



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

PROCESSO Nº 084.839.2012-3

Recurso VOL/CRF N.º 271/2013

Recorrente: NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S. A

Recorrida: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

Preparadora: RECEBEDORIA DE RENDAS DE JOÃO PESSOA.

Autuante: IVONIA DE LOURDES LINS LUCENA/FERNANDA C. V. BRAZ.

Relatora: CONS^a. DOMENICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO

FUNCEP- FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. RECOLHIMENTO A MENOR. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIOS FISCAIS APLICADOS AO ICMS COMUNICAÇÃO. PENALIDADE. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

O benefício fiscal de redução da base de cálculo do ICMS não se estende ao FUNCEP, que tem seu percentual de 2% calculado sobre o preço do serviço, no caso de TV por assinatura. Assim, reputa-se regular a exigência da diferença não recolhida de valores relativos ao FUNCEP, em decorrência de errônea aplicação sobre a base de cálculo reduzida do ICMS Comunicação.

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

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, a unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento do RECURSO VOLUNTÁRIO, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu DESPROVIMENTO, mantendo a PROCEDÊNCIA do Auto de Infração de Estabelecimento nº. 93300008.09.00001569/2012-71, lavrado em 25/7/2012, contra a empresa NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S. A. (CCICMS: 16.161.746-8), condenando-a ao crédito tributário total de R\$ 439.281,66 (quatrocentos e trinta e nove mil duzentos e oitenta e um reais e sessenta e seis centavos), sendo R\$ 219.640,83 (duzentos e dezenove mil seiscentos e quarenta reais e oitenta e três centavos), de ICMS, por infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7611, de 30/06/2004, e R\$ 219.640,83 (duzentos e dezenove mil seiscentos e quarenta reais e oitenta e três centavos) de multa por infração, fulcrada no art. 8º da Lei nº 7.611/04, acrescentado pela Lei nº 9.414, de 12/07/2011.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, PATRÍCIA MÁRCIA DE ARRUDA BARBOSA, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, MARIA DAS GRAÇAS DONATO DE OLIVEIRA LIMA, FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO, ROBERTO FARIAS DE ARAÚJO e FRANCISCO GOMES DE LIMA NETTO.

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso Voluntário, interposto nos termos dos art. 77 da Lei nº 10.094/13, contra decisão proferida em primeira instância, que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001569/2012-71 (fl. 3), lavrado em 25/7/2012, contra a empresa NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S. A. (CCICMS: 16.161.746-8), em razão da seguinte irregularidade:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA >>> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte deixou de recolher o FUNCEP-Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. NOTA EXPLICATIVA: A AUTUADA, NA QUALIDADE DE ESTABELECIMENTO CONCESSIONÁRIO RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO DO IMPOSTO INCIDENTE SOBRE AS PRESTAÇÕES ONEROSAS DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO, EFETUADOS NESTE GOVERNO DA PARAÍBA ESTADO, DEIXOU DE

RECOLHER À FAZENDA ESTADUAL, NO PERÍODO DE JULHO/2011 A DEZEMBRO/2011, FUNCEP NA QUANTIA DE R\$ 219.640,83 (DUZENTOS E DEZENOVE MIL SEISCENTOS E QUARENTA REAIS E OITENTA E TRÊS CENTAVOS) POR HAVER PRESTADO SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO REMUNERADOS E CALCULADO O FUNCEP SOBRE A BASE DE CÁLCULO DO ICMS REDUZIDA DESPROVIDA DE AMPARO LEGAL, VIOLANDO ASSIM O ART. 2º, INCISO I, ALÍNEA “G”, DA LEI Nº 7.611/2004 C/C O ART. 2º, INCISO VII, DO DECRETO Nº 25.618/2004 (FUNCEP).

Em decorrência da acusação, considerando infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7611, de 30/06/2004, o autuante procedeu ao lançamento de ofício, exigindo o ICMS no valor total de R\$ 219.640,83, ao mesmo tempo em que sugeriu a aplicação da penalidade pecuniária na quantia de R\$ 219.640,83, nos termos do art. 8º da Lei nº 7.611/04, acrescentado pela Lei nº 9.414, de 12/07/2011, perfazendo, ambas as quantias, o crédito tributário total de R\$ 439.281,66.

Instruem os autos os seguintes documentos (fls. 5 a 7): Demonstrativo da Diferença de FUNCEP a Recolher Decorrente da Aplicação da Alíquota de 2% Sobre o Valor do Serviço Sem Aplicação de Redução de Base de Cálculo por Falta de Previsão legal (Exercício 2011); CD-ROM com as notas fiscais de saídas do período autuado.

Devidamente cientificado da atuação (fl. 12), o acusado apresentou petição reclamatória (fl. 13), requerendo a improcedência do feito fiscal.

Na contestação (fl. 100), as autuantes rebatem as alegações da recorrente, solicitando a manutenção da exordial.

Após informação fornecida pela autoridade preparadora de não haver antecedentes fiscais (fl. 75), os autos foram conclusos e remetidos à Gerência de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, e distribuídos ao Julgador Fiscal, Petrônio Rodrigues Lima, que, após a análise, julgou o libelo basilar PROCEDENTE (fl. 78), ementando sua decisão conforme explicitado abaixo:

“RECOLHIMENTO A MENOR DO FUNCEP – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. UTILIZAÇÃO DE BASE DE CÁLCULO REDUZIDA. SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. Redução da base de cálculo para aplicação do percentual de 2%, destinado ao FUNCEP, sem amparo legal, enseja a cobrança da diferença não recolhida, acompanhada da penalidade prevista na legislação vigente, conforme peça basilar.

O contribuinte foi devidamente cientificado da decisão da GEJUP, por meio do Aviso de Recebimento acostado aos autos (fl. 86), apresentando tempestivamente seu recurso (fl. 87), no qual alega que: a autuação é nula, tendo em vista que não atendeu aos requisitos exigidos nos incisos IV e VI do art. 692 do RICMS/PB (qualificação dos dirigentes/responsáveis pela empresa e a capitulação da infração com a penalidade aplicável); a Lei 7.611/04 não dispõe acerca da utilização da base de cálculo integral para aplicação da alíquota de 2% (FUNCEP); recolheu os 2% do FUNCEP, considerando a base de cálculo reduzida, de acordo com o Convênio nº 57/99; não existe amparo legal que justifique a utilização da base de cálculo diversa da empregada pela empresa; a fiscalização não fez a subsunção dos fatos às normas vigentes; a multa tem efeito confiscatório, em virtude do seu elevado percentual. Por fim, roga pela improcedência do auto de infração ou pela exclusão/redução da multa aplicada

Nas contrarrazões (fls. 64 a 73), as fazendárias rebatem as arguições do contribuinte alegando que: o libelo basilar não é nulo, pois está devidamente fundamentado, contendo os requisitos previstos no art. 695, do RICMS/PB, quais sejam, natureza da infração e pessoa do infrator; a empresa utilizou indevidamente a base de cálculo reduzida (só para o ICMS) para aplicação do percentual do FUNCEP (2%), sem amparo legal; já existe um Parecer da Gerência Executiva de Tributação da

SER/PB, no processo nº 0721382012-5, no qual o percentual de 2% do FUNCEP não deve ser aplicado sobre a base de cálculo reduzida, devendo incidir sobre o preço do serviço (Base de Cálculo dos serviços de comunicação); a penalidade aplicada foi baseada na Lei 7.611/04 c/c Lei nº 9.414/11, não procedendo as alegações de efeito confiscatório da multa. Ao final, requer a procedência do feito fiscal.

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

VOTO

Versam os autos sobre a infração de Falta de Recolhimento do FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

Inicialmente, devo discorrer sobre algumas alegações trazidas pelo contribuinte em seu recurso. A empresa alega que a autuação seria nula, em virtude do não atendimento dos requisitos exigidos nos incisos IV e VI, do art. 692, do RICMS/PB, quais sejam: qualificação dos dirigentes e responsáveis pela empresa; capitulação da infração com a penalidade aplicável.

A tese de nulidade levantada pela empresa não merece prosperar, pois o auto de infração em questão foi constituído em conformidade com os requisitos essenciais, elencados no parágrafo único, do art. 695, do RICMS/PB, c/c art. 15, da Lei 10.094/2013 (transcritos abaixo), quais sejam, determinação da natureza da infração e da pessoa do infrator. Ou seja, a existência desses dois requisitos já garante legalidade ao feito fiscal.

“Art. 695. A lavratura do auto de infração ou de representação é de competência dos agentes fiscais da fazenda estadual, com exercício nas repartições fiscais, conforme as infrações sejam apuradas nos serviços externos e interno de fiscalização, devendo ser formalizada de conformidade com os requisitos do art. 692.

Parágrafo único. As incorreções ou omissões não acarretam a nulidade do processo, quando dele constarem elementos suficientes para determinar com segurança a natureza da infração e a pessoa do infrator.”

“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.”

Adentrando na questão meritória, é cediço que o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FUNCEP/PB) foi instituído, no Estado da Paraíba, por meio da Lei nº 7.611, de 30/06/2004, tendo seu objetivo detalhado no art. 1º, transcrito abaixo:

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.

Já o art. 2º, da mencionada lei, detalha as fontes de financiamento do FUNCEP, sobre as quais incidirão o percentual de 2% (alíquota do Fundo). No seu inciso I, alínea “g” (transcrito abaixo),

podemos encontrar os serviços de comunicação, que é o objeto da presente demanda.

Art. 2º Constituem as receitas do FUNCEP/PB: I - a parcela do produto da arrecadação correspondente ao adicional de dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ou do imposto que vier a substituí-lo, incidente sobre os produtos e serviços abaixo especificados: (...) g) serviços de comunicação; (...)

Nos casos de serviços de comunicação, o próprio Regulamento de ICMS da Paraíba determina a sua base de cálculo, qual seja, o preço do serviço, de acordo com o art. 14, do RICMS/PB, in verbis:

Art. 14. A base de cálculo do imposto é: (...) III – na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço; (g.n.)

A empresa não discorda da obrigatoriedade legal do pagamento do referido adicional. Porém, considerando a falta de definição expressa, na Lei nº 7.611/04 e no Decreto estadual nº 25.618/2004, sobre a base de cálculo que deve incidir o percentual de 2% do FUNCEP/PB, e considerando que, de acordo com o Convênio de ICMS nº 57/99, o serviço de comunicação prestado mediante televisão por assinatura goza do benefício fiscal de redução da base de cálculo do ICMS incidente sobre esse serviço, a mesma entende que o adicional de 2% destinado ao FUNCEP deve ser calculado sobre a base de cálculo reduzida

Data máxima vênia, devo discordar do entendimento da recorrente, em virtude de fundamentos que irei expor a seguir.

O benefício fiscal de redução de base de cálculo, concedido pelo Convênio nº 57/99, diz respeito unicamente ao ICMS, que se trata de um imposto, e como tal, não é vinculado a uma atividade Estatal específica, ou seja, a sua arrecadação não tem uma destinação particular.

Diferente do que ocorre com o FUNCEP, que, de acordo com o art. 1º, da Lei 7.611/2004 (acima transcrito), tem destinação específica, tais como: ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, saneamento básico, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social.

Assim, não há como deixar o FUNCEP e o ICMS no mesmo patamar, objetivando uma possível equiparação, no intuito de estender ao primeiro, um benefício concedido ao segundo.

Corroborando com meu entendimento, devemos ter em mente que benefícios fiscais devem ser interpretados literalmente, conforme previsão do art. 111 do CTN, in verbis:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II - outorga de isenção;

III- dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

Portanto, ao interpretar literalmente o art. 33, inciso XI, alínea “b”, do RICMS/PB (transcrito abaixo), que convalidou o Convênio ICMS nº 57/99, o qual concede a redução de base de cálculo para o ICMS, nos serviços de TV por assinatura, devo concluir que o benefício abarca tão somente o Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)

Art. 33. Fica reduzida a BASE DE CÁLCULO DO ICMS nas operações seguintes, de forma que a carga tributária resulte nos percentuais abaixo indicados: (...) XI – nas prestações de serviço de televisão por assinatura, observado o disposto nos §§ 20 a 23 (Convênio ICMS 57/99 e 20/11): (...)

b) 10% (dez por cento), a partir de janeiro de 2001. (g.n.)

Nessa mesma linha de raciocínio, devo transcrever o art. 2º, do Decreto Estadual nº 25.618, de 17/12/2004, que regulamentou o FUNCEP, no Estado da Paraíba, o qual demonstra indubitavelmente a proibição de utilização de quaisquer benefícios ou incentivos fiscais no cálculo do Fundo em debate.

Art. 2º. As alíquotas do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS dos seguintes produtos ficam acrescida de 2 (dois) pontos percentuais, a saber: (...) Parágrafo único. Relativamente ao acréscimo do ICMS referido no 'caput': I - (...) II - (...) III- não pode ser utilizado nem considerado para efeito do cálculo de quaisquer benefícios ou incentivos fiscais, inclusive aqueles relativos ao Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Industrial do Estado da Paraíba – FAIN, nas operações previstas no art. 3º, relativamente aos fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2005.

Logo, não restam dúvidas de que o benefício da redução de base de cálculo concedido ao ICMS, nos casos de TV por assinatura, não devem ser estendidos ao FUNCEP, em virtude dos fundamentos expostos até o presente momento.

Esse também é o entendimento da Gerência de Tributação, desta Secretaria de Estado, conforme resposta a consulta formalizada mediante o Processo nº 0721382012-5, que deu causa ao Parecer nº 2012.01.05.00245, conforme ementa e fragmento, abaixo transcritos:

“CONSULTA FISCAL. Acréscimo Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP. Não aproveitamento de benefícios fiscais relativos ao ICMS. Natureza jurídica de imposto estadual”.

“Conclui-se, portanto, que nas operações de televisão por assinatura a redução da base de cálculo de 64,29% resulta em carga tributária efetiva de 10% (art. 33, XI, “b” – RICMS/PB), ou seja, relativamente ao ICMS aplicase, diretamente, sobre o valor total da prestação, a alíquota (carga tributária efetiva) de 10%. Sobre esta carga tributária de 10% acrescentar-se-á o percentual de 2% correspondente ao FUNCEP/PB (art. 2º, I, Lei nº 7.611/04), perfazendo-se o total de 12% sobre o valor total da prestação, sendo que os 2% do FUNCEP/PB será recolhido em separado, com código de receita específico, conforme determina o seu Regulamento (art. 1º, III – Decreto nº 25.618/04)”.

No que diz respeito à alegação da empresa de que a multa proposta pelas autuantes teria efeito de confisco, concluo que não deve prosperar, devido ao fato de que, tanto os fazendários, como os órgãos julgadores administrativos estão vinculados ao que dispõe a lei de regência, ou seja, para a acusação de falta de recolhimento do FUNCEP, prevê o art. 8º, da Lei nº 7.611/04, acrescentado pela Lei nº 9.414 de 12/07/2011, que a correspondente penalidade é de 100%, conforme transcrito abaixo:

Art. 8 A falta de recolhimento do adicional de que trata o "caput" do inciso I do Art. 2º implicará multa de 100% (cem por cento) sobre o valor não recolhido

Não obstante, vejo que este Colegiado já se posicionou em decisão acerca da matéria, conforme edição do Acórdão CRF nº 361/2013 (relator: Maria das Graças D. O. Lima):

“RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS. PRELIMINARES. REJEIÇÃO. ADICIONAL DE 2% DESTINADO AO FUNCEP. NÃO APROVEITAMENTO DE BENEFÍCIOS FISCAIS APLICADOS AO ICMS COMUNICAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP SOBRE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO ERRONEAMENTE CONSIDERADOS COMO ISENTOS OU NÃO TRIBUTADOS. CONFIRMAÇÃO. PENALIDADE. AJUSTES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR. - Preliminares de nulidade

do lançamento de ofício não acolhidas, visto que o mesmo preenche os requisitos mínimos à constituição válida do processo: presença de elementos suficientes à perfeita identificação da natureza de infração e da pessoa do infrator, além da lavratura por autoridade fiscal competente. - Não se estende ao adicional de 2% destinado ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP o benefício fiscal de redução da base de cálculo do ICMS nas prestações do serviço de comunicação mediante televisão por assinatura, em face de expressa previsão legal nesse sentido. Razão por que, reputa-se regular a exigência da diferença não recolhida de valores relativos ao FUNCEP em decorrência de errônea aplicação sobre a base de cálculo reduzida do ICMS Comunicação. - A falta de recolhimento do adicional do FUNCEP sobre o valor do ICMS incidente sobre serviços que, não obstante se inserirem na categoria de serviços de comunicações, consoante o previsto na legislação de regência, foram erroneamente considerados pelo contribuinte como isentos ou não tributados, legitima a exigência do tributo. - Ajustes promoveram a exclusão dos valores referentes à penalidade em virtude da falta de previsão legal ao tempo da ocorrência dos fatos geradores.”

Portanto, ratifico o entendimento exarado pela instância prima, concluindo pela procedência do libelo fiscal, para condenar a recorrente ao pagamento das diferenças do FUNCEP, demonstradas no levantamento realizado pelas autuantes (fl. 5).

Em face desta constatação processual,

VOTO pelo recebimento do RECURSO VOLUNTÁRIO, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu DESPROVIMENTO, mantendo a PROCEDÊNCIA do Auto de Infração de Estabelecimento nº. 93300008.09.00001569/2012-71, lavrado em 25/7/2012, contra a empresa NET SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO S. A. (CCICMS: 16.161.746-8), condenando-a ao crédito tributário total de R\$ 439.281,66 (quatrocentos e trinta e nove mil duzentos e oitenta e um reais e sessenta e seis centavos), sendo R\$ 219.640,83 (duzentos e dezenove mil seiscentos e quarenta reais e oitenta e três centavos), de ICMS, por infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7611, de 30/06/2004, e R\$ 219.640,83 (duzentos e dezenove mil seiscentos e quarenta reais e oitenta e três centavos) de multa por infração, fulcrada no art. 8º da Lei nº 7.611/04, acrescentado pela Lei nº 9.414, de 12/07/2011.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 06 de fevereiro de 2015.

Domênica Coutinho de Souza Furtado
Consª. Relatora

Gíanni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente