



**ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA RECEITA**

PROCESSO Nº111.182.2014-5

Recurso VOL/CRF n.º 420/2016

Recorrente:VIVO S/A.

Recorrida:GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

Preparadora:SUBGERENCIA DA RECEBEDORIA DE RENDAS DA GR1.

Autuantes:FERNANDA CÉFORA V. BRAZ e MARIA JOSÉ LOURENÇO DA SILVA.

Relator:CONS.JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP. PARCIALIDADE. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. EXCLUSÃO DE PARCELAS DE RECEITAS TIDAS COMO DOAÇÃO PARA AS CHAMADAS 0500. REMANESCENTE DEVIDO. EXCLUSÃO DE PARTE DA PENALIDADE APLICADA. ALTERADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

É devido o recolhimento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP, na forma da legislação estadual, por incidir sobre a base de prestação de serviços de comunicação ou equiparadas a esta, independentemente da denominação que lhes seja dada pela empresa operadora dos serviços comunicacionais, excluindo, no entanto, a parcela indevida de tributação sobre prestações que retratam valores arrecadados a títulos de doações por intermédio do serviço denominado de “chamadas para números 0500”.

Da mesma forma, resta comprovado equívoco de exclusão dos valores do FUNCEP, cabendo o afastamento da aplicação de parte da penalidade sugerida no auto infracional, em virtude da inexistência de cominação legal à época dos fatos geradores durante o período de janeiro de 2010 a julho de 2011, diante da edição da Lei nº 9.414/2011, que alterou a Lei 7.611/2004, instituidora do FUNCEP.

Sobre o lançamento remanescente reporta-se devida a cobrança do FUNCEP e da penalidade prevista que contempla a incidência nas prestações onerosas de serviços de comunicação efetuados neste Estado, na forma prevista pela Lei nº 7.611/2004.

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

A C O R D A M os membros do **Tribunal Pleno** de Julgamento deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *provimento parcial*, alterando, quanto aos valores, a decisão proferida pela instância prima que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001131/2014-55, lavrado em 7/7/2014, contra a empresa VIVO S/A, inscrição estadual nº 16.155.361-3, com exigência do FUNCEP no valor de R\$ 5.252,47 (cinco mil, duzentos e cinquenta e dois reais e quarenta e sete centavos), por infringência aos artigos 2º, inciso I e 8º, ambos da Lei nº 7.611/2004, e multa por infração no valor

de R\$ 2.292,87(dois mil, duzentos e noventa e dois reais e oitenta e sete centavos), perfazendo um crédito tributário no montante de R\$ 7.545,34 (sete mil, quinhentos e quarenta e cinco reais e trinta e quatro centavos).

Ademais, cancelo, por indevido, o montante de R\$ 2.984,26 (dois mil, novecentos e oitenta e quatro reais e vinte e seis centavos), sendo R\$ 12,33(doze reais e trinta e três centavos) de FUNCEP e R\$ 2.971,93(dois mil, novecentos e setenta e um reais e noventa e três centavos) multa por infração, com fundamento nas razões supramencionadas.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.I.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões, Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 30 de agosto de 2017.

João Lincoln Diniz Borges
Cons. Relator

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros do Tribunal Pleno, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA, AUREA LUCIA DOS SANTOS SOARES VILAR (Suplente), DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO, NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO e DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA.

Assessora Jurídica

#

RELATÓRIO

Examina-se, neste Colegiado, o recurso voluntário nos moldes do artigo 77 da Lei nº 10.094/2013, diante da sentença prolatada na instância prima que considerou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.0000001131/2014-55, lavrado em 7/7/2014, apontando que a recorrente cometeu a seguinte infração:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP - FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA – *Contrariando dispositivos legais, o contribuinte deixou de recolher o FUNCEP.*

NOTA EXPLICATIVA:

O contribuinte, acima qualificado, deixou de recolher O FUNCEP devido sobre prestações de serviços de telecomunicação sujeitas ao imposto estadual, faturado através de NFST, em razão de ter indicado erroneamente como sendo prestações isentas ou não tributadas, conforme demonstrativos em anexo elaborados a partir dos arquivos magnéticos do convênio ICMS 115/2003, os quais passam a ser partes integrantes do presente auto de infração”

Foram dados como infringidos os artigos 2º, I da Lei nº 7.611 de 30/06/2004, levando-o a lançar de ofício a quantia de **R\$ 5.264,80**, correspondente ao FUNCEP, caso em que foi sugerida a aplicação da penalidade pecuniária no importe de **R\$ 5.264,80**, nos termos do art. 8º da Lei 7.611/04 acrescentado pela Lei nº 9.414 de 12/07/2011.

Regularmente cientificada da ação fiscal, em 21/7/2014, conforme atesta o comprovante de ciência e entrega da 1ª via do auto infracional, assinado por seu receptor, a autuada apresentou defesa, de forma tempestiva, representada por seus advogados constituídos na forma dos instrumentos procuratórios de fl. 242, requerendo, em síntese, após relatos dispostos na sentença singular a decretação de improcedência da exigência do FUNCEP em virtude de erro na apuração da base de cálculo, com afastamento, subsidiariamente, da multa de 100% aplicada pela fiscalização no período de JAN/2010 a JUL/2011, por ausência de previsão legal, além da parte da multa aplicada posterior a este período por ser confiscatória.

Sem informação de constarem antecedentes fiscais, os autos foram conclusos e remetidos para Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, com distribuição à julgadora, Gílvia Dantas Macedo, que decidiu pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do feito fiscal, conforme ementa abaixo:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL ANTERIOR - CONSEQUÊNCIA – MULTA PARCIALMENTE ACOLHIDA - CORRIGENDA DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

Em conformidade com o disposto no art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias –

ADCT da Constituição Federal, foi instituído o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza no Estado da Paraíba – FUNCEP/PB, cujo valor corresponde a um adicional de 2% à alíquota do ICMS correspondentes às operações realizadas com os produtos ditos supérfluos.

A multa respectiva, todavia, só veio a ser regulamentada com a edição da Lei nº 9.414/2011, publicada em 12 de julho de 2011, que alterou a Lei 7.611/2004, instituidora do FUNCEP, daí o seu afastamento dos autos durante o período de janeiro de 2010 a junho de 2011.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE.

Cientificada da decisão de primeira instância, por via postal, com AR, em 19/10/2016, a autuada, através de advogados constituídos, protocolou recurso voluntário perante este Colegiado, versando idênticos argumentos dispostos em sua reclamação fiscal, requerendo o provimento do recurso para reformar a decisão recorrida e cancelamento do auto de infração com protesto pela realização de sustentação oral, nos quais passo a sintetizar:

- que os serviços prestados pela recorrente não são propriamente de natureza comunicacional, mais sim atividades que acrescentam utilidades de acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações nos termos do art. 61 da Lei Geral de Telecomunicações;

- que os serviços de valor adicionado não possuem natureza comunicacional e, portanto, não se confundem com o serviço de telecomunicação, tais como chamadas para números 0500, redêbitos, utilização de serviços de dados, acesso a caixa postal, internet móvel e demais serviços adicionais;

- que o Convênio ICMS nº 68/98 previu, em sua Cláusula Primeira, a inclusão dessas atividades na base de cálculo do imposto, porém os tribunais tem se manifestado em favor dos contribuintes, inclusive para afastar a aplicação do referido Convênio, uma vez que a Lei Geral de Telecomunicações, em seu art. 61, § 1º, deixa explícito que tais atividades não se confundem com o serviço de telecomunicações, pois caracterizam os chamados serviços de valor adicionado e, portanto, não possuem natureza comunicacional, passível de incidência do ICMS e do FUNCEP;

- que os tribunais jurisdicionais e administrativos tem afastado a aplicação do Convênio ICMS nº 69/98 visto que as atividades relacionadas aos serviços adicionados não se confundem com o serviço de comunicação, citando diversas decisões;

- que há um erro de eleição do sujeito passivo visto que não há prestações de serviço de comunicação na cobrança relativa a doações, “chamadas para numero 0500” não se constitui em fato gerador do ICMS, razão pela qual também deveria ser afastada dos autos tal exigência, pois a recorrente apenas recebe os valores por meio da conta telefônica e repassa a estes prestadores que são outras pessoas jurídicas;

- que, caso não seja acolhida a tese de improcedência da exigência fiscal, seja excluída a multa imposta sobre o mês de julho de 2011 na mesma linha de fundamentação da decisão que excluiu os meses de janeiro de 2010 a junho de 2011, visto a ausência de previsão legal para aplicação da multa prevista no art. 8º, da Lei nº 7.611/04 aos fatos anteriores a agosto de 2011;

Por fim, pretende que seja provido o recurso para que seja cancelada integralmente a exigência fiscal.

Na sequência, os autos foram remetidos a esta Casa, com distribuição e sorteio, segundo critério regimentalmente previsto, para fins de apreciação e julgamento.

Em vista de pedido de sustentação Oral e pelo que reza o artigo 20, inciso X do Regimento Interno do CRF/PB, aprovado pela Portaria 75/2017, foram os autos encaminhados para parecer da Assessoria jurídica, conforme despacho às fls. 295 os autos.

Em atendimento, foi acostado parecer circunstanciado sobre a matéria, conforme fls. 298 a 310 dos autos.

Este é o relatório.

VOTO

Em exame o recurso voluntário interposto contra decisão de primeira instância que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.000003226/2012-41, lavrado em 05/12/2012, constando a seguinte irregularidade:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP - FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA – *Contrariando dispositivos legais, o contribuinte deixou de recolher o FUNCEP nos meses de janeiro a dezembro de 2007.*

Antes da análise do mérito da contenda, determinante se apresenta a verificação dos aspectos de natureza formal do auto infracional.

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, abaixo transcritos, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013, DOE de 28.09.13:

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

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

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

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

I - à identificação do sujeito passivo;

II - à descrição dos fatos;

III - à norma legal infringida;

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

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

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

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 reclamante 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.

Analisando a exigência sob o prisma de seu mérito, consta dos autos que a autuada foi acusada de

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP atinente aos valores das prestações de serviços de comunicação faturados aos seus clientes nas Notas Fiscais de Serviços de Comunicação – NFSTs nos períodos de janeiro de 2010 a outubro de 2012.

Antes de adentrar aos aspectos recursais, necessário discorrer a lição doutrinária acerca da matéria em foco, na qual, como se sabe, é tratada na Constituição Federal, que assim dispõe sobre a criação de um Fundo de Combate à Pobreza, 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, impôs aos Estados, Municípios e Distrito Federal o dever de instituir Fundos de Combate à Pobreza, nos termos previstos pelo Art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, infra:

Art. 82. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate à Pobreza, com os recursos de que trata este artigo e outros que vierem a destinar, devendo os referidos Fundos ser geridos por entidades que contem com a participação da sociedade civil.

*§ 1º Para o financiamento dos Fundos Estaduais e Distrital, **poderá ser criado adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, sobre os produtos e serviços supérfluos e nas condições definidas na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição**, não se aplicando, sobre este percentual, o disposto no art. 158, IV, da Constituição.*

Com base no mandamento constitucional, o Estado da Paraíba, através da Lei 7.611, de 30/06/2004, instituiu o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza no Estado da Paraíba, denominado de FUNCEP/PB, na forma prevista no artigo 1º da norma supracitada.

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.

Parágrafo único. O Fundo será vinculado à Secretaria do Planejamento ou, se for o caso, a que vier a sucedê-la.

Seguindo o preceito constitucional, o art. 2º da Lei 7.611/04, estabeleceu como fonte de financiamento do FUNCEP/PB, dentre outras receitas, a parcela do produto da arrecadação correspondente à adição de dois pontos percentuais na alíquota do ICMS, incidente sobre alguns produtos considerados supérfluos.

Art. 2º Constituem as receitas do FUNCEP/PB:

I - a parcela do produto da arrecadação correspondente ao **adicional de dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS**, ou do imposto que vier a substituí-lo, incidente sobre os produtos e serviços abaixo especificados:

a) bebidas alcoólicas, exceto aguardente de cana-de-açúcar;

b) armas e munições;

c) embarcações esportivas;

d) fumo, cigarros e demais artigos de tabacaria;

e) aparelhos ultraleves e asas-delta;

f) gasolina;

g) **serviços de comunicação; (g.n.).**

h) energia elétrica para consumo residencial acima da faixa de 300 (trezentos) quilowatts/hora mensais;

II - dotações orçamentárias, em limites definidos, anualmente, na Lei de Diretrizes Orçamentárias;

III - doações, auxílios, subvenções e legados, de qualquer natureza, de pessoas físicas ou jurídicas do País ou do exterior;

IV - receitas decorrentes da aplicação dos seus recursos;

V - outras receitas que vierem a ser destinadas ao Fundo.

§ 1º *Os recursos do Fundo serão recolhidos em conta específica, na forma disciplinada em Decreto do Poder Executivo.*

§ 2º Não se aplica sobre o adicional do ICMS, de que trata este artigo, o disposto no art. 158, inciso IV, e no art.167, inciso IV, da Constituição Federal, bem como desvinculação orçamentária, conforme previsto no art. 82, § 1º, combinado com o art. 80, § 1º, ambos do ADCT da Constituição Federal.

§ 3º *O recolhimento do imposto a que se refere o inciso I, deste artigo, será efetuado por meio de documento de arrecadação específico e será calculado com base nos procedimentos definidos em Regulamento.*

Como se observa, não há dúvidas sobre a legalidade da cobrança do adicional de 2%, na alíquota do ICMS, incidentes nas prestações com serviços de comunicação, para compor os recursos do FUNCEP/PB que incidiram sobre os fatos geradores eclodidos nas prestações de comunicação, conforme competência atribuída pela Constituição Federal, aos Estados e ao Distrito Federal, para a instituição de tal imposto, na forma do art. 155, II, *verbis*:

*Art. 155. Compete **aos Estados** e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:*

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior. (g.n).

Neste sentido, entendemos que a autuação foi correta no sentido de apurar, para efeito de exigência do FUNCEP, o adicional de alíquota sobre o ICMS incidente nas prestações onerosas de serviços de comunicação efetuadas pela recorrente em sua atividade principal.

Nos aspectos abordados pela recorrente, parto a enfrentar o primeiro questionamento que alega a existência de uma tributação indevida sobre serviços de valor adicionado que não são serviços de comunicação propriamente ditos, não se sujeitando, portanto, ao disciplinamento previsto pelo Convênio ICMS nº 69/98, diante do disciplinamento estampado no art. 61, §1º da Lei nº 9.472/97.

No que se refere a contexto defendido de que não incide ICMS sobre os “serviços de valor adicionado” - SVA, contidos na planilha da fiscalização, às fls. 8 a 10 dos autos, sob a arguição de estar-se indo de encontro, no seu dizer, à incidência prevista na norma tributária e a Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), não comungo com as razões da Recorrente, pelos motivos que passarei a expor:

É perceptível que as arguições da recorrente se exaurem em uma interpretação de que haveria ilegalidade na aplicação da hipótese de incidência do ICMS e de aplicabilidade da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98, em razão da extrapolação dos limites de competência dos convênios definidos pela Carta Magna.

Em verdade, imprópria é a arguição apresentada, pois em primeiro plano não se comprova que os serviços apurados pela fiscalização se tratam de serviços suplementares ou de atividade meramente preparatória, que poderiam, nesta ótica, ficar margem da tributação nos termos do inciso III do Art. 2º da Lei Complementar nº 87/96.

O que se vislumbra nos autos é que a tributação incidiu sobre serviços com atividade essencialmente de comunicação destinado ao usuário final, o que vai ao encontro com o que reza o artigo 60 da Lei nº 9.472/97, desqualificando, portanto, a tese de que este serviço não se enquadraria ao conceito de serviço de comunicação, estando, portanto, plenamente inseridos no campo de incidência do ICMS.

Neste sentido, por força normativa do Convenio ICMS nº 69/98, não vejo como deixar de entender que os serviços prestados e oferecidos pela empresa, são, de fato e de direito, serviço de comunicação propriamente dito, estando contemplados dentro do conceito de “serviços que otimizam o processo de comunicação” conforme dicção constante na Clausula Primeira do retro convênio, senão vejamos:

(Convênio ICMS nº 69/98)

“CLÁUSULA PRIMEIRA. *Os signatários firmam entendimento no sentido de que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a*

título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada". (g.n.).

Pelo que se vê o Convênio ICMS nº 69/98 nos dá o rumo de que há incidência do ICMS sobre esses serviços, a exemplo dos que foram objeto do presente auto de infração.

Este mesmo entendimento já foi adotado, por este Colegiado, nos Acórdãos CRF nº. 448/2015 e c275/2015, para caso de idêntica natureza processual, senão vejamos:

Processo nº 081.888.2013-0

Acórdão CRF nº 448/2015

Recursos HIE/VOL/CRF- nº 241/2014

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. PRELIMINAR. AFASTADA. REDUÇÃO DA MULTA APLICADA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

A devida compreensão, pela defesa, dos fatos que lhe foram imputados, não configura o cerceamento de defesa, pas de nullité sans grief. A cobrança do ICMS sobre os serviços de comunicação, objeto da autuação, está prevista no Convênio 69/98. O advento de Lei nova mais benéfica ao contribuinte acarretou a sucumbência de parte do crédito tributário.

Processo nº 046.291.2015-7

Acórdão nº 150/2016

Recurso VOL/CRF-272/2015

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS ATINENTE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. ISENÇÃO CONDICIONADA. DEDUÇÃO DO PREÇO NÃO OCORRIDA. SERVIÇOS SUPLEMENTARES E FACILIDADES ADICIONAIS AO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. INCIDÊNCIA DO ICMS. RECONHECIMENTO DE PARTE DA DENÚNCIA. EXCLUSÃO DA MULTA RECIDIVA APLICADA. MODIFICADA QUANTO AOS VALORES A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

A prestação de serviços de comunicação junto à Administração Pública contratante somente goza

do benefício da isenção de que tratam os Decretos nº 24.755/03 e 35.320/14 quando atendidas, estritamente, as condições neles impostas, no tocante 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.

Da mesma forma incide ICMS nas prestações de comunicação quando da ocorrência de serviços auxiliares, de valor adicionado e intermediário, essenciais e necessários à conclusão da comunicação, assim como os serviços a ela agregados, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, inclusive os relacionados ao TC CPE solution aluguel, independentemente da denominação que lhes seja dada, nos termos da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 69/98.

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

A acusação de falta de recolhimento do ICMS sobre as receitas relativas à Prestação de Serviços de Comunicação encontra respaldo na legislação estadual.

Ocorrência de recolhimento de parte de denúncia via REFIS/PB.

Exclusão da multa recidiva por não atender ao disciplinamento da Lei nº 10.094/20913

Portanto, não se visualiza uma base tributária indevida ou de não incidência, posto não prevalecer a arguição recursal de que as prestações realizadas não se enquadrariam como serviços de telecomunicação ofertados pela empresa concessionária, haja vista neles estarem presentes a onerosidade, a utilização de um canal entre o emissor e o receptor e a transmissão da mensagem por símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, sendo irrelevante o fato de que o canal de comunicação seja de propriedade do próprio emissor da mensagem.

Sobre o disposto no §1º do art. 61 da Lei Geral das Telecomunicações, reiterado pela recorrente de que os serviços de valor adicionado não constituem serviços de telecomunicação, vejo que não se aplica ao caso presente já que se cuida aqui de caso de exigência do FUNCEP que é lastreada sobre os serviços de telecomunicação sujeita a incidência tributária contidas na lei.

Assim, tendo em vista a plena vigência do Convênio ICMS nº 69/98, considero acertada a tributação das receitas referentes aos serviços apurados que erroneamente não tiveram uma base de incidência do ICMS sobre as citadas operações, tidas como isentas e/ou não tributáveis.

A propósito, faço comungar com a observação trazida na decisão recorrida ao observar o Ofício nº 113/2006/SUE-ANATEL, expedido pela Agência Reguladora em resposta ao pedido de informações apresentado pelo CONFAZ sobre o provimento de serviços de telecomunicações e da utilização da infraestrutura de suporte à prestação dos serviços, que, também, encontra-se alinhado ao entendimento deste Colegiado a exemplo dos acordão já citados.

No que concerne à citação de julgados emanados de tribunais pátrios acerca da matéria, em verdade, esta relatoria verifica que as citadas decisões não possuem, ainda, linha pacificada e uníssona nos tribunais superiores, com efeito “*erga omnes*” capaz de descaracterizar os efeitos normativos contidos no Convênio ICMS nº 69/98, bem como de afastar a incidência do ICMS nas operações glosadas pela fiscalização presente que retratam a ocorrência de diversas operações com atividade de comunicação, propriamente dita.

No entanto, reconheço a inclusão indevida na base de tributação realizada sobre o serviço denominado de “chamadas para números 0500”, visto que após consulta ao banco de dados da SER, constatei que, de fato, se tratam de valores arrecadados pela recorrente a título de doações para instituições beneficentes de programas sociais, não havendo a tipificação de uma atividade de comunicação nesta rubrica, na forma apurada pela fiscalização. Tal fato encontra-se comprovado na análise da Nota Fiscal de nº 18441, de 27/11/2010, especificando, inclusive, de que se trata de outros serviços com codificação 599, não caracterizando atividade onerosa de telecomunicação, conforme se depreende das provas acostadas às fls. 292 a 294 os autos.

Assim, se faz necessário a exclusão dos valores exigidos nos meses de agosto, setembro, novembro e dezembro de 2010 e de janeiro de 2011.

No tocante à decisão singular que excluiu parte do lançamento indiciário do FUNCEP, verifica-se que o nobre representante legal reapresenta o questionamento para que seja excluída, também, a parcela incidente sobre o mês de julho de 2011 nas mesmas fundamentações adotadas para o desfecho da causa sobre a eficácia da multa aplicada.

Neste contexto, esta relatoria com prudência e imparcialidade que o caso requer, verificou nos autos a existência de um equívoco tomado pela julgadora singular quando excluiu, indevidamente, todo o lançamento indiciário entre FUNCEP e a multa por infração, quando somente deveria ter sido retirado do auto de infração os valores correspondentes à penalidade imposta, diante da falta de tipificação da pena tributária aplicável que só veio a ser incidente ao caso de não recolhimento em questão, depois da promulgação da Lei nº 9.414/2011, publicada em 12 de julho de 2011, que alterou a Lei 7.611/2004, instituidora do FUNCEP.

Assim, somente caberia a manutenção da exigência do FUNCEP, sem, no entanto, ser imputada a penalidade, sobre os meses de janeiro de 2010 a junho de 2011.

Portanto, antes dessa norma ser publicada, não há que se falar em multa por infração pelo não recolhimento do FUNCEP no prazo estabelecido, uma vez que não havia sanção específica para o caso, porém a obrigação principal de recolhimento do tributo é devida ao contribuinte, onde, no caso

específico dos autos, necessária será a inclusão do valor do FUNCEP, sem a multa aplicada no período supracitado.

Ainda sobre esta matéria, percebe-se que, a despeito da não aplicação da sanção, a exigência do FUNCEP relacionada às parcelas de serviço de comunicação mantidas nesta decisão se demonstra devida, não havendo qualquer obstáculo a sua exigência, via auto de infração, visto que o lançamento de ofício atende ao comando legal do artigo 142 do CTN que estabelece uma possibilidade legal na propositura da penalidade, senão vejamos normativo:

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

Portanto, reitero, mais uma vez, a ocorrência de lapso no quantum devido sobre a exigência do lançamento da parcela do FUNCEP, que deixou de ser recolhida pela empresa autuada ao tempo dos fatos geradores, porém sem aplicabilidade de incidência de penalidade própria, tendo em vista a lacuna de sanção específica para o caso que somente veio a ser suprida com a edição da Lei nº 9.414/2011, não podendo seus efeitos retroagir ao fato pretérito, em face do que dispõe a augusta lição do texto normativo contido no artigo 106, II, “c”, ambos do CTN, infra:

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

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

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

Quanto à penalidade aplicada sobre o mês de julho de 2011, vejo necessária, também, a sua exclusão em decorrência das razões acima expedidas.

Registre-se que tal entendimento vem sendo aplicado por esta Corte, em face o advento do Parecer nº PGE/201/2013, publicado no DOE de 27/07/2013, exarado mediante provocação do Secretário de Estado da Receita, vinculando seus membros a legitimar o lançamento de ofício referente ao

FUNCEP através da peça acusatória, em análise, sem a devida penalidade. Vejamos a ementa de o mencionado Parecer:

PARECER nº 201/2013 - PGE

Processo Administrativo: 2013000024283

Interessado: Secretário de Estado da Receita do Estado da Paraíba

*Constitucional. Tributário. ICMS. FUNCEP. Aplicação dos procedimentos de fiscalização e de apuração do crédito tributário decorrente do adicional do ICMS, na forma como previstos na legislação atualmente vigente, ainda que para as obrigações geradas anteriormente a 12/07/2011. Subsunção da Lei nº 6.379/1996 e do Regulamento do ICMS (aprovado pelo Decreto nº 18.930/1997). Previsão explícita da Lei Estadual nº 9.414/2011, de 13 de julho de 2011. É lícita a retroatividade das leis tributárias procedimentais ou formais, conforme prevê art. 144, § 1º, do Código Tributário Nacional. **OPINA-SE pela adoção de todas as medidas já constantes da legislação vigente, especialmente da Lei nº 6.379/1996 e do Regulamento do ICMS, a exemplo dos atos de apuração consubstanciados no auto de infração ou representação fiscal, conforme o caso e no que couber, ainda que os fatos imponíveis a serem apurados sejam anteriores ao período de 12/07/2011.***

Neste sentido, nada obsta que todos os instrumentos já existentes na legislação que disciplinam a forma de constituição e exigibilidade do ICMS sejam aplicáveis ao recolhimento do próprio adicional destinado ao FUNCEP, ressalvada, porém, a cominação de legal por falta de previsão normativa aos fatos geradores antes de vigência da lei instituidora da pena.

Diante desta prudente análise, retifico os valores sentenciados da decisão singular no tocante à exclusão dos valores apurados sobre os serviços intitulados de “chamadas para números 0500” e a penalidade incidente sobre o mês de julho de 2011, razão pela qual o crédito tributário fica adstrito aos valores da planilha abaixo para efeito de exigibilidade devida, senão vejamos:

Descrição da Infração	Início	Fim	Funcep	Multa	Total
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/01/2010	31/01/2010	150,49	0,00	150,49
FALTA DE RECOLHIMENTO	01/02/2010	28/02/2010	158,07	0,00	158,07

DO FUNCEP		0			
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/03/2010	31/03/2010	152,70	0,00	152
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/04/2010	30/04/2010	151,03	0,00	151
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/05/2010	31/05/2010	144,59	0,00	144
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/06/2010	30/06/2010	140,82	0,00	140
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/07/2010	31/07/2010	142,21	0,00	142
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/08/2010	31/08/2010	153,35	0,00	153
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/09/2010	30/09/2010	163,02	0,00	163
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/10/2010	31/10/2010	163,25	0,00	163
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/11/2010	30/11/2010	158,45	0,00	158
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/12/2010	31/12/2010	151,45	0,00	151
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/01/2011	31/01/2011	162,60	0,00	162
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/02/2011	28/02/2011	157,51	0,00	157
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/03/2011	31/03/2011	154,20	0,00	154

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/04/2011	30/04/2011	183,51	0,00	183,51
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/05/2011	31/05/2011	151,94	0,00	151,94
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/06/2011	30/06/2011	155,89	0,00	155,89
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/07/2011	31/07/2011	164,52	0,00	164,52
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/08/2011	31/08/2011	171,52	171,52	343,04
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/09/2011	30/09/2011	166,20	166,20	332,24
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/10/2011	31/10/2011	181,82	181,82	363,66
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/11/2011	30/11/2011	188,24	188,24	376,16
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/12/2011	31/12/2011	167,13	167,13	334,29
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/01/2012	31/01/2012	178,36	178,36	356,65
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/02/2012	28/02/2012	172,81	172,81	345,46
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/03/2012	31/03/2012	162,38	162,38	324,84
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/04/2012	30/04/2012	154,34	154,34	308,18

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/05/2012	31/05/2012	150,43	150,43	300,86
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/06/2012	30/06/2012	149,38	149,38	298,76
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/07/2012	31/07/2012	135,88	135,88	271,76
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/08/2012	31/08/2012	132,93	132,93	265,86
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/09/2012	30/09/2012	131,68	131,68	263,36
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP	01/10/2012	31/10/2012	49,77	49,77	99,54
TOTAIS			5.252,47	2.292,87	7.545,34

Por todo o exposto,

V O T O - pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *provimento parcial*, alterando, quanto aos valores, a decisão proferida pela instância prima que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001131/2014-55, lavrado em 7/7/2014, contra a empresa VIVO S/A, inscrição estadual nº 16.155.361-3, com exigência do FUNCEP no valor de R\$ 5.252,47 (cinco mil, duzentos e cinquenta e dois reais e quarenta e sete centavos), por infringência aos artigos 2º, inciso I e 8º, ambos da Lei nº 7.611/2004, e multa por infração no valor de R\$ 2.292,87 (dois mil, duzentos e noventa e dois reais e oitenta e sete centavos), perfazendo um crédito tributário no montante de R\$ 7.545,34 (sete mil, quinhentos e quarenta e cinco reais e trinta e quatro centavos).

Ademais, cancelo, por indevido, o montante de R\$ 2.984,26 (dois mil, novecentos e oitenta e quatro reais e vinte e seis centavos), sendo R\$ 12,33 (doze reais e trinta e três centavos) de FUNCEP e R\$ 2.971,93 (dois mil, novecentos e setenta e um reais e noventa e três centavos) multa por infração,

com fundamento nas razões supramencionadas.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 30 de agosto de 2017.

JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES
Conselheiro Relator