



PROCESSO Nº 1653512020-1

ACÓRDÃO Nº 331/2023

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: CLARO S/A.

Advogados: Sr.^a LUNIZA CARVALHO DO NASCIMENTO, inscrita na OAB/MG sob o nº 200.836-A e OUTROS

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA SECRETARIA EXECUTIVA DA RECEITA DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes: FLÁVIO MARTINS DA SILVA E JOÃO ELIAS COSTA FILHO

Relator: CONS.^o SUPLENTE LEONARDO DO EGITO PESSOA.

FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA (FUNCEP). FALTA DE RECOLHIMENTO - ERROR IN PROCEDENDO. NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO PREJUDICADO.

- Reputa-se eivada de vício a decisão de primeiro grau que acostou aos autos Memorial Auxiliar de Acusação, que a fiscalização olvidou de colecionar ao caderno processual, não havendo o sujeito passivo sido instado a se pronunciar quanto ao referido documento. Por essa razão, deve ser declarada nula, retornando os autos à repartição preparadora para que providencie a notificação pertinente e somente após, sejam os autos remetidos à GEJUP com vistas à prolação de nova sentença que atenda aos ditames da lei.

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 voluntário, por regular e tempestivo, considerando prejudicada a análise de mérito em virtude do *error in procedendo*, para declarar NULA, em observância ao princípio do devido processo legal, a sentença exarada na instância prima, que decidiu pela parcial procedência do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.000001526/2020-04 (fls. 3 e 4), lavrado em 29 de outubro de 2020, em desfavor da empresa CLARO S/A, Inscrição Estadual nº 16.147.111-0.

Em tempo, reitero a determinação da remessa dos autos à repartição preparadora, no sentido de que seja disponibilizado ao contribuinte todo o



conteúdo do processo, para que, após eventual manifestação, seja realizado novo julgamento.

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

P.R.I.

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência, em 18 de julho de 2023.

LEONARDO DO EGITO PESSOA
Conselheiro Suplente

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno, JOSÉ VALDEMIR DA SILVA, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, FERNANDA CÉFORA VIEIRA BRAZ (SUPLENTE), LARISSA MENESES DE ALMEIDA, EDUARDO SILVEIRA FRADE, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHAON E MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO Nº 1653512020-1

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: CLARO S/A.

Advogados: Sr.^a LUNIZA CARVALHO DO NASCIMENTO, inscrita na OAB/MG sob o nº 200.836-A e OUTROS

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA SECRETARIA EXECUTIVA DA RECEITA DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes: FLÁVIO MARTINS DA SILVA E JOÃO ELIAS COSTA FILHO

Relator: CONS.^o SUPLENTE LEONARDO DO EGITO PESSOA.

FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA (FUNCEP). FALTA DE RECOLHIMENTO - ERROR IN PROCEDENDO. NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA. RECURSO VOLUNTÁRIO PREJUDICADO.

- Reputa-se eivada de vício a decisão de primeiro grau que acostou aos autos Memorial Auxiliar de Acusação, que a fiscalização olvidou de colecionar ao caderno processual, não havendo o sujeito passivo sido instado a se pronunciar quanto ao referido documento. Por essa razão, deve ser declarada nula, retornando os autos à repartição preparadora para que providencie a notificação pertinente e somente após, sejam os autos remetidos à GEJUP com vistas à prolação de nova sentença que atenda aos ditames da lei.

RELATÓRIO

Em análise nesta corte o recurso voluntário, interposto nos moldes do artigo 77 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001526/2020-04, lavrado em 29 de outubro de 2020 em desfavor da empresa CLARO S/A, inscrição estadual nº 16.147.111-0, no qual consta a seguinte acusação, *ipsis litteris*:

0465 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA >> O contribuinte deixou de recolher o FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

Nota Explicativa: O CONTRIBUINTE ACIMA QUALIFICADO, NA QUALIDADE DE ESTABELECIMENTO CONCESSIONÁRIO RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO DO IMPOSTO INCIDENTE SOBRE PRESTAÇÕES ONEROSAS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES EFETUADOS NESTE ESTADO, ESTÁ SENDO AUTUADO PELA FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP



REFERENTE À PRESTAÇÕES ONEROSAS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES NA MODALIDADE PÓS-PAGA, SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO ICMS E NÃO SUBMETIDAS À TRIBUTAÇÃO, CONFORME DETERMINA O ART. 2º, I, ALÍNEA “G” DA LEI 7.611/2004, C/C ART. 2º, INCISO VII DO DECRETO 25.616 (FUNCEP). TUDO DEMONSTRADO NOS ANEXOS (ANEXO I, ANEXO II, ANEXO III, ANEXO IV, ANEXO V, ANEXO VI, ANEXO VII, ANEXO VIII E ANEXO IX) E NO MEMORIAL AUXILIAR DE ACUSAÇÃO, QUE SÃO PARTES INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

ACRESCENTE-SE AOS DISPOSITIVOS INFRINGIDOS, O INCISO III DO ART. 2º, INCISO VII DO ART. 3º, INCISO VI DO ART. 13 E INCISO III DO ART. 14, TODOS DO RICMS/PB, APROVADO PELO DECRETO Nº 18.930/97.

Em decorrência deste fato, o representante fazendário lançou um crédito tributário na quantia total de **R\$ 233.688,00 (duzentos e trinta e três mil, seiscientos e oitenta e oito reais)**, sendo R\$ 116.844,00 (cento e dezesseis mil, oitocentos e quarenta e quatro reais) de FUNCEP, por infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7.611/04 e R\$ 116.844,00 (cento e dezesseis mil, oitocentos e quarenta e quatro reais) a título de multa por infração com fulcro no art. 8º da Lei nº 7.611/04, acrescentado pela Lei nº 9.414 de 12/07/2011.

Documentos que instruem o Auto de Infração em tela: Demonstrativo Fiscal intitulado Demonsrt ResumoValores_Autuacão_FATURAS (fl. 5); Recibo Entrega de Documento/Mídia CD (fl. 6); Comprovante de Cientificação – DTe (fl. 7); Mídia/ CD (fl. 8); Procuração (fls. 9 a 22); Comprovante de Cientificação – DTe/ Auto de Infração (fl. 24).

Ciente da presente ação fiscal, de forma pessoal na própria peça acusatória, no dia 30/10/2020 (fl.4), a autuada, por meio dos seus advogados, devidamente habilitados, protocolou impugnação tempestiva em 02/12/2020 (fls. 25 a 57), acompanhada de documentos (fls. 258 a 314). Em sua defesa, argumentou, em síntese, o seguinte:

- O Auto de Infração padece de nulidade insanável por vício de fundamentação, bem como verifica-se a ausência de entrega do Memorial Auxiliar de Acusação à impugnante, que são falhas que violam a disposição regulamentar e obstam o regular exercício da defesa da Impugnante;
- Os créditos tributários anteriores à 30.10.2015 encontram-se atingidos pela decadência;
- Em 2015, com a incorporação da Net pela Claro, os produtos da Net passaram a constar no portfólio da Impugnante, contudo sem alteração da marca Net para o mercado, e o FUNCEP relativo a esses serviços sempre recolhidos, por uma ou por outra, considerados os arquivos do Convênio ICMS 115/03 e 201/17;



- Tome-se como exemplo o cliente Emmanuel (fatura de serviços - DOCs 8 e 9), que demonstram que a Fiscalização pretende exigir o imposto estadual sobre a prestação de serviços de telefonia móvel pessoal, já devidamente ofertado à tributação pela Impugnante, o mesmo quadro se repete no caso da Sra. Lea (DOC. 10);

- Não incide FUNCEP sobre os serviços de valor adicionado, conforme pacificado na jurisprudência dos tribunais superiores;

- A Fiscalização não atendeu à disposição das normas que concedem a isenção e autou a Impugnante por valores percebidos em razão de serviços prestados à própria Administração Pública Estadual, conforme se verifica no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (DOC 16);

- É necessária diligência fiscal/perícia para que sejam atendidos os seguintes quesitos:

1) o refazimento dos cálculos, considerados os arquivos do Convênio ICMS 115/03 e 201/17;

2) é possível dizer que a Impugnante ofereceu à tributação a integralidade dos serviços de telefonia móvel prestados?

3) os serviços contratados pelos clientes da Impugnante a título de comodidades adicionais, se diferenciam, por sua natureza, dos serviços comunicação?

4) Os serviços prestados à Secretaria de Estado da Administração da Paraíba são acobertados pela isenção do Decreto nº 35.320/14?

Por fim, a Reclamante requer preliminarmente a nulidade do auto de infração em exame, e a decadência dos fatos geradores anteriores à 30.10.2015; e no mérito, o cancelamento dos créditos tributários constituídos, além de demandar que as notificações sejam remetidas em nome de seu procurador.

Sem informação de antecedentes fiscais dentro do caderno processual, os autos foram conclusos (fls. 315) e remetidos para a Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, ocasião na qual foram distribuídos ao Julgador Fiscal Francisco Nociti, que julgou parcialmente procedente a exigência fiscal, conforme sentença anexa às fls. 325 a 335, cuja ementa sintetiza o entendimento da instância monocrática da seguinte forma, *litteris*:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. PRESTAÇÕES ONEROSAS DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. ACUSAÇÃO CONFIGURADA.



Decadência dos lançamentos relativos a outubro de 2015, nos termos do art. 150, § 4º do CTN.

Sobre as prestações onerosas de serviços de comunicação incide o FUNCEP. *In casu*, o sujeito passivo não apresentou argumentações, tampouco documentos que comprovassem o que alega.

Rejeitado pedido de Diligência Fiscal/Perícia porquanto as indagações apresentadas encontram-se respondidas nesta peça decisória, e as afirmações da Defesa carecem de documentos que tenham a aptidão de convencer da necessidade da citada demanda.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Após os ajustes, o crédito tributário restou constituído no montante de 223.341,40 (duzentos e vinte e três mil, trezentos e quarenta e um reais e quarenta centavos), sendo R\$ 111.670,70 de FUNCEP e R\$ 111.670,70 de multa por infração.

Cientificada da decisão proferida pela instância prima em 27/12/2021 (fl. 338), a autuada, por intermédio dos seus procuradores, devidamente habilitados, interpôs recurso voluntário em 20/01/2022 (fls. 339 a 362).

Na peça recursal, a ora recorrente reitera os argumentos apresentados na impugnação, dizendo, principalmente, que:

1) Preliminarmente, que o auto de infração padece de nulidade insanável por inúmeros vícios de fundamentação, deixando de indicar, com a precisão exigida pela legislação, a correta descrição da suposta infração cometida pela ora recorrente, bem como diante da reconhecida ausência do Memorial Auxiliar de Acusação — impossibilitando a ampla defesa da Autuada;

2) Quanto ao mérito, a exigência do FUNCEP é absolutamente indevida, pois, conforme amplamente exposto na impugnação apresentada, vejamos:

Irregularidade nº 01: o montante cobrado a título de Icms/Funcep incidente sobre os valores relativos às rubricas "CLARO" já foi devidamente recolhido e destacado nas notas fiscais, pelo que a presente cobrança constitui evidente e inaceitável *bis in idem* (Anexo I da autuação);

Irregularidade nº 02: as operações referentes às rubricas "QUIS SMS" e "Messenger" são referentes à prestação de serviço de valor adicionado, para as quais não foram emitidas notas fiscais e, via de consequência, não tributadas (Anexo III e V da autuação);



Irregularidade nº 03: as operações referentes às rubricas “Oferta Local Movei - Tarifa por Parametro”, “PJ Módulo Claro DDD Nacional — Flexible rate”, “PJ Módulo Claro DDD Nacional AssEmbratel — Flexible rate”, “Cham. Nac CSP 21” e “Plano Internet Corp Ilimitado 10 GB” não foram ofertadas à tributação, pois são isentas do pagamento do Icms/Funcep, já que relativas à prestação de serviços aos órgãos da Administração Pública, nos termos do Dec. Estadual nº 35.320/14 (Anexos IV a IX da autuação).

Clama ainda pela realização de diligência/perícia a fim de responder os quesitos formulados às fls. 359 e 360 dos autos, cujo primeiro requerimento foi negado pelo julgador monocrático.

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

Considerando o pedido de sustentação oral consignado pelo contribuinte à fl. 362, remeti o processo à Assessoria Jurídica desta Corte para emissão de Parecer Técnico acerca da legalidade dos lançamentos, em atenção ao que prescreve o artigo 20, inciso X, do Regimento Interno do CRF-PB.

Este é o relatório

VOTO

Trata-se de recurso voluntário, nos moldes do que apregoa o artigo 77 da Lei 10.094/2013, interposto contra decisão de primeira instância que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001526/2020-04, lavrado em 29/10/2020 (fls. 3-4) em desfavor da empresa CLARO S/A, inscrição estadual nº 16.147.111-0, já devidamente qualificada nos autos.

Versam os autos a respeito da falta de recolhimento do FUNCEP incidente sobre às prestações onerosas de serviços de telecomunicações, na modalidade pós-paga, sujeitas à incidência do ICMS e não submetidas à tributação, conforme demonstrado nos anexos (ANEXOS I a IX) e no Memorial Auxiliar de Acusação, que são partes integrantes do auto infração em análise, de acordo com a descrição da infração complementada pela nota explicativa anotadas à fl. 3 dos autos



Inicialmente, importa declarar que o recurso voluntário apresentado atende ao pressuposto extrínseco da tempestividade, haja vista ter sido protocolado dentro do prazo previsto na Lei nº 10.094/13.

Em preliminar, a ora recorrente pleiteia a nulidade do auto de infração em exame por inúmeros vícios de fundamentação, alegando que este deixou de indicar, com a precisão exigida pela legislação, a correta descrição da suposta infração cometida pela Recorrente, bem como diante da reconhecida ausência do Memorial Auxiliar de Acusação — impossibilitando a sua ampla defesa.

Acrescenta, a recorrente, ainda que ficou evidente a existência de documento formalizando as conclusões fiscais a respeito da documentação por ela apresentada durante o procedimento fiscalizatório, o qual não lhe foi disponibilizado, configurando patente cerceamento de defesa.

Adita que o Memorial Auxiliar de Acusação é o documento por meio do qual a Fiscalização detalha suas conclusões e embasa as informações contidas na Nota Explicativa do auto de infração, sendo parte absolutamente essencial ao exercício da ampla defesa e do efetivo contraditório, vez que a própria Nota Explicativa do auto de infração vincula o ato infracional ao Memorial Auxiliar de Acusação, de acordo com a transcrição abaixo:

Nota Explicativa: O CONTRIBUINTE ACIMA QUALIFICADO, NA QUALIDADE DE ESTABELECIMENTO CONCESSIONÁRIO RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO DO IMPOSTO INCIDENTE SOBRE PRESTAÇÕES ONEROSAS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES EFETUADOS NESTE ESTADO, ESTÁ SENDO AUTUADO PELA FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP REFERENTE À PRESTAÇÕES ONEROSAS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES NA MODALIDADE PÓS-PAGA, SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO ICMS E NÃO SUBMETIDAS À TRIBUTAÇÃO, CONFORME DETERMINA O ART. 2º, i, ALÍNEA “G” DA LEI 7.611/2004, C/C ART. 2º, INCISO VII DO DECRETO 25.616 (FUNCEP). TUDO DEMONSTRADO NOS ANEXOS (ANEXO I, ANEXO II, ANEXO III, ANEXO IV, ANEXO V, ANEXO VI, ANEXO VII, ANEXO VIII E ANEXO IX) E NO MEMORIAL AUXILIAR DE ACUSAÇÃO, QUE SÃO PARTES INTEGRANTES DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO. ACRESCENTE-SE AOS DISPOSITIVOS INFRINGIDOS, O INCISO III DO ART. 2º, INCISO VII DO ART. 3º, INCISO VI DO ART. 13 E INCISO III DO ART. 14, TODOS DO RICMS/PB, APROVADO PELO DECRETO Nº 18.930/97.

Da leitura da nota explicativa, acima transcrita, nota-se que a fiscalização remete a demonstração da infração **Falta de Recolhimento do FUNCEP referente às prestações onerosas de serviços de telecomunicações** aos Anexos I a IX como também ao Memorial Auxiliar de Acusação, que contém a seguinte descrição dos procedimentos de fiscalização realizados, em conformidade com o fragmento do texto abaixo, *in verbis*:

“No intuito de dar maior transparência aos lançamentos apontados como irregulares pelo Fisco no Auto de Infração nº 93300008.09.00001526/2020-04, acrescentamos à acusação, o



presente Memorial Auxiliar de Acusação onde constam maiores esclarecimentos com detalhamentos dos procedimentos executados e dos conceitos aplicados nesta auditoria, que suscitaram nos valores tomados como base neste Feito, da forma que segue:” (grifos nossos)

O caso que ora se nos apresenta para julgamento, não carece de maiores delongas, pelo fato que o presente contencioso teve por origem a exigência do ICMS sobre os serviços de comunicação, cobrado por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001524/2020-07, Processo nº 1652912020-3, sendo, então, imprescindível a verificação da decisão final deste, pois dele depende a cobrança do FUNCEP sobre a base de cálculo do ICMS tido por parcialmente procedente no citado processo, já que decorre do mesmo fato gerador do imposto estadual.

Pois bem. O processo nº 1652912020-3, cujos argumentos de defesa em relação aos fatos geradores do ICMS são os mesmos contidos no recurso voluntário ora em análise, foi recentemente julgado por esta Corte, precisamente na 149ª Sessão Ordinária (Virtual) do Tribunal Pleno, em 21/06/2023, sendo na ocasião decidido à unanimidade de seus membros, que restou prejudicada a análise de mérito em virtude do *error in procedendo*, decidindo pela anulação da decisão exarada na primeira instância.

Outrossim, importante ressaltar que face a recente decisão do processo acima citado, o seu Acórdão encontra-se em tramitação para posterior publicação.

Feito o registro acima, passamos a análise dos autos, onde verificamos a ocorrência do mesmo erro procedimental verificado no processo nº 1652912020-3, em destaque acima, qual seja, a ausência da entrega ao contribuinte do Memorial Auxiliar da Acusação que somente foi colacionado aos autos pelo julgador monocrático, após solicitá-lo aos autores do feito fiscal por e-mail, conforme fl. 318, sem, contudo, ter sido providenciada a cientificação do referido documento nem aberto prazo para que a Autuada se manifestasse a respeito deste.

Em razão dos fatos relatados, cabe-nos declarar a nulidade da decisão singular e determinar a remessa dos autos à repartição preparadora para que promova a ciência do contribuinte acerca do Memorial Auxiliar de Acusação (fls. 319 a 324), reabrindo o trintídio legal para impugnação, de acordo com o art. 67 da Lei nº 10.094/2013, caso seja do interesse da Autuada.

E, tendo em vista o desfecho acima, restou, por óbvio, impedida a análise da prejudicial de mérito (decadência), bem como do mérito propriamente dito.

Com estes fundamentos,



VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, considerando prejudicada a análise de mérito em virtude do *error in procedendo*, para declarar NULA, em observância ao princípio do devido processo legal, a sentença exarada na instância prima, que decidiu pela parcial procedência do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.000001526/2020-04 (fls. 3 e 4), lavrado em 29 de outubro de 2020, em desfavor da empresa CLARO S/A, Inscrição Estadual nº 16.147.111-0.

Em tempo, reitero a determinação da remessa dos autos à repartição preparadora, no sentido de que seja disponibilizado ao contribuinte todo o conteúdo do processo, para que, após eventual manifestação, seja realizado novo julgamento.

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

Tribunal Pleno, sessão realizada por meio de videoconferência, em 18 de julho de 2023.

Leonardo do Egito Pessoa
Conselheiro Suplente Relator