



PROCESSO Nº 1785332018-3

ACÓRDÃO Nº 062/2024

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: TELEFÔNICA BRASIL S/A.

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: MARISE DO O CATAO e MARIA JOSE LOURENCO DA SILVA

Relator: CONS.º LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. FUNCEP. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. AQUISIÇÃO DE CESSÃO DE MEIOS DE REDE. DENÚNCIA CONFIRMADA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Constatado a falta de recolhimento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FUNCEP) decorrente da aquisição de cessão de meios de rede, contrariando o art. 3º, §1º, do Decreto nº 34.010/2013 (Convênio ICMS 17/2013).

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 voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo *desprovemento* para manter a sentença monocrática que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002233/2018-11 (fls. 3/5), lavrado em 1º de novembro de 2018, em face da empresa TELEFÔNICA BRASIL S/A, inscrição estadual nº 16.136.950-2, já qualificada nos autos, condenando-a ao pagamento do crédito tributário, no valor de **R\$ 78.444,42 (setenta e oito mil, quatrocentos e quarenta e quatro reais e quarenta e dois centavos)**, sendo R\$ 39.222,21 (trinta e nove mil, duzentos e vinte e dois reais e vinte e um centavos) de FUNCEP por infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7.611/2004 e R\$ 39.222,21 (trinta e nove mil, duzentos e vinte e dois reais e vinte e um centavos), de multa por infração, arrimada no art. 8º da Lei nº 7.611/2004, acrescentado pela Lei nº 9.414/2011.



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

P.R.I.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 15 de fevereiro de 2024.

LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, **SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA**, **EDUARDO SILVEIRA FRADE** E **MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES**.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor



PROCESSO Nº 1785332018-3
SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente: TELEFÔNICA BRASIL S/A.
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: MARISE DO O CATAO e MARIA JOSE LOURENCO DA SILVA
Relator: CONS.º LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA.

**FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNDO DE
COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. FUNCEP.
PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO.
AQUISIÇÃO DE CESSÃO DE MEIOS DE REDE.
DENÚNCIA CONFIRMADA. AUTO DE INFRAÇÃO
PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA.
RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.**

- Constatado a falta de recolhimento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FUNCEP) decorrente da aquisição de cessão de meios de rede, contrariando o art. 3º, §1º, do Decreto nº 34.010/2013 (Convênio ICMS 17/2013).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra decisão de primeira instância, que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002233/2018-11 (fls. 3/5), lavrado em 1º de novembro de 2018, em face da empresa TELEFÔNICA BRASIL S/A, inscrição estadual nº 16.136.950-2, em decorrência da seguinte infração:

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

NOTA EXPLICATIVA: A EMPRESA ACIMA QUALIFICADA 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/2016, PROVENIENTE DA AQUISIÇÃO DE MEIOS DE REDE, SUJEITOS À INCIDÊNCIA DO IMPOSTO OBJETO DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO Nº



93300008.09.00002216/2018-84. A BASE LEGAL DA EXIGENCIA FISCAL REPOUSA NO ART. 2º, INCISO VII, DO DECRETO Nº 25.618/2004, QUE REGULAMENTOU A LEI Nº 7.611/2004, INSTITUÍDORA DO FUNCEP/PB. A APURAÇÃO DO IMS/FUNCEP A SER RECOLHIDO FOI REALIZADA MEDIANTE O CONFRONTO DOS VALORES CALCULADOS PELO FISCO E O RECOLHIDO PELA EMPRESA (ANEXO 1), EM CUJO LEVANTAMENTO FORAM CONSIDERADOS:

A) OS VALORES TOTAIS MENSIS DAS AQUISIÇÕES DOS MEIOS DE REDE DECLARADOS NA EFD/SPED SOB OS CFOPS 1301 E 2301 (ANEXO 2);

B) IMPORTAÇÃO (GROSS UP) DOS VALORES CONSTANTES NA COLUNA “A” (ANEXO 1), EM RAZÃO DO ICMS SER UM IMPOSTO CALCULADO POR DENTRO;

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

D) NO CÁLCULO DO FATOR DEFINIDO NO § 1º DO ART. 3º DO DEC. Nº 34.010/2013, FORAM EXCLUÍDAS DO NUMERADOR (ISENTOS/OUTRAS) AS PRESTAÇÕES DE INTERCONEXÃO.

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

Com supedâneo nos fatos acima, os Representantes Fazendários lançaram, de ofício, o crédito tributário no valor total de **R\$ 78.444,42 (setenta e oito mil, quatrocentos e quarenta e quatro reais e quarenta e dois centavos)**, sendo R\$ 39.222,21 (trinta e nove mil, duzentos e vinte e dois reais e vinte e um centavos) de FUNCEP por infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7.611/2004 e R\$ 39.222,21 (trinta e nove mil, duzentos e vinte e dois reais e vinte e um centavos), de multa por infração, arremada no art. 8º da Lei nº 7.611/2004, acrescentado pela Lei nº 9.414/2011.

Instruem a peça acusatória os seguintes documentos:

a) ANEXO I – DEMONSTRATIVO DO ICMS/FUNCEP A RECOLHER INCIDENTE SOBRE A AQUISIÇÃO DE MEIOS DE REDE – CONVÊNIO ICMS 17/2013 - PERÍODO: JANEIRO/2014 A DEZEMBRO/2016 (fls. 06/07);

b) DEMONSTRATIVO DOS VALORES DAS AQUISIÇÕES DE CESSÃO DE MEIOS EXTRAÍDOS DA EFD/SPED DOS PERÍODOS DE 01/2014 A 12/2016 (fls. 08/09);

c) DEMONSTRATIVO DOS VALORES TOTAIS MENSIS DAS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES EXTRAÍDOS DOS



RECIBOS DE ENTREGA DO REGISTRO MESTRE DOS ARQUIVOS
ELETRÔNICOS DO CONVÊNIO ICMS 115/03 (fls 10/17).

Cientificada pessoalmente do auto de infração, em 07 de novembro de 2018, nos termos do artigo 46, I, da Lei nº 10.094/13, a Autuada, por intermédio de advogados devidamente habilitados para representá-la (fls. 43/45), ingressou com Impugnação (fls. 25 a 38), protocolada em 7/12/2018, na qual promove as seguintes alegações:

- a) Aduz que se torna inexigível o adicional de 2% na alíquota do ICMS a título de FUNCEP, tendo em vista ser indevida a própria cobrança do ICMS sobre os serviços autuados no AI nº 93300008.09.00002216/2018-84, de 31/10/2018;
- b) Existem equívocos cometidos pela fiscalização quando da apuração dos valores de ICMS a serem recolhidos em razão das prestações a usuários finais isentos, não tributados ou com redução da base de cálculo;
- c) A fiscalização fez incidir o imposto sobre a base de cálculo fictícia (*gross up*), majorando o ICMS supostamente devido; Fez incidir ICMS na operação de aquisição de serviços de meio de rede quando a prestação ao usuário final já havia sido integralmente tributada;
- d) Incluiu no cálculo do coeficiente de apuração previsto no art. 3º do Decreto 34.010/2013 operações finais que não são isentas, não tributadas ou tiveram a base de cálculo reduzida;
- e) Alega que diante de uma situação de não pagamento, deve o Fisco calcular o imposto com base no preço praticado e não presumindo valores diferentes dos cobrados na base de cálculo, e não se pautar por entendimento equivocado do “cálculo por dentro” do imposto, em desconsideração ao real preço do serviço (art. 13, III, da LC nº 87/96);
- f) Defende que a fiscalização não considerou as operações regulares, sobre as quais já ocorreu o recolhimento do imposto pelo usuário final, incorrendo em *bis in idem*;
- g) O cálculo da fiscalização foi equivocado, pois só as prestações, a que alude o art. 3º do Decreto nº 30.10/2013, devem ser contabilizadas para efeitos da analisada fórmula matemática, quais sejam: (i) prestação de serviço a usuário final que seja isenta, não tributada ou realizada com redução da base de cálculo, (ii) consumo próprio, (iii) qualquer saída ou evento que impossibilite o lançamento integral do imposto incidente sobre a aquisição dos meios de rede na prestação do serviço ao usuário final;
- h) Entende necessária a determinação de diligência para produção de prova pericial técnica (nova verificação fiscal), com fito de verificar a inexigibilidade do ICMS das operações em apreço.



A autuada requer o cancelamento do auto de infração pelos motivos expostos em sua defesa, que sejam baixados os autos em diligência para a nova verificação fiscal, a concessão de prazo de 90 (noventa) dias para juntada de documentos que corroborarão os fatos alegados.

Os autos foram conclusos, (fl. 59), e remetidos à Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde a julgadora fiscal ROSELY TAVARES DE ARRUDA decidiu pela *procedência* do auto de infração, conforme sentença das fls. 61/72, editando a seguinte ementa:

FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. FUNCEP. FALTA DE RECOLHIMENTO. INFRAÇÃO CONFIGURADA.

- O Auto de Infração foi procedido consoante às cautelas da lei, não havendo casos de nulidade de que tratam a Lei nº 10.094/13, estando a natureza da infração e a pessoa do infrator bem determinados nos autos, circunstâncias que são suficientes para garantir a legalidade do feito fiscal.

Tratando-se de um adicional na alíquota do ICMS, o FUNCEP é devido diante da constatação da falta de recolhimento do ICMS sobre aquisições de meios de rede, tendo em vista a empresa autuada não ter procedido a apuração e recolhimento do imposto conforme previsto no art. 3º, §1º, do Decreto nº 34.010/2013, que dispõe sobre concessão de regime especial na cessão de meios de rede entre empresas de telecomunicações (Convênio ICMS 17/2013).

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE.

Devidamente cientificada da decisão de primeira instância, por meio de DTe, com ciência em 26/11/2020 (fl. 74/75), a Autuada apresentou Recurso Voluntário em 18/12/2020 (fls. 77/85), no qual se insurge contra a decisão da instância *a quo*, reiterando os mesmos argumentos acima postos na impugnação.

Em ato contínuo, anexa documentos diversos, procurações, atos constitutivos, o auto de infração, a notificação e também planilhas com o cálculo do efetuado pela empresa (fls. 86/152).

A Recorrente pugna pelo provimento do Recurso voluntário para que seja reformada a decisão da primeira instância e cancelado o auto de infração.

Requer ainda a determinação de diligência fiscal, consoante o art. 59 da Lei 10.094/2013 e o cadastramento do nome do Advogado André Mendes Moreira, OAB/MG nº 87.017, no endereço profissional, para fins de recebimento das intimações no presente feito.

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

É o relatório.



VOTO

O auto de infração objeto da demanda tributaria versa sobre a falta de recolhimento do FUNCEP – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA, nos períodos fiscais dos exercícios de 2014 a 2016, dispostos na inicial, com fundamento nos 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.

A Recorrente ainda reformula o pedido de perícia para nova verificação fiscal, que lhe foi negada em primeira instância.

Deve-se esclarecer em relação ao pedido formulado acima de realização de perícia contábil, que não há um procedimento legal específico a esse respeito. Ao caso se aplicaria a diligência fiscal prevista no artigo 59 da Lei nº 10.094/13, que 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.

Visto isso, esclareça-se que o objeto do auto de infração e fonte da controvérsia em julgamento são matérias que constam do arquivo previsto no Convênio nº 115/03¹ e já se encontram nos autos o Demonstrativo dos valores das aquisições de cessão de meios extraídos da EFD/SPED dos períodos de 01/2014 a 12/2016.

Importante discorrer que a solicitante da diligência deve, por força da lei, especificar com precisão, os pontos controversos que pretende que sejam elucidados e fornecer os elementos necessários ao esclarecimento das dúvidas e que responde pelas despesas correspondentes.

Outrossim, a Diligência não se aplica a alegações genéricas e deve ser aplicada para elucidar pontos especialmente detalhados pela defesa e que interessem ao

¹Dispõe sobre a uniformização e disciplina a emissão, escrituração, manutenção e prestação das informações dos documentos fiscais emitidos em via única por sistema eletrônico de processamento de dados para contribuintes prestadores de serviços de comunicação e fornecedores de energia elétrica.



deslinde da causa. *In casu*, não houve a especificação dos pontos que a defesa busca investigar.

Por isso, reputo correta a decisão da instância singular quando negou o pedido de diligência ao afirmar que:

(...) Vislumbra-se, assim, que a atuada deveria ter feito a juntada de documentos no momento da impugnação, ou mesmo antes mesmo do julgamento do processo, de forma espontânea, contudo, a mesma manteve-se inerte quanto a juntada de provas documentais e o seu pedido de provas em momento posterior não atendeu os comandos do art. 58.

Assim, verifica-se injustificável abertura de prazo para produção de provas, inclusive, sendo estas documentais, pois a atuada poderia ter feito até o momento do destes autos irem a julgamento.

Também entendermos por desnecessária qualquer medida de diligência diante da clareza dos fatos denunciados, do entendimento da recorrente acerca da denúncia demonstrado ao longo de sua peça reclamatória e da presença de elementos suficientes para a formação do convencimento do juízo de julgamento e da oportunidade que a atuada teve de fazer juntada de provas documentais para fundamentar suas alegações, o que, entretanto, não foi feito.”

Dessarte, me afilio à n. julgadora singular, visto que o lançamento tributário está minudentemente explicado nos demonstrativos anexados nas fls. 6/17 e tem por base a escrituração fiscal da empresa, de forma que não foi demonstrado qualquer prejuízo ao contraditório e ao direito de defesa.

Do exame de mérito

Conforme é cediço, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FUNCEP/PB) foi instituído no Estado da Paraíba 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 mencionada lei 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;

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 de 30/06/2004. 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 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, *in verbis*:

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 base de cálculo das operações elencadas no art. 3º, a teor do art. 4º do Decreto nº 25.618, de 17 de dezembro de 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;

Nos casos de serviços de comunicação, o próprio Regulamento de ICMS da Paraíba determina a sua base de cálculo, qual seja, o preço do serviço, de acordo com o art. 14, do RICMS/PB, *in verbis*:

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; (g.n.)

Diante da imposição legal acima posta as Representantes Fazendárias promoveram a lavratura do auto de infração de falta de recolhimento do FUNCEP e acostaram como prova da infração os demonstrativos fiscais e as informações coletadas nos arquivos do Convênio ICMS 115/2003 e discriminados na EFD (fls. 6/17).

A defesa se insurgiu quanto à cobrança da falta de recolhimento do FUNCEP, arguindo que não é devido o adicional do FUNCEP tendo em vista ser indevida a própria cobrança do ICMS sobre os serviços autuados no AI nº 93300008.09.00002216/2018-84, de 31/10/2018.

Nada obstante, deve ser fixado que a acusação em deslinde tem como base as prestações onerosas de serviços de telecomunicações, objeto da lavratura do auto de infração nº 93300008.09.00002216/2018-84, de 31/10/2018, julgado procedente por esse Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, sendo prolatando o Acórdão nº 391/2023, cuja ementa a seguir transcrevo.



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

A empresa tomadora dos serviços fica obrigada ao recolhimento do imposto incidente sobre a aquisição dos meios de rede, sem direito a crédito, nas hipóteses e forma, descritas no Decreto nº 34.010/2013.

Antes de tudo, cabe lembrar que o Decreto nº 34.010/2013 (Convênio ICMS 17/2013) determina que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS, nas prestações de cessão de meios de rede, fica diferida para o momento da prestação do serviço ao usuário final. Veja-se:

CONVÊNIO ICMS 17, DE 5 DE ABRIL DE 2013 Publicado no DOU de 12.04.13, pelo Despacho 73/13 . Alterado pelo Conv. ICMS 72/19.

Dispõe sobre concessão de regime especial na cessão de meios de rede entre empresas de telecomunicação. O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, na sua 149ª reunião ordinária, realizada em Ipojuca, PE, no dia 5 de abril de 2013, tendo em vista o disposto no art. 199 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966), resolve celebrar o seguinte
C O N V Ê N I O

Cláusula primeira Na prestação de serviços de telecomunicação entre empresas relacionadas no Ato COTEPE 13/13 , de 13 de março de 2013, fica atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto incidente sobre a cessão dos meios de rede ao prestador do serviço ao usuário final.

Renumerado o parágrafo único da cláusula primeira para § 1º pelo Conv. ICMS 72/19, efeitos a partir de 01.09.19.

§ 1º Aplica-se, também, o disposto nesta cláusula às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações que tenham como tomadoras de serviço as empresas referidas no caput desta cláusula, desde que observado o disposto na cláusula segunda e as demais obrigações estabelecidas em cada unidade federada. Redação original, efeitos até 31.08.19.

Parágrafo único. Aplica-se, também, o disposto nesta cláusula às empresas prestadoras de Serviço Limitado Especializado - SLE, Serviço Móvel Especializado - SME e Serviço de Comunicação Multimídia - SCM, que tenham como tomadoras de serviço as empresas referidas no caput, desde que observado o disposto na cláusula segunda e as demais obrigações estabelecidas em cada unidade federada.

Acrescido o § 2º à cláusula primeira pelo Conv. ICMS 72/19, efeitos a partir de 01.09.19. § 2º Não poderão constar no Ato COTEPE 13/13, previsto na cláusula quarta deste convênio, operadoras de Serviço Móvel Pessoal – SMP por meio de Rede Virtual (RRV-SMP).

Cláusula segunda O tratamento previsto na cláusula primeira fica condicionado à comprovação do uso do serviço como meio de rede, da seguinte forma:

I - apresentação de demonstrativo de tráfego, contrato de cessão de meios de rede ou outro documento, contendo a natureza e o detalhamento dos serviços, endereços e características do local de instalação do meio;



II - declaração expressa do tomador do serviço confirmando o uso como meio de rede;

III - utilização de código específico para as prestações de que trata esta cláusula, nos arquivos previstos no Convênio ICMS 115/03 , de 12 de dezembro de 2003;

IV - indicação, no corpo da nota fiscal, do número do contrato ou do relatório de tráfego ou de identificação específica do meio de rede que comprove a natureza dos serviços e sua finalidade.

Cláusula terceira A empresa tomadora dos serviços fica obrigada ao recolhimento do imposto incidente sobre a aquisição dos meios de rede, sem direito a crédito, nas hipóteses descritas a seguir:

I - prestação de serviço a usuário final que seja isenta, não tributada ou realizada com redução da base de cálculo;

II - consumo próprio;

III - 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.

§ 1º Para efeito do recolhimento previsto no caput , nas hipóteses dos incisos I e II, o montante a ser tributado será obtido pela multiplicação do valor total da cessão dos meios de rede pelo fator obtido da razão entre o valor das prestações previstas nesses incisos e o total das prestações do período.

§ 2º Caso o somatório do valor do imposto calculado nos termos do § 1º com o imposto destacado nas prestações tributadas próprias seja inferior ao imposto incidente sobre a aquisição dos meios de rede, a empresa tomadora dos serviços efetuará, na qualidade de responsável, o pagamento da diferença do imposto correspondente às prestações anteriores.

§ 3º Para fins de recolhimento dos valores previstos nos §§ 1º e 2º, o contribuinte deverá: I - emitir Nota Fiscal de Serviço de Comunicação (modelo 21) ou Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicação (modelo 22); II - utilizar os códigos de classificação de item específicos nos arquivos previstos no Convênio ICMS nº 115/2003.

Cláusula quarta O regime especial previsto neste convênio se aplica somente aos estabelecimentos da empresa inscritos nas unidades federadas indicadas no Anexo Único do Ato COTEPE 13/13 , de 13 de março de 2013

Cláusula quinta O disposto neste convênio não se aplica nas prestações de serviços de telecomunicação cujo prestador ou tomador seja optante do Simples Nacional.

Cláusula sexta Este convênio entra em vigor na data da sua publicação no Diário Oficial da União.

Decreto Nº 34010 DE 07/06/2013 Dispõe sobre concessão de regime especial na cessão de meios de rede entre empresas de telecomunicação, e dá outras providências.

O Governador do Estado da Paraíba, no uso das atribuições que lhe confere o Art. 86, Inciso IV, da Constituição do Estado, e tendo em vista o disposto no Convênio ICMS 17/2013,

Decreta:



Art. 1º. Na prestação de serviços de telecomunicação entre empresas relacionadas no Ato COTEPE 13, de 13 de março de 2013, fica atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto incidente sobre a cessão dos meios de rede ao prestador do serviço ao usuário final (Convênio ICMS 17/2013).

Parágrafo único. Aplica-se, também, o disposto neste artigo às empresas prestadoras de serviços de telecomunicações que tenham como tomadoras de serviço as empresas referidas no "caput" deste artigo, desde que observado o disposto no art. 2º deste Decreto e as demais obrigações estabelecidas em legislação estadual (Convênio ICMS 72/2019). (Redação do parágrafo dada pelo Decreto Nº 39399 DE 29/08/2019).

Art. 2º. O tratamento previsto no art. 1º deste Decreto, fica condicionado à comprovação do uso do serviço como meio de rede, da seguinte forma:

I - apresentação de demonstrativo de tráfego, contrato de cessão de meios de rede ou outro documento, contendo a natureza e o detalhamento dos serviços, endereços e características do local de instalação do meio;

II - declaração expressa do tomador do serviço confirmando o uso como meio de rede;

III - utilização de código específico para as prestações de que trata este artigo, nos arquivos previstos no Decreto nº 27.556, de 1º de setembro de 2006;

IV - indicação, no corpo da nota fiscal, do número do contrato ou do relatório de tráfego ou de identificação específica do meio de rede que comprove a natureza dos serviços e sua finalidade.

Art. 3º. A empresa tomadora dos serviços fica obrigada ao recolhimento do imposto incidente sobre a aquisição dos meios de rede, sem direito a crédito, nas hipóteses descritas a seguir:

I - prestação de serviço a usuário final que seja isenta, não tributada ou realizada com redução da base de cálculo;

II - consumo próprio;

III - qualquer saída ou evento que impossibilite o lançamento integral do imposto incidente sobre a aquisição dos meios de rede na forma prevista no "caput" do art. 1º deste Decreto.

§ 1º Para efeito do recolhimento previsto no "caput" deste artigo, nas hipóteses dos incisos I e II, o montante a ser tributado será obtido pela multiplicação do valor total da cessão dos meios de rede pelo fator obtido da razão entre o valor das prestações previstas nesses incisos e o total das prestações do período.

§ 2º Caso o somatório do valor do imposto calculado nos termos do § 1º deste artigo, com o imposto destacado nas prestações tributadas próprias seja inferior ao imposto incidente sobre a aquisição dos meios de rede, a empresa tomadora dos serviços efetuará, na qualidade de responsável, o pagamento da diferença do imposto correspondente às prestações anteriores. § 3º Para fins de recolhimento dos valores previstos nos §§ 1º e 2º deste artigo, o contribuinte deverá:

I - emitir Nota Fiscal de Serviço de Comunicação, modelo 21, ou Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicação, modelo 22, Anexos 21 e 22, respectivamente, do Regulamento do ICMS RICMS, aprovado pelo Decreto nº 18.930, de 19 de junho de 1997;



II - utilizar os códigos de classificação de item específicos nos arquivos previstos no Decreto nº 27.556, de 1º de setembro de 2006.

Art. 4º. O regime especial previsto neste Decreto se aplica somente aos estabelecimentos da empresa inscritos nas unidades federadas indicadas no Anexo Único do Ato COTEPE 13, de 13 de março de 2013.

Art. 5º. O disposto neste Decreto não se aplica nas prestações de serviços de telecomunicação cujo prestador ou tomador seja optante pelo Simples Nacional.

Art. 6º. Ficam convalidadas as prestações de serviços de telecomunicação realizados nos termos do Convênio ICMS 17/2013, no período de 12 de abril de 2013 até a data da publicação deste Decreto.

Art. 7º. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação. PALÁCIO DO GOVERNO DO ESTADO DA PARAÍBA, em João Pessoa, 07 de junho de 2013; 125º da Proclamação da República.

Por outro lado, nas hipóteses mencionadas nos incisos I, II e III, do artigo 3º do Decreto nº 34.010/2013 (prestação de serviço a usuário final que seja isenta, não tributada ou realizada com redução da base de cálculo, consumo próprio ou qualquer saída ou evento que impossibilite o lançamento integral do imposto), fica o tomador do serviço obrigado ao recolhimento do imposto na forma como prescreve os §§ 1º e 2º da mesma norma legal.

Pela síntese e didática, aplica-se ao FUNCEP os mesmos argumentos que foram propostos no Acórdão acima vergastado, em relação ao ICMS, quando assim discorreu a i. Relatora:

“No caso dos autos, a fiscalização tomou como base as aquisições de meios de rede realizadas pela autuada, registradas no CFOP 1301 e 2301, sendo excluídos os valores já tributados, anteriormente (fl. 07).

Vejamos o exemplo do mês de janeiro de 2014, onde o total das operações no período (R\$ 1.111.647,83) foi decotado do valor da base de cálculo tributada (R\$ 86.602,74), vindo a constituir o total (não tributado) das aquisições de meios de rede (R\$ 1.025.045,09).

Sobre os valores decotados, transportados para a coluna (A) da planilha ANEXO 1 (fl. 05), foi efetuado o gross up, coluna (B), para ajuste da base de cálculo, em razão de o ICMS ser calculado por dentro.

Para o cálculo do fator de multiplicação, a fiscalização tomou, no numerador, o total das prestações isentas (R\$ 1.706.438,16), coluna (D), abatidas dos valores das interconexões (R\$ 1.455.347,00), coluna (E), encontrando o total, apenas, de prestações isentas realizadas para usuários finais (R\$ 251.091,16), coluna (F).

Assim, a razão entre as prestações isentas, realizadas para usuários finais (R\$ 251.091,16) e o total das prestações realizadas no período (R\$ 7.270.208,57), vem a constituir o fator de multiplicação que representa o percentual das prestações isentas realizadas com usuário final, que multiplicado pelo valor das cessões de meio vem a constituir a base de cálculo do ICMS sobre as aquisições de meios de rede diferidas, nos termos do Decreto nº 34.010/2013.

Portanto, não se justificam as ponderações da recorrente da ocorrência de bis in idem, seja pela aquisição de operações tributadas, em razão do decote das operações tributadas (fl. 07), seja pela tributação nas saídas, onde foram



tomadas, apenas, as operações isentas, abatidas dos valores relativos às interconexões (fl. 05).”

Dessarte, não resta dúvida da higidez do procedimento fiscal, quando no total de aquisições de cessão de meios de rede (CFOPs 1301/2301) retirou as operações declaradas como tributadas, conforme consta no demonstrativo das fls. 8/9, portanto não procede a alegação da ocorrência de *bis in idem*. Embora alegue, a Recorrente não logrou demonstrar erro nesse procedimento.

Ao valor da coluna “A”, de aquisições de cessão de meios de rede, operação desonerada do imposto, foi realizada a operação de “*gross up*”, que se justifica na determinação da base de cálculo do ICMS, conforme já pacificou o Supremo Tribunal Federal no RE 212.209-2/RS.

Data venia, a Recorrente tenha entendimento diferente em relação a aplicação desse julgado do STJ ao caso dos autos, mas o total de aquisições de cessão de meios de rede (CFOPs 1301/2301) não inclui o ICMS, tampouco do percentual do FUNCEP, o que justifica o cálculo “por dentro”, conforme fez a Fiscalização, procedimento endossado em outros julgados desse CRF/PB, como no Acórdão nº 0463/2022, cuja ementa transcrevo:

PROCESSO Nº 0980922019-7

ACÓRDÃO Nº 0463/2022

Relator: CONS.º EDUARDO SILVEIRA FRADE

FUNDO DE COMBATE E ERRADIAÇÃO DA POBREZA. FUNCEP. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÃO DE MEIOS DE REDE. CORREÇÃO DOS CÁLCULOS MANTIDA - INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

- Incidência do FUNCEP sobre as aquisições de meios de rede, CFOPs 1301 e 2301. Para fins de pagamento do imposto devido, o montante a ser tributado será obtido pela multiplicação do valor total da cessão dos meios de rede pelo fator obtido da razão entre o valor das prestações citadas e o total das prestações do período.

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

Esclareço, por fim, que não há previsão na Lei 10.094/2013 da obrigação de envio exclusivo de citação, despacho ou intimação para o endereço dos advogados, como deseja a Impugnante. A intimação desses atos ao sujeito passivo na forma dos art. 4º-A, art. 11, e art. 46 da Lei 10.094/2013, é condição suficiente para a legalidade do processo administrativo tributário.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo *desprovemento* para manter a sentença monocrática que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002233/2018-11 (fls. 3/5), lavrado em 1º de novembro de 2018, em face da empresa TELEFÔNICA BRASIL S/A, inscrição estadual nº 16.136.950-2, já qualificada nos autos, condenando-



a ao pagamento do crédito tributário, no valor de **R\$ 78.444,42 (setenta e oito mil, quatrocentos e quarenta e quatro reais e quarenta e dois centavos)**, sendo R\$ 39.222,21 (trinta e nove mil, duzentos e vinte e dois reais e vinte e um centavos) de FUNCEP por infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7.611/2004 e R\$ 39.222,21 (trinta e nove mil, duzentos e vinte e dois reais e vinte e um centavos), de multa por infração, arrimada no art. 8º da Lei nº nº 7.611/2004, acrescentado pela Lei nº 9.414/2011.

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

Segunda Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência em 15 de fevereiro de 2024.

Lindemberg Roberto de Lima
Conselheiro Relator