

A. I. Nº - 279468.0002/08-5
AUTUADO - TIM NORDESTE S/A
AUTUANTES - LAUDELINO BISPO COSTA FILHO, ROQUELINA DE JESUS e SANDRA MARIA
SILVA NOYA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 09. 09. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0298-01/08

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 trinta 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 em epígrafe, lavrado em 19/05/2008, exige do autuado ICMS no valor de R\$ 9.083.431,26, acrescido da multa de 60%, em decorrência de recolhimento a menos do ICMS constatado pelo desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, janeiro a dezembro de 2007, janeiro a março de 2008. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte recolheu através de depósito judicial, nº da conta judicial 1300107797225, Processo nº 8886483/2002 da 1ª Vara Fazenda Pública da Comarca de Salvador, o acréscimo de 2%, previsto no artigo 51-A do RICMS/BA, referente ao ICMS Adicional Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, sobre os serviços de telecomunicação disponibilizados por meio físico (cartões e assemelhados) e eletrônico. Como não foi obtida a liminar em mandado de segurança, não foi julgado o mérito, não existindo liminar impeditiva de autuação, sendo lavrado o presente Auto de Infração para constituição do crédito tributário.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa às folhas 68 a 76, esclarecendo, inicialmente, que se trata de uma sociedade anônima regularmente constituída que se

dedica à exploração de serviços de telecomunicações, incluindo serviços de telefonia móvel celular e outros, na conformidade das concessões, autorizações e permissões outorgadas.

Diz que a prestação destes serviços é feita por meio de planos de assinatura mensal, ou seja, planos pós-pagos, assim como por planos pré-pagos, no caso, cartões.

Acrescenta que, de acordo com a definição dada pelo item 2.1 da Norma NGT 03/98 da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, os planos de serviços pré-pagos caracterizam-se pelo pagamento por parte do usuário, previamente à utilização do serviço, por meio de “cartões associados a valor”, cujo teor transcreve.

Assevera que os serviços de telefonia prestados mediante ficha ou cartão, estão isentos do adicional de alíquota de ICMS referente ao Fundo Estadual de combate a pobreza, não existindo no artigo 16-A, parágrafo único, da Lei Estadual nº 7.988/2001, nenhuma distinção ou definição quanto aos serviços de telefonia, prestados mediante ficha ou cartão, que estariam isentos do referido adicional de alíquota de ICMS.

Prosseguindo, diz que em correspondência emitida pela Diretoria de Arrecadação, Crédito Tributário e Controle da SEFAZ/BA (fl. 92), foi informada que haveria incidência da alíquota de 27% sobre os serviços de telefonia celular prestados por cartão, verificando-se entendimento distinto entre o que estabelece a legislação do ICMS e o entendimento trazido pela referida correspondência.

Esclarece que, ante o impasse, impetrou em 28/01/2002, o Mandado de Segurança nº 888648-3/02 (fls. 94 a 101), o qual foi distribuído à 1ª Vara Fazenda Pública da Comarca de Salvador, no intuito de ter reconhecido o seu direito líquido e certo de não recolher a alíquota adicional de ICMS destinada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, sobre os serviços de telefonia celular pré-pagos prestados neste Estado.

Aduz que, em decorrência do indeferimento da liminar requerida, requereu autorização para realizar mensalmente o depósito judicial do valor atualizado equivalente à alíquota adicional de ICMS com base no artigo 151, II, do Código Tributário Nacional, pedido este que foi prontamente autorizado pelo MM Juiz, sendo os referidos valores referentes aos exercícios de 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 e 2008, depositados mensalmente conforme documentos às fls. 106 a 163, ficando a sua exigibilidade suspensa em função do depósito judicial, consoante o artigo 151, II, do CTN.

Destaca que foi notificada da lavratura do presente Auto de Infração, para prevenir a decadência com relação ao crédito tributário questionado no Mandado de Segurança n. 888648-3/02, relativamente ao período de janeiro de 2004 a março de 2008. Registra que nesse sentido, foi lavrado o Auto de Infração nº. 2794680009/07-1, para prevenção de decadência relativamente ao crédito tributário questionado no Mandando acima referido, referente ao período de janeiro a dezembro de 2002 e dezembro de 2003.

Diz que naquela oportunidade apresentou impugnação ao citado Auto de Infração, sendo proferida decisão pela 1ª instância administrativa, considerando no mérito, prejudicada a defesa, em decorrência da propositura de medida judicial que importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa, conforme transcreve.

Ressalta que a própria decisão administrativa acima mencionada admite que os créditos se encontram com a sua exigibilidade suspensa, nos termos do artigo 151, II, do CTN.

Acrescenta que, conforme demonstrará a seguir, o presente Auto de Infração não deve prosperar, inclusive, no que diz respeito à incidência da multa.

Sustenta que as causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário, previstas no artigo 151 do CTN, impedem a exigência da dívida, uma vez que não se tem certeza sobre a sua existência ou não, motivo pelo qual está sendo judicialmente discutido.

Afirma que se o sujeito passivo tem o direito subjetivo de não pagar, por força da norma que decreta a suspensão da exigibilidade, a ele não pode ser imputada uma falta ou uma violação de um dever, pois este é inexistente. Transcreve nesse sentido, voto proferido referente ao Recurso

Voluntário interposto no Auto de Infração nº 232854.0041/07-6, em 14/11/2007, pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Assevera que, como expressamente confirmado no referido voto, a impugnante não deixou de recolher o imposto alegadamente devido, efetuando o depósito judicial, não havendo motivos para a inclusão da multa, haja vista que não há o descumprimento de uma obrigação.

Diz que dessa forma, com a realização do depósito judicial integral do imposto objeto do lançamento ora impugnado, resta evidente que a exigibilidade relativa ao principal deve permanecer suspensa até a decisão definitiva a ser proferida dos autos do Mandado de Segurança 8886483/2002 e os valores a título de multa devem ser imediatamente cancelados.

Conclui pleiteando a suspensão do valor lançado a título de principal até que seja proferida decisão definitiva nos Autos do MS 888648-3/02, bem como que seja cancelada a cobrança da multa, tendo em vista que o crédito tributário ora questionado se encontra com exigibilidade suspensa em razão do depósito judicial efetuado mensalmente pelo impugnante.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 193/194, dizendo que por ter sido negado o pedido de liminar em Mandado de Segurança, o depósito judicial do montante não impede que seja feito o lançamento tributário, haja vista que o depósito não é pagamento, mas uma garantia, sendo lavrado o Auto de Infração para prevenir o direito do Estado evitando a decadência. Quanto à aplicação de penalidades e acréscimos moratórios dizem que não lhes compete dispensar a exigência.

Finalizam mantendo a autuação, contudo, ressaltando que a exigibilidade do crédito fica suspensa até que o mérito da ação impetrada através do Mandado de Segurança seja julgado, preservando o direito do Estado.

VOTO

Versa o presente Auto de Infração sobre o recolhimento a menos do ICMS, constatado pelo desencontro entre os valores 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.

Do exame das peças processuais, verifico que o autuado impetrou Mandado de Segurança no intuito de não recolher a alíquota adicional de 2% do ICMS, destinada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, sobre os serviços de telefonia celular pré-pagos prestados neste Estado.

Vejo, também, que os autuantes esclarecem que o Auto de Infração foi lavrado para preservar o direito do Estado evitando a decadência.

Observo que 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 sobre os serviços de telefonia celular prestados por cartão, conforme exigido pela Diretoria de Arrecadação, Crédito Tributário e Controle da SEFAZ/BA.

Ocorreu que, 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, encerrando-se, por consequência, 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.

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

No que concerne à multa por descumprimento da obrigação principal e aos acréscimos moratórios, é necessária a inclusão no lançamento de ofício, primeiro, porque são consequências do ICMS exigido, e, segundo, para que possam ser cobrados se a Decisão final de mérito pelo Poder Judiciário for desfavorável ao contribuinte, não sendo caso de cancelamento, conforme pretendido pelo autuado.

Registro, contudo, 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 1ª 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 279468.0002/08-5, 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 30 (trinta) 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, 01 de setembro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMO- JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR