

PROCESSO Nº 1175882017-9

ACÓRDÃO Nº 0003/2022

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: TELEMAR NORTE LESTE S/A.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes: MARISE DO Ó CATÃO / EDUARDO SALES COSTA

Relatora: Cons.^a THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP - FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. CONFIRMAÇÃO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

O recolhimento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP é devido na forma da legislação estadual, incidindo o percentual de 2% sobre determinadas operações, cuja base de cálculo, no caso dos autos, é a mesma do ICMS incidente na operação.

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do *recurso voluntário*, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença monocrática, que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001707/2017-27 (fls. 3/4), lavrado em 28/7/2017, contra a empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A., Inscrição Estadual nº 16.064.797-5, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 1.336.424,82 (um milhão, trezentos e trinta e seis mil, quatrocentos e vinte e quatro reais e oitenta e dois centavos), sendo R\$ 494.972,15 (quatrocentos e noventa e quatro mil, novecentos e setenta e dois reais e quinze centavos), de FUNCEP, por infringência ao art. 2º, I, “g”, da Lei nº 7.611/04, R\$ 494.972,15 (quatrocentos e noventa e quatro mil, novecentos e setenta e dois reais e quinze centavos), de multa por infração, arrimada no art. 8º, da Lei nº 7.611/04, acrescentado pela Lei nº 9.414/2011, e R\$ 346.480,52 (trezentos e quarenta e seis mil, quatrocentos e oitenta reais e cinquenta e dois centavos), de multa recidiva, arrimada no art. 87 da Lei nº 6.379/96.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

P.R.I.

Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em
18 de janeiro de 2022.

THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA
Conselheira Relatora

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno,
ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JÚNIOR, LEONARDO DO EGITO PESSOA,
HEITOR COLLETT (SUPLENTE), SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, PAULO
EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI
SIMÕES E LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor

03 de Fevereiro de 1832

PROCESSO Nº 1175882017-9

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: TELEMAR NORTE LESTE S/A.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes: MARISE DO Ó CATÃO / EDUARDO SALES COSTA

Relatora: Cons.^a THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP - FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. CONFIRMAÇÃO. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

O recolhimento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP é devido na forma da legislação estadual, incidindo o percentual de 2% sobre determinadas operações, cuja base de cálculo, no caso dos autos, é a mesma do ICMS incidente na operação.

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o *recurso voluntário*, interposto nos moldes do art. 77 da Lei nº 10.094/2013, contra a decisão monocrática, que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001707/2017-27 (fls. 3/4), lavrado em 28/7/2017, que denuncia a empresa, acima identificada, pelo cometimento da irregularidade abaixo transcrita, *ipsis litteris*:

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 PRESENTE LEVANTAMENTO TEM COMO BASE AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO, DECORRENTE DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO N. 93300008.09.00001701/2017-50, SOBRE AS QUAIS O CONTRIBUINTE NÃO FEZ INCIDIR O FUNCEP – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. A APURAÇÃO DOS VALORES DEVIDOS FOI REALIZADA ATRAVÉS DA ANÁLISE DOS ARQUIVOS DIGITAIS FORNECIDOS PELA EMPRESA (CONVÊNIO ICMS 115/03) E DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD) QUE SERVIRAM DE BASE PARA CONFECÇÃO DOS DEMONSTRATIVOS ANALÍTICO E SINTÉTICO QUE SEGUEM EM ANEXO, ALÉM DO MEMORIAL AUXILIAR DE ACUSAÇÃO, OS QUAIS PASSAM A SER PARTES INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

Considerando infringido o art. 2º, I, da Lei nº 7.611, de 30/6/2004, o agente fazendário, por lançamento de ofício, constituiu o crédito tributário no importe de R\$ 1.336.424,82, sendo R\$ 494.972,15, de FUNCEP, R\$ 494.972,15, de multa por infração, nos termos do art. 8º da Lei nº 7.611/04 acrescentado pela Lei nº 9.414, de 12/7/2011, e R\$ 346.424,82, de multa recidiva.

Documentos instrutórios, anexos às fls. 5/26 dos autos.

Regularmente cientificada da lavratura do auto de infração, em 31/7/2017, conforme oposição de assinatura no Termo de Ciência constante da exordial, fls. 4, por meio de representante legalmente habilitado, a empresa autuada apresentou reclamação em tempo hábil (fls. 29/36), argumentando, em síntese:

- (i) Preliminarmente, vislumbra a necessidade da reunião do presente auto de infração com outro auto de infração de nº 93300008.09.00001701/2017-50, haja vista ambos exigirem obrigações principais de um mesmo fato gerador, não cabendo o adicional de 2% do FUNCEP por ser indevido o ICMS exigido neste último;
- (ii) A inconstitucionalidade do adicional de alíquota do ICMS para o financiamento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza - FUNCEP;
- (iii) A intributabilidade pelo ICMS das receitas oriundas de serviços prestados aos órgãos da Administração Pública Direta e duas Fundações e Autarquias;
- (iv) A não incidência de ICMS sobre receitas de locação, sobre a prestação do serviço de gerenciamento de redes telefônicas (“ADVANCED SERVICES”), bem como sobre serviços atividades-meio e serviços complementares.

Documentos colacionados às fls. 37/87 dos autos.

Com informações de antecedentes fiscais (fls. 88), todavia sem reincidência, os autos foram conclusos (fl. 92) e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, onde foram distribuídos ao julgador fiscal Francisco Nociti, que, após análise processual, entendeu pela *procedência* do feito fiscal, em conformidade com o entendimento esposado na sentença expedida às fls. 94/101 e ementa infracitada, *litteris*:

FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA (FUNCEP). FALTA DE RECOLHIMENTO. DENÚNCIA COMPROVADA. REINCIDÊNCIA COMPROVADA.

- Preliminar de conexão denegada porquanto os elementos trazidos aos autos, tanto pela defesa como pela Fiscalização são suficientes para que seja proferida a mais adequada sentença.

- Tratando-se de um adicional na alíquota do ICMS, o FUNCEP é devido nos casos em que o CIMS também o seja.

- A fruição do benefício da isenção de que trata os Decretos n. 24.755/03 e 35.320/14 somente se aplica quando atendidas as condições nele impostas.

Interpretação literal da legislação tributária que dispõe sobre outorga de isenção, imposta pelo artigo 111 do CTN.

- 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 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.

- Reincidência caracterizada, nos termos do art. 87 da Lei nº 6.379/96.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Regularmente cientificada da decisão proferida pelo órgão julgador monocrático, via Comprovante de Cientificação – DTe, em 10/10/2019 (fl. 104), a autuada interpôs recurso voluntário a esta instância *ad quem*, de acordo com fls. 106/115, oportunidade em que, após tecer considerações acerca da síntese da lide, aduziu:

- (i) Preliminarmente, a nulidade do auto de infração pela expiração da validade da OS nº 93300008.1200000856/2017-29;
- (ii) A ilegitimidade da cobrança do destinada ao FUNCEP;
- (iii) A não incidência do ICMS sobre as receitas autuadas;
- (iv) A não incidência de ICMS sobre receitas de locação, sobre a prestação do serviço de gerenciamento de redes telefônicas (“ADVANCED SERVICES”), bem como sobre serviços atividades-meio e serviços complementares;
- (v) Inexistência de prática de infrações anteriores que caracterize a reincidência da conduta.

Ao final, requer a improcedência do auto de infração guereado.

Remetidos os autos a esta Corte, estes foram distribuídos a esta relatoria, para apreciação e julgamento.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de *recurso voluntário*, interposto contra decisão de primeira instância que julgou *procedente* o Auto de Infração em tela, pela falta de recolhimento do FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza no exercício de 2015.

Inicialmente, vislumbro que o libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, bem como a natureza da infração, não existindo incorreções

capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, conforme se depreende dos artigos 14 a 17, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013.

Assim, 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 objeto dessa lide, e ainda, oportunizaram-se ao recorrente todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa e o contraditório, que assim o fez, quando da apresentação das suas peças de defesa (impugnação e recurso voluntário) de forma tempestiva.

Antes de adentrar ao mérito da demanda, cumpre-nos analisar a preliminar arguida pela recorrente acerca da nulidade do auto de infração pela expiração da validade da OS nº 93300008.12.00000856/2017-29.

Pois bem, no intuito de realizar uma avaliação ampla do caso, convém transcrever, em sua integralidade, a redação do art. 37 da Lei do PAT e do art. 642 do RICMS/PB, dispositivos que regulamentam os procedimentos de fiscalização:

Lei nº 10.094/2013

Art. 37. Considerar-se-á iniciado o procedimento fiscal para apuração das infrações à legislação tributária:

I - com a lavratura do termo de início de fiscalização;

II - com a lavratura do termo de apreensão de mercadorias e documentos fiscais ou de intimação para sua apresentação;

III - com a lavratura de Auto de Infração ou de Representação Fiscal, inclusive na modalidade eletrônica;

IV - com qualquer outro ato escrito por auditor fiscal, próprio de sua atividade funcional específica, a partir de quando o fiscalizado for cientificado.

§ 1º O início do procedimento alcança todos aqueles que estejam diretamente envolvidos nas infrações porventura apuradas no decorrer da ação fiscal, somente abrangendo os atos que lhes forem anteriores.

§ 2º Quando houver indícios de infração, os bens ou mercadorias que estiverem envolvidos poderão ser retidos até que seja concluído o correspondente procedimento de fiscalização, sendo o responsável cientificado da retenção e intimado a prestar as informações necessárias à identificação do sujeito passivo.

§ 3º Os trabalhos de fiscalização deverão ser concluídos nos prazos definidos em legislação.

§ 4º O início e o encerramento do trabalho de auditoria da fiscalização, na situação que dispuser a legislação, devem ser feitos por termo escrito, lavrado pelo próprio autuante.

§ 5º O Auto de Infração e a Representação Fiscal na modalidade eletrônica serão disciplinados por ato do titular da Secretaria de Estado da Receita.

§ 6º A peça base será encaminhada à repartição preparadora, juntamente com os termos e documentos que a instruírem e bem assim, as coisas apreendidas, no prazo de 03 (três) dias úteis, a contar da data da ciência do sujeito passivo ou da declaração de recusa.

RICMS/PB

Art. 642. A fiscalização lavrará termo destinado a documentar o dia e a hora do início do procedimento, bem como os atos e termos necessários à demonstração do resultado da ação fiscal.

§ 1º Para efeitos do disposto no “caput”, deverão, também, ser observadas as disposições contidas no art. 37 da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013.

§ 2º Não exclui a espontaneidade a expedição de ofício ou notificação para regularização da situação fiscal do contribuinte, desde que integralmente atendida a solicitação no prazo de 10 (dez) dias.

§ 3º Os trabalhos de fiscalização deverão ser concluídos em até 60 (sessenta) dias, prazo este prorrogável por igual período, desde que as circunstâncias ou complexidade dos serviços o justifiquem, a critério das Gerências Operacionais subordinadas à Gerência Executiva de Fiscalização.

§ 4º As diligências solicitadas deverão ser concluídas no prazo de 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por igual período dependendo do nível de complexidade das tarefas a realizar, observado o disposto nos arts. 59 a 61 da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013.

§ 5º Constatada a prática de infração, será lavrado o Auto de Infração correspondente, consignando o período fiscalizado, livros e documentos examinados e quaisquer outras informações úteis à instrução do feito.

§ 6º Para efeitos do disposto no § 5º deste artigo, o Secretário de Estado da Receita poderá, mediante expedição de portaria, determinar o acréscimo de outros requisitos a serem inseridos no Auto de Infração ou na Representação Fiscal, bem como definir-lhes normas simplificadas e aprovar os seus modelos.

§ 7º O Auto de Infração poderá ser precedido de notificação.

§ 8º Na hipótese de Representação Fiscal, até a inscrição em Dívida Ativa, havendo erro formal, de cálculo ou a comprovação de pagamento anterior, atestados por parecer da fiscalização, o chefe da repartição preparadora do domicílio do contribuinte determinará, por despacho fundamentado, o seu arquivamento e a correção do lançamento no sistema da Secretaria de Estado da Receita.

§ 9º Para efeitos do disposto no § 8º, arquivada a Representação Fiscal fica o contribuinte autorizado a proceder, quando for o caso, à retificação da Guia de Informação Mensal do ICMS - GIM ou da Escrituração Fiscal Digital – EFD.

A avaliação dos dispositivos acima transcritos não deve ser realizada “em tiras”¹, como pretende o contribuinte, desconsiderando o propósito almejado pela norma, que, em poucas palavras, busca estipular a regulamentação dos procedimentos fiscais para configuração da espontaneidade do contribuinte, bem como a responsabilidade funcional dos servidores públicos que extrapolem os prazos para a realização de suas atribuições.

Convém registrar que a Lei do PAT estabelece, no “caput” do art. 37, mecanismos alternativos de início de **procedimento fiscal**, restando expressamente autorizado o início do procedimento fiscal por meio de qualquer ato escrito por auditor fiscal, lavratura de termo de início, lavratura de termo de apreensão, bem como pela lavratura de auto de infração.

Assim, cada situação concreta definirá o meio pelo qual será iniciado o procedimento fiscal, valendo esclarecer que no processo em exame, o procedimento de fiscalização que resultou na lavratura do presente auto de infração foi motivado pela abertura da Ordem de Serviço nº 93300008.12.00000856/2017-29, anexada aos autos às fls. 26, que, inclusive, destaca que se refere “À CONTINUIDADE DOS TRABALHOS DE FISCALIZAÇÃO EXECUTADOS NA ORDEM DE SERVIÇO NORMAL DE N. 93300008.12.00000238/2016-06”.

Não há, portanto, o que se falar em nulidades a serem verificadas por esta relatoria.

Superadas as preliminares, passo ao mérito.

A *quaestio juris* versa sobre a acusação de Falta de Recolhimento do FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, no exercício de 2015, conforme nota explicativa constante na inicial.

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.

¹ No julgamento da ADPF 101 o Min. Eros Grau, ao abordar a questão da compreensão do direito, afirmou entendimento segundo o qual “não se interpreta o direito em tiras; não se interpretam textos normativos isoladamente, mas no seu todo”.

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, como o serviço de comunicação, objeto da presente demanda, *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:

(...)

g) serviços de comunicação;

(...)

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;

Extrai-se dos autos que o presente contencioso teve por origem a exigência do ICMS sobre os serviços de comunicação, cobrado por meio do Auto de Infração nº 93300008.09.00001701/2017-50, Processo nº 1175732017-2, 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 1175732017-2, cujos argumentos de defesa em relação aos fatos geradores do ICMS são os mesmos contidos no recurso voluntário, ora em análise, já foi julgado por esta Corte, por meio do Acórdão nº 0176/2021, que decidiu pela *procedência parcial*, decidido por unanimidade, afastando, tão-somente, os valores relativos à multa recidiva, por indevida, confirmando a denúncia de falta de recolhimento do ICMS para os demais fatos denunciados. Vejamos os termos do citado Acórdão:

PEDIDO DE DILIGÊNCIA – INDEFERIMENTO - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO – DENÚNCIA COMPROVADA – MULTA RECIDIVA – CORREÇÃO DO PERCENTUAL APLICÁVEL – AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA – RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS

- Desnecessária a realização de diligência quando os elementos que compõem o caderno processual são suficientes para formação do convencimento do julgador.

- A fruição do benefício da isenção de que trata o Decreto nº 35.320/14 somente se aplica quando atendidas as condições neles impostas, in casu, a comprovação da redução no preço do serviço prestado e,

cumulativamente, a indicação, no documento fiscal, do valor do desconto. Interpretação literal da legislação tributária que dispõe sobre outorga de isenção, segundo impõe o artigo 111 do CTN.

- 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.

- Ajuste na aplicação da multa recidiva, nos termos do artigo 87 da Lei nº 6.379/96.

PROCESSO Nº 1175732017-2

ACÓRDÃO Nº 0176/2021

TRIBUNAL PLENO

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

1ª Recorrida: TELEMAR NORTE LESTE S/A

2ª Recorrente: TELEMAR NORTE LESTE S/A

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

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes: MARISE DO Ó CATÃO E EDUARDO SALES COSTA

Relator: CONS.º SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA

Portanto, configurada a infração de falta de recolhimento do ICMS sobre as prestações de serviço de comunicação, deve ser mantida a exigência do FUNCEP sobre os respectivos fatos geradores.

Nas alegações recursais, salvo os argumentos de inconstitucionalidade da aplicação do FUNCEP, que adiante comento, nenhum fato novo foi trazido aos autos, de forma que todos os argumentos foram devidamente analisados no Acórdão n. 0176/2021, 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 exigência do imposto estadual foi analisada e decidida em processo próprio, transitado em julgado na via administrativa, conforme abaixo se evidencia nos trechos da decisão, em que trata os argumentos trazidos no recurso voluntário, que passo a demonstrar a seguir.

Em relação ao argumento da não tributação pelo ICMS das receitas oriundas de órgãos da Administração Direta e Indireta, a matéria foi devidamente tratada e analisada no citado Acórdão, em que se verificou que as condições para a fruição do benefício da isenção não foram cumpridas, em conformidade com as obrigações estabelecidas no art. 1º, §1º, I e II, do Decreto nº 24.755/03 e do Decreto nº 35.320/04, impossibilitando o uso do

benefício fiscal. Vejamos o texto extraído decisão, que trata dos fundamentos sobre esta matéria:

Como demonstrado nos autos, as NFST não foram preenchidas em conformidade com o que estatui o Decreto nº 35.320/14, pois não existe, nestes documentos fiscais, indicação da dedução do preço da prestação do serviço em virtude do benefício da isenção. Não se trata, portanto, de simples descumprimento de obrigação acessória, como pretendeu demonstrar a defesa.

Ademais, a própria recorrente não questiona tal fato jurídico, pois busca desconstituir o lançamento com o fundamento segundo o qual “a finalidade da referida isenção foi plenamente atendida”, ou seja, sugere que a atuação fiscal deveria estar adstrita ao descumprimento de obrigações acessórias.

(...)

Assim, comprovado nos autos a inobservância das condições exigidas para fruição da isenção e tendo em vista que a recorrente nada trouxe aos autos que pudesse comprovar que atendeu aos requisitos exigidos, reputo correta a interpretação dos auditores fiscais quanto à exigibilidade dos créditos tributários decorrentes da prestação de serviço de comunicação, bem como a manifestação da instância prima.

Registre-se que esta matéria já foi enfrentada pelo Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, quando do julgamento do Processo nº 0462912015-7 (Acórdão nº 150/20166), relativamente a Auto de Infração no qual figura, como sujeito passivo, a Telemar Norte Leste S/A., tendo se posicionado, no caso, pela procedência da acusação.

Da mesma forma, as alegações contra a incidência do ICMS sobre as atividades-meio e serviços de valor adicionado fora esgotado na decisão do Acórdão nº 0176/2021, que procedeu a exigência tributária, tendo em vista a plena vigência do Convenio nº 69/98, bem como quanto a não tributação nas locações de bens móveis, em que alega a inexistência de prestação de serviços de comunicação:

A tese recursal firma-se na alegação de inexistência de prestação de serviços relativamente às atividades de que tratam o item 2.2.1 e 2.2.2 do recurso voluntário (Roteadores, Modems, TC CPE SOLUTION, entre outros) e ADVANCED SERVICES.

Como exemplo, apresenta o serviço TC CPE SOLUTION, o qual “consiste, basicamente, na criação (ou compartilhamento) de infraestrutura (hardware) de comunicação interna em clientes corporativos, por meio da locação e conseqüente instalação, configuração e manutenção de equipamentos. Por meio desta rede privativa, o cliente poderá utilizar de serviços contratados para transmissão de voz, dados e imagens junto à prestadora de serviço e, em posse destes equipamentos, utilizar-se do serviço de comunicação.” (grifos acrescidos).

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.

É, portanto, indissociável a utilização dos serviços TC CPE SOLUTIONS do serviço de comunicação prestado pela Telemar Norte Leste S/A e, assim o sendo, admitir-se a exclusão de tais serviços da base de cálculo do ICMS, seria agir em dissonância com o Convênio ICMS nº 69/98.

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.

A recorrente defende ainda a inconstitucionalidade da cobrança do adicional do FUNCEP, ora em questão. No entanto, não há como analisarmos seus fundamentos, pois não está dentro do âmbito das atribuições da instância administrativa o pronunciamento a respeito da constitucionalidade ou não da referida cobrança, que está determinada em lei, acima evidenciada e comentada, sendo bastante a análise subsuntiva da norma ao caso concreto, assim como a verificação de que a mesma está vigente e seja plenamente eficaz, devendo ser aplicada, em obediência aos Princípios da Legalidade e da Vinculabilidade tributária.

Tal assertiva tem por fundamento o artigo 55 da Lei nº 10.094/13 (PAT), que exclui a competência dos órgãos julgadores para discutir sobre inconstitucionalidade de lei, Vejamos.

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - a aplicação de equidade.

Além do dispositivo supra, acrescento o disposto na Súmula nº 3 desta Corte Administrativa, ratificada pela Portaria nº 311/2019/SEFAZ, de 18 de Novembro de 2019:

SÚMULA 03 – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - A declaração de inconstitucionalidade de lei não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos.

Assim, sendo o fato gerador do FUNCEP o mesmo do ICMS exigido no Auto de Infração nº 93300008.09.00001701/2017-50, Processo nº 1175732017-2, julgado e decidido por meio do Acórdão nº 0176/2021, pela procedência do ICMS exigido, em que afastou apenas as multas recidivas, cujos fundamentos foram acima demonstrados, tem-se, por consequência, a obrigação da cobrança do adicional de 2% a título de FUNCEP, sobre a base de cálculo do ICMS devido sobre as prestações de serviço de telecomunicação, cujo imposto fora cobrado na citada peça acusatória, transitada em julgado nesta esfera administrativa.

Quanto à multa recidiva aplicada para o processo em tela, há que se destacar que o Processo n. 0731972012-4, o qual deve ser considerado para fins de análise acerca da condição reincidente do contribuinte, teve o seu trânsito em julgado em 7/10/2014, de forma que resta confirmada a incidência da penalidade lastreada no art. 87 da Lei n. 6.379/96.

Com esses fundamentos,

VOTO pelo recebimento do *recurso voluntário*, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença monocrática, que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001707/2017-27 (fls.

3/4), lavrado em 28/7/2017, contra a empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A., Inscrição Estadual nº 16.064.797-5, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 1.336.424,82 (um milhão, trezentos e trinta e seis mil, quatrocentos e vinte e quatro reais e oitenta e dois centavos), sendo R\$ 494.972,15 (quatrocentos e noventa e quatro mil, novecentos e setenta e dois reais e quinze centavos), de FUNCEP, por infringência ao art. 2º, I, “g”, da Lei nº 7.611/04, R\$ 494.972,15 (quatrocentos e noventa e quatro mil, novecentos e setenta e dois reais e quinze centavos), de multa por infração, arrimada no art. 8º, da Lei nº 7.611/04, acrescentado pela Lei nº 9.414/2011, e R\$ 346.480,52 (trezentos e quarenta e seis mil, quatrocentos e oitenta reais e cinquenta e dois centavos), de multa recidiva, arrimada no art. 87 da Lei nº 6.379/96.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência, em 18 de janeiro de 2022.



THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA
Conselheira Relatora