



PROCESSO Nº 0444372020-0

ACÓRDÃO Nº 578/2023

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: INORPEL INDÚSTRIA NORDESTINA DE PRODUTOS ELÉTRICOS LTDA

Advogado: Sr.º GEILSON SALOMÃO LEITE, inscrito na OAB/PB nº 6.570 E OUTROS

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 - CABEDELO

Autuante: FLÁVIO MARTINS DA SILVA

Relator: CONS.º EDUARDO SILVEIRA FRADE

Relator do Voto Divergente: CONS.º SUPLENTE LEONARDO DO EGITO PESSOA.

VOTO DIVERGENTE

FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA (SCM). REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO DO ICMS AUTORIZADA VIA TARE VIGENTE - PARCIALIDADE. LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS ESSENCIAIS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - ICMS DEVIDO - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- Configurada prestação de serviço de comunicação multimídia, em conformidade com os arquivos digitais fornecidos pelo contribuinte, sendo sujeita à incidência do ICMS. No entanto, o sujeito passivo celebrou TARE com a SEFAZ/PB que assegurou a redução da base de cálculo de ICMS no período da sua vigência, motivo pelo qual sobreveio a redução de parte do crédito tributário.

- A locação de equipamentos essenciais à prestação de serviço de comunicação consiste em facilidades adicionais que devem integrar a base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação nos termos da legislação de regência.

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

ACORDAM a maioria, voto divergente vencedor do Conselheiro Suplente Leonardo do Egito Pessoa, acompanhado pelos Conselheiros(as), Heitor Collett, Larissa Meneses de Almeida, Sidney Watson Fagundes da Silva, José Valdemir da Silva e Lindemberg Roberto de Lima. Voto original vencido do Cons.º Eduardo Silveira Frade e



acompanhado pela Conselheira Maíra Catão da Cunha Cavalcanti Simões, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, quanto ao mérito, pelo seu provimento parcial, para reformar a sentença exarada na instância monocrática, e julgar parcialmente procedente o **Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000334/2020-72**, lavrado em 27 de fevereiro de 2020, contra a empresa **INORPEL INDÚSTRIA NORDESTINA DE PRODUTOS ELÉTRICOS LTDA**, Inscrição Estadual nº 16.065.451-3, já qualificada nos autos, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de **R\$ 1.417.352,36 (hum milhão, quatrocentos e dezessete mil, trezentos e cinquenta e dois reais e trinta e seis centavos)**, sendo R\$ 944.901,52 (novecentos e quarenta e quatro mil, novecentos e um reais e cinquenta e dois centavos), de ICMS, por infringência ao art. 2º, III, c/c os arts. 3º, inciso VII, art. 13, inciso VI, art. 14, inciso III, § 1º, II, “a”, e art. 106, inciso III, alínea “c”, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 472.450,84 (quatrocentos e setenta e dois mil, quatrocentos e cinquenta reais e oitenta e quatro centavos), a título de multa por infração, com fulcro no art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo, por indevido, a quantia de **R\$ 1.233.139,16 (hum milhão, duzentos e trinta e três mil, cento e trinta e nove reais e dezesseis centavos)**, sendo R\$ 822.092,77 (oitocentos e vinte e dois mil, noventa e dois reais e setenta e sete centavos) de ICMS e R\$ 411.046,39 (quatrocentos e onze mil, quarenta e seis reais e trinta e nove centavos) a título de multa por infração, pelos motivos anteriormente expostos.

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

P.R.I.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 21 de novembro de 2023.

LEONARDO DO EGITO PESSOA
Conselheiro Suplente

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, JOSÉ VALDEMIR DA SILVA, LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA, EDUARDO SILVEIRA FRADE, HEITOR COLLETT, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES E LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO Nº 0444372020-0

TRIBUNAL PLENO

RECURSO VOLUNTÁRIO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: INORPEL INDUSTRIA NORDESTINA DE PRODUTOS ELETRONICOS LTDA EPP

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

Autuante: FLAVIO MARTINS DA SILVA

Relator: CONS.º EDUARDO SILVEIRA FRADE

Relator Voto Divergente: CONS.º SUPLENTE LEONARDO DO EGITO PESSOA.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. SERVIÇO DE PROVIMENTO DE ACESSO À INTERNET. NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS. SUMULA 334 DO STJ. RECURSO VOLUNTÁRIO. PROVIMENTO. IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO

- Serviços de provimento de acesso à internet, incluindo-se a locação de bens móveis, consideram-se serviços de valor agregado e estão fora do campo de incidência do ICMS, consorte previsão do artigo 61 da Lei Geral de Comunicações e Súmula 334 do STJ.

RELATÓRIO

A empresa autuada em epígrafe, já identificada, interpôs reclamação contra a acusação contida no Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000334/2020-72, às fls. 05/07, lavrado em 27 de fevereiro de 2020, cuja denúncia segue transcrita abaixo:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa: O ICMS ORA EXIGIDO É DECORRENTE DO RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO NO PERÍODO DE ABRIL DE 2017 A SETEMBRO DE 2019, EM RAZÃO DO CONTRIBUINTE:

A) TER REDUZIDO INDEVIDAMENTE A BASE DE CÁLCULO SOBRE PRESTAÇÕES ONEROSAS DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO IMPOSTO,



FATURADAS POR MEIO DE NOTAS FISCAIS DE COMUNICAÇÃO (NFSC), MODELOS 21, VISTO QUE O BENEFÍCIO DA REDUÇÃO PRESCRITO PELO ART. 33, INCISO XIII, DO REGULAMENTO DO ICMS/PB, APROVADO PELO DECRETO Nº 18.930/97, APLICA-SE APENAS AOS SERVIÇOS NA MODALIDADE DE PROVIMENTO DE ACESSO À INTERNET, REALIZADAS POR PROVEDOR DE ACESSO (CONVÊNIO ICMS 78/01, RECEPCIONADO PELO DECRETO Nº 27.993/07);

B) TER DEIXADO DE INCLUIR NA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO O VALOR DA RECEITA PROVENIENTE DA LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS, INDISPENSÁVEIS À PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO, CONFORME DISPOSTO NO ART. 14, INCISO III E § 1º, INCISO II, ALÍNEA “A”, DO REGULAMENTO DO ICMS/PB, APROVADO PELO DECRETO Nº 18.930/97.

AO ASSIM AGIR, A EMPRESA VIOLOU O DISPOSTO NO ART. 2º, INCISO III, C/C OS ARTS 3º, INCISO VII, 13, INCISO VI, 14, INCISO III, E 106, INCISO III, ALÍNEA “C”, TODOS DO RICMS/PB.

A APURAÇÃO DO ICMS DEVIDO FOI REALIZADA MEDIANTE ANÁLISE DOS ARQUIVOS ELETRONICOS DO CONVÊNIO ICMS Nº 115/03, DA ESCRITA FISCAL DIGITAL (EFD) E ESCRITA CONTÁBIL DIGITAL (ECD), QUE SERVIRAM DE BASE PARA ELABORAÇÃO DO LEVANTAMENTO FISCAL, NO QUAL FORAM CONSIDERADAS AS PRESTAÇÕES ONEROSAS DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO, APLICANDO-SE A ALÍQUOTA DE 28%, COMO DISPOSTO NO ART. 13, INCISO VI, DO RICMS/PB E ART. 11, INCISO V, DA LEI Nº 6.379/96, DEDUZINDO-SE DO VALOR DO ICMS DEVIDO O VALOR DO ICMS RECOLHIDO, CONFORME EVIDENCIADO NOS DEMONSTRATIVOS ANEXOS. SÃO PARTES INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO OS DEMONSTRATIVOS Nº 01, Nº 2, Nº 3 (DEMONSTRATIVO Nº 3 ESTÁ NA MIDIA CD -R), ARQUIVO ELETRÔNICO (ARQUIVO ITEM) DO CITADO CONVÊNIO (NA MIDIA CD- R), EFD (NA MIDIA CD -R) E ECD (NA MIDIA CD - R).

Dispositivos: Art. 106 do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97.

Penalidade: Art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Por decorrência, o Representante Fazendário lançou, de ofício, crédito tributário no valor total de **R\$ 2.650.491,52** (dois milhões, seiscentos e cinquenta mil, quatrocentos e noventa e um reais e cinquenta e dois centavos), sendo **R\$ 1.766.994,29** (um milhão, setecentos e sessenta e seis mil e novecentos e noventa e quatro reais e vinte e nove centavos) de ICMS, por infringência ao art. 106 do RICMS/PB, além dos dispositivos mencionados em nota explicativa, e **R\$ 833.497,23** (oitocentos e oitenta e três mil, quatrocentos e noventa e sete reais e vinte e três centavos) de multa por infração, por infringência aos artigos 82, II, “e” da Lei nº 6.379/96.

Notificado desta ação fiscal pessoalmente, em 02 de março de 2020 (fl. 07), o acusado interpôs petição reclamatória em 06 de abril de 2020 (fl. 17), portanto de forma



tempestiva, conforme estabelecido no art. 67 da Lei nº 10.094/2013 c/c a Portaria SEFAZ nº 54 de 19/03/2020.

Em sua defesa, alega, em síntese, que:

a) a empresa possui benefício fiscal de redução da base de cálculo nos serviços de internet por ela prestados, conforme Termo de Acordo (TARE) nº 78/01, pelo qual deve efetuar o recolhimento do ICMS em suas operações no montante de 5% sobre suas receitas;

b) a autoridade fazendária deixou de considerar os créditos devidos pela empresa, em respeito ao princípio da não cumulatividade;

c) a locação de bens móveis não está sujeita à incidência do ICMS, conforme jurisprudência dos Tribunais Superiores.

d) nos termos da Súmula 334 do STJ, o ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à internet

e) que no momento em que os agentes fiscais resolveram desconsiderar o TARE e aplicar uma alíquota cheia de 28% sobre as prestações da autuada com a prestação de SCM deveria, por uma questão lógica, ter apurado o crédito que o contribuinte tem direito

f) haveria de ser considerado o direito da autuada ao creditamento de mercadorias e energia elétrica

g) desde o ano de 2011 até o ano de 2018 o Estado da Paraíba e o requerente ajustaram através de dois TARES que o recolhimento de ICMS com base de cálculo reduzida a 5% incidiria sobre as receitas de SCM e de SVA, indistintamente. Mas, surpreendentemente, com a edição do presente Auto de Infração, a autoridade fiscal modifica e renega sua própria interpretação, pugnando que a redução de base de cálculo do ICMS somente



compreenderia as receitas de SVA, sujeitando-se as receitas de SCM a alíquota cheia e integral correspondente a 28% e, desta sorte, restariam infringidos os artigos 23 e 24 da LINDB

Por conseguinte, a autuada requereu, no mérito, a anulação ou improcedência do Auto de Infração. Como pedido subsidiário, requereu que fosse reconhecido e garantido o direito ao creditamento pelo requerente incidente sobre a aquisição de equipamentos, o recebimento de serviços de comunicação e recebimento de serviços de energia elétrica, abatendo-se os respectivos valores do Auto de Infração.

Conclusos os autos, às fls. 112, foram os mesmos remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, tendo sido, nos termos regimentais, remetidos ao Julgador Fiscal Tarciso Magalhães Monteiro de Almeida, a qual lavrou decisão pela procedência da acusação, nos termos sintetizados na ementa abaixo exposta:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. INFRAÇÃO CONFIGURADA.

- Identificação da falta de recolhimento do ICMS decorrente da prestação de serviços de telecomunicações, sem argumentos válidos contrários, incorre em sua exação, acrescida da penalidade legal disposta na Lei nº 6.379/96.

- O benefício fiscal que concede a redução de base de cálculo do ICMS na prestação de serviços de acesso à internet, expresso no RICMS/PB em seu art. 33, inciso XIII, refere-se exclusivamente às prestações onerosas de serviços de comunicação na modalidade de provimento de acesso à internet, realizados por provedor de acesso. Interpretação de benesse tributária deve ser literal, conforme dispõe o art. 111 do CTN.

- As prestações de serviços auxiliares, de valores adicionados 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 viabilize, aperfeiçoe ou agilize o processo de comunicação é alcançada pelo ICMS. 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.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Conselho de Recursos Fiscais - CRF

R. Gama e Melo, 21, Varadouro - CEP 58010-450 - João Pessoa/PB



Cientificada da decisão proferida pela instância prima, por meio de DT - e, em 02 de março de 2020 (fl. 07), a atuada apresentou tempestivamente o Recurso Voluntário por meio do qual, em síntese, reprisa os argumentos apresentados em sua impugnação.

Em razão da parcial procedência do auto de infração, os autos foram, nos termos regimentais, remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba e, distribuídos à relatoria para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

Em exame, neste e. Conselho de Recursos Fiscais, Recurso Voluntário interposto por INORPEL INDÚSTRIA NORDESTINA DE PRODUTOS ELÉTRICOS LTDA, inaugurado através do auto de infração de estabelecimento nº 93300008.09.00000334/2020-72.

O auto de infração ora sob análise, em que pese indicar genericamente como infringido tão somente o artigo 106 do RICMS/PB, resta acrescido, em nota explicativa, de diversos dispositivos legais dados como infringidos, de sorte que não há que se falar em sua nulidade, seja por vício material ou formal, nos termos dos artigos 14 a 17 da Lei nº 10.094/13, posto que restaram atendidos os requisitos formais de lançamento nos termos previstos no artigo 142 do CTN.

Ademais, em que pese haver a previsão específica da conduta de falta de recolhimento de ICMS atinente à prestação de serviços de comunicação, compreendida através dos artigos 13, c/c art. 3, III, c/c arts. 3º, III, arts. 11, V e 12, VII, todos da Lei nº 6.379/96, verifica-se que o núcleo da conduta é idêntico (falta de recolhimento de ICMS) e a atuada compreendeu perfeitamente a acusação contra si imposta, de sorte que não se verificam, também desta senda, vício de ordem formal ou material hábeis a ensejar a nulidade do auto de infração em comento.

Outrossim, verifica-se das fls. 8 e 9 dos autos que resta assentada planilha com indicação das notas fiscais e cálculo do ICMS objeto da acusação, além de mídia CD-ROOM às fls. 10, com os demonstrativos EFD e ECD.

Com efeito, das planilhas apresentadas às fls. 8 e 9 depreende-se que a receita considerada a menor e objeto de atuação fiscal é concernente à locação de bens móveis e que a atuada é empresa que se dedica à prestação de serviços de comunicação, conforme se pode observar de contratos anexado às fls. 12 a 15 dos autos.

O primeiro pressuposto para a incidência do ICMS-comunicação é a existência de comunicação. Em havendo esta – seja por meio escrito, falado, ou qualquer outra forma



em que se transmite a um terceiro uma mensagem – passa-se, então, à análise dos demais requisitos para a exigência do ICMS, a saber, a existência de um prestador do serviço de comunicação e onerosidade da prestação.

A qualidade da atuada de prestador de serviço de comunicação bem como a onerosidade da prestação são fatos incontestes. Contudo, a locação de aparelhos não satisfaz o primeiro e basilar requisito autorizativo da cobrança do ICMS-comunicação. Não há transmissão de mensagens quando o usuário aluga um equipamento, inexistindo, via de consequência, as fontes transmissora e receptora. Toda a cadeia necessária à ultimate do serviço de comunicação (mensagem, transmissor, receptor e prestador do serviço que levará a mensagem do transmissor ao receptor) se encontra ausente nessa atividade

Nessa toada, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça já assentou – em acórdão prolatado à unanimidade – que a mera disponibilização de meios para assegurar ao usuário a possibilidade de fruição do serviço de telecomunicações não se confunde com a sua efetiva prestação, sobre a qual há a incidência do ICMS (STJ, 1ª Seção, ROMS nº 11.368/MT, Relator Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ 09.02.2005, p. 182)

No mesmo sentido foi a decisão no REsp nº 402.407/MG, na qual assentou-se que:

A Lei faz incidir o ICMS sobre serviços de comunicação, em cujo conceito se inserem os de telecomunicações. A interpretação do art. 2º, III, da LC 87/96, indica que só há incidência de ICMS nos serviços de comunicação stricto sensu, onde não se incluem os serviços meramente acessórios ou preparatórios à comunicação propriamente dita. (STJ, 1ª Turma, REsp nº 402.047/MG, Relator Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ 09.12.2003, p. 214)

As razões de decidir do STJ nos precedentes citados se aplicam ao presente caso, posto que a locação de equipamentos consiste, tão somente, em atividade preparatória para que o usuário possa utilizar-se do serviço de comunicação (remunerado de forma apartada e autônoma). Essa cessão de direito de uso não se confunde com o serviço de comunicação (SCM), que compreende o serviço de transmissão de dados, e que, por sua vez, atrai a incidência de ICMS.

Ou seja, o aluguel de bens imóveis funciona como serviço de provimento de acesso à internet, eis que propicia a conexão para que, então, ocorra a transmissão de dados, se realizando a comunicação propriamente dita

Como se não bastasse, a não incidência de ICMS sobre os serviços de provedores de acesso à internet é entendimento sumulado pelo e. STJ, conforme se observa de sua Súmula 334:

Súmula 334



O ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à Internet.

Por provedor de acesso à internet, Hugo de Brito Machado¹, bem ensina que

a expressão provedor de acesso pode designar o **conjunto de equipamentos** que viabiliza o acesso de alguém à Internet. No sentido de prestador de serviço, porém, o provedor é a pessoa, física ou jurídica, que utiliza esse conjunto de equipamentos para a prestação de serviço consistente em viabilizar o acesso à Internet

Em igual sentido Ana Maria Goffi Flaquer Scartezzini², esclarece que

o provedor de acesso, em linguagem simplificada, constitui o **instrumental técnico** para que o usuário possa acessar a navegação na Internet; é o meio hábil para possibilitar a entrada na rede internacional de comunicação

A doutrina destacada, inclusive, fora utilizada para fins de fundamentação na súmula em comento, conforme se observa dos votos que resultaram no entendimento sumulado. Dela observa-se, pois, que o provedor, portanto, não é uma pessoa (física ou jurídica), mas há de ser considerado como **todo o instrumental** que viabilize o acesso à internet, do qual se compreendem os bens móveis.

Relevante, ainda, a observação de Sacha Calmon de que

o serviço prestado pelos provedores de acesso à Internet é um Serviço de Valor Adicionado, não se enquadrando como serviço de comunicação, tampouco serviço de telecomunicação. Este serviço apenas oferece aos provedores de Acesso à Internet o suporte necessário para que o Serviço de Valor Adicionado seja prestado, ou seja, o primeiro é um dos componentes no processo de produção do último³

A Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), inclusive, destaca que o Serviço de Valor Adicionado (SVA) é autônomo e não se confunde com a comunicação em si, inclusive assentando que as utilidades relacionadas ao acesso não de ser compreendidas como SVA. Vejamos:

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas

¹ OLIVEIRA, José Maria de Oliveira, *apud* Hugo de Brito Machado, in ‘Tributação na Internet’, Coordenador Ives Gandra da Silva Martins, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 89

² SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi. in “Tributação na Internet”, Coordenador Ives Gandra da Silva Martins, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2001, p. 128

³ CALMON, Sacha Navarro Coêlho. in “Tributação na Internet”, Coordenador Ives Gandra da Silva Martins, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2001, p. 104



utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º **Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações**, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição

(grifo nosso)

Com efeito, a locação de bens de bens móveis, em que pese propiciar a comunicação, com ela não se confunde, como assentado na norma em comento.

Saliente-se, inclusive, que o Tribunal Pleno do STF no julgamento do RE nº 116.121/SP assentou que não haveria a tributação sobre locação de bens, conforme se observa de excerto do voto do então Ministro Celso de Mello:

Cabe advertir, neste ponto, que a locação de bens móveis não se identifica e nem se qualifica, para efeitos constitucionais, como serviço, pois esse negócio jurídico – considerados os elementos essenciais que lhe compõem a estrutura material – não envolve a prática de atos que consubstanciam um *praestare* ou um *facere*. (STF, Pleno, RE nº 116.121/SP, Relator Min. MARCO AURÉLIO, DJ 25.05.2001, p. 17)

Ademais, em decisão mais recente, o Supremo Tribunal Federal também já assentou que os serviços de locação não se submetem à incidência do ICMS, consorte se observa:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIÇO DE INTERNET. LOCAÇÃO DE MODEM. UTILIZAÇÃO COMO MEIO PARA A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE INFORMAÇÃO. ICMS. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 572.020/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, acórdão redigido pelo Ministro Luiz Fux, fixou entendimento no sentido de que o ICMS não incide nos atos preparatórios de serviços de comunicação.

II – A locação de modem enquadra-se como meio para prestação do serviço de informação, razão pela qual descabida a incidência de ICMS. III – Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 1138434 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 30/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-262 DIVULG 05-12-2018 PUBLIC 06-12-2018).

Este e. Conselho de Recursos Fiscais, inclusive, em seu Tribunal Pleno, já se



manifestou pela impossibilidade de incidência de ICMS sobre a locação de equipamentos, conforme se observa:

Acórdão 505/2019

Processo nº 1140502013-0

TRIBUNAL PLENO

Relator(a): Consº Thais Guimarães Teixeira

Relatora: CONSª. THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. EXPLORAÇÃO INDUSTRIAL DE LINHA DEDICADA. LOCAÇÃO. SERVIÇOS 102 (“AUXÍLIO À LISTA”). EXCLUSÃO. REDUÇÃO DA MULTA APLICADA. ALTERADA, QUANTO AOS VALORES, A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDOS.

A acusação de falta de recolhimento do ICMS incidente sobre as receitas relativas à Prestação de Serviços de Comunicação encontra respaldo na legislação estadual. Inexistem nos autos provas que revelem atendimento de todas as condições necessárias à concessão de isenção prevista no Decreto nº 24.755/03.

Decisões reiteradas de Tribunais Superiores reconhecendo a não incidência de ICMS em relação à locação de equipamentos e serviços de “auxílio à lista” levaram à exclusão de parte do crédito tributário.

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

Acertada a redução da multa por infração, por força de lei superveniente, mais benéfica ao contribuinte, em conformidade com o art. 106, II, “c”, do CTN.

De igual sorte:

Acórdão nº 323/2010

Recurso VOL/CRF-024/2010

Relatora: CONS.ª GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE.



RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO - PRELIMINAR DE DECADÊNCIA ACOLHIDA - SERVIÇOS SUPLEMENTARES E FACILIDADES ADICIONAIS AO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO – INCIDÊNCIA DO ICMS – LOCAÇÃO DE MODEM – OPERAÇÃO NÃO TRIBUTADA PELO ICMS - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

O prazo decadencial do direito de constituir o crédito tributário, na hipótese de tributos sujeitos a lançamento por homologação, rege-se pelo art. 150, §4º do CTN, ou seja, será de cinco anos a contar da data do fato gerador. Por essa razão, impende-se que seja decretada a extinção da obrigação tributária que abrange os meses de janeiro e fevereiro de 2002.

Por força do Convênio 69/98, o ICMS incide sobre os serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada. No caso específico do item “aluguel de modem” não se configura, no entanto, efetiva prestação de serviço de comunicação, senão mero contrato de locação de bem móvel necessário para a preparação da prestação de serviço de comunicação, propriamente dita.

Neste sentido, inclusive, também se verifica a jurisprudência do Tribunal de Justiça da Paraíba, lavrada recentemente e em consonância com a decisão dos tribunais superiores entende pela não incidência de ICMS sobre os serviços de provedores de acesso à internet:

AGRAVO INTERNO Nº 0801664-73.2022.8.15.0000

Origem do Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública da Capital

AGRAVANTE : Estado da Paraíba, por sua Procuradoria

PROCURADOR : Eduardo Henrique Videres de Albuquerque

AGRAVADO : Digi Soluções de Comunicação LTDA

ADVOGADO : Juliana Coelho T. Marques, OAB/PB 22.979

AGRAVO INTERNO. IRRESIGNAÇÃO. SUSPENSÃO DA COBRANÇA DE ICMS SOBRE SERVIÇO DE PROVEDOR DE INTERNET (SVA). NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE SERVIÇO PRESTADO PELOS PROVEDORES DE INTERNET. INTELIGÊNCIA DO ART. 61 DA LEI 9.472/97 E SÚMULA 334 DO STJ. MANUTENÇÃO DA DECISÃO E DESPROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO.

- Não incide o ICMS sobre o serviço prestado pelos provedores de acesso à internet, uma vez que a atividade desenvolvida por eles constitui mero serviço de valor adicionado, nos termos do art.61 da Lei Federal n.9472/97 e Súmula n.334 do egrégio STJ.



AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0811197-90.2021.8.15.0000.

Relator : *Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho.*

Origem : *6ª Vara da Fazenda Pública da Capital.*

Agravante : *Associação Brasileira de Provedores de Internet e de Telecomunicações.*

Procuradora : *Gustavo de Melo Franco Torres e Gonçalves.*

Agravado : *Estado da Paraíba.*

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA. ICMS. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO NAS PRESTAÇÕES ONEROSAS DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO NA MODALIDADE DE PROVIMENTO À INTERNET, REALIZADAS POR PROVEDOR DE ACESSO. MODALIDADE DE PROVIMENTO DE ACESSO À INTERNET QUE NÃO SE CONFUNDE COM O SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO PROPRIAMENTE DITO. BENEFÍCIO QUE NÃO SE APLICA À PARTE CORRESPONDENTE AOS VALORES DO SERVIÇO DE SCM. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

- O Convênio ICMS 78/2001 celebrado pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ autorizou os Estados e o Distrito Federal a conceder redução de base de cálculo do ICMS incidente nas prestações onerosas de serviço de acesso à Internet. Diante desse cenário, o Estado da Paraíba adicionou ao seu Regulamento de ICMS, o art. 33, XIII, tornando expresso o direito à redução da base de cálculo, nas prestações onerosas de serviço de comunicação, na modalidade de provimento de acesso à Internet, realizadas por provedor de acesso.

- O prazo de validade desta redução foi prorrogado até 30 de setembro de 2019, através do Decreto nº 37.365 de 28/04/2017. No entanto, antes deste prazo, o próprio dispositivo do RICMS/PB foi revogado através do Decreto nº 39.153 de 06/05/2019.

- A modalidade de provimento de acesso à Internet, realizadas por provedor de acesso, não se confunde com o serviço de comunicação propriamente dito (transmissão, emissão e recepção de informações multimídia - dados, voz e imagem). Tem-se, pois, que o provimento de acesso à Internet é apenas uma parte do serviço de comunicação. Em verdade, uma parte necessária ao fim ofertado, uma vez que o provedor de acesso (PSCI) tem como função, em verdade, permitir ou viabilizar o acesso à web.

- É por demais razoável que o Estado tenha procedido à correção de sua interpretação para considerar que a lei concedeu o benefício apenas à parte relativa ao serviço de provimento de acesso a internet, jamais abrangendo o valor total cobrado ao cliente. Ou seja, não se aplica o benefício sob a parte correspondente aos valores do serviço de SCM, que é o serviço de comunicação propriamente dito.



Processo nº: 0807680-14.2020.8.15.0000

Classe: AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)

Assuntos: [ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

AGRAVANTE: BR27 SERVICOS DE TECNOLOGIA LTDA.

AGRAVADO: ESTADO DA PARAÍBA

**TRIBUTÁRIO. ICMS. AGRAVO INTERNO. IRRESIGNAÇÃO
CONTRA DECISÃO EM TUTELA RECURSAL DE AGRAVO DE
INSTRUMENTO AO QUAL SUSPENDEU A COBRANÇA
DE ICMS SOBRE SERVIÇO DE PROVEDOR DE INTERNET (SVA),
COM FUNDAMENTO NA SÚMULA 334 DO STJ. PRELIMINAR DE
FALTA DE INTERESSE DE AGIR. REJEIÇÃO. MÉRITO. NÃO
INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE SERVIÇO PRESTADO PELOS
PROVEDORES DE INTERNET – (SVA) – INTELIGÊNCIA DO ART.
61 DA LEI 9.472/97 E SÚMULA 334 DO STJ. MANUTENÇÃO DA
DECISÃO E DESPROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO.**

- Não incide o ICMS sobre o serviço prestado pelos provedores de acesso à internet, uma vez que a atividade desenvolvida por eles constitui mero serviço de valor adicionado, nos termos do art.61 da Lei Federal n.9472/97 e Súmula n.334 do egrégio STJ

- Súmula 334, segundo a qual: “O ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à Internet”.

-Desprovimento do Agravo Interno

Não bastasse, o Tribunal de Justiça da Paraíba também já se manifestou, em outras oportunidades, pela não incidência de ICMS na locação de bens móveis. Vejamos:

Processo n. 0805564-74.2016.8.15.0000

Classe: AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)

Assuntos: [ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias]

AGRAVANTE: ESTADO DA PARAÍBA

AGRAVADO: OI MOVEL S.A.

EMENTA: AGRAVO INTERNO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - COBRANÇA DE ICMS SOBRE O ALUGUEL DE BENS MÓVEIS NECESSÁRIOS A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO E ATIVIDADES-MEIO – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE FATO GERADOR - **DESPROVIMENTO DO RECURSO.**

Processo nº: 0805564-74.2016.8.15.0000

Classe: AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)

Assuntos: [ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias]

AGRAVANTE: ESTADO DA PARAÍBA

AGRAVADO: OI MOVEL S.A.



EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – COBRANÇA DE ICMS SOBRE O ALUGUEL DE BENS MÓVEIS NECESSÁRIOS A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO E ATIVIDADES-MEIO – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE FATO GERADOR - DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Desta sorte, considerando que consta nos autos que a diferença de ICMS cobrada é concernente à locação de bens móveis, atividade típica de provimento de acesso à internet, bem como considerando os precedentes que se têm firmado acerca da matéria, outra alternativa não há que não seja reconhecer a improcedência da acusação em comento.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu provimento, a fim de declarar improcedente o auto de infração de estabelecimento nº 93300008.09.00000334/2020-72, lavrado em 27 de fevereiro de 2020 contra a empresa **INORPEL INDUSTRIA NORDESTINA DE PRODUTOS ELETRONICOS LTDA EPP**, eximindo-a de quaisquer ônus relativos ao presente processo.

Intimações à cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar

Tribunal Pleno, sessão realizada por videoconferência em 30 de maio de 2023.

Eduardo Silveira Frade
Conselheiro Relator



PROCESSO Nº 0444372020-0

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: INORPEL INDÚSTRIA NORDESTINA DE PRODUTOS ELÉTRICOS LTDA

Advogado: Sr.º GEILSON SALOMÃO LEITE, inscrito na OAB/PB nº 6.570 E OUTROS

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 - CABEDELO

Autuante: FLÁVIO MARTINS DA SILVA

Relator: CONS.º EDUARDO SILVEIRA FRADE

Relator do Voto Divergente: CONS.º SUPLENTE LEONARDO DO EGITO PESSOA.

VOTO DIVERGENTE

FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA (SCM). REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO DO ICMS AUTORIZADA VIA TARE VIGENTE - PARCIALIDADE. LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS ESSENCIAIS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - ICMS DEVIDO - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

- Configurada prestação de serviço de comunicação multimídia, em conformidade com os arquivos digitais fornecidos pelo contribuinte, sendo sujeita à incidência do ICMS. No entanto, o sujeito passivo celebrou TARE com a SEFAZ/PB que assegurou a redução da base de cálculo de ICMS no período da sua vigência, motivo pelo qual sobreveio a redução de parte do crédito tributário.

- A locação de equipamentos essenciais à prestação de serviço de comunicação consiste em facilidades adicionais que devem integrar a base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação nos termos da legislação de regência.



RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário, interposto nos moldes do artigo 77 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que julgou procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000334/2020-72, lavrado em 27/02/2020, contra a empresa, INORPEL INDÚSTRIA NORDESTINA DE PRODUTOS ELETRÔNICOS LTDA, inscrição estadual nº 16.065.451-3, relativamente a fatos geradores ocorridos no período de abril de 2017 a setembro de 2019, em que consta a seguinte denúncia:

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

Nota Explicativa: O ICMS ORA EXIGIDO É DECORRENTE DO RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO NO PERÍODO DE ABRIL DE 2017 A SETEMBRO DE 2019, EM RAZÃO DO CONTRIBUINTE:

A) TER REDUZIDO INDEVIDAMENTE A BASE DE CÁLCULO SOBRE PRESTAÇÕES ONEROSAS DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO IMPOSTO, FATURADAS POR MEIO DE NOTAS FISCAIS DE COMUNICAÇÃO (NFSC), MODELOS 21, VISTO QUE O BENEFÍCIO DA REDUÇÃO PRESCRITO PELO ART. 33, INCISO XIII, DO REGULAMENTO DO ICMS/PB, APROVADO PELO DECRETO Nº 18.930/97, APLICA-SE APENAS AOS SERVIÇOS NA MODALIDADE DE PROVIMENTO DE ACESSO À INTERNET, REALIZADAS POR PROVEDOR DE ACESSO (CONVÊNIO ICMS 78/01, RECEPCIONADO PELO DECRETO Nº 27.993/07);

B) TER DEIXADO DE INCLUIR NA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO O VALOR DA RECEITA PROVENIENTE DA LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS, INDISPENSÁVEIS À PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO, CONFORME DISPOSTO NO ART. 14, INCISO III E § 1º, INCISO II, ALÍNEA “A”, DO REGULAMENTO DO ICMS/PB, APROVADO PELO DECRETO Nº 18.930/97.

AO ASSIM AGIR, A EMPRESA VIOLOU O DISPOSTO NO ART. 2º, INCISO III, C/C OS ARTS 3º, INCISO VII, 13, INCISO VI, 14, INCISO III, E 106, INCISO III, ALÍNEA “C”, TODOS DO RICMS/PB.

A APURAÇÃO DO ICMS DEVIDO FOI REALIZADA MEDIANTE ANÁLISE DOS ARQUIVOS ELETRONICOS DO CONVÊNIO ICMS Nº 115/03, DA ESCRITA FISCAL DIGITAL (EFD) E ESCRITA CONTÁBIL DIGITAL (ECD), QUE SERVIRAM DE BASE PARA ELABORAÇÃO DO LEVANTAMENTO FISCAL, NO QUAL FORAM CONSIDERADAS AS PRESTAÇÕES ONEROSAS DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO, APLICANDO-SE A ALÍQUOTA DE 28%, COMO DISPOSTO NO ART. 13, INCISO VI, DO RICMS/PB E ART. 11, INCISO V, DA LEI Nº 6.379/96, DEDUZINDO-SE DO VALOR DO ICMS DEVIDO O VALOR DO ICMS RECOLHIDO, CONFORME EVIDENCIADO NOS DEMONSTRATIVOS ANEXOS.

SÃO PARTES INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO OS DEMONSTRATIVOS Nº 01, Nº 2, Nº 3 (DEMONSTRATIVO Nº 3 ESTÁ NA MÍDIA CD -R), ARQUIVO ELETRÔNICO (ARQUIVO ITEM) DO

CITADO CONVÊNIO (NA MÍDIA CD- R), EFD (NA MÍDIA CD -R) E ECD (NA MÍDIA CD - R).

Dispositivos: Art. 106 do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto 18.930/97.

Penalidade: Art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96

Por decorrência, o Representante Fazendário lançou, de ofício, crédito tributário no valor total de **R\$ 2.650.491,52** (dois milhões, seiscentos e cinquenta mil, quatrocentos e noventa e um reais e cinquenta e dois centavos), sendo **R\$ 1.766.994,29** (um milhão, setecentos e sessenta e seis mil, novecentos e noventa e quatro reais e vinte e nove centavos) de ICMS, por infringência ao art. 106 do RICMS/PB, além dos dispositivos mencionados em nota explicativa e **R\$ 833.497,23** (oitocentos e oitenta e três mil, quatrocentos e noventa e sete reais e vinte e três centavos) de multa por infração, por infringência aos artigos 82, II, “e” da Lei nº 6.379/96.

Notificado desta ação fiscal pessoalmente, em 02 de março de 2020 (fl. 07), o acusado interpôs petição reclamatória em 06 de abril de 2020 (fl. 17), portanto de forma tempestiva, conforme estabelecido no art. 67 da Lei nº 10.094/2013 c/c a Portaria SEFAZ nº 54 de 19/03/2020.

Em sua defesa, alega, em síntese, que:

- a) a empresa possui benefício fiscal de redução da base de cálculo nos serviços de internet por ela prestados, conforme Termo de Acordo (TARE) nº 78/01, pelo qual deve efetuar o recolhimento do ICMS em suas operações no montante de 5% sobre suas receitas;
- b) a autoridade fazendária deixou de considerar os créditos devidos pela empresa, em respeito ao princípio da não cumulatividade;
- c) a locação de bens móveis não está sujeita à incidência do ICMS, conforme jurisprudência dos Tribunais Superiores;
- d) nos termos da Súmula 334 do STJ, o ICMS não incide no serviço dos provedores de acesso à internet;
- e) que no momento em que os agentes fiscais resolveram desconsiderar o TARE e aplicar uma alíquota cheia de 28% sobre as prestações da autuada com a prestação de SCM deveria, por uma questão lógica, ter apurado o crédito que o contribuinte tem direito;
- f) haveria de ser considerado o direito da autuada ao creditamento de mercadorias e energia elétrica;
- g) desde o ano de 2011 até o ano de 2018 o Estado da Paraíba e o requerente ajustaram através de dois TARES que o recolhimento



de ICMS com base de cálculo reduzida a 5% incidiria sobre as receitas de SCM e de SVA, indistintamente. Mas, surpreendentemente, com a edição do presente Auto de Infração, a autoridade fiscal modifica e renega sua própria interpretação, pugnando que a redução de base de cálculo do ICMS somente compreenderia as receitas de SVA, sujeitando-se as receitas de SCM a alíquota cheia e integral correspondente a 28% e, desta sorte, restariam infringidos os artigos 23 e 24 da LINDB.

Por conseguinte, a autuada requer, no mérito, a anulação ou improcedência do Auto de Infração. Como pedido subsidiário, requer que seja reconhecido e garantido o direito ao creditamento pelo requerente incidente sobre a aquisição de equipamentos, o recebimento de serviços de comunicação e recebimento de serviços de energia elétrica, abatendo-se os respectivos valores do Auto de Infração.

Conclusos os autos, às fls. 112, foram os mesmos remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, onde foram distribuídos ao julgador Fiscal, Tarciso Magalhães Monteiro de Almeida, que decidiu pela procedência do feito fiscal (fls. 71 a 82), com a seguinte ementa:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. INFRAÇÃO CONFIGURADA.

- Identificação da falta de recolhimento do ICMS decorrente da prestação de serviços de telecomunicações, sem argumentos válidos contrários, incorre em sua exação, acrescida da penalidade legal disposta na Lei nº 6.379/96.
- O benefício fiscal que concede a redução de base de cálculo do ICMS na prestação de serviços de acesso à internet, expresso no RICMS/PB em seu art. 33, inciso XIII, refere-se exclusivamente às prestações onerosas de serviços de comunicação na modalidade de provimento de acesso à internet, realizados por provedor de acesso. Interpretação de benesse tributária deve ser literal, conforme dispõe o art. 111 do CTN.
- As prestações de serviços auxiliares, de valores adicionados 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 viabilize, aperfeiçoe ou agilize o processo de comunicação é alcançada pelo ICMS. 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.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Cientificada da decisão proferida pela instância prima, por meio de DT - e, em 02 de março de 2020 (fl. 07), a autuada apresentou tempestivamente o Recurso



Voluntário por meio do qual, em síntese, reprisa os argumentos apresentados em sua impugnação.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos ao Conselheiro Eduardo Silveira Frade, que na 147ª Sessão Ordinária (Virtual) do Tribunal Pleno do Conselho de Recursos Fiscais, realizada no dia 30 de maio de 2023, apresentou seu voto, provendo o recurso voluntário, reformando a decisão recorrida, para julgar improcedente o auto de infração *sub examine*.

Em face do pedido de sustentação oral consignado às fls. 162 dos autos, o presente processo foi remetido à Assessoria Jurídica do CRF-PB para emissão de parecer técnico acerca da legalidade dos lançamentos, em observância ao disposto no artigo 20, X, do Regimento Interno desta Corte.

Considerando a necessidade de uma análise mais detalhada acerca da matéria constante do libelo acusatório, solicitei vista dos autos para melhor apreciar o tema.

Eis o relatório.

VOTO DIVERGENTE

Senhor Presidente do Conselho de Recursos Fiscais, nobres Conselheiros, Senhor Assessor Jurídico desta Casa, Advogado da Recorrente e a todos que nos acompanham nessa sessão virtual.

Com todas as vênias e respeito ao entendimento do nobre Conselheiro Relator pelo voto proferido, todavia, após análise do conjunto probatório contido nos autos, entendo por discordar do Eminentíssimo Relator acerca dos seus fundamentos fáticos e jurídicos, conforme adiante passo a expor.

Inicialmente, reconhecemos a tempestividade do recurso interposto pelo contribuinte, já que apresentado dentro do prazo legal estabelecido pelo art. 77 da Lei nº 10.094/2013.

Sem preliminar a ser analisada, passemos a análise do mérito.

- Do Mérito



Examinando a nota explicativa, acima reproduzida, depreende-se facilmente que a falta de recolhimento do ICMS decorre da redução indevida da base de cálculo do ICMS incidente sobre as prestações de serviço de comunicação, bem como da não inclusão na referida base de cálculo da receita proveniente da locação de bens móveis, indispensáveis a prestação do serviço de comunicação, explicitado acima.

O Conselheiro Relator proferiu voto pela improcedência do libelo basilar por entender que não há incidência do ICMS sobre serviços de provedores de acesso à internet nem sobre locação de bens móveis, os quais embora propiciem a comunicação, não se confunde com a comunicação em si, conforme consta no seu *decisum*.

Neste ponto, peço vênia ao nobre Conselheiro Relator para discordar do seu entendimento pelas razões seguintes:

A empresa INORPEL INDÚSTRIA NORDESTINA DE PRODUTOS ELÉTRICOS LTDA., autuada, inscrita no CCICMS/PB sob o nº 16.065.451-3, tem como atividade econômica principal Serviços de Comunicação Multimídia – SCM, cadastrada com o CNAE 6110-8/03, conforme consta no cadastro de contribuintes desta Secretaria.

Além desta, constam diversas outras atividades no citado cadastro, a título secundário, tais como: PROVEDORES DE ACESSO AS REDES DE COMUNICAÇÕES – CNAE 6190-6/01 e PROVEDORES DE VOZ SOBRE PROTOCOLO INTERNET VOIP – CNAE 6190-6/02.

Acrescente-se que a ora recorrente é cadastrada como prestadora de serviço de comunicação, sendo autorizada pela ANATEL (Ato nº 61384/2006 – Termo PVST/ SPV nº 157/2006).

Assim, a recorrente, na condição de prestadora de serviço de telecomunicação na modalidade de serviço de comunicação multimídia (SCM), tem sua atividade regida pelas diretrizes contidas no novo Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, contido no Anexo I da Resolução nº 614 de 28/05/13, editada pela Anatel.

No intuito de esclarecer a abrangência dos serviços de comunicação multimídia (SCM), trago à baila fragmento de resposta à diligência fiscal, requerida em sede do Processo Administrativo Tributário nº 1729342019-6, da lavra da auditora fiscal Maria José Lourenço da Silva, a respeito dos referidos serviços:

“Importante assinalar que o novo Regulamento do SCM só foi editado após a Anatel debruçar-se sobre a Análise nº 304/2013-GCMB, de 17/05/13, elaborada pelo Conselheiro Relator Sr. Marcelo Bechara de Souza Hobaika, ao que tomou conhecimento das mudanças provocadas pelo avanço das tecnologias utilizadas pelas operadoras de telecomunicações.

Dada a pertinência, destaca-se que com o avanço tecnológico a internet passou a ser prestada por outras modalidades de serviços de telecomunicações, possibilitando velocidades maiores. Assim, chegamos a “internet banda larga”, cujo acesso se dá em alta velocidade suportado por diferentes tecnologias, com



a utilização da tecnologia ADSL (tráfego de dados sem ocupar a linha telefônica fixa), as redes 4G para dispositivos móveis, ou através de redes de cabo (redes de cabo coaxial, redes de cabo de fibra óptica, como também redes híbridas de cabo coaxial e de fibra óptica), e ainda por satélites, além dos sistemas de radiofrequência por microondas. Estes serviços são providos mediante licença para exploração do SCM concedida pela Anatel.

Nesse diapasão, o novo Regulamento do SCM veio ratificar o que já era uma prática de mercado e estabelecer que dentre as atividades contidas no arcabouço da prestação do SCM está também o provimento de conexão direta à internet, no caso, sem a necessidade do Provedor do Serviço de Conexão à Internet (PSCI). Pelo que adequou à nova realidade do mercado, onde o conceito do SCM é redefinido com a inclusão da atividade de provimento de acesso dentro da própria prestação do SCM, *in verbis*:

Art. 3º O SCM é um serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, prestado em âmbito nacional e internacional, no regime privado, que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, **permitindo inclusive o provimento de conexão à internet**, utilizando quaisquer meios, a Assinantes dentro de uma Área de Prestação de Serviço.

[...]

Art. 4º Para os fins deste Regulamento, aplicam-se as seguintes definições:

Conexão à Internet: habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela Internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP;

[...]

Nesse contexto, [...], na qualidade de prestadora de SCM, comercializa aos seus clientes o serviço de conexão à internet mediante a disponibilização de todos os equipamentos necessários, por meio de sua estrutura física, cuja prestação caracteriza-se como sendo de viabilização do acesso direto do usuário à rede mundial de internet banda larga. Com isso, o cliente passa a usufruir de inúmeros serviços da rede mundial de computadores, **serviço esse típico de telecomunicação**, o que foi incorporado e ratificado nos normativos regulatórios.

A propósito, para melhor compreensão da evolução tecnológica pela qual os serviços de telecomunicações em geral estão submetidos, e para que fique suficientemente claro que as empresas prestadoras do SCM que proporcionam a conexão direta do usuário à rede são prestadoras de serviço de comunicação sujeitos a incidência do ICMS, recomenda-se a leitura da Análise nº 304/2013 GCMB, de 17/05/2013 (disponível em <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=298286>), da lavra do Conselheiro Relator Marcelo Bechara de Souza Hobaika, da Anatel, que culminou com a edição no novo Regulamento do SCM.

Destarte, com base nos ditames normativos transcritos acima, consoante disposto no art. 3º do Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia-SCM, Anexo à Resolução nº 614/2013, da ANATEL, onde o conceito do SCM, repita-se, é redefinido com a inclusão da atividade de provimento de acesso dentro da própria prestação do SCM, esta Fiscalização entende perfeitamente enquadráveis os serviços “Internet IP Direto....MBPS”, “Internet Banda Larga.....MBPS” e “Internet FTTX...” como



serviços típicos de telecomunicações, firme na interpretação de que o SERVIÇO DE CONEXÃO A INTERNET deixou de ser Serviço de Valor Adicionado (SVA) para agregar a modalidade do SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA - SCM, ou seja INTERNET BANDA LARGA, razão pela qual tais serviços não podem ser inseridos no contexto do normativo concessor do benefício (art. 33, XIII, do RICMS/PB), nem afastados da acusação.”
(grifos nossos)

Da leitura do excerto acima, depreende-se que o provimento de acesso à internet foi abarcado pelo Serviço de Comunicação Multimídia, de acordo com o art. 3º do novo Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, portanto, o provimento de acesso à internet não é alcançado pela redução de base de cálculo do ICMS prevista no art. 33, inciso XIII, do RICMS/PB.

No caso ora examinado, os demonstrativos fiscais que integram os autos, gravados em mídia digital anexa à fl. 10, contêm a descrição dos serviços, que se referem ao serviço de comunicação multimídia, às vezes, acompanhada de algum complemento, outras vezes, não. Por conseguinte, não há que se falar em redução de base de cálculo do ICMS nas prestações de serviço de comunicação multimídia, de acordo com o art. 3º do novo Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia, supracitado.

Matéria idêntica, inclusive, foi recentemente enfrentada pelo Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, tendo seus membros, à maioria, decidido pela inaplicabilidade do artigo 33, XIII, do RICMS/PB, conforme registrado na ementa do Acórdão nº 376/2023, da lavra da ilustre conselheira Larissa Meneses de Almeida. Senão vejamos:

Acórdão nº 376/2023:

PROCESSO Nº 1729342019-6

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: SITECNET INFORMÁTICA LTDA.

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

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

Autuantes: MARIA JOSÉ LOURENÇO DA SILVA E PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA.

Relatora: CONS.^a LARISSA MENESES DE ALMEIDA

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. SERVIÇOS DE PROVIMENTO DE ACESSO À INTERNET. ATIVIDADE ESSENCIAL À PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. CONSTATADA DECADÊNCIA EX OFFICIO DE PARTE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - REFORMA DA DECISÃO SINGULAR - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Cabe a exigência do ICMS sobre as receitas decorrentes dos serviços de conexão com a rede mundial de computadores, por se tratarem de atividades



essenciais à prestação do serviço de telecomunicação, sendo parte integrante e indissociável do serviço (SCM).

Reconhecida de ofício a decadência do lançamento relativo ao mês de outubro de 2014, por força do disposto no artigo 22 §1º da Lei do PAT com fulcro no artigo 150, §4º, do Código Tributário Nacional. (g. n.)

Também merece destaque o seguinte fragmento do voto da conselheira relatora do voto vencedor:

“Como se observa, o benefício contempla as prestações onerosas de serviço de comunicação, na modalidade de provimento de acesso à Internet, realizadas por provedor de acesso.

No caso dos autos, o serviço prestado pela atuada contempla todas as atividades necessárias ao estabelecimento da conexão entre os usuários, incluindo o acesso à rede mundial de computadores. Logo, o fornecedor não age como simples provedor de acesso, mas como prestador do serviço de comunicação como um todo, agindo na modalidade (SCM), não cabendo, portanto, a aplicação da redução de base de cálculo prevista no art. 33, XIII, do RICMS/PB.

Reproduzimos, abaixo, a definição do serviço de comunicação multimídia, dada pelo art. 3º da Resolução nº 614/2013 da ANATEL:

Art. 3º O SCM é um serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, prestado em âmbito nacional e internacional, no regime privado, que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, permitindo inclusive o provimento de conexão à internet, utilizando quaisquer meios, a Assinantes dentro de uma Área de Prestação de Serviço.

Portanto, não se questiona a validade do Convênio ICMS 78/01, à época dos fatos geradores, no entanto, sua aplicação se restringe aos casos em que o fornecedor age como simples provedor de acesso, materializando a comunicação com uma rede de terceiros.” (g. n.)

Apesar disso, a ora recorrente firmou Termo de Acordo com esta Secretaria, em conformidade com o Parecer nº 2011.01.00.00599, que cuidou da Emissão de documentos fiscais por sistema eletrônico de processamento de dados em via única conforme Decreto 27.556/06 e recolher o ICMS com redução de base de cálculo (Convênio ICMS 78/01), que vigeu até 31/12/2014, posteriormente, foi prorrogado pelo Parecer nº 2015.01.00.00957 (fls. 25 a 29), que vigorou até 31/12/2018, de acordo com a transcrição abaixo:

PROCESSO Nº: 0674282015-2
PARECER Nº: 2015.01.00.00957
INTERESSADO: INORPEL INDUSTRIA NORDESTINA DE PRODUTOS
ELETRICOS LTDA.
INSCRIÇÃO ESTADUAL: 16.065.451-3
CPF/CNPJ: 08.720.054/0001-33



ENDEREÇO: JOSE SOARES DE MEDEIROS, 1620, RECANTO DO
POCO, CEP: 58105015, CABEDELO

Prorrogação do Regime Especial. **Parecer nº 2011.01.00.00599, Processo nº 0072052011-8. Pelo Deferimento.**

A empresa, acima qualificada, solicita a Secretaria de Estado da Receita-SER/PB prorrogação da validade do Regime Especial concedido mediante **Parecer nº 2011.01.00.00599, Processo nº 0072052011-8**, que lhe atribui concessão para emissão de documentos fiscais por sistema eletrônico de dados em via única, conforme Decreto 27.556/06 (Convênio ICMS nº 115/03), como também, recolher o ICMS com redução de base de cálculo nas prestações de serviço de acesso à internet, conforme Convênio ICMS nº 78/01.

Submetidos os autos a Gerência Operacional de Fiscalização de Estabelecimentos – GOFE, esta, através de Informação Fiscal (fls. 17 e 20), opinou pelo deferimento do pleito.

Assim, de acordo com a Informação Fiscal prestada (fls. 17 e 20), e considerando ainda que até o presente momento não temos notícia de nenhum desvio em relação aos procedimentos anteriormente recomendados; sugerimos o **DEFERIMENTO da prorrogação** do Regime Especial concedido através do Parecer nº 2011.01.00.599, Processo nº 0072052011-8.

O presente Regime Especial terá sua eficácia prorrogada **até 31/12/2018, com efeitos retroativos a 01/11/2014**; permanecendo em vigor todas as exigências contidas nos seus termos, podendo ser cassado ou alterado a qualquer momento, bastando para tanto que se mostre inconveniente aos interesses da Fazenda Pública Estadual.

Findo o prazo prorrogado, caso a beneficiária deseje continuar a ser regida pelo mesmo sistema de tributação, deverá solicitar a sua renovação com antecedência de, pelo menos, 03 (três) meses da data de expiração de sua eficácia.

É o parecer que submetemos à apreciação superior.

Gerência Executiva de Tributação, 18 de Dezembro de 2015.

Polyana Marinho Cordeiro

AFTE

De acordo.

À consideração do Gerente Executivo de Tributação.

Guilherme Marconi Leite Matos

Gerente Operacional

De acordo.

À consideração do Senhor Secretário Executivo da Receita.

Heitor Collett



Gerente Executivo

Desse modo, considerando que a ora recorrente tinha firmado TARE com a SEFAZ/PB, que lhe assegurava a redução da base de cálculo do ICMS nestas prestações de serviço, que foi prorrogado até 31/12/2018, conseqüentemente, para não violar o Termo de Acordo celebrado entre as partes não pode ser exigido o ICMS complementar até 31/12/2018, motivo pelo qual entendo que o crédito tributário deve ser reduzido até 31/12/2018.

Com relação às receitas de locações de bens móveis, é importante assinalar que os referidos bens móveis são aqueles essenciais à prestação do serviço de comunicação, que é atividade precípua da ora recorrente, ou seja, sem o emprego destes bens móveis a empresa não consegue prestar o serviço de comunicação contratado pelo cliente, 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, senão vejamos:

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. (grifo nosso)

Neste ponto, rogo novamente escusas ao nobre relator para divergir do seu entendimento, posto que este Colegiado em decisões recentes, posicionou-se no sentido da incidência do Icms sobre a locação de equipamentos fundamentais à prestação de serviço de comunicação, de acordo com os Acórdãos nºs 176/2021, 142/2023 e 278/2023, de relatoria dos nobres Conselheiros Sidney Watson Fagundes da Silva, Heitor Collett e Leonardo do Egito Pessoa, respectivamente.

Acórdão nº 176/2021 (Processo nº 1175732017-2)

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

Acórdão nº 142/2023 (Processo nº 1871702017-4)

- FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS SUPLEMENTARES. CONFIGURADA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - DENÚNCIA CONFIGURADA. MULTA RECIDIVA - CORREÇÃO DO PERCENTUAL APLICÁVEL - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - REFORMADA A DESCISÃO RECORRIDA. RECURSO HIERÁRQUICO PARCIALMENTE PROVIDO.
- 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 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. (g. n.)
 - Ajuste na aplicação da multa recidiva, nos termos do artigo 87 da Lei nº 6.379/96.

Acórdão nº 278/2023 (Processo nº 0875692019-9)

DECADÊNCIA – RECONHECIMENTO DO MÊS DE MAIO/2014. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. INDICAR COMO ISENTAS OU NÃO TRIBUTADAS A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO IMPOSTO – DENÚNCIA CONFIGURADA - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – ALTERADA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSOS DE OFÍCIO PARCIALMENTE PROVIDO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.



- Restou evidenciada a ocorrência da decadência dos lançamentos de maio de 2014.

- A prestação de serviço de comunicação, quando onerosa, sujeita-se à incidência do ICMS. Evidenciada a irregularidade de falta de recolhimento do ICMS, pelo fato de indicar como isentas ou não tributadas a prestação de serviços de comunicação sujeitas à incidência do imposto.

- 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.

- O contrato de prestação de serviço de comunicação engloba o fornecimento de equipamentos necessários à sua execução, restando descaracterizada a autonomia ou acessoriedade da locação ou de cessão de infraestrutura em relação ao da prestação de serviço de comunicação correspondente, tratando-se de um único serviço, o de comunicação, sobre o qual incide o imposto. (g. n.)

Isto posto, entendo acertada a cobrança do ICMS incidente sobre a locação de equipamentos e infraestrutura essenciais ao funcionamento dessa rede de equipamentos, em conformidade com o Convênio ICMS nº 69/98.

Ainda no recurso apresentado, a recorrente contesta o procedimento fiscal de apuração da diferença tributável, em razão de não terem sido considerados os créditos de mercadorias e energia elétrica.

Noutras palavras, o sujeito passivo defende que, para legitimar a autuação, haveria necessidade de a fiscalização elaborar a conta gráfica do ICMS, apropriando os créditos fiscais por entradas que não foram utilizados pela empresa por força da vedação contida no parágrafo único da cláusula segunda do Convênio ICMS nº 78/2001:

Cláusula segunda A redução será aplicada, opcionalmente, pelo contribuinte, em substituição ao sistema de tributação previsto na legislação estadual.

Parágrafo único O contribuinte que optar pelo benefício previsto na cláusula anterior não poderá utilizar quaisquer outros créditos ou benefícios fiscais.

Relevante reprimarmos que o que se está a exigir do contribuinte, por meio do lançamento de ofício, é a parcela do imposto decorrente da redução indevida da base de cálculo do ICMS sobre prestações onerosas de serviços de comunicação sujeitas à incidência do imposto.

Em casos desta natureza, a cobrança é direta, ou seja, a exigência não está condicionada à reconstituição (ou elaboração) da conta corrente do ICMS do contribuinte.

Ainda que não se trate de objeto idêntico àquele que deu azo à lavratura do auto de infração em discussão, merece destaque o recentíssimo julgamento do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Agravo em Recurso Especial Nº 1.821.549 - SP (2021/0010895-0) no que dispõe acerca da impossibilidade material de o Fisco considerar



eventuais saldos credores de ICMS no lançamento de ofício substitutivo ao lançamento por homologação frustrado.

RELATOR: MINISTRO GURGEL DE FARIA
AGRAVANTE: LABORATORIO QUIMICO FARMACEUTICO
BERGAMO LTDA
ADVOGADOS: RAPHAEL RICARDO DE FARO PASSOS - SP213029
LUIZ GUILHERME ROS - DF048774
AGRAVADO: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR: ANA CRISTINA LIVORATTI OLIVA GARBELINI E
OUTRO(S) - SP105421

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. ICMS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. SALDO CREDOR. COMPENSAÇÃO POR INICIATIVA DO FISCAL. OBRIGATORIDADE. INEXISTÊNCIA.

1. Inexiste ofensa aos arts. 489, § 1º, e 1.022 do CPC/2015 quando o Tribunal de origem se manifesta de modo fundamentado acerca das questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, porquanto julgamento desfavorável ao interesse da parte não se confunde com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.
2. A utilização de crédito de ICMS para fins de compensação com o tributo devido é faculdade a ser exercida oportunamente pelo contribuinte no âmbito do lançamento por homologação, não sendo possível impor ao fisco que proceda a esse encontro de contas quando do lançamento de ofício. Inteligência dos arts. 20, 23 e parágrafo único, e 24 da LC n. 87/1996.
3. Se o contribuinte não utilizar determinado crédito escriturado em certo período de apuração, ainda que possa aproveitá-lo extemporaneamente para períodos posteriores (desde que observado o prazo decadencial), não o poderá mais fazê-lo retroativamente, visto que a existência e a validade desse crédito não foram submetidas oportunamente ao juízo de homologação do fisco.
4. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial. (g. n.)

No voto proferido pelo eminente ministro Gurgel de Faria, restou assentado que:

“Isso porque, repita-se, a lei complementar é clara ao disciplinar que o crédito de ICMS é um direito subjetivo do contribuinte, exercitável mediante preenchimento de algumas condições, e que a efetiva utilização dos créditos para fins de compensação decorre de liberalidade de seu titular (direito potestativo), fixando prazo decadencial para esse aproveitamento.

(...)

Contudo, caso o contribuinte não utilize determinado crédito escriturado em certo período de apuração, ainda que possa aproveitá-lo extemporaneamente para períodos posteriores (desde que observado o prazo decadencial), não o poderá mais fazê-lo retroativamente, visto que não submetido oportunamente ao juízo de homologação do fisco.

(...)



Por outro lado, no lançamento de ofício, conforme dispõe o art. 142 do CTN, é atribuição do agente fiscal "calcular o montante devido" relacionado com "a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente" e não com as operações que ensejaram os créditos escriturados pelo contribuinte.

E são muitas hipóteses de lançamento de ofício de ICMS.

Entre elas cito, por exemplo, os lançamentos realizados nos postos de fronteira interestaduais e nas barreiras fiscais voltadas à fiscalização no trânsito de mercadorias. É lógico que condicionar a lavratura do auto de infração à prévia verificação da existência e da validade do volume de créditos contidos na escrituração fiscal localizada na sede da contribuinte inviabilizará a fiscalização tributária.

De igual maneira, vislumbro a impossibilidade material de o fisco considerar eventual saldo credor de ICMS no lançamento de ofício substitutivo ao lançamento por homologação frustrado.

Isso porque o rotineiro juízo de homologação está adstrito à validade das declarações e dos documentos apresentados pelo contribuinte quando da ocorrência do fato gerador.

Se, cada vez que o fisco não homologar a apuração e o pagamento do imposto, for necessária a investigação de toda a documentação fiscal relacionada com os créditos do contribuinte, o objeto da fiscalização será aumentado em muitas vezes, inviabilizando, na prática, o exercício do mister da administração tributária."

Com efeito, o lançamento foi realizado em estrita observância ao que prescreve o artigo 142 do Código Tributário Nacional, tendo o auditor fiscal calculado "o montante devido" relacionado com "a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente".

Por fim, com relação à alegação da defesa de aplicação dos arts. 23 e 24 da LINDB, assim se pronunciou o Assessor Jurídico desta Casa, na pessoa do Procurador Dr Sérgio Roberto Félix de Lima, através do Parecer nº 026/2023 – CRF/SRFL anexo aos autos e com o qual comungo, vejamos:

"..., não se tem no processo administrativo uma revisão de mesmo ato ou demarcação de uma nova interpretação acerca de norma de conteúdo indeterminado, nem mesmo há uma nova orientação vinculante para toda a Administração Tributária com estabelecimento de novos critérios jurídicos dentro de uma relação tributária.

Destaque-se que as normas gerais em matéria tributária, interpretação e integração da legislação tributária estão regidas pelo CTN (lei com status de natureza complementar), com base na competência estabelecida no artigo 146, III, "b" da CF/88."



Diante das considerações supra, deve o crédito tributário ser constituído em conformidade com o quadro sintético abaixo demonstrado, com as devidas correções acima evidenciadas:

PERÍODO	AUTO DE INFRAÇÃO		VALOR CANCELADO		VALOR DEVIDO		
	ICMS	MULTA	ICMS	MULTA	ICMS	MULTA	TOTAL
04/2017	41.976,48	20.988,24	37.063,95	18.531,98	4.912,53	2.456,26	7.368,79
05/2017	43.045,41	21.522,71	37.391,40	18.695,70	5.654,01	2.827,01	8.481,02
06/2017	39.787,76	19.893,88	34.505,75	17.252,88	5.282,01	2.641,00	7.923,01
07/2017	45.332,18	22.666,09	40.122,80	20.061,40	5.209,38	2.604,69	7.814,06
08/2017	41.930,79	20.965,40	36.264,27	18.132,13	5.666,52	2.833,27	8.499,79
09/2017	42.019,53	21.009,77	36.599,80	18.299,90	5.419,73	2.709,87	8.129,60
10/2017	42.484,81	21.242,41	37.280,84	18.640,42	5.203,97	2.601,99	7.805,95
11/2017	50.356,43	25.178,22	38.451,89	19.225,95	11.904,54	5.952,27	17.856,81
12/2017	52.777,47	26.388,74	40.465,30	20.232,65	12.312,17	6.156,09	18.468,26
01/2018	47.146,63	23.573,32	39.007,28	19.503,64	8.139,35	4.069,68	12.209,04
02/2018	44.069,98	22.034,99	35.299,78	17.649,89	8.770,20	4.385,10	13.155,29
03/2018	51.463,87	25.731,94	42.503,17	21.251,59	8.960,70	4.480,35	13.441,05
04/2018	44.014,88	22.007,44	36.119,43	18.059,72	7.895,45	3.947,72	11.843,17
05/2018	46.415,26	23.207,63	35.159,91	17.579,96	11.255,35	5.627,67	16.883,02
06/2018	49.593,64	24.796,82	38.155,47	19.077,73	11.438,17	5.719,09	17.157,26
07/2018	56.263,65	28.131,83	39.143,15	19.571,57	17.120,50	8.560,26	25.680,76
08/2018	53.275,70	26.637,85	36.460,45	18.230,23	16.815,25	8.407,62	25.222,87
09/2018	58.187,15	29.093,58	36.462,13	18.231,07	21.725,02	10.862,51	32.587,53
10/2018	76.674,30	38.337,15	54.001,27	27.000,64	22.673,03	11.336,51	34.009,54
11/2018	73.561,69	36.780,85	45.723,31	22.861,66	27.838,38	13.919,19	41.757,57
12/2018	68.824,34	34.412,17	45.911,39	22.955,70	22.912,95	11.456,47	34.369,42
01/2019	74.550,27	37.275,14	-	-	74.550,27	37.275,14	111.825,41
02/2019	73.307,77	36.653,89	-	-	73.307,77	36.653,89	109.961,66
03/2019	76.584,80	38.292,40	-	-	76.584,80	38.292,40	114.877,20
04/2019	76.825,73	38.412,87	-	-	76.825,73	38.412,87	115.238,60
05/2019	74.587,71	37.293,86	-	-	74.587,71	37.293,86	111.881,57
06/2019	78.560,61	39.280,31	-	-	78.560,61	39.280,31	117.840,92
07/2019	77.375,88	38.687,94	-	-	77.375,88	38.687,94	116.063,82
08/2019	80.446,70	40.223,35	-	-	80.446,70	40.223,35	120.670,05
09/2019	85.552,87	42.776,44	-	-	85.552,87	42.776,44	128.329,31
TOTAL	1.766.994,29	883.497,23	822.092,77	411.046,39	944.901,52	472.450,84	1.417.352,36

OBS.:

(1) O ICMS CANCELADO REFERE-SE AQUELE INCIDENTE SOBRE AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO NO PERÍODO DE ABRIL DE 2017 A DEZEMBRO DE 2018 PARA FINS DE CUMPRIMENTO DO PARECER Nº 2015.01.00.00957.



(2) OS VALORES DE ICMS CANCELADOS FORAM CALCULADOS A PARTIR DO DEMONSTRATIVO 01 (FL. 8) NA COLUNA VALOR_TOTAL_ITEM (A).

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, quanto ao mérito, pelo seu provimento parcial, para reformar a sentença exarada na instância monocrática, e julgar parcialmente procedente o **Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000334/2020-72**, lavrado em 27 de fevereiro de 2020, contra a empresa **INORPEL INDÚSTRIA NORDESTINA DE PRODUTOS ELÉTRICOS LTDA**, Inscrição Estadual nº 16.065.451-3, já qualificada nos autos, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de **R\$ 1.417.352,36 (hum milhão, quatrocentos e dezessete mil, trezentos e cinquenta e dois reais e trinta e seis centavos)**, sendo R\$ 944.901,52 (novecentos e quarenta e quatro mil, novecentos e um reais e cinquenta e dois centavos), de ICMS, por infringência ao art. 2º, III, c/c os arts. 3º, inciso VII, art. 13, inciso VI, art. 14, inciso III, § 1º, II, “a”, e art. 106, inciso III, alínea “c”, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 472.450,84 (quatrocentos e setenta e dois mil, quatrocentos e cinquenta reais e oitenta e quatro centavos), a título de multa por infração, com fulcro no art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que cancelo, por indevido, a quantia de **R\$ 1.233.139,16 (hum milhão, duzentos e trinta e três mil, cento e trinta e nove reais e dezesseis centavos)**, sendo R\$ 822.092,77 (oitocentos e vinte e dois mil, noventa e dois reais e setenta e sete centavos) de ICMS e R\$ 411.046,39 (quatrocentos e onze mil, quarenta e seis reais e trinta e nove centavos) a título de multa por infração, pelos motivos anteriormente expostos.

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

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência, em 21 de novembro de 2023.

Leonardo do Egito Pessoa
Conselheiro Suplente Relator do Voto Divergente

SECRETARIA DE ESTADO
DA FAZENDA



**GOVERNO
DA PARAÍBA**

ACÓRDÃO 578/2023

