

PROCESSO Nº 1500832018-1

ACÓRDÃO Nº 0114/2022

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: TIM CELULAR S. A.

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - CABEDELO.

Autuante: JOSÉ BARBOSA DE SOUSA FILHO.

Relator: CONSº. PETRONIO RODRIGUES LIMA.

DECADÊNCIA TRIBUTÁRIA. EVIDÊNCIA PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP - FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. INFRAÇÃO EVIDENCIADA. MULTA RECIDIVA. NÃO CARACTERIZADA. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO DE OFÍCIO PARCIALMENTE PROVIDO.

*- Reconhecida a decadência de parte do lançamento relativo ao mês de setembro de 2013, por força do disposto no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.*

*- O recolhimento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP – é devido na forma da legislação estadual, incidindo o percentual de 2% sobre determinadas operações, entre elas o serviço de comunicação, cuja base de cálculo é a mesma do ICMS incidente na operação. “In casu”, o ICMS correspondente que deu suporte a cobrança do FUNCEP foi exigido em processo administrativo próprio, decidido por meio do Acórdão nº 0645/2021, dando base, assim, para a exigência do crédito tributário levantado na inicial.*

*- Excluída, de ofício, a multa recidiva em razão de não haver caracterização de infração reincidente relativamente ao processo antecedente, nos termos do art. 39 da Lei nº 10.094/13.*

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

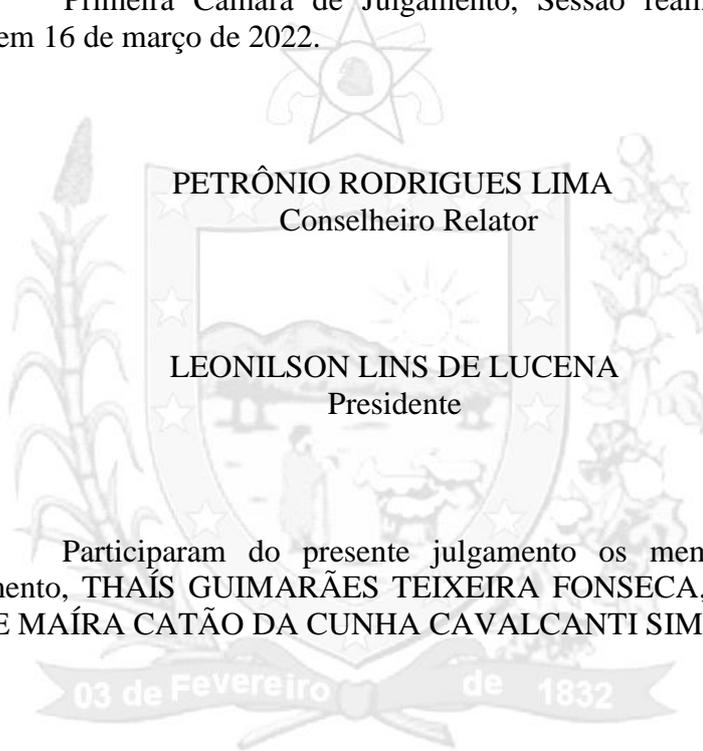
**A C O R D A M** à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu provimento parcial, para reformar a sentença monocrática, e julgar parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001599/2018-73, lavrado em 30/8/2018, contra a empresa TIM CELULAR S.A., inscrição estadual nº 16.143.665-0, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ **528.285,38** (quinhentos e vinte e oito mil, duzentos e oitenta e cinco reais e trinta e oito centavos), sendo R\$ **264.142,69** (duzentos e sessenta e quatro mil, cento e quarenta e dois reais e sessenta e nove centavos) de FUNCEP, por infringência ao art. 2º, I, “g”, da Lei nº 7.611/04 e R\$ **264.142,69** (duzentos e sessenta e quatro mil, cento e quarenta e dois reais e sessenta e nove centavos) a título de multa por infração, com fulcro no artigo 8º da Lei nº 7.611/04, acrescentado pela Lei nº 9.414 de 12/07/2011.

Ao tempo em que cancelo, por indevido, o montante de R\$ 149.202,62 (cento e quarenta e nove mil, duzentos e dois reais e sessenta e dois centavos), sendo R\$ 6.852,49 (seis mil, oitocentos e cinquenta e dois reais e quarenta e nove centavos) de FUNCEP, R\$ 6.852,49 (seis mil, oitocentos e cinquenta e dois reais e quarenta e nove centavos) de multa por infração, e R\$ 135.497,64 (cento e trinta e cinco mil, quatrocentos e noventa e sete reais e sessenta e quatro centavos) correspondente a multa recidiva, pelas razões acima evidenciadas.

Intimações necessárias a cargo da Repartição Preparadora na forma regulamentar.

P.R.I.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 16 de março de 2022.



PETRÔNIO RODRIGUES LIMA  
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA  
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA, LEONARDO DO EGITO PESSOA E MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA  
Assessor

PROCESSO Nº 1500832018-1

RECUSO DE OFÍCIO

Recorrente: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: TIM CELULAR S. A.

Repartição Preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA SEFAZ - CABEDELO.

Autuante: JOSÉ BARBOSA DE SOUSA FILHO.

Relator: CONSº. PETRONIO RODRIGUES LIMA.

*DECADÊNCIA TRIBUTÁRIA. EVIDÊNCIA PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP - FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. INFRAÇÃO EVIDENCIADA. MULTA RECIDIVA. NÃO CARACTERIZADA. REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO DE OFÍCIO PARCIALMENTE PROVIDO.*

*- Reconhecida a decadência de parte do lançamento relativo ao mês de setembro de 2013, por força do disposto no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.*

*- O recolhimento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP – é devido na forma da legislação estadual, incidindo o percentual de 2% sobre determinadas operações, entre elas o serviço de comunicação, cuja base de cálculo é a mesma do ICMS incidente na operação. “In casu”, o ICMS correspondente que deu suporte a cobrança do FUNCEP foi exigido em processo administrativo próprio, decidido por meio do Acórdão nº 0645/2021, dando base, assim, para a exigência do crédito tributário levantado na inicial.*

*- Excluída, de ofício, a multa recidiva em razão de não haver caracterização de infração reincidente relativamente ao processo antecedente, nos termos do art. 39 da Lei nº 10.094/13.*

Trata-se do recurso de ofício, interposto no molde do art. 80 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática, que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001599/2018-73, lavrado em 30/8/2018, (fls. 3 a 5), onde consta descrita a seguinte irregularidade:

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:

A Empresa, acima qualificada, foi autuada por falta de recolhimento do FUNCEP, no período de setembro de 2013 a outubro de 2015, em face da não tributação de parcelas correspondentes às prestações onerosas de serviços de comunicação,

registradas nas notas fiscais de telecomunicação NFST sob a denominação de multa do crédito especial R\$ 1,20, multa do crédito especial R\$ 1,60, e multa do crédito especial R\$ 2,00, relacionadas à concessão do crédito especial aos seus clientes. Importante ressaltar que a concessão de créditos antecipados a clientes para pagamento nas próximas recargas implica, segundo regulamento da empresa, em um acréscimo ao valor do serviço, que é descontado da recarga posterior a ser realizada pelo cliente. Desta forma, tem-se que a denominação de multa atribuída pela empresa a estas operações, pela sua natureza, não se caracteriza como penalidade ou encargo financeiro, mas sim como uma oneração do serviço de telecomunicação prestado, deduzido indevidamente da base de cálculo do imposto. A irregularidade foi constatada mediante análise dos registros escriturais das prestações de serviços informados pela Autuada nos arquivos magnéticos do Convênio ICMS 115/2003 e apresentados a SER/PB. As prestações de serviço objeto da autuação encontram-se discriminadas nos demonstrativos e nas mídias anexas e são partes integrantes do presente auto de infração. O valor referente ao ICMS foi apurado por meio do AI nº 93300008.09.00001595/2018-95.

O representante fazendário constituiu o crédito tributário na quantia de R\$ 677.488,00, sendo R\$ 270.995,18 de FUNCEP, por infringência ao art. 2º, I, da Lei nº 7.611/04, R\$ 270.995,18 a título de multa por infração, com fulcro no artigo 8º da Lei nº 7.611/04, acrescentado pela Lei nº 9.414 de 12/07/2011, e R\$ 135.497,64 de multa por reincidência, ao tempo em que juntaram aos autos Demonstrativos Fiscais sintéticos, fls. 6 a 9, e mídia CD à fl. 10, contendo demonstrativos analíticos de todas as notas fiscais denunciadas, sem recolhimento do FUNCEP.

Cientificado por via posta, com Aviso de Recebimento, recepcionado em 25/9/2018, o contribuinte apresentou peça reclamatória tempestivamente, protocolada em 24/10/2018, exercitando seus direitos frente ao Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, verificado às fls. 15 a 43, e anexos às fls. 44 a 93, em que alega os seguintes pontos em sua defesa:

- a) Argui, inicialmente, a decadência dos créditos tributários inerentes aos fatos geradores ocorridos até 27/9/2013, fundamentado no art. 150, §4º, do CTN;
- b) Preliminarmente, pleiteia a nulidade material do auto de infração, defendendo que a ausência de identificação da matéria tributável acarreta cerceamento de defesa, haja vista a fiscalização não ter identificado a prestação do serviço de telecomunicação, mas tão somente ter presumido sua ocorrência, mediante análise sucinta da documentação fiscal (NFST), emitidas em observância ao disposto no Convênio nº 115/2003, que serviu de base para a composição da base de cálculo do presente lançamento;
- c) No mérito, alega que as multas incidentes sobre o crédito especial não têm relação com a prestação de serviços de comunicação, porquanto serem aplicadas em decorrência do descumprimento de cláusula do contrato de prestação de serviços, ou ainda, pelo atraso no pagamento das faturas, não atraindo, assim, a incidência do ICMS;

- d) Que consiste em adiantamento de crédito quando estão com sua recarga no final, e solicitam crédito extra, e são destinados aos clientes que possuem planos pré-pagos;
- e) Que a multa é aplicada de acordo com o valor do crédito contratado, nos montantes de R\$ 1,20, R\$ 1,60 ou R\$ 2,00. Assim, a exigência de juros e multas constantes na NFST não pode jamais atrair a incidência do ICMS;
- f) Que a multa aplicada no montante de 100% (cem por cento) sobre o valor não recolhido é indevida tendo em vista que esta não tem natureza indenizatória ou compensatória.
- g) Ao final, requer provimento da sua Impugnação, cancelando a exigência fiscal, a multa por infração e a multa recidiva;
- h) Suscita, ainda, que as intimações sejam realizadas em nome do advogado André Gomes de Oliveira, OAB/RJ nº 85.266, no endereço de seu escritório, constante à fl. 42 dos autos.

Seguindo os trâmites procedimentais, e verificada a presença de antecedentes fiscais, fl. 96, foram os autos remetidos à instância monocrática e distribuídos à julgadora fiscal Adriana Cássia Lima Urbano, que, após análise, decidiu pela *improcedência* do feito acusatório, fls. 98 a 109, proferindo a seguinte ementa:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. SERVIÇOS ERRONEAMENTE CLASSIFICADOS COMO ISENTOS OU NÃO TRIBUTADOS. RECEITA FINANCEIRA. INFRAÇÃO NÃO CARACTERIZADA.

*Constitui receita do FUNCEP/PB a parcela do produto da arrecadação correspondente ao adicional de dois pontos percentuais na alíquota do ICMS sobre a prestação de serviços de comunicação. Todavia, tratando-se de um adicional na alíquota do ICMS, o FUNCEP somente é devido nos casos em que o ICMS também o seja. Assim, no caso das receitas de natureza financeira decorrentes de multas por concessão de créditos antecipados aos clientes para pagamento nas próximas recargas, por estas não corresponderem a uma contraprestação por um serviço de comunicação prestado, não são alcançadas pelo ICMS, o que acarreta, portanto, a inexigibilidade do FUNCEP.*

AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE

Notificada da decisão singular por meio de DTe em 4/9/2019, fl. 112, a empresa autuada não mais se manifestou.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, estes foram distribuídos a esta relatoria, na forma regimental, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de ofício, interposto contra decisão de primeira instância que julgou *improcedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001599/2018-73, lavrado em 30/8/2018, fls. 3 a 5, contra a empresa TIM CELULAR S. A., devidamente qualificada nos autos.

Antes da análise do mérito da contenda, determinante se apresenta a verificação da ocorrência da decadência tributária, como ponto prejudicial de mérito, e dos aspectos de natureza formal do Auto de Infração.

Quanto ao aspecto formal, vislumbro que o libelo acusatório trouxe devidamente a indicação da pessoa do infrator, bem como a natureza da infração, não existindo incorreções capazes de provocar a nulidade, por vício formal, na autuação, conforme se depreende dos artigos 14 a 17, da Lei nº 10.094, de 27 de setembro de 2013.

Assim, a lavratura do auto de infração atende aos requisitos formais, essenciais à sua validade, visto que são trazidos de forma particularizada todos os dispositivos legais aplicáveis à matéria objeto dessa lide, e ainda, oportunizaram-se ao reclamante todos os momentos para que se defendesse, reiterando-se a ampla defesa e o contraditório.

#### Da Decadência tributária

Trata-se de lançamento por *homologação*, em que a legislação comete ao sujeito passivo o dever de antecipar o seu pagamento sem o prévio exame da autoridade administrativa, conforme disciplinado no caput do art. 150 do CTN, abaixo reproduzido:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

**Com efeito, nesta modalidade de lançamento, o sujeito passivo, sem qualquer interferência da autoridade administrativa, apura, informa e paga a parcela correspondente à obrigação tributária, que posteriormente será aferida pelo Fisco. Dessa forma, o lançamento por homologação se materializa quando esta atividade é confirmada, pelo sujeito ativo, de forma expressa (por ato formal), ou tácita (por decurso do prazo legal estipulado no § 4º da norma supracitada).**

No caso em exame o sujeito passivo prestou as informações ao Fisco, sendo autuado por falta de recolhimento do FUNCEP, decorrente de prestações de serviços onerosos de comunicação, remetendo à aplicação do art. 150, §4º, do CTN e art. 22, § 3º, Lei nº 10.094/2013.

Assim, considerando que o lançamento tributário se consolidou em 25/9/2018, com a ciência da autuada, os fatos geradores ocorridos até 25/9/2013, já não eram mais passíveis de constituição de crédito tributário pelo Fisco, devendo ser excluídos da autuação, portanto, os valores lançados referentes aos fatos ocorridos até esta data.

Desta forma, deve ser afastado do crédito tributário lançado, os valores alcançados pela decadência, concernentes aos fatos geradores ocorridos até o dia 25/09/2013, no valor total de R\$ 17.131,20, sendo R\$ 6.852,48 de FUNCEP, R\$ 6.852,48 de multa por infração e R\$ 3.426,24 de multa recidiva.

Assim, para o mês de setembro de 2013, deve prevalecer o lançamento correspondente ao montante de R\$ 1.931,42, sendo R\$ 772,57 de FUNCEP, R\$ 772,57 de multa por infração e R\$ 386,28 de multa recidiva, que serão adiante analisados.

Passemos à análise de mérito.

### Do Mérito

**A *quaestio juris* versa sobre a acusação de Falta de Recolhimento do FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, de acordo com os demonstrativos analíticos apresentados em mídia CD à fl. 10, e os sintéticos às fls. 7 a 9, partes integrantes do Auto de Infração em tela, conforme nota explicativa constante na inicial.**

É cediço que o FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – teve sua origem na Constituição Federal, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, em seu art. 82, como forma de prover recursos, para aplicação em ações e programas que viabilizem aos mais necessitados níveis dignos de subsistência e melhorias na qualidade de vida, impondo sua instituição aos Estados, Municípios e Distrito Federal.

O Estado da Paraíba instituiu o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP/PB, por meio da Lei nº 7.611, de 30/06/2004, na forma prevista no seu artigo 1º, infracitado:

*Art. 1º Fica instituído o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza no Estado da Paraíba – FUNCEP/PB, com o objetivo de viabilizar, a todos os paraibanos, acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados, exclusivamente, em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, saneamento básico, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social, voltados para a melhoria da qualidade de vida, conforme disposto no art. 82 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT da Constituição Federal.*

*O art. 2º da Lei nº 7.611/04, elenca as fontes de financiamento do FUNCEP, e dentre elas a incidência do percentual de 2 % sobre o valor das operações de alguns produtos e serviços, como o serviço de comunicação, objeto da presente demanda, in verbis:*

*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;*

(...)

No caso em evidência, a parcela destinada ao FUNCEP tem seu nascedouro do resultado da aplicação do adicional de 2 % na alíquota do ICMS, cuja base de cálculo é o preço do serviço, tratando-se do ICMS sobre a prestação de serviço de comunicação, consoante se infere do artigo 14 do RICMS/PB, infracitado:

Art. 14. A base de cálculo do imposto é:

(...)

III – na prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, **o preço do serviço;** (*grifo nosso*)

Extrai-se dos atos que o presente contencioso teve por origem a exigência do ICMS sobre os serviços de comunicação, cobrado por meio do Auto de Infração nº 93300008.09.00001595/2018-95, Processo nº 1500812018-2, 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 procedente no citado processo, já que decorre do mesmo fato gerador do imposto estadual.

A cobrança em tela foi motivada pela não tributação das parcelas onerosas cobradas do serviço de comunicação, sob a denominação de multas de créditos especiais, correspondentes a concessão de créditos aos seus clientes. Consta na acusação que se trata de créditos antecipados a clientes para pagamento na próxima recarga, e que a denominação de multas, pela natureza da operação, não se caracteriza penalidade ou encargo financeiro, mas sim como uma oneração do serviço de comunicação prestado, sendo descontados indevidamente da base de cálculo do ICMS, e deixando de ser cobrado o respectivo FUNCEP, objeto da presente contenda.

A primeira instância improcedeu a acusação em destaque por entender que se tratava de receitas financeiras decorrentes de multa por concessão de créditos antecipados. Tal entendimento teve respaldo na decisão monocrática do Processo nº 1500812018-2, inerente à falta de recolhimento do ICMS sob a mesma fundamentação.

Ocorre que o referido Processo ainda não estava transitado em julgado, tendo a respectiva decisão singular reformada por esta colenda Corte, por meio do **Acórdão nº 0645/2021**, que decidiu pela procedência parcial, por unanimidade, afastando, tão-somente, parte do lançamento inerente à setembro de 2013, alcançado pela decadência tributária, e a multa recidiva aplicada indevidamente no período de setembro de 2013 a maio de 2014, acolhendo as razões da denúncia de falta de recolhimento do ICMS sobre o serviço de comunicação. Vejamos os termos do citado Acórdão:

DECADÊNCIA PARCIALMENTE CONFIGURADA. NULIDADE NÃO ACATADA - INEXISTÊNCIA DE VÍCIO FORMAL. RECIDIVA PARCIALMENTE CONFIRMADA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - CONFIGURADA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO - INCIDÊNCIA DO ICMS INDEPENDENTEMENTE DA DENOMINAÇÃO DADA AO SERVIÇO PRESTADO - RECEITA FINANCEIRA NÃO CARACTERIZADA. RECURSO DE OFÍCIO PARCIALMENTE PROVIDO.

REFORMADA A SENTENÇA A *QUO*. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

- *Decadência de parte dos créditos lançados, em observância ao disposto no artigo 22, § 3º, da Lei nº 10.094/13.*

- *Identificados os requisitos que caracterizam a prestação do serviço de comunicação sob a incidência do ICMS, relativas aos serviços denominados de multa de crédito especial, atribuída pela empresa a estas operações, as quais, pela sua natureza, não se caracteriza como penalidade ou encargo financeiro, mas sim como uma oneração do serviço de telecomunicação prestado, que independente da denominação dada, foi deduzido indevidamente da base de cálculo do imposto.*

- *Nos termos do art. 39 da Lei nº 10.094/13, um dos termos a quo para caracterização da reincidência é a data em que foi efetuado o pagamento dos créditos tributários resultantes de decisão administrativa condenatória da infração anterior. À vista disso, constatou-se parcialmente a reincidência na prática da infração prevista nos artigos 13, III; c/c os art. 3º, III; art. 11, V; e art. 12, VII, todos da Lei nº 6.379/96.*

**ACORDÃO: 0645/2021**

RELATOR: CONS.º SUPLENTE ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JÚNIOR.

Configurada a infração de falta de recolhimento do ICMS sobre as prestações de serviço de comunicação, deve ser mantida a exigência do FUNCEP sobre os respectivos fatos geradores.

No aludido Acórdão todos os argumentos foram devidamente analisados e discutidos, não havendo o que ser questionado em relação à decisão proferida, que concluiu que os valores das taxas de utilização dos serviços, denominada de “multa de crédito especial”, compõem o preço da prestação de serviço de comunicação, ainda que a empresa TIM Celular a registre com a denominação de “multa”, que é irrelevante como se verifica na natureza da operação, que não é valor a título de punição, mas sim pela realização da prestação.

Vejamos um trecho da decisão extraído do Acórdão nº 0645/2021, que trata de forma esclarecedora a matéria em questão:

“Os serviços que devem integrar a base de cálculo do ICMS Comunicação se encontram definidos na cláusula primeira do Convênio ICMS 69/98:

***Cláusula primeira – Os signatários firmam entendimento no sentido de que se incluem na base de cálculo do ICMS incidente sobre prestações de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim aqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.***

Por outro lado, historia a defesa que oferece aos seus clientes de telefonia pré-paga a possibilidade de aquisição de “Crédito Especial”, que consiste num adiantamento de

crédito quando estão com sua recarga no fim e desejam um crédito extra. Assim, os clientes solicitam estes créditos pelo canal \*222 e, em seguida recebem um acréscimo de saldo no valor de sua escolha, podendo ser de R\$ 3,00; R\$ 4,00 ou R\$ 5,00, o qual será abatido na próxima recarga efetuada.

Aduz ainda, que caso a recarga seja realizada num prazo de 24 horas, o cliente estará isento do pagamento da multa, ao contrário, **caso a recarga seja realizada após o prazo de 24 horas será cobrado do cliente, além do crédito especial adiantado, de R\$ 3,00, R\$ 4,00 ou R\$ 5,00, a de “multa de crédito especial” (Taxa de Utilização de Serviço), respectivamente, no valor de R\$ 1,20, R\$ 1,60 ou R\$ 2,00, conforme Regulamento do Crédito Especial.**

No REGULAMENTO DO CRÉDITO ESPECIAL, encontrado no site da TIM Celular e citado pela defesa (fl. 31), em seus itens 6 e 7, consta a seguinte redação:

(...)

**6. Taxa de Utilização do Serviço**

*Promocionalmente, não será cobrada nenhuma taxa pela utilização do serviço caso o Cliente faça uma recarga em até 24h após a contratação do Crédito Especial. Caso o Cliente faça uma recarga somente 24h após a contratação do serviço, será cobrado, além dos R\$ 5,00 de crédito adiantado, uma taxa de R\$ 2,00 pela utilização do serviço.*

**7. Todos os serviços utilizados pelo Cliente enquanto estiver com o Crédito Especial ativo serão cobrados normalmente de acordo com as tarifas e regras vigentes para o seu plano/oferta. (grifo nosso).**

Em trecho da peça defensiva, encontra-se descrito, exemplificativamente, que “...se o cliente não efetuar a recarga, a TIM cobra uma taxa de serviço (Multa) aos clientes.” (fl. 32).

Diante de todas as considerações apresentadas, não há dúvidas de que os valores das taxas de utilização de serviços, ou, como quer denominar a autuada, de “multa de crédito especial” (a denominação é irrelevante), compõem o preço da prestação de serviço de comunicação e, por isso, sujeitas à incidência do ICMS.

O próprio Regulamento do Crédito Especial, não deixa dúvidas quanto a existência da prestação do serviço de comunicação, conforme trecho retro transcrito (item 6 e 7), ainda que a TIM Celular a registre como “multa”.

Desse modo, os valores denominados de multa de crédito especial devem compor a base de cálculo do ICMS, nos termos do Convênio ICMS 69/98 (Cláusula primeira) e dos artigos 3º, III; 11, V; 12, VII; e 13 III, da Lei 6.379/96, com a consequente

penalidade prevista no artigo 82, IV, do mesmo diploma legal.

***Portanto, entendo como regular a exação fiscal do ICMS correspondente a essas taxas de serviços prestados, não podendo prevalecer o argumento defensivo de que não tem relação com a prestação de serviços de comunicação.***

No mesmo sentido, discordo da respeitável decisão da instância *a quo*, que julgou improcedente o presente auto de infração, visto que as taxas de prestações de serviços, denominadas pela autuada de “multa de crédito especial”, não podem ser consideradas “receitas financeiras”, nem tampouco, receitas de multas e juros pelo atraso no pagamento de faturas, ou seja, independentemente da denominação que lhe seja dada, incide o ICMS, pois estas, compõem o preço do serviço, sendo assim, alcançadas pelo ICMS.”

Estando este relator de acordo com o Acórdão supracitado, peço *venia* a nobre julgadora singular, para discordar de seu entendimento em relação à cobrança do FUNCEP, e reformar sua decisão quanto à análise de mérito.

### Da Multa Recidiva

Quanto a multa por reincidência aplicada de 50% sobre a multa por infração, verifiquei no Termo de Antecedentes Fiscais, juntado à fl. 96, a presença de dois processos relativos à mesma acusação ora em questão, que são os Processos nºs 0637562018-0 e 1432932012-6.

É cediço que a aplicação da recidiva é decorrente da informação de que o sujeito passivo possuía antecedentes fiscais, conforme previsão do art. 87 da Lei nº 6.379/96, abaixo transcrito:

*Art. 87. A reincidência punir-se-á com multa acrescida de 50% (cinquenta por cento), adicionando-se a essa pena 10% (dez por cento) da multa original a cada nova recidiva.*

*Parágrafo único. Considera-se reincidência a prática de nova infração à mesma disposição legal, por parte da mesma pessoa natural ou jurídica, dentro de 05 (cinco) anos da data em que se tornar definitiva a decisão referente à infração anterior.*

Neste sentido, para que seja considerada reincidência para efeito da majoração da multa inicialmente aplicada, é imperioso que a infração, ora em questão, tenha sido ao mesmo dispositivo legal, desde que ocorrido dentro do período de cinco anos contados do pagamento da infração, da decisão definitiva referente à infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa na hipótese de crédito tributário não quitado ou não parcelado, consoante o disposto no artigo 39 da Lei nº 10.094/13. Vejamos:

*Art. 39. Considera-se reincidência a prática de nova infração ao mesmo dispositivo legal, por parte da mesma pessoa, natural ou jurídica, dentro de 5 (cinco) anos contados da data do pagamento da infração, da decisão definitiva referente à infração anterior ou da inscrição em Dívida Ativa na hipótese de crédito tributário não quitado ou não parcelado.*

No caso em tela, observo que o Processo antecedente nº 0637562018-0 foi quitado em 29/6/2018, e o de nº 1432932012-6 teve sua decisão definitiva com a sentença singular, sem recursos, com a ciência ocorrida em 18/10/2016 e o pagamento em 6/4/2017. Ou seja, todos os eventos ocorridos em datas posteriores aos fatos geradores da presente contenda, não tendo esta, portanto, característica de ser recidente dos processos antecedentes, nos termos do art. 39 da Lei nº 10.094/13, supracitado. Por conseguinte, entendo ter ocorrido um equívoco de interpretação por parte da fiscalização, de forma que não há razão para aplicação da multa recidiva.

Destarte, decido, de ofício, excluir a multa recidiva aplicada na infração em epígrafe, por indevida, pelas razões acima expostas.

Assim, com as devidas correções, deve o crédito tributário ser constituído de acordo com o quadro demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO	PERÍODO		FUNCEP	MULTA (100%)	MULTA RECIDIVA	TOTAL
FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP - FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA	01/09/2013	30/09/2013	772,57	772,57	-	1.545,14
	01/10/2013	31/10/2013	7.988,48	7.988,48	-	15.976,96
	01/11/2013	30/11/2013	9.185,35	9.185,35	-	18.370,70
	01/12/2013	31/12/2013	11.566,96	11.566,96	-	23.133,92
	01/01/2014	31/01/2014	11.111,87	11.111,87	-	22.223,74
	01/02/2014	28/02/2014	10.363,57	10.363,57	-	20.727,14
	01/03/2014	31/03/2014	11.337,83	11.337,83	-	22.675,66
	01/04/2014	30/04/2014	11.041,20	11.041,20	-	22.082,40
	01/05/2014	31/05/2014	11.541,77	11.541,77	-	23.083,54
	01/06/2014	30/06/2014	9.122,12	9.122,12	-	18.244,24
01/07/2014	31/07/2014	10.384,33	10.384,33	-	20.768,66	

01/08/2014	31/08/2014	10.791,31	10.791,31	-	21.582,62
01/09/2014	30/09/2014	10.707,86	10.707,86	-	21.415,72
01/10/2014	31/10/2014	11.475,07	11.475,07	-	22.950,14
01/11/2014	30/11/2014	11.667,80	11.667,80	-	23.335,60
01/12/2014	31/12/2014	13.034,82	13.034,82	-	26.069,64
01/01/2015	31/01/2015	10.746,06	10.746,06	-	21.492,12
01/02/2015	28/02/2015	9.340,10	9.340,10	-	18.680,20
01/03/2015	31/03/2015	10.271,13	10.271,13	-	20.542,26
01/04/2015	30/04/2015	9.890,38	9.890,38	-	19.780,76
01/05/2015	31/05/2015	9.916,86	9.916,86	-	19.833,72
01/06/2015	30/06/2015	10.412,38	10.412,38	-	20.824,76
01/07/2015	31/07/2015	10.712,38	10.712,38	-	21.424,76
01/08/2015	31/08/2015	10.073,43	10.073,43	-	20.146,86
01/09/2015	30/09/2015	9.978,23	9.978,23	-	19.956,46
01/10/2015	31/10/2015	10.708,83	10.708,83	-	21.417,66
<b>CRÉDITO TRIBUTÁRIO DEVIDO</b>		<b>264.142,69</b>	<b>264.142,69</b>	<b>-</b>	<b>528.285,38</b>

Por todo exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso de ofício, por regular, e, quanto ao mérito, pelo seu provimento parcial, para reformar a sentença monocrática, e julgar parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001599/2018-73, lavrado em 30/8/2018, contra a empresa TIM CELULAR S.A., inscrição estadual nº 16.143.665-0, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ **528.285,38** (quinhentos e vinte e oito mil, duzentos e oitenta e cinco reais e trinta e oito centavos), sendo R\$ **264.142,69** (duzentos e sessenta e quatro mil, cento e quarenta e dois reais e sessenta e nove centavos) de FUNCEP, por infringência ao art. 2º, I, “g”, da Lei nº 7.611/04 e R\$ **264.142,69** (duzentos e sessenta e quatro mil, cento e quarenta e dois reais e sessenta e nove centavos) a título de multa por infração, com fulcro no artigo 8º da Lei nº 7.611/04, acrescentado pela Lei nº 9.414 de 12/07/2011.

Ao tempo em que cancelo, por indevido, o montante de R\$ 149.202,62 (cento e quarenta e nove mil, duzentos e dois reais e sessenta e dois centavos), sendo R\$ 6.852,49 (seis mil, oitocentos e cinquenta e dois reais e quarenta e nove centavos) de FUNCEP, R\$ 6.852,49 (seis mil, oitocentos e cinquenta e dois reais e quarenta e nove centavos) de multa por infração, e R\$ 135.497,64 (cento e trinta e cinco mil, quatrocentos e noventa e sete reais e sessenta e quatro centavos) correspondente a multa recidiva, pelas razões acima evidenciadas.

Intimações necessárias a cargo da Repartição Preparadora na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento. Sessão realizada por meio de videoconferência, em 16 de março de 2022.

PETRONIO RODRIGUES LIMA

Conselheiro Relator

