



PROCESSO Nº 0135682019-0

ACÓRDÃO Nº 635/2023

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

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

1ª Recorrida: TELEMAR NORTE LESTE S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL (BAIXADA)

2ª Recorrente: TELEMAR NORTE LESTE S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL (BAIXADA)

Advogado: Sr.º LEONARDO DE CASTRO ARAÚJO, inscrito na OAB/RJ sob o nº 236.499 - (MANEIRA ADVOGADOS)

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

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

Autuante: MARISE DO Ó CATÃO

Relator: CONS.º HEITOR COLLETT.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP. AQUISIÇÃO DE MEIOS DE REDE. DECADÊNCIA ACATADA. CORREÇÃO DOS CÁLCULOS. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

- Constatada a falta de recolhimento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FUNCEP) Incidência do ICMS sobre as aquisições de meios de rede, CFOP's 1301 e 2301.

- Derrocada de parte dos créditos tributários lançados, tendo em vista a extinção pela decadência do período autuado de janeiro de 2014.

- Ajustes necessários no levantamento fiscal após procedimento de Diligência realizado pela Fiscalização, resultaram na sucumbência de parte do crédito tributário exigido na exordial por ser indevido.

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do *recurso hierárquico*, por regular, e do voluntário por regular e tempestivo e quanto ao mérito, pelo *desprovemento de ambos*, para manter inalterada a sentença monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000048/2019-73**, lavrado em 28/01/2019, em face da



empresa **TELEMAR NORTE LESTE S/A-EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, inscrição estadual nº 16.064.797-5 (BAIXADA), declarando devido o crédito tributário, no valor total de **R\$ 504.999,90** (quinhentos e quatro mil, novecentos e noventa e nove reais e noventa centavos), sendo **R\$ 252.499,95** (duzentos e cinquenta e dois mil, quatrocentos e noventa e nove reais e noventa e cinco centavos) de FUNCEP, por infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7.611/04 e **R\$ 252.499,95** (duzentos e cinquenta e dois mil, quatrocentos e noventa e nove reais e noventa e cinco centavos) a título de multa por infração, com fulcro no art. 8º da Lei nº 7.611/04, acrescentado pela Lei nº 9.414 de 12/07/2011.

Ao tempo que mantenho cancelado a quantia total de **R\$ 71.349,20**, sendo R\$ 35.674,60 de FUNCEP e R\$ 35.674,60 de multa por infração.

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

P.R.I.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 13 de dezembro de 2023.

HEITOR COLLETT
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, JOSÉ VALDEMIR DA SILVA, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON E LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO Nº 0135682019-0

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

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

1ª Recorrida: TELEMAR NORTE LESTE S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL (BAIXADA)

2ª Recorrente: TELEMAR NORTE LESTE S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL (BAIXADA)

Advogado: Sr.º LEONARDO DE CASTRO ARAÚJO, inscrito na OAB/RJ sob o nº 236.499 - (MANEIRA ADVOGADOS)

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

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

Autuante: MARISE DO Ó CATÃO

Relator: CONS.º HEITOR COLLETT.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP. AQUISIÇÃO DE MEIOS DE REDE. DECADÊNCIA ACATADA. CORREÇÃO DOS CÁLCULOS. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

- Constatada a falta de recolhimento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FUNCEP) Incidência do ICMS sobre as aquisições de meios de rede, CFOP's 1301 e 2301.

- Derrocada de parte dos créditos tributários lançados, tendo em vista a extinção pela decadência do período autuado de janeiro de 2014.

- Ajustes necessários no levantamento fiscal após procedimento de Diligência realizado pela Fiscalização, resultaram na sucumbência de parte do crédito tributário exigido na exordial por ser indevido.

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000048/2019-73**, lavrado em 28 de janeiro de 2019 contra a empresa **TELEMAR NORTE LESTE S/A – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, inscrição estadual nº 16.064.797-5 (BAIXADA), relativamente a fatos geradores ocorridos entre 01/01/2014 a 31/12/2015, consta a denúncia de:



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

Nota Explicativa: A EMPRESA ESTÁ SENDO AUTUADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA - FUNCEP/PB, REFERENTE AO PERÍODO DE JANEIRO/2014 A DEZEMBRO/2015, DECORRENTE DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO Nº 93300008.09.00000046/2019-84, EM RAZÃO DA FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS INCIDENTE SOBRE A AQUISIÇÃO DOS MEIOS DE REDE CONFORME ESTABELECIDO NO ART. 3º DO DECRETO 34.010/2013 (CONVÊNIO ICMS 17/2013).

O VALOR DO ICMS A SER RECOLHIDO FOI APURADO PELA DIFERENÇA ENTRE OS VALORES CALCULADOS PELO FISCO E OS RECOLHIDOS PELA EMPRESA (ANEXO1). NO CÁLCULO DOS VALORES, O FISCO LEVOU EM CONSIDERAÇÃO:

A) OS VALORES TOTAIS MENSIS DAS AQUISIÇÕES DE CESSÃO DE MEIOS DECLARADOS NO SPED/EFD SOB OS CFOP 1301/2301 (ANEXO 2);

B) IMPOSTAÇÃO (GROSSUP) DOS VALORES DO ITEM A, EM RAZÃO DO ICMS SER UM IMPOSTO CALCULADO POR DENTRO;

C) OS VALORES TOTAIS MENSIS DE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO EXTRAÍDOS DOS RECIBOS DE ENTREGA DOS ARQUIVOS DO CONVÊNIO ICMS 115/03 (ANEXO 3);

D) NO CÁLCULO DO FATOR DEFINIDO NO §1º ART. 3º DO DECRETO 34.010/2013, FORAM INCLUÍDAS NO DENOMINADOR OPERAÇÕES DE COBILLING LANÇADAS EM “ OUTROS DÉBITOS” NO LIVRO DE APURAÇÃO DE ICMS (ANEXO 4);

E) NO CÁLCULO DO FATOR DEFINIDO NO §1º ART. 3º DO DECRETO 34.010/2013, CONFORME DEMONSTRADO NO ANEXO 4, FORAM EXCLUÍDAS DO NUMERADOR (PRESTAÇÕES ISENTOS/OUTRAS A USUÁRIO FINAL) E DO DENOMINADOR (TOTAL DE PRESTAÇÕES A USUÁRIO FINAL): SERVIÇOS DE INTERCONEXÃO/FATURAMENTO PRÉ-PAGO (SÉRIE B14 E B15); MULTAS/JUROS (SÉRIE B10 E B51); SERVIÇOS OFERTADOS A OUTRAS OPERADORAS DE TELECOMUNICAÇÃO, QUE NÃO SÃO USUÁRIAS FINAIS (PARCELA DOS VALORES DAS SERIES A E 3).

DESTACA-SE QUE O LEVANTAMENTO FEITO NO ITEM “E” TEVE COMO BASE OS RELATÓRIOS “TLM PB ALIQUOTA 0 ANO 2014” E “TLM PB ALIQUOTA 0 ANO 2015” FORNECIDOS PELA TELEMAR NORTE LESTE S.A, CUJOS DADOS FORAM EXTRAÍDOS DOS ARQUIVOS DO CONVÊNIO ICMS 115/03 (ANEXO 5 - MÍDIA CD-R).

A IRREGULARIDADE APONTADA SE ENCONTRA DETALHADA NOS ANEXOS 1, 2, 3, 4 E 5, QUE FICAM SENDO PARTES INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

Com supedâneo nos fatos acima, a Representante Fazendária lançou, de ofício, o crédito tributário no valor total de **R\$ 576.349,10** (quinhentos e setenta e seis mil, trezentos e quarenta e nove reais e dez centavos), **sendo R\$ 288.174,55** (duzentos e oitenta e oito mil, cento e setenta e quatro reais e cinquenta e cinco centavos) de FUNCEP, por infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7.611/04 e **R\$ 288.174,55** (duzentos e oitenta e oito mil, cento e setenta e quatro reais e cinquenta e cinco centavos) **a título de multa por infração**, com fulcro no art. 8º da Lei nº 7.611/04, acrescentado pela Lei nº 9.414 de 12/07/2011.



Instruem a peça acusatória os documentos constantes às fls. 06 a 201.

Cientificada pessoalmente desta ação fiscal, em 29 de janeiro de 2019, a autuada, através de seus representantes, interpôs petição reclamatória tempestiva (fl. 204 a 222), apresentando os seguintes argumentos em sua defesa:

- Alega a decadência dos créditos tributários para o período de janeiro de 2014, tendo em vista a ciência do auto de infração ter ocorrido em 29.01.2019;
- Que para a apuração do ICMS, tanto no numerador quanto no denominador utilizados para o cálculo previsto na cláusula terceira do Convênio 17/13, somente devem ser inseridos valores inerentes a prestações de serviços de comunicação (fato gerador do ICMS), desconsiderando-se valores estranhos que possam vir a falsear a proporção, como o caso de ajustes financeiros, serviços tributados pelo ISS, etc;
- O fiscal autuante partiu do cálculo que já havia sido elaborado pela empresa, fazendo as seguintes alterações: ignorou por completo as disposições convenientes e realizou um gross up dos valores totais das aquisições de cessão de meios de rede realizadas pela empresa, acrescentando o valor próprio do ICMS, majorou indevidamente o numerador da fração algébrica, na medida em que inseriu valores que constavam na coluna “outros” do SPED da empresa, os quais dizem respeito a operações que não podem ser consideradas como isentas, beneficiadas com reduções da base de cálculo, não tributadas ou destinadas a consumo próprio, reduziu indevidamente o denominador da fração algébrica, na medida em que não considerou como operações de cessão de meios de rede as que se encontravam registradas nas séries “B14 e 15”(faturamento de cessão de meios de rede de celulares pré-pagos), bem como nas séries “A” e “3” (que tratam da cessão de meios de rede da impugnante para outras operadoras de telefonia);
- Que refez os cálculos, desconsiderando as premissas do fiscal autuante, e procedendo a ajustes, como a exclusão de determinadas notas fiscais que, embora tenham sido registradas nos CFOPs 1301 e 2301, não possuem natureza de cessão de meios de rede, foram excluídos, no denominador, valores referentes a clientes isentados incorretamente pela autuada, cuja parcela foi inclusive objeto do auto de infração nº 933.000009000004732015-39;
- Defende que, após refazer os cálculos com os ajustes devidos, não há qualquer valor de ICMS a pagar por parte da autuada na condição de cessionária de meios de rede;



- Que não está expresso no Convênio 17/13 que o valor total de cessão de meios de rede deve ser acrescido do imposto que sequer incidu sobre as operações, logo, mostra-se arbitrária a ação do autuante na medida que criou um valor fictício, que não condiz com a realidade e não está previsto no Convênio 17/13 tampouco no Decreto estadual nº 34.010/13;
- Alega que operações regularmente tributadas não podem ser inseridas no numerador, bem como atividades que sequer são tributadas pelo ICMS, como as receitas financeiras, restando claro que parte das operações consideradas pelo fiscal autuante no numerador da fração não guarda qualquer relação com o ICMS, e não pode ser considerada como decorrente de operações isentas, não tributadas, beneficiadas com redução de base de cálculo ou auto consumo, a rubrica “outros” que consta no SPED da empresa, conforme indicado na planilha em anexo (DOC 2);
- O fiscal autuante não poderia ter retirado do denominador do coeficiente determinados valores de cessão de meios de rede de que a autuada atuou como cedente, ou seja, cedeu seus meios para outra operadora, que, no caso, ficou responsável pelo pagamento do ICMS, tratando-se de valores nas séries “B14” e “B15” (faturamento de cessão de meios de rede de celulares pré-pagos) e nas séries “A” e “3” (cessão de meios de rede para outras operadoras de telefonia), os quais são regulamente tributados pelo ICMS, só que por meio da sistemática do diferimento previstas no supracitado convênio nº 17/13, onde o fiscal em momento algum esclarece o motivo desses valores terem sido por ele excluídos do denominador da fração;
- Constatou-se a existência de determinadas notas fiscais que foram registradas sob o CFOP 1301 e 2301, mas que não possuem natureza de cessão de meio de rede, como os produtos REPASSE DE TUP, REPASSE DE RECEITA CO-BILLING-ENA, FATURAMENTO DE COMPRA DE MINUTOS LONGA, VC2 POS OUTORGA, FATURAMENTO COMPRA MIN LONGA DISTANCIA, SERVIÇO DE DETRAF, CUSTO COMISSÃO DE CO-BILLING, VC2 POS OUTORGA, requerendo-se a realização de diligência fiscal/perícia com vistas de comprovar a impossibilidade de classificar tais notas fiscais como cessão de meios de rede;
- Que deve ser excluído no cálculo do numerador determinados valores que dizem respeito a operações que são e foram tributadas, como no caso dos valores erroneamente classificados pela autuada como isentos e que tiveram o ICMS pago quando da lavratura do auto de infração nº 933.00000900000473/2015-39.



- Requer a produção de prova pericial, afim de que sejam refeitos os cálculos nos moldes da cláusula terceira do Convênio ICMS 17/13 e sejam respondidos os seguintes quesitos:
- Estão corretos os valores indicados na “Coluna A”, dos quais se excluiu determinadas notas fiscais que, embora tenham sido registradas nos CFOP’s 1301 e 2301, não possuem natureza de cessão de meio de rede;
- Os valores registrados na coluna “outros” do SPED podem ser considerados como isentos, não tributados, beneficiados como redução de base de cálculo ou alvo de auto consumo por parte da empresa para fins de inclusão no Numerador da fração;
- Estão corretos os valores mensais indicados no Numerador da fração, dos quais se excluiu os valores dos clientes erroneamente classificados pela empresa como isentos (parcela já devidamente quitada no auto de infração nº 933.000009000004732015-39);
- Os valores registrados nas séries “B14” e “B15” e nas séries “A” e “3” podem ser considerados como decorrentes da atividade de cessão de meios de rede e deveriam ser excluídos do denominador como pretendeu o fiscal autuante.
- Ao final requer que seja dado provimento à Impugnação, para que seja cancelado o crédito tributário lançado.

Os autos foram conclusos, (fl. 262), e remetidos à Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde a julgadora fiscal Rosely Tavares de Arruda, a qual, decidiu pela *parcial procedência* do auto de infração, conforme sentença às fls. 264 a 277, editando a ementa abaixo transcrita:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA (FUNCEP). DECADÊNCIA PARCIAL. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE.

É devido o recolhimento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FUNCEP) incidente sobre as aquisições de meios de rede. Derrocada de parte dos créditos tributários em decorrência da decadência e ajustes necessários no levantamento fiscal.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Devidamente cientificada da decisão de primeira instância, por meio de Aviso de Recebimento AR (BR248656255BR), em 28/03/2023 (fl. 281), a Autuada apresentou Recurso Voluntário, em 28/04/2023 (fl. 283 a 303), reapresentando os mesmos argumentos apresentados na impugnação:

- a) A decisão recorrida manteve o entendimento da autuante que ao realizar o *gross up* dos valores totais das aquisições de cessão de meios



de rede realizados pela empresa na “Coluna A”, acresceu aos valores de aquisição o valor do próprio ICMS, majorando indevidamente o valor a ser pago pelo contribuinte;

- b) A decisão recorrida manteve os valores na “Coluna OUTROS” do SPED da empresa, os quais dizem respeito a operações que não podem ser consideradas como isentas, com redução de base de cálculo, não tributadas ou destinadas ao uso /consumo, no cálculo do NUMERDOR na “COLUNA B”, (majorando indevidamente o imposto), tais como:

. Receitas advindas de locação instalação e manutenção de equipamentos “TC CPE SOLUTION” (consistente em criar infraestrutura – hardware – de comunicação interna dentro dos limites de propriedade de clientes corporativos;

. Receitas de serviços meio e complementares ao serviço de comunicação (cobrados dos usuários sob a denominação de locação de equipamentos, instalação de equipamentos, montagem de equipamentos, configuração de equipamentos, serviço de auxílio a lista telefônica 102, Advanced serviços);

- c) A decisão recorrida manteve a redução indevida do DENOMIADOR da “COLUNA B”, da fração algébrica, na medida em que não considerou como operações as cessões de meios de rede, as quais se encontram registradas nas séries “B14” e “B15” (faturamento de cessão de meios de rede de celulares pré-pagos), bem como nas séries “A” e “3” (que tratam de cessão de meios de rede para outras operadoras de telefonia) que são tributadas com o benefício do diferimento conforme Convênio ICMS 17/13.

- d) - Solicita o direito de Sustentação Oral no julgamento (fl. 303).

- Requer que o presente auto de infração deve ser integralmente cancelado.

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

Considerando o pedido de sustentação oral formulado, os autos foram encaminhados à Assessoria Jurídica do CRF-PB para emissão de parecer técnico acerca da legalidade dos lançamentos, em atenção ao disposto no artigo 20, X, do Regimento Interno desta corte.

É o relatório.

VOTO



O auto de infração objeto da demanda tributária versa sobre a infração de 0465 falta de recolhimento do FUNCEP – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2016, dispostos na inicial, com fundamento no art. 2º, I, e art. 8º, da Lei nº 7.611 de 30/06/2004.

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

Impõe-se declarar, também, que o lançamento de ofício em questão respeitou todas as cautelas da lei, não se evidenciando hipóteses de nulidades consideradas nos artigos 14 a 17 da Lei nº 10.094/13, tendo sido observado no procedimento as especificações da legislação de regência, especialmente o art. 41 da Lei nº 10.094/13 e o art. 142 do CTN.

O auto de infração demonstra claramente os fatos que fundamentam a denúncia, podendo-se constatar pela Nota Explicativa, que complementa a descrição da infração, que se trata da cobrança do FUNCEP sobre serviços de telecomunicação proveniente de valores relativos a aquisição dos meios de rede, em desacordo com o estabelecido no art. 3º do Decreto nº 34.010/2013 (Convênio ICMS 17/13), os quais não foram submetidos integralmente à tributação.

No que se refere ao efeito devolutivo do Recurso de Ofício, vale destacar que, **de forma acertada, a diligente julgadora singular afastou da cobrança do auto de infração o lançamento referente ao mês de janeiro de 2014, por ter sido alcançado pela decadência**, já que a ciência do auto de infração dada ao contribuinte ocorrera em 29/01/2019.

Neste ponto, cabe destacar que o contribuinte prestou as informações nas suas declarações da Escritura Fiscal Digital - EFD, tendo este realizado recolhimento, ainda que a menor do que o devido, devendo, portanto, o início da contagem do prazo decadencial ser remetido à data da ocorrência do fato gerador, conforme disciplinado no artigo 150, §4º, do CTN e do art. 22, da Lei nº 10.094/13, abaixo reproduzidos:

CTN:

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

(...)

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

Lei 10.094/2013:

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

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

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

§ 3º Na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, em que o contribuinte tenha realizado a entrega de declaração de informações fiscais, à Fazenda Estadual, ou tenha realizado



recolhimento a menor do que o declarado, o prazo decadencial será de 5 (cinco) anos, contado exatamente da data da ocorrência do fato gerador.

Em relação ao pedido formulado de realização de perícia contábil, correto o posicionamento da julgadora singular, que indeferiu por falta de previsão legal. Quanto à diligência fiscal, o artigo 59 da Lei nº 10.094/13 assim dispõe:

Art. 59. Apresentada a impugnação, e até a decisão final administrativa, havendo diligências a realizar serão elas determinadas pelo órgão julgador, de ofício, ou a pedido do autor do procedimento ou do sujeito passivo.

§1º A autoridade julgadora que deferir ou negar o pedido de realização de diligência fundamentará sua decisão.

§ 2º O sujeito passivo que requerer diligência responde pelas despesas correspondentes, devendo indicar, com precisão, os pontos controversos que pretende que sejam elucidados e fornecer os elementos necessários ao esclarecimento das dúvidas.

Neste campo, oportuno esclarecer que a Diligência Fiscal é instituto que deve ser buscado sempre que houver necessidade de esclarecimentos com vistas a subsidiar o julgador fiscal na busca da verdade material, não sendo, portanto, o caso dos autos, tendo em vista que todos os elementos probatórios necessários à clara delimitação da lide, encontram-se presentes nos autos, conforme já relatado.

Ademais, uma vez que a matéria de fato posta no libelo acusatório pode ser plenamente esclarecida e se exaure no âmbito das provas documentais, de modo a evidenciar o montante do crédito tributário levantado, torna-se desnecessária a produção de diligência fiscal para a correta apreciação do feito, nos termos do artigo 59 da Lei nº 10.094/13.

Por isso, reputo correta a decisão da instância singular quando negou o pedido de diligência solicitado, tendo em vista que existem nos autos elementos suficientes para formação de convencimento deste Juízo e a cobrança do FUNCEP, que se trata de um adicional na alíquota do ICMS, decorrente da lavratura do auto de infração nº 93300008.09.00000046/2019-84, que já se encontra julgado por esta instância de julgamento, nos autos do Processo Administrativo Tributário nº 0135672019-6, Acórdão CRF 510/2023, onde todas as alegações apresentadas pela defesa foram nele tratadas e que serão demonstradas mais adiante.

Cabe lembrar que a julgadora monocrática em atenção ao pedido da defesa, acertadamente baixou o processo principal, acima mencionado, em diligência, oportunidade em que a fiscalização ao analisar os pedidos e revisar seus trabalhos de auditoria, atendeu em parte aos proclames da defesa, procedendo aos ajustes necessários e reduzindo os valores de ICMS e Multa por infração inicialmente constituído.

Vale destacar trecho da decisão singular, que, ao analisar os autos do Processo principal nº 0135672019-6, acertadamente acolheu o resultado da diligência que evidenciou recolhimento a menor do ICMS incidente sobre a aquisição dos meios de rede:

.....



“conforme relatado pelo Autuante, em sua Informação Fiscal, fls. 281-294, e demonstrativos fiscais, no Numerador do fator foram considerados, acertadamente, os valores constantes nas colunas ISENTAS e OUTROS da EFD, tendo sido excluídos os valores das séries B14 e B15 (serviços de interconexão e faturamento), por não ter relação com a prestação de serviços de cessão de meios para usuário final, parte das séries A e 3 (os serviços ofertados a outras operadoras de telecomunicação) e as séries B10 e B51 (receitas financeiras-multas e juros) alheias à tributação do ICMS.

Em sua Informação Fiscal, fls. 281 a 294, a Fiscalização esclarece que embora a empresa tenha alegado que foram incluídas incorretamente no Numerador do fator valores da coluna “OUTROS” (SPED), solicitou que essa especificasse, mensalmente, as séries com a respectiva destinação das NFST dos valores constantes na coluna “OUTROS” (item 2 da notificação nº 00119994/2021), e que, embora a empresa tenha respondido à solicitação (arquivos contidos no DVD, às fls. 273), não foi possível fazer a análise pretendida, pois os valores totais relativos as séries das NFST são diferentes dos informados pela empresa à época da fiscalização.

Ainda, a Fiscalização relata que no DOC. 02 (fls. 262/264), citado pela empresa, existem apenas cópias refeitas pela empresa dos Demonstrativos (Anexo 01 e Anexo 4) partes integrantes do Auto de Infração, porém são planilhas sem comprovação da procedência ou composição dos dados nelas inseridos, ainda, nas planilhas (DOC 02) constam valores totais mensais sem dados sobre a formação desses valores e sem vinculação com os itens das NFST, ou seja, as planilhas não tem lastro documental para comprovação dos valores informados.

Considerando a análise efetuada pela Fiscalização, de fato, vislumbra-se que a autuada não apresentou provas da natureza das operações conforme por ela alegado. A apresentação de planilhas com indicação de valores e receitas não relacionadas a efetiva prestação de serviço de telecomunicação não faz prova inequívoca do tipo da natureza dos serviços como alega a autuada, sobretudo, se tais valores não têm vinculação com os itens constantes das NFST.”.

.....
“Ressalte-se que as rubricas como “IP ACCESS CONNECT CONFIG/MONT” , “TC CPE SOLUTIN ALUGUEL MEDIO PORTE” e demais, que a autuada entende estarem fora do campo de incidência, correspondem a equipamentos e serviços disponibilizados de forma onerosa e indissociáveis do serviço de comunicação prestado pela empresa, não havendo como admitir a exclusão de tais serviços da base de cálculo do ICMS comunicação, estando no campo de incidência do imposto, especialmente dada à previsão legal do §2º do art. 60 da Lei Geral de Telecomunicações, combinado com o art. 13, § 1º, inciso II, alínea "a", da Lei Complementar nº 87/96 e o disposto na Cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98.

As atividades de configuração, reconfiguração, instalação e montagem e gerenciamento em geral também estão no campo de incidência do ICMS comunicação, porquanto diretamente e essencialmente ligadas à prestação de serviço, por eventos ocorridos durante a prestação do serviço de comunicações, e cobrada do usuário na nota fiscal de serviço de comunicação, por força do art. 13, § 1º, inciso II, alínea "a", da Lei Complementar nº 87/96, em consonância ainda com o disposto na Cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98.

Assim, não há como excluir do Numerador os valores da coluna “OUTROS” sem que a autuada demonstre de forma inequívoca se tratar de receitas financeiras ou fora com campo da incidência do ICMS.

Quanto aos valores das séries “B14” e “ B15” (faturamento de cessão de meios de rede de celulares pré-pagos) e nas séries “A” e “3” (cessão de meios de rede para outras operadoras de telefonia) que a autuada entende que deveriam ser consideradas no Denominador do fator, concordo com entendimento apresentado pela Fiscalização de que o Convênio ICMS 17/2013 determina que o ICMS é devido exclusivamente sobre a aquisição de meios de rede, não existindo respaldo legal para incluir no cálculo do ICMS vendas de cessão de meios a outras operadoras, portanto, as séries B14, B15, A, 3 das NFST não utilizam meios adquiridos de outras operações com diferimento de ICMS, não devendo fazer parte do Denominador. Também equivocado o entendimento da autuada de que as operações foram tributadas, pois a cessão de rede não é tributada, sendo o ICMS exigido apenas sobre o preço do serviço cobrado ao usuário final. Não há como considerar estas operações de cessão de rede como tributadas pela autuada, porque de fato não são. A única operação tributada é a prestação do serviço ao usuário final pela cessionária.



No tocante aos valores incluídos no total de aquisições de cessão de meios de rede que não possuem essa natureza, a Fiscalização intimou a empresa para disponibilizar as cópias das notas fiscais que não possuem natureza de cessão de meios de rede e que foram registradas indevidamente no CFOP 1.301/2.301, onde, após feito o confronto mensal entre NFST e arquivo *excel* das NFST de entradas fornecido pela empresa, resultou na exclusão das NFST que não representam aquisição de meios de rede.”

.....
“A Fiscalização fez a exclusão no cálculo do Numerador dos valores que dizem respeito a operações cujo o ICMS foi pago através do auto de infração nº 933.0000900000473/2015-39, tendo sido feito o confronto com os dados de consultas do módulo de arrecadação do sistema ATF da SEFAZ/PB a fim de calcular a base de cálculo mensal relativa ao ICMS pago no REFIS, o que resultou no reconhecimento de pagamento de serviços tributados referentes a períodos de 2014 e consequente correção do Numerador do fator, com exclusão dos valores dos serviços referentes ao auto de infração nº 93300008.09.00000473/2015-39, conforme se vislumbra no Demonstrativo Fiscal às fls. 279 e 280.”

Mérito

Em decorrência do art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT da Constituição Federal, o Estado da Paraíba institui o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FUNCEP/PB) por meio da Lei nº 7.611, de 30/6/2004, tendo seu objetivo detalhado no art. 1º, transcrito abaixo:

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.**

Registre-se também que o art. 2º da Lei 7.611/2004, detalha as fontes de financiamento do FUNCEP, sobre as quais incidirão o percentual de 2% (alíquota do Fundo) e que no seu inciso I, alínea “g” (transcrito abaixo), podemos encontrar os serviços de comunicação, objeto da presente demanda.

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; (...)

§ 4º Em relação à retenção e ao recolhimento do adicional previsto no “caput” do inciso I, a responsabilidade por substituição tributária, na forma e prazo estabelecidos em Decreto do Poder Executivo, fica atribuída: (...)

III – em se tratando da alínea “g”, nas operações internas e interestaduais, à concessionária do serviço público de comunicação; (...)

Art. 6º O Poder Executivo regulamentará as matérias de que trata esta Lei. (...)

§ 2º Caberá à Secretaria de Estado da Fazenda ou a quem sucedê-la, além de baixar normas complementares para o fiel cumprimento da matéria regulamentada no âmbito de sua competência, cuidar da arrecadação e da fiscalização das receitas do FUNCEP/PB, bem como apresentar proposta de tributação que, depois de aprovada pelo FUNCEP/PB será encaminhada ao Chefe do Poder Executivo estadual. (...)



Art. 7º Aplicam-se, no que couber, as disposições contidas nas normas tributárias vigentes, especialmente, na Lei nº 6.379, de 02 de dezembro de 1996, e no Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930, de 19 de junho de 1997.

Ao ser devidamente configurada a ocorrência de falta de recolhimento do adicional de alíquota para o FUNCEP, deve ser aplicada a multa prevista no art. 8º, da Lei nº 7.611/2004. Senão, veja-se:

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

A alíquota do FUNCEP corresponde ao percentual de 2% (dois por cento) sobre a base de cálculo do ICMS, conforme art. 2º, do Decreto nº 25.618, de 17 de dezembro de 2004, que regulamenta a Lei nº 7.611/2004:

Art. 2º As alíquotas do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS dos seguintes produtos ficam acrescidas de 2 (dois) pontos percentuais, a saber: (...)

VII - serviços de comunicação;

A sujeição passiva em relação ao FUNCEP é do contribuinte que realizar operação ou prestação a não-contribuinte do ICMS, consoante disciplina do art. 3º, inciso I, alínea “a”, do Decreto nº 25.618, de 17 de dezembro de 2004, abaixo reproduzido:

Art. 3º Fica atribuída à responsabilidade pelo recolhimento do acréscimo do ICMS de que trata o art. 2º, como receita específica destinada ao FUNCEP-PB, ao contribuinte que realizar:

I - operação destinada:

a) **a não-contribuinte do ICMS**, ainda que localizado em outra Unidade da Federação;

A base de cálculo do FUNCEP corresponde à mesma base de cálculo do ICMS, elencadas no art. 3º, III e art. 13 do RICMS, a teor do art. 4º do Decreto nº 25.618/2004, *in verbis*:

Art. 4º Relativamente ao acréscimo do ICMS, referido no art. 2º, nas operações previstas no art. 3º, será observado o seguinte:

I - a base para o respectivo cálculo é aquela das operações elencadas no mencionado art. 3º, exceto na hipótese do seu inciso II, quando a referida base será a mesma utilizada para o cálculo do ICMS - Substituição Tributária;

Por se tratar de um adicional na alíquota do ICMS, o FUNCEP tem sua origem do mesmo fato gerador do imposto estadual. Sendo assim, torna-se oportuno trazer os dispostos nos artigos 3º, III; art. 12, VII; art. 13, III; art. 14, III e art. 29, §2º, **II, todos** da Lei 6.379/96, que preconizam a incidência, base de cálculo, sujeito passivo e o momento do fato gerador, *verbis*:

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; (...)

Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: (...)



VII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feitas por qualquer meio, inclusive, a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza; (...)

§ 1º Na hipótese do inciso VII, quando o serviço for prestado mediante pagamento em ficha, cartão ou assemelhados, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto quando do fornecimento desses instrumentos ao adquirente. (...)

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

III - na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de **comunicação, o preço do serviço;** (...)

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;** (...)

§ 1º **Integra a base de cálculo do imposto, inclusive nas hipóteses dos incisos V e XI-A do “caput” deste artigo:** (...)

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição; (...)

Art. 29. Contribuinte é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadorias ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações se iniciem no exterior. (...)

§ 2º Incluem-se entre os contribuintes do imposto: (...)

II - o prestador de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação;

Conforme consta da Nota Explicativa do auto de infração, a legislação pertinente é bastante clara quanto a obrigação da empresa tomadora do serviço, proceder a apuração e recolhimento do imposto, e consequentemente do FUNCEP, incidente sobre a aquisição dos meios de rede nas hipóteses em que a prestação de serviço ao usuário final seja isenta, não tributada, realizada com redução da base de cálculo, tenha ocorrido consumo próprio, ou qualquer saída ou evento que impossibilite o lançamento integral do imposto incidente sobre a aquisição dos meios de rede, na forma prevista no *caput* da Cláusula primeira do Convênio ICMS 17/13.

Assim, entende-se que a sistemática para o cálculo do imposto e do FUNCEP, deve ser aquela aplicável quando da ocorrência do fato gerador, logo, a Fiscalização agiu conforme a legislação tributária, ao ter considerado o valor total de cessão de rede como a somatória do valor de aquisição de meios de rede declaradas na EFD da autuada, com os valores do ICMS e do FUNCEP devido no momento do fato gerador, para fins de cálculo do montante tributável previsto no §1º do art. 3º do Convênio ICMS 17/13.

Assim, a inclusão do ICMS aos valores de operações de cessão de meios de rede, para fins de cálculo do imposto devido, obedece a legislação de regência, que é clara ao determinar que o montante do imposto integra sua própria base de cálculo.



Importante lembrar que a apuração das irregularidades decorre da análise dos dados contidos nos arquivos eletrônicos transmitidos pelo próprio contribuinte à SEFAZ/PB, nos termos dos Convênios ICMS nº 115/03.

Deve ser fixado inicialmente que a acusação em deslinde tem como base as prestações onerosas de serviço de comunicação proveniente de valores relativos a cessão meios de rede os quais não foram submetidos integralmente à tributação, os quais foram objeto da lavratura do auto de infração nº **93300008.09.00000046/2019-84**, que já se encontra julgado por esta instância de julgamento, nos autos do Processo Administrativo Tributário nº 0135672019-6, conforme Acórdão CRF 510/2023.

Assim, diante das considerações apresentadas na revisão promovida pela Fiscalização na diligência fiscal, verifico que foram realizadas as correções das variáveis que compõem o cálculo do fator, na forma prevista pelo Convênio ICMS nº 17/2013 para efeito de determinação da base de cálculo do imposto, resultando na redução do crédito tributário relativo ao ICMS lançado, conforme julgamento do auto de infração nº **93300008.09.00000046/2019-84**, nos autos do Processo Administrativo Tributário nº **0135672019-6**, restando devidos os seguintes valores a título de FUNCEP:

L.	MÊS	AUTO DE INFRAÇÃO			INDEVIDO		PROCEDENTE		TOTAL
		FUNCEP	%M	MULTA	FUNCEP	MULTA	FUNCEP	MULTA	
1	jan-14	21.810,61	100,00	21.810,61	21.810,61	21.810,61	0,00	0,00	0,00
2	fev-14	18.670,20	100,00	18.670,20	1.001,71	1.001,71	17.668,49	17.668,49	35.336,98
3	mar-14	18.690,36	100,00	18.690,36	962,72	962,72	17.727,64	17.727,64	35.455,28
4	abr-14	15.653,25	100,00	15.653,25	793,50	793,50	14.859,75	14.859,75	29.719,50
5	mai-14	16.732,22	100,00	16.732,22	825,01	825,01	15.907,21	15.907,21	31.814,42
6	jun-14	9.713,34	100,00	9.713,34	505,41	505,41	9.207,93	9.207,93	18.415,86
7	jul-14	15.904,12	100,00	15.904,12	880,07	880,07	15.024,05	15.024,05	30.048,10
8	ago-14	15.372,73	100,00	15.372,73	774,76	774,76	14.597,97	14.597,97	29.195,94
9	set-14	17.321,32	100,00	17.321,32	887,49	887,49	16.433,83	16.433,83	32.867,66
10	out-14	14.884,32	100,00	14.884,32	3.186,28	3.186,28	11.698,04	11.698,04	23.396,08
11	nov-14	9.414,62	100,00	9.414,62	1.920,94	1.920,94	7.493,68	7.493,68	14.987,36
12	dez-14	10.410,58	100,00	10.410,58	1.647,99	1.647,99	8.762,59	8.762,59	17.525,18
13	jan-15	9.149,73	100,00	9.149,73	9,84	9,84	9.139,89	9.139,89	18.279,78
14	fev-15	9.809,69	100,00	9.809,69	0,09	0,09	9.809,60	9.809,60	19.619,20
15	mar-15	1.061,89	100,00	1.061,89	23,75	23,75	1.038,14	1.038,14	2.076,28
16	abr-15	1.064,85	100,00	1.064,85	34,85	34,85	1.030,00	1.030,00	2.060,00
17	mai-15	18.334,26	100,00	18.334,26	6,17	6,17	18.328,09	18.328,09	36.656,18
18	jun-15	7.922,19	100,00	7.922,19	7,54	7,54	7.914,65	7.914,65	15.829,30
19	jul-15	8.083,08	100,00	8.083,08	15,66	15,66	8.067,42	8.067,42	16.134,84
20	ago-15	9.036,39	100,00	9.036,39	276,95	276,95	8.759,44	8.759,44	17.518,88
21	set-15	10.086,92	100,00	10.086,92	82,85	82,85	10.004,07	10.004,07	20.008,14
22	out-15	10.019,72	100,00	10.019,72	9,53	9,53	10.010,19	10.010,19	20.020,38
23	nov-15	9.643,92	100,00	9.643,92	5,90	5,90	9.638,02	9.638,02	19.276,04
24	dez-15	9.384,24	100,00	9.384,24	4,98	4,98	9.379,26	9.379,26	18.758,52
		288.174,55		288.174,55	35.674,60	35.674,60	252.499,95	252.499,95	504.999,90

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do *recurso hierárquico*, por regular, e do voluntário por regular e tempestivo e quanto ao mérito, pelo *desprovemento de ambos*,



para manter inalterada a sentença monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00000048/2019-73**, lavrado em 28/01/2019, em face da empresa **TELEMAR NORTE LESTE S/A-EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, inscrição estadual nº 16.064.797-5 (BAIXADA), declarando devido o crédito tributário, no valor total de **R\$ 504.999,90** (quinhentos e quatro mil, novecentos e noventa e nove reais e noventa centavos), **sendo R\$ 252.499,95** (duzentos e cinquenta e dois mil, quatrocentos e noventa e nove reais e noventa e cinco centavos) de FUNCEP, por infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7.611/04 e **R\$ 252.499,95** (duzentos e cinquenta e dois mil, quatrocentos e noventa e nove reais e noventa e cinco centavos) **a título de multa por infração**, com fulcro no art. 8º da Lei nº 7.611/04, acrescentado pela Lei nº 9.414 de 12/07/2011.

Ao tempo que mantenho cancelado a quantia total de **R\$ 71.349,20**, sendo R\$ 35.674,60 de FUNCEP e R\$ 35.674,60 de multa por infração.

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

Primeira Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência, em 13 de dezembro de 2023.

Heitor Collett
Conselheiro Relator