

A. I. Nº - 279468.0026/10-3
AUTUADO - TELEMAR NORTE LESTE S/A
AUTUANTES - MARIA CRISTINA DE OLIVEIRA ALMEIDA, ROQUELINA DE JESUS e SANDRA MARIA SILVA NOYA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 12.05.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0116-04/11

EMENTA: ICMS. LIVROS FISCAIS. VALORES ESCRITURADOS EM LIVROS PRÓPRIOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração não impugnada em relação ao mérito. Não acolhida a arguição de decadência, pois o lançamento está em consonância com o prazo previsto pela Lei 3.956/81 (COTEB). Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 03/12/10 para exigir ICMS no valor de R\$602.089,06, acrescido de multa de 50% referente à falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar, referente a serviços de comunicação escriturados nos livros fiscais próprios. Consta na descrição dos fatos que na qualidade de prestador de serviços de telecomunicação, deixou de recolher o ICMS relativo a parcelas de diversos serviços de comunicação a exemplo de VC1, VC2, VC3, DDD, etc., alegando falha operacional, conforme demonstrado no Anexo 1.

O autuado na defesa apresentada às fls. 15/25 inicialmente esclarece que a defesa é tempestiva, discorre sobre a infração, enquadramento e dispositivos de multa aplicados.

Argumenta que de acordo com o disposto no art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN) preleciona que, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos para a extinção do crédito tributário conta-se da ocorrência do fato gerador, pois procedeu ao pagamento do tributo acompanhado dos diversos deveres acessórios de registro e declaração junto à repartição fiscal, possibilitando a averiguação da correção do procedimento e a cobrança suplementar do que porventura tiver faltado.

Ressalta que o disposto no art. 173 do CTN, estipula o prazo de cinco anos de decadência a partir do exercício seguinte, em decorrência de dolo, fraude ou simulação a dificultar a fiscalização, o que justificaria a dilação do prazo para averiguação do tributo devido, que entende não se aplicar ao caso em tela, “porque não se trata de ausência de recolhimento de ICMS durante o exercício de 2005, mas tão somente suposto recolhimento a menor de alguns serviços (VC1, VC2, VC3, DDD, etc.)”, nem diante de tentativa de fraude, dolo ou simulação.

Afirma que apesar de existir duas normas reguladoras do prazo decadencial para os Fiscos formalizarem seus créditos tributários contra os contribuintes, firmou-se o entendimento no âmbito do STJ no sentido de que às exações submetidas ao lançamento homologatório, como é o caso do ICMS, aplica-se a regra do art. 150, § 4º “toda vez que ocorre pagamento inferior ao devido”. Cita diversas decisões neste sentido a exemplo do REsp nº 766050/PR, cujo Relator foi Relator foi o Min. LUIZ FUX, (DJ 25.02.2008 p. 265); EREsp. n. 216.758/SP, *Rel. Ministro Teori Albino Zavascki*, 1ª Seç. (DJ 10.04.2006); e EREsp. n. 101.407/SP, 1ª Seç. *Rel. Min. Ari Pargendler*, (DJ 08.05.2000); REsp nº 1.033.444/PE, *Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES*, (DJ 24/08/2010).

Ressalta a clareza contida no voto-vista do Ministro TEORI ZAVASCKI onde, “define que nas hipóteses de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que o contribuinte recolhe o tributo que entende devido - como *in casu* - o Fisco deverá respeitar o prazo quinquenal contado da ocorrência do fato gerador (§ 4º do art. 150 do CTN) para a oportunidade de realizar o lançamento de ofício de eventuais diferenças”.

Destaca que o posicionamento do STJ vem sendo reproduzido em diversos julgados na esfera administrativa, conforme transcrição de trechos da decisão proferida pelo Julgador singular do Corpo de Julgadores da Secretaria da Fazenda do Estado do Piauí (Acórdão nº 126/2006 – Recurso Voluntário nº 085/2005 – Processo nº 30.00334/2004, destaques no original), (Acórdão nº 196/2007 – Recurso Voluntário nº 233/2005 – Processo nº 301.1365/2004, destaques no original) e Paraíba (Acórdão nº 233/0005 – Processo 301.1365/2004); (Acórdão 325/2010 - Recurso VOL/CRF-354/2009).

Manifesta que tendo sido cientificado do Auto de Infração em 09.12.2010, significa que os créditos existentes até a data de 09/12/05 encontram-se fulminados pela decadência, face à inércia do Fisco pelo prazo fixado no art. 150, §4º do CTN.

Atenta que o “Direito não é ferramenta que socorre àqueles que dormem!”, motivo pelo qual, com base no art. 156, V, do CTN, requer a extinção dos créditos relativos ao período de 01/01/05 a 09/12/05, atingidos pela decadência. Requer a procedência da presente impugnação.

Os autuantes prestam informação fiscal às fls. 54/56, onde ressaltam que o autuado exerce atividade de prestação de serviços de telefone fixo comutado (STFC) de caráter oneroso e deixou de recolher o ICMS relativo aos serviços de comunicação que são tributados a exemplo de VC1, VC2, VC3, DDD no período fiscalizado, infringindo o art. 4º, I e §1º do RICMS/BA, conforme transcrito à fl. 55.

Quanto à alegação defensiva de que ocorreu decadência parcial dos créditos tributários a partir da ocorrência dos fatos geradores com fundamento no art. 150, §4º do CTN, contesta dizendo que o contribuinte “deixou de oferecer parcelas do tributo ao fisco” que exigiu o imposto de ofício não se aplicando o disposto no art. 150, §4º e sim o art. 173, I do CTN, ou seja, prazo de cinco anos para constituir o crédito tributário, “contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

Ressalta que o art. 28, §1º da Lei 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), ratificado no art. 965 do RICMS/BA, atendendo ao que estabelece o art. 150, §4º do CTN, fixou prazo de cinco anos para constituir o crédito tributário. Requer a procedência do Auto de Infração.

A empresa apresentou Memorial que foi apensado aos autos na assentada do julgamento.

VOTO

Na defesa apresentada o autuado não questionou a apuração dos valores exigidos pela fiscalização, tendo apenas invocado ocorrência da decadência de parte do crédito tributário.

A decadência é um instituto aplicado ao sistema tributário como forma extintiva de direito subjetivo da Fazenda Pública, constante numa relação jurídico tributária, que nasce em razão da omissão do sujeito ativo em proceder ao lançamento tributário. O prazo de decadência existe para que o sujeito ativo constitua o crédito tributário, não sendo atingido pela perda do direito de lançar. Os dois comandos vinculados à temática geral da decadência foram trazidos pelo sujeito passivo, o do art. 173, I e o outro do art. 150, § 4º, ambos do CTN.

O art. 173, I CTN prevê como marco inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, já o art. 150, § 4º, prevê como marco a data do fato gerador. Nos dois casos, o prazo é de cinco anos. Diversas decisões do STJ, que podemos assim sintetizar:

Nos lançamentos por homologação, em que haja antecipação de pagamento do tributo, aplica-se o exposto no art. 150, § 4º e o prazo para a decadência será de cinco anos a contar do fato gerador, exceto quando comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. Não havendo pagamento antecipado pelo contribuinte, é cabível o lançamento de direito (ofício), previsto no art. 149, V, CTN, e o prazo decadencial rege-se pela regra geral do art. 173, I, CTN (RESP 445.137/MG agosto 2006).

Portanto, descabida a arguição de decadência por parte do autuado, uma vez que no lançamento de ofício, como se verifica no caso vertente, não prevalece a tese defensiva de que apenas parte

do suposto tributo devido deixou de ser lançado, tendo em vista que na apuração do imposto o contribuinte deixou de oferecer à tributação diversas operações submetidas à incidência do ICMS. Neste caso, a regra é que o início do quinquênio decadencial ocorra no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, a teor do disposto no inciso I do art. 173, CTN.

E mesmo que se aplicasse o art. 150, § 4º do CTN, o mesmo estabelece:

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 administrativo, 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 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que 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.

Por sua vez, o art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu § 5º dispõe [Art. 107-B]:

§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos foram relativos ao exercício de 2005 cujos fatos geradores ocorreram entre o período de 01/01/05 a 31/12/05 e só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/11. Por isso, não acato o pedido de decadência formulado.

Ressalto que conforme indicado no início do voto, o autuado não questionou a apuração dos valores feitos pela fiscalização.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº. **279468.0026/10-3**, lavrado contra **TELEMAR NORTE LESTE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$602.089,06**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de maio de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR