



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

PROCESSO Nº1723092016-7

TRIBUNAL PLENO

1ªRecorrente:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP

1ªRecorrida:CLARO S.A.

2ªRecorrente:CLARO S.A.

2ªRecorrida:GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS-GEJUP

Repartição Preparadora:CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ

Autuantes:CARLOS GUERRA GABÍNIO, MARISE DO Ó CATÃO

Relatora:CONS.ªTHAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA

FUNCEP – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA – DECORRENTE DA FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS – ATIVAÇÃO DE CRÉDITOS DE RECARGA DE SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL. ICMS - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - CONFIGURADO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA. CONEXÃO ENTRE OS PROCESSOS – CONFORME ART. 55, § 3º DO CPC. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. SENTENÇA NULA. RECURSOS HIERÁRQUICO DESPROVIDO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

O FUNCEP corresponde à parcela do produto da arrecadação correspondente ao adicional de dois pontos percentuais na alíquota do ICMS, logo é indubitável que este repercute naquele.

Confirmada a nulidade da sentença quanto à cobrança do ICMS correlato, sendo o FUNCEP adicional daquele, com o fito de evitar a prolação de decisões conflitantes, contraditórias, reverbera a necessidade de julgamento em conjunto, conforme art. 55, § 3º, do CPC.

Por essas razões, deve ser declarada nula a sentença singular, com vistas à prolação de nova sentença que atenda aos ditames da lei. Prejudicada a análise das demais preliminares e, inclusive, da questão de mérito.

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 da relatora, pelo recebimento dos recursos hierárquico, por regular, e voluntário, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito pelo desproimento do primeiro, e provimento parcial do segundo, para declarar NULA a sentença exarada na instância prima, que considerou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002648/2016-23, lavrado em 14/12/2016, contra a empresa CLARO S/A., regularmente inscrita no CCICMS estadual sob nº 16.147.111-0, devidamente qualificada nos autos.

P.R.E

Tribunal pleno de Julgamento, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 12 de agosto de 2019.

THAÍS GUIMARAES TEIXEIRA
Conselheira Relatora

GIANNI CUNHA DA SILVEIRA CAVALCANTE
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal pleno de Julgamento, DAYSE ANNYEDJA GONÇALVES CHAVES, MAIRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, MÔNICA OLIVEIRA COELHO DE LEMOS, ANÍSIO DE CARVALHO COSTA NETO, GÍLVIA DANTAS MACEDO e PETRONIO RODRIGUES LIMA.

FELIPE TADEU LIMA SILVINO
Assessor Jurídico

#

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, os recursos hierárquico e voluntário, interpostos nos moldes dos arts. 80 e 77 da Lei nº 10.094/2013, respectivamente, contra a decisão monocrática, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002648/2016-23 (fls. 4 e 5), lavrado em 14 de dezembro de 2016, que denuncia a empresa, acima identificada, pelo cometimento da irregularidade abaixo transcrita, *ipsis litteris*:

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:

Falta de recolhimento do FUNCEP devido sobre prestações de serviços de telecomunicações,

decorrente da lavratura do Auto de Infração nº 93300008.09.00002631/2016-76, em razão da falta de emissão de notas fiscais de serviços de telecomunicações NFST Modelo 22, por ocasião da ativação de créditos de recarga de serviços de telefonia móvel celular pré-pago, apurado conforme segue:

1. A diferença de FUNCEP a recolher, no montante de R\$ 3.013.927,07 apontada no presente auto de infração, é oriunda da falta de emissão de NFST por ocasião da ativação de créditos de recarga de serviços de telefonia móvel celular pré-pago, comercializados neste Estado pelos seus agentes intervenientes Aliança Distrib. de Gêneros Alimentícios Ltda. (CNPJ 07.649.462/0002-64 e insc. estadual 16.148.161-2) e D Lima Comércio de Telefonia Ltda. (CNPJ 08.628.446/0001-77 e insc. estadual 16.150.977-0) durante os exercícios de 2011 a 2015, conforme demonstrado nos quadros demonstrativos anexados ao presente auto;
2. O resultado em questão foi obtido através do confronto realizado entre os valores mensais das notas fiscais eletrônicas modelo 55 emitidas pela Claro S/A, sem tributação, de remessa/ venda de créditos de recarga de serviços de telefonia móvel celular pré-pago para seus agentes intervenientes (Distribuidoras) Aliança e D Lima, e os valores mensais das NFST Modelo 22 emitidas pela autuada, com tributação (ICMS/FUNCEP), por ocasião da ativação dos créditos de recarga de serviços de telefonia móvel celular pré-pagos comercializados pelos agentes intervenientes retromencionados;
3. As notas fiscais eletrônicas modelo 55 emitidas pela Claro S/A, sem tributação, destinadas aos agentes intervenientes mencionados, foram obtidas através de consulta realizada junto ao portal nacional da nota fiscal eletrônica, estando devidamente relacionadas nos demonstrativos anexos ao auto de infração em comento, e totalizaram a quantia de R\$ 356.822.560,40 (exercícios de 2011 a 2015);
4. Já no que se refere às NFST Modelo 22 emitidas pela Claro S/A, com tributação (ICMS/FUNCEP), por ocasião da ativação dos créditos de recarga de serviços de telefonia móvel celular pré-pagos, correspondente aos créditos comercializados pelos agentes intervenientes Aliança e D Lima, temos que esta relação de NFST foi obtida através dos arquivos eletrônicos fornecidos pela autuada a esta fiscalização, em razão das Notificações 11, 12 e 13 em anexo, e totalizaram a quantia de R\$ 206.126.206,88 (exercícios 2011 a 2015);
5. Os arquivos eletrônicos fornecidos pela Claro S/A se encontram gravados em quatro mídias digitais tipo DVD-R, anexas ao Auto de Infração nº 93300008.09.00002631/2016-76, devidamente detalhados através de relatórios analíticos com informações relativas às NFST emitidas no período, bem como identificam, entre outros dados, o agente interveniente responsável pela revenda do respectivo crédito de recarga pré-pago;
6. De posse desses dados, confrontamos os valores dos créditos de recarga de serviços de telefonia móvel celular pré-pago repassados para revenda aos agentes intervenientes Aliança e D Lima (R\$

356.822.560,40), com os valores das NFST emitidas pela Claro S/A correspondente às ativações dos créditos de recarga comercializados pelos referidos agentes intervenientes (R\$ 206.126.206,88), e constatamos uma diferença total de R\$ 150.696.353,52 durante os exercícios de 2011 a 2015, valor este que denuncia a falta de emissão de NFST e, conseqüentemente, falta de recolhimento de FUNCEP correspondente, no valor total de R\$ 3.013.927,07;

7. . Por fim, cabe salientar que consultando o sistema ATF desta Secretaria, constatamos que as revendas dos créditos de recarga pré-pagos efetuadas pelos agentes intervenientes Aliança e D Lima foram destinadas a consumidores localizados neste Estado, conforme se comprova através dos valores consignados nos CFOP 5102, 5403, 5405 e 5949, constantes dos relatórios em anexo, gerados a partir de declarações fornecidos pelos mesmos.

Considerando infringido o art. 2º, I, da Lei nº 7.611, de 30/6/2004, os agentes fazendários, por lançamento de ofício, constituíram crédito tributário no importe de R\$ 7.534.817,68, sendo R\$ 3.013.927,07 de FUNCEP, R\$ 3.013.927,07 de multa por infração, e R\$ 1.506.963,54 de multa recidiva, nos termos do art. 8º da Lei nº 7.611/04 acrescentado pela Lei nº 9.414, de 12/7/2011.

Documentos instrutórios, anexos às fls. 6 a 146 dos autos, dentre os quais consta:

DEMONSTRATIVO DO ICMS TOTAL A RECOLHER DECORRENTE DO CONFRONTO ENTRE OS VALORES DAS NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS MOD 55 DA CLARO S/A COM REMESSAS/ VENDAS DE CRÉDITOS DE RECARGAS PARA CELULARES PRÉ-PAGOS DESTINADAS À ALIANÇA DISTRIB. DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS LTDA (CNPJ 07.649.462/0002-64 E INSC. ESTADUAL 16.148.161-2 16.150.977-0) E D LIMA COMÉRCIO DE TELEFONIA LTDA (CNPJ 08.628.446/0001-77 E INSC. ESTADUAL 16.150.977-0) E OS VALORES DAS NFST EMTIDAS POR CONTA DAS RESPECTIVAS PRESTAÇÕES DE TELEFONIA PARA CELULARES PRÉ-PAGOS – EXERCÍCIOS 2011 A 2015 (fl. 6), e NOTIFICAÇÕES Nºs 11, 12 E 13 (fls. 116 a 118).

Regularmente cientificada da lavratura do auto de infração, em 15/12/2016, conforme oposição de assinatura no Termo de Ciência constante da exordial, fls. 5, por meio de representante legalmente habilitado, de acordo com os documentos apensos às fls. 147 a 162, a empresa autuada apresentou reclamação em tempo hábil.

Na peça reclamatória (fls. 165 a 181), inicialmente, o contribuinte apresenta uma resenha dos fatos (fls. 165 e 166), em seguida, propõe-se a demonstrar os motivos pelos quais a peça exordial deve ser cancelada, uma vez que:

a) preliminarmente, o crédito tributário exigido encontra-se parcialmente decaído, pois, tendo a intimação da Claro acerca do lançamento tributário ocorrido somente em 15/12/2016, todo o período anterior a 15/12/2011 encontra-se atingido pela decadência, pois fora do quinquênio previsto no art. 150, § 4º, CTN;

b) no mérito, o FUNCEP é absolutamente indevido pois, conforme amplamente exposto na impugnação apresentada em face do auto de infração nº 93300008.09.00002631/2016-79 (fundamento utilizado pela fiscalização para exigir o FUNCEP, como já adiantado), não é devido o ICMS consubstanciado naquela autuação, ante a regra tributária prevista no Decreto nº 26.146/05 (que incorporou as disposições do Convênio ICMS 55/05 no Estado da Paraíba), logo não há que se falar em FECOP;

c) sucessivamente, as multas imputadas ao Contribuinte precisam ser revistas, pois:

i. a multa aplicada no montante de 100% sobre o valor do FUNCEP pretensamente devido deve ser cancelada, uma vez que abarca período anterior à sua vigência, o que viola a irretroatividade jurídica;

ii. e, além disso, a “Multa por reincidência” foi imputada à Empresa sem indicação de fundamentação legal e sem a comprovação de que a Empresa teria sido reincidente, o que, também, impede a manutenção da penalidade.

A impugnante alerta ainda que há conexão entre o libelo basilar destes autos e o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002631/2016-76, motivo pelo qual afirma ser recomendável o julgamento conjunto das causas, fls. 166.

Nesta linha, a reclamante prossegue com suas razões, arguindo, em preliminar, a decadência das parcelas anteriores a 15/12/2011 nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, motivo pelo qual devem ser extintas, conforme art. 156, inciso V, do CTN. Reforçando seu pleito, menciona jurisprudência do STJ e deste Colegiado, segundo fls. 166 e 168.

No mérito, argumenta que inexistente qualquer valor devido a título de ICMS ao Estado da Paraíba, daí afirma ser ilegítimo Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002631/2016-76.

A impugnante narra que o FUNCEP ora exigido decorre da lavratura do Auto de Infração nº 93300008.09.00002631/2016-76, sendo que, sobre a base de cálculo apurada para o cálculo do ICMS naquela autuação, aplicou-se a alíquota de 2% (dois por cento) a título de FUNCEP, conforme demonstrativo fls. 168.

Apesar disso, o sujeito passivo afirma que não há qualquer valor de ICMS devido aos cofres

paraibanos o que ipso facto torna indevido qualquer valor cobrado a título de FUNCEP, justamente por se tratar de mero adicional daquele imposto, consoante art. 2º, I, da Lei Estadual nº 7.611/04.

Neste sentido, a impugnante persiste em sua defesa dizendo que o FUNCEP exigido nestes autos não é devido aos cofres estaduais, conforme fls. 168 a 176.

Prosseguindo em sua defesa, reitera a necessidade de cancelamento da multa por infração e da recidiva, fls. 177 a 179.

Na sequência, o sujeito passivo discorre quanto à necessidade de realização de diligência fiscal/ perícia para esclarecimento dos fatos. Neste sentido, requer diligência fiscal/ perícia para comprovar suas alegações defensuais, nos termos do art. 59 da Lei nº 10.094/13, a fim de responder os cinco quesitos por ele formulados às fls. 179 e 180.

Por fim, requer o acolhimento das suas razões de reclamar, reiterando os pedidos já expostos, conforme fls. 180 e 181.

Assevera ainda que provará o alegado por todos os meios de prova admitidos em direito, principalmente pela prova pericial contábil, que requereu, nos termos do art. 63 da Lei nº 10.094/13.

Pleiteia ainda que as intimações sejam encaminhadas ao advogado André Mendes Moreira, OAB/MG nº 87.017, com endereço à Alameda Oscar Niemeyer, 119, 13º andar, Vila da Serra, Nova Lima-MG, CEP 34.000-056, de acordo com fls. 181.

Documentos instrutórios, fls. 182 a 274 dos autos.

Com informações de antecedentes fiscais (fls. 275 e 276), os autos foram conclusos (fls. 277) e encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, onde foram distribuídos à julgadora fiscal Rosely Tavares de Arruda, que decidiu juntar aos autos informação fiscal emitida pelos autores do feito fiscal como também sentença singular, ambas proferidas no Processo nº 172307/2016-8, conforme Termo de Juntada às fls. 279 e documentos seguintes às fls. 280 a 314.

Enfim, o órgão julgador de primeiro grau, ciente do resultado da diligência fiscal promovida no Processo nº 172307/2016-8 assim como da sentença prolatada pelo julgador monocrático naquele processo, decidiu pela parcial procedência do feito fiscal, em conformidade com o entendimento esposado na sentença expedida às fls. 315 a 326 e ementa infracitada, *litteris*:

FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA (FUNCEP). FALTA DE RECOLHIMENTO. INFRAÇÃO CARACTERIZADA EM PARTE. DECADÊNCIA PARCIAL DOS CRÉDITOS FISCAIS. MULTA RECIDIVA CARACTERIZADA EM PARTE.

É devido o recolhimento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FUNCEP) incidente sobre prestações de serviços de telecomunicações relativas a recargas pré-pagas de telefonia móvel, conforme legislação regente.

Decadência de parcela do crédito tributário pela aplicação do art. 150, § 4º, do CTN.

Exclusão da multa recidiva para os períodos autuados em que o contribuinte era primário no cometimento do ilícito fiscal objeto da penalidade majorada.

AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE

Como resultado, a ora recorrente foi condenada ao pagamento do crédito tributário no importe de R\$ 6.296.657,48, sendo R\$ 2.530.175,01 de FUNCEP, R\$ 2.530.175,01 de multa por infração, e R\$ 1.236.307,46 de multa recidiva. Em tempo, foi cancelado o crédito tributário no valor de R\$ 1.238.160,20, sendo R\$ 483.752,06 de FUNCEP, R\$ 483.752,06 de multa por infração, e R\$ 270.656,08 de multa recidiva.

Ciente da decisão proferida pelo órgão julgador monocrático, via Notificação nº 00474474/2018, remetida via postal, com Aviso de Recebimento (fls. 329), a interessada impetrou recurso voluntário a esta instância *ad quem* em tempo hábil, de acordo com fls. 331 a 345.

No recurso voluntário (fls. 331 a 345), interposto com fulcro no art. 77 da Lei nº 10.094/2013, inicialmente, o contribuinte narra os fatos ocorridos, de acordo com fls. 331 e 332.

Na sequência, externa sua estima e consideração pela fiscalização e GEJP, para, então, afirmar que a sentença singular precisa ser complementada, com o cancelamento integral da autuação pelas seguintes razões, conforme registrado às fls. 332, *litteris*:

a) *Preliminarmente, o crédito tributário referente a fatos geradores compreendidos entre 1/12/2011 a 15/12/2011, também está fulminado pela decadência, pois, a teor do art. 150, § 4º do CTN, o dies a quo do prazo quinquenal decadencial é “a ocorrência do fato gerador”, o que se dá “no momento das prestações onerosas de serviços de comunicação”;*

b) No mérito, pela regra tributária prevista no Decreto nº 26.146/05 (que incorporou as disposições do Convênio ICMS 55/05), o ICMS (e consequentemente o próprio FUNCEP) sobre créditos de telefonia móvel pré-pagos é devido no momento das respectivas ativações, cabendo o recolhimento ao Estado onde os terminais estiverem habilitados, tendo sido pago ao Estado da Paraíba os valores que lhe cabiam;

i. Sucessivamente, a “Multa por Reincidência” foi imputada à Empresa sem indicação da fundamentação legal e sem a comprovação de que o Contribuinte teria sido reincidente, o que impede a sua manutenção.

A partir deste breve resumo das suas razões, a ora recorrente passa a desenvolver sua tese recursal, recorrendo acerca dos pontos acima mencionados, conforme fls. 332 a 345.

Abordando a questão de direito, a recorrente requer o reconhecimento da prejudicialidade do crédito tributário em voga ao julgamento do auto de infração nº 93300008.09.00002631/2016-76 como também enfatiza ser recomendável o julgamento conjunto de ambos os processos, segundo transcrição abaixo, *in verbis*:

“A decisão recorrida parte da premissa de que as questões de mérito neste caso já teriam sido devidamente enfrentadas quando do julgamento do AI nº 93300008.09.00002631/2016-76 (doc. nº 04 da impugnação), no qual foram analisados os argumentos acerca da não incidência do ICMS sobre as rubricas em questão – condição à incidência do FUNCEP ora discutido.

Assim, a decisão recorrida manteve o FUNCEP nos presentes autos, ao considerar “a decisão já proferida no julgamento do [referido] auto de infração”, atualmente objeto do processo administrativo nº 0505352018-6.

Logo, inclusive para evitar decisões conflitantes, é recomendado que o presente processo administrativo e o de nº 0505352018-6 sejam reunidos, para julgamento conjunto por este colendo Conselho, também em vista da prejudicialidade acima apontada.”

Ao final, reitera os pedidos supracitados (fls. 344 e 345), e, no mérito, pleiteia também (fls. 345) o reconhecimento da ilegitimidade da exigência fiscal, vez que, no seu entender, observou estritamente a regra tributária prevista no Decreto nº 26.146/05 que incorporou neste Estado as disposições do Convênio ICMS nº 55/05.

Reitera seu pedido de perícia contábil com o fito de provar suas alegações formuladas nestes autos, nos termos do art. 63 da lei nº 10.094/2013, segundo fls. 345.

Novamente, solicita que as intimações do presente feito sejam encaminhadas ao advogado André Mendes Moreira, OAB/MG nº 87.017, com endereço à Alameda Oscar Niemeyer, 119, 13º andar, Vila da Serra, Nova Lima-MG, CEP 34.000-056, de acordo com fls. 394.

Remetidos os autos a esta Corte, estes foram distribuídos a esta relatoria, para exame e decisão, segundo critério regimentalmente previsto.

Por oportuno, em 4/6/2019, foi juntado aos autos cópia de e-mail (fls. 348) enviado à presidente desta Casa pelo representante legal da recorrente, solicitando que estes autos fossem igualmente distribuídos à Conselheira Thaís Guimarães Teixeira, tendo em vista o presente processo ser conexo ao do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002631/2016-76.

Registre-se que, em 2/8/2019, o representante legal da ora recorrente protocolou pedido de sustentação oral das suas razões de recorrer, motivo pelo qual solicitei parecer acerca da legalidade do lançamento à Assessoria Jurídica desta Casa, em conformidade com o art. 20, X, da Portaria GSER nº 75/2017 – Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, que, posteriormente, foi colacionado aos autos.

É o relatório.

VOTO

Versam estes autos a respeito de *recursos hierárquico e voluntário* impetrados contra decisão singular, que decidiu pela *parcial procedência* do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002648/2016-23, lavrado em 14/12/2016, denunciando **falta de recolhimento do FUNCEP – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA**, em conformidade com a nota explicativa abaixo trasladada das fls. 4 dos autos:

Nota Explicativa:

Falta de recolhimento do FUNCEP devido sobre prestações de serviços de telecomunicações, decorrente da lavratura do Auto de Infração nº 93300008.09.00002631/2016-76, em razão da falta de emissão de notas fiscais de serviços de telecomunicações NFST Modelo 22, por ocasião da ativação de créditos de recarga de serviços de telefonia móvel celular pré-pago, apurado conforme segue:

1. A diferença de FUNCEP a recolher, no montante de R\$ 3.013.927,07 apontada no presente auto de infração, é oriunda da falta de emissão de NFST por ocasião da ativação de créditos de recarga de serviços de telefonia móvel celular pré-pago, comercializados neste Estado pelos seus agentes intervenientes Aliança Distrib. de Gêneros Alimentícios Ltda. (CNPJ 07.649.462/0002-64 e insc. estadual 16.148.161-2) e D Lima Comércio de Telefonia Ltda. (CNPJ 08.628.446/0001-77 e insc. estadual 16.150.977-0) durante os exercícios de 2011 a 2015, conforme demonstrado nos quadros demonstrativos anexados ao presente auto;
2. O resultado em questão foi obtido através do confronto realizado entre os valores mensais das notas fiscais eletrônicas modelo 55 emitidas pela Claro S/A, sem tributação, de remessa/ venda de créditos de recarga de serviços de telefonia móvel celular pré-pago para seus agentes intervenientes (Distribuidoras) Aliança e D Lima, e os valores mensais das NFST Modelo 22 emitidas pela autuada, com tributação (ICMS/FUNCEP), por ocasião da ativação dos créditos de recarga de serviços de telefonia móvel celular pré-pagos comercializados pelos agentes intervenientes retromencionados;
3. As notas fiscais eletrônicas modelo 55 emitidas pela Claro S/A, sem tributação, destinadas aos agentes intervenientes mencionados, foram obtidas através de consulta realizada junto ao portal nacional da nota fiscal eletrônica, estando devidamente relacionadas nos demonstrativos anexos ao auto de infração em comento, e totalizaram a quantia de R\$ 356.822.560,40 (exercícios de 2011 a 2015);
4. Já no que se refere às NFST Modelo 22 emitidas pela Claro S/A, com tributação (ICMS/FUNCEP), por ocasião da ativação dos créditos de recarga de serviços de telefonia móvel celular pré-pagos, correspondente aos créditos comercializados pelos agentes intervenientes Aliança e D Lima, temos que esta relação de NFST foi obtida através dos arquivos eletrônicos fornecidos pela autuada a esta fiscalização, em razão das Notificações 11, 12 e 13 em anexo, e totalizaram a quantia de R\$ 206.126.206,88 (exercícios 2011 a 2015);
5. Os arquivos eletrônicos fornecidos pela Claro S/A se encontram gravados em quatro mídias digitais tipo DVD-R, anexas ao Auto de Infração nº 93300008.09.00002631/2016-76, devidamente detalhados através de relatórios analíticos com informações relativas às NFST emitidas no período, bem como identificam, entre outros dados, o agente interveniente responsável pela revenda do respectivo crédito de recarga pré-pago;

6. De posse desses dados, confrontamos os valores dos créditos de recarga de serviços de telefonia móvel celular pré-pago repassados para revenda aos agentes intervenientes Aliança e D Lima (R\$ 356.822.560,40), com os valores das NFST emitidas pela Claro S/A correspondente às ativações dos créditos de recarga comercializados pelos referidos agentes intervenientes (R\$ 206.126.206,88), e constatamos uma diferença total de R\$ 150.696.353,52 durante os exercícios de 2011 a 2015, valor este que denuncia a falta de emissão de NFST e, conseqüentemente, falta de recolhimento de FUNCEP correspondente, no valor total de R\$ 3.013.927,07;

7. . Por fim, cabe salientar que consultando o sistema ATF desta Secretaria, constatamos que as vendas dos créditos de recarga pré-pagos efetuadas pelos agentes intervenientes Aliança e D Lima foram destinadas a consumidores localizados neste Estado, conforme se comprova através dos valores consignados nos CFOP 5102, 5403, 5405 e 5949, constantes dos relatórios em anexo, gerados a partir de declarações fornecidos pelos mesmos.

Tais irregularidades se referem aos exercícios de 2011 a 2015.

Inicialmente, cumpre observar que o recurso da autuada atende ao requisito de tempestividade, haja vista ter sido interposto no prazo previsto no art. 77 da Lei nº 10.094/2013, via de consequência, impõe-se seu acolhimento.

Passo, pois, à análise de preliminar suscitada na peça recursal.

De acordo com a ora recorrente, a decisão recorrida manteve o FUNCEP nos presentes autos, cobrado por meio do AI nº 93300008.09.00002648/2016-23, ao considerar a decisão já proferida na instância prima no julgamento do AI nº 93300008.09.00002631/2016-76, formalizado por meio do Processo nº 1723092016-7 cuja reclamação foi protocolada sob o nº 0043512017-4, e, que exige o ICMS incidente sobre prestações de serviço de telecomunicações.

Em suas razões de recorrer, o sujeito passivo esclarece que o FUNCEP ora exigido decorre da lavratura do AI nº 93300008.09.00002631/2016-76, sendo que, sobre a base de cálculo apurada naquela autuação, aplicou-se a alíquota de 2% (dois por cento) a título de FUNCEP.

Diante disso, a recorrente pleiteia que os processos em questão sejam reunidos, para julgamento conjunto por este colendo Conselho.

Das alegações da ora recorrente, percebe-se que a falta de recolhimento de ICMS denunciada no AI nº 93300008.09.00002631/2016-76 repercute diretamente no AI nº 93300008.09.00002648/2016-23, que exige FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

É sabido que o FUNCEP corresponde à parcela do produto da arrecadação correspondente ao adicional de dois pontos percentuais na alíquota do ICMS, de acordo com o inciso I do art. 2º da Lei nº 7.611/2004, abaixo transcrito:

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;

Diante disso, é indubitoso que a cobrança do ICMS incidente sobre prestações de serviço de comunicação impõe a exigência do FUNCEP, como também é indiscutível que o ICMS reverbera no FUNCEP, de tal modo que, neste caso, sem ICMS devido não há FUNCEP exigível, de acordo com as disposições legais supracitadas.

Isto posto, a meu ver, resta configurado que a matéria deste feito fiscal é similar na essência àquela tratada no Processo nº 1723072016-8, de forma que há um pedido comum, revelando conexão entre os processos, a qual embora não esteja prevista na lei processual estadual (Lei nº 10.094/2013), é preconizada no art. 55 do Código de Processo Civil, conforme dispositivo legal infracitado, *in verbis*:

Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.

§ 1º Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado.

(...)

§ 3º Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.

Destarte, valho-me subsidiariamente das disposições legais supracitadas para o desfecho desta lide, que, a meu ver, é imprescindível o julgamento conjunto dos processos em questão.

Por outro lado, ainda que não se acate a conexão ora agitada, é indiscutível a necessidade de reunião destes processos a fim de evitar o risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso sejam decididos separadamente, por isso ponderando que a sentença de primeiro grau proferida no Processo nº 1723072016-8 (AI nº 93300008.09.00002631/2016-76 - ICMS) foi considerada nula por esta relatoria por cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, igual decisório deve ser prolatado no presente processo.

Ressalte-se, neste ponto, que há parecer da Assessoria Jurídica no mesmo sentido.

Assim, tendo em vista o desfecho acima, resta prejudicada a análise das demais preliminares e, principalmente, do mérito da causa.

Com esses fundamentos,

V O T O pelo recebimento dos *recursos hierárquico*, por regular, e *voluntário*, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito pelo *desprovemento* do primeiro, e *provimento parcial* do segundo, para declarar *NULA* a sentença exarada na instância prima, que considerou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002648/2016-23, lavrado em 14/12/2016, contra a empresa CLARO S/A., regularmente inscrita no CCICMS estadual sob nº 16.147.111-0, devidamente qualificada nos autos.

Por oportuno, registre-se que estes autos devem ser julgados conjuntamente com o Processo nº 1723072016-8 a fim de evitar decisões conflitantes, conforme razões exaradas neste voto.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Tribunal Pleno, Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 12 de agosto de 2019..

THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA

Conselheira Relatora