

PROCESSO Nº 0700092018-1

ACÓRDÃO Nº 0680/2021

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: TNL PCS S/A

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes : MARISE DO Ó CATÃO E JOÃO ELIAS COSTA FILHO.

Relator : CONSº. PETRÔNIO RODRIGUES LIMA.

PRELIMINAR. NULDADE. REJEITADA. DECADÊNCIA. RECONHECIDA EM PARTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. TARE Nº 2012.000101. INOBSERVÂNCIA DE CLÁUSULA. USO INDEVIDO DE CRÉDITO PRESUMIDO. NÃO CONTEMPLA APLICAÇÃO SOBRE FUNCEP. MANTIDA DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- *Preliminar de nulidade não acolhida. Cerceamento de defesa não caracterizado. Peça acusatória lavrada de acordo com os ditames legais, e a denúncia descrita de forma clara, sem prejuízo ao exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório.*

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

- *A fruição do crédito presumido do imposto no percentual de 1%, acordado em TARE, é apenas sobre os valores dos débitos do ICMS relacionados à prestação de serviços de telecomunicação, não alcançando o FUNCEP, que com aquele não se confunde, pois seus recursos arrecadados têm destinação específica, com natureza jurídica própria.*

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

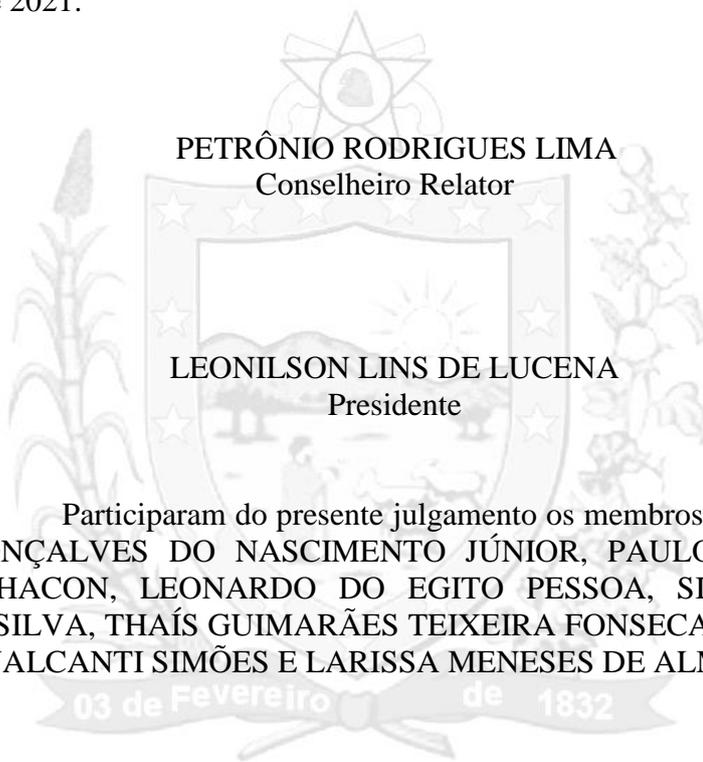
A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, e manter a sentença monocrática, julgando *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000732/2018-74, lavrado em 7/5/2018, em desfavor da empresa TNL PCS S/A, inscrição estadual nº 16.132.064-3, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 53.881,80 (cinquenta e três mil, oitocentos e oitenta e um reais e oitenta centavos), sendo R\$ 35.921,18 (trinta e cinco mil, novecentos e vinte e um reais e dezoito centavos) de ICMS, por infração ao art. 106, do RICMS/PB, Termo de Acordo nº 2012.000101 (homologado pelo Parecer nº 2012.01.00.00680) c/c o art. 13, VI do RICMS/PB, nos termos do art. 3º-A do Decreto nº 20.275/1999; e R\$ 17.960,62 (dezessete mil, novecentos e sessenta reais e sessenta e dois centavos) de multa por infração, consoante art. 82, II, “e” da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancelado, por indevido, o montante de R\$ 6.917,03 (seis mil, novecentos e dezessete reais e três centavos), sendo R\$ 4.611,35 (quatro mil, seiscentos e onze reais e trinta e cinco centavos) de ICMS, e R\$ 2.305,68 (dois mil, trezentos e cinco reais e sessenta e oito centavos) de multa por infração, pelas razões acima evidenciadas.

Intimações necessárias na forma regulamentar.

P.R.I.

Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 14 de dezembro de 2021.



PETRÔNIO RODRIGUES LIMA  
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA  
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno, ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JÚNIOR, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, LEONARDO DO EGITO PESSOA, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES E LARISSA MENESES DE ALMEIDA.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA  
Assessor

PROCESSO Nº 0700092018-1

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: TNL PCS S/A

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes : MARISE DO Ó CATÃO E JOÃO ELIAS COSTA FILHO.

Relator : CONSº. PETRÔNIO RODRIGUES LIMA.

PRELIMINAR. NULDADE. REJEITADA. DECADÊNCIA. RECONHECIDA EM PARTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. TARE Nº 2012.000101. INOBSERVÂNCIA DE CLÁUSULA. USO INDEVIDO DE CRÉDITO PRESUMIDO. NÃO CONTEMPLA APLICAÇÃO SOBRE FUNCEP. MANTIDA DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Preliminar de nulidade não acolhida. Cerceamento de defesa não caracterizado. Peça acusatória lavrada de acordo com os ditames legais, e a denúncia descrita de forma clara, sem prejuízo ao exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório.

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

- A fruição do crédito presumido do imposto no percentual de 1%, acordado em TARE, é apenas sobre os valores dos débitos do ICMS relacionados à prestação de serviços de telecomunicação, não alcançando o FUNCEP, que com aquele não se confunde, pois seus recursos arrecadados têm destinação específica, com natureza jurídica própria.

## RELATÓRIO

Em análise, neste Egrégio Conselho de Recursos Fiscais, o recurso voluntário, interposto nos termos do art. 77 da Lei nº 10.094/2013, contra a decisão monocrática que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000732/2018-74, lavrado em 7/5/2018 (*fls. 3 e 4*) no qual a autuada TNL PCS S/A, nos autos qualificada, é acusada da seguinte infração:

**FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS** >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

**NOTA EXPLICATIVA:**

A EMPRESA ACIMA QUALIFICADA, CONTRARIANDO DISPOSITIVOS LEGAIS, DEIXOU DE RECOLHER AOS COFRES DA FAZENDA ESTADUAL O ICMS NO VALOR DE R\$40.532,53, REFERENTE AO

PERÍODO DE ABRIL A DEZEMBRO DE 2013, PROVENIENTE DA APROPRIAÇÃO DE CRÉDITOS PRESUMIDOS DO ICMS (LANÇADOS NO SPED/efd REG. E111) EM VALOR A MAIOR DO QUE O ESTABELECIDO NA CLÁUSULA PRIMEIRA DO TERMO DE ACORDO Nº 2012.000101 (HOMOLOGADO PELO PARECER Nº 2012.01.0000680), UMA VEZ QUE A EMPRESA CONSIDEROU NO CÁLCULO ERRONEAMENTE A ALÍQUOTA DE 30% (TRINTA POR CENTO) DE ICMS AO INVÉS DE 28% (VINTE E OITO POR CENTO), CONFORME DETERMINA O INCISO VI DO ART. 13 DO RICMS/PB.

O TERMO DE ACORDO Nº 2012.000101 FOI CELEBRADO VISANDO À UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO FISCAL DE 1% (UM POR CENTO) DO VALOR DOS DÉBITOS DO ICMS, RELACIONADOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO, EM SUBSTITUIÇÃO AOS PROCEDIMENTOS DE

ESTORNO DE DÉBITOS, FACE À EDIÇÃO DO CONVÊNIO ICMS 56/2012, INCORPORADO NA LEGISLAÇÃO PARAIBANA PELO ART. 3º-A, DO DECRETO Nº 20.275/1999 (DISPÕE SOBRE A CONCESSÃO DE REGIME ESPECIAL, NA ÁREA DO ICMS, PARA PRSTAÇÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICAÇÕES).

A IRREGULARIDADE APONTADA SE ENCONTRA DETALHADA NO DEMONSTRATIVO EM ANEXO, QUE FICA SENDO PARTE INTEGRANTE DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.

Em decorrência da acusação, por infringência ao art. 106 RICMS/PB, além dos dispositivos destacados na Nota Explicativa do Auto de Infração, Cláusula Primeira do Termo de Acordo nº 2012.000101 (homologado pelo Parecer nº 2012.01.00.00680) c/c art. 13 do RICMS/PB, os auditores fiscais procederam ao lançamento de ofício, exigindo um crédito tributário no valor de R\$ 60.798,83 (sessenta mil, setecentos e noventa e oito reais e oitenta e três centavos), R\$ 40.532,53 (quarenta mil, quinhentos e trinta e dois reais e cinquenta e três centavos) de ICMS, e R\$ 20.266,30 (vinte mil, duzentos e sessenta e seis reais e trinta centavos) de multa por infração, referente aos fatos geradores ocorridos entre os períodos de abril de 2013 a dezembro de 2013.

Documentos instrutórios juntados às fls. 5 a 39, incluindo: demonstrativo fiscal referente ao crédito indevido apropriado pela atuada, Termo de Acordo nº 2012.000101, demonstrativos de cálculo, Registros Fiscais da Apuração do ICMS, Instrumento Procuratório.

Devidamente cientificada de forma pessoal em 7/5/2018, fl. 4, a empresa atuada apresentou Reclamação tempestiva, fls. 33 a 46, protocolada em 6/6/2018, fl. 32, com anexos às fls. 47 a 97, em que traz, em breve síntese, os seguintes pontos em sua defesa:

- O art. 106 do RICMS/PB possui inúmeros incisos, com diversas alíneas, o que impossibilita a sua delimitação em específico para a reprodução na presente defesa;
- Os lançamentos de abril de 2013 encontram-se atingidos pela decadência;
- O aproveitamento dos créditos relativos à parcela atinente ao FUNCEP é factível;
- A multa é atentatória ao princípio do não confisco e à razoabilidade.
- Por fim, a Impugnante demanda pela decadência dos lançamentos de abril de 2013, pela improcedência do auto infração, e, subsidiariamente requer a redução da multa aplicada

Conclusos, foram os autos encaminhados à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, e distribuídos ao julgador fiscal Francisco Nociti, que após apreciação e análise, decidiu pela procedência parcial da autuação, afastando tão-somente o crédito tributário alcançado pela decadência tributária, sem recurso de ofício, condenando o sujeito passivo ao crédito tributário de R\$ 53.881,80, sendo R\$ 35.921,18 de ICMS e R\$ 17.960,62 de multa por infração.

Regularmente cientificados da decisão *a quo*, por meio de Aviso de Recebimento -AR (fl. 110), recepcionado em 10/8/2021, a empresa autuada compareceu aos autos para apresentar recurso voluntário, enviado por e-mails em 9/9/2021 e protocolado em 10/9/2021, fls. 111 e 112, trazendo à baila, em síntese, as seguintes razões, após uma breve explanação dos fatos:

- a) Em preliminar, alega nulidade da acusação, por ter indicado como infringido o art. 106 do RICMS/PB, sem especificar a alínea que representaria a suposta infração;
- b) Que os dispositivos postos na Nota Explicativa da peça acusatória não se mostram suficientes para afastar a nulidade do ato, pois o lançamento é ato vinculado e obrigatório, devendo seguir fielmente os ditames do art. 142 do CTN;
- c) No mérito, alega que, embora o entendimento da primeira instância seja no sentido de que o Termo de Acordo do Regime Especial trata de valores reativos ao ICMS e não do FUNCEP, tal entendimento se dissocia de sua Cláusula Primeira, que expressamente prevê a concessão do crédito presumido de 1% do valor dos débitos de ICMS relacionados à prestação de serviços de telecomunicação e no mesmo sentido o Convênio ICMS 56/12, em sua Cláusula Primeira, e o art. 3º do Decreto nº 20.275/99;
- d) Aduz que o FUNCEP corresponde ao percentual de dois pontos percentuais na alíquota do ICMS, restando claro que há um recolhimento a maior do ICMS, havendo um indébito do adicional ao FUNCEP;
- e) Não resta dúvida do direito da recorrente à recuperação da totalidade dos valores recolhidos indevidamente;
- f) Que a alíquota cobrada do ICMS sendo 28 % sobre o valor da operação, acrescido do percentual de 2% do FUNCEP, restaria evidente que o montante total cobrado a título de ICMS é de 30%;
- g) Que a Constituição Federal autoriza, de maneira excepcional, produto suplementar do ICMS destinado a fundo específico, o que não descaracteriza a natureza tributária de imposto, citando o seu art. 167, IV;
- h) Ao final, a recorrente pugna pelo conhecimento e provimento de seu recurso voluntário para reconhecer a nulidade do Auto de Infração, por deficiência em sua fundamentação, ou julgar improcedente o lançamento

de ofício vez que o crédito tomado pela recorrente considera devido ao FUNCEP/PB, portanto 30% do valor da operação tributada.

Seguindo o trâmite processual, foram os autos remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, e distribuídos a esta relatoria, segundo critério regimentalmente previsto, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

## VOTO

Em exame o *recurso voluntário* interposto contra decisão de primeira instância que julgou *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000732/2018-74, lavrado em 7/5/2018, em desfavor da empresa em epígrafe.

Importa, inicialmente, ressaltar que o sujeito passivo atendeu ao aspecto temporal de interposição do *recurso voluntário*, razão pela qual atesto a sua *regularidade formal* no que tange ao pressuposto extrínseco da tempestividade.

### 1. Das Preliminar – Nulidade.

#### 1.1.- Falta de Indicação Precisa do Dispositivo Violado (art. 106 do RICMS/PB)

Primeiramente, a recorrente suscita que teria ocorrido caso de nulidade do Auto de Infração em epígrafe, sob a alegação de cerceamento do direito de defesa, em face de que a fundamentação posta na inicial ter sido apenas com fulcro no art. 106, do RICMS/PB, sem especificar a conduta infringida, e que os demais dispositivos constantes em Nota Explicativa não afastariam a nulidade, por afronta ao art. 142 do CTN.

Pois bem. Para caracterização da nulidade suscitada pela recorrente, seria necessária a demonstração de que teria havido cerceamento do seu direito de defesa e do uso do contraditório. No caso em tela, entendo que não houve característica de nenhuma violação aos direitos de defesa do contribuinte, pois, diferentemente de ter havido uma especificação genérica, houve o complemento em Nota Explicativa, perfeitamente entendido pela recorrente, em nada contrariando o art. 142 do CTN.<sup>1</sup>

Denota-se que os textos da defesa discorrem e rebatem a questão de mérito, discutindo as imputações que lhe são dirigidas, de modo pleno, de forma que houve a perfeita compreensão da acusação que lhe foi imposta, com apresentação de provas documentais em sua defesa, como veremos adiante na análise de mérito.

Sobre esta matéria, vejamos o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, o princípio da “*pas de nullité sans grief*”, que exige a respectiva comprovação do prejuízo para que seja declarada nulidade do processo, aplica-se também à esfera administrativa, como se observa:

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AO CDC. APLICAÇÃO DE PENALIDADES. AUTO DE INFRAÇÃO. NÃO OBSERVÂNCIA DE FORMALIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INVIABILIDADE, EM SEDE

DE MANDADO DE SEGURANÇA, DE DILAÇÃO PROBATÓRIA.  
PRECEDENTE: RMS 21.520/RN.

1. A multa prevista no art. 56 do CDC não visa à reparação do dano sofrido pelo consumidor, mas sim à punição pela infração às normas que tutelam as relações de consumo.

**2. Não se reconhece a nulidade de auto de infração sem a demonstração do prejuízo causado pela ausência do cumprimento de determinada formalidade** (RMS 18.188/GO, 5ª T., Min. Gilson Dipp, DJ de 29.05.2006; RMS 131.44/BA, 5ª T., Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 10.04.2006; MS 10.770/DF, 3ª S., Min. Félix Fischer, DJ de 06.02.2006), o que, no caso, não ocorreu.

3. A juntada de apenas algumas das peças que formaram o processo administrativo impede o exame a respeito da alegada falta de oportunidade para a apresentação de defesa antes da aplicação da multa.

[...]5. Recurso ordinário parcialmente conhecido e desprovido. (STJ. RMS 22.610/RN, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/02/2007, DJ 22/02/2007, p. 165) grifamos

"ADMINISTRATIVO -SERVIDOR PÚBLICO -PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR -COMPETÊNCIA -INSTAURAÇÃO DAÇÃO DISCIPLINAR E APLICAÇÃO DA PENA -DELGAÇÃO -LEGALIDADE -ANULAÇÃO DE ATO PROCESUAL -AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO -PREJUÍZO -PROCESSO CRIMINAL -SUPENSÃO CONDICIONAL -SOBRESTAMENTO DO FEITO ADMINISTRATIVO -DESNECESSIDADE -INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA EPENAL -PRECEDENTES -RECURSO DESPROVIDO.

I -omissis

I -**Aplicável à espécie o princípio do “pas de nullité sans grief”, tendo em vista que eventual nulidade do processo administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo, que não ocorreu no presente caso.**

III e IV –omissis.

V -Recurso conhecido e desprovido." (STJ. RMS 18.8/GO, 5ªT., Min. Gilson Dip, DJde 29.05206) grifamos

A descrição do fato gerador, com todo esclarecimento em Nota Explicativa, consubstanciada com o detalhamento de toda auditoria realizada na empresa, que integram de forma indissociável a própria peça de acusação com os demonstrativos relacionados à acusação, busca esclarecer perfeitamente todo o procedimento fiscal, compreendidos pelo sujeito passivo, e reúne elementos que afastam qualquer possibilidade de acolhimento da tese de nulidade por acusação genérica.

Destarte, cumpre-me declarar que a peça acusatória se apresenta apta a produzir os regulares efeitos inerentes ao aspecto formal do ato administrativo, visto que sua confecção observa os requisitos indispensáveis de constituição e desenvolvimento válido do processo nos termos do art. 142 do CTN, assim como não afronta as disposições contidas no artigo 14 da Lei nº 10.094/13, mencionado pela recorrente.

Portanto, não acatamos a preliminar *sub examine*.

### Decadência

No tocante à decadência declarada pela instância prima, referente ao período de abril/2013, não sendo objeto de recurso de ofício, resta-me corroborar com sua decisão, até porque comungo com seu entendimento, pois, trata-se de lançamento por *homologação*, tratando-se de tributo 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 imposto em razão da utilização de crédito indevido e por irregularidades cometidas por afronta ao Termo de Acordo nº 2012.00101, 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 7/5/2018, com a ciência da autuada, os fatos geradores ocorridos até 30/4/2013, já não eram mais passíveis de constituição pelo Fisco, tratando-se de uso de crédito indevido, em que se aplica a regra da decadência prevista no art. 150, §4º do CTN, deve-se tomar por base o saldo devedor apurado na Conta Gráfica, representativo do fato gerador do ICMS, correspondente à saída de mercadorias ou prestações de serviços declaradas.

Correto, portanto, a exclusão do período de abril/2013 da autuação em tela.

Passemos à análise de mérito.

### Razões Meritórias

A acusação em tela se refere à falta de recolhimento do ICMS atinente à prestação serviços de telecomunicações, originada da apropriação de créditos presumidos do ICMS, lançados no SPED/EFD Reg. E111, em valor maior que o estabelecido na Cláusula Primeira do Termo de Acordo nº 2012.000101 (Parecer nº 2012.01.00.00680), nos termos do art. 3º-A do Decreto nº 20.275/1999.

O citado Termo de Acordo determinava a utilização de 1% do valor dos débitos de ICMS em substituição aos procedimentos de estorno de débitos, face a edição do Convênio ICMS 25/2012. Contudo a fiscalização verificou que o percentual teria sido aplicado sobre 30% e não sobre 28%, que seria a alíquota para o cálculo do imposto, conforme determina o art. 13, VI, do RICMS/PB.

Vejamos o teor dos dispositivos normativos citados:

**Decreto nº 20.275/1999**

Art. 3º-A Em substituição ao procedimento de estorno de débitos previsto nos §§ 3º a 9º do art. 3º, ou a qualquer outra sistemática de repetição de indébito de mesma natureza vigente, fica concedido, de 1º de setembro de 2012 até 31 de dezembro de 2013, mediante termo de acordo, crédito fiscal no percentual de 1% (um por cento) do valor dos débitos de ICMS relacionados à prestação de serviços de telecomunicação cujo documento fiscal seja emitido em via única, nos termos do Convênio ICMS 115, de 12 de dezembro de 2003.

**TERMO DE ACORDO Nº 2012.000101**

(...)

**CLÁUSULA PRIMEIRA** – Em substituição aos procedimentos de estorno de débitos previsto nos §§ 3º a 9º do art. 3º do Decreto nº 20.275/1999, ou a qualquer outra sistemática de repetição de indébito de mesma natureza vigente, fica concedido a Acordante, a partir de 1º de setembro de 2012, crédito presumido do Imposto no percentual de **1% (um por cento)** do valor dos débitos do ICMS relacionados à prestação de serviços de telecomunicação cujo documento fiscal seja emitido em via única, nos termos do Convênio ICMS 115, de 12 de dezembro de 2003.

**RICMS/PB**

Art. 13. As alíquotas do imposto são as seguintes:

(...)

VI - 28% (vinte e oito por cento), nas prestações de serviços de comunicação;

Em sua peça de defesa, alega a impugnante que os 30% utilizados inclui os 2% do FUNCEP, que segundo o seu entendimento, o FUNCEP seria um adicional do ICMS, e o que o montante cobrado pelo Estado da Paraíba a título de ICMS para os serviços de comunicação foi de 30%, que foi discordado pela instância monocrática, em razão de que o aludido Termo de Acordo trata de valores relativos ao ICMS, e não ao FUNCEP, do ponto de vista que o FUNCEP não se confunde com o ICMS, citando decisões deste Colegiado.

Portanto, antes de proferir a decisão sobre o litígio instaurado, é de bom alvitre tecermos algumas considerações sobre o FUNCEP.

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 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*)

Em seu recurso voluntário, o sujeito passivo insiste em seu entendimento, que seria evidente que há um recolhimento a maior de 30% de ICMS, havendo um indébito do adicional ao FUNCEP, com direito à recuperação da totalidade dos valores recolhidos indevidamente, e que a Constituição Federal autoriza, de maneira excepcional, produto suplementar do ICMS destinado a fundo específico, o que não descaracteriza a natureza tributária de imposto, citando o seu art. 167, IV.

Pois bem. Equivoca-se a recorrente em sua interpretação, pois, está muito claro no texto acima, contrariando suas pretensões, que os recursos arrecadados do FUNCEP têm destinação específica, com natureza jurídica própria, distinta do ICMS.

O liame é apenas em relação à base de cálculo do ICMS, no caso, cobrado nas operações de serviços de comunicação, sobre a qual incide 2% sobre a base de cálculo utilizada para o ICMS, conforme determina a Lei nº 7.611/04, ou seja, a arrecadação do FUNCEP tem seu nascedouro do resultado da aplicação do adicional de 2% na alíquota do ICMS, fundamentado em lei específica, e não na do ICMS.

Este é o entendimento deste Conselho de Recursos Fiscais, em consonância com diversas decisões já proferidas, a exemplo dos Acórdãos abaixo:

“NULIDADES – PRELIMINARES REJEITADAS – DECADÊNCIA – APLICAÇÃO DO ARTIGO 150, § 4º, DO CTN – FUNCEP – FALTA DE RECOLHIMENTO – INFRAÇÃO CONFIGURADA – MULTA APLICADA – IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE ACERCA DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE PELAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS DE JULGAMENTO - VEDADA A APLICAÇÃO PARA FATOS GERADORES OCORRIDOS ANTES DA ENTRADA EM VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.414/11 - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE - ALTERADA A

DECISÃO RECORRIDA – RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDOS

- Não se configura cerceamento de defesa quando estão presentes, nos autos, todos os elementos necessários para garantir o direito ao contraditório e à ampla defesa por parte do contribuinte.

- Considerando que o contribuinte apresentou ao Fisco declarações de informações fiscais nas quais constam os documentos fiscais que motivaram o lançamento a título de falta de recolhimento do FUNCEP, o prazo para constituição do crédito tributário inicia-se na data da ocorrência dos fatos geradores, nos termos do que estabelece o artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

- O benefício fiscal de redução da base de cálculo do ICMS nas prestações de serviço de comunicação de que trata o artigo 33, XI, “b”, do RICMS/PB não se aplica ao FUNCEP, o qual deve ser apurado tomando, como base de cálculo, o preço do serviço, observadas as disposições do § 6º no artigo 11 da Lei Complementar nº 87/96.

- A análise acerca da inconstitucionalidade da penalidade aplicada é matéria que extrapola a competência das instâncias administrativas de julgamento.

- Inexistência de permissivo legal para aplicação de penalidade para os fatos geradores ocorridos antes de 13/07/11.” (g. n.)

ACÓRDÃO Nº 000483/2020

**Relator: CONS.º SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA**

PRELIMINAR. NULIDADE. VÍCIO FORMAL. SUSCITADA DE OFÍCIO. ERRO NA INDICAÇÃO DA PESSOA DO INFRATOR. PRELIMINAR REJEITADA. DECADÊNCIA PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP – FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. INFRAÇÃO CONFIGURADA. ISENÇÃO SEM PREVISÃO LEGAL. MULTA APLICADA. AFASTADA PARCIALMENTE. MANTIDA DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS.

- Deve ser considerado hígido o lançamento realizado em face do contribuinte original se a incorporação empresarial não foi oportunamente informada à Administração Tributária, nos termos do disposto no Art. 119, VII do RICMS/PB.

- O Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza no Estado da Paraíba - FUNCEP/PB, cujo valor corresponde a um adicional de 2%, incide sobre as operações de serviço de comunicação.

- Evidenciada em parte a decadência tributária, nos termos do art. 150, §4º, do CTN. “In casu”, de janeiro a março/2010.

- O benefício previsto para o ICMS, por meio de Convênio, não se estende ao FUNCEP por falta de previsão legal.

- Afastada a aplicação da penalidade referente ao período em que não havia lei instituidora de cominação legal à época dos respectivos fatos geradores. Ou seja, nos períodos anteriores à 12 de julho de 2011. (g. n.)

*Acórdão nº 071/2021*

**Relator: CONS.º PETRONIO RODRIGUES LIMA.**

“RECURSOS HIERÁRQUICO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS. PRELIMINARES. REJEIÇÃO. ADICIONAL DE 2% DESTINADO AO FUNCEP. NÃO APROVEITAMENTO DE BENEFÍCIOS FISCAIS APLICADOS AO ICMS COMUNICAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNCEP SOBRE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO ERRONEAMENTE CONSIDERADOS COMO ISENTOS OU NÃO TRIBUTADOS. CONFIRMAÇÃO. PENALIDADE. AJUSTES. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. MANTIDA A DECISÃO SINGULAR.

- Preliminares de nulidade do lançamento de ofício não acolhidas, visto que o mesmo preenche os requisitos mínimos à constituição válida do processo:

presença de elementos suficientes à perfeita identificação da natureza de infração e da pessoa do infrator, além da lavratura por autoridade fiscal competente.

- Não se estende ao adicional de 2% destinado ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP o benefício fiscal de redução da base de cálculo do ICMS nas prestações do serviço de comunicação mediante televisão por assinatura, em face de expressa previsão legal nesse sentido. Razão por que, reputa-se regular a exigência da diferença não recolhida de valores relativos ao FUNCEP em decorrência de errônea aplicação sobre a base de cálculo reduzida do ICMS Comunicação.

- A falta de recolhimento do adicional do FUNCEP sobre o valor do ICMS incidente sobre serviços que, não obstante se inserirem na categoria de serviços de comunicações, consoante o previsto na legislação de regência, foram erroneamente considerados pelo contribuinte como isentos ou não tributados, legitima a exigência do tributo.

- Ajustes promoveram a exclusão dos valores referentes à penalidade em virtude da falta de previsão legal ao tempo da ocorrência dos fatos geradores.” (g. n.)

**Acórdão nº 361/2013**

**Relatora: CONS.<sup>a</sup> MARIA DAS GRAÇAS DE OLIVEIRA LIMA**

A recorrente argumenta ainda, que a Constituição Federal autoriza, de maneira excepcional, produto suplementar do ICMS destinado a fundo específico, o que não descaracteriza a natureza tributária de imposto, citando o seu art. 167, IV. Vejamos:

Art. 167. São vedados:

(...)

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;

Das exceções constitucionais da vinculação da receita dos impostos, além das repartições constitucionais das receitas, o mencionado dispositivo indica o art. 198, §2º, II, da CF/88<sup>2</sup>, que se refere ao Sistema Único de Saúde (SUS), financiado pela Seguridade Social e as Entidades da Federação, e este dispositivo trata de suas diretrizes, e os arts. 212 e 37, XXII<sup>3</sup>, tratam, respectivamente, dos percentuais das receitas de impostos da união, estados e municípios na

<sup>2</sup> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

(...)

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

(...)

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

<sup>3</sup> Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Art. 37

(...)

XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

manutenção e desenvolvimento do ensino, e para a realização das atividades da administração tributária dos três poderes, cujas matérias são exógenas ao caso dos autos, não servindo para corroborar o entendimento da recorrente.

Portanto, diante das considerações supra, comungo com a decisão *a quo*, de que houve afronta ao Termo de Acordo nº 2012.000101, juntado aos autos às fls. 6 a 8, corroborando com a análise realizada pela fiscalização, refletida no demonstrativo fiscal juntado à fl. 5, que afastou o crédito presumido sobre a parcela correspondente ao FUNCEP, por indevido, devendo ser afastado apenas o valor lançado inerente ao mês de abril de 2013, pelo alcance da decadência tributária, acima analisada e previamente excluído pela instância prima.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, e manter a sentença monocrática, julgando *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000732/2018-74, lavrado em 7/5/2018, em desfavor da empresa TNL PCS S/A, inscrição estadual nº 16.132.064-3, já qualificada nos autos, declarando devido o crédito tributário no valor de R\$ 53.881,80 (cinquenta e três mil, oitocentos e oitenta e um reais e oitenta centavos), sendo R\$ 35.921,18 (trinta e cinco mil, novecentos e vinte e um reais e dezoito centavos) de ICMS, por infração ao art. 106, do RICMS/PB, Termo de Acordo nº 2012.000101 (homologado pelo Parecer nº 2012.01.00.00680) c/c o art. 13, VI do RICMS/PB, nos termos do art. 3º-A do Decreto nº 20.275/1999; e R\$ 17.960,62 (dezesete mil, novecentos e sessenta reais e sessenta e dois centavos) de multa por infração, consoante art. 82, II, “e” da Lei nº 6.379/96.

Ao tempo em que mantenho cancelado, por indevido, o montante de R\$ 6.917,03 (seis mil, novecentos e dezessete reais e três centavos), sendo R\$ 4.611,35 (quatro mil, seiscentos e onze reais e trinta e cinco centavos) de ICMS, e R\$ 2.305,68 (dois mil, trezentos e cinco reais e sessenta e oito centavos) de multa por infração, pelas razões acima evidenciadas.

Intimações necessárias na forma regulamentar.

Tribunal Pleno. Sessão realizada por meio de videoconferência, em 14 de dezembro de 2021.

PETRONIO RODRIGUES LIMA  
Conselheiro Relator