

A. I. Nº	- 278003.0004/20-2
AUTUADO	- OI MÓVEL S.A – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
AUTUANTE	- ROQUELINA DE JESUS
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 01/09/2025

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0157-04/25-VD

**EMENTA:** ICMS. ESCOLHA VIA JUDICIAL. RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou desistência da impugnação ou recurso acaso interposto, em conformidade com a art. 126 do COTEB/BA. Defesa PREJUDICADA. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 25/06/2020, com ciência ao autuado em 30/06/2020, para exigir débito de R\$ 7.706.172,75, relativo aos meses de junho a dezembro/2015, sob a acusação de:

*INFRAÇÃO 1 – 02.08.37:*

*Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es), referente a prestações de serviço de comunicação não escriturados nos livros fiscais próprios.*

*A empresa não recolheu o ICMS sobre o serviço de assinatura cobrado nas faturas por entender que é serviço não tributado.*

*Apesar da decisão do STF no Recurso Extraordinário 912888 do Rio Grande do Sul, gravado no DVD, assegurando a incidência do ICMS sobre o serviço de assinatura, existe Mandado de Segurança nº 0228842520118050001, em trâmite no juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública do Estado da Bahia, determinando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário relativo à assinatura mensal.*

*Este Auto foi lavrado devido orientação da PGE/PROFIS, de que deve o Estado da Bahia lançar o crédito tributário e suspender a exigibilidade até julgamento do mérito.*

*Enquadramento Legal: art. 1º, inciso III; art. 2º, inciso IV; e art. 32, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 218, III, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.*

O autuado, através dos seus patronos devidamente habilitados, apresentou defesa, às fls. 20 a 28 dos autos, onde aduz que a autuação não deve prosperar, uma vez que foi lavrada em claro descumprimento à ordem judicial definitiva obtida pela impugnante nos autos do mandado de segurança nº 0000729-02.2009.8.05.0000, impetrado para impedir a cobrança de ICMS justamente sobre a rubrica autuada (assinatura sem inclusão de minutos), do que esclarece que o *mandamus* citado da descrição da infração, nº 0228842520118050001, foi impetrado apenas pela Telemar Norte Leste S/A e, portanto, não se aplica à impugnante.

Diz que, ainda que algum ICMS fosse devido, o que seria uma afronta à decisão judicial transitada em julgado, é fato que:

- a) o auto de infração padece de nulidade insanável por vício de fundamentação, haja vista a ausência de determinação clara da matéria tributável;
- b) os valores correspondentes a fatos geradores ocorridos antes de 30.06.2015 estão fulminados pela decadência, já que constituídos fora do quinquênio legal do art. 150, § 4º, do CTN;
- c) é ilegítima a cobrança do adicional de alíquota do ICMS para o financiamento do FUNCEP, ante a sua incidência sobre serviços que não são verdadeiramente supérfluos, *in casu*, serviços de telecomunicação;
- d) sucessivamente, d.1) em face da essencialidade do serviço prestado, cuja alíquota incidente

deve ser a mínima existente, a autuação epigrafada deve ser sobrestada até que sobrevenha julgamento definitivo da repercussão geral reconhecida no bojo do RE nº 714.139/SC (Tema 745), nos termos do art. 1.030, III, do CPC; d.2) por fim, evidente que o ICMS deve ser calculado sobre o preço efetivo do serviço, sendo ilegítima a majoração da base de cálculo promovida pela Fiscalização (“Gross UP”).

No que tange ao mérito, quanto à incidência de ICMS sobre assinatura sem franquia de minutos, reitera a inaplicabilidade do *mandamus* nº 0228842520118050001 ao presente caso, já que impetrado apenas pela Telemar Norte Leste S/A (Empresa do mesmo Grupo Econômico), devendo tal informação descrita na infração ser retificada.

Aduz que o mandado de segurança impetrado pela impugnante para impedir a cobrança de ICMS sobre a materialidade autuada foi julgado integralmente procedente pelo TJBA, tendo ocorrido o trânsito em julgado em 15.09.2016.

Assim, registra que o lançamento tributário consubstanciado na presente autuação viola a decisão judicial definitiva que vedou a cobrança de ICMS sobre os serviços autuados — razão pela qual é dever deste CONSEF, zelando pela supremacia da coisa julgada, determinar a sua extinção, nos termos do art. 156, X, do CTN, com o consequente arquivamento do processo fiscal instaurado.

Salienta que, em 11.05.2009, a TNL PCS S/A - atualmente denominada Oi Móvel S/A - impetrhou contra a autoridade coatora vinculada ao Estado da Bahia, o mandado de segurança nº 0000729 02.2009.8.05.0000 (Doc. 05) para afastar a exigência de ICMS sobre diversas atividades meios e preparatórias, dentre elas a assinatura sem inclusão de minutos, conforme consta, expressamente, no seu pedido, que destaca na sua peça de defesa.

Diz que, inclusive, corretamente, conceitua a assinatura mensal sem franquia como “um valor fixo mensal”, e “verdadeira cobrança pela disponibilidade da linha, e não pela comunicação”, do que destaca na peça de defesa excertos da inicial do *mandamus* em comento (doc. 05). Portanto, aduz que resta manifesto que o pedido da outrora Impetrante abarcou justamente a “assinatura sem franquia de minutos” cobrada mensalmente para remunerar a disponibilização contínua do acesso à rede de telecomunicações.

Isso porque, para além de constar expressamente destacado no pedido da exordial, como regra, diz que o alcance e o sentido dos termos constantes na parte dispositiva devem ser interpretados, em razão do princípio da boa-fé processual, à luz daquilo que foi postulado em juízo, nos exatos termos do disposto no art. 322, § 2º, e no art. 489, § 3º, ambos do CPC.

Registra que a segurança pleiteada, que foi integralmente concedida pelo TJBA (Doc. 06) foi mantida pelo Ilmo. Relator Gilmar Mendes no bojo do ARE nº 881.038/BA, cujo trânsito em julgado foi certificado em 15.09.2016 (Doc. 07).

Assim, diz que, como o trânsito em julgado do acordão do TJBA declarando a não incidência de ICMS a “assinatura mensal sem franquia de minutos” ocorreu em 15.09.2016, o prazo decadencial de dois anos para ajuizamento de ação rescisória transcorreu em 15.09.2018, tornando-se, assim, imutável o referido provimento jurisdicional.

Com efeito, diz que, diante do comando judicial definitivo proferido, restou-se comprovado que a Fiscalização baiana não poderia efetuar o lançamento pretendido, pois a decisão judicial definitiva, em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança produz efeitos de extinção do crédito tributário nos termos do art. 156, X, do CTN.

Nesse sentido, destaca que a posição do STF é inequívoca no sentido de que “*a segurança jurídica protege a confiança legítima, procurando preservar fatos pretéritos de eventuais modificações na interpretação jurídica, (...). Em última análise, o princípio da confiança legítima destina-se precípuamente a proteger expectativas legitimamente criadas em indivíduos por atos estatais*

Diz que o lançamento tributário consubstanciado no auto de infração nº 278003.0004/20-2, referente ao período de junho a dezembro de 2015, viola a decisão judicial definitiva que vedou a cobrança de ICMS sobre os serviços autuados - razão pela qual é dever desta JJF, zelando pela supremacia da coisa julgada, julgar procedente a presente impugnação, reconhecendo-se a ilegitimidade da cobrança em espeque, com a sua consequente extinção, nos termos do art. 156, X, do CTN.

Em outra vertente, aduz que o Auto de Infração, ora impugnado, deve ser declarado nulo, por não apresentar adequadamente a matéria tributável sobre a qual se sustenta, eis que, verificando o demonstrativo de débito, bem como a alíquota aplicável, não é possível compreender como foi apurada a matéria tributável, já que, conforme art. 16 da Lei nº 7.014/96, alíquota aplicável aos serviços de comunicação é de 26%, sendo imprópria eventual cobrança adicional. Nesse sentido, considerando que o Auto de Infração violou a legislação estadual, federal e, sobremaneira, os princípios constitucionais da ampla-defesa, contraditório e motivação dos atos administrativos, impende seja reconhecida a nulidade, nos termos do art. 18, IV, "a", do Decreto nº 7.629/99 (RPAF).

Diz que haveria de se reconhecer a decadência de toda exigência fiscal referente a fatos geradores ocorridos antes de 30.06.2015, já que constituída fora do quinquênio legal do art. 150, § 4º, do CTN.

Salienta que, na remota hipótese desta JJF entender pela manutenção da autuação, em manifesta afronta à garantia constitucional da coisa julgada, frisa que, no mérito, deve o crédito tributário ser extinto, pois o ICMS incide sobre a prestação do serviço de comunicação e não sobre a mera disponibilização da estrutura necessária nesta prestação, eis que a assinatura mensal sem franquia de minutos cobrada de seus clientes visa remunerar a manutenção da estrutura necessária para a prestação do serviço de comunicação e não tem qualquer conexão com os valores cobrados sobre os minutos de ligação realizados pelo cliente, de acordo com o plano escolhido, cujos minutos serão utilizados para realização de ligações telefônicas.

Aduz que a assinatura mensal sem franquia de minutos, tal como definida pela Resolução 477/07 da ANATEL (Regulamento do Serviço Móvel Pessoal), é o “valor fixo devido pelo Usuário por ter ao seu dispor o SMP nas condições previstas no Plano de Serviço ao qual, por opção, está vinculado”, o que resta claro que as receitas de assinatura mensal sem franquia de minutos autuadas servem para remunerar custos fixos de manutenção de rede, que não incluem minutos de conversação, mas apenas confere direito de uso potencial do serviço telefônico. Cita jurisprudência.

Concluiu que não há de falar em incidência do ICMS sobre as receitas provenientes da “assinatura sem franquia de minutos”, pois, o tributo somente pode ser cobrado quando a comunicação efetivamente ocorrer (não incidindo sobre atividades-meio, que são meramente preparatórias da atividade-fim).

Aduz ainda que, tendo em vista que a alíquota de ICMS aplicável ao serviço de comunicação é de 26%, acredita que, nesta autuação, está sendo cobrado também o adicional de dois pontos percentuais, cuja cobrança não merece prosperar, em virtude da sua patente ilegitimidade, pois, o Poder Constituinte derivado pode prever, para além do já elencado pela Magna Carta, demais situações que a receita de impostos surgirá vinculada a destinações específicas, como é o caso do FUNCEP, mas, por óbvio, se faz necessário prévia autorização pela Constituição.

Nesse sentido, diz que o Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) prevê a possibilidade de criação de Fundos de Combate à Pobreza financiados pela cobrança de adicional do ICMS de até dois pontos percentuais sobre produtos e **serviços supérfluos**, à condição de edição de lei federal definidora desses bens e serviços, que nunca chegou a ser editada.

Em que pese a ausência de lei federal, os Estados membros efetivamente instituíram o adicional do ICMS para financiamento dos Fundos, tendo a Emenda Constitucional nº 42/2003 expressamente convalidado os adicionais, criados pelos Estados em desacordo com as balizas constitucionais, estendendo o seu prazo de vigência até 2010. Posteriormente, quando estava em vias de se exaurir

o prazo fixado pela EC no 42/2003, foi editada a EC no 67/2010, que prorrogou, indefinidamente, o prazo dos adicionais, devendo os mesmos, obrigatoriamente, observar os limites impostos pela ADCT, sob pena de ferir os preceitos constitucionais.

Diante de tais considerações, aduz que a Lei nº 7.988/2001; instituidora do FUNCEP/BA, deve se ater aos limites propostos, quais sejam: os dois pontos percentuais estabelecidos constitucionalmente e a incidência sobre produtos e serviços que sejam efetivamente supérfluos, o que não é o caso dos serviços de comunicação, sendo impossível a incidência do adicional de alíquota do FUNCEP.

Destaca, também, que a multa aplicada está incidindo também sobre o acréscimo de 2% a título de FUNCEP/BA, o que torna, por mais esse motivo, indevida a cobrança.

Diz que, em face da essencialidade do serviço prestado, cuja alíquota incidente deve ser a mínima existente, o montante de tributo cobrado deverá atender aos novos parâmetros a serem fixados no RE 714.139/SC (Tema 745), cujo tema de repercussão geral, pendente de julgamento definitivo, irá analisar se a alíquota de 25% prevista no art. 19, II, da Lei 10.297/96 (prevista no art. 16, V, da Lei nº 7.014/96) afronta o Princípio da Seletividade e, por conseguinte, ao Princípio da Essencialidade, previstos no art. 155, § 2º, III, da Magna Carta, pois, tratando-se de serviço de comunicação, cuja essencialidade é notória, conforme bem define a Lei nº 7.783 a sua tributação pelo ICMS com base em alíquota majorada implica em patente violação ao Princípio da Seletividade, do que registra a similitude entre a presente autuação fiscal e a repercussão geral reconhecida no bojo do RE no 714.139/SC, impondo-se, na conformidade do art. 1.030, III, do CPC, aplicável subsidiariamente, sobrestrar o processo administrativo epigrafado, até que sobrevenha julgamento definitivo.

Por fim, por segurança e precaução, necessário o recálculo do tributo devido, em obediência ao princípio da legalidade, à revelia do art. 13, III, da LC nº 87/96, segundo o qual “*a base de cálculo do imposto é, na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, o preço do serviço*”, eis que o Fisco simplesmente presumiu este valor, incluindo nele o montante que a impugnante hipoteticamente acresceria ao valor cobrado, para fazer face ao dever fiscal. Assim, ante uma situação de não pagamento, diz que deve o Fisco calcular o imposto com base no preço praticado pelo contribuinte, e não presumindo valores diferentes dos cobrados.

Diz que, pautando-se por um entendimento equivocado do “cálculo por dentro” do imposto, a Fiscalização acresce ao valor efetivamente cobrado e recebido, o percentual que deveria ter sido cobrado a título de ICMS, adotando uma base de cálculo absolutamente ficta, em desconsideração ao real preço de serviço (art. 13, III, da LC nº 87/96).

Aduz que o cálculo “por dentro” do ICMS significa que no valor cobrado do consumidor já está embutido no valor avençado do produto ou serviço. Difere-se, pois, do cálculo “por fora”, e que o consumidor deve dispender o preço do produto ou serviço mais o custo do tributo devido.

Afirma que a Fiscalização baiana criou um novo método de cálculo “por dentro”, em que o “preço do serviço” corresponderia tão somente a um percentual da efetiva base de cálculo do tributo, a qual deveria ser posteriormente calculada mediante apuração fiscal, necessitando acrescentar 28% restantes para que se obtenha a base de cálculo sobre a qual incidiria o tributo, do que entende que não há qualquer base legal para essa operação, eis que dizer que o imposto integra sua base de cálculo significa tão simplesmente que o contribuinte deve retirar do preço cobrado (a base de cálculo) o montante do imposto a ser entregue ao Fisco. Cita jurisprudência.

Concluiu que, o Estado da Bahia não se limitou a exigir o imposto sobre o preço praticado pela impugnante, mas utilizou-se de base de cálculo artificialmente calculada, devendo o CONSEF restaurar a legalidade da autuação e retificar a base de cálculo do ICMS, adotando como tal o preço efetivamente cobrado do usuário.

Pelo exposto, pede que seja anulado o Auto de Infração por violação à ordem judicial obtida pela impugnante nos autos do mandado de segurança nº 0000729-02.2009.8.05.0000 e, caso assim não se entenda, seja: a) a autuação fiscal declarada nula ante a ausência de requisitos mínimos para a

constituição da exigência em tela, consoante art. 142 do CTN; **b)** declarada a decadência das parcelas anteriores a 30.06.2015, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, e **c)** reconhecida a tributabilidade, pelo ICMS, da receita advinda da assinatura sem franquia em minutos, bem como a impossibilidade de cobrança do FUNCEP/BA. Sucessivamente, seja: **a)** determinado o sobrerestamento do presente feito, até que sobrevenha julgamento definitivo da repercussão geral reconhecida no RE nº 714.139/SC (Tema 745) e **b)** recalculado o tributo supostamente devido, para que a alíquota regular do ICMS incida sobre o efetivo “preço do serviço” praticado na operação, que é a base de cálculo prevista na legislação (art. 13, III, da LC nº 87/96). Por fim, sejam as intimações acerca das datas de julgamento, bem como das decisões proferidas, feitas em nome do advogado ANDRÉ MENDES MOREIRA, OAB/MG nº 87.017, TEL: (031) 3289-0900, e-mail: intimacoesbh@sachacalmon.com.br, com endereço à Alameda Oscar Niemeyer, nº 119, 13º andar, Vila da Serra, Nova Lima/MG, CEP nº 34006-056, sob pena de nulidade (art. 272, § 5º, do CPC), do que anexa, como prova de suas alegações, documentos às fls. 29 a 118 dos autos.

A autuante apresentou informação fiscal, às fls. 120 a 123v dos autos, na qual, após sinopse da acusação e das razões de defesa, salientou que não procedem os argumentos trazidos, eis que o valor do ICMS autuado foi apurado nos Relatórios de Faturas apresentados pelo Contribuinte, relativos à cobrança de assinatura, na prestação do serviço de comunicação, cujas informações não constam nos arquivos gravados em meio eletrônico, conforme disposto no Convênio 115/03.

Diz que o Supremo Tribunal Federal julgou RE nº 912888, reconhecendo que: “*O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) incide sobre a tarifa de assinatura básica mensal cobrada pelas prestadoras de serviços de telefonia, independentemente da franquia de minutos concedida ou não ao usuário*”, conforme trecho do acordão que transcreve.

Após a decisão do STF em 2016, com repercussão geral em todo país, diz que ficou completamente superada a alegação da empresa sobre não tributação do serviço de telecomunicação denominado “assinatura sem franquia”, cujo Auto de Infração foi lavrado para evitar decadência, por orientação da PGE/PROFIS, lançando o crédito tributário relativo à assinatura mensal, mantendo-se suspensa a exigibilidade até julgamento do mérito, cujo *mandamus* (02288422520118050001) na acusação, que se refere à Telemar Norte Lesta S/A, não prejudica a autuação, eis que foi citado para demonstrar a orientação da PGE já que a matéria encontra-se pendente de decisão do Recurso que foi impetrado relativo à decisão do STF nº 912888 do Rio Grande do Sul.

Diz, também, que não procede o pleito da autuada de anular o procedimento fiscal, face a não indicação dos dispositivos relativos à alíquota do ICMS de 26% e 2% do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (FUNCEP), tendo em vista que no art. 16, V, da Lei 7.014/96 está previsto a alíquota do ICMS de 26% e ao art. 16-A prevê que seja adicionada a esta alíquota o adicional de dois pontos percentuais vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Neste sentido, para demonstrar que não houve prejuízo, copiou extrato do arquivo do Convênio 115/03, relativo a janeiro de 2015, apresentado pela empresa, onde este, acertadamente, em obediência à legislação, utiliza a alíquota de 28% para apurar o ICMS devido em cada operação tributável, o que diz demonstrar que não houve prejuízo na compreensão da matéria tributável e nem quanto à cobrança do adicional dos dois pontos percentuais previsto na legislação, sendo descabida as alegações da defesa, visando a anulação do procedimento fiscal.

A respeito do entendimento de defesa de que o serviço de comunicação é essencial, reportando-se ao RE nº 714.139/SC, para pedir que seja sobreposta a exigência até seu julgamento em definitivo, diz que não compete ao Fisco discorrer sobre esta pretensão e que o procedimento fiscal obedeceu aos ditames legais que ampara a exigência do ICMS no Estado da Bahia.

Relativamente à base de cálculo do ICMS diz que esta encontra amparo no art. 13, § 1º, Lei Complementar nº 87/96, que define, de forma clara, que o montante do imposto integra a base de cálculo, denominado de cálculo “por dentro”, não tendo como prosperar a pretensão da autuada.

Quanto às citações e arguições de constitucionalidade, diz que não lhe compete analisá-las e, por fim, diz que o procedimento fiscal foi realizado com base na legislação vigente, esperando, desta forma, seja julgado totalmente procedente para assegurar o direito do Estado, suspendendo a exigibilidade, conforme orientação da PGE/PROFIS.

Registro o comparecimento à sessão virtual de julgamento, realizada nesta data do representante legal do autuado, Dra. Marina Soares Machado, OAB/RJ nº 215.392, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

É o relatório.

## VOTO

O Auto de Infração nº 278003.0004/20-2, lavrado em 25/06/2020, exige do sujeito passivo o ICMS no total de R\$ 7.706.172,75, acrescido da multa de 100%, pelo cometimento da Infração de código 02.08.37, sob a acusação de deixar de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente a prestações de serviço de comunicação não escriturados nos livros fiscais próprios, nos meses de junho a dezembro de 2015, especificamente sobre o “serviço de assinatura cobrado nas faturas”, por entender que é serviço não tributado, sendo consignado que:

*Apesar da decisão do STF no Recurso Extraordinário 912888 do Rio Grande do Sul, gravado no DVD, assegurando a incidência do ICMS sobre o serviço de assinatura, existe Mandado de Segurança nº 0228842520118050001, em trâmite o juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública do Estado da Bahia, determinando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário relativo à assinatura mensal.*

*Este Auto foi lavrado devido orientação da PGE/PROFIS, de que deve o Estado da Bahia lançar o crédito tributário e suspender a exigibilidade até julgamento do mérito.*

Nas razões de defesa o autuado, após aduzir que a exação não deve prosperar eis que descumpe ordem judicial definitiva obtida nos autos do mandado de segurança nº 0000729-02.2009.8.05.0000 (e não o descrito na acusação de nº 022884250118050001), impetrado para impedir a cobrança de ICMS justamente sobre a rubrica autuada (assinatura sem inclusão de minutos), alega, em suma, que:

1. o auto de infração padece de nulidade insanável por vício de fundamentação, haja vista a ausência de determinação clara da matéria tributável;
2. os valores correspondentes a fatos geradores ocorridos antes de 30.06.2015 estão fulminados pela decadência, já que constituídos fora do quinquênio legal do art. 150, § 4º, do CTN;
3. é ilegítima a cobrança do adicional de alíquota do ICMS para o financiamento do FUNCEP, ante a sua incidência sobre serviços que não são verdadeiramente supérfluos, *in casu*, serviços de telecomunicação;
4. sucessivamente, em face da essencialidade do serviço prestado, cuja alíquota incidente deve ser a mínima existente, a autuação epigrafada deve ser sobreposta até que sobrevenha julgamento definitivo da repercussão geral reconhecida no bojo do RE nº 714.139/SC (Tema 745), nos termos do art. 1.030, III, do CPC e, por fim, evidente que o ICMS deve ser calculado sobre o preço efetivo do serviço, sendo ilegítima a majoração da base de cálculo promovida pela Fiscalização (“Gross UP”).

De início, por não tratar da matéria judicializada, passo a analisar a preliminar de nulidade de que o Auto de Infração padece de vício de fundamentação, por ausência de determinação clara da matéria tributável, de cuja avaliação a rejeição diante dos elementos constantes nos autos e que fundamentam a acusação fiscal, inclusive com relatórios analíticos de faturas, com respectivos códigos, produzidos pelo próprio contribuinte, relativos à cobrança de assinatura na prestação de serviço de comunicação não oferecidos à tributação, objeto da exação, cujos arquivos foram entregues ao sujeito passivo, conforme documentos às fls. 7 a 10 dos autos, o que denota que a peça acusatória se encontra constituída de todos os elementos necessários à compreensão plena da acusação fiscal, tendo sido de forma minuciosa indicada a infração, o enquadramento legal e a

tipificação da multa sugerida.

Também, vislumbro prejudicada a análise da alegada prejudicial de mérito de decadência dos fatos geradores ocorridos antes de 30.06.2015, eis não constar do crédito tributário tal período.

Inerente à alegação de ser ilegítima a cobrança do adicional de alíquota do ICMS para do FUNCEP, ante a sua incidência sobre serviços que não são verdadeiramente supérfluos, *in casu*, serviços de telecomunicação, há de ressaltar que, nos termos dos artigos 16, inciso V, e 16-A, ambos da Lei nº 7.014/96, redação vigente à época dos fatos geradores, a alíquota prevista para tais serviços era de 26%, adicionada de dois pontos percentuais, para arrecadação inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, falecendo de competência os órgãos julgadores do CONSEF, a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, nos termos previstos no art. 125, inciso III, do COTEB (Lei nº 3.956/81).

Quanto à alegação de que o ICMS deve ser calculado sobre o preço efetivo do serviço, sendo ilegítima a majoração da base de cálculo promovida pela Fiscalização (“Gross UP”), esclareço que o disposto no § 1º, do art. 13 da LC nº 87/96 sempre previu que integra a base de cálculo do imposto o montante do próprio imposto. Ademais, o próprio art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “i” da Constituição Federal prevê que cabe à lei complementar, dentre outras atribuições, fixar a base de cálculo, de modo que o montante do imposto a integre, cuja regra foi recepcionada também no § 1º, I, do art. 17 da Lei nº 7.014/96, o que respalda o procedimento.

Assim, por vislumbrar que tais razões de defesa não tratam da matéria judicializada, entendo, diante de tais considerações, que as mesmas são incapazes à reforma do crédito tributário.

Por fim, conforme aduzido pelo próprio defendant, a exação não deve prosperar no âmbito administrativo já que o contribuinte interpelou medida judicial, através de mandado de segurança nº 0000729-02.2009.8.05.0000, impetrado para impedir a cobrança de ICMS justamente sobre a rubrica autuada (assinatura sem inclusão de minutos), cujo objeto é idêntico e abrange aos fatos geradores do Processo Administrativo Fiscal em análise, já que transitado em julgado em 15.09.2016 (fl. 105v), tendo a opção do contribuinte de interposição de medida judicial incidente sobre o mesmo objeto discutido na esfera administrativa implicado na desistência da sua defesa, como previsto no art. 126 do COTEB (Lei nº 3.956/81), a seguir:

*“Art. 126. Escolhida a via judicial pelo contribuinte, fica prejudicada sua defesa ou recurso, importando tal escolha a desistência da defesa ou do recurso interposto, considerando-se esgotada a instância administrativa, devendo o processo administrativo ser remetido à PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.”*

Por sua vez, o art. 117 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, determina que a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou desistência da impugnação ou recurso acaso interposto, nos termos a seguir:

*Art. 117. A propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto.*

*§ 1º O Auto de Infração será remetido à DARC para inscrição na Dívida Ativa, na forma prevista no art. 113:*

*I - na fase em que se encontre, tratando-se de ação judicial relativa a Auto de Infração preexistente;*

*II - imediatamente após a sua lavratura ou quando se tomar conhecimento da existência da ação judicial, quando esta for anterior ao Auto de Infração, caso a discussão judicial diga respeito especificamente à matéria objeto do procedimento administrativo.*

Do exposto, concluo que a análise da defesa se encontra prejudicada, quanto à exigência consignada no Auto de Infração, por se tratar de objeto com repercussão direta à demanda judicial interposta pelo contribuinte, considerando-se esgotada a instância administrativa, conforme previsto nos citados artigos 126 do COTEB e 117 do RPAF, devendo o processo administrativo ser remetido à PGE/PROFIS para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise da Defesa apresentada relativa ao Auto de Infração nº 278003.0004/20-2, lavrado contra **OI MÓVEL S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, no valor de R\$ 7.706.172,75, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais, devendo o mesmo ser encaminhado à PGE/PROFIS para adoção das medidas cabíveis.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de agosto de 2025.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA