



PROCESSO Nº 1401222022-5 - e-processo nº 2022.000244803-4

ACÓRDÃO Nº 118/2024

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: BRISANET SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES S. A.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - ALHANDRA

Autuantes: MARISE DO Ó CATÃO / SÉRGIO RICARDO ARAÚJO DO NASCIMENTO / MARIA JOSÉ LOURENÇO DA SILVA

Relatora: CONS.^a MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES

Relator Voto Vista: CONS.^o SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBFATURAMENTO - INFRAÇÃO CONFIGURADA - MULTA APLICADA - IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE ACERCA DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE PELAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS DE JULGAMENTO - REDUÇÃO DE OFÍCIO - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 12.788/23 - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - REFORMADA DE OFÍCIO A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Cabível a exigência fiscal quando comprovado que os valores declarados pelo contribuinte consignam bases de cálculo do ICMS em montantes inferiores aos das prestações de serviços realizadas. Irregularidade constatada quando do confronto entre os valores das notas fiscais e suas respectivas faturas/boletos. In casu, o sujeito passivo não conseguiu comprovar a realização dos serviços que afirma terem sido prestados e sobre os quais alega não incidir o ICMS, vinculando-os às notas fiscais elencadas pela fiscalização.

- A análise acerca da inconstitucionalidade da penalidade imposta é matéria que extrapola a competência das instâncias administrativas de julgamento.

- Redução das multas lançadas com base no artigo 82, V, da Lei nº 6.379/96, em decorrência da aplicação retroativa da Lei nº 12.788/23, em cumprimento ao que determina o artigo 106, II, "c", do Código Tributário Nacional.

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



A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto vista, pelo Conselheiro Sidney Watson Fagundes da Silva, a Cons.^a Relatora aderiu ao voto inicialmente divergente, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu desprovemento. Contudo, em observância aos princípios da legalidade e da retroatividade benigna da lei tributária, reformo, de ofício, a decisão singular para julgar parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002298/2022-43, lavrado em 30 de junho de 2022 em desfavor da empresa BRISANET SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES S. A., condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 553.399,70 (quinhentos e cinquenta e três mil, trezentos e noventa e nove reais e setenta centavos), sendo R\$ 316.228,40 (trezentos e dezesseis mil, duzentos e vinte e oito reais e quarenta centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 3º, VII; 14, III e 142, do RICMS/PB e R\$ 237.171,30 (duzentos e trinta e sete mil, cento e setenta e um reais e trinta centavos) de multa por infração, com arrimo no artigo 82, V, “k”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo que cancelo o montante de R\$ 79.057,10 (setenta e nove mil, cinquenta e sete reais e dez centavos) de multa por infração.

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

P.R.I.

Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 12 de março de 2024.

MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES
Conselheira

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, FERNANDA CÉFORA VIEIRA BRAZ (SUPLENTE), VENÂNCIO VIANA DE MEDEIROS NETO (SUPLENTE), HEITOR COLLETT, LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, JOSÉ VALDEMIR DA SILVA E LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO Nº 1401222022-5 - e-processo nº 2022.000244803-4

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: BRISANET SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES S. A.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
- GEJUP

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA
DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA
DA SEFAZ - ALHANDRA

Autuantes: MARISE DO Ó CATÃO / SÉRGIO RICARDO ARAÚJO DO
NASCIMENTO / MARIA JOSÉ LOURENÇO DA SILVA

Relatora: CONS.^a MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES

Relator Voto Vista: CONS.^o SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

**FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS -
SUBFATURAMENTO - INFRAÇÃO CONFIGURADA -
MULTA APLICADA - IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE
ACERCA DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE PELAS
INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS DE JULGAMENTO -
REDUÇÃO DE OFÍCIO - APLICAÇÃO RETROATIVA DA
LEI Nº 12.788/23 - AUTO DE INFRAÇÃO
PARCIALMENTE PROCEDENTE - REFORMADA DE
OFÍCIO A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO
VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.**

- Cabível a exigência fiscal quando comprovado que os valores declarados pelo contribuinte consignam bases de cálculo do ICMS em montantes inferiores aos das prestações de serviços realizadas. Irregularidade constatada quando do confronto entre os valores das notas fiscais e suas respectivas faturas/boletos. In casu, o sujeito passivo não conseguiu comprovar a realização dos serviços que afirma terem sido prestados e sobre os quais alega não incidir o ICMS, vinculando-os às notas fiscais elencadas pela fiscalização.

- A análise acerca da inconstitucionalidade da penalidade imposta é matéria que extrapola a competência das instâncias administrativas de julgamento.

- Redução das multas lançadas com base no artigo 82, V, da Lei nº 6.379/96, em decorrência da aplicação retroativa da Lei nº 12.788/23, em cumprimento ao que determina o artigo 106, II, “c”, do Código Tributário Nacional.

RELATÓRIO



Por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002298/2022-43, lavrado em 30 de junho de 2022, os auditores fiscais responsáveis pelo cumprimento da Ordem de Serviço Normal nº 93300008.12.00006365/2019-53 denunciam a empresa BRISANET SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES S. A., inscrição estadual nº 16.300.905-8, de haver cometido a seguinte irregularidade, *ipsis litteris*:

0644 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBFATURAMENTO (PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS) >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual, por ter emitido documentos fiscais com valores inferiores ao efetivamente praticado nas prestações de serviços realizadas, caracterizando o subfaturamento.

Nota Explicativa:

CONTRARIANDO DISPOSITIVOS LEGAIS, A EMPRESA ACIMA QUALIFICADA DEIXOU DE RECOLHER O VALOR EFETIVAMENTE DEVIDO DO ICMS INCIDENTE SOBRE AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO REFERENTES AO PERÍODO DE OUTUBRO A DEZEMBRO DE 2017. A IRREGULARIDADE FOI CONSTATADA MEDIANTE CONFRONTO ENTRE OS DADOS DOS ARQUIVOS BANCÁRIOS DE REMESSA E DE RETORNO (FATURAS/BOLETOS) APRESENTADOS PELO CONTRIBUINTE APÓS INTIMAÇÃO DO FISCO, E OS ARQUIVOS ELETRÔNICOS DO CONVÊNIO ICMS Nº 115/2003.

O LEVANTAMENTO FISCAL APONTOU QUE OS VALORES DOS SERVIÇOS PRESTADOS CONSIGNADOS NAS NOTAS FISCAIS DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO NFSC, MODELO 21, (CONVÊNIO ICMS 115/03) SÃO NOTORIAMENTE INFERIORES AOS REGISTRADOS NOS ARQUIVOS BANCÁRIOS DE REMESSA E DE RETORNO, INFRINGÊNCIA QUE CARACTERIZA O SUBFATURAMENTO EM FACE DA UTILIZAÇÃO DE BASE DE CÁLCULO DIVERSA DO EFETIVO VALOR DA PRESTAÇÃO, VIOLANDO O DISPOSTO NO ART. 14, INC. III; C/C ART. 3º, INC. VII E ART. 142, TODOS DO RICMS/PB, APROVADO PELO DECRETO Nº 18.930/97, UMA VEZ QUE NÃO CORRESPONDEM AOS REAIS VALORES DAS PRESTAÇÕES. IMPLICA DIZER QUE OS VALORES DECLARADOS PELO CONTRIBUINTE NAS NFSC A TÍTULO DE BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO NÃO CORRESPONDEM AOS VALORES CONTANTES DAS RESPECTIVAS FATURAS/BOLETOS.

A IMPUTAÇÃO ESTÁ EVIDENCIADA NOS SEGUINTE ANEXOS, PARTES INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO:

ANEXO 1- DEMONSTRATIVO SINTÉTICO DO ICMS DEVIDO DECORRENTE DO SUBFATURAMENTO EVIDENCIADO ATRAVÉS DO CONFRONTO FATURAS/BOLETOS X NFSC;

ANEXO 2- DEMONSTRATIVO ANÁLITICO DO ICMS DEVIDO DECORRENTE DO SUBFATURAMENTO EVIDENCIADO ATRAVÉS DO CONFRONTO FATURAS/BOLETOS X NFSC;

ANEXO 3- RELATÓRIO DAS NFSC - CONVÊNIO ICMS Nº 115/03;



ANEXO 4- RELATÓRIO DOS BOLETOS BANCÁRIOS - REMESSA E RETORNO;

ANEXO 5- RELAÇÃO DE MD5 DOS ARQUIVOS BANCÁRIOS.

ESCLAREÇA-SE QUE A BASE DE CÁLCULO UTILIZADA PELA FISCALIZAÇÃO PARA COBRANÇA DO ICMS EXIGIDO NESTE AUTO DE INFRAÇÃO CORRESPONDE À DIFERENÇA ENTRE OS VALORES CONSTANTES NAS FATURAS/BOLETOS (ARQUIVOS BANCÁRIOS) E OS VALORES CONSIGNADOS NAS RESPECTIVAS NFSC, SOBRE A QUAL SE APLICOU A ALÍQUOTA DE 28% (VINTE E OITO PORCENTO), EM CONFORMIDADE COM O DISPOSTO NO ART. 14, INC. III, E ART.13, INC. VI, DO RICMS/PB.

ESCLAREÇA-SE TAMBÉM NA APURAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO OS DADOS UTILIZADOS NO LEVANTAMENTO FISCAL (CRUZAMENTO DOS ARQUIVOS BANCÁRIOS DE REMESSA E DE RETORNO X NFSC) ESTÃO REGULADOS PELA LEGISLAÇÃO VIGENTE, A SABER:

1) AS NFSC ESTÃO REGISTRADAS NOS ARQUIVOS ELETRÔNICOS DO DECRETO 27.556/06 (CONVÊNIO ICMS Nº 115/03), QUE DISPÕE SOBRE A UNIFORMIZAÇÃO E DISCIPLINA A EMISSÃO, A ESCRITURAÇÃO, A MANUTENÇÃO E A 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; E

2) A ENTREGA DOS ARQUIVOS ELETRÔNICOS DE REMESSA E DE RETORNO RELATIVOS ÀS FATURAS/BOLETOS EMITIDOS PELA EMPRESA ESTÁ PREVISTA NO DECRETO 37.720/2017, QUE REGULAMENTA, NO ÂMBITO DO ESTADO DA PARAÍBA, O ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105, DE 10 DE JANEIRO DE 2001, RELATIVAMENTE À REQUISIÇÃO, ACESSO E USO DE INFORMAÇÕES REFERENTES ÀS OPERAÇÕES E SERVIÇOS DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E DAS ENTIDADES A ELA EQUIPARADAS.

IMPORTANTE REGISTRAR QUE OS ARQUIVOS DE REMESSA E DE RETORNO CORRESPONDENTES ÀS FATURAS/BOLETOS FORNECIDOS PELA EMPRESA NO PADRÃO FEBRABAN FORAM CERTIFICADOS ATRAVÉS DE HASH CODE MD5 E AUTENTICADOS, CONFORME RECIBOS EM ANEXO.

A TÍTULO EXPLICATIVO, O LAYOUT FEBRABAN DE REMESSA/RETORNO É UM PADRÃO PARA A TROCA DE INFORMAÇÕES ENTRE EMPRESAS E BANCOS, DEFINIDO E ELABORADO PELA FEBRABAN, A SER ADOTADO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS BANCÁRIOS QUE POSSIBILITEM ESSE INTERCÂMBIO, BASEADO NAS INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE CADA TIPO DE SERVIÇO/PRODUTO, O PADRÃO DEFINE UM CONJUNTO DE REGISTROS/CAMPOS QUE DEVEM COMPOR O ARQUIVO DE TROCA DE INFORMAÇÕES.



Em decorrência deste evento, os representantes fazendários, considerando haver o contribuinte infringido os artigos 3º, VII; 14, III e 142, do RICMS/PB, lançaram um crédito tributário na quantia total de R\$ 632.456,80 (seiscentos e trinta e dois mil, quatrocentos e cinquenta e seis reais e oitenta centavos), sendo R\$ 316.228,40 (trezentos e dezesseis mil, duzentos e vinte e oito reais e quarenta centavos) de ICMS e mesma quantia a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, V, “k”, da Lei nº 6.379/96.

Documentos instrutórios juntados às fls. 5 a 2.896.

Depois de cientificada da autuação em 5 de julho de 2022, a denunciada, por intermédio de seus advogados, protocolou, em 3 de agosto de 2022, impugnação tempestiva contra os lançamentos dos créditos tributários consignados no auto de infração em tela, por meio da qual alega que:

- a) A suposta divergência identificada pela fiscalização entre os valores das NFSC modelo 21 e das faturas/boletos bancários emitidos em face dos clientes da impugnante decorre da prestação de serviços de valor adicionado, suplementares, facilidades adicionais, atividades-meio e preparatórios à prestação dos serviços de comunicação que com eles não se confundem, não estando, portanto, no campo de incidência do ICMS - Comunicação;
- b) Dentre as prestações consideradas pelo Fisco como sujeitas ao ICMS, destacam-se as seguintes rubricas: “Suporte técnico em tecnologia da informação”, “Locação FBR”, “Locação RD” e “Auto Suporte WhatsApp (SVA) FBR”;
- c) Não há incidência de ICMS sobre as atividades-meio nem sobre os serviços suplementares ou de valor adicionado;
- d) O ICMS - Comunicação alcança as prestações onerosas de serviços de comunicação, sendo vedado aos Estados ampliar seu conceito previsto na Lei Complementar nº 87/96, sob pena de violação ao princípio da tipicidade fechada;
- e) A base de cálculo do ICMS - Comunicação é o preço exigido pelas empresas pela prestação do serviço de comunicação, não compreendendo as receitas decorrentes de atividades meramente acessórias, complementares do serviço de comunicação ou que conferem novas utilidades oferecidas aos usuários;
- f) A multa aplicada é desproporcional e confiscatória.

Declarados conclusos, foram os autos remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos à julgadora fiscal Rosely Tavares de Arruda, que decidiu pela procedência da exigência fiscal, nos termos da seguinte ementa:



FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. SERVIÇOS INDISSOCIÁVEIS DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. FATO GERADOR DO ICMS. INFRAÇÃO CONFIGURADA.

A lavratura do auto de infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade, visto que são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria, oportunizando-se ao contribuinte todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa, o contraditório, e o devido processo legal administrativo.

A prestação de serviço de comunicação, quando onerosa, sujeita-se à incidência do ICMS.

A atividade das concessionárias de telefônica é a prestação do serviço oneroso de fornecimento e das condições para que ocorra a comunicação entre o usuário e o seu cliente, em caráter continuado, portanto, o preço cobrado a título de prestação de serviço de comunicação é tributável.

Incide o ICMS nas prestações de comunicação quando da ocorrência de serviços auxiliares, de valor adicionado e intermediário, essenciais e necessários à conclusão da comunicação, assim como os serviços a ela agregados, àqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, nos termos da Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 69/98.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE.

Cientificado da decisão proferida pela instância prima em 22 de março de 2023, o sujeito passivo interpôs, no dia 24 de abril de 2023, recurso voluntário tempestivo ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, por intermédio do qual reapresenta os argumentos trazidos em sua impugnação, acrescentando que:

e acrescenta que:

(i) Em sede de Impugnação Administrativa, que a suposta divergência identificada entre os valores das NFSC modelo 21 e das faturas/boletos bancários emitidos em face dos clientes da Recorrente decorre da prestação de serviços de valor adicionado, suplementares, facilidades adicionais, atividades meio e preparatórios à prestação do serviço de comunicação e com ele não se confundem, não estando, portanto, no campo de incidência do ICMS-Comunicação;

(ii) Ao contrário do que entendeu a decisão recorrida, ao afirmar que “serviços de valor adicionado, serviços preparatórios, suplementares etc. estão vinculados ao serviço de comunicação posto à disposição pela autuada a seus clientes em seus pacotes de serviços de comunicação, portanto, se confundem com o próprio serviço de comunicação e estão sujeitos à tributação do ICMS” (grifamos), não se pode confundir o serviço de comunicação com os serviços e facilidades adicionais, como é o comando da Lei Geral de Telecomunicações;

(iii) Caso os serviços suplementares ou adicionais estejam compreendidos entre os elencados na lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003, será o caso de incidência do ISS e não do ICMS-Comunicação, por se tratar de serviços de qualquer natureza;



(iv) Considerando que a regra-matriz de incidência tributária do ICMS é a prestação onerosa dos serviços de comunicação (artigo 155, II, da Constituição Federal e artigos 2º, III e 12 da Lei Complementar nº 87/96), não há que se falar na ocorrência do fato gerador do ICMS-Comunicação nos serviços técnicos, serviços de valor adicionado, suplementares, facilidades adicionais, atividades-meio e preparatórios à prestação do serviço de comunicação executados pela Recorrente;

(v) Reafirma o argumento acerca do efeito confiscatório da multa aplicada.

Ao final, a recorrente requer:

- a) Seja reformada a decisão singular, cancelando-se integralmente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002298/2022-43;
- b) Subsidiariamente, que sejam canceladas ou ao menos reduzidas as multas aplicadas, tendo em vista seu caráter confiscatório.

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

Eis o relatório.

VOTO

Em análise nesta corte o recurso voluntário interposto contra a decisão singular que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002298/2022-43, lavrado contra a empresa BRISANET SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES S. A., já devidamente qualificada nos autos.

Consoante destacado na nota explicativa associada à denúncia, os auditores fiscais responsáveis pela autuação procederam ao lançamento de ofício em razão de haverem constatado diferenças entre os valores declarados pelo contribuinte nas NFSC por ele emitidas e aqueles identificados nas faturas/boletos emitidos pela própria empresa, nos meses de outubro a dezembro de 2017.

Segundo assinalado na inicial, a irregularidade foi enquadrada como violação aos artigos 3º, VII; 14, III e 142, do RICMS/PB:

Art. 3º 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, observado o disposto nos §§ 4º e 5º (Convênio ICMS 10/98);

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;



Art. 142. Os contribuintes do imposto emitirão, conforme as operações ou prestações que realizarem, os seguintes documentos fiscais:

(...)

XIX - Nota Fiscal de Serviço de Comunicação, modelo 21, Anexo 21;

Como medida punitiva para a infração detectada, a fiscalização aplicou a penalidade insculpida no artigo 82, V, “k”, da Lei nº 6.379/96¹:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

V - de 100% (cem por cento):

(...)

k) aos que consignarem no documento fiscal importância diversa do valor da operação ou da prestação;

Contrapondo-se à acusação, a recorrente aduz que as diferenças apuradas pelas autoridades fiscais correspondem a serviços de valor adicionado – SVA, suplementares, facilidades adicionais, atividades-meio e preparatórios, os quais não se enquadram como serviços de comunicação, estando, por conseguinte, fora do campo de incidência do ICMS.

Em que pesem os argumentos ofertados pela defesa no sentido de buscar demonstrar que não houve infração à legislação tributária estadual, o fato é que os serviços por ela descritos sequer constam nas notas fiscais emitidas, não havendo, nos autos, informações suficientes para demonstrar quais foram estes serviços e se tais serviços foram efetivamente prestados.

Também não há como associar as receitas deles decorrentes aos documentos fiscais, pois, nos dados extraídos dos arquivos eletrônicos do Convênio ICMS nº 115/03 (2ª via da nota fiscal de serviço de comunicação – NFSC, mod. 21)², os valores totais de cada documento são idênticos às bases de cálculo do ICMS neles destacada. Senão vejamos³:

¹ Redação vigente à época dos fatos geradores e do lançamento de ofício.

² Vide planilhas anexadas às fls. 286-480, 481 a 677 e 678 a 896, relativas aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2017, respectivamente.

³ Extrato parcial do relatório anexado às fls. 286 a 480 referente ao mês de outubro de 2017.


**DADOS EXTRAÍDOS DOS ARQUIVOS ELETRÔNICOS DO CONVÊNIO ICMS 115/2003 (2ª VIA DA NOTA FISCAL DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - NFSC, MOD. 21)
REFERENTE AO MÊS 10/2017**

CPF/CNPJ	RAZÃO SOCIAL	LOGRADOURO	NÚMERO	CEP	BAIRRO	MUNICÍPIO	UF	COD ID CONSUMO ASS	DATA EMISSÃO	MOD.	SER.	NÚMERO DO DOCUMENTO	CÓDIGO DE AUTENTICAÇÃO DIGITAL DO REGISTRO TIPO D						
Inscrição Estadual	VALOR TOTAL DO DOCUMENTO	BC ICMS	ICMS OPERAÇÃO INT	OUTROS	STATUS	TIP	TIC	REFERENTE ITEM NOTA	VALOR TOTAL DA FATURA	INFORMAÇÕES ADICIONAIS				CÓDIGO DE AUTENTICAÇÃO DIGITAL DO REGISTRO TIPO M					
00056976631453	Elana Barreto Fixina	15,00	4,50	0,00	N	2	03	000000001	58884000	Centro	Catolé do Rocha	PB	0000C0016948	01/10/2017	21	1	1	254f14e7e50d2e66eb7b78cb66e82	
ISENTO	15,00																		e79647b940650b5f612ad5aa7524056
00009484093477	Henrik Vinicius Siqueira Costa	15,00	4,50	0,00	N	2	03	000000002	58700030	Centro	Patos	PB	0000C0190489	01/10/2017	21	1	2	e59213e341974012b7d09e3e6f0e2b9	
ISENTO	15,00																		3753d30ea7223e137a2e7c5d6ba1e530
00002085483437	Marinalva Gabriel Trajano	15,00	4,50	0,00	N	2	03	000000003	58700000	Jardim Guanabara	Patos	PB	0000C0199274	01/10/2017	21	1	3	5412545eb447e5926f2d2a390cbb4b24	
ISENTO	15,00																		90e3d096a2c0acdbbc7a47b9af9aa
00010204874459	Alinne de Araujo da Silva Lucena	15,00	4,50	0,00	N	2	03	000000004	58704270	Belo Horizonte	Patos	PB	0000C0200899	01/10/2017	21	1	4	29d2e6d6c40225e502b1791eb58e9e6d	
ISENTO	15,00																		da427226a74bea9a2c46e12549c693d
00002867727448	Cicero Oliveira Alves	15,00	4,50	0,00	N	2	03	000000005	58707260	Jatoba	Patos	PB	0000C0199654	01/10/2017	21	1	5	4e175479b19440b9c61024b0a4f1	
ISENTO	15,00																		12ba45527b9605b94839e948c9c095
0005808851472	Francailda Barbosa Lima	15,00	4,50	0,00	N	2	03	000000006	58700370	Brasília	Patos	PB	0000C0199657	01/10/2017	21	1	6	0e79a95e5a4d1f99a270a46b28196c	
ISENTO	15,00																		1dd95c79c80bb68a07c40370b621c9
00001621081419	Diego Fernandes da Silva	15,00	4,50	0,00	N	2	03	000000007	58700000	Jatoba	Patos	PB	0000C0200119	01/10/2017	21	1	7	0090722bbc02aa6d3a95e86a4c4339	
ISENTO	15,00																		3e8ee47f68e0c05aaddc99f66c1cbf2
00095113550400	Valdete Berto Rodrigues	15,00	4,50	0,00	N	2	03	000000008	58707260	Jatoba	Patos	PB	0000C0201266	01/10/2017	21	1	8	10140d879da56164e920eaa14159fae	
ISENTO	15,00																		e430071eaa44d0e11d664801b7e050
00000970047401	Dairny Teixeira Guimarães	15,00	4,50	0,00	N	2	03	000000009	58701160	Santo Antonio	Patos	PB	0000C0202092	01/10/2017	21	1	9	45b9250b9939c0511b28d99c3c0e97	
ISENTO	15,00																		d1c25ea962bedc0c90c999a3b1ef9
00004061902407	Petrucio do Nascimento	15,00	4,50	0,00	N	2	03	000000010	58706070	Sao Sebastiao	Patos	PB	0000C0202293	01/10/2017	21	1	10	848e17ad0c45d9e8914c703046b3265	
ISENTO	15,00																		1a4ca7b9f125032f7da2e620a895f6d

A questão retratada nos autos pode ser sintetizada nos seguintes moldes:

1º) A fiscalização verificou que os valores declarados pela empresa - os quais correspondem às informações consignadas nas NFSC - foram inferiores àqueles constantes nas faturas/boletos⁴ vinculados aos respectivos documentos fiscais;

2º) Constatada a diferença entre os totais descritos no item anterior, os auditores fiscais atuaram o contribuinte, acusando-o de haver subfaturado os valores dos serviços prestados;

3º) Visando desconstituir a acusação, o contribuinte elenca diversos serviços que, segundo afirma, estariam fora do campo de incidência do ICMS e que representariam a diferença percebida pelo Fisco.

As justificativas apresentadas pela defesa poderiam até levar a uma discussão acerca da incidência ou não do ICMS sobre os serviços por ela destacados a título de “Suporte técnico em tecnologia da informação”, “Locação FBR”, “Locação RD” e “Auto Suporte WhatsApp (SVA) FBR” **caso houvesse sido demonstrado que tais rubricas constam, de fato, nos documentos fiscais relacionados pela auditoria.**

No caso em tela, o enfrentamento da matéria não se mostra apropriado (nem necessário), porquanto, não obstante o contribuinte haver despendido parte significativa de suas defesas discorrendo sobre a natureza dos serviços de valor adicionado, suplementares, bem como sobre as facilidades adicionais, atividades-meio e preparatórias à prestação dos serviços de comunicação, detalhando, inclusive, as funcionalidades por ele ofertadas a seus clientes, o fato é que nenhum destes serviços consta nas notas fiscais.

O que se observa, no caso concreto, é que a empresa não conseguiu demonstrar a origem da discrepância entre os valores pagos por seus clientes e as informações consignadas nos documentos fiscais por ela emitidos.

⁴ Todas as inconsistências foram apresentadas na planilha analítica intitulada DEMONSTRATIVO ANALÍTICO DO ICMS DEVIDO DECORRENTE DO SUBFATURAMENTO EVIDENCIADO ATRAVÉS DO CONFRONTO FATURAS/BOLETOS X NFSC, juntada às fls. 6 a 285.



Registre-se, por relevante, que, no Anexo Único (Manual de Orientação) do Convênio ICMS nº 115/03, há previsão expressa para que as prestações de serviços isentos ou não tributados pelo ICMS sejam declaradas pelo contribuinte. Observemos:

6. Arquivo tipo ITEM DE DOCUMENTO FISCAL

6.1. O arquivo deverá ser composto por registros que contenham as seguintes informações, classificadas pelo número do documento fiscal e número de item, em ordem crescente:

Nº	Conteúdo	Tam	Posição		Formato
			Inicial	Final	
01	CNPJ ou CPF	14	1	14	N
02	UF	2	15	16	X
03	Classe do Consumo	1	17	17	N
04	Fase ou Tipo de Utilização	1	18	18	N
05	Grupo de Tensão	2	19	20	N
06	Data de Emissão	8	21	28	N
07	Modelo	2	29	30	N
08	Série	3	31	33	X
09	Número	9	34	42	N
10	CFOP	4	43	46	N
11	Nº de ordem do Item	3	47	49	N
12	Código do item	10	50	59	X
13	Descrição do item	40	60	99	X
14	Código de classificação do item	4	100	103	N
15	Unidade	6	104	109	X
16	Quantidade contratada (com 3 decimais)	12	110	121	N
17	Quantidade medida (com 3 decimais)	12	122	133	N
18	Total (com 2 decimais)	11	134	144	N
19	Desconto / Redutores (com 2 decimais)	11	145	155	N
20	Acréscimos e Despesas Acessórias (com 2 decimais)	11	156	166	N
21	BC ICMS (com 2 decimais)	11	167	177	N
22	ICMS (com 2 decimais)	11	178	188	N
23	Operações Isentas ou não tributadas (com 2 decimais)	11	189	199	N
24	Outros valores (com 2 decimais)	11	200	210	N
25	Alíquota do ICMS (com 2 decimais)	4	211	214	N
26	Situação	1	215	215	X
27	Ano e Mês de referência de apuração	4	216	219	X
28	Número do Contrato	15	220	234	X
29	Quantidade faturada (com 3 decimais)	12	235	246	N

30	Tarifa Aplicada / Preço Médio Efetivo (com 6 decimais)	11	247	257	N
31	Alíquota PIS/PASEP (com 4 decimais)	6	258	263	N
32	PIS/PASEP (com 2 decimais)	11	264	274	N
33	Alíquota COFINS (com 4 decimais)	6	275	280	N
34	COFINS (com 2 decimais)	11	281	291	N
35	Indicador de Desconto Judicial	1	292	292	X
36	Tipo de Isenção/Redução de Base de Cálculo	2	293	294	N
37	Branco - reservado para uso futuro	5	295	299	X
38	Código de Autenticação Digital do registro	32	300	331	X
	Total	331			

6.2. Observações



(...)

6.2.4.6. Campo 23 - Informar o valor de fornecimento ou serviço isento ou não tributados pelo ICMS, com 2 decimais;

6.2.4.7. Campo 24 - Informar os outros valores do item, com 2 decimais. Neste campo devem ser informados as multas e juros, valores que não compõem a BC do ICMS, cobrança de terceiros, mercadorias ou serviços com ICMS diferido e quaisquer outros valores, ainda que estranhos à tributação do ICMS, constantes do documento fiscal.

Diante deste cenário, toda a discussão acerca da natureza dos serviços descritos pela recorrente se revela prescindível, na medida em que o sujeito passivo não trouxe aos autos elementos mínimos que atestem que tais serviços foram efetivamente prestados e que estão vinculados aos documentos listados pela auditoria. Além disso, os referidos serviços que estariam, segundo a defesa, fora do campo de incidência do ICMS, não foram declarados pela empresa nos arquivos do Convênio ICMS nº 115/03.

O que se tem, inequivocamente, é que os valores totais das notas fiscais estão aquém daqueles que estão lançados nas faturas/boletos a elas vinculados, de sorte que, inexistindo provas em contrário, havemos de concluir que os valores oferecidos à tributação pela empresa foram subfaturados.

Em relação ao ônus da prova, o artigo 56 da Lei nº 10.094/13, ao disciplinar a matéria, assim estabeleceu:

Art. 56. Todos os meios legais, ainda que não especificados nesta Lei, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação, a impugnação ou o recurso.

Parágrafo único. O ônus da prova compete a quem esta aproveita.

Diante da ausência de provas em favor da denunciada que justifiquem o cancelamento do lançamento ou argumentos suficientes que atestem que houve equívocos no levantamento fiscal, cabe-nos reconhecer o acerto da auditoria e declarar a procedência do lançamento de ofício.

DA MULTA APLICADA

No que se refere ao argumento de que a penalidade imposta tem caráter confiscatório, o tema, na esfera administrativa, não comporta maiores discussões.

É cediço que, para se afastar a penalidade imposta, far-se-ia necessário analisar a inconstitucionalidade do dispositivo legal que a embasou; todavia este juízo de valor excede a competência dos órgãos julgadores, *ex vi* do artigo 55, I, da Lei nº 10.094/13:



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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

Ademais, a matéria já foi sumulada pelo Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, tendo, inclusive, efeito vinculante em relação à Administração Tributária Estadual e aos contribuintes e responsáveis.

Vejamos a redação do artigo 90, § 3º, da Lei nº 10.094/13, bem como o teor da Súmula 03, publicada no Diário Oficial Eletrônico em 19 de novembro de 2019:

Lei nº 10.094/13:

Art. 90. Compete ao Conselho de Recursos Fiscais, apreciar proposta de súmula para consolidar suas decisões reiteradas e uniformes.

(...)

§ 3º Depois de publicada no Diário Oficial Eletrônico da Secretaria de Estado da Receita - DOe-SER, a súmula terá efeito vinculante em relação à Administração Tributária Estadual e aos contribuintes e responsáveis.

Portaria nº 00311/2019/SEFAZ:

SÚMULA 03 – 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).

Inobstante o acerto da fiscalização quanto aos valores lançados a título de penalidades por infração quando da lavratura do auto de infração, faz-se imperativo reduzirmos o montante das multas aplicadas em razão da alteração promovida por meio do artigo 1º, I, “c”, da Lei nº 12.788, de 28 de setembro de 2023, que deu nova redação ao artigo 82, V, da Lei nº 6.379/96.

Lei nº 12.788/23:

Art. 1º A Lei nº 6.379/96, de 02 de dezembro de 1996, passa a vigorar:

I – com nova redação dada aos seguintes dispositivos:

(...)

c) “caput” do inciso V do “caput” do art. 82:

“V – de 75% (setenta e cinco por cento):”

Registre-se que a aplicação retroativa decorre do comando emanado do artigo 106, II, “c”, do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)



II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Diante de todo o exposto, o crédito tributário efetivamente devido pela autuada se apresenta conforme demonstrado na tabela a seguir:

DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO	PERÍODO	AUTO DE INFRAÇÃO		VALOR CANCELADO		CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO		
		ICMS (R\$)	MULTA (R\$)	ICMS (R\$)	MULTA (R\$)	ICMS (R\$)	MULTA (R\$)	CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO (R\$)
0644 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SUBFATURAMENTO (PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS)	out/17	108.980,89	108.980,89	0,00	27.245,22	108.980,89	81.735,67	190.716,56
	nov/17	94.825,18	94.825,18	0,00	23.706,30	94.825,18	71.118,89	165.944,07
	dez/17	112.422,33	112.422,33	0,00	28.105,58	112.422,33	84.316,75	196.739,08
TOTAIS (R\$)		316.228,40	316.228,40	0,00	79.057,10	316.228,40	237.171,30	553.399,70

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito, pelo seu desprovimento. Contudo, em observância aos princípios da legalidade e da retroatividade benigna da lei tributária, reformo, de ofício, a decisão singular para julgar parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002298/2022-43, lavrado em 30 de junho de 2022 em desfavor da empresa BRISANET SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES S. A., condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 553.399,70 (quinhentos e cinquenta e três mil, trezentos e noventa e nove reais e setenta centavos), sendo R\$ 316.228,40 (trezentos e dezesseis mil, duzentos e vinte e oito reais e quarenta centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 3º, VII; 14, III e 142, do RICMS/PB e R\$ 237.171,30 (duzentos e trinta e sete mil, cento e setenta e um reais e trinta centavos) de multa por infração, com arrimo no artigo 82, V, “k”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo que cancelo o montante de R\$ 79.057,10 (setenta e nove mil, cinquenta e sete reais e dez centavos) de multa por infração.

Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência em 12 de março de 2024.

Maíra Catão da Cunha Cavalcanti Simões
Conselheira Relatora