretação literal da legislação tributária que dispõe sobre outorga de isenção, imposta pelo 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.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Notificada da decisão singular em 24/1/2017, por meio de Aviso de Recebimento, fl. 307, a empresa autuada ingressou com Recurso Voluntário, fls. 309 a 320, protocolado em 20/2/2017, fl. 308, em que aborda, em breve síntese, os seguintes pontos em sua defesa:

- a. Que o adicional de alíquota de 2% na base de cálculo do ICMS para o financiamento do FUNCEP é inconstitucional, diante de sua incidência sobre serviços que não sejam supérfluos;
- b. Argumenta a impossibilidade da incidência do FUNCEP tendo em vista a cobrança indevida do ICMS sobre os serviços prestados a órgãos da Administração Direta e Indireta;
- c. Que teria havido cobrança indevida do ICMS sobre serviços isentos por força dos Convênios ICMS 26/03 e ICMS 73/04;
- d. Que não haveria incidência do imposto estadual nas operações de aluguel;
- e. Atividades-meio, serviços complementares e Serviços de Valor Adicionado (SVA), notadamente o “Serviço de Informação 102”, são atividades autônomas que transmitem qualquer mensagem, não havendo incidência de ICMS;
- f. Ao final, requer a reforma da decisão monocrática, reconhecendo-se a insubsistência da ação fiscal e extinção do crédito tributário em questão, e que as intimações da data de julgamento e das decisões proferidas fossem realizadas ao advogado André Mendes Moreira, OAB/MG nº 87.017, no endereço constante à fl. 320.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, estes foram distribuídos a esta relatoria, na forma regimental, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso voluntário, interposto contra decisão de primeira instância que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000480/2015-30, lavrado em 31/3/2015, fls. 5 a 8, contra a empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A, devidamente qualificada nos autos.

Antes da análise do mérito da contenda, determinante se apresenta a verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional.

Vislumbro que o libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, bem como a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, conforme se depreende dos artigos 14 a 17, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013.

Assim, a lavratura do auto de infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade, visto que são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria objeto dessa lide, e ainda, oportunizaram-se ao reclamante todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa e o contraditório, que assim o fez, quando da apresentação das suas peças de defesa (impugnação e recurso voluntário) de forma tempestiva.

A *quaestio juris* versa sobre a acusação de Falta de Recolhimento do FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, nos exercícios de 2012 a 2014, de acordo com os demonstrativos apresentados em mídia CD à fl. 11, parte integrante do Auto de Infração em tela, conforme nota explicativa constante na inicial.

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, infracitado:

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, infracitado:

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**; (*grifo nosso*)

Extraí-se dos atos que o presente contencioso teve por origem a exigência do ICMS sobre os serviços de comunicação, cobrado por meio do Auto de Infração nº 93300008.09.00000473/2015-39, Processo nº 0462912015-7, sendo, então, imprescindível a verificação da decisão final deste, pois dele depende a cobrança do FUNCEP sobre a base de cálculo do ICMS tido por procedente no citado processo, já que decorre do mesmo fato gerador do imposto estadual.

Pois bem. O processo nº 0462912015-7, cujos argumentos de defesa em relação aos fatos geradores do ICMS são os mesmos contidos no recurso voluntário, ora em análise, já foi julgado por esta Corte, por meio do Acórdão nº 150/2016, que decidiu pela procedência parcial, decidido por unanimidade, afastando, tão-somente, os valores relativos à multa recidiva, por indevida, confirmando a denúncia de falta de recolhimento do ICMS para os demais fatos denunciados. Vejamos os termos do citado Acórdão:

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: 150/2016

RELATOR: Cons. JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES.

Portanto, configurada a infração de falta de recolhimento do ICMS sobre as prestações de serviço de comunicação, deve ser mantida a exigência do FUNCEP sobre os respectivos fatos geradores.

Nas alegações recursais, salvo os argumentos de inconstitucionalidade da aplicação do FUNCEP, que adiante comento, nenhum fato novo foi trazido aos autos, de forma que todos os argumentos foram devidamente analisados no Acórdão 150/2016, não havendo o que ser questionado em relação à procedência do ICMS relacionado aos fatos geradores ora tratados, dos quais decorre a exigência do FUNCEP, por determinação legal, pois exigência do imposto estadual foi analisada e decidida em processo próprio, transitado em julgado na via administrativa, conforme abaixo se evidencia nos trechos da decisão, em que trata os argumentos trazidos no recurso voluntário, que passo a demonstrar a seguir.

Em relação ao argumento da não tributação pelo ICMS das receitas oriundas de órgãos da Administração Direta e Indireta, a matéria foi devidamente tratada e analisada no citado Acórdão 150/2016, em que se verificou que as condições para a fruição do benefício da isenção não foram cumpridas, em conformidade com as obrigações estabelecidas no art. 1º, §1º, I e II, do Decreto nº 24.755/03 e do Decreto nº 35.320/04, impossibilitando o uso do benefício fiscal. Vejamos o texto extraído do citado Acórdão, que trata dos fundamentos sobre esta matéria:

“No seu recurso, o patrono da 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 e ainda pelo pelo Convênio ICMS 73/04 e Decreto nº 35.320/04, que assim dispõe:

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;

DECRETO Nº 35.320/14

Art. 1º Fica concedida a isenção do ICMS nas operações ou prestações internas, relativas à aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos do Poder Executivo da Administração Pública Estadual Direta e pelas Fundações e Autarquias do Estado (Convênio ICMS 73/04).

(...)

§ 5º O valor correspondente à isenção do ICMS deverá ser deduzido do preço dos respectivos produtos, contido nas propostas vencedoras do processo licitatório, devendo o contribuinte demonstrar a dedução, expressamente, no documento fiscal.

Como se observa, pelo texto legal, a concessão do benefício está condicionada ao cumprimento de certas obrigações, no primeiro, em especial: i) que seja dado desconto equivalente ao valor do imposto dispensado e ii) que esse valor esteja expressamente descrito no documento fiscal e no segundo que seja deduzido do preço dos produtos e/ou serviços a isenção do ICMS de forma a demonstrar a dedução, expressamente nos documentos fiscais.

Assim, da análise recursal não basta a simples alegação de que os serviços tenham sido prestados a órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias com os devidos descontos e/ou desonerações, 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, diferente da tese apresentada pelo patrono, o que se observa nos autos é que essas condicionantes não foram cumpridas pela autuada, conforme se pode verificar nas cópias das notas fiscais de serviço (NFST) trazidas ao processo pela fiscalização, às fls. 38 a 124, o que faz desmoronar as argumentações da recorrente.

Como demonstrado nos autos, as NFST não foram preenchidas em conformidade com o que estatuem os Decretos nº 24.755/03 e 35.320/14, pois não existe, nestes documentos fiscais, indicação da dedução do preço da prestação do serviço em virtude do benefício da isenção, onde os exemplos citados no recurso não são convincentes e suficientes para caracterizar a comprovação de que os preços pagos estariam atendendo o comando normativo. Portanto, Não se trata de simples descumprimento de requisito formal, como reitera e sustenta a tese recursal.

É de declarar que a matéria já foi enfrentada por este colendo Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, quando do julgamento de recursos conforme Acórdãos de nº 113/2014 e 121/2014, tendo se posicionado, em ambos os casos, pela procedência da acusação.

Além disso, como bem disse o julgador singular em sua sentença, a interpretação do dispositivo que prevê a isenção deve ser literal, nos termos do artigo 111 do Código Tributário Nacional – CTN, situação também delineada no que dispõe a Seção III da Lei nº 6.379/96 sobre isenções, incentivos e benefícios fiscais, a saber:

Art. 5º *As isenções, incentivos e benefícios fiscais do imposto serão concedidos ou revogados mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 07 de janeiro de 1975.*

Parágrafo único. *O regulamento indicará os benefícios vigentes, fazendo referência ao convênio que os instituiu.*

Art. 6º *Quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou a prestação.*

Art. 7º *A concessão de qualquer benefício não dispensa o contribuinte do cumprimento de obrigações acessórias. (grifos nossos)*

Portanto, sem o cumprimento das obrigações estabelecidas no art. 1º, §1º, I e II, do Decreto nº 24.755/03 e do Decreto nº 35.320/04, não há como prevalecer as ponderações da Recorrente, que ficou impossibilitada de se utilizar do benefício previsto no referido Decreto.”

Quanto a não tributação nas locações de bens móveis, em que elega a inexistência de prestação de serviços de comunicação, assim se pronunciou a decisão colegiada no aludido acórdão:

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

sem fato gerador específico ao caso presente.

No caso em exame, não há como se conceber a locação de equipamentos para uso como elementos de rede nas instalações de seus clientes, como uma simples locação de coisa, nos termos do Código Civil, pois a utilização desses equipamentos está atrelada à prestação do serviço de telecomunicação ofertado pela autuada, de forma a possibilitar a conversão dos sinais trafegados na rede da recorrente em sinais que possibilitem sua recepção nos aparelhos dos usuários.

Logo, para que esses serviços fossem caracterizados como simples aluguel de equipamentos, sem sofrer tributação pelo ICMS, seria necessário que estivessem completamente dissociados de qualquer serviço de telecomunicação prestado pela recorrente.

Não é assim que acontece, tendo em vista não haver, por parte do usuário, o *animus* em locar os referidos equipamentos para uso ao seu bel prazer, em atividades dissociadas do serviço prestado pela recorrente. Pelo contrário, o seu primordial objetivo é utilizar esses equipamentos para estabelecer um canal de comunicação através dos serviços prestados pela recorrente.

Além disso, a aquisição de tais aparelhos é condição *sine qua non* para a prestação do serviço de telecomunicação, donde se conclui pela sua imprescindibilidade ao serviço ofertado.

Neste sentido, conforme definido no art. 60 da LGT, o serviço de telecomunicação é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação, assim, faz parte de um serviço de comunicação todas as atividades necessárias para por em funcionamento a 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, devem, os valores cobrados a título de locação, integrar a base de cálculo do ICMS sobre os serviços de comunicação ofertados pela recorrente.

Portanto, entendo que 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.”

Demonstra-se na análise supra, que a própria Lei das Telecomunicações trata os equipamentos e as infraestruturas necessárias à prestação de serviço como parte integrante da prestação e serviço de telecomunicações, sendo, portanto, irrelevante o fato de serem cobrados em forma de aluguel pela empresa autuada. Assim, não houve desacerto por parte do Estado, conforme afirma a recorrente.

Vejamos, também, a análise em relação à rubrica “TC CPE Solution-Aluguel”, especificamente questionado pela recorrente:

“No tocante ao exemplo trazido pela recorrente quanto às rubricas intituladas de “TC CPE SOLUCION” e outras de mesma natureza, esta relatoria entende que a utilização dos equipamentos pelos usuários do serviço de comunicação é condição essencial e vinculada pela empresa para a prestação do serviço de transmissão de dados, voz e imagem, cujo caráter de imposição inerente a tal operação é o que, a meu ver, determina a incidência do ICMS na operação de comunicação, batizado como TC CPE SOLUTION.

Tendo em vista que a prestação do serviço de comunicação é viabilizada mediante o oferecimento da aparelhagem posta à disposição do cliente, entendo que não se justifica o afastamento da incidência do ICMS sobre as operações de aluguel, mesmo apesar de tais equipamentos serem locados pela autuada, pois não serem serviços. Correto, portanto, é o lançamento compulsório, tendo em vista que atendeu a condições essenciais a sua exequibilidade, à luz dos dispositivos de lei supracitados.

Este entendimento, diferente do que foi trazido pela recorrente, encontra jurisprudência atual e pacificada neste órgão Colegiado, conforme Acórdão CRF de nº 320/2013, de minha relatoria, que assim decidi quando da análise de caso de idêntica natureza, senão vejamos:

Acórdão 320/2013

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, §4º, ambos do CTN, contando-se o prazo de cinco anos, a partir do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato impositivo, donde se deduz 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.

Assim, concluo que não há como dissociar o caráter de necessidade e essencialidade desses equipamentos para o serviço de telecomunicação prestado pela recorrente, entendendo 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 incidente sobre o serviço prestado de comunicação.”

Da mesma forma, as alegações contra a incidência do ICMS sobre as atividades-meio e serviços de valor adicionado fora esgotado na decisão do Acórdão nº 150/2016, que procedeu a exigência tributária, tendo em vista a plena vigência do Convenio nº 69/98. Vejamos:

“No que se refere ao argumento de que não incide ICMS sobre os “serviços de valor adicionado” - SVA, especialmente sobre o serviço de informação 102, sob a arguição de estar-se indo de encontro, no seu dizer, ao princípio da legalidade, não comungo com as razões da Recorrente, pelos motivos que passarei a expor:

É perceptível que as arguições da recorrente se exaurem em uma interpretação de que haveria ilegalidade na aplicação da hipótese de incidência do ICMS e de inconstitucionalidade da Cláusula

Primeira do Convênio ICMS 69/98, em razão da extrapolação dos limites de competência dos convênios definidos pela Carta Magna.

Em verdade, imprópria é esta arguição da recorrente, visto que nos termos do inciso III do Art. 2º da Lei Complementar nº 87/96, percebe-se que os serviços intermediários possuem o condão de possibilitar a comunicação com o usuário do serviço com qualidade necessária, o que vai ao encontro com o que reza o artigo 60 da Lei nº 9.472/97, o que desqualifica, portanto, a tese de que este serviço não se enquadra ao conceito de serviço de comunicação, estando, portanto, plenamente inseridos no campo de incidência do ICMS.

Neste sentido, por força normativa do Convenio ICMS nº 69/98, não vejo como deixar de entender que os serviços agregados, oferecidos pela empresa, são de fato e de direito serviço de comunicação, estando contemplados dentro do conceito de “serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizam o processo de comunicação” conforme dicção constante na Clausula Primeira do retro convênio, senão vejamos:

(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.).

Pelo que se vê o Convênio ICMS nº 69/98 nos dá o rumo de que há incidência do ICMS sobre esses serviços facilitadores do serviço de comunicação, a exemplo dos que foram objeto do presente auto de infração.

Este mesmo entendimento já foi adotado, por este Colegiado, no Acórdão CRF n. 448/2015, da relatoria da Cons. Domênica Coutinho de Souza Furtado, que assim decidiu quando ao caso concreto:

Processo nº 081.888.2013-0

Acórdão CRF nº 448/2015

Recursos HIE/VOL/CRF- nº 241/2014

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. PRELIMINAR. AFASTADA. REDUÇÃO DA MULTA APLICADA. AUTO DE

**INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA.
RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.**

A devida compreensão, pela defesa, dos fatos que lhe foram imputados, não configura o cerceamento de defesa, pas de nullité sans grief. A cobrança do ICMS sobre os serviços de comunicação, objeto da autuação, está prevista no Convênio 69/98. O advento de Lei nova mais benéfica ao contribuinte acarretou a sucumbência de parte do crédito tributário.

Portanto, não visualizamos inconvenientes para classificar os serviços de valor adicionado como serviços de telecomunicação, haja vista 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, tendo em vista a plena vigência do Convênio ICMS nº 69/98, considero acertada a inclusão das receitas referentes aos serviços suplementares e facilidades adicionais na base de cálculo do ICMS.”

A recorrente defende ainda a inconstitucionalidade da cobrança do adicional do FUNCEP, ora em questão. No entanto, não há como analisarmos seus fundamentos, pois não está dentro do âmbito das atribuições da instância administrativa o pronunciamento a respeito da constitucionalidade ou não da referida cobrança, que está determinada em lei, acima evidenciada e comentada, sendo bastante a análise subsuntiva da norma ao caso concreto, assim como a verificação de que a mesma está vigente e seja plenamente eficaz, devendo ser aplicada, em obediência aos Princípios da Legalidade e da Vinculabilidade tributária.

Tal assertiva tem por fundamento o artigo 55 da Lei nº 10.094/13 (PAT), que exclui a competência dos órgãos julgadores para discutir sobre inconstitucionalidade de lei, Vejamos.

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

- I - a declaração de inconstitucionalidade;
- II - a aplicação de equidade.

Assim, sendo o fato gerador do FUNCEP o mesmo do ICMS exigido no Auto de Infração nº 93300008.09.00000473/2015-39, Processo nº 0462912015-7, julgado e decidido por meio do Acórdão nº 150/2016, pela procedência do ICMS exigido, em que afastou apenas as multas recidivas, cujos fundamentos foram acima demonstrados, tem-se, por consequência, a obrigação da cobrança do adicional de 2% a título de FUNCEP, sobre a base de cálculo do ICMS devido sobre as prestações de serviço de telecomunicação, cujo imposto fora cobrado na citada peça acusatória, transitada em julgado nesta esfera administrativa.

Por todo exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença monocrática, que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000480/2015-30, lavrado em 31/3/2015, 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\$ 2.695.207,68 (dois milhões, seiscentos e noventa e cinco mil, duzentos e sete reais e sessenta e oito centavos), sendo R\$ 1.347.603,84 (um milhão, trezentos e quarenta e sete mil, seiscentos e três reais e oitenta e quatro centavos) de FUNCEP, por infringência ao art. 2º, I, “g”, da Lei nº 7.611/04 e R\$ 1.347.603,84 (um milhão trezentos e quarenta e sete mil seiscentos e três reais e oitenta e quatro centavos) a título de multa por infração, com fulcro no artigo 8º da Lei nº 7.611/04, acrescentado peal Lei nº 9.414 de 12/07/2011.

Tribunal Pleno. Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 10 de outubro de 2018.

PETRÔNIO RODRIGUES LIMA

Conselheiro Relator