



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA

Processo nº 1140502013-0

TRIBUNAL PLENO

1ª Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

1ª Recorrida: TELEMAR NORTE LESTE S.A.

2ª Recorrente: TELEMAR NORTE LESTE S.A.

2ª Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes: EDUARDO SALES DA COSTA e JOÃO ELIAS COSTA FILHO

Relatora: CONSª. THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. EXPLORAÇÃO INDUSTRIAL DE LINHA DEDICADA. LOCAÇÃO. SERVIÇOS 102 ("AUXÍLIO À LISTA"). EXCLUSÃO. REDUÇÃO DA MULTA APLICADA. ALTERADA, QUANTO AOS VALORES, A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDOS.

A acusação de falta de recolhimento do ICMS incidente sobre as receitas relativas à Prestação de Serviços de Comunicação encontra respaldo na legislação estadual. Inexistem nos autos provas que revelem atendimento de todas as condições necessárias à concessão de isenção prevista no Decreto nº 24.755/03.

Decisões reiteradas de Tribunais Superiores reconhecendo a não incidência de ICMS em relação à locação de equipamentos e serviços de "auxílio à lista" levaram à exclusão de parte do crédito tributário.

Confirmada a sucumbência de parte do ICMS exigido na exordial por ser indevido.

Acertada a redução da multa por infração, por força de lei superveniente, mais benéfica ao contribuinte, em conformidade com o art. 106, II, "c", do CTN.

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 da relatora, pelo recebimento dos recursos hierárquico, por regular, e voluntário, por regular e tempestivo, no mérito, pelo provimento parcial de ambos, alterando os valores da sentença exarada na instância monocrática, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00001381/2013-04 (fls. 5 e 6), lavrado em 27 de agosto de 2013, contra a empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A, inscrita no CCICMS/PB, sob nº 16.064.797-5, devidamente qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no montante de R\$ 6.311.056,68 (seis milhões, trezentos e onze mil, cinquenta e seis reais e sessenta e oito centavos), sendo R\$ 3.606.318,10 (três milhões, seiscentos e seis mil, trezentos e

dezoito reais e dez centavos), de ICMS, por infringência ao art. 13, III c/c o art. 3º, III; art. 11, V e art. 12, VII, todos da Lei nº 6.379/96, e R\$ 2.704.738,58 (dois milhões, setecentos e quatro mil, setecentos e trinta e oito reais e cinquenta e oito centavos), de multa por infração, nos termos do artigo 82, IV, da Lei nº 6.379/96. Em tempo, cancela, por indevida, a quantia de R\$ 8.961.629,57 (oito milhões, novecentos e sessenta e um mil, seiscentos e vinte e nove reais e cinquenta e sete centavos), sendo R\$ 2.502.756,40 (dois milhões, quinhentos e dois mil, setecentos e cinquenta e seis reais e quarenta centavos), de ICMS, e R\$ 6.458.873,17 (seis milhões, quatrocentos e cinquenta e oito mil, oitocentos e setenta e três reais e dezessete centavos), de multa por infração.

P.R.I

Tribunal pleno de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 20 de setembro de 2019.

THAÍS GUIMARAES TEIXEIRA
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal pleno de Julgamento, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, PETRONIO RODRIGUES LIMA, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES e MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS.

SANCHIA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE
ALENCAR
Assessora Jurídica

Relatório

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, os recursos hierárquico e voluntário, interpostos nos moldes dos arts. 80 e 77 da Lei nº 10.094/2013, respectivamente, contra a decisão monocrática, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001381/2013-04 (fls. 5 e 6), lavrado em 27 de agosto de 2013, que denuncia a empresa, acima identificada, pelo cometimento da irregularidade abaixo transcrita, *ipsis litteris*:

Descrição da Infração:

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 parte integrante do presente auto de infração.

Considerando infringido o art. 13, III, c/c os arts. 3º, III; 11, V; e 12, VII, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97, os agentes fazendários, por lançamento de ofício, constituíram crédito tributário no importe de R\$ 15.272.686,27, sendo R\$ 6.109,074,50, de ICMS, e R\$ 9.163.611,77, de multa por infração, com arrimo no art. 82, IV, da Lei 6.379/96.

Documentos instrutórios, anexos às fls. 7 a 14 dos autos.

Regularmente cientificado da lavratura do auto de infração em análise, em 29/8/2013, por meio de representante legalmente habilitada, conforme documento às fls. 15 a 20, o sujeito passivo apresentou peça reclamatória (fls. 23 a 47) em 27/9/20013, portanto, em tempo hábil.

Na impugnação (fls. 23 a 47), o contribuinte inicialmente reporta-se à tempestividade da sua defesa, em seguida, narra os fatos ocorridos, dizendo que foi autuado pelo pagamento a menor de ICMS incidente sobre supostos serviços de comunicação, durante o exercício de 2011, conforme fls. 23 e 24.

Apesar disso, afirma que o auto de infração não merece prosperar, haja vista as atividades autuadas pelo Fisco não estarem sujeitas à incidência do ICMS, a saber:

(i) Serviços isentos: 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 através do Decreto nº 24.755/03;

(ii) Operações de aluguel: não há incidência de ICMS sobre operações de aluguel de equipamento, que sequer são serviços, conforme entendimento do STF e deste Colegiado;

(iii) Atividades meio e serviços complementares: são atividades preparatórias e necessárias para o serviço de comunicação ou serviços extras oferecidos ao usuário, os quais não se confundem com o serviço de comunicação;

(iv) Auxílio à lista – 102 (Serviços de valor adicionado): o serviço de informação “102” não configura fato gerador do ICMS-Comunicação, mas de ISS;

(v) Multas Contratuais: Tais valores não atraem a incidência do ICMS, pois se referem à cobrança de multas por rescisão contratual.

(vi) EILD: a Exploração Industrial de Linha Dedicada (EILD) consiste na cessão onerosa de meios de rede de uma empresa prestadora do serviço de telecomunicação (cedente) a outra empresa (cessionária). O Convênio ICMS nº 126/98 concentrou toda a arrecadação do imposto na empresa cessionária, determinando a incidência do ICMS “apenas sobre o preço do serviço cobrado do usuário final.”

Rechaça também a aplicação da multa por infração, dizendo não se tratar de descumprimento de obrigação acessória.

Prossegue laborando em seu prol, discorrendo acerca dos argumentos acima sintetizados, às fls. 25 a 47, por fim, repete o pedido de insubsistência do feito fiscal, com extinção do crédito tributário e arquivamento do processo fiscal.

Protesta ainda por todos os meios de prova em direito admitidos.

Solicita que as intimações referentes ao presente processo sejam encaminhadas ao advogado Carlos Gomes Filho, OAB/ PB nº 10.302, conforme fls. 47.

Documentos instrutórios, anexos às fls. 48 a 555.

Na sequência, os autores do feito fiscal foram instados a contestar à peça impugnatória (fls. 556), apresentando suas razões às fls. 557 a 573, segundo relato abaixo:

1. Quanto à intributabilidade pelo ICMS das receitas oriundas de serviços prestados aos órgãos da Administração Pública Direta e suas fundações e autarquias, a legislação de regência, mais especificamente, o art. 1º do Decreto nº 24.755/03 concede a referida isenção desde que atendidas as condições preconizadas no seu § 1º, quais sejam, desconto no preço, do valor equivalente ao imposto dispensado como também à indicação, no respectivo documento fiscal, do valor do desconto;
2. No entender dos autores, as referidas condições não foram observadas pelo sujeito passivo, de acordo as cópias impressas das NFST – Notas Fiscais de Serviços de Telecomunicações anexas às fls. 92 a 555, conforme seu relato às fls. 558 a 561;
3. Com relação a não incidência do ICMS sobre receitas de locação de equipamentos como também serviços atividades-meios e serviços complementares, os fazendários esclarecem que se o serviço ofertado pela operadora for essencial e compulsório para prestação do serviço de comunicação propriamente dita, ou seja, se sem a existência de determinado serviço, equipamento ou solução tecnológica ofertada não acontecer a comunicação, então este é parte fundamental do serviço e considerado essencial e, por conseguinte, os valores cobrados a título destes serviços ofertados deverão integrar a base de cálculo do ICMS.
4. No que se refere aos serviços que constituam facilidades adicionais, contempladas na cláusula primeira do Convênio ICMS nº 69/98, os autores afirmam que se configuram como prestação de serviço de comunicação sujeita à incidência do ICMS, consoante fls. 561 a 564;
5. Asseguram que os serviços designados como “TC CPE Solutions” e “Advanced Services” integram a base de cálculo do ICMS, porque estes serviços possibilitam acontecer a comunicação, fls. 563 e 564;
6. Rechaça a aplicação da Súmula Vinculante nº 31 do STF, 4/2/2010, ao caso em comento, vez que, neste caso, há locação do equipamento e prestação do serviço, conforme fls. 564 a 570;
7. No tocante ao serviço de informação/ auxílio “a lista” 102, os fazendários afirmam que não sofre incidência do ICMS quando é gratuito, conforme art. 13 da Resolução nº 357/04 da Anatel, que não é o caso destes autos, fls. 571;
8. Reconhecem que se equivocaram ao incluírem no crédito tributário os serviços com

código tarifário nº 95158, denominados como “EILD – S. FIX. CLIENTE ISENTOS ICMS”, por isso demonstram o valor do ICMS a ser deduzido, fls. 571;

9. Afirmam que os fundamentos da defesa quanto à multa contratual não estão comprovados, fls. 571 e 572;

10. Asseguram que, por força da Lei nº 10.008/13, a multa por infração deve ser no percentual de 75% (setenta e cinco por cento), consoante o art. 82, IV, da Lei nº 6.379/96;

11. Por último, os auditores apresentaram demonstrativo fiscal com o crédito tributário exigível, no importe de R\$ 9.117.077,50, sendo R\$ 5.209.758,57, de ICMS, e R\$ 3.907.318,93 de multa por infração, conforme fls. 573.

Com informações de antecedentes fiscais (fls. 576 a 639), os autos foram conclusos (fls. 640) e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, onde foi juntada uma complementação (fls. 643 a 646) à reclamação, na qual o sujeito passivo reconhece que:

1) Uma ínfima parcela da autuação corresponde à exigência de ICMS incidente sobre serviços prestados para clientes não isentos, mas que, equivocadamente, foram declarados como isentas. Constatado o erro, providenciou o recolhimento do ICMS no importe de R\$ 220.173,53, conforme documentos anexos às fls. 650 a 662;

2) Parte da autuação refere-se à cessão onerosa de meios de rede, na modalidade de Exploração Industrial de Linha Dedicada. Adita que o Convênio ICMS nº 126/98 concentrou a arrecadação do imposto incidente em tais operações na empresa cessionária (a empresa que contratou a linha da Telemar), determinando a cobrança do ICMS “apenas sobre o preço do serviço cobrado ao usuário final”.

3) Neste norte, acosta aos autos contratos de EILD, na modalidade Superlink, com o escopo de demonstrar a incontestável prestação de cessão onerosa de rede, para outras empresas de comunicação, consoante papéis anexos às fls. 663 a 719.

Feita a juntada de documentos supracitada, os autos foram distribuídos ao julgador fiscal, Christian Vilar de Queiroz, para análise e decisão, todavia, antes do julgamento, a reclamante colocou aos autos comunicado de renúncia de mandatos como também solicitação de inclusão do advogado André Mendes Moreira, OAB/MG nº 87.017, OAB/RJ nº 126.363, OAB/DF nº 20.107, OAB/SP nº 250.627, conforme fls. 723 e 724; Termo de Substabelecimento (fls. 725 a 728); Ata da Assembleia

Geral Ordinária e Extraordinária (fls. 729 a 744); e, Escritura Declaratória de Revogação de Mandatos (fls. 745 a 748).

Enfim, os autos foram examinados pela autoridade julgadora que decidiu pela parcial procedência do feito fiscal, conforme sentença anexa às fls. 749 a 770, e ementa abaixo reproduzida, *litteris*:

ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. RECEITAS ORIUNDAS DE DIVERSOS SERVIÇOS TRIBUTÁVEIS REGISTRADOS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE. CORREÇÃO DA PENALIDADE PROPOSTA.

- Constatada a falta de recolhimento de ICMS para o Estado da Paraíba, em face de a Autuada não ter submetido à tributação diversos itens relativos à prestação onerosa de serviço de comunicação.

- 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 valores adicionados 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, aperfeiçoem 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.

- Exclusão das exigências incidentes sobre as rubricas denominadas de “ASS. OI VELOX RES 10M LOCAL ESTRATÉGICO” e “EILD-S. FIX. CLIENTE ISENTO ICMS”.

- Reformada a sanção aplicada, em cumprimento ao disposto na Lei nº 10.008/2013.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Findo o exame dos autos, o julgador fiscal decidiu excluir do crédito tributário o montante de R\$ 5.022.684,64, sendo R\$ 251.930,71 de ICMS e R\$ 4.770.753,93 de multa por infração, remanescendo exigível a quantia de R\$ 10.250.001,63, sendo R\$ 5.857.143,79 de ICMS e R\$ 4.392.857,84 de multa por infração, de acordo com a sentença anexa às fls. 749 a 770.

Ciente da decisão proferida pelo órgão julgador monocrático, por meio da Notificação nº 01128838/2017, remetida via postal, com Aviso de Recebimento – AR, consoante fls. 772 e 773, a interessada impetrou recurso voluntário (fls. 774 a 788) a esta Corte de Justiça Fiscal, em conformidade com o art. 77 da Lei nº 10.094/2013.

No recurso voluntário (fls. 774 a 788), inicialmente, o sujeito passivo se reporta a sua tempestividade, faz uma narrativa dos fatos ocorridos, diz que a sentença singular julgou o feito parcialmente procedente, excluindo os valores referentes às multas por rescisão contratual e os serviços de exploração industrial de linha dedicada (EILD), reduzindo a multa por infração para o percentual de 75% (setenta e cinco por cento), em conformidade com a Lei nº 10.008/2013.

No entanto, a decisão singular manteve os créditos tributários constituídos sobre serviços isentos, operações de aluguel, atividades meio, serviços complementares e serviço de auxílio à lista, que, no seu entender, não sofrem incidência do ICMS, conforme razões colacionadas à reclamação e repetidas às fls. 776 do recurso voluntário.

Pleiteia também o cancelamento integral da multa por infração, por não se tratar de hipótese de descumprimento de obrigação acessória.

No mérito, a ora recorrente discorre acerca dos seguintes itens: *a intributabilidade pelo ICMS das receitas oriundas de serviços prestados aos órgãos da administração pública direta e suas fundações e autarquias, não incidência do ICMS sobre as receitas de locação de equipamentos como também serviços atividades-meios, serviços complementares e serviços de valor adicionado (serviço de informação 102), conforme peça recursal às fls. 776 a 786.*

1. A intributabilidade pelo ICMS das receitas oriundas de serviços prestados aos órgãos da administração pública direta e suas fundações e autarquias

Neste quesito, a ora recorrente afirma que a maior parte das rubricas tributadas pelo Fisco se refere à prestação de serviço de comunicação para órgãos da administração pública estadual, a qual está ao abrigo de isenção por força do Convênio ICMS 73/04 e Decreto nº 35.320/14, a exemplo das Secretarias de Estado da Saúde, Segurança, Esporte e Lazer e Administração.

Adita que conforme se observa no auto de infração e na decisão administrativa recorrida, a fiscalização não questiona o direito à isenção concedida, mas, tão-somente, o fato de que não foram observadas as condições impostas pelo normativo citado, isto é, a demonstração de dedução do

ICMS no documento fiscal, ou seja, mero descumprimento de obrigação acessória.

A recorrente alega que o propósito do benefício é desonerar fiscalmente os serviços prestados em favor dos órgãos da administração pública, finalidade plenamente atendida no caso em exame, vez que o preço do minuto de ligação é mais barato para os órgãos da administração pública do que para os clientes normais. Esclarece que no caso dos serviços prestados aos órgãos isentos, o ICMS não é incluído na formação do preço e, por isso, o serviço é mais barato. Nessa toada, segue o sujeito passivo na juntada das suas razões às fls. 777 a 779.

Feitas suas análises, a recorrente alega que a decisão singular não merece prosperar, visto que o valor cobrado relativo ao serviço “ASS. USO NÃO RESIDENCIAL” não foi exatamente igual para o cliente isento e o não isento.

Na sequência, requer a realização de *diligência fiscal*, ou o deferimento de prova pericial contábil, para demonstrar, exaustivamente, a diferença no preço do serviço praticado, em decorrência da isenção de ICMS concedida.

Laborando ainda em seu favor, expõe sua irrisignação com a sentença singular (fls. 779), acrescenta que manter a autuação nos termos presentes seria penalizar a empresa duas vezes, vez que o contribuinte sequer repassou o ônus do ICMS ao contribuinte de fato.

Enfim, argumenta que estando atendida a finalidade legal, eventual inobservância de formalidades configuraria mero descumprimento de requisito formal, não inviabilizando a fruição do direito à isenção, vez que o desconto previsto na legislação estava sendo concedido.

2. Da não incidência do ICMS sobre as receitas de locação de equipamentos

A recursante relata que também foi autuada em razão da ausência de recolhimento de ICMS sobre as receitas percebidas em virtude de operações de locação de equipamentos, conforme se depreende dos demonstrativos reproduzidos às fls. 76 a 82. A título exemplificativo, cita os seguintes itens autuados: TC CPE SOLUTION – ALUGUEL, TC CPE SOLUTION – ALUGUEL PEQUENO PORTE, TC CPE VOZ ALUGUEL PEQUENO PORTE BÁSICO, ALUGUEL MODEM ROUTER OI VELOX 256, conforme fls. 779.

O sujeito passivo narra ainda que a sentença singular decidiu que a locação de tais equipamentos são estritamente necessários e constituem suporte e parte integrantes dos serviços (de comunicação) por ele prestados. Apesar disso, afirma que a sentença monocrática deve ser reformada, pois, no seu entender, não há que se falar em incidência de ICMS-Comunicação sobre locação de equipamentos.

Nesta linha, acosta aos autos esclarecimentos acerca do serviço TC CPE SOLUTION (fls. 780), que se dá basicamente na criação de comunicação interna em clientes corporativos, por meio da locação, instalação, configuração e manutenção de equipamentos. Adita que o cliente, em posse destes equipamentos, poderá utilizar-se do serviço de comunicação. Diante disso, alega que a locação não se confunde com o serviço de comunicação.

Acrescenta que a sentença singular se fundamentou no Convênio ICMS nº 69/98 para afirmar que a receita obtida pela recorrente a título de locação de equipamento compõe a base de cálculo do ICMS porque é inegavelmente cobrada do usuário final e está intimamente ligada à prestação de serviço de comunicação.

A partir daí, a recorrente expõe sua discordância quanto aos fundamentos da sentença singular, dizendo, em síntese, que a base de cálculo do ICMS corresponde ao preço do serviço de comunicação cobrado pelas operadoras, conforme art. 13, III, da Lei Complementar nº 87/96.

Acrescenta que inexistente qualquer obrigação de alugar estes equipamentos ou, ainda, que sejam locados junto a ora recorrente.

Argumenta que há decisões favoráveis aos seus argumentos proferidas pelo Conselho de Contribuinte do Estado de Minas Gerais, Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo, Acórdão nº 323/2010 desta Casa, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, consoante fls. 781 a 783.

À luz das razões expostas, assevera que o ICMS deve incidir exclusivamente sobre as receitas de comunicação.

3. Da não incidência do ICMS sobre serviços atividades-meios, serviços complementares e serviços de valor adicionado (Serviço de Informação 102)

A recorrente argumenta que promove operações de diversos tipos, as quais, apesar de serem conexas, não se confundem com o serviço de comunicação em si, justamente por lhes faltar o elemento essencial da transmissão da mensagem. Relata que entre estas operações encontram-se atividades meios e os serviços de valor adicionado, segundo fls. 783.

Esclarece que as atividades meio são meramente preparatórias e necessárias para que o serviço de comunicação seja colocado à disposição do usuário e os serviços de valor adicionado são serviços extras colocados à disposição do usuário, sem qualquer intermediação de mensagem entre ele e determinado receptor.

Argumenta que se tratam de operações autônomas, com materialidades próprias, que não transmitem qualquer mensagem, visto que representam, por um lado, atividades burocráticas e administrativas, e, de outro, meras facilidades e comodidades disponibilizadas ao usuário.

A recorrente se vale do art. 61 da Lei Geral de Telecomunicações para afirmar que as facilidades em questão não se confundem com os serviços de telecomunicação, por isso relata que cobra do usuário de forma segregada o valor do serviço de comunicação propriamente dito do preço da utilidade busca pelo cliente. Daí, afirma que cabe ao Estado o ICMS-Comunicação incidente sobre a prestação de serviço de comunicação, e ao Município o ISS sobre a utilidade (no caso, serviço de “Informação 102”), em conformidade com o Item 17.01 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03.

Assim, conclui que apesar das atividades-meio e serviços de valor adicionado não constituírem fato gerador do ICMS, o Fisco paraibano optou por tributá-las, violando a regra jurídica que preceitua que a base de cálculo do imposto estadual deve corresponder somente ao preço cobrado pelas prestações de serviço de comunicação.

Adita que os tribunais superiores já decidiram que o ICMS incide sobre o serviço de comunicação, e, não, sobre atividades e serviços conexos com aquele, fls. 784 e 785.

Acrescenta também que o Serviço de Informação 102 é gratuito, conforme Resolução nº 357/04 da ANATEL, por isso não há que se cogitar a incidência de qualquer imposto.

Colaciona aos autos excertos de decisões administrativas e judiciais que depõem em seu favor, fls. 785 e 786.

Pelo exposto, entende demonstrada a necessidade de reforma da sentença singular para afastar a exigência do ICMS sobre esta rubrica.

Com relação à multa por infração aplicada, discorre acerca da impossibilidade da sua aplicação por não se tratar de hipótese de descumprimento de obrigação acessória. Afirma que a recorrente não indicou dolosamente como isentas e não tributadas operações sujeitas ao imposto, no intuito de se esquivar de suas obrigações. Acrescenta que deixou de oferecer à tributação as operações, que no seu entender, não se sujeitam ao ICMS, em harmonia com a jurisprudência de outros estados.

Por derradeiro, pleiteia o provimento do seu recurso voluntário, para reformar o *decisum* exarado pela GEJUP, declarando a extinção do crédito tributário remanescente do auto de infração e, por conseguinte, seu arquivamento.

Solicita que as intimações sejam encaminhadas ao advogado André Mendes Moreira, OAB/MG nº 87.017, de acordo com fls. 788.

Remetidos os autos a esta Corte, estes foram distribuídos a esta relatoria, para exame e decisão, segundo critério regimentalmente previsto.

Registre-se que, em 23/8/2019, o representante legal da ora recorrente protocolou pedido de sustentação oral das suas razões de recorrer, motivo pelo qual solicitei parecer acerca da legalidade do lançamento à Assessoria Jurídica desta Casa, em conformidade com o art. 20, X, da Portaria GSER nº 75/2017 – Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais.

Incluídos em pauta para julgamento em 30/8/2019, após a realização da sustentação oral da representante da empresa autuada, a Assessoria Jurídica desta Corte solicitou vista dos autos.

Colacionados aos autos Parecer da Procuradoria Geral do Estado às fls. 859, o feito foi incluído mais uma vez em pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO

Versam estes autos a respeito da FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE ÀS

PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO, QUE FORAM INDEVIDAMENTE INDICADAS PELO CONTRIBUINTE COMO ISENTAS E NÃO TRIBUTADAS, faturadas através de Notas Fiscais de Serviço de Telecomunicações - NFST. A apuração foi promovida por meio dos arquivos magnéticos fornecidos pelo próprio contribuinte.

Esta infração foi denunciada no Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001381/2013-0, peça basilar destes autos, que foi julgado parcialmente procedente pelo órgão julgador de primeiro grau, motivo pelo qual foram interpostos os recursos hierárquico e voluntário a este Colegiado.

Importa declarar que o recurso voluntário atendeu ao pressuposto extrínseco da tempestividade, previsto no art. 77 da Lei nº 10.094/13.

Examinado o auto de infração supracitado, verifica-se que a fundamentação da infração foi feita de forma clara e objetiva, nela podendo se identificar todos os requisitos contidos na definição expressa no art. 142 do CTN, *in 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.

De igual modo, o libelo basilar também observou os requisitos estabelecidos no art. 41 da Lei nº 10.094/2013, por isso não se vislumbra na peça introdutória qualquer vício de forma que possa acarretar a nulidade do lançamento fiscal.

Antes de adentrar ao mérito da demanda, embora entendo ser desnecessária a análise desta matéria, cabe-nos tecer considerações acerca da preliminar aventada pela Assessoria Jurídica desta Casa no Parecer exarado em razão de solicitação emitida por esta relatoria diante do pedido de sustentação oral formulado pela empresa autuada.

Pois bem. Inicialmente, cabe esclarecer que, apesar deste processo ter a sua distribuição datada em 15/3/2018 (fl. 855v), como relatado, o pedido de sustentação oral apenas foi apresentado em 23/8/2019 (sexta-feira), sendo emitida a solicitação de parecer em 26/8/2019 (segunda-feira), inclusive com conhecimento da Presidência na mesma data.

Verifica-se, portanto, que o pedido foi realizado e deferido dentro do prazo Regimental (Portaria-SEFAZ nº 248/2019), previsto em seu art. 92, §1º:

Art. 92. A sustentação oral do recurso, na hipótese dos incisos I e VII do art. 75 deste Regimento, poderá ser realizada pelos representantes legais ou por intermédio de advogado, com instrumento de mandato regularmente outorgado, devendo ser solicitada juntamente com a peça recursal.

§ 1º Na hipótese em que a sustentação oral não seja solicitada juntamente com a peça recursal, o seu deferimento dependerá de requerimento, apresentado até 02 (dois) dias antes do julgamento, e, no caso de advogado ou representante legal ainda não constituído nos autos, o requerimento deverá ser acompanhado do devido mandato de instrumento de mandato outorgado.

Acerca da ausência do pedido de sustentação oral e do seu respectivo deferimento, de fato, assiste razão a Assessoria, vez que, por erro do Serviço de Expediente - SEREX, os referidos documentos estão ausentes nos autos e a solicitação de parecer realizada por esta relatoria apenas foi colacionada no dia do julgamento.

Todavia, apesar de tais equívocos, não vejo quaisquer prejuízos capazes de viciar o trâmite regular do processo administrativo tributário. Explico. Consta na Ata da 48ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno do Conselho de Recursos Fiscais, publicada no DO-e SER em 4/9/2019, que a representante legal da TELEMAR NORTE LESTE S/A, Dra. Ana Laura de Paula Lana Souza – OAB/MG 173.808, compareceu à sessão de julgamento, realizando sustentação oral no prazo regimental.

Aliado a tal fato, há possibilidade de juntada de Parecer Técnico posteriormente, nas hipóteses em que o pedido de sustentação oral for formulado no prazo previsto no § 1º do art. 92 deste Regimento, isto é, 2 (dois) dias antes da sessão de julgamento, o que se amolda perfeitamente ao caso dos autos, veja-se:

Art. 20. São atribuições do Assessor Jurídico:

X - emitir parecer técnico acerca da legalidade do lançamento, por escrito, independente de solicitação da Presidência, para os processos em que haja pedido de sustentação oral, podendo ser reduzido a termo, excepcionalmente, após o julgamento do recurso, ou até a realização da próxima sessão, na hipótese em que o pedido de sustentação oral seja apresentado no prazo previsto no § 1º do art. 92 deste Regimento.

Assim, reitero o trâmite regular do processo em comento, vez que não foram verificados quaisquer prejuízos ou mesmo cerceamento do direito de defesa, haja vista que estão preservados contraditório e ampla defesa, princípios constitucionais basilares, diante do que passo ao exame do 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 Telecomunicações – 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, *in 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, *ipsis litteris*:

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.

Todavia, como pontuado pela Assessoria Jurídica desta Corte Administrativa, no Parecer exarado nos autos, alguns serviços são reconhecidos pelo Poder Judiciário, como alheios à tributação do ICMS, devendo tal fato ser considerado por esta relatoria em momento oportuno.

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

1) Isenção das Receitas Decorrentes dos Serviços Prestados à Administração Pública

No seu recurso, a recorrente alega que alguns dos serviços autuados foram prestados a órgãos da Administração Pública Direta 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.

Neste ponto, a recorrente faz análise no recurso voluntário às fls. 778 e 779, comparando duas notas fiscais, sendo uma destinada a contribuinte isento; outro, não. Daí, argumenta que a diferença de valor no serviço “ASS. USO NÃO RESIDENCIAL” decorre da força do decreto concessor da isenção, por isso pleiteia a remessa deste feito fiscal em diligência ou, ainda, o deferimento de prova pericial contábil a fim de demonstrar, exhaustivamente, a diferença no preço do serviço praticado, em decorrência da isenção de ICMS concedida.

Apesar das alegações da recorrente, a fiscalização, na contestação, observou que as condições do Decreto nº 24.755/03 não foram observadas, visto que as NFSTs não contêm a indicação, no respectivo documento fiscal, do valor do desconto.

Diante disso, é despicienda a realização de diligência fiscal ou perícia contábil, como requer a recorrente, pois é notório que não constam nos documentos fiscais, anexos às fls. 92 a 555, a anotação do desconto concedido, por conseguinte, é evidente que uma das condições do Decreto nº 24.755/03 para concessão da isenção do ICMS não foi atendida, fazendo sucumbir a dispensa do ICMS pretendida.

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.

Ainda quanto às prestações de serviço de comunicação indevidamente indicadas como isentas e não tributadas, a fiscalização reconhece que cometeu um equívoco ao fazer incidir o ICMS sobre os serviços com código tarifário nº 95158, que são denominados como “EILD – S.FIX. CLIENTE ISENTICMS”, por isso os auditores fiscais entendem que deve ser abatido do ICMS original os seguintes valores, em consonância com suas alegações às fls. 571:

No tocante às multas por rescisão contratual, a fiscalização argumenta que as alegações do sujeito

passivo não são comprovadas, segundo anotações às fls. 571 e 572.

Apesar disso, o julgador singular, em sua sentença às fls. 766, acolheu os argumentos da ora recorrente, dizendo que alguns valores corresponderiam a uma receita de natureza financeira decorrente de multas por rescisão contratual, não configurariam uma prestação de serviço de comunicação, portanto, não estariam sujeitos a incidência do ICMS.

O órgão julgador singular aditou que os argumentos supracitados estariam comprovados por meio de documentos fiscais anexos às fls. 540/555. Porém, analisando referidos papéis, não se percebe nestes a descrição de multa por rescisão contratual, inexistindo, a meu ver, a comprovação documental desta receita financeira, motivo pelo qual discordo da exclusão destes valores do ICMS original, consoante planilha abaixo reproduzida:

Diante do exposto, entendo que deve ser abatido do crédito tributário original apenas os valores referentes às prestações de serviço de comunicação denominadas EILD – S.FIX. CLIENTE ISENTO ICMS, por serem tributadas em momento posterior como admitido pelos próprios autores.

2) Incidência do ICMS Sobre as Receitas de Aluguéis de Equipamentos e Serviço de Informação 102

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.

Já no que se refere à cobrança do ICMS sobre o serviço de valor adicionado, mais precisamente, Serviço de Informação 102. Sem nos alongarmos no assunto, fazemos constar que as receitas decorrentes dessas atividades, situadas na categoria dos serviços suplementares ou facilidades adicionais, devem compor a base de cálculo do ICMS – Comunicação, nos termos 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, 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.

No entanto, como dito anteriormente, os Tribunais Superiores possuem entendimento firmado, no sentido de que não incide ICMS – Comunicação em tais situações (locação e “auxílio à lista”), conforme segue:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIÇO DE INTERNET. LOCAÇÃO DE MODEM. UTILIZAÇÃO COMO MEIO PARA A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE INFORMAÇÃO. ICMS. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 572.020/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, acórdão redigido pelo Ministro Luiz Fux, fixou entendimento no sentido de que o ICMS não incide nos atos preparatórios de serviços de comunicação. II – A locação de modem enquadra-se como meio para prestação do serviço de informação, razão pela qual descabida a incidência de ICMS. III – Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 1138434 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 30/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-262 DIVULG 05-12-2018 PUBLIC 06-12-2018).

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 2/STJ. OFENSA AO ARTIGO 535 DO CPC/1973. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ICMS. NÃO INCIDÊNCIA NOS SERVIÇO DE PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES CONHECIDO COMO

"AUXÍLIO À LISTA". MERO "SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO" AO DE COMUNICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Verifica-se não ter ocorrido ofensa ao art. 535 do CPC/73, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos. 2. O imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços, de competência estadual, previsto normativamente nos artigos 2º, III, c/c, 12, VII, da Lei Complementar n.º 87/1996, não incide sobre a atividade comumente conhecida como **"auxílio à lista"** (informações verbais sobre números telefônicos), uma vez que esta operação

se constitui como um serviço de valor adicionado, e não em serviço de telecomunicação propriamente dito, consoante a exegese do artigo 61, caput, e § 1º, da Lei n. 9.472/1997 e do artigo 3o, III, da Resolução n. 73/1998 da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), e, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na ADI 1491-MC.

3. Recurso Especial parcialmente provido.

(STJ. REsp 1721126/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 01/03/2019).

Destaco, ainda, que, acerca das locações de *modem*, já houve julgamento desta Corte Administrativa, afastando a incidência do ICMS – Comunicação em tais casos, cujo voto condutor do acórdão foi de relatoria da Ilustre Cons.^a Gianni Cunha da Silveira Cavalcante. Vejamos:

RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO - PRELIMINAR DE DECADÊNCIA ACOLHIDA - SERVIÇOS SUPLEMENTARES E FACILIDADES ADICIONAIS AO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO – INCIDÊNCIA DO ICMS – LOCAÇÃO DE MODEM – OPERAÇÃO NÃO TRIBUTADA PELO ICMS - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

O prazo decadencial do direito de constituir o crédito tributário, na hipótese de tributos sujeitos a lançamento por homologação, rege-se pelo art. 150, §4º do CTN, ou seja, será de cinco anos a contar da data do fato gerador. Por essa razão, impende-se que seja decretada a extinção da obrigação tributária que abrange os meses de janeiro e fevereiro de 2002.

Por força do Convênio 69/98, o ICMS incide sobre os serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada. No caso específico do item “aluguel de modem” não se configura, no entanto, efetiva prestação de serviço de comunicação, senão mero contrato de locação de bem móvel necessário para a preparação da prestação de serviço de comunicação, propriamente dita.

Acórdão nº 323/2010

Recurso VOL/CRF-024/2010

Relatora: CONS.^a GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE.

Seguindo os entendimentos supracitados e em consonância com o parecer emitido pela Assessora Jurídica do órgão neste processo administrativo, e tratando-se de tema pacificado nos tribunais superiores, reformo o entendimento esposado pela instância prima, reconhecendo a parcial procedência da acusação, realizando a exclusão dos serviços constantes no libelo basilar, conforme tabela anexa a este voto.

3) Dos ajustes realizados pela primeira instância

Foi promovida pelo julgador singular a exclusão do crédito tributário dos valores atinentes às multas contratuais, vez que acolheu o argumento da empresa autuada de que tal parcela não constituiria fato gerador do imposto estadual ora em debate.

No entanto, não corroboro o afastamento dessas quantias. Com a devida vênia, ao contrário do que entendeu a instância *a quo*, e em consonância com os argumentos postos pela Fiscalização, não entendo que está comprovado o caráter rescisório da prestação nos documentos acostados aos autos, já que não se vislumbra nos documentos anexos às fls. 540/555 qualquer informação acerca da caracterização de multa contratual.

Além disso, há que se ressaltar que, se por um lado as rubricas mencionadas pela defesa (OI MÓVEL e ASS. OI VELOX RES 10 M LOCAL ESTRATÉGICO) caracterizam verdadeira prestação de serviço de comunicação, cuja efetiva realização configura fato gerador do ICMS, por outro foi observado que as quantias referentes ao eventual cancelamento não foram sequer localizadas nos demonstrativos que instruem o libelo basilar, o que nos leva a crer que tais receitas sequer integram a base cálculo do auto infracional.

Diante de tais constatações, não nos resta alternativa senão recuperar o crédito tributário atinente às multas contratuais.

Ainda na instância singular foram afastados da acusação valores relativos aos serviços de exploração industrial de linha dedicada (EILD), ajustes com os quais corroboro, haja vista que tal fato foi reconhecido pelos próprios autuantes na contestação apresentada tornando o fato incontroverso.

Contudo, entendo pertinente retificar o montante excluído pela instância singular quanto à exploração industrial de linha dedicada (EILD), vez que, como se observa na planilha de consolidação do crédito acostada no decisório às fls. 760, os valores de ICMS foram calculados a menor em relação àqueles demonstrados pelos autuantes às fls. 573, resultando em um valor a maior que o crédito tributário efetivamente devido.

Assim, para que não restem dúvidas, corrijo, de ofício, os valores alusivos às operações supramencionadas, excluindo do crédito tributário o montante demonstrado pela Fiscalização às fls. 573, conforme tabela que segue:

No tocante à multa aplicada, a recorrente argumenta que esta deve ser cancelada por não se tratar de hipótese de descumprimento de obrigação acessória, conforme fls. 786 e 787.

Examinando o auto de infração, vislumbra-se 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, os fazendários tomaram por base as determinações desses dispositivos legais, desrespeitá-los consistiria numa ilegalidade, que não comporta lugar no ordenamento jurídico-administrativo paraibano.

Assim, verificando o descumprimento de obrigação principal, qual seja, falta de recolhimento de ICMS, os auditores fiscais 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 nº 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, reconheço acertada a decisão monocrática que modificou o percentual da multa por infração exigível para 75% (setenta e cinco por cento), em harmonia com o art. 106, II, “c”, do Código Tributário Nacional.

Com fulcro nas razões expendidas, apresento abaixo demonstrativo contendo os valores de ICMS e multa por infração, que são exigíveis do sujeito passivo:

Com esses fundamentos,

V O T O pelo recebimento dos recursos hierárquico, por regular, e voluntário, por regular e tempestivo, no mérito, pelo *provimento parcial* de ambos, alterando os valores da sentença exarada na instância monocrática, que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento n.º 93300008.09.00001381/2013-04 (fls. 5 e 6), lavrado em 27 de agosto de 2013, contra a empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A, inscrita no CCICMS/PB, sob nº 16.064.797-5, devidamente qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no montante de R\$ 6.311.056,68 (seis milhões, trezentos e onze mil, cinquenta e seis reais e sessenta e oito centavos), sendo R\$ 3.606.318,10 (três milhões, seiscentos e seis mil, trezentos e dezoito reais e dez centavos), de ICMS, por infringência ao art. 13, III c/c o art. 3º, III; art. 11, V e art. 12, VII, todos da Lei nº 6.379/96, e R\$ 2.704.738,58 (dois milhões, setecentos e quatro mil, setecentos e trinta e oito reais e cinquenta e oito centavos), de multa por infração, nos termos do artigo 82, IV, da Lei nº 6.379/96.

Em tempo, cancelo, por indevida, a quantia de R\$ 8.961.629,57 (oito milhões, novecentos e sessenta e um mil, seiscentos e vinte e nove reais e cinquenta e sete centavos), sendo R\$ 2.502.756,40 (dois milhões, quinhentos e dois mil, setecentos e cinquenta e seis reais e quarenta centavos), de ICMS, e R\$ 6.458.873,17 (seis milhões, quatrocentos e cinquenta e oito mil, oitocentos e setenta e três reais e dezessete centavos), de multa por infração.

Por oportuno, recomendo que sejam deduzidos da importância acima cominada os valores já recolhidos, conforme registros no sistema ATF e Documentos de Arrecadação anexos às fls.650 a 662 dos autos.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 20 de setembro de 2019.

THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA

Conselheira Relatora