



PROCESSO Nº 1784752018-4

ACÓRDÃO Nº 391/2023

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: TELEFONICA BRASIL S.A.

Advogada: Sr.^a LETÍCIA ALVES SILVA GAMBIRASIO, inscrita na OAB/SP sob o nº 402.477

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuante: MARIA JOSÉ LOURENÇO DA SILVA.

Relator (a): CONS.^a LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

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

A empresa tomadora dos serviços fica obrigada ao recolhimento do imposto incidente sobre a aquisição dos meios de rede, sem direito a crédito, nas

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 inalterada a sentença monocrática que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002216/2018-84, lavrado em 31/10/2018, contra a empresa TELEFONICA BRASIL S.A., inscrição estadual nº 16.136.950-2, já qualificada nos autos, declarando devido um crédito tributário de R\$ 823.666,33 (oitocentos e vinte e três mil, seiscentos e sessenta e seis reais e trinta e três centavos), sendo R\$ 549.110,85 (quinhentos e quarenta e nove mil, cento e dez reais e oitenta e cinco centavos), de ICMS, nos termos do art. 106 do RICMS/PB e art. 3º do Decreto nº 34.010/2013, e R\$ 274.555,48 (duzentos e setenta e quatro mil, quinhentos e cinquenta e cinco reais e quarenta e oito centavos), de multa por infração, por infringência ao art. 82, II, “e, da Lei nº 6.379/96.

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

P.R.I.



Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência,
em 22 de agosto de 2023.

LARISSA MENESES DE ALMEIDA
Conselheira

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno,
JOSÉ VALDEMIR DA SILVA, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, HEITOR
COLLETT, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, EDUARDO SILVEIRA
FRADE, LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA E MAÍRA CATÃO DA CUNHA
CAVALCANTI SIMÕES.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO Nº 1784752018-4

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: TELEFONICA BRASIL S.A.

Advogada: Sr.^a LETÍCIA ALVES SILVA GAMBIRASIO, inscrita na OAB/SP sob o nº 402.477

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuante: MARIA JOSÉ LOURENÇO DA SILVA.

Relator (a): CONS.^a LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

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

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

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002216/2018-84, lavrado em 31/10/2018, contra a empresa TELEFONICA BRASIL S.A., inscrição estadual nº 16.136.950-2, relativamente a fatos geradores ocorridos no período de 1º/1/2014 a 31/12/2016, consta a seguinte denúncia:

0285 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Falta de Recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa:

A EMPRESA ESTÁ SENDO AUTUADA POR RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS NO PERÍODO DE JANEIRO/2014 A DEZEMBRO/2016, INCIDENTE SOBRE A AQUISIÇÃO DE MEIOS DE REDE, CONFORME ESTABELECIDO NO ARTIGO 3º DO DECRETO 34.010/2013 (CONVÊNIO ICMS17/2013).

O VALOR DO ICMS A SER RECOLHIDO FOI APURADO MEDIANTE O CONFRONTO ENTRE OS VALORES CALCULADOS PELO FISCO E O RECOLHIDO PELA EMPRESA (ANEXO 1). NO LEVANTAMENTO FORAM CONSIDERADOS:



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

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

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

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

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

Foi dado como infringido o art. 106 do RICMS/PB, sendo proposta a penalidade prevista no art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96 e apurado um crédito tributário no valor de R\$ 823.666,33, composto de R\$ 549.110,85, de ICMS, e R\$ 274.555,48 de multa por infração.

Cientificada, pessoalmente, da ação fiscal, em 7/11/2018, a autuada, através de advogados, apresentou Reclamação, tempestiva, em 7/12/2018 (fls. 24-35).

Sem informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos (fl. 58), e remetidos para a Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, onde foram distribuídos para a julgadora fiscal, Rosely Tavares de Arruda Barros, que decidiu pela *procedência* do feito fiscal (fls. 60-70), nos termos da ementa abaixo delineada:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. AQUISIÇÃO DE MEIOS DE REDE. INFRAÇÃO CONFIGURADA.

O Auto de Infração foi procedido consoante às cautelas da lei, não havendo casos de nulidade de que tratam a Lei nº 10.094/13, estando a natureza da infração e a pessoa do infrator bem determinados nos autos, circunstâncias que são suficientes para garantir a legalidade do feito fiscal. É devida a exigência fiscal quando constatada a falta de recolhimento do ICMS sobre aquisições de meios de rede, tendo em vista a empresa autuada não ter procedido a apuração e recolhimento do imposto conforme previsto no art. 3º, §1º, do Decreto nº 34.010/2013, que dispõe sobre concessão de regime especial na cessão de meios de rede entre empresas de telecomunicações (Convênio ICMS 17/2013).

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE.

Cientificada da decisão de primeira instância, através do seu Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, em 26/11/2020 (fl. 73), o contribuinte interpôs recurso voluntário, em 18/12/2020, onde expôs o seguinte (fls. 75-83):



- De início, aborda sobre a tempestividade do recurso e apresenta um breve resumo dos fatos;
- Nas suas razões, discorre sobre o recolhimento do ICMS nas operações de aquisições de meios de rede, quando da prestação de serviço a usuário final, destacando a hipótese de diferimento prevista no Decreto Estadual nº 34.010/2013 e sobre o Gross Up sobre os valores relativos às aquisições de meios de rede prestadas a usuários regulares;
- Diz que o referido Decreto estabelece no seu artigo 1º que **o destaque e o recolhimento do ICMS, incidente sobre a operação de cessão/aquisição de meios de rede, será efetuado uma única vez, pela prestadora do serviço ao usuário final**, não havendo, portanto, destaque nem recolhimento do ICMS nas prestações entre as empresas de telecomunicação;
- Afirma que o cálculo do ICMS, nas prestações ao usuário final isentas, não tributadas ou com redução de base de cálculo, segue a fórmula do artigo 3º do Decreto 34.010/2013, considerando i) as receitas oriundas de saídas isentas, não tributadas ou com redução de base de cálculo, ii) o valor total das receitas e iii) o valor total das aquisições de meios de rede;
- Aduz que, em que pese o ICMS incidir apenas sobre a prestação a usuário final, a fiscalização fez recair o imposto sobre os valores das operações de aquisição de meios de rede apurados entre as operadoras de telecomunicação, conforme anexo (2);
- Declara que a fiscalização está incorrendo em *bis in idem*, ao incluir o ICMS sobre o total dos valores referentes à aquisição de serviços de meios de rede, **sem considerar as operações regulares**, sobre as quais já ocorreu o recolhimento do imposto pelo usuário final;
- Verbaliza a forma de cálculo estabelecida no art. 3º, §1º, do Decreto 34.010/2013, apontando que a fiscalização considerou no numerador operações não isentas, não tributadas, com base de cálculo reduzida ou destinadas a consumo próprio;
- Requer a baixa dos autos em diligência, nos termos do art. 59 da Lei nº 10.094/2013, para a produção de prova pericial, em atenção aos princípios da verdade material, da ampla defesa e do contraditório;
- Ao final, requer o provimento do recurso, para que seja reformada a decisão de primeira instância e cancelado o auto de infração, com a extinção do crédito tributário nele consubstanciado;
- Requer a determinação de diligência fiscal, nos termos do art. 59 da Lei nº 10.094/13;
- Requer, ainda, sob pena de nulidade, o cadastramento do advogado, André Mendes Moreira, OAB/MG nº 87.017, para o recebimento das intimações relativas ao presente feito.

Ato contínuo, foram os autos remetidos esta Corte Julgadora e distribuídos a este Relator, segundo critérios regimentais, previsto para apreciação e julgamento.



Este é o relatório.

VOTO

Em exame, o recurso *voluntário* interposto contra decisão de primeira instância, que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002216/2018-84, lavrado em 31/10/2018, contra a empresa em epígrafe, com exigência do crédito tributário acima relatado.

De início, cabe considerar que o lançamento fiscal cumpre os requisitos do art. 142 do CTN, e não se enquadra em nenhum dos casos de nulidade elencados nos arts. 14, 16 e 17, a Lei estadual, nº 10.094/2013 (Lei do PAT).

Considere-se, ainda, que os elementos contidos nos autos são suficientes para o deslinde da matéria, não se fazendo necessária determinação de diligência fiscal.

Mérito

O lançamento tributário trata de acusação de falta de recolhimento do ICMS, incidente sobre a aquisição de meios de rede, no período de janeiro de 2014 a dezembro de 2016, conforme disciplinado no artigo 3º do Decreto 34.010/2013 (Convênio ICMS17/2013), abaixo reproduzido:

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

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

II - consumo próprio;

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

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

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



Para embasamento do lançamento fiscal, a fiscalização anexou aos autos planilhas demonstrativas do cálculo do ICMS a recolher, com base nas informações contidas na EFD/SPED e nos arquivos do Convênio ICMS 115/03, conforme (fls. 05-16).

Como penalidade foi proposta multa de 50% (cinquenta por cento), nos termos do art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96, abaixo reproduzida:

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

(...)

II - de 50% (cinquenta por cento):

(...)

e) aos que deixarem de recolher o imposto no todo ou em parte, nas demais hipóteses não contidas neste artigo.

Mantida na instância singular, a atuada interpõe recurso voluntário apresentando as razões que passo agora a enfrentar.

Antes de tudo, cabe relembrar que o Decreto nº 34.010/2013 determina que a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS, nas prestações de cessão de meios de rede, fica diferida para o momento da prestação do serviço ao usuário final. Vejamos o dispositivo:

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

Por outro lado, nas hipóteses mencionadas nos incisos I, II e III, do referido artigo (*prestação de serviço a usuário final que seja isenta, não tributada ou realizada com redução da base de cálculo, consumo próprio ou qualquer saída ou evento que impossibilite o lançamento integral do imposto*), fica o tomador do serviço obrigado ao recolhimento do imposto na forma como prescreve os §§ 1º e 2º da mesma norma legal.

No caso dos autos, a fiscalização tomou como base as aquisições de meios de rede realizadas pela atuada, registradas no CFOP 1301 e 2301, sendo excluídos os valores já tributados, anteriormente (fl. 07). Vejamos o exemplo do mês de janeiro de 2014, onde o total das operações no período (R\$ 1.111.647,83) foi decotado do valor da base de cálculo tributada (R\$ 86.602,74), vindo a constituir o total (não tributado) das aquisições de meios de rede (R\$ 1.025.045,09).



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

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

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

Portanto, não se justificam as ponderações da recorrente da ocorrência de *bis in idem*, seja pela aquisição de operações tributadas, em razão do decote das operações tributadas (fl. 07), seja pela tributação nas saídas, onde foram tomadas, apenas, as operações isentas, abatidas dos valores relativos às interconexões (fl. 05).

Diante das razões postas, bem como por tudo o que dos autos consta, só me resta ratificar a decisão de primeira instância em razão de estar em consonância com a legislação de regência e com as provas acostadas aos autos.

Esclareço, por fim, que não há previsão na Lei nº 10.094/2013 da obrigação de que intimações e notificações sejam endereçadas ao escritório dos Advogados. A intimação desses atos ao sujeito passivo, na forma do art. 11 da Lei 10.094/2013, é condição suficiente para a legalidade do processo administrativo tributário.

Dito isso, indefiro o presente pedido, por entender inexistir previsão na Lei nº 10.094/2013 (Lei do PAT/PB) de obrigatoriedade de que as notificações sejam feitas aos advogados, ou mesmo, que os Órgãos Julgadores atendam a tais requerimentos.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter inalterada a sentença monocrática que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002216/2018-84, lavrado em 31/10/2018, contra a empresa TELEFONICA BRASIL S.A., inscrição estadual nº 16.136.950-2, já qualificada nos autos, declarando devido um crédito tributário de R\$ 823.666,33 (oitocentos e vinte e três mil, seiscentos e sessenta e seis reais e trinta e três centavos), sendo R\$ 549.110,85



(quinhentos e quarenta e nove mil, cento e dez reais e oitenta e cinco centavos), de ICMS, nos termos do art. 106 do RICMS/PB e art. 3º do Decreto nº 34.010/2013, e R\$ 274.555,48 (duzentos e setenta e quatro mil, quinhentos e cinquenta e cinco reais e quarenta e oito centavos), de multa por infração, por infringência ao art. 82, II, “e, da Lei nº 6.379/96.

Tribunal Pleno, Sessão realizada por videoconferência, em 22 de agosto de 2023.

LARISSA MENESES DE ALMEIDA
Conselheiro Relator