



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

Processo nº 151.768.2013-7

Recursos /HIE/VOL/CRF-832/2014

1ª RECORRENTE: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

2ª RECORRENTE: TIM CELULAR S.A.

1ª RECORRIDA: TIM CELULAR S.A.

2ª RECORRIDA: GERÊNCIA EXEC. DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS.

PREPARADORA: RECEBEDORIA DE RENDAS DE J. PESSOA.

AUTUANTE: MARIA JOSÉ L. DA SILVA E FERNANDA CÉFORA V. BRAZ.

RELATORA: CONSª. MARIA DAS GRAÇAS D. O. LIMA.

FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA – FUNCEP. FALTA DE RECOLHIMENTO. CONFIRMAÇÃO. PENALIDADE. AJUSTES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO.

É devido o recolhimento do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP, na forma da legislação estadual, restando afastada, porém, a aplicação da penalidade referente ao período em que não havia lei instituidora de cominação legal à época do respectivo fato gerador.

-Por absoluta falta de competência legal aos órgãos julgadores administrativos é defeso deixar de aplicar uma penalidade prevista em lei ao fundamento da existência de efeitos confiscatórios desta.

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

A C O R D A M os membros deste Conselho de Recursos Fiscais, à unanimidade, e de acordo com o voto da relatora, pelo recebimento dos **Recursos Hierárquico**, por regular, e do **Voluntário**, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito pelo **DESPROVIMENTO** de ambos, para manter a sentença exarada na instância monocrática que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento n.º **93300008.09.00001859/2013-04**, lavrado em 8/11/2013, contra a empresa, **TIM CELULAR S/A.**, inscrita no CCICMS sob nº 16.143.665-0, devidamente qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no montante de R\$ 296.300,49 (duzentos e noventa e seis mil, trezentos eais e quarenta e nove centavos), sendo R\$ 206.272,91 (duzentos e seis mil, duzentos e setenta e dois reais e noventa e um centavos) de FUNCEP, por infringência ao art. 8º da Lei nº 7.611/2004, e R\$ 90.027,58 (noventa mil, vinte e sete reais e cinquenta e oito centavos) multa por infração, nos termos do art. 8º acrescentado à Lei nº 7.611/04, pela Lei nº 9.414/2011.

Em tempo, mantenho cancelado, por irregular, o valor de R\$ 116.245,33 constituído de multa por

infração, pelos motivos acima expendidos.

Intimações necessárias devem incluir a remessa para a pessoa e endereço indicados na folha 289 da peça recursal, além das rotineiramente efetuadas.

Desobrigado do Recurso Hierárquico, na expressão do art. 84, parágrafo único, IV, da Lei nº 10.094/13.

P.R.I.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 08 de agosto de 2016.

Maria das Graças Donato de Oliveira Lima
Cons^a. Relatora

Gianni Cunha da Silveira Cavalcante
Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros, JOÃO LINCOLN DINIZ BORGES, PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, NAYLA COELI DA COSTA BRITO CARVALHO, DORICLÉCIA DO NASCIMENTO LIMA PEREIRA e DOMÊNICA COUTINHO DE SOUZA FURTADO.

Assessora Jurídica

RELATÓRIO

Em análise, neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais, os Recursos **HIERÁRQUICO** e **VOLUNTÁRIO** interpostos contra a decisão monocrática que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001859/2013-04, lavrado em 8 de novembro de 2013, segundo o qual a empresa autuada, TIM CELULAR S/A., é acusada da irregularidade que adiante transcrevo:

- 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 AUTUADA, NA QUALIDADE DE ESTABELECIMENTO CONCESSIONÁRIO RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO DO IMPOSTO INCIDENTE SOBRE AS PRESTAÇÕES ONEROSAS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES EFETUADAS NESTE ESTADO, DEIXOU DE RECOLHER À FAZENDA ESTADUAL, NO PERÍODO DE SETEMBRO DE 2010 A DEZEMBRO DE 2011, O FUNCEP NA QUANTIA DE R\$ 206.272,92 (DUZENTOS E SEIS MIL, DUZENTOS E SETENTA E DOIS REAIS E NOVENTA E DOIS CENTAVOS), POR HAVER PRESTADO SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO REMUNERADOS, CONFORME DETERMINA O ART. 2º, INC. I, ALÍNEA G, DA LEI Nº 7.611/2004 C/C ART. 2º INC. VII, DO DECRETO Nº 25.618/2004 (FUNCEP).

Por também considerarem infringido o art. 2º, I, da Lei nº 7.611 de 30/06/2004, as autuantes procederam ao lançamento de ofício, exigindo o FUNCEP no valor total de R\$ 206.272,91, ao mesmo tempo em que sugeriram a aplicação da penalidade pecuniária em igual quantia - R\$ 206.272,91 -, nos termos do art. 8º da Lei nº 7.611/2004, acrescentado pela Lei nº 9.414 de 12/07/2011, perfazendo ambas as quantias o crédito tributário no montante de R\$ 412.545,82.

Documentos instrutórios constam às fls. 5/16: Resumo do Crédito Tributário Apurado a Partir das Prestações de Serviço de Telecomunicação Sujeitas à Incidência do ICMS Indevidamente Indicadas como Isentas ou Não Tributadas nos Exercícios de 2010 e 2011, Demonstrativos Sintéticos das Prestações de Serviço de Telecomunicação Sujeitas à Incidência do ICMS Indevidamente Indicadas como Isentas ou Não Tributadas nos Exercícios de 2011 e 2010, Resumos das Prestações de Serviço de Comunicação - Crédito Especial R\$ 3,00 - Sujeitas à Incidência do ICMS Indevidamente Indicadas como Isentas ou Não Tributadas nos Exercício de 2010 e 2011CD contendo demonstrativos fiscais analíticos e sintéticos referentes ao AI nº 1859/2013-04, da TIM Celular S/A., 16.143.665-0, Termo de Início de Fiscalização, Procuração e cópia de documento de identificação de pessoa física.

Regularmente cientificada do resultado da ação fiscal, em 12/11/2013 (conforme atesta o comprovante de ciência e entrega da 1ª via do auto infracional, assinado por seu receptor), a autuada apresentou reclamação tempestiva (fls. 904/926), fazendo-o por intermédio de advogados habilitado nos autos, nos termos dos instrumentos procuratórios, de fls. 222/228, alegando preliminares de mérito consistentes de vícios que demandariam a nulidade do auto infracional, os quais se caracterizariam mediante o fato de que (a) a penalidade pecuniária referente ao período de setembro de 2010 a julho de 2011 deve ser cancelada, visto que a lei instituidora – Lei nº 9.414/2011, publicada em 13/7/2011 - somente entrou em vigor nesta data, ficando a salvo de punibilidade pelo FUNCEP não recolhido até o meio do mês em referência, em estrito cumprimento ao art. 144 do CTN; b) há falta de identificação da matéria tributável relativa aos demais serviços que não se referem ao suposto não recolhimento do FUNCEP incidente sobre os valores de “Crédito Especial”, por inobservância ao art. 142 do CTN, bem como ante a falta de elementos que indiquem como foi

alcançada a base de cálculo utilizada na exigência desses valores, tudo em inobservância do art. 142 do CTN; e (c) cerceamento do seu direito de defesa em decorrência de falta da documentação indicativa das notas fiscais que serviram para o lançamento em questão e ausência de discriminação da base de cálculo do ICMS exigido, o que lhe teria impossibilitado a produção dos documentos necessários à refutação do auto infracional.

Por tais razões, pugna pela nulidade do lançamento de ofício em tela.

No mérito, inicialmente ressalta que o auto infracional em exame foi lavrado em conjunto com o Auto de Infração nº 930000.09.00001858/2013, que teve como objeto a constituição de créditos de tributários de ICMS em função de que não teria sido recolhido o imposto sobre os serviços de comunicação registrados como não tributados ou isentos do ICMS.

Acresce que, considerando que o auto infracional em questão está atrelado ao lançamento de ofício que objetiva a cobrança do ICMS, de modo que qualquer êxito que ela, impugnante, possa obter em afastar a cobrança do ICMS lançado no A.I. nº 1858/2013-51 deverá refletir imediatamente na questão versada no auto infracional em exame, que cuida da exigência do FUNCEP, passa a demonstrar os motivos pelos quais entende que deve ser cancelada a exação referente ao citado adicional.

Nesse norte, pugna pela improcedência do feito fiscal, ao fundamento de que o tributo, que recaiu sobre os serviços de comunicação faturados a título de “Crédito Especial R\$ 3,00” já havia sido submetido à tributação anteriormente ao lançamento tributário em foco, e que os demais serviços objeto da exação fiscal não estão sujeitos ao pagamento do imposto, porquanto se tratariam de serviços conexos, acessórios e intermediários de telecomunicações, não vinculados, portanto, à prestação da atividade fim da empresa, tais como Recarga Programada/Plano TIM Empresa Controle, Chamadas de Auxílio à Lista, Chamadas de Acesso *100 (atividades meio e serviços suplementares), cobranças financeiras realizadas junto a outras empresas de telefonia para a realização de repasse de valores cobrados aos clientes em planos de telefonia pré-pagos em parte utilizados com a contratação de serviços de DDD prestados pela autuada, Ajustes de Chamadas e Ajustes Fixo (casos de cancelamento de cobrança indevida do preço do serviço pela sua não prestação), Plano Nosso Modo (descontos progressivos de natureza incondicional cujos valores devem reduzir a base de cálculo do imposto, nos moldes da previsão da Instrução Normativa SRF nº 51/1978, da Secretaria da Receita Federal do Brasil).

Ao final, alega a existência de caráter confiscatório da multa de 100% sobre os débitos de FUNCEP e pede que (a) sejam cancelados o débitos relacionados aos lançamentos que não fazem referência aos valores de “Crédito Especial”, em função da falta de matéria tributável e cerceamento do direito de defesa; b) seja julgado improcedente o lançamento dos créditos tributários ora impugnados; e c) seja cancelada a multa infracional aplicada no auto de infração em questão.

Informa, ainda, o endereço de seus advogados que subscrevem a peça impugnatória e acosta documentos às fls. 61 a 189.

Instadas a se manifestar, nas fls. 191 a 207, as autuantes inicialmente refutam o argumento sobre a ocorrência de vícios formais suficientes para determinar a nulidade do auto infracional, porquanto o referido libelo, distintamente do entendimento da reclamante, atenderia ao primado do art. 142 do CTN.

Acrescem que instruem os autos demonstrativos e CD-ROM que discriminam os elementos relacionados aos serviços de telecomunicação objeto da exigência fiscal, consubstanciando os dados levantados na fiscalização.

Ponderam que, apesar de inicialmente terem deixado de entregar à impugnante uma parte dos demonstrativos analíticos, em momento posterior e sem prejuízo à ampla defesa promovem a juntada de CD-ROM, às fls. 439 e 441, a fim de sanar a omissão. Em face do que, pedem pelo não acolhimento das preliminares suscitadas.

Aditam que concordam com o cancelamento de uma parte da multa infracional aplicada, considerando que a lei instituidora da penalidade somente entrou em vigor em 12/7/2011, de modo que, a seu ver o afastamento da multa deve se restringir ao período de setembro de 2010 a junho de 2011, ficando mantidas as parcelas relativas ao período de julho a dezembro/2011.

Registram que a base de dados objeto dos levantamentos fiscais se estriba nos registros eletrônicos representativos das 2^{as} vias das NFST's emitidas e constantes da escrituração fiscal apresentada, cujos arquivos foram entregues pela própria autuada, nesta Secretaria de estado da Receita, em cumprimento ao Convênio ICMS nº 115/03.

No mérito, repelem o argumento de que os valores lançados no auto de infração não perfazem crédito tributário exigível, visto que uma parte se refere a serviços que teriam sido submetidos à tributação e outra não tem relação com serviços de telecomunicação tributados pelo ICMS, pois, no seu entender, quanto aos seguintes serviços:

Telefonia Pré-paga/Crédito Especial R\$ 3,00 – *Não há como vincular as NFST envolvidas para o fim de constatar que se tratam da mesma prestação de serviço de telecomunicação.*

Telecomunicação lançados como isentos ou não tributados – *Existe todo um arcabouço normativo prevendo a incidência do ICMS sobre a prestação onerosa do serviço de*

comunicação/telecomunicação e a interpretação dos entes federativos e, portanto, sujeitos ao FUNCEP.

Quanto aos serviços que compõem a exigência fiscal e são objeto da contraposição da impugnante de modo específico, as contestantes refutam os argumentos defensuais, aos fundamentos que em síntese consistem nos seguintes fatos:

Recarga Programada – Nenhuma prova documental elidente foi apresentada.

Chamadas de Auxílio à Lista – Não se trata de serviço de consultoria, mas serviço complementar e/ou complementar, enquadrando-se como serviço de comunicação propriamente dito, uma vez que ocorre uma troca de mensagens entre dois pontos distintos, logo deve ser tributado pelo ICMS e pelo FUNCEP; não há nos autos documentação comprobatória da terceirização do serviço.

Chamadas de Acesso 100 - Não se pode excluir as atividades suplementares do conjunto que integra o serviço de comunicação, ao qual se acham estritamente vinculadas.*

Chamadas de Longa Distância – A reclamante não anexou documento que comprove sua alegação de que os valores tributados se tratam de cobranças financeiras realizadas junto a outras operadoras de telefonia para a realização do repasse dos valores cobrados aos clientes em planos de telefonia pré-pagos, nem que parte desses créditos pré-pagos foi utilizada com a contratação de serviços de comunicação de longa distância por ela prestados e tributados na forma do Conv. ICMS 55/2005.

Ajustes de Chamadas e Ajustes Fixos – os Ajustes em referência se caracterizam verdadeiros serviços de comunicação, pois a prestação do serviço não foi gratuita; tendo em vista a não apresentação de documentação hábil capaz de comprovar a regularidade dos estornos por cobrança indevida de serviço de comunicação não prestado, tem-se que a autuada agiu em desacordo com o Conv. ICMS 126/98, §§ 3º e 4º da cláusula terceira.

Plano Nosso Modo – Não se trata de descontos incondicionais, pois sua progressividade depende do valor da assinatura mensal do usuário e do pacote de minutos, de acordo com a quantidade de acessos contatados, então o certo é que representam valores cobrados dos usuários dos serviços, uma vez que todos esses serviços são comercializados e disponibilizados ao cliente da operadora através de um único instrumento contratual do pacote de serviços.

Demais serviços tidos como isentos ou não tributados - Configuram prestações do serviço de

telecomunicação constantes nos demonstrativos posteriormente acostados aos autos e entregues à autuada.

Com esses fundamentos, pugnam pela manutenção do crédito tributário com o expurgo de uma parte do valor da penalidade sugerida, de forma que mantém o FUNCEP no valor original e a multa infracional passa ao valor de R\$ 90.027,58.

Juntam CD's com planilhas em Excel e com NFST's, também em planilhas em Excel, discriminando os serviços Recarga Valor R\$ 3,00 por mês/usuário/serviço, referentes ao A.I. nº 1859/2013-04.

Após a informação de haver antecedentes fiscais da autuada (fl. 212), mas sem caracterização de reincidência, os autos foram conclusos à instância prima (fl. 213), de onde retornaram à repartição preparadora para saneamento, que prontamente foi efetuado, conforme atestam os documentos de fls. 222 a 227.

Remetidos à GEJUP, os autos foram distribuídos à julgadora fiscal, Gílvia Dantas Macedo, que decidiu pela PARCIAL PROCEDÊNCIA do auto de infração, consoante a sentença de fls. 246 a 257, fixando o crédito tributário no montante de R\$ 296.300,49, sendo R\$ 206.272,91 de FUNCEP (valor original), e R\$ 90.027,58 de multa por infração.

Efetuada a ciência da decisão monocrática, consoante atesta o documento de fl. 259, e interposto o Recurso Hierárquico (fls. 257 e 258), a autuada recorre tempestivamente a esta Corte de Julgamento, mediante a peça recursal de fls. 262 a 289, alegando, inicialmente, que o auto de infração em questão é reflexo do Auto de Infração nº 1858/2013-51, que objetiva a cobrança do ICMS sobre a prestação de serviços de comunicação.

Na sequência, alega preliminares de nulidade do auto infracional em exame, ao fundamento de que, relativamente a todas as cobranças que não se refiram à cobrança do imposto sobre os valores de "Crédito Especial", o lançamento de ofício teria prejudicado o seu direito de defesa, visto que não observaria o art. 142 do CTN, no que pertine à determinação da matéria tributável.

Argumenta, ainda, que o auto infracional não traz nenhum elemento que indique como foi alcançada a base de cálculo do FUNCEP que se refere aos serviços classificados pela recorrente como isentos ou não tributados, pois a única informação prestada pela Fiscalização em relação à metodologia utilizada para alcançar os valores reclamados é a de que a lavratura do auto de infração teve como base as informações eletrônicas transmitidas pela empresa, em observância ao Conv. ICMS nº 115/2003.

Com essas razões, pugna pela nulidade do lançamento de ofício em tela.

No mérito, fixa sua oposição à exação fiscal, consoante os serviços e fundamentos que, em síntese, consistem no seguinte:

Da correta dedução dos valores recolhidos em função da ativação do “Crédito Especial”

Quanto à tributação de parcelas correspondentes a “Crédito Especial”, a recursante considera correta a dedução do valor referente ao “Crédito Especial” da base de cálculo do ICMS, para o efeito de evitar bitributação, tendo em vista que o imposto incidente sobre o serviço de telecomunicação foi recolhido anteriormente à recarga de créditos de telefonia pré-paga, no período da competência em se verificou a emissão das NFST referentes ao “Crédito Especial”, que é efetuada em atenção ao Convênio ICMS nº 55/2005, sendo que os débitos de FUNCEP que recaem sobre tal atividade passaram a ser devidamente recolhidos dentro do período de apuração em que se verifica a emissão do aludido documento fiscal.

Acresce que, por ocasião da ativação dos “Créditos Especiais” a recorrente considera-os na apuração do FUNCEP na mesma competência e, portanto, recolhe o imposto e, após o recolhimento do FUNCEP, por ocasião da ativação do “Crédito Especial”, quando o cliente adquire uma carga posteriormente, a recorrente deduz da base de cálculo dessa recarga os valores ativados de “Crédito Especial”, que já foram submetidos à tributação anteriormente, mas a Fiscalização, ainda que possua em seu poder o espelho de ambas as NFSTs considerou apenas aquelas em que houve a dedução dos valores, para o efeito de tributar exatamente esses valores, optando por ignorar o recolhimento efetuado anteriormente.

Ressalta que, se tivessem sido consideradas todas as NFST emitidas no momento da ativação do Crédito Especial não haveria dúvidas de que todas as planilhas acostadas aos autos computariam uma base de cálculo nula que, por consequência, não geraria a incidência do imposto estadual, e, ainda, que muito embora entenda que a documentação apresentada representa uma amostragem das NFSTs utilizadas pela Fiscalização, estas são suficientes para demonstrar a metodologia equivocada do Fisco.

Requer, desde logo que o Processo seja baixado em diligencia para que lhes seja entregue a relação correspondente das NFSTs emitidas por ocasião da ativação dos “Créditos Especiais”.

Da improcedência da cobrança dos lançamentos efetuados sobre os demais serviços classificados como isentos ou não tributáveis

- Lançamentos efetuados a título de Recarga Programada/Plano TIM Empresa Controle

Quanto aos lançamentos efetuados a título de Recarga Programada – Plano TIM Empresa Controle, o contribuinte afirma que presumiu se tratar de valores relativos a NFSTs emitidas sem o destaque do FUNCEP em função do adicional já ter sido recolhido em momento anterior, pois nos anos de 2010 e 2011 oferecia a seus clientes corporativos diversos planos de serviços de comunicação na modalidade pré-paga - plano TIM Empresa Controle -, tributados pelo ICMS e pelo FUNCEP no momento da ativação dos créditos de telefonia pelos respectivos usuários, em observância do Conv. ICMS nº 55/2015, e da Lei Estadual nº 6.379/96 (art. 12, VII, §1).

Afirma que a emissão das notas fiscais em tais casos somente tem o condão de registrar as recargas realizadas mensalmente ao cliente e sequer tem o FUNCEP destacado, pois a operação é tributada no momento da ativação dos créditos pré-pagos de telefonia, sendo que, paralelamente, era emitida a NFST específica com o destaque do imposto incidente sobre o serviço e também do FUNCEP, de forma que não encontra embasamento legal a exação fiscal do adicional sobre essa prestação.

- Improcedência da cobrança dos lançamentos efetuados a título de “Chamadas de Auxílio à Lista” e “Chamadas de Acesso *100: Atividades Meio e Serviços Suplementares.

No que concerne aos serviços prestados a título de “Auxílio à Lista”, alega se tratar de serviço suplementar prestado diretamente a seus clientes, neste Estado, pela empresa concessionária de Serviços de Telefonia Fixa Comutada – STFC, denominada Telemar Norte Leste S/A., para quem repassa o montante exigido do cliente, a esse título, nos termos do contrato por ambas celebrado, e que o referido serviço não se caracteriza como sendo de comunicação e, sim, de consultoria, de materialidade própria, que apenas se utiliza do serviço de comunicação como insumo.

Afirma que a intributabilidade desse serviço se torna ainda mais evidente porque sequer há cobrança pelos minutos gastos com a ligação telefônica, sendo o valor fixo de R\$ 1,99, por cada acesso à facilidade.

Logo, a seu ver, não há como se admitir a incidência do FUNCEP sobre tal atividade.

Identicamente, sobre o serviço de “Chamada de Acesso *100”, a recorrente defende a improcedência da exação fiscal, sob o argumento de se tratar apenas de uma facilidade acessória não tributável pelo ICMS, uma vez que consiste de valores cobrados a título de acesso à Caixa Postal do usuário, através do Terminal TIM Fixo, logo, para incidência do ICMS e do FUNCEP

devem ser dissociados dos serviços de comunicação os conexos ou relacionados prestados pela operadora e que não proporcionam a relação comunicativa, ainda que eventualmente sejam essenciais ao efetivo desenvolvimento da sua atividade principal, pouco importando, ainda, que tal serviço seja oneroso, mas, sim, se ele revela a ocorrência do fato gerador do imposto estadual.

- Outros débitos do FUNCEP lançados por meio do A.I. em tela.

A exigência fiscal sobre os serviços registrados como **“Chamadas de Longa Distância”** são estranhos ao ICMS e, por consequência, ao FUNCEP, por se referirem a simples cobranças financeiras realizadas junto a outras operadoras de telefonia, a fim de realizar o repasse dos valores cobrados aos clientes em planos de telefonia pré-pagos, considerando que parte desses créditos pré-pagos de telefonia foi utilizada com a contratação de serviços prestados por ela própria, recorrente, mais especificamente os serviços de comunicação de longa distância (DDD), que foram antecipadamente tributados na forma do Conv. ICMS nº 55/2005.

No que toca à exigência do FUNCEP sobre os lançamentos intitulados **“Ajustes de Chamadas”** e **“Ajustes Fixo”**, ressalta que se trata de valores indevidamente cobrados aos usuários do serviço de telefonia, em razão da não prestação do serviço de telecomunicação, de modo que, quando constatada a cobrança indevida esta é cancelada, o que descaracteriza a ocorrência do fato gerador do ICMS e, consequentemente, do FUNCEP.

Sobre o plano **“Nosso Modo”**, diz se tratar de descontos que recaem sobre a prestação do serviço de telecomunicação e são progressivos com relação ao valor da assinatura mensal e do pacote de minutos, de acordo com a quantidade de acessos contratados pelo cliente, sendo que a concessão desses descontos não está vinculada a qualquer evento futuro e incerto, de modo que sua natureza é nitidamente incondicional e, portanto, presta-se a reduzir a base de cálculo do FUNCEP.

Afirma que o desconto sempre terá natureza incondicional quando constar da nota fiscal de venda de bens ou fatura de serviços e não depender de evento posterior à emissão desse documento fiscal, tal como preceitua a IN SRF nº 51/1978, da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Do caráter confiscatório da multa de 100% sobre os débitos de FUNCEP

Alega que, diante da existência de orientação firmada pelo STF sobre o caráter confiscatório das multas fiscais fixadas em 100% ou mais do valor do tributo, confia e espera o afastamento da penalidade ínsita no auto infracional em tela, em razão do seu flagrante efeito confiscatório.

Ao final, requer a improcedência da exigência dos débitos constituídos no auto infracional em questão.

Pugna, ainda, pela realização de sustentação oral no julgamento do recurso, e que todas as intimações sejam remetidas para a pessoa que nomeia, no endereço indicado ao fim da peça recursal.

Junta documentos às fls. 291 a 325.

Na sequência, os autos foram conclusos e remetidos a este Conselho de Recursos Fiscais, onde me foram distribuídos, segundo critério regimentalmente previsto, para o fim de apreciação e julgamento.

Está relatado.

VOTO

A presente querela decorreu da constatação da infração de falta de recolhimento do FUNCEP – Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza incidente sobre a prestação onerosa do serviço de telecomunicação efetuado pela recorrente, neste Estado, no **período de novembro e dezembro/2007, bem assim nos exercícios e 2008 e 2009.**

Inicialmente, cumpre observar que o recurso da autuada atende ao requisito de tempestividade, haja vista ter sido interposto no prazo previsto no **art. 721 do RICMS/PB**, via de consequência, passo a conhecer dos seus termos, seguindo a sequência dos questionamentos trazidos à baila.

PRELIMINARES

Cumpré, inicialmente, o exame das preliminares suscitadas pela recorrente, segundo as quais, no que concerne a todas as cobranças que não se relacionem à cobrança do imposto sobre os valores de “Crédito Especial”, o lançamento de ofício teria prejudicado o seu direito de defesa, visto que não observaria o art. 142 do CTN, no que pertine à determinação da matéria tributável, e, ainda, que o auto infracional não traz nenhum elemento que indique como foi alcançada a base de cálculo do FUNCEP relativa aos serviços classificados pela recorrente como isentos ou não tributados, pois a única informação prestada pela Fiscalização em relação à metodologia utilizada para alcançar os

valores reclamados é a de que a lavratura do auto de infração teve como base as informações eletrônicas transmitidas pela empresa, em observância ao Conv. ICMS nº 115/2003, sendo que as provas anexadas pela ao auto infracional se referem apenas ao levantamento da base de cálculo dos serviços prestados a título de “Crédito Especial”, o que, a seu ver, são fatos que reclamam a nulidade do auto infracional.

A Lei Estadual nº 10.094/2013 estabelece os requisitos do auto de infração, entre os quais se insere *“a descrição da falta com o respectivo montante tributável”* (inciso V do art. 41), e dispõe sobre as nulidades do processo administrativo tributário, estabelecendo que *“são nulos os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária...”* (art. 14, inciso III).

Por sua vez, a Lei Estadual nº 6.369/96 contém normas que estabelecem, entre outras matérias, os percentuais da multa infracional e, ao mesmo tempo, o ilícito fiscal ao qual se aplicam.

Trata-se de normas jurídicas de estrutura dual que estabelecem no consequente a sanção, em função da conduta típica do ilícito, descrita no antecedente. Destinam-se à regulação da relação jurídica que se instaura, por força do acontecimento de um fato ilícito, entre o titular do direito violado (sujeito ativo) e o agente da infração (sujeito passivo) nela prescrito.

No caso dos autos vê-se a descrição da infração, no campo próprio do auto infracional em questão, e a sanção aplicável ao infrator.

Tem-se identificados, ainda, no citado lançamento, o sujeito passivo, o fato gerador da obrigação correspondente (o serviço de comunicação objeto da cobrança do FUNCEP), o ilícito (falta de pagamento do FUNCEP sobre os serviços de comunicação prestados), o montante do tributo devido indicado, mês a mês, no espaço destinado ao cálculo do crédito tributário e, ainda, de forma pormenorizada quanto ao cálculo, nos demonstrativos de fls. 5 a 11, e, por fim, a matéria tributável, isto é, o serviço de comunicação prestado e objeto material da exação fiscal, citado na nota explicativa:

NOTA EXPLICATIVA:

A AUTUADA, NA QUALIDADE DE ESTABELECIMENTO CONCESSIONÁRIO RESPONSÁVEL PELO PAGAMENTO DO IMPOSTO INCIDENTE SOBRE AS PRESTAÇÕES ONEROSAS DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES EFETUADAS NESTE ESTADO, DEIXOU DE RECOLHER À FAZENDA ESTADUAL, NO PERÍODO DE SETEMBRO DE 2010 A DEZEMBRO DE 2011, O FUNCEP NA QUANTIA DE R\$ 206.272,92 (DUZENTOS E SEIS MIL, DUZENTOS E SETENTA E DOIS REAIS E NOVENTA E DOIS CENTAVOS), POR HAVER PRESTADO SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO REMUNERADOS, CONFORME DETERMINA O ART. 2º, INC. I, ALÍNEA G, DA LEI Nº 7.611/2004 C/C ART. 2º INC. VII, DO DECRETO Nº 25.618/2004 (FUNCEP).

Embora os serviços de comunicação que não correspondem a “Crédito Especial R\$ 3,00” não constem nas planilhas em “Excel” ínsitas nas mídias inicialmente anexas (CD ROM de fl. 12), esses serviços estão identificados e relacionados, nos demonstrativos de fls. 5 a 9, juntamente com os valores mensais de cada serviço, o total mensal de todos os serviços, em cada exercício, o ICMS com a respectiva alíquota (28%). Portanto, não há razão para desconhecimento sobre a formação da base de cálculo do FUNCEP, considerando que este consiste apenas num adicional do ICMS calculado sobre o serviço de Comunicação.

Ademais, conforme informação das autuantes, a base de dados dos levantamentos fiscais consistiu nos *“arquivos eletrônicos representativos das 2^{as} vias das NFSTs emitidas e constantes da escrituração fiscal apresentada, cujos arquivos foram entregues pela empresa a esta Secretaria de Estado da Receita, em cumprimento ao Conv. ICMS nº 115/2003, e as notas fiscais serviram, inclusive, de suporte para os demonstrativos constantes nos CDs (envelopes de fls. 12, 2008 e 209)”*.

Há que se considerar, ainda, que os argumentos da recorrente revelam total conhecimento desta sobre a matéria objeto da exigência fiscal, demonstrando que houve exata assimilação dos fatos.

Sobre os elementos de prova trazidos aos autos após a ciência da lavratura do auto infracional deu-se notificação à empresa.

Dessa forma, não há como conceber que a matéria tributável e sua base de cálculo não tenham sido identificadas no lançamento de ofício em tela e, também, que tenha havido cerceamento do direito de defesa da recorrente.

Isto considerando, entendo que o lançamento oficial atende aos requisitos do art. 142 do CTN, visto que entre as demais exigências legais identifica a matéria tributável, e que o auto de infração atende aos pressupostos do art. 41 da Lei Estadual nº 10.094/2013, inclusive o do inciso V, deste diploma legal, pois não apresenta vícios capazes que o maculem quanto à sua formalização.

Como consequência, não há como vislumbrar prejuízo ao direito de defesa da recursante que, repita-se, nas fases em que interveio no Processo demonstrou pleno conhecimento da matéria de que tratam os autos.

Ademais, havemos que considerar que a exação fiscal contida no lançamento de ofício em tela se trata de mero desdobramento da exigência fiscal contida no Auto de Infração nº 1858/2013-51,

lavrado em 8/11/2013, mediante o qual a recorrente foi acusada de falta de pagamento do ICMS atinente ao serviço de comunicação por ela prestado mediante as mesmas atividades sobre as quais também incide o adicional do FUNCEP.

Registre-se, outrossim, que o auto de infração que objetivava a cobrança do ICMS/Comunicação foi objeto de reclamação e, inclusive, do Recurso Voluntário nº 337/2015, o qual foi definitivamente julgado neste Colegiado, que decidiu pela Procedência do libelo basilar, o qual deu origem ao Acórdão CRF nº 182/2016 (DOE de 23/6/2016).

Donde se compreende que a exigência do FUNCEP está umbilicalmente ligada à do ICMS/Comunicação, contida no libelo basilar cujo julgamento do recurso originou o referido acórdão, numa estreita relação de causa e efeito, ou seja, a procedência da acusação contida no primeiro libelo, o que esvazia a discussão sobre a falta de provas da acusação e da formação da base de cálculo do imposto e atestando a inexistência do cerceamento do direito de defesa da recorrente.

Diante do que, decido pelo não deferimento da nulidade do auto de infração, formalizado pela recorrente.

MÉRITO

Antes de adentrar o mérito da questão, entendo pela inexistência de necessidade da realização da diligência solicitada pela recorrente, nos moldes do art. 59 da Lei Estadual nº 10.094/2013, diante da falta de indícios que a justifiquem, notadamente após os esclarecimentos fiscais prestados pelas autuantes, por ocasião da contestação de fls. 191 a 207, e, principalmente, diante da documentação que instrui os autos.

Sobre a questão de fundo da causa, passo ao seu deslinde, iniciando-o pelos serviços de telecomunicação sobre os quais a recorrente não discute a incidência do imposto, mas se contrapõe à exigência fiscal, ao fundamento de que o FUNCEP já havia sido pago e, portanto, a cobrança seria indevida por caracterizar *bis in idem*.

PARCELAS CORRESPONDENTES A “CRÉDITO ESPECIAL”

Historia a recorrente que sempre ofereceu aos seus clientes de telefonia pré-paga a possibilidade de aquisição de “Crédito Especial”, quando os seus créditos em serviços acabam, de modo que, para terem acesso a esta facilidade o usuário pode discar de seu aparelho telefônico o número *222 ou 144#, para imediatamente receber créditos no valor de R\$ 3,00 (três reais), que serão devidamente

descontados na ativação de novos créditos, após a compra de créditos pré-pagos de telefonia.

Informa que, uma vez adquirido o “Crédito Especial”, por determinado cliente, este poderá dispor de créditos de telefonia, deduzidos destes os créditos no valor do “Crédito Especial”, na primeira ativação de recarga que realizar. A título de exemplo desse procedimento cita um cliente que adquire “Crédito Especial” e quando este cliente ativar a primeira recarga, no valor também exemplificativo de R\$ 20,00, este poderá dispor de R\$ 17,00 em créditos de telefonia, visto que deste valor é deduzido o “Crédito Especial” de R\$ 3,00.

Sob o ponto de vista fiscal, afirma que o “Crédito Especial” é considerado na apuração do FUNCEP no mesmo mês de competência da ativação do referido crédito de telefonia e, portanto, recolhe o imposto estadual que recai sobre a prestação do serviço de comunicação, nos termos do Conv. ICMS nº 55/2005 e da legislação, mas, quando da recarga dos créditos de telefonia pré-pagos deduz da base de cálculo dessa recarga os valores do “Crédito Especial” que foram submetidos à tributação anteriormente, e emite a NFST com a base de cálculo deduzida do valor do “Crédito Especial”, o qual a Fiscalização levou a efeito na cobrança em tela, desconsiderando, pois, o recolhimento anterior do tributo.

Portanto, trata-se de uma questão de prova de que essa parcela do imposto foi oferecida à tributação e, portanto, o lançamento de ofício correspondente seria improcedente.

Examinando as notas fiscais trazidas aos autos pela própria recorrente, às fls. 81 a 187, inclusive, considerando o exemplo por esta citado, na sua peça recursal, relativamente às NFSTs nº 000.167.472 e 000.216.233, respectivamente emitidas em 4/10/2010 e 5/10/2010, observa-se que, exceto por consignarem o mesmo usuário, esses documentos não demonstram existir relação entre si, o que impossibilitaria a prova de que se trata do mesmo serviço anteriormente oferecido à tributação pelo FUNCEP, principalmente quando ausente na NFST posteriormente emitida a menção à NFST anterior com a qual, no entender da recorrente, guardaria correlação (conectividade).

Essa situação se configura com relação às NFST, com cópias às fls. 79 a 187, cuja descrição dos serviços é “Recarga Valor R\$ 3,00”, em uma nota fiscal e, em outra, com data de emissão posterior, “Recarga Valor R\$ 6,00” e “Crédito Especial R\$ 3,00”, sem menção às NFST anteriores, com as quais guardaria vinculação quanto ao serviço de telefonia prestado.

Diante dessas constatações entendo que não assiste razão à recorrente. Portanto, nesse quesito, entendo regular a exação fiscal.

RECARGA PROGRAMADA – PLANO TIM EMPRESA CONTROLE

Identicamente à matéria anterior, trata-se de uma questão de prova, visto que a recorrente não nega a incidência do imposto estadual, pois alega consistir do serviço de telefonia pré-paga, cuja emissão da NFST registra apenas as recargas mensais ao usuário corporativo, sem pagamento do imposto, uma vez o serviço é tributado no momento da ativação dos créditos de telefonia pelos respectivos usuários, mas paralelamente emite a NFST específica, com destaque do ICMS e do FUNCEP. Por tal razão, entende que não assiste fundamento à exigência fiscal.

Inobstante, não apresenta provas dessa assertiva, visto que não exhibe as NFST com destaque do FUNCEP.

Diante do que, decido pela manutenção do lançamento de ofício do valor do FUNCEP correspondente.

Passo à análise da exigência fiscal relativa às matérias sobre as quais a recorrente se contrapõe, por entender que não estão sob a incidência do FUNCEP, por não estarem adstritas ao ICMS.

Em verdade, conforme acima explicitado, a exação fiscal contida no lançamento de ofício em tela se trata de mero desdobramento da exigência fiscal ínsita no Auto de Infração nº 1859/2013-51, lavrado em 8/11/2013, mediante o qual a recorrente foi acusada de falta de pagamento do ICMS atinente ao serviço de comunicação por ela prestado mediante as mesmas atividades sobre as quais também incide o adicional do FUNCEP, sendo que, repita-se, o auto de infração que objetivava a cobrança do ICMS/Comunicação foi objeto de reclamação e, inclusive, do Recurso Voluntário nº 337/2015, o qual foi julgado neste Colegiado, que decidiu pela Procedência do libelo basilar, o que deu origem ao Acórdão CRF nº 182/2016 (DOE de 23/6/2016).

Donde se depreende que não cabe discutir a incidência do FUNCEP sobre a prestação dos demais serviços que a recorrente entende não estarem adstritos ao ICMS, visto que essa matéria foi decidida nos autos do Recurso Voluntário nº 337/2015, o qual deu origem ao Acórdão CRF nº 182/2016, acima citados.

Portanto, uma vez decidido mediante o Acórdão em referencia, que o ICMS incide sobre os serviços de “Chamadas de Auxílio à Lista”, “Chamada de Acesso *100”, “Chamadas de Longa Distância”, por consequência, não há como negar a incidência do FUNCEP sobre tais serviços.

Mormente considerando que em relação aos serviços de **“Chamadas a Longa Distância”**, apesar

de a recorrente alegar não incidir o FUNCEP, ao fundamento de que se trata de cobranças financeiras realizadas juntamente a outras operadoras de telefonia, para a realização do repasse dos valores cobrados aos clientes em planos de telefonia pré-pagos, considerando que parte desses créditos pré-pagos de telefonia foi utilizada com a contratação de serviços prestados por ela própria, recorrente, mas especificamente os serviços de comunicação de longa distância (DDD), que foram antecipadamente tributados na forma do Conv. ICMS nº 55/2005.

Todavia, não apresentou provas das suas alegações. Diante do que, entendo que o lançamento de ofício dos valores de FUNCEP correlatos a esses serviços caracteriza-se regular.

Relativamente aos serviços de “**Chamadas de Auxílio à Lista**” não há dúvidas que integram a categoria de serviço suplementar, caracterizado pela comunicação propriamente dita, visto que há uma troca de mensagens entre pontos distintos, proporcionada pela prestação do serviço de comunicação.

Com efeito, trata-se de serviços de suplementares, classificados de modo idêntico ao de outras chamadas indiscutivelmente caracterizadas como serviços de comunicação/telecomunicação sob a incidência do ICMS e, por consequência adstritos ao FUNCEP..

Portanto, entendo como regular a exação fiscal do FUNCEP correspondente a esses serviços prestados.

Quanto aos serviços de “**ACESSO *100**”, relativamente aos quais a recorrente diz não corresponder a uma prestação do serviço de telecomunicação, visto se tratar de cobrança em razão do acesso à Caixa Postal do usuário, através do Terminal Fixo, o que, a seu ver, configura apenas uma facilidade acessória, entendo que os valores cobrados a esse título devem compor a base de cálculo do serviço de telecomunicação, pois, assim como os serviços de auxílio à lista, não há dúvidas de que também se inserem na categoria de serviços suplementares, conforme muito bem explicitado pelas autuantes.

Sobre esse quesito, considero oportuno transcrever um fragmento do Ofício nº 113/2006/SUE/Anatel, de 27/4/2006, que ao responder a questionamentos do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, assim textualizou:

“4.2 – DA ANÁLISE.

Relativamente aos serviços suplementares (exemplos: identificação do número conectado,

redirecionamento de chamada, chamada em espera, etc.), vimos observar as definições contidas no Glossário da Anatel, pelas quais os serviços suplementares se caracterizam pela oferta de funcionalidades complementares às providas pela infraestrutura que dá suporte aos serviços básicos de telecomunicações, e não podem ser oferecidos isoladamente. Portanto, quando utilizados, esses serviços passam a compor o serviço de telecomunicações". (G.n.)

Diante do que, não há dúvidas quanto à indissociabilidade desses serviços às prestações onerosas do serviço de telecomunicação sob a incidência do ICMS, de forma que devem compor a base de cálculo do ICMS, nos termos do Conv. ICMS 69/98. Por consequência, também estão adstritos ao FUNCEP.

Portanto, reputa-se regular a exação fiscal do FUNCEP correspondente a esses serviços.

AJUSTES DE CHAMADAS E AJUSTES FIXOS

De acordo com a recorrente, trata-se de valores indevidamente cobrados aos usuários de telefonia, em razão da não prestação do serviço de telecomunicação, motivo, pois, do estorno dos débitos de ICMS destacado na respectiva NFST, mediante ajustes na escrita fiscal (estorno de débitos e aproveitamento de créditos do ICMS), a fim de evitar o recolhimento indevido do ICMS e, também do FUNCEP, quando ocorre cancelamento da cobrança indevida ao usuário pelo serviço não prestado.

O estorno de débitos na prestação do serviço de comunicação/telecomunicação regula-se pelo Conv. ICMS nº 126/98, alterado pelo Conv. ICMS nº 39/2001, que acrescentou os §§ 3º e 4º na Cláusula Terceira, estabelecendo minuciosamente o procedimento a ser observado pela empresa de telefonia nas situações admitidas de estorno de débito do imposto, para recuperação do imposto destacado nas NFST ou NFSC, a fim de proporcionar ao Fisco o controle da regularidade dos estornos de débitos.

Não obstante o argumento da recursante, não há nos autos evidências de que esta observou as prescrições ínsitas no mencionado diploma legal, o que inviabiliza o controle Fiscal da regularidade da providência alegada pela empresa.

Diante da falta provas capazes de atestar que os ajustes se deram a título de cancelamento da cobrança efetuada ao usuário de telefonia em razão de um serviço de telecomunicação que não lhe teria sido prestado, reputa-se legítima a cobrança do crédito tributário correspondente ao FUNCEP.

PLANO “NOSSO MODO”

Alega a recorrente que se trata de descontos incondicionais que recaem sobre a prestação do serviço de comunicação e, não, sobre a venda de aparelhos telefônicos, que não tem relação com o referido plano, sendo que esse desconto é progressivo com relação ao valor da assinatura mensal e do pacote de minutos do cliente que adere ao plano, de modo que, sendo incondicional, não deve compor a base de cálculo do ICMS Telecomunicação e, por consequência, do FUNCEP.

Efetivamente, tem natureza de desconto incondicionado aquele concedido ao pé da nota fiscal e, portanto, não deve compor a base de cálculo do imposto, nos termos da legislação de regência.

Todavia, a recorrente não traz autos documentos que demonstrem a existência desses descontos nas respectivas NFST. Aliás, dados colhidos dos arquivos informados pela recorrente a esta Secretaria de Estado da Receita não se constata a informação de desconto em NFST Mod. 22, emitidas no exercício de 2010 e 2011, relativamente às notas que contém discriminado “Plano Nosso Modo”.

Isto considerando, entendo que não assiste razão à recursante. Pelo que, mantenho a exação fiscal correspondente a esse item do lançamento de ofício.

Com efeito, o art. 82 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 previu a possibilidade de as entidades federativas instituírem um fundo destinado aos programas sociais de combate à pobreza, assim dispondo:

Art. 82. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate à Pobreza, com os recursos de que trata este artigo e outros que vierem a destinar, devendo os referidos Fundos ser geridos por entidades que contem com a participação da sociedade civil.
[\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000\)](#)

§ 1º Para o financiamento dos Fundos Estaduais e Distrital, poderá ser criado adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, sobre os produtos e serviços supérfluos e nas condições definidas na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição, não se aplicando, sobre este percentual, o disposto no art. 158, IV, da Constituição.

[\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003\)](#)

Dando cumprimento à competência estabelecida na Constituição da República, o Estado da Paraíba

instituiu o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (FUNCEP), por meio da Lei 7.611/2004, que também tomou para si a incumbência de instituir o adicional de alíquota, no valor de 2%, nas operações realizadas com os produtos ditos supérfluos, a serem assim classificados por meio de lei federal, nos termos do art. 83 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Nesse cenário, a Lei 7.611/2004 assim dispõe:

“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.

(...)

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**;

Art. 7º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, surtindo efeitos tributários a partir de 1º de janeiro de 2005.”

Conforme se pode extrair dos dispositivos legais acima transcritos, na ausência do exercício da União em instituir a referida lei federal para definir os produtos e serviços supérfluos, o Estado da Paraíba, por meio da mesma lei de instituição do FUNCEP, em seu art. 2º, de modo pleno, definiu tais serviços, mediante disposição legal cuja vigência deve manter-se até que seja exercida a competência federal atribuída pela Constituição.

Portanto a cobrança do FUNCEP encontra suporte na legislação encimada, diante do que, nesse quesito, confirmo a decisão monocrática.

No entanto, considerando que em relação ao referido adicional a sanção para o caso de descumprimento da obrigação legal somente veio a existir com o advento da Lei nº 9.414/2011, publicada em 12 de julho de 2011, entendo que antes da vigência dessa norma, não há que se falar em multa por infração pelo não recolhimento do FUNCEP no prazo estabelecido, devido à inexistência de cominação legal para os ilícitos relacionados ao descumprimento da obrigação principal relacionada ao FUNCEP.

Diante do que, excludo da exação fiscal os valores da multa infracional referente ao período de setembro de 2010 a junho de 2011, devido a ausência de lei estabelecidora de sanção, no citado período, por falta de recolhimento do FUNCEP.

Quanto ao argumento sobre confisco, verifico que os fazendários propuseram a multa por infração com base em dispositivos da Lei nº 9.414/2011, em relação aos quais a tese de confisco mediante a qual a recorrente pretende o afastamento ou a redução não possui força para prosperar, visto que o agente administrativo, categoria onde se insere este órgão de julgamento, está adstrito ao princípio da legalidade administrativa. Portanto, somente pode agir nos limites da lei.

As penalidades aplicáveis às infrações denunciadas no auto de infração em tela têm na lei o seu fundamento e, portanto o atributo da legitimidade da sua aplicação ao infrator, uma vez configurada a conduta típica e antijurídica nela prevista, como ocorre nos caso vertente.

Afinal, por absoluta falta de competência legal aos órgãos julgadores administrativos é defeso deixar de aplicar uma determinação legal ao fundamento da inconstitucionalidade desta (Aplicação do art. 55, I e II da Lei nº 10.008/2013).

Assim, é cabível a aplicação da multa por infração disciplinada na referida Lei Estadual nº 9.414/2011, não havendo como acolher o pleito da recursante, para excluir ou reduzir a penalidade aplicada, por absoluta falta de competência legal desta Corte para fazê-lo, sem fundamento de fato que o justifique, exceto quanto ao período em que não havia lei para cominar sanção.

Diante do que, confirmo a decisão singular, para decidir pela parcial procedência lançamento de ofício em referência.

Com esses fundamentos,

VOTO pelo recebimento dos **Recursos Hierárquico**, por regular, e do **Voluntário**, por regular e tempestivo, e quanto ao mérito pelo **DESPROVIMENTO** de ambos, para manter a sentença exarada na instância monocrática que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração de Estabelecimento n.º **93300008.09.00001859/2013-04**, lavrado em 8/11/2013, contra a empresa, **TIM CELULAR S/A.**, inscrita no CCICMS sob nº 16.143.665-0, devidamente qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no montante de R\$ 296.300,49 (duzentos e noventa e seis mil, trezentos eais e quarenta e nove centavos), sendo R\$ 206.272,91 (duzentos e seis mil, duzentos e setenta e dois reais e noventa e um centavos) de FUNCEP, por infringência ao art. 8º da Lei nº 7.611/2004, e R\$ 90.027,58 (noventa mil, vinte e sete reais e cinquenta e oito centavos) multa por infração, nos termos do art. 8º acrescentado à Lei nº 7.611/04, pela Lei nº 9.414/2011.

Em tempo, mantenho cancelado, por irregular, o valor de R\$ 116.245,33 constituído de multa por infração, pelos motivos acima expendidos.

Intimações necessárias devem incluir a remessa para a pessoa e endereço indicados na folha 289 da peça recursal, além das rotineiramente efetuadas.

Sala das Sessões Pres. Gildemar Pereira de Macedo, em 8 de agosto de 2016.

LIMA

MARIA DAS GRAÇAS D. DE OLIVEIRA

Conselheira Relatora