



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO 0463/2022
Página 1

PROCESSO Nº 0980922019-7

ACÓRDÃO Nº 0463/2022

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: TIM CELULAR S/A.

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - CABEDELO

Autuante: JOSÉ BARBOSA DE SOUSA FILHO

Relator: CONS.º EDUARDO SILVEIRA FRADE

FUNDO DE COMBATE E ERRADIAÇÃO DA POBREZA. FUNCEP. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÃO DE MEIOS DE REDE. CORREÇÃO DOS CÁLCULOS MANTIDA - INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

- Incidência do FUNCEP sobre as aquisições de meios de rede, CFOPs 1301 e 2301. Para fins de pagamento do imposto devido, o montante a ser tributado será obtido pela multiplicação do valor total da cessão dos meios de rede pelo fator obtido da razão entre o valor das prestações citadas e o total das prestações do período.
- Confirmada a sucumbência de parte do FUNCEP exigido na exordial por ser indevido.

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

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do *recurso de ofício*, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença exarada na instância monocrática e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001900/2019-20, lavrado em 30 de junho de 2019 contra a empresa TIM CELULAR S/A, de inscrição estadual n. 16.143.665-0, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de **R\$ 38.365,94** (trinta e oito mil, trezentos e sessenta e cinco reais e noventa e quatro centavos), sendo **R\$ 15.346,36** (quinze mil, trezentos e quarenta e seis reais e trinta e seis centavos) de FUNCEP, em observância ao artigo 2º, inciso I da Lei nº 7.611/96, **R\$ 15.346,36** (quinze mil, trezentos e quarenta e seis reais e trinta e seis centavos) de multa por infração, com fundamento no artigo 8º da Lei nº 7.611/04 e de **R\$ 7.673,22** (sete mil, seiscentos e setenta e três reais e vinte e dois centavos), de reincidência fiscal, com fundamento no artigo 87, da Lei nº 6.379/96.



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO 0463/2022
Página 2

Ao tempo, mantenho cancelado, por indevido, o total de **R\$ 124.728,05** (cento e vinte e quatro mil, setecentos e vinte e oito reais e cinco centavos), sendo **R\$ 47.328,10** (quarenta e sete mil, trezentos e vinte e oito reais e dez centavos) de FUNCEP, **R\$ 47.328,10** (quarenta e sete mil, trezentos e vinte e oito reais e dez centavos) de multa por infração e **R\$ 29.963,85** (vinte e nove mil, novecentos e sessenta e três reais e oitenta e cinco centavos), de multa recidiva.

Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.I.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 31 de agosto de 2022.



EDUARDO SILVEIRA FRADE
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA E MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO 0463/2022
Página 3

PROCESSO Nº 0980922019-7

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: TIM CELULAR S/A.

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - CABEDELO

Autuante: JOSÉ BARBOSA DE SOUSA FILHO

Relator: CONS.º EDUARDO SILVEIRA FRADE

FUNDO DE COMBATE E ERRADIAÇÃO DA POBREZA. FUNCEP. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÃO DE MEIOS DE REDE. CORREÇÃO DOS CÁLCULOS MANTIDA - INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - RECURSO DE OFÍCIO DESPROVIDO.

- Incidência do FUNCEP sobre as aquisições de meios de rede, CFOPs 1301 e 2301. Para fins de pagamento do imposto devido, o montante a ser tributado será obtido pela multiplicação do valor total da cessão dos meios de rede pelo fator obtido da razão entre o valor das prestações citadas e o total das prestações do período.
- Confirmada a sucumbência de parte do FUNCEP exigido na exordial por ser indevido.

RELATÓRIO

Em análise neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais da Secretaria de Estado da Fazenda do Estado da Paraíba, o recurso de ofício interposto nos termos do artigo 80 da Lei nº 10.094/13, contra a decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001900/2019-20, lavrado em 30 de junho de 2019, em desfavor da TIM CELULAR S.A., de inscrição estadual n. 16.143.665-0, cuja acusação é a seguinte:

0465 – 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.



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO 0463/2022
Página 4

Nota Explicativa: EMPRESA ESTÁ SENDO AUTUADA POR FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNDO E COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA – FUNCEP/PB, DECORRENTE DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO Nº 93300008.09.00001899/2019-33, EM RAZÃO DA FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS INCIDENTE SOBRE A AQUISIÇÃO DOS MEIOS DE REDE CONFORME ESTABELECIDO NO ART. 3º DO DECRETO 34.010/2013 (CONVÊNIO ICMS 17/2013). O VALOR DO ICMS A SER RECOLHIDO FOI APURADO PELA DIFERENÇA ENTRE OS VALORES CALCULADOS PELO FISCO E OS RECOLHIDOS PELA EMPRESA. NO CÁLCULO DOS VALORES FORAM CONSIDERADOS: A) OS VALORES TOTAIS MENSIS DAS AQUISIÇÕES DE CESSÃO DE MEIOS DECLARADOS NO SPED/EFD SOB OS CFOP 1301/2301; B) A IMPORTAÇÃO (GROSS UP) OS VALORES DO ITEM A, EM RAZÃO DO ICMS SER UM IMPOSTO CALCULADO POR DENTRO; C) OS VALORES TOTAIS MENSIS DE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO OBTIDOS DOS ARQUIVOS DO CONVÊNIO ICMS 115/03; D) NO CÁLCULO DO FATOR DEFINIDO NO §1º ART. 3º DO DECRETO 34.010/2013, FORAM INCLUÍDAS NO DENOMINADOR OPERAÇÕES DE COBILING LANÇADAS EM OUTROS DÉBITOS NO LIVRO DE APURAÇÃO DE ICMS; E) NO CÁLCULO DO FATOR DEFINIDO NO §1º ART. 3 DO DECRETO 34.010/2013 FORAM EXCLUÍDAS DO NUMERADOR (PRESTAÇÕES ISENTOS/NÃO TRIBUTADAS/OUTRAS) E DO DENOMINADOR (TOTAL DE PRESTAÇÕES): SERVIÇOS DE INTERCONEXÃO; FATURAMENTO PRÉ-PAGO; ITENS FINANCEIROS, SEGURO, SOFTWARE, FACILIDADES E OUTROS DE MESMA NATUREZA. A IRREGULARIDADE APONTADA SE ENCONTRA DETALHADA NOS ANEXOS, QUE FICAM SENDO PARTES INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

Pelo fato narrado, o autuante procedeu ao lançamento tributário de ofício, em decorrência da infração aos dispositivos presentes à tabela abaixo, exigindo o FUNCEP no valor de **R\$ 62.728,46** (sessenta e dois mil, setecentos e vinte e oito reais e quarenta e seis centavos) com propositura de multa na importância de **R\$ 62.728,46** (sessenta e dois mil, setecentos e vinte e oito reais e quarenta e seis centavos), acrescida de multa por reincidência no valor de **R\$ 37.637,07** (trinta e sete mil, seiscentos e trinta e sete reais e sete centavos), nos termos do artigo 87 da Lei nº 6.379/96.



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO 0463/2022
Página 5

Instruem a acusação inicial planilhas, tabelas, demonstrativos das irregularidades fiscais apontadas e CD-ROM, conforme fls. 6 a 8 dos autos.

Notificado desta ação em 29 de julho de 2019, o acusado interpôs petição reclamatória às fs. 13 a 58 dos autos, alegando, em síntese os fatos relacionados à exigência fiscal frente aos dispositivos normativos vigentes, notadamente os Convênios ICMS nº 1262/1998 e 17/2013, bem como o Decreto nº 34.010/2013. Argumenta, pois:

- a) Em preliminar, que há plena nulidade do auto de infração, diante de equívocos incorridos pela fiscalização, haja vista a violação do art. 142 do CTN, no que se refere à premissa fática equivocada de que todas as prestações de serviços foram por meio de utilização de rede de outras prestadoras de serviços de telecomunicações e não de rede própria da impugnante, não identificando a materialização da hipótese de incidência do ICMS, mas tão somente presumiu a sua ocorrência;
- b) Que a descrição da infração somente acusa a Impugnante de deixar de recolher ICMS, citando o dispositivo do art. 106 do RICMS/PB, sem identificação e preenchimento de todos os elementos do fato gerador para que haja a tipificação tributária, o que conduz à nulidade do auto de infração;
- c) No mérito, que existe uma equivocada apuração da base de cálculo do ICMS, diante do critério adotado para o cálculo do coeficiente de fator entre o numerador e o denominador para cálculo das prestações de serviços de comunicação aos usuários finais em operações denominadas de “interconexão de redes” ou “concessão onerosa de meios de redes”, não sendo respeitada a regra de proporcionalidade prevista na Cláusula Terceira do Convênio ICMS nº 17/2013;
- d) Que a fiscalização promoveu o *Gross Up* dos valores das entradas escrituradas sob o CFOP 1301/2301, realizando o cálculo do ICMS por dentro, sem levar em conta que tais entradas já foram escrituradas com o imposto estadual incluso;
- e) Que as receitas relacionadas à prestação de serviços de comunicação na modalidade de chamadas de longa distância encontram-se devidamente escrituradas nos arquivos eletrônicos do Convênio ICMS nº 115/2003, por meio do processo de *cobiling* ou cofaturamento, como retrata uma impressão conjunta de nota fiscal de serviços de telecomunicação (NFST) com estabelecimento da Emissora e da Impressora, sendo as informações repassadas à operadora de LDN/LDI para efeito de encontro de contas, visando diferenciar prestações de serviços isentos que não se submetem à incidência do imposto estadual;



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO 0463/2022
Página 6

- f) Que não há incidência de ICMS sobre o valor da multa do crédito especial não recarregado pelos clientes no prazo de recarga contratual de crédito especial, visto não constituir prestação de serviço de comunicação, cabendo sua exclusão da base de cálculo;
- g) Que, no que tange às operações registradas nas colunas “isentas/não tributadas” e “outras” do LRAICMS, devem ser retiradas as operações decorrentes de itens financeiros, parcelamentos de aparelhos que já tiveram incidência e recolhimento de ICMS e valores financeiros cobrados de acordo com as cobranças de fatura mensalmente enviadas aos clientes;
- h) Que, também, devem ser excluídos os valores de multas e juros que não podem ser objeto de cobrança de ICMS, bem como as operações de venda de apólice de seguros, que não são prestações de serviço e sim de coberturas de seguro;
- i) Que os valores de ajustes financeiros decorrentes de cancelamentos de planos, cobranças indevidas e concessão de descontos, são de natureza financeira, não tendo relação com o fato gerador do ICMS, não podendo ser consideradas para apuração do FATOR em questão;
- j) Que as operações de vendas e de transferência de bens do ativo permanente e/ou imobilizado e as saídas temporárias não devem compor a base de cálculo do imposto por não constituírem hipótese de incidência do ICMS, não podendo ser consideradas para apuração do coeficiente de estorno proporcional na medida em que se prestam a registrar operação que não possui qualquer relação com o fato gerador do ICMS;
- k) Que as operações à título de remessa em bonificações e/ou brindes, apesar de serem operações tributadas, possuem natureza de descontos incondicionais, os quais devem ser excluídos da base de cálculo, não podendo ser consideradas para apuração do FATOR em questão;
- l) Que as transferências de materiais de uso e consumo não possuem qualquer relação com o fato gerador do ICMS, não configurando operação de mercancia, devendo ser excluída do FATOR de proporcionalidade;
- m) Que as operações com descontos incondicionais e os valores de recarga virtual situam-se fora do campo de incidência do ICMS, não havendo razões que justifiquem a consideração de tais operações para apuração do FATOR em questão;
- n) Que a penalidade aplicada sobre o valor do imposto não recolhido, tempestivamente, se revela confiscatória, pois viola o art. 150, IV da CF/88.
- o) Que a penalidade de multa por reincidência não encontra informação processual a respeito de qual teria sido a situação pretérita capaz de caracterizar a alegada multa recidiva, além de seu valor corresponder a



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO 0463/2022
Página 7

60%, o que induz à conclusão de que a Impugnante estaria cometendo a mesma infração pela terceira vez, pelo que espera, pois, seu cancelamento, por entender ser penalidade descabida.

Por fim, solicita a improcedência do auto de infração com a extinção do crédito tributário, constante nos autos e requer, ainda, que todas as intimações sejam realizadas em nome do advogado André Gomes de Oliveira, OAB/RJ nº 85.266, em endereço citado às fls. 57 dos autos.

Em anexo à defesa, mais precisamente nas fls. 64 a 111, consta a juntada de documentos.

Lavrado o Termo de Conclusão (fls. 112), os autos foram remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais, - GEJUP, tendo sido distribuídos ao julgador singular João Lincoln Diniz Borges que, inicialmente, em medida de diligência, solicitara que fossem feitas análises dos pontos questionados pela defesa, tendo a fiscalização designada apresentado esclarecimentos sobre os fatos.

Neste sentido, o julgador de primeira instância apresentara sentença cuja ementa se expõe:

FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. FUNCEP. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE. NÃO ACATAMENTO. CESSÃO ONEROSA DE MEIO. AJUSTES NO CÁLCULO DO FATOR DE COEFICIENTE PREVISTO NO DECRETO Nº 34.010/2013 COM NO CONVÊNIO ICMS 17/2013. MULTA RECIDIVA CORRIGIDA. PENCALIDADE DEVIDA. PARCIALIDADE DA EXIGÊNCIA FISCAL.

- Preliminar não acatada em função do Auto de Infração ter sido lavrado de acordo com os ditames legais, e a denúncia descrita de forma clara, sem prejuízo ao exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório, mormente o fato de estarem ausentes os casos de nulidade previstos na legislação vigente.

- Tratando-se de um adicional na alíquota do ICMS, o FUNCEP somente é devido nos casos em que o ICMS também o seja, decorrente da prestação de serviço de comunicação prevista na matriz de incidência normativa, incidente sobre a aquisição dos meios de rede nas hipóteses de prestação de serviço ao usuário final



que seja isenta, não tributada ou realizada com redução da base de cálculo, consumo próprio e qualquer saída ou evento que impossibilite o lançamento integral do imposto. Para fins de pagamento do FUNCEP devido, o montante a ser tributado será obtido pela multiplicação do valor total da cessão dos meios de rede pelo fator obtido da razão entre o valor das prestações citadas e o total das prestações do período.

- Cotejando o valor do FUNCEP recolhido com aquele apurado em harmonia com o Decreto nº 34.010/2013, que recepcionou o Convênio ICMS nº 17/13, constatou-se o recolhimento a menor, sendo realizados ajustes nos valores apurados inicialmente, frente ao resultado de diligência fiscal empregada. Os valores recebidos à título de receitas financeiras, multa de crédito especial, multas e juros, vendas de seguros, parcelamento de aparelhos, ajustes (crédito financeiro) não constituem, por óbvio, receitas de telecomunicações, devendo ser excluídas, portanto, do auto, conclusão com a qual concordou o autuante na informação fiscal.

- Ajustes na dosimetria da multa por reincidência fiscal, na forma do art. 87, parágrafo único, da Lei nº 6.379/96

- Inexistência de afronta aos princípios constitucionais do não-confisco, visto a legalidade da exigência fiscal e da penalidade aplicada.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE EM PARTE

A decisão da instância singular, portanto, julgara parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001900/2019-20, condenando a empresa TIM CELULAR S.A. ao pagamento de crédito tributário no total de **R\$ 38.365,94** (trinta e oito mil, trezentos e sessenta e cinco reais e noventa e quatro centavos), sendo **R\$ 15.346,36** (quinze mil, trezentos e quarenta e seis reais e trinta e seis centavos) de FUNCEP, por infringência ao artigo 2º, I da Lei nº 7.611/2004 e **R\$ 15.346,36** (quinze mil, trezentos e quarenta e seis reais e trinta e seis centavos) de multa por infração e de **R\$ 7.673,22** (sete mil, seiscentos e setenta e três reais e vinte e dois centavos), de reincidência fiscal, com fundamento artigo 87 da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo, assentara a decisão singular no cancelamento, por indevido, do total de **R\$ 124.728,05** (cento e vinte e quatro mil, setecentos e vinte e oito reais e cinco centavos), sendo **R\$ 47.328,10** (quarenta e sete mil, trezentos e vinte e oito reais e dez centavos) de FUNCEP, **R\$ 47.328,10** (quarenta e sete mil, trezentos e vinte e oito reais e dez centavos) de



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO 0463/2022
Página 9

multa por infração e **R\$ 29.963,85** (vinte e nove mil, novecentos e sessenta e três reais e oitenta e cinco centavos), de multa recidiva.

Remetidos os autos a este e. Conselho de Recursos Fiscais, em razão da norma que prescreve o artigo 80, da Lei nº 10.094/13, foram distribuídos a esta relatoria.

Eis o relatório.

VOTO

A matéria em apreciação diz respeito à denúncia acerca da falta de recolhimento do FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.611, de 30/06/2004 e cobrado nos termos do artigo 2º, I do mesmo diploma que, na alínea “g”, assenta a incidência do adicional do adicional de 2% (dois por cento) sobre os serviços de comunicação.

Cumprе destacar, neste sentido, que a matéria versada no presente processo relaciona-se com aquela do Processo nº 0980932019-1, que examinou o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001899/2019-33, lavrado em 28/06/2019, que trata acerca da falta de recolhimento do ICMS, com pagamento à menor relativo ao período de novembro de 2015 a setembro de 2018, proveniente da falta de recolhimento de ICMS incidente sobre a aquisição dos meios de rede conforme estabelecido no art. 3º do decreto 34.010/2013 (convênio ICMS 17/2013).

O Processo nº 0980932019-1, com efeito, fora julgado por este Conselho de Recursos Fiscais em 19 de abril de 2022, tendo sido, na ocasião, lavrado o Acórdão nº 0169/2022, cuja relatoria competiu ao Conselheiro Leonardo do Egito Pessoa. Na ocasião o Tribunal Pleno deste e. Conselho de Recursos Fiscais votara, à unanimidade, pela manutenção da sentença monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001899/2019-33, lavrado em 28/06/2019 em desfavor da empresa TIM CELULAR S.A., cuja ementa se destaca:

PROCESSO Nº 0980932019-1
ACÓRDÃO Nº 0169/2022
TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS – GEJUP

Recorrida: TIM CELULAR S/A.

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - CABEDELLO Autuante: **JOSÉ BARBOSA DE SOUSA FILHO**



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO 0463/2022
Página 10

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA

ICMS-TELECOMUNICAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÃO DE MEIOS DE REDE. CORREÇÃO DOS CÁLCULOS MANTIDA - INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- Incidência do ICMS sobre as aquisições de meios de rede, CFOPs 1301 e 2301. Para fins de pagamento do imposto devido, o montante a ser tributado será obtido pela multiplicação do valor total da cessão dos meios de rede pelo fator obtido da razão entre o valor das prestações citadas e o total das prestações do período. - Confirmada a sucumbência de parte do ICMS exigido na exordial por ser indevido

O r. acórdão, com efeito, condenara o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário no valor total de **R\$ 322.273,36 (trezentos e vinte e dois mil, duzentos e setenta e três reais e trinta e seis centavos)**, sendo R\$ 214.848,87 (duzentos e quatorze mil, oitocentos e quarenta e oito reais e oitenta e sete centavos) de ICMS, por infringência ao art. 106, do RICMS/PB e art. 3º do Decreto nº 34.010/2013 e R\$ 107.424,49 (cento e sete mil, quatrocentos e vinte e quatro reais e quarenta e nove centavos) a título de multa por infração, com fulcro no art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

Em tempo, cancelara, por indevido, o *quantum* de **R\$ 995.024,34 (novecentos e noventa e cinco mil, vinte e quatro reais e trinta e quatro centavos)**, sendo R\$ 663.349,57 (seiscentos e sessenta e três mil, trezentos e quarenta e nove reais e cinquenta e sete centavos), de ICMS e R\$ 331.674,77 (trezentos e trinta e um mil seiscentos e setenta e quatro reais e setenta e sete centavos), de multa por infração.

Os fundamentos do supramencionado acórdão julgado, com efeito, guardam relação com o presente, ora sob análise, posto que, derivados do mesmo procedimento fiscal, sendo o FUNCEP tributo com destinação própria, adicional ao ICMS nas hipóteses e termos previstos na Lei nº 7.611, de 30 de junho de 2004.

Tomando, entretanto, o auto de infração que consubstancia o presente processo, na medida em que diverso e autônomo, por versar em relação ao processo nº 0980932019-1, cumpre analisar seus critérios formais.

A peça acusatória trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, conforme se depreende dos artigos 15, 16 e 17, da Lei nº 10.094/2013,



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO 0463/2022
Página 11

restando atendido a correta identificação da matéria tributável e seus fatos geradores, em observância, pois, ao artigo 142 do Código Tributário Nacional.

Assim, comungando com a instância prima, reitero que 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, foi ofertada ao contribuinte oportunidade para o exercício da ampla defesa e do contraditório.

O objeto do recurso hierárquico a ser discutido por esta relatoria diz respeito à motivação da decisão da autoridade julgadora singular a qual julgou parcialmente procedente o auto de infração ora em combate, porquanto foram realizadas as correções das variáveis que compõem o cálculo do fator, na forma prevista pelo Convênio ICMS nº 17/2013 para efeito de determinação da base de cálculo do imposto, resultando na redução do crédito tributário relativo ao ICMS, bem como do FUNCEP, mormente por ser este adicional em relação àquele.

Neste sentido, cumpre destacar que a matéria tributável recai sobre serviços de cessão de meio de rede, que ocorre quando a empresa cessionária, para prestar serviços de telefonia a seus usuários, utiliza-se dos meios físicos da concessionária cedente, onde é cobrado desta o preço pelo uso de tais meios, sendo estas operações acobertadas por notas fiscais (CFOP 1301 e 2301).

O Convênio ICMS nº 17/20138, em sua Cláusula Terceira, §§1º e 2º, com efeito, estabelece que o montante a ser tributado será obtido pela multiplicação do valor total da cessão dos meios de rede pelo fator obtido da razão entre o valor das prestações previstas nos incisos desta cláusula e o total das prestações do período, onde caso o somatório do valor imposto calculado nos termos do §1º com o imposto destacado nas prestações tributadas próprias seja inferior ao imposto incidente sobre a aquisição dos meios de rede, a empresa tomadora dos serviços efetuará, na qualidade de responsável, o pagamento da diferença do imposto correspondente às prestações anteriores.

O julgador da instância singular, com efeito, considerando o teor da argumentação trazida pela defesa, de forma acertada, acolheu o resultado da diligência que evidenciou recolhimento a menor do ICMS incidente sobre a aquisição dos meios de rede, devendo ser destacado o seguinte trecho da decisão:

“...evidencia-se a ocorrência de ajustes na composição dos numeradores e dos denominadores para efeito de determinação do fator de coeficiente com base na exclusão de operações que não devem compor os itens referidos em relação aos valores de itens financeiros, parcelamento de aparelhos, multas e juros, venda de seguros e ajustes (crédito financeiro), descontos incondicionais e recarga virtual, situação evidencia nas planilhas constantes no Anexo 2 e Anexo 6 às fls.124 à 150 dos autos.



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO 0463/2022
Página 12

No tocante a composição do numerador, ressalta-se que para seus valores foram utilizadas as informações constantes das notas fiscais emitidas pelo contribuinte - NFST (Convênio ICMS 115/2003). Sobre a composição do denominador levou em consideração o total das prestações de serviço de telecomunicação do período referente aos CFOPs 5301, 5302, 5303, 5304, 5305, 5306, 5307, 6301, 6302, 6303, 6304, 6305, 6307, conforme Demonstrativo: “ANEXO 04 - DEMONSTRATIVO COMPOSIÇÃO DOS VALORES DAS PRESTAÇÕES POR CFOP, conforme fls. 126 a 130 dos autos.

Acerca do questionamento da impositação do ICMS, método chamado de GROSS UP, verifico que os dados coletados das aquisições de cessão de meio não estão com a impositação do ICMS devida, visto que as entradas decorrentes das aquisições dos meios de rede foram escrituradas no SPES/EFD sem a comprovação de que o imposto encontra-se incluso nas citadas operações constantes nos CFOP 1301 e 2301.

Sabemos que, por determinação constitucional, o ICMS é um imposto calculado “por dentro”, ou seja, a base de cálculo do ICMS é composta de modo que agregue o próprio valor do ICMS. O valor do imposto deve fazer parte do valor da prestação para, somente após, aplicar a alíquota correspondente.

O raciocínio a ser feito não foge à regra do ICMS. Muito pelo contrário. Este procedimento é aplicável a situações já bastante conhecidas, a exemplo do cálculo do ICMS Importação e do ICMS Diferido do etanol anidro, quando adquirido em outra Unidade da Federação, Assim procedeu à fiscalização quanto ao cálculo do montante a ser tributado correspondente à parcela das aquisições não tributadas oriundas da aquisição de cessão de meios aplicando o cálculo do imposto "por dentro" ou “Gross Up”.

Vale ressaltar que sobre a inclusão do ICMS na base de cálculo do próprio imposto (gross up), o Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba já decidiu em outras situações pela aprovação dos procedimentos fiscais por meio dos Acórdãos CRF nº 497/2019, 664/2019 e 467/2020. Portanto, não acolho a alegação de que estaria o ICMS incluso.

Em outro ponto da defesa, a impugnante alega considerações sobre a sistemática de cobrança e impressão da Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicação (NFST) entre os clientes das operadoras relativas às prestações de serviço conjuntas, afirmando que estas operações possuem caráter financeiro e não de prestações de serviço isentos.

No entanto, os valores que foram adicionados ao denominador pela fiscalização são os decorrentes das receitas de prestações de serviços realizadas pela atuada concernentes às operações de cobilling com outras operadoras.

(...)

Portanto, o procedimento de inclusão dos referidos valores de cobilling nos cálculos realizados pela fiscalização foi o mesmo adotado pela empresa atuada,



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO 0463/2022
Página 13

situação observada na memória de cálculo apresentada em planilhas pelo contribuinte, conforme consta da aba: “Saídas TELECOM”.

Em relação ao questionamento das operações de vendas e de transferências de bens do ativo permanente e/ou imobilizado, das saídas temporárias, das remessas em bonificação e/ou brindes e as transferências de materiais de uso e consumo, alegadas pela defesa que não deveriam compor a base de cálculo por não constituírem em hipótese incidência do ICMS, não podendo ser consideradas para apuração do coeficiente do FATOR de proporcionalidade, entendo como imprópria e equivocada a tese da defesa, pois as situações fiscais respectivos se referem a operações com mercadorias e não compuseram o cálculo do fator, onde, apenas, foram incluídos os CFOP's das prestações de serviços de comunicação pertinentes à apuração do imposto no levantamento fiscal, ...”

Com efeito, compulsando a diligência fiscal de fls. 118 a 151, a qual assentara considerações que implicaram na revisão dos procedimentos de auditoria, verifica-se que foram realizadas correções das variáveis que compõem o cálculo do fator, na forma prevista pelo Convênio ICMS nº 17/2013 para efeito de determinação da base de cálculo do imposto, resultando na redução do crédito tributário relativo ao ICMS e de FUNCEP conforme demonstrativo que apresenta anexo.

Ademais, verifica-se, também, que tais correções também foram bem observadas por este e. Conselho de Recursos Fiscais quando da análise do **Processo nº 0980932019-1**, o qual resultara na lavratura do Acórdão 0169/2022.

Em relação ao alegado efeito confiscatório da multa por infração, cumpre destacar que não é competência deste e. Conselho de Recursos Fiscais versar acerca de sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, consorte entendimento já sumulado:

SÚMULA Nº 03 - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

- A declaração de inconstitucionalidade de lei não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos.

(Acórdãos nºs: 436/2019; 400/2019; 392/2019; 303/2019; 294/2018; 186/2019; 455/2019).

No tocante, ainda, à multa recidiva, há de destacar-se que pela pesquisa sobre antecedentes fiscais do sujeito passivo no sistema de controle da Secretaria de Estado da Receita, a Fiscalização, via consulta ao sistema ATF, identificara, a existência do Processo nº 0637562018-0, decorrente do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000642/2018-83, que fora quitado pelo contribuinte, porém estando tramitado e julgado sobre a acusação de mesma natureza delitiva (FALTA DE



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO 0463/2022
Página 14

RECOLHIMENTO DO FUNCEP), levando à aplicação da multa recidiva, pelo trânsito em julgado em período inferior a 5 (cinco) anos.

Contudo, com fulcro no art. 87 da Lei nº 6.379/96, o agente fiscal exigira a majoração, no percentual de 60% (sessenta por cento), da multa original quando, em verdade, deveria ter sido 50% (cinquenta por cento) o percentual adotado, posto que verificou-se que o sujeito passivo teria praticado, anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, o que, à propósito, ficara bem corrigido pela instância singular.

Neste sentido, após análise de todo o arcabouço processual, bem como da decisão emanada da instância *a quo*, não resta dúvida quanto ao acerto da decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o libelo acusatório.

Dessa forma, entendo pela confirmação da sentença exarada pelo julgador monocrático, pelos seus próprios fundamentos, de forma que ratifico os termos da decisão recorrida em sua integralidade.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do *recurso de ofício*, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, para manter a sentença exarada na instância monocrática e julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001900/2019-20,, lavrado em 30 de junho de 2019 contra a empresa TIM CELULAR S/A, de inscrição estadual n. 16.143.665-0, condenando-a ao pagamento do crédito tributário no valor total de **R\$ 38.365,94** (trinta e oito mil, trezentos e sessenta e cinco reais e noventa e quatro centavos), sendo **R\$ 15.346,36** (quinze mil, trezentos e quarenta e seis reais e trinta e seis centavos) de FUNCEP, em observância ao artigo 2º, inciso I da Lei nº 7.611/96, **R\$ 15.346,36** (quinze mil, trezentos e quarenta e seis reais e trinta e seis centavos) de multa por infração, com fundamento no artigo 8º da Lei nº 7.611/04 e de **R\$ 7.673,22** (sete mil, seiscentos e setenta e três reais e vinte e dois centavos), de reincidência fiscal, com fundamento no artigo 87, da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo, mantenho cancelado, por indevido, o total de **R\$ 124.728,05** (cento e vinte e quatro mil, setecentos e vinte e oito reais e cinco centavos), sendo **R\$ 47.328,10** (quarenta e sete mil, trezentos e vinte e oito reais e dez centavos) de FUNCEP, **R\$ 47.328,10** (quarenta e sete mil, trezentos e vinte e oito reais e dez centavos) de multa por infração e **R\$ 29.963,85** (vinte e nove mil, novecentos e sessenta e três reais e oitenta e cinco centavos), de multa recidiva.

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

Segunda Câmara, sessão realizada por meio de videoconferência, em 31 de agosto de 2022.



ESTADO DA PARAÍBA
SECRETARIA DE ESTADO DA FAZENDA
CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO 0463/2022
Página 15

Eduardo Silveira Frade
Conselheiro Relator

