



PROCESSO Nº 2575632021-0 - e-processo nº 2021.000304055-3

ACÓRDÃO Nº 009/2024

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

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

1ª Recorrida: OI MÓVEL S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL (BAIXADA)

2ª Recorrente: OI MÓVEL S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL (BAIXADA)

Advogado: Sr.º MARCOS CORREIA PIQUEIRA MAIA, inscrito na OAB/ RJ sob o nº 146.276, (MANEIRA ADVOGADOS), Avenida Rio Branco, 103, 5º andar, Centro, Rio de Janeiro - RJ, CEP 20.040-004, marcos@maneira.adv.br e intimacoes@maneira.adv.br

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

Autuantes: EDUARDO SALES COSTA e JOÃO ELIAS COSTA FILHO

Relator: CONS.º HEITOR COLLETT.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP. PRESTAÇÃO ONEROSA - SERVIÇOS SUPLEMENTARES E FACILIDADES ADICIONAIS AO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO NÃO OFERECIDOS INTEGRALMENTE À TRIBUTAÇÃO. AFASTADOS VALORES QUE REPRESENTAM OPERAÇÕES COM MERCADORIAS. ISENÇÃO CONDICIONADA À DEDUÇÃO DO PREÇO NÃO OCORRIDA. REINCIDÊNCIA NÃO CONFIGURADA. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

- Constatada a falta de recolhimento de FUNCEP referente a prestação de serviço de comunicação, em razão da não tributação dos serviços de valor agregado, assinatura mensal de plano sem franquia e dos créditos de telefonia móvel pré-pagos ativados/ disponibilizados aos usuários.

- Afastada da acusação os valores relativos à rubrica “compra de” por representarem vendas de celulares/chips e não à prestação de serviços de comunicação.

- A fruição do benefício da isenção de que trata o Decreto nº 35.320/14 somente se aplica quando atendidas as condições neles impostas, *in casu*, a comprovação da redução no preço do serviço prestado e, cumulativamente, a indicação, no documento fiscal, do valor do desconto. Interpretação literal da legislação tributária que dispõe sobre outorga de isenção, segundo impõe o artigo 111 do CTN.



- Afastada a multa recidiva por falta de previsão na legislação do FUNCEP.

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 desprovimento de ambos, para manter inalterada a sentença monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00002534/2021-40**, lavrado em 26 de novembro de 2021 contra a empresa **OI MÓVEL S/A – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, inscrição estadual nº 16.211.981-0 (BAIXADA), declarando devido o crédito tributário, no valor total de **R\$ 411.503,14** (quatrocentos e onze mil, quinhentos e três reais e catorze centavos), sendo **FUNCEP de R\$ 205.751,57** (duzentos e cinco mil, setecentos e cinquenta e um reais e cinquenta e sete centavos), por infringência ao disposto no art. 2º, I, da Lei nº 7.611 de 30/06/2004; e **R\$ 205.751,57** (duzentos e cinco mil, setecentos e cinquenta e um reais e cinquenta e sete 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\$ 103.482,79**, sendo R\$ 242,80 de FUNCEP; R\$ 242,80 de multa por infração; e R\$ 102.997,19 de multa por reincidência.

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

P.R.I.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 16 de janeiro de 2024.

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.

SANCHA MARIA FORMIGA CAVALCANTE E RODOVALHO DE ALNECAR
Assessora



PROCESSO Nº 2575632021-0 - e-processo nº 2021.000304055-3

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

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

1ª Recorrida: OI MÓVEL S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL (BAIXADA)

2ª Recorrente: OI MÓVEL S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL (BAIXADA)

Advogado: Sr.º MARCOS CORREIA PIQUEIRA MAIA, inscrito na OAB/ RJ sob o nº 146.276, (MANEIRA ADVOGADOS), Avenida Rio Branco, 103, 5º andar, Centro, Rio de Janeiro - RJ, CEP 20.040-004, marcos@maneira.adv.br e intimacoes@maneira.adv.br

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

Ajuantes: EDUARDO SALES COSTA e JOÃO ELIAS COSTA FILHO

Relator: CONS.º HEITOR COLLETT.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP. PRESTAÇÃO ONEROSA - SERVIÇOS SUPLEMENTARES E FACILIDADES ADICIONAIS AO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO NÃO OFERECIDOS INTEGRALMENTE À TRIBUTAÇÃO. AFASTADOS VALORES QUE REPRESENTAM OPERAÇÕES COM MERCADORIAS. ISENÇÃO CONDICIONADA À DEDUÇÃO DO PREÇO NÃO OCORRIDA. REINCIDÊNCIA NÃO CONFIGURADA. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

- Constatada a falta de recolhimento de FUNCEP referente a prestação de serviço de comunicação, em razão da não tributação dos serviços de valor agregado, assinatura mensal de plano sem franquia e dos créditos de telefonia móvel pré-pagos ativados/ disponibilizados aos usuários.

- Afastada da acusação os valores relativos à rubrica “compra de” por representarem vendas de celulares/chips e não à prestação de serviços de comunicação.

- A fruição do benefício da isenção de que trata o Decreto nº 35.320/14 somente se aplica quando atendidas as condições neles impostas, *in casu*, a comprovação da redução no preço do serviço prestado e, cumulativamente, a indicação, no documento fiscal, do valor do desconto. Interpretação literal da legislação tributária que dispõe sobre outorga de isenção, segundo impõe o artigo 111 do CTN.

- Afastada a multa recidiva por falta de previsão na legislação do FUNCEP.



RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº **93300008.09.00002534/2021-40**, lavrado em 26 de novembro de 2021 contra a empresa **OI MÓVEL S/A – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, inscrição estadual nº 16.211.981-0 (BAIXADA), relativamente a fatos geradores ocorridos entre 01/01/2017 a 31/12/2017, 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: O CONTRIBUINTE ACIMA QUALIFICADO DEIXOU DE RECOLHER O FUNCEP DEVIDO SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO IMPOSTO ESTADUAL, HAJA VISTA A FALTA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO E TELECOMUNICAÇÃO, MODELOS 21 E 22.

AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS ACUSADAS ESTÃO APRESENTADAS RESUMIDAMENTE NO ANEXO I - (DEMONSTRATIVO RESUMO DAS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO SEM EMISSÃO DA RESPECTIVA NOTA FISCAL) E DATALHADAMENTE REVELADAS EM ARQUIVO FORMATO TEXTO (TXT) ATRAVÉS DO ANEXO II - (DEMONSTRATIVO ANALÍTICO DAS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO SEM A RESPECTIVA EMISSÃO DE NOTA FISCAL).

RESSALTE-SE QUE OS LEVANTAMENTOS FORAM REALIZADOS A PARTIR DOS ARQUIVOS FORNECIDOS PELO CONTRIBUINTE, CONTENDO AS CONTAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO (FATURAS) RELATIVAS AO EXERCÍCIO DE 2017, E QUE TIVERAM SUA AUTENTICAÇÃO VALIDADA PELO HASH CODE GERADO PELO ALGORÍTIMO MD5, CONFORME ANEXO III.

ACRESCENTE-SE AOS DISPOSITIVOS DADOS POR INFRINGIDOS OS ART. 142, IXX E XX; ART. 250, ART. 255, ART. 257. TODOS DO RICMSPB, APROVADO PELO DECRETO Nº 18.930 DE 19 DE JUNHO DE 1997; E AINDA O ART. 6º, II DO DECRETO Nº 20.275/99; BEM COMO O ART 3º, PARÁGRAFO ÚNICO E ART. 6º, PARÁGRAFO 11 DO DECRETO Nº 27.556/06.

Com supedâneo nos fatos acima, os Representantes Fazendários lançaram, de ofício, o crédito tributário no **valor total de R\$ 514.985,93** (quinhentos e catorze mil, novecentos e oitenta e cinco reais e noventa e três centavos), **sendo de FUNCEP R\$ 205.994,37** (duzentos e cinco mil, novecentos e noventa e quatro reais e trinta e sete centavos), por infringência ao disposto no art. 2º, I, da Lei nº 7.611 de 30/06/2004; **R\$ 205.994,37** (duzentos e cinco mil, novecentos e noventa e quatro reais e trinta e sete centavos) **de multa por infração**, conforme art. 8º da Lei nº 7.611/04, acrescentado pela Lei nº 9.414 de 12/07/2011, e **R\$ 102.997,19** (cento e dois mil, novecentos e noventa e sete reais e dezenove centavos), em virtude da **reincidência** infracional.

A inicial foi instruída com os seguintes documentos acostados às fls. 04 a 08:



- a) ANEXO I – Demonstrativo Resumo das prestações de serviço de comunicação sem emissão da respectiva nota fiscal;
- b) Anexo II, denominado arquivo em formato txt contendo o demonstrativo analítico das prestações de serviços de comunicação sem emissão da respectiva nota fiscal, Code Hash MD5: 6FA88866EC3A16E07197FE92A38B7FB5.
- c) Anexo III, com a autenticação dos arquivos de faturas entregues pelo contribuinte, Hash Code MD5:
PB05423963015143201701B122FCN532767 7598df15c5065fc3b5c99b32383e9d9f
PB05423963015143201702B122FCN536169 38f4cdd2404623ee1ed11188da7b1a7f
PB05423963015143201703B122FCN511367 2f44bfeecc6131f498b234512791e32e
PB05423963015143201704B122FCN531642 62722e283849aecec917b6461bfc03bf
PB05423963015143201705B122FCN523781 04e865f1aa30d4c52ba5164e5fedab2a
PB05423963015143201706B122FCN543110
ee6d520931718361672785685308ae83
PB05423963015143201707B122FCN550968 2a813c29e5f8622aad0f6c9bb5a253bf
PB05423963015143201708B122FCN592171 25bc61ab3fcf4b2af25dccf3d75bf3f6
PB05423963015143201709B122FCN605620
2e7a4b8b470077cc6299c6dd316a99a6
PB05423963015143201710B122FCN608710 d20a0aaebaa9153ba2f190a24da82009
PB05423963015143201711B122FCN607380
13089cb385299608b92f15cca64333e4
PB05423963015143201712B122FCN620504 26e650c49f969eaa7f43c3814e6be3ad

Cientificada da presente ação fiscal, via Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, em 15 de dezembro de 2021 (fl. 9), a autuada, através de seus representantes, interpôs petição reclamatória tempestiva (fl. 11 a 36), apresentando os seguintes argumentos em sua defesa:

- Quanto aos valores referentes a rubrica “assinatura mensal”, a Impugnante possui coisa julgada favorável ante o trânsito em julgado do Mandado de Segurança nº 0905120-93.2009.815.000 impetrado no TJPB pela TNL PCS S.A (Sucedida por incorporação pela Oi Móvel S.A.), no qual restou consignada a não incidência do ICMS- Comunicação sobre o serviço de “assinatura mensal sem franquia de minutos”.

- Importante salientar também que os valores recolhidos a título de “assinatura mensal sem franquia” foram calculados à alíquota de 30% (28% ICMS + 2% FUNCEP), motivo pelo qual os respectivos montantes pagos pela ora Impugnante nos referidos meses já abarcam, parcialmente, o FUNCEP.

- Em que pese o referido trânsito em julgado (relativo ao Mandado), a Impugnante possui também a efetiva comprovação de que efetuou o pagamento parcial dos valores de ICMS exigidos nos meses de fevereiro e março de 2017 (DOC.8), cujo pagamento desses valores poderá ser confirmado por perícia pela qual se pugna desde já.



- Quanto aos valores exigidos sobre os Serviços de Valor Agregado (SVA), sabe-se que estes serviços são autônomos em relação ao serviço de comunicação, na medida em que o fato gerador do ICMS só ocorre quando o prestador realiza a intermediação de mensagens entre o emissor e o receptor.

- Quanto às prestações de serviços remunerados na modalidade pré-pago, tem-se que são regularmente tributas pelo ICMS no momento da utilização dos créditos de telefonia, e a Fiscalização se equivoca ao exigir ICMS sobre os valores de recarga apenas disponibilizados aos usuários finais e não efetivamente consumidos. E quando o usuário final materializa o FG do ICMS-Comunicação, a Autora emite uma nota fiscal com o devido destaque do ICMS-Comunicação, justamente para tributar o serviço de comunicação que foi utilizado por seu cliente.

- A Fiscalização estadual cometeu outro equívoco ao autuar essa rubrica, ao passo que desconsiderou que, em alguns meses, a prestação do referido serviço havia sido feita para clientes isentos, ou seja, as mercadorias ou serviços foram destinadas a órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias.

- É cobrança de ICMS em duplicidade os valores decorrentes da venda de aparelhos celulares e chips que são faturados de forma apartada em notas fiscais modelo 55. Ou seja, nos valores autuado do serviço código “20402” e descrição do item “compra de” refere-se à venda de aparelhos e chips, por exemplo, a fatura 746792335 emitida para o cliente Alexsandro Santos da Silva, que, ao analisar o DANFE 128154 verifica-se o exato valor da NF-e que é de R\$ 4.797,00, o qual foi dividido em 24 parcelas de R\$ 200,03, exato valor cobrado na Fatura nº 746792335.

- A multa aplicada é ilegítima porque afigura-se confiscatória.

- É necessária diligência fiscal/perícia para que sejam respondidos os seguintes quesitos:

i) A impugnante realizou o pagamento parcial do ICMS exigidos sobre os valores de “assinatura mensal sem franquia” relativo aos meses de fevereiro e março de 2017?

ii) Os serviços de assinatura mensal sem franquia, ora autuados, foram prestados para clientes isentos?

iii) Os serviços de valor adicionado configuram o mero acesso do usuário aos aplicativos disponibilizados pela Impugnante?



iv) O ICMS sobre a venda de aparelhos celulares e chips foi devidamente destacado em notas fiscais modelo 55?

- Por fim, a Reclamante requer a insubsistência do auto de infração em exame, sucessivamente, o cancelamento das penalidades aplicadas, bem como a realização de perícia.

- Solicita o direito de Sustentação Oral no julgamento, além de solicitar o cadastramento do advogado Marcos Correia Piqueira Maia, OAB/RJ n 146.276 para fins de recebimento das intimações relativas ao presente feito (fl. 35).

- A Impugnante anexa aos autos, faturas e planilhas com as prestações de serviços realizadas (fl. 37 a 3588).

Com a informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos, e remetidos à Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP (fl. 3592/3594), onde o julgador fiscal Francisco Nociti decidiu pela *parcial procedência* do auto de infração, conforme sentença às fls. 3595 a 3608, editando a ementa abaixo transcrita:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. ACUSAÇÃO CONFIGURADA. REINCIDÊNCIA NÃO CARACTERIZADA.

- Sobre as prestações onerosas de serviços de comunicação recai o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

- In casu, o sujeito passivo não apresentou argumentos, tampouco documentos que tivessem o condão de afastar a acusação.

- Contudo, face aos documentos trazidos aos autos pela defesa, afasta-se da acusação a rubrica “compra de” porquanto restou demonstrado que se reporta à venda de celulares/chips e não à prestação de serviços de comunicação.

- Afastada a multa recidiva porque não há previsão legal.

- Rejeitado o pedido de Diligência Fiscal/Perícia porquanto as indagações apresentadas encontram-se respondidas nesta peça decisória, com fulcro nos precedentes dos órgãos julgadores administrativos desta Secretaria e os ajustes nos créditos tributários que se fizeram necessários foram realizados de ofício por este órgão julgador.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Com os ajustes, o crédito tributário restou constituído no montante de R\$ 411.503,14 sendo FUNCEP de R\$ 205.751,57 R\$ 205.751,57 de multa por infração.

Em observância ao que determina o artigo 80 da Lei nº 10.094/13, o julgador fiscal recorreu de sua decisão a esta instância *ad quem*.

Devidamente cientificada da decisão de primeira instância, por meio do Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, em 30/01/2023 (fl. 3631/3632), a Autuada, por



seus representantes, apresentou Recurso Voluntário tempestivo, reapresentando os mesmos argumentos apresentados na impugnação:

- Não incidência do ICMS sobre valores referentes a rubrica “assinatura mensal” dos planos alternativos sem franquia, visto que a Impugnante possui coisa julgada favorável ante o trânsito em julgado do Mandado de Segurança nº 0905120-93.2009.815.000 impetrado no TJPB pela TNL PCS S.A (Sucedida por incorporação pela Oi Móvel S.A.), no qual restou consignada a não incidência do ICMS-Comunicação sobre o serviço de “assinatura mensal sem franquia de minutos”;
- A empresa efetuou o lançamento no campo “outros débitos”, quitando grande parte dos valores autuados nos meses de fevereiro e março de 2017, a título de “assinatura mensal sem franquia”, com alíquota de 30%, o que já engloba o FUNCEP (28% de ICMS e 2% de FUNCEP);
- Não cobrança do ICMS sobre prestações de serviços de comunicação realizadas para “clientes isentos”, tais como órgãos da administração pública, conforme Decreto 35.320/2014, substituído pelo Decreto 37.237/2017;
- Não incidência de ICMS sobre as prestações de Serviços de Valor Adicionado – SVA (“disque piada”, “Oi Torpedo”, Oi Multimídia”, “SMS”, “Sorte na mão”, Oi gestor”, “English Life”, “Oi som de chamada”, “Mania de notícias”, filmes, músicas, games em geral, etc.);
- Não incidência de ICMS sobre as prestações de serviços de comunicação remunerados na modalidade pré-pago, no momento da ativação dos créditos;
- Indevida a duplicidade de cobrança do ICMS comunicação, nas operações de venda de aparelhos faturadas em NFSTs;
- A multa aplicada é atentatória ao princípio do não confisco, da razoabilidade e da proporcionalidade;
- Requer a realização de perícia técnica;
- Pede que o presente Recurso Voluntário seja julgado integralmente procedente, sendo extinto o crédito tributário remanescente;
- Solicita o direito de Sustentação Oral no julgamento (fl. 35).
- 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 2017 a dezembro de 2017, 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, proveniente da falta de emissão de notas fiscais correspondentes aos serviços de telecomunicação prestados, 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, e conseqüentemente, resultando na falta de recolhimento do FUNCEP, conforme art. 2º, I, e art. 8º, da Lei nº 7.611 de 30/06/2004.

No que se refere ao efeito devolutivo do Recurso de Ofício, vale destacar que, de forma acertada, o diligente julgador singular **afastou a cobrança do FUNCEP lançado sobre os itens “compra de”, código 20402**, constante do Anexo I do Demonstrativo Resumo das Prestações de Serviços de Comunicação Sem Emissão da respectiva Nota Fiscal (fl. 4), **por tratar-se de pagamentos em operações de vendas de aparelhos celulares e chip**, pagos de forma parcelada por seus clientes, conforme comprovado pela defesa através de faturas e notas fiscais (arquivo “0011 – Informações complementares” – Doc. 10, fls. 86 a 14462).

Os argumentos apresentados pelo diligente julgador monocrático são suficientes para justificar os ajustes efetuados, motivo pelo qual, o recurso de ofício deve ser desprovido.

Em relação ao pedido formulado de realização de perícia contábil, correto o posicionamento do julgador 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 quanto a cobrança do FUNCEP, que se trata de um adicional na alíquota do ICMS, decorrente da lavratura do auto de infração nº 93300008.09.00002531/2021-07, que já se encontra julgado por esta instância de julgamento, nos autos do Processo Administrativo Tributário e-Processo nº 2021.000303971-9 (2575262021-0), Acórdão CRF 490/2023, onde todas as alegações apresentadas pela defesa foram nele tratadas e que serão demonstradas mais adiante.

Quanto ao relato da recorrente, de que está discutindo judicialmente a matéria conforme Mandado de Segurança Originário 0905120-93.2009.815.0000, impetrado pela TNL PCS S.A., pode-se afirmar que a impetração de ação judicial para discutir mérito de crédito tributário, não impede a Fazenda Estadual de lançar ICMS fundamentado na legislação vigente.

Mérito

Em decorrência do art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT da Constituição Federal, o Estado da Paraíba instituiu o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FUNCEP/PB) por meio da Lei nº 7.611, de 30/6/2004, 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 mesma 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 do ICMS, *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;

A autuação versa sobre a cobrança do FUNCEP sobre as prestações realizadas de serviços de comunicação, denominadas pela autuada de assinatura mensal de plano sem franquia, serviços de valor agregados (SVA) e habilitação de créditos de telefonia móvel pré-pagos, constatados mediante ausência de notas fiscais



correspondentes às prestações realizadas, bem como serviços de comunicação prestados aos órgãos da administração pública, denominados pela autuada de isentos.

Observa-se que, as irregularidades apuradas pela fiscalização decorrem da análise e comparativo dos dados contidos nos arquivos eletrônicos fornecidos pela própria autuada e transmitidos à SEFAZ/PB, nos termos dos Convênios ICMS nº 115/03.

Conforme a legislação, a base de cálculo relativa à prestação de serviço de comunicação se constitui do preço do serviço, estando nele compreendidos todos os valores cobrados direta ou indiretamente do usuário, tomador do serviço, pelo prestador, em função da prestação, incluindo toda e qualquer facilidade adicional que otimize, agilize ou facilite o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada, não se aplicando abatimentos.

Nesse sentido, firmou-se o Convênio ICMS 69/98, que estabeleceu como integrantes da base de cálculo do ICMS, relativamente à prestação de serviço de comunicação, “os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem como de serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada”, conforme cláusula primeira do mencionado Convênio, abaixo transcrita:

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.

Assim, no que se refere à cobrança do ICMS e, conseqüentemente, do FUNCEP sobre o Serviço prestado sob a denominação ora utilizada pela empresa de assinatura mensal dos planos alternativos sem franquia e serviço de valor adicionado (SVA), fazemos constar que as receitas decorrentes dessas prestações, que oneram o serviço pago pelo usuário em troca de facilidades adicionais que otimizem, agilizem ou facilitem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada, devem compor a base de cálculo do ICMS Comunicação, nos termos da Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 69/98, acima transcrito.

Vejamos a decisão do Conselho de Recursos Fiscais da Paraíba no sentido de que é lícita a cobrança do ICMS e, conseqüentemente do FUNCEP, sobre as receitas oriundas de prestações de serviços mencionadas:

ACÓRDÃO Nº. 224/2018

PROCESSO Nº111.159.2014-6

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: VIVO S.A.

Advogado: BRUNO BARSÍ DE SOUZA LEMOS—OAB/PB Nº 11.974.

Recorrida: GERÊNCIA EXEC.DE JULG.DE PROCESSOS FISCAIS—GEJUP.

Partição Preparadora: SUBG.DA RECEB.DE RENDAS GER.REG. 1ªREGIÃO.

Autuantes: FERNANDA CÉFORA VIEIRA BRAZ/MARIA JOSÉ LOURENÇO.

Relatora: CONSª. THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA



FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Os valores cobrados a título de serviços suplementares e facilidades adicionais devem integrar a base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação, nos termos da legislação de regência. (...)

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

Art. 3º O imposto incide sobre:(...)

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza.

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

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

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

Em outra vertente, a Lei nº 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 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 a estrutura e as atividades necessárias mantendo o seu funcionamento, configuram partes indissociáveis do serviço de telecomunicação, devendo seus custos serem computados na base de cálculo do ICMS sobre o serviço.



As irregularidades levantadas pela fiscalização foram apuradas a partir dos arquivos fornecidos pelo próprio contribuinte, os quais continham as contas de prestação de serviço (faturas) do exercício de 2017 e que tiveram sua autenticação validada pelo HASH Code gerado pelo Algoritmo MD5, onde a Fiscalização constatou que o contribuinte não emitiu notas fiscais de prestação de serviços e telecomunicação, modelos 21 e 22, o que implicou a falta de recolhimento do ICMS Comunicação e FUNCEP.

Quanto a alegação de ter recolhido o supracitado FUNCEP em alguns dos meses acusados (fevereiro e março de 2017), a autuada não apresentou provas contundentes visando desconstituir a cobrança, já que apresenta aos autos apenas folhas dos Registro Fiscais de Apuração do ICMS que, por si só, não permite concluir que tenha ocorrido algum recolhimento do FUNCEP constituído no Auto de Infração em exame.

Neste sentido, comungo com a decisão firmada pelo julgador singular, diante da inobservância à legislação de regência.

Quanto à alegação da Reclamante de que os serviços de comunicação na modalidade pré-pago são tributados no momento da utilização dos créditos, importante consignar primeiramente que, ao contrário do que aduz a recorrente, o fato gerador do ICMS e, conseqüentemente do FUNCEP, consoma-se com a ativação dos créditos de telefonia, que é o procedimento da concessionária prestadora de serviços de comunicação, que consiste na disponibilização, habilitação e vinculação do crédito a um número de celular específico.

Convém notar, que a incidência está vinculada à mera disponibilização de créditos que gerem a possibilidade de uso em terminal de telecomunicação particular e não ao uso em si desses valores.

O momento da ocorrência do fato gerador ICMS, que é o mesmo do FUNCEP, nessa espécie está disciplinada no artigo 12, VII, §1º, da Lei Complementar nº 87/96, abaixo transcrito:

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

VII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feita 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 usuário.

De forma harmônica, a Lei do ICMS desse estado (Lei 6.379/96), reproduz o mesmo texto normativo no art. 12, VII, §1º, conforme reproduzido abaixo:

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.**



A legislação pertinente é bastante clara quanto ao momento da emissão do documento fiscal, conforme se percebe na Cláusula primeira, inciso II, § 1º do Convênio ICMS nº 55/05, a seguir transcrita:

Cláusula primeira: Relativamente às modalidades pré-pagas de prestações de serviços de telefonia fixa, telefonia móvel celular e de telefonia com base em voz sobre Protocolo Internet (VoIP), disponibilizados por fichas, cartões ou assemelhados, mesmo que por meios eletrônicos, será emitida Nota Fiscal de Serviços de Telecomunicação - Modelo 22 (NFST), com destaque do imposto devido, calculado com base no valor tarifário vigente, na hipótese de disponibilização:

I - para utilização exclusivamente em terminais de uso público em geral, **por ocasião de seu fornecimento a usuário ou a terceiro intermediário para fornecimento a usuário**, cabendo o imposto à unidade federada onde se der o fornecimento;

II - de créditos passíveis de utilização em terminal de uso particular, por ocasião da sua disponibilização, cabendo o imposto à unidade federada onde o terminal estiver habilitado.

§ 1º Para os fins do disposto no inciso II, **a disponibilização dos créditos ocorre no momento de seu reconhecimento ou ativação pela empresa de telecomunicação, que possibilite o seu consumo no terminal.**

§ 2º Aplica-se o disposto no inciso I quando se tratar de cartão, ficha ou assemelhado, de uso múltiplo, ou seja, que possa ser utilizado em terminais de uso público e particular.

Como se pode notar, a legislação determina que será emitida a NFST (modelo 22), no caso dos créditos pré-pagos passíveis de utilização em terminal de uso particular, por ocasião da sua disponibilização, cabendo o imposto à unidade da Federação do destinatário, conforme art. 1º, do Decreto nº 26.146, de 23 de agosto de 2005, abaixo transcrito:

Art. 1º Relativamente às modalidades pré-pagas de prestações de serviços de telefonia fixa, telefonia móvel celular e de telefonia com base em voz sobre Protocolo Internet (VoIP), disponibilizados por fichas, cartões ou assemelhados, mesmo que por meios eletrônicos, será emitida Nota Fiscal de Serviços de Telecomunicação – Modelo 22 (NFST), Anexo 22 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930, de 19 de junho de 1997, com destaque do imposto devido, calculado com base no valor tarifário vigente, na hipótese de disponibilização:

I – para utilização exclusivamente em terminais de uso público em geral, por ocasião de seu fornecimento a usuário ou a terceiro intermediário para fornecimento a usuário, cabendo o imposto à unidade federada onde se der o fornecimento;

II - de créditos passíveis de utilização em terminal de uso particular, por ocasião da sua disponibilização, cabendo o imposto à unidade federada onde o terminal estiver habilitado.

§ 1º Para os fins do disposto no inciso II, a disponibilização dos créditos ocorre no momento de seu reconhecimento ou ativação pela empresa de telecomunicação, que possibilite o seu consumo no terminal.

Nova redação dada ao § 1º do art. 1º pelo art. 1º do Decreto nº 38.254/18 – DOE de 26.04.18 (Convênio ICMS 30/18). OBS: efeitos a partir de 1º de maio de 2018.

§ 1º Para os fins do disposto no inciso II do “caput” deste artigo, no momento da disponibilização dos créditos deverá ser enviado ao usuário o link de acesso à nota fiscal, que deverá ser emitida pelo valor total carregado (Convênio ICMS 30/18).

Acrescentado o § 2º ao art. 1º pelo art. 1º do Decreto nº 28.220/07 – DOE de 30.05.07 (Convênio ICMS 12/07)

§ 2º Aplica-se o disposto no inciso I quando se tratar de cartão, ficha ou assemelhado, de uso múltiplo, ou seja, que possa ser utilizado em terminais de uso público e particular.



No tocante à tributação do total do crédito telefônico ativado pela operadora, a regra é a de que a base de cálculo do ICMS e consequentemente do FUNCEP, é o preço total do serviço, conforme art. 13, III, da Lei 6.379/96:

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; (g.n).

Indubitável que o preço do serviço é o valor cobrado do consumidor adquirente do cartão pré-pago, ou seja, o valor total da recarga ativado, incluindo toda e qualquer facilidade adicional que otimize, agilize ou facilite o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada, não se aplicando abatimentos.

No que se refere ao Decreto nº 24.755/2003, mencionado pela Reclamante e que dispunha sobre a concessão de isenção de ICMS nas operações ou prestações internas destinadas a órgãos da Administração Pública Estadual Direta e suas Fundações e Autarquias, importante frisar que este fora revogado pelo Decreto nº 35.320/2014, que fora revogado pelo Decreto nº 37.218/2017, em 24/01/2017.

Considerando que os fatos geradores objeto do auto de infração em tela ocorreram de janeiro até dezembro de 2017, para a análise da fruição do benefício da isenção do ICMS, devemos considerar o Decreto 35.320/2014, cuja vigência perdurou até 23/01/2017). Vejamos o disposto no Decreto nº 35.320/2014, vigente até 23/01/2017:

Art. 1º Fica concedida a isenção do ICMS nas operações ou prestações internas, relativas à aquisição de bens, mercadorias ou serviços por órgãos do Poder Executivo da Administração Pública Estadual Direta e pelas Fundações e Autarquias do Estado (Convênio ICMS 73/2004).

(...)

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

Da simples leitura do artigo 1º do Decreto nº 35.320/2014 acima transcrito, observa-se, de forma clara, que possui alcance restrito para a isenção, passando a admiti-la apenas quando as mercadorias ou serviços forem destinados a órgãos do Poder Executivo da Administração Pública Direta e pelas Fundações e Autarquias do Estado, bem como, apresenta, de forma incontestável, uma condicionante no § 5º.

Os auditores fiscais, ao desconsiderarem esta isenção, o fizeram com arrimo na inexistência de comprovação do cumprimento, por parte da OI MÓVEL S/A., das condições impostas pelo normativo citado.

O benefício previsto no Decreto é condicionado. Primeiramente, à comprovação da redução (desconto) no preço do serviço prestado e, segundo, à indicação (demonstração), no documento fiscal, do valor do desconto.

Como demonstrado nos autos, as NFST não foram preenchidas em conformidade com o que estatui o Decreto nº 35.320/14, pois não existe, nestes



documentos fiscais, indicação da dedução do preço da prestação do serviço, relativo ao benefício da isenção.

O artigo 111 do Código Tributário Nacional – CTN, dispõe que a interpretação da legislação sobre isenção deve ser literal, conforme abaixo transcrito:

Art. 111 Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:
(...)

II - outorga de isenção;

Ratificando este entendimento sobre isenções, incentivos e benefícios fiscais, encontramos o mesmo comando nos artigos 5º, 6º e 7º, da Lei nº 6.379/96, abaixo transcritos:

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

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

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

Art. 7º A concessão de qualquer benefício não dispensa o contribuinte do cumprimento de obrigações acessórias.

No que se refere à multa recidiva aplicada, comungo com a decisão firmada pelo julgador singular, que observou que não existe previsão na Lei nº 7.611/2004 e no Decreto nº 25.618/2004, não sendo adequado considerar a multa recidiva constante do art. 87 de Lei nº 6.379/96, que cuida unicamente do ICMS e não do FUNCEP. Nesta senda, a penalidade recidiva aplicada torna-se improcedente.

Quanto ao argumento de que a penalidade é de cunho confiscatório, cabe esclarecer que foge da alçada dos órgãos julgadores a aplicação da equidade, bem com a declaração de inconstitucionalidade das leis, em virtude das determinações contidas no art. 55, da Lei nº 10.094/2013 (Lei do PAT), como também na Súmula nº 03 deste Colegiado, abaixo transcritos:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - a aplicação de equidade.

SÚMULA Nº 03 - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

- A declaração de inconstitucionalidade de lei não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos. (Acórdãos nºs: 436/2019; 400/2019; 392/2019; 303/2019;294/2018; 186/2019; 455/2019).

Assim, diante das considerações apresentadas e das correções realizadas, resultando na redução do crédito tributário relativo ao ICMS lançado no auto de infração nº 93300008.09.00002531/2021-07 (ICMS), que já se encontra julgado por esta instância de julgamento, nos autos do Processo Administrativo Tributário e-Processo nº 2021.000303971-9 (2575262021-0), Acórdão CRF 490/2023, restam devidos os seguintes valores a título de FUNCEP no auto de infração em análise:



AUTO DE INFRAÇÃO									VALORES EXCLUÍDOS			VALORES DEVIDOS		
L.	MÊS	B. C.	aliq	FUNCEP	%M	Multa	%R	Recidiva	FUNCEP	Multa	Recidiva	FUNCEP	Multa	Total
1	jan-17	2.209.131,51	2,00	44.182,63	100,00	44.182,63	50,00	22.091,32	43,95	43,95	22.091,32	44.138,68	44.138,68	88.277,36
2	fev-17	2.867.176,75	2,00	57.343,54	100,00	57.343,54	50,00	28.671,77	28,16	28,16	28.671,77	57.315,38	57.315,38	114.630,76
3	mar-17	2.964.049,90	2,00	59.281,00	100,00	59.281,00	50,00	29.640,50	20,04	20,04	29.640,50	59.260,96	59.260,96	118.521,92
4	abr-17	282.397,91	2,00	5.647,96	100,00	5.647,96	50,00	2.823,98	16,11	16,11	2.823,98	5.631,85	5.631,85	11.263,70
5	mai-17	287.847,99	2,00	5.756,96	100,00	5.756,96	50,00	2.878,48	10,92	10,92	2.878,48	5.746,04	5.746,04	11.492,08
6	jun-17	262.611,39	2,00	5.252,23	100,00	5.252,23	50,00	2.626,12	37,13	37,13	2.626,12	5.215,10	5.215,10	10.430,20
7	jul-17	252.868,88	2,00	5.057,38	100,00	5.057,38	50,00	2.528,69	13,72	13,72	2.528,69	5.043,66	5.043,66	10.087,32
8	ago-17	248.798,86	2,00	4.975,98	100,00	4.975,98	50,00	2.487,99	33,42	33,42	2.487,99	4.942,56	4.942,56	9.885,12
9	set-17	247.998,98	2,00	4.959,98	100,00	4.959,98	50,00	2.479,99	9,74	9,74	2.479,99	4.950,24	4.950,24	9.900,48
10	out-17	233.881,10	2,00	4.677,62	100,00	4.677,62	50,00	2.338,81	10,20	10,20	2.338,81	4.667,42	4.667,42	9.334,84
11	nov-17	226.095,05	2,00	4.521,90	100,00	4.521,90	50,00	2.260,95	9,81	9,81	2.260,95	4.512,09	4.512,09	9.024,18
12	dez-17	216.859,54	2,00	4.337,19	100,00	4.337,19	50,00	2.168,59	9,60	9,60	2.168,59	4.327,59	4.327,59	8.655,18
		Total		205.994,37		205.994,37		102.997,19	242,80	242,80	102.997,19	205.751,57	205.751,57	411.503,14

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 **93300008.09.00002534/2021-40**, lavrado em 26 de novembro de 2021 contra a empresa **OI MÓVEL S/A – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, inscrição estadual nº 16.211.981-0 (BAIXADA), declarando devido o crédito tributário, no valor total de **R\$ 411.503,14** (quatrocentos e onze mil, quinhentos e três reais e catorze centavos), **sendo FUNCEP de R\$ 205.751,57** (duzentos e cinco mil, setecentos e cinquenta e um reais e cinquenta e sete centavos), por infringência ao disposto no art. 2º, I, da Lei nº 7.611 de 30/06/2004; e **R\$ 205.751,57** (duzentos e cinco mil, setecentos e cinquenta e um reais e cinquenta e sete 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\$ 103.482,79**, sendo R\$ 242,80 de FUNCEP; R\$ 242,80 de multa por infração; e R\$ 102.997,19 de multa por reincidência.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar, considerando que a autuada possui Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e.

Primeira Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência, em 16 de janeiro de 2024.

Heitor Collett
Conselheiro Relator