

**A. I. Nº** - 279468.0009/07-1  
**AUTUADO** - TIM NORDESTE S.A.  
**AUTUANTES** - LAUDELINO BISPO COSTA FILHO, ROQUELINA DE JESUS e SANDRA MARIA SILVA NOYA  
**ORIGEM** - IFEP – DAT/METRO  
**INTERNET** - 05/12/2007

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0394-03/07

**EMENTA: ICMS. 1. ADICIONAL DO FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA. OBRIGATORIEDADE DO RECOLHIMENTO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** De acordo com o artigo 16-A da Lei 7.014/96, é devido o pagamento da alíquota no percentual de 2%, a título de Adicional para o Fundo Estadual de Combate à Pobreza na prestação de serviços de comunicação. Defesa prejudicada quanto à apreciação do mérito, tendo em vista que a matéria se encontra *sub judice* no âmbito do Poder Judiciário. A exigibilidade do crédito tributário, entretanto, deve ficar suspensa, nos termos do artigo 151, inciso II, do CTN. **2. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E DE MORA.** A multa por descumprimento da obrigação principal, proposta pelos autuantes, é a prevista no artigo 42, inciso II, alínea “b”, da Lei 7.014/96, e se aplica ao presente caso, pois o imposto deixou de ser recolhido tempestivamente. Os acréscimos moratórios abrangem o período em que a exigibilidade do crédito tributário estiver suspensa, conforme regra inserta nos artigos 101, § 3º, e 102, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Deve ser dada ao autuado a oportunidade de quitar o débito, no prazo de vinte dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal, caso ocorra o julgamento de mérito em Decisão final desfavorável ao contribuinte. Defesa **PREJUDICADA** em relação à obrigação principal, e **PROCEDENTE** quanto à multa e acréscimos moratórios. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 24/07/2007, refere-se à exigência de R\$1.051.074,14 de ICMS, acrescido da multa de 60%, pela seguinte irregularidade:

Recolheu a menos o ICMS, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Consta na descrição dos fatos: “Empresa recolheu o ICMS Adicional fundo estadual de combate e erradicação da pobreza, ref. as receitas de vendas de cartões, através de depósito judicial, nº da conta judicial 1300107797225, agência do Banco do Brasil, 3580-7, ref. Processo nº 8886483/2002 da 1ª Vara Fazenda Pública da Comarca de Salvador. Como não foi obtida a liminar em mandado de segurança, não foi julgado o mérito pelo Juiz, não existe liminar impeditiva de autuação, lavramos o presente Auto de Infração para constituição do crédito tributário por ser um ato vinculado e obrigatório, sob pena de responsabilidade funcional”.

Inconformado, o autuado por seus advogados legalmente constituídos (Procuração às fls. 46/51), apresentou impugnação às folhas 15/19, discorrendo sobre a infração imputada e sobre a inconstitucionalidade do Adicional para o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. Diz que embora esteja nítido que a autuação impugnada tenha por fim prevenir a decadência do direito ao lançamento do tributo questionado, já que o mesmo se encontra depositado em Juízo, faz-se necessário demonstrar e ratificar a inconstitucionalidade do adicional exigido. Entende que o adicional em questão tem por base a natureza dos serviços ou produtos objeto de circulação, os quais deverão ter natureza supérflua (parágrafo 1º, art. 82 do ADCT), o que não se aplica aos serviços do autuado, já que inexistente Lei Federal listando os serviços não essenciais, como determina o art. 83 do ADCT, que reproduz. Alerta que a inexistência da referida lei federal, que deveria definir "produtos e serviços supérfluos", não impediu, contudo, a formalização de instrumento de cobrança do adicional de ICMS retro mencionado, na medida em que a Lei Estadual nº 7.988/01 instituiu o Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais, fazendo-o incidir sobre quaisquer bens e produtos sujeitos ao ICMS, supérfluos ou não, excetuando apenas os produtos componentes da cesta básica. Sustenta que a lei estadual extrapolou o mandato constitucional contido nos artigos do ADCT, em total inobservância ao disposto no artigo 83, ferindo, assim, o Princípio da Supremacia Constitucional, posto que referido adicional, na forma em que foi instituído, é incompatível com os princípios e preceitos da Constituição Federal Brasileira. Argüi que a usurpação de competência legislativa da União, praticada pelo legislador estadual na tentativa de regulamentar o dispositivo constitucional não encontra fulcro no bom direito, visto que o referido dispositivo não é auto-aplicável e o Estado não pode invadir a competência tributária da União Federal. Continua, argumentando que a solução dada à questão em comento pelo Governo do Estado da Bahia está completamente equivocada, pois invadir competência exclusiva da União Federal está longe de ser o meio adequado para solucionar o impasse ora discutido, e para que possa o Estado defender-se da "mora legislativa" existem meios próprios, devidamente previstos em nosso ordenamento jurídico. Salaria que a desastrosa tentativa do Estado de regular matéria de legislação federal a fim de elencar os produtos supérfluos que sofreriam o adicional de ICMS conseguiu, tão-somente, regulá-la a contrário sensu, visto que este sequer definiu o conceito de supérfluo, e a regulamentação do conceito de produtos e serviços supérfluos por exclusão, como parece querer indicar a legislação estadual, causa espanto que as autoridades fiscais do Estado da Bahia considerem que os serviços prestados pelo autuado sejam considerados supérfluos, visto que diversos setores da economia do país deles dependem. Observa que tais serviços não poderiam jamais ser imputados com o adicional de alíquota de ICMS, na medida em que o parágrafo 1º do artigo 82 do ADCT só permite o aumento da alíquota para o Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais nos casos de "produtos e serviços supérfluos", conceito este ainda não regulamentado, na forma do artigo 83 do ADCT. Reproduz o artigo 82, § 1º do ADCT que estabelece, excepcionalmente, a vinculação da receita do ICMS ao custeio dos Fundos Estaduais de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais. Alega que a própria Constituição Federal estabeleceu claros limites ao tratar da exceção ao dispositivo contido no seu artigo 167, inciso IV, que dispõe sobre a vedação expressa a vinculação das receitas de qualquer imposto a "órgão, fundo ou despesa", e a simples leitura dos dispositivos constitucionais revela que o adicional de ICMS vinculado ao custeio do Fundo Estadual de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais deverá limitar-se à majoração em até 02 (dois) pontos percentuais sobre produtos e serviços supérfluos, a serem definidos por lei federal. Entende que, ao contrário do que tenta fazer crer, a solução encontrada pelo Estado da Bahia afronta dispositivos da Constituição Federal que, em caso de "mora legislativa", deveria ter se utilizado dos meios próprios estabelecidos, no próprio diploma constitucional, não sendo possível admitir-se o fato de o Estado invadir competência legislativa expressa da União Federal. Protesta quanto à aplicação da multa, argüindo que da leitura do descritivo dos fatos constante do Auto de Infração, percebe-se que o mesmo tem por fim, unicamente, prevenir a decadência quanto ao lançamento do tributo em questão, já que o mesmo se encontra depositado em Juízo, conforme salientado no próprio lançamento de ofício.

Entende que equivocadamente, o autuante fez aplicar sobre o ICMS exigido multa de 60%, com base no art. 42, inciso II, alínea "b", da Lei 7.014/96, que transcreve. Sustenta que os valores devidos a título de adicional para o fundo de combate à pobreza foram devidamente depositados em Juízo, conforme se infere das guias de depósitos acostadas aos autos, inexistindo qualquer divergência entre os valores depositados e os descritos no Auto de Infração, pelo contrário, em alguns meses foi depositado valor maior que o apontado na autuação, e, assim, é incabível a penalidade aplicada, já que o depósito judicial do valor do tributo suspende a exigibilidade do mesmo, nos termos do art. 151, II, do Código Tributário Nacional. Conclui, afirmando a improcedência do Auto de Infração sob enfoque, face à inconstitucionalidade do adicional exigido, e caso o órgão julgador entenda pela manutenção do mesmo, deve ser excluído dos valores a multa de 60% aplicada, já que inexistente a ausência de recolhimento, visto que todo o tributo encontra-se depositado em Juízo, com a exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151, II, do CTN.

Os autuantes apresentam informação fiscal à folha 73, dizendo que o contribuinte argüi inconstitucionalidade do Adicional para Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, que tem por base a natureza dos serviços supérfluos (parágrafo 1º. Art. 82 do ADCT), pois não existe a Lei Federal listando os serviços não essenciais, na forma do art. 83 do ADCT, logo a Lei Estadual 7.988/01 que instituiu o Fundo de Combate à Pobreza e às Desigualdades Sociais, fazendo-o incidir sobre quaisquer bens e produtos sujeitos ao ICMS, supérfluos ou não, exceto os produtos da cesta básica, extrapolou o mandato constitucional contido nos artigos da ADCT, afrontando a Constituição Federal. Acrescentam que o autuado insurge-se contra a aplicação da multa de 60% alegando que o Adicional de Fundo de Combate à Pobreza foi devidamente depositado em juízo, reportando-se às guias de depósitos, e que em alguns meses o valor depositado é maior do que o apontado na autuação. Explica que havendo o depósito do montante autuado, é incabível a aplicação de multa pelo não recolhimento do tributo, devendo a autuação limitar-se ao valor principal para prevenir a decadência. Afirmam que não compete aos autuantes discorrer sobre a argüição de inconstitucionalidade trazida na impugnação do presente Auto de Infração, relativo ao Adicional do Fundo de Combate à Pobreza e Desigualdades Sociais, nem sobre a dispensa da multa aplicada de 60%.

## **VOTO**

O presente Auto de Infração exige o ICMS em razão de o contribuinte ter recolhido a menos em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, relativo ao Fundo Estadual de Combate à Pobreza, na prestação de serviços de comunicação.

O autuado, ingressou com medida judicial através do Processo nº 8886483/2002, contra a Fazenda Pública Estadual, suspendendo-se, então, a exigibilidade do crédito tributário.

Lavrado o lançamento de ofício, o contribuinte apresentou a sua peça defensiva pretendendo, no âmbito administrativo, ver afastada a cobrança do imposto e da multa por descumprimento da obrigação principal e de mora, tendo em vista que discorda da incidência do referido Fundo Estadual de Combate à Pobreza.

A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo (Processo nº 8886483/2002), importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto, por conseguinte, encerra-se o procedimento administrativo fiscal, contencioso ou não, em decorrência da escolha da via judicial, nos termos dos artigos 27, IV e 117 do RPAF-BA e 151, inciso II, do CTN. Se o dispositivo regulamentar está ou não, em desconformidade com a Constituição Federal, como alegado pelo defendente, não compete a este órgão julgador se manifestar a respeito, nos termos do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Portanto, fica extinto o processo administrativo fiscal, e prejudicada a defesa apresentada, devendo os autos ser remetido à PGE/PPROFIS para as providências cabíveis.

Quanto à multa por descumprimento da obrigação principal e aos acréscimos moratórios, entendo que é necessária a sua inclusão no lançamento de ofício, primeiro, porque são consectários do ICMS exigido, e, segundo, para que possam ser cobrados se a Decisão final de mérito pelo Poder Judiciário for desfavorável ao contribuinte.

Por outro lado, também entendo que deve ser dada ao autuado a oportunidade de quitar o débito, no prazo de 20 (vinte) dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal, caso ocorra a Decisão Final de mérito desfavorável ao contribuinte pelo Poder Judiciário.

Ante o exposto, considero PREJUDICADA a defesa apresentada no que tange ao mérito do imposto exigido, e voto pela PROCEDÊNCIA, relativamente à multa e aos acréscimos moratórios incidentes.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a defesa apresentada quanto ao mérito do imposto exigido, e **PROCEDENTE** quanto à multa e aos acréscimos moratórios relativo ao Auto de Infração nº 279468.0009/07-1, lavrado contra **TIM NORDESTE S.A.** Os autos deverão ser remetidos à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis, ficando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional. Caso a Decisão Final de mérito pelo Poder Judiciário seja desfavorável ao contribuinte, a repartição competente deve intimar o autuado para quitar o débito, no prazo de 20 (vinte) dias, sem incidência da multa por descumprimento da obrigação principal. Após o decurso do referido prazo sem a efetivação do pagamento, todas as penalidades indicadas na autuação devem ser incluídas no cálculo do débito ora exigido.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2007.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA- RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA