

PROCESSO Nº 1515622015-0  
ACÓRDÃO Nº 0529/2021  
PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO  
Recorrente: NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S/A  
Advogado(a): CAMILA KLUCK GOMES, OAB/SP Nº 273.076 E OUTROS  
Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP  
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA  
Autuantes: MARIA JOSÉ LOURENÇO DA SILVA E FERNANDA CÉFORA VIEIRA BRAZ  
Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA

FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA (FUNCEP). FALTA DE RECOLHIMENTO - DENÚNCIA CONFIGURADA. MULTA RECIDIVA - NÃO CABIMENTO - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- *O Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza no Estado da Paraíba - FUNCEP/PB, cujo valor corresponde a um adicional de 2%, incide sobre as operações de serviço de comunicação.*

- *Tratando-se de um adicional na alíquota do ICMS, o FUNCEP somente é devido nos casos em que o ICMS também o seja. In casu, o ICMS correspondente que deu suporte a cobrança do FUNCEP foi exigido em processo administrativo próprio, decidido por meio do Acórdão nº 0204/2021, dando base, assim, para a exigência do crédito tributário levantado na inicial.*

- *Exclusão integral da multa recidiva por não atender ao disciplinamento da Lei nº 10.094/2013.*

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 seu desprovimento, para manter inalterada a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001961/2015-63, lavrado em 03 de novembro de 2015 contra a empresa NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S/A, inscrição estadual nº 16.161.746-8, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 101.144,36 (cento e um mil, cento e quarenta e quatro reais e trinta e seis centavos), sendo R\$ 50.572,18 (cinquenta mil, quinhentos e setenta e dois reais e dezoito centavos) de FUNCEP por infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7.611/2004 e R\$ 50.572,18 (cinquenta mil, quinhentos e setenta e dois reais e dezoito centavos) a título de multa por infração, com arrimo no artigo 8º da Lei nº 7.611/04.

Ao tempo em que mantenho cancelado, por indevido, o montante de R\$ 25.286,16 (vinte e cinco mil, duzentos e oitenta e seis reais e dezesseis centavos) 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 14 de outubro de 2021.

LEONARDO DO EGITO PESSOA  
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA  
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA E MAÍRA CATÃO DA CINHA CAVALCANTI SIMÕES.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA  
Assessor

Processo nº 1515622015-0  
PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO  
Recorrente: NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S/A  
Advogado(a): CAMILA KLUCK GOMES, OAB/SP Nº 273.076 E OUTROS  
Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP  
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA  
Autuantes: MARIA JOSÉ LOURENÇO DA SILVA E FERNANDA CÉFORA VIEIRA BRAZ  
Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA

FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA (FUNCEP). FALTA DE RECOLHIMENTO - DENÚNCIA CONFIGURADA. MULTA RECIDIVA - NÃO CABIMENTO - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- O Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza no Estado da Paraíba - FUNCEP/PB, cujo valor corresponde a um adicional de 2%, incide sobre as operações de serviço de comunicação.

- Tratando-se de um adicional na alíquota do ICMS, o FUNCEP somente é devido nos casos em que o ICMS também o seja. *In casu*, o ICMS correspondente que deu suporte a cobrança do FUNCEP foi exigido em processo administrativo próprio, decidido por meio do Acórdão nº 0204/2021, dando base, assim, para a exigência do crédito tributário levantado na inicial.

- Exclusão integral da multa recidiva por não atender ao disciplinamento da Lei nº 10.094/2013.

## RELATÓRIO

Em análise nesta corte o recurso voluntário, interposto nos moldes do artigo 77 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001961/2015-63, lavrado em 03 de novembro de 2015 em desfavor da empresa NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S/A, inscrição estadual nº 16.161.746-8, no qual consta a seguinte acusação, *ipsis litteris*:

0465 - 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: O CONTRIBUINTE ACIMA QUALIFICADO DEIXOU DE RECOLHER O FUNCEP DEVIDO SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE

COMUNICAÇÃO SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO ICMS, DE ACORDO COM AS DISPOSIÇÕES DO CONVÊNIO ICMS 69/98, AS QUAIS FORAM FATURADAS ATRAVÉS DE NOTAS FISCAIS DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO (NFSC MODELO 21) POR HAVER INDICADO ERRONEAMENTE COMO SENDO PRESTAÇÕES ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS, CONFORME DEMONSTRATIVOS EM ANEXO ELABORADOS A PARTIR DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS DO CONVÊNIO ICMS 115/2003, OS QUAIS PASSAM A SER PARTES INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

Em decorrência deste fato, o representante fazendário lançou um crédito tributário na quantia total de **R\$ 126.430,52 (cento e vinte e seis mil, quatrocentos e trinta reais e cinquenta e dois centavos)**, sendo R\$ 50.572,18 (cinquenta mil, quinhentos e setenta e dois reais e dezoito centavos) de FUNCEP, por infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7.611/04, R\$ 50.572,18 (cinquenta mil, quinhentos e setenta e dois reais e dezoito 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 e R\$ 25.286,16 (vinte e cinco mil, duzentos e oitenta e seis reais e dezesseis centavos) de multa por reincidência arrimada no art. 87 da Lei nº 6.379/96.

Além da peça acusatória, foram incluídos pelos Auditores Fiscais, nos autos, os seguintes documentos:

- a) Quadro Resumo (fls. 07);
- b) Demonstrativo das prestações de serviços de comunicação sujeitas à tributação do ICMS indevidamente indicadas como isentas ou não tributadas pelo contribuinte – Exercício 2012 a 2014 (fls. 08 a 16);
- c) Mídia Digital (DVD) contendo demonstrativo das NFSC (fls.17);
- d) Memorial Auxiliar de acusação (fls. 18).

A autuada foi cientificada em 18/11/2015, através de Aviso de Recebimento, às fls. 20 a 22 dos autos. Apresentou, tempestivamente, peça reclamatória em 17/12/2015 (fls. 24 a 73) por meio de advogado devidamente habilitado nos autos. Em sua defesa, ao qual sintetizamos, a impugnante apresenta os seguintes argumentos:

- Argui pela nulidade do auto de infração, alegando que nenhum dos dispositivos tidos como infringidos, referente a falta de recolhimento do ICMS, traz embasamento para justificar a incidência sobre as rubricas de taxa de instalação, religação, serviços técnicos, assistência técnica, etc;
- Defende que a cobrança do ICMS é improcedente, pois incidiu sobre serviços prestados pela autuada que independentes ao serviço de comunicação, não devendo configurar no campo de incidência do imposto, conforme, inclusive, jurisprudência pacífica do STJ e STF;
- Entende pela não aplicação do Convênio nº 69/98;
- Que conforme legislação estadual, o ICMS incide apenas sobre o serviço de comunicação em *strictu sensu*, não deixando margem à inclusão de serviços

meramente preparatórios ou acessórios ao serviço de comunicação propriamente dito;

- Que a multa de 75% (setenta e cinco por cento) seja afastada em respeito a aplicação do art. 112 do CTN. Que a mesma é desproporcional e confiscatória;
- A multa por reincidência foi aplicada sem que a Empresa tenha sido reincidente, o que impede a manutenção de tal penalidade;
- Defende a impossibilidade da aplicação cumulativa de multas.

Ao final, a autuada solicita que seja reconhecida a nulidade do auto de infração e, em consequência, a improcedência e cancelamento da exigência fiscal, e, em hipótese diversa, que sejam canceladas as multas ou, ainda, reduzidas.

Com informação do Termo de Antecedentes Fiscais (fls. 364), os autos foram conclusos (fls. 365) e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, onde foram distribuídos a julgadora fiscal Rosely Tavares de Arruda, e o feito, julgado parcialmente procedente, conforme sentença anexa às fls. 378 a 383, cuja ementa sintetiza o entendimento da instância monocrática da seguinte forma, *litteris*:

FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA (FUNCEP). FALTA DE RECOLHIMENTO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. MULTA RECIDIVA AFASTADA.

O Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza no Estado da Paraíba – FUNCEP/PB, cujo valor corresponde a um adicional de 2%, é devido sobre os fatos geradores que contemplam prestações onerosas de serviços de comunicação efetuados neste Estado.

Não se configurou a reincidência nos termos do artigo 39 da Lei nº 10.094/13.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Após os ajustes, o crédito tributário restou constituído no montante de 101.144,36 (cento e um mil, cento e quarenta e quatro reais e trinta e seis centavos), sendo R\$ 50.572,18 de FUNCEP e R\$ 50.572,18 de multa por infração.

Cientificada da decisão proferida pela instância prima por meio de Aviso de Recebimento - AR em 05 de julho de 2019 (fls. 386), o contribuinte, por intermédio de advogado legalmente constituído (fls. 437/438), interpôs recurso voluntário em 29/07/2019, conforme petição apensa às fls. 388 a 435.

Ao final, a recorrente defende que a decisão de primeira instância merece ser reformada, ocasião em que traz em sua quase totalidade, as mesmas arguições apresentadas por ocasião da impugnação perante a instância prima, senão vejamos:

## 1. - PRELIMINARMENTE

**1.1.-** Argui a nulidade do auto de infração pela deficiência de motivação, em virtude de não ser possível a partir dos dispositivos legais indicados, identificar com clareza, os fatos que constituem a infração imputada;

**1.2. -** Que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória;

**1.3. -** Que a cobrança do Fundo de Combate e Erradicação à pobreza é inconstitucional, tendo em vista a ausência de lei federal que defina os produtos e serviços supérfluos;

## **2. - NO MÉRITO**

**2.1. -** Inicia destacando que é vastíssima a jurisprudência do E. STJ em sentido contrário ao que ficou decidido no processo relativo ao Auto de Infração nº 93300008.09.00001951/2015-28 que constituiu o crédito tributário referente ao Icms;

**2.2. -** Defende que nenhum dos dispositivos legais imputados justifica a pretensa incidência do ICMS sobre as rubricas de taxa de instalação, taxa de reinstalação, taxa de religação, serviços técnicos, net vírus + backup, mudança de endereço, mudança de seleção e local de TV, serviço de NET LAR, habilitação, visita técnica e “mensalidade cloud”, por trata-se de atividade acessórias e, portanto, distinta do serviço de comunicação;

**2.3. -** Manifesta que os Tribunais Superiores têm afastado a aplicação do Convênio nº 69/98, citando decisões do STJ e STF;

**2.4. –** Informa que recolhe ISS sobre os serviços autuados, inclusive, junta à impugnação apresentada os seus livros fiscais relativos aos períodos autuados, bem como, comprovantes de recolhimento, a fim de demonstrar que as rubricas já foram devidamente tributadas, uma vez que, compõem a base de cálculo do ISS;

**2.5. –** Aduz que a manutenção da presente autuação, no futuro, só virá a trazer prejuízos ao próprio Estado, pois será instado a arcar com as verbas de sucumbência em eventual ação judicial;

**2.6. –** Por fim, apresenta termo de juntada com o fito de dar conhecimento a esta Egrégia Corte de Justiça Fiscal, de recentíssima decisão do MM Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de João Pessoa/PB, no julgamento da Ação Anulatória nº 0003188-33.2014.8.15.2001, ajuizada pela recorrente em face do Estado da Paraíba, onde foi reconhecida a impossibilidade da inclusão de serviços acessórios ao de comunicação na base de cálculo do ICMS para fins de apuração do FUNCEP (fls. 548 a 574).

Ao final, requer:

(i) seja reformada a r. decisão recorrida, para fins de ser reconhecida a nulidade do Auto de Infração ora combatido;

- (ii) caso assim não se entenda, seja reformada a r. decisão recorrida, para fins de ser julgado improcedente o referido Auto de Infração, cancelando-se a exigência feita a título de FUNCEP e extinguindo-se a multa imposta, por estarem as razões da recorrente em consonância com a legislação pátria;
- (iii) ainda caso assim não se entenda, subsidiariamente, seja afastada ou, ainda, reduzida a multa imposta, em atenção ao art. 142, do CTN; e
- (iv) que seja intimado para fins de realização de sustentação oral na oportunidade do julgamento do recurso;

Remetidos os autos ao Conselho de Recursos Fiscais, tem-se que foram distribuídos a esta relatoria, conforme critério regimental, para apreciação e julgamento.

Considerando o pedido de sustentação oral consignado às fls. 435, o processo foi remetido à Assessoria Jurídica desta Casa (fls. 579/580), solicitando emissão de parecer técnico acerca da legalidade do lançamento, o qual foi juntado às fls. 581 a 588 dos autos.

Eis o relatório.

## VOTO

Trata-se de recurso voluntário, nos moldes do que apregoa o artigo 77 da Lei 10.094/2013, interposto contra decisão de primeira instância que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001961/2015-63, lavrado em 03/11/2015 (fls. 3-6) em desfavor da empresa NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S/A, inscrição estadual nº 16.161.746-8, já devidamente qualificada nos autos.

Inicialmente, importa declarar que o recurso voluntário apresentado atende ao pressuposto extrínseco da tempestividade, haja vista ter sido protocolado dentro do prazo previsto na Lei nº 10.094/13.

Na sequência, passamos a análise do mérito, não sem antes analisarmos às preliminares reapresentadas pela autuada, agora em sede de recurso.

### **1.- DAS PRELIMINARES SUSCITADAS**

#### **1.1.- Nulidade por Deficiência na Motivação**

Sobre a nulidade suscitada pela recorrente, alegando deficiência de motivação, deve-se considerar que a denúncia fiscal se refere à falta de recolhimento do FUNCEP relativo às prestações de serviços de comunicação, em razão de a recorrente ter indicado erroneamente como isentas ou não tributadas.

Neste sentido, a auditoria fez constar em nota explicativa que: “O CONTRIBUINTE ACIMA QUALIFICADO DEIXOU DE RECOLHER O FUNCEP DEVIDO SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO ICMS, DE ACORDO COM AS DISPOSIÇÕES DO CONVÊNIO ICMS 69/98, AS QUAIS FORAM FATURADAS ATRAVÉS DE NOTAS FISCAIS DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO (NFSC MODELO 21) POR HAVER INDICADO ERRONEAMENTE COMO SENDO PRESTAÇÕES ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS, CONFORME DEMONSTRATIVOS EM ANEXO ELABORADOS A PARTIR DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS DO CONVÊNIO ICMS 115/2003, OS QUAIS PASSAM A SER PARTES INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO”.

Assim, em detrimento às pretensões da recorrente, cumpre-me declarar que a peça acusatória apresenta-se apta a produzir os regulares efeitos inerentes ao aspecto formal do ato administrativo, visto que sua confecção observa os requisitos indispensáveis de constituição e desenvolvimento válido do processo, atendendo aos pressupostos de validade do lançamento de ofício, dispostos no art. 142 do CTN, não se verificando quaisquer incorreções capazes de provocar a nulidade por vício formal da autuação, conforme se extrai dos artigos 14 a 17 da Lei nº 10.094/2013. Vejamos:

#### **CTN**

**Art. 142.** Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

**Parágrafo único.** A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

#### **Lei nº 10.094/13**

**Art. 14.** São nulos:

- I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;
- II - os despachos e decisões proferidas por autoridade incompetente;
- III - os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária e o respectivo sujeito passivo, ressalvada, quanto à identificação deste, a hipótese de bens considerados abandonados;
- IV - os despachos e as intimações que não contenham os elementos essenciais ao cumprimento de suas finalidades;
- V - os autos de infração de estabelecimentos lavrados pelos auditores fiscais tributários estaduais de mercadorias em trânsito.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou lhes sejam consequentes.

§ 2º Ao declarar a nulidade, a autoridade fiscal julgadora competente indicará os atos por ela atingidos, ordenando as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

**Art. 15.** As incorreções, omissões ou inexatidões, que não importem nulidade, serão sanadas quando não ocasionarem prejuízo para a defesa do administrado, salvo, se este lhes houver dado causa ou quando influírem na solução do litígio.

**Parágrafo único.** Sem prejuízo do disposto no “caput”, não será declarada a nulidade do auto de infração sob argumento de que a infração foi descrita de forma genérica ou imprecisa, quando não constar da defesa, pedido neste sentido.

**Art. 16.** Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

**Art. 17.** Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento.

Destarte, comungando com a instância prima, rejeito o pedido de nulidade da autuação em epígrafe.

### 1.2.- Do Caráter Confiscatório da Multa Aplicada

O inciso I do art. 55 da Lei nº 10.094/13 e o parágrafo único do art. 1º do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais<sup>1</sup> estipulam que os órgãos julgadores pertencentes à Justiça Fiscal Administrativa não possuem competência para declarar a inconstitucionalidade de normas e para deixar de aplicar, sob fundamento de ilegalidade, ato normativo estadual, motivo pelo qual, torna-se despicando analisar os argumentos que pugnam pelo reconhecimento da natureza confiscatória das multas.

Vale lembrar que esse tema já foi abordado por diversas vezes pelo E. Conselho de Recursos Fiscais, fato que motivou a edição de Súmula Administrativa nº 03, publicada no Diário Oficial Eletrônico da Secretaria de Estado da Fazenda em 19/11/2019, cujo teor passa a ser reproduzido:

#### DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

SÚMULA 03 – A declaração de inconstitucionalidade de lei não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos. (Acórdãos n.ºs: 436/2019; 400/2019; 392/2019; 303/2019; 294/2018; 186/2019; 455/2019)

Por tais razões, rejeito a preliminar *sub examine*.

### 1.3.- Da Inconstitucionalidade da Instituição do FUNCEP

Quanto à alegação de que é inconstitucional a cobrança do FUNCEP pelo Estado da Paraíba, a análise acerca de inconstitucionalidade de lei é matéria que extrapola a competência dos órgãos julgadores, por força do artigo 55, I, da Lei nº 10.094/13, que dispõe sobre o Ordenamento Processual Tributário, o Processo Administrativo Tributário, bem como, sobre a Administração Tributária:

<sup>1</sup> Lei nº 10.094/2013:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

Portaria nº 248/2019 - Sefaz

Parágrafo único. É vedado ao Conselho de Recursos Fiscais deixar de aplicar ato normativo, ainda que sob alegação de sua ilegalidade ou inconstitucionalidade.

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

Assim, em razão da falta de competência dos órgãos julgadores para analisar a inconstitucionalidade das normas, afasto a presente preliminar.

Superadas às preliminares argüidas pela recorrente, passo à análise do mérito da demanda.

## **2.- DO MÉRITO**

### **Acusação: FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP**

É cediço que o FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – teve sua origem na Constituição Federal, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, em seu art. 82, como forma de prover recursos, para aplicação em ações e programas que viabilizem aos mais necessitados níveis dignos de subsistência e melhorias na qualidade de vida, impondo sua instituição aos Estados, Municípios e Distrito Federal.

O Estado da Paraíba instituiu o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP/PB, por meio da Lei nº 7.611, de 30/06/2004, na forma prevista no seu artigo 1º, infracitado:

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.

O art. 2º da Lei nº 7.611/04, elenca as fontes de financiamento do FUNCEP, e dentre elas a incidência do percentual de 2 % sobre o valor das operações de alguns produtos e serviços, *in verbis*:

(...)

*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:*

- a) bebidas alcoólicas, exceto aguardente de cana-de-açúcar;*
- b) armas e munições;*
- c) embarcações esportivas;*
- d) fumo, cigarros e demais artigos de tabacaria;*
- e) aparelhos ultraleves e asas-delta;*

- f) gasolina;
- g) **serviços de comunicação;**
- h) energia elétrica para consumo residencial acima da faixa de 100 (cem) quilowatts/hora mensais. (grifou-se)

Como medida punitiva para o inadimplemento da obrigação principal, foi proposta a penalidade descrita no artigo 8º da Lei nº 7.611/04:

*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."*

No caso em evidência, a parcela destinada ao FUNCEP tem seu nascedouro do resultado da aplicação do adicional de 2 % na alíquota do ICMS, cuja base de cálculo é o preço do serviço, tratando-se do ICMS sobre a prestação de serviço de comunicação, consoante se infere do artigo 14 do RICMS/PB, infracitado:

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;** (grifo nosso)

Portanto, não resta dúvida que por se tratar de um adicional na alíquota do ICMS, o FUNCEP tem sua origem do mesmo fato gerador do imposto estadual.

O caso que ora se nos apresenta para julgamento, não carece de maiores delongas, pelo fato que o presente contencioso teve por origem a exigência do ICMS sobre os serviços de comunicação, cobrado por meio do Auto de Infração nº 93300008.09.00001951/2015-28, Processo nº 1515502015-8, sendo, então, imprescindível a verificação da decisão final deste, pois dele depende a cobrança do FUNCEP sobre a base de cálculo do ICMS tido por procedente no citado processo, já que decorre do mesmo fato gerador do imposto estadual.

Pois bem. O processo nº 1515502015-8, cujos argumentos de defesa em relação aos fatos geradores do ICMS são os mesmos contidos no recurso voluntário ora em análise, foi recentemente julgado por esta Corte, precisamente na 92ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno, em 27/04/2021, sendo na ocasião lavrado o Acórdão nº 204/2021, que à unanimidade de seus membros, decidiu pela procedência do Auto de Infração, confirmando a denúncia de falta de recolhimento do ICMS atinente à prestação de serviços de telecomunicação. Vejamos os termos do citado Acórdão:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. SERVIÇOS SUPLEMENTARES E FACILIDADES ADICIONAIS. INFRAÇÃO CONFIGURADA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- As prestações de serviços auxiliares, de valor adicionado e intermediários, essenciais ao serviço de comunicação, estão no campo de incidência do ICMS, nos termos da Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 69/98.

- Independentemente da denominação que lhe seja dada, a prestação de serviços que viabilizem, otimizem ou agilizem o processo de comunicação é alcançada pelo

ICMS, pois a finalidade é uma só: a comunicação. A existência de prestação de serviços de comunicação associada à utilização de equipamento de natureza essencial é o que determina a incidência do imposto estadual.

**Acórdão: 204/2021**

**RELATORA: Cons<sup>a</sup>. MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES**

Nas alegações recursais, salvo o argumento de inconstitucionalidade da aplicação do FUNCEP, que já fora devidamente analisado em sede de preliminar, nenhum fato novo foi trazido aos autos, de forma que todos os argumentos foram devidamente analisados no Acórdão 204/2021, não havendo o que ser questionado em relação à procedência do ICMS relacionado aos fatos geradores ora tratados, dos quais decorre a exigência do FUNCEP, por determinação legal, pois a exigência do imposto estadual foi analisada e decidida em processo próprio, na via administrativa, conforme trazemos em excertos da decisão proferida nos autos do Processo nº 1515502015-8, vejamos:

*“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.*

*Neste sentido, as receitas decorrentes das atividades denominadas como serviços suplementares ou facilidades adicionais, que são fornecidos com utilização da estrutura de telecomunicação da empresa, devem compor a base de cálculo do ICMS – Comunicação, por força da Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 69/98, que se encontra em pleno vigor, portanto, produzindo os efeitos que lhes são próprios, verbis:*

*Convênio ICMS nº 69/98.*

*CLÁUSULA PRIMEIRA. Os signatários firmam entendimento no sentido de que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada. (g.n.).*

*Ressalte-se, que a classificação dos serviços de valor adicionado como serviços de telecomunicação decorre de neles estarem presentes a onerosidade, a utilização de um canal entre o emissor e o receptor e a transmissão da mensagem, em consonância com as ponderações da recorrente no recurso.*

*Após minuciosa análise acerca da matéria, o julgador monocrático, apoiado em precedentes desta Casa, confirmou as acusações imputadas pela fiscalização, restando caracterizado o ilícito tributário quanto às matérias elencadas pela fiscalização.*

*Por sua vez, a autuada impetrou o presente recurso voluntário alegando a ilegitimidade da exigência do ICMS sobre as atividades de assistência técnica e instalação, não sujeito à incidência do imposto, por se tratar de atividades acessórias ao serviço de comunicação.*

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

*Descreve os referidos serviços como:*

- i) Taxa Instalação Virtua;*
- ii) Taxa de Serviços Técnicos;*
- iii) Taxa Mudança de Endereço, Local de TV e Seleção;*
- iv) Plano de Assistência Técnica;*
- v) NET Antivírus + Backup;*
- vi) Instalação de Conexão Opcional;*
- vii) Serviço NET LAR;*
- viii) Taxa de Habilitação.*

*De plano, já é possível observar que os serviços acima elencados, tratam de serviços próprios de comunicação, não havendo dúvidas quanto à legalidade do feito. Ou seja, as receitas decorrentes dessas atividades, situadas na categoria dos serviços suplementares ou facilidades adicionais, são fornecidos com utilização da estrutura de telecomunicação da empresa.*

*Resta demonstrado, portanto, que estes serviços prestados pela autuada não têm como ser dissociado do serviço de comunicação, pois não se trata de serviço independente. Em outras palavras, são meios necessários para que o serviço de comunicação seja possível.*

*Neste diapasão, tais serviços encontram-se dentro do campo de incidência do ICMS, haja vista a total subsunção do fato ao comando normativo insculpido na Cláusula Primeira do Convênio ICMS nº 69/98, já transcrita anteriormente.*

*Ou seja, independentemente da denominação que lhe seja dada, a prestação de serviços que viabilizem, otimizem ou agilizem o processo de comunicação é alcançada pelo ICMS, pois a finalidade é uma só: a comunicação.*

*(...)*

*Observe-se, ainda, que inserção na lista de serviços tributados pelo ISS da disponibilização de conteúdo por meio da internet, só veio a ocorrer no bojo da Lei Complementar nº 157/2016, portanto, em nada afeta os fatos geradores ocorridos nos exercícios de 2012, 2013, 2014 e 2015, de que trata a presente exação fiscal.”*

Com relação ao argumento de que a manutenção da presente autuação, no futuro, só virá a trazer prejuízos ao próprio Estado, entendo que o mesmo não deve ser acatado, pois considerando que não há súmula vinculante relativo ao tema, não se pode afirmar que a tese do recorrente terá êxito no Judiciário.

No tocante a decisão do MM Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de João Pessoa/PB, no julgamento da Ação Anulatória nº 0003188-

33.2014.8.15.2001, ajuizada pela recorrente em face do Estado da Paraíba, onde foi reconhecida a impossibilidade da inclusão de serviços acessórios ao de comunicação na base de cálculo do ICMS para fins de apuração do FUNCEP, esta não vincula a Administração Tributária, que se alberga no Princípio da Legalidade, ou seja, tanto a fiscalização quanto os Órgãos julgadores estão adstritos aos comandos legais.

Por fim, quanto a multa por reincidência aplicada, que foi objeto de afastamento na primeira instância, relativamente aos períodos de janeiro de 2012 a dezembro de 2014, entendo como correta a medida adotada pela diligente julgadora singular, posto que para os fatos geradores referentes aos períodos autuados não existia a configuração de infração anterior ao mesmo dispositivo legal, pois, a decisão definitiva só ocorreu em 23/02/2015.

Com essas considerações e sem reparos a fazer quanto à decisão de primeira instância, ratifico os termos da decisão recorrida em sua integralidade por considerar que está em consonância com a legislação tributária em vigor.

Com estes fundamentos,

**VOTO** pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter inalterada a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001961/2015-63, lavrado em 03 de novembro de 2015 contra a empresa NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S/A, inscrição estadual nº 16.161.746-8, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de R\$ 101.144,36 (cento e um mil, cento e quarenta e quatro reais e trinta e seis centavos), sendo R\$ 50.572,18 (cinquenta mil, quinhentos e setenta e dois reais e dezoito centavos) de FUNCEP por infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7.611/2004 e R\$ 50.572,18 (cinquenta mil, quinhentos e setenta e dois reais e dezoito centavos) a título de multa por infração, com arrimo no artigo 8º da Lei nº 7.611/04.

Ao tempo em que mantenho cancelado, por indevido, o montante de R\$ 25.286,16 (vinte e cinco mil, duzentos e oitenta e seis reais e dezesseis centavos) de multa por reincidência.

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

Primeira Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência, em 14 de outubro de 2021.

Leonardo do Egito Pessoa

Conselheiro Relator

