

PROCESSO - A. I. N° 279692.0001/10-6
RECORRENTE - TIM NORDESTE S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JFJ n° 0262-01/11
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 11/10/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0317-11/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS PARA O ATIVO IMOBILIZADO. COEFICIENTE DE CREDITAMENTO GLOSA DE CRÉDITO FISCAL. Apesar de o processo ter sido convertido em diligência por esta Junta de Julgamento Fiscal, a fim de que Auditor Fiscal da ASTEC/CONSEF intimasse o autuado para apresentar elementos que permitissem revisão no cálculo utilizado para processar o creditamento do imposto, através da inclusão no numerador das operações/prestações ocorridas com diferimento, bem como a exclusão do denominador dos valores referentes à operações/prestações não sujeitas à incidência do ICMS, o resultado trazido pelo diligente indicou o não atendimento da intimação por parte do contribuinte. É certo que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária (art. 142 do RPAF/99), assim como, que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do mesmo RPAF/99). **Infração subsistente. b) FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO CRÉDITO FISCAL.** O crédito fiscal deve ser escriturado em face do documento fiscal originário. Apesar de intimado para apresentar os documentos fiscais que legitimasse o creditamento realizado, o autuado nada apresentou. Também a diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, não logrou êxito em confirmar a alegação defensiva, pelo não atendimento da intimação feita nesse sentido. **Infração subsistente. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS.** Imputação não elidida. Apesar de o autuado alegar que as diferenças apuradas pela Fiscalização dizem respeito a truncamento de casas decimais, a diligência realizada pela ASTEC/CONSEF por solicitação desta Junta de Julgamento Fiscal, no intuito de que fosse intimado o contribuinte para comprovar suas alegações, não foi atendida pelo contribuinte. **Infração subsistente.** Não acolhidas as arguições de decadência do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário e de nulidade suscitadas. Indeferido o pedido de perícia, com fulcro no art. 147, II, “a” e “b” do

RPAF/99. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria quanto à preliminar de decadência em relação aos fatos geradores até 2005.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0262-01/11), que julgou Procedente a presente autuação, lavrada em 20/08/2010, para exigir crédito tributário no valor de R\$ 3.050.234,09, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, nos meses de janeiro a dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2.897.580,19, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte recolheu a menos ICMS, pois não aplicou o coeficiente de creditamento sobre o valor dos créditos do CIAP para apurar o valor correto do crédito fiscal a utilizar, tudo apurado conforme CIAP apresentado pelo contribuinte; Anexos A, B, C-1, C-2 e D; Livro de Apuração do ICMS; Livro Registro de Entrada (todos em meio magnético) que fazem parte do PAF e cujas cópias foram entregues ao contribuinte, sendo infringidos os artigos 93, inciso V, alínea “a”, art. 97 inciso XII RICMS/BA;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de janeiro a março, maio a agosto, outubro e dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 127.566,12, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte foi intimado a apresentar as notas fiscais de entrada que suportassem os créditos fiscais utilizados, porém não as apresentou. Tudo apurado conforme planilha de cobrança; Anexo “E” e livro Registro de Entradas todos apensos ao PAF;
3. Recolheu a menos o ICMS relativo à prestação de serviços de comunicação, nos meses de janeiro a setembro e dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 25.087,78, acrescido da multa de 60%.

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide administrativa com base nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

Inicialmente, no que concerne à arguição de ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente ao ano de 2005, certamente não pode prosperar a pretensão defensiva, haja vista que as disposições do artigo 173, inciso I do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, inciso I do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS/97, prevêm que o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado e não da ocorrência do fato gerador, conforme o artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional – CTN, invocado pelo impugnante.

Em verdade, a incidência da regra do art. 150, § 4º do CTN diz respeito às situações nas quais a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação, o que não vem a ser a presente situação, haja vista que o impugnante deixou de recolher parcelas do imposto devido, a Fiscalização, de forma acertada, efetuou o lançamento correspondente.

No caso em exame, o prazo para contagem referente ao período objeto do questionamento (janeiro a agosto de 2005) se iniciou em 01/01/2006, com termo final em 31/12/2010.

Diante disto, considerando que o Termo de Intimação Fiscal à fl. 51 dos autos, foi apresentado ao contribuinte em 04/01/2010, para apresentação de livros e documentos fiscais, e o lançamento ocorreu em 20/08/2010, não há que se falar em decadência do direito da Fazenda Pública estadual constituir o crédito tributário.

É certo que, no presente caso, como o autuado deixou de recolher parcelas do imposto devido, agiu acertadamente o Fisco ao efetuar o lançamento correspondente.

Vale registrar, que este tem sido o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, tanto na primeira quanto na segunda instância, a exemplo, dos Acórdãos CJF nos 0113/12-05, 0102/12-05 e 0004-11/06, 0009-12/08, sendo que, deste último, transcrevo o voto proferido pelo eminente Conselheiro/Relator Nelson Antonio Daiha Filho, a título ilustrativo:

“Inicialmente, passarei a enfrentar o Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, em especial quanto à preliminar de decadência reiterada pelo sujeito passivo em segunda instância.

Rejeito a referida preliminar.

Este CONSEF tem firmado cristalinamente o entendimento de que o caso em apreço se refere a lançamento de ofício, devendo, por tal razão, ser cumprido o quanto disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, e estabelece o prazo de decadência de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ademais, como ressaltado no primeiro Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, o STJ, através do Resp 63.529-2/PR, dentre outros julgados, vem decidindo nessa diretiva, sem prejuízo do fato de que o COTEB prevê em seu art. 28, de forma expressa, um prazo diferenciado, razão pela qual deve ser rechaçada a preliminar suscitada pelo autuado.”

Não acolho, portanto, a decadência argüida.

No que concerne ao pedido de realização de perícia para comprovação das razões defensivas, não vislumbro necessidade ou indispensabilidade de sua realização, para solução do litígio. A perícia consiste em exame realizado por técnico ou pessoa habilitada – perito- dotada de conhecimentos especializados sobre determinada matéria. Na realidade, o perito supre a insuficiência de conhecimentos específicos sobre a matéria objeto da lide por parte do julgador. Efetivamente, não é o caso do Auto de Infração em exame, haja vista que os julgadores têm pleno conhecimento técnico sobre as matérias tratadas na autuação. Indefiro, portanto, o pedido de realização de perícia, com fulcro no artigo 147, inciso II, alíneas “a” e “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Entretanto, cumpre registrar que esta Junta de Julgamento Fiscal, levando em consideração os argumentos defensivos relativos às infrações 01, 02 e 03, converteu o processo em diligência à ASTEC/CONSEF, cujo resultado será consignado mais adiante.

No que concerne à infração 01, a autuação acusa o contribuinte de haver recolhido a menos ICMS pela utilização do crédito fiscal relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido na legislação, por ter aplicado incorretamente o coeficiente sobre o valor dos créditos do CIAP que determinou o valor do crédito fiscal a utilizar, nos termos do art. 20, § 5º, III da Lei Complementar nº 87/96; art. 29, § 6º, III da Lei 7014/96; art. 93, §17º, III do RICMS/BA.

Verifico que o impugnante alega que a Fiscalização calculou o coeficiente que utiliza, a partir dos valores lançados no livro Registro de Apuração do ICMS, conforme descrito na planilha que anexa, sendo que, do valor total das operações praticadas foi considerado aquele valor escriturado na coluna “valor contábil”, sendo, por outro lado, consideradas para fins de cálculo apenas aquelas operações lançadas na coluna descrita como “base de cálculo” do imposto, excluindo ou não admitindo para fins de cálculo do referido coeficiente, como se correspondessem a operações “isentas” as operações da coluna “outras”.

Diz que na prática isso significa que todas as operações escrituradas no campo “outras” foram tratadas como se fossem operações que deveriam ser desprezadas para fins de cálculo do coeficiente de aproveitamento do crédito, o que não corresponde com a verdade, como diz irá demonstrar.

Afirma que o legislador complementar ao determinar no inciso II do § 5º do art. 20 da Lei Complementar n. 87/96, que o crédito de ICMS não pode ser aproveitado na proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações, buscou impedir que os ativos adquiridos viessem a gerar créditos de ICMS para contribuintes que realizam operações isentas e não tributadas, contudo, isso não significa que operações efetivamente tributadas pelo ICMS devam ser consideradas no cálculo do coeficiente de aproveitamento do imposto, assim como que simples movimentações físicas de bens, que não tem qualquer relevância para fins de ICMS, sejam consideradas para reduzir a proporção do creditamento.

Alega que grande parte das operações escrituradas na coluna “outras”, consideradas pela Fiscalização como não tributadas consistem em prestações internas e interestaduais de serviços de comunicação, mais precisamente de cessão de meios de redes a outras empresas de telecomunicação, que são tributadas pelo ICMS nos termos da cláusula décima do Convênio ICMS nº 126/1998, apenas sendo o tributo devido sobre o preço do serviço cobrado do usuário final, conforme dispõe a legislação vigente à época dos fatos, consoante a redação dada pelo Convênio ICMS nº 31/2001, cujo teor transcreve.

Sustenta que o diferimento não se confunde com isenção e a não- incidência do ICMS, na medida em que a operação é tributada pelo imposto, apenas se transfere a responsabilidade tributária para uma etapa posterior da cadeia produtiva, razão pela qual incorreu em equívoco a Fiscalização ao considerar como isentas e não tributadas, para fins de cálculo do coeficiente em questão, as operações internas e interestaduais de cessão onerosa de meios de rede.

Afirma ainda que algumas operações incluídas na coluna “outras” e consideradas como isentas e não tributadas para fins de cálculo do coeficiente de creditamento, se referem a saídas de bens cedidos em comodato; bens enviados para reparo, conserto ou manutenção fora do estabelecimento; ativo imobilizado transferidos para outros estabelecimentos; outras meras movimentações físicas de bens que não estão inseridas dentro do âmbito de incidência do ICMS.

Já os autuantes contestam as alegações defensivas, consignando que o CONSEF possui jurisprudência sobre o tema, conforme o Acórdão JJF Nº 0115-01/10.

Afirmam que os dispositivos legais que definem o cálculo dos créditos, determinam que o montante de crédito a ser apropriado será obtido multiplicando-se o valor total do respectivo crédito pelo fator igual a 1/48 avos da relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período, equiparando-se às prestações tributadas as saídas e prestações destinadas ao exterior.

Registram que tais dispositivos definem a metodologia de cálculo do crédito fiscal, sendo que, o numerador contém o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o RICMS/BA equipara às prestações tributadas, apenas, as saídas e prestações com destino ao exterior. Dizem que o denominador contém o total das operações de saídas e prestações do período, onde se inclui as operações tributadas, isentas e outras. Sustentam que não vislumbram no RICMS/BA, previsão para excluir do denominador as operações que se encontram fora do campo de incidência do ICMS, inexistindo dispositivo legal que estabeleça inclusões ou exclusões sobre o serviço de interconexão e outras operações sugeridas pelo impugnante.

Manifestam o entendimento de que há necessidade de um dispositivo legal para poder executar alteração na forma de cálculo, o que não existe na legislação do ICMS vigente no Estado da Bahia, razão pela qual não é possível incluir ou excluir determinadas prestações de serviços de telecomunicação e/ou operações, razão pela qual a metodologia aplicada está correta, pois obedeceu às disposições do art. 93, § 17, III do RICMS/BA.

De início, cabe-me observar que o Acórdão JJF Nº 0115-01/10, aduzido pelos autuantes como jurisprudência deste CONSEF, apesar de tratar da mesma matéria de que cuida o presente Auto de Infração, efetivamente, não pode assim ser considerado.

Primeiro, porque este CONSEF é composto de duas instâncias de julgamento, competindo às Juntas de Julgamento Fiscal (JJF), dentre outras atribuições, julgar em primeira instância os processos administrativos fiscais em que haja exigência de tributo e multa ou exclusivamente de multa, e às Câmaras de Julgamento Fiscal (CJF), julgar em segunda instância, Recurso de ofício das decisões proferidas pelas Juntas de Julgamento Fiscal e Recurso voluntário do sujeito passivo contra Decisão de primeira instância em processo administrativo fiscal.

Significa dizer que as decisões de primeira instância (JJF) são julgadas pela segunda (CJF), quando cabível Recurso de ofício ou quando o sujeito passivo apresenta Recurso voluntário, podendo haver a confirmação ou modificação da Decisão.

Segundo, porque jurisprudência tem o significado de existência de reiteradas decisões sobre o mesmo assunto, no mesmo sentido, o que não é o caso desta matéria, haja vista que, apesar de o referido Acórdão JJF Nº.0115-01/10, não ter sido, ainda, objeto de julgamento pela segunda instância deste CONSEF, observo que a Decisão pela procedência da autuação proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do Acórdão JJF Nº. 0004-02/09, foi modificada pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF Nº 0099-11/10, que julgou improcedente a autuação.

Em verdade, as decisões de segunda instância prevalecem sobre as decisões de primeira instância, conforme aduzido acima, valendo dizer que o entendimento adotado pela primeira instância se contrário ao posicionamento da segunda instância, invariavelmente, será modificado no julgamento da Decisão.

Apesar de assistir razão aos autuantes quanto à ausência de regramento expresso na legislação do ICMS, especialmente no RICMS/BA, sobre o que deve ser incluído ou excluído no numerador e denominador da fração que apura o coeficiente para determinação do crédito fiscal, considero que a Decisão proferida pela 1ª CJF, nos termos do Acórdão CJF Nº 0099-11/10, está em conformidade com a natureza do ICMS.

Isto porque, não há como negar que as operações/prestações sujeitas ao instituto do diferimento são operações/prestações tributadas, haja vista que nelas há a ocorrência do fato gerador, apenas ocorrendo postergação da exigência do imposto para um momento subsequente, tratando-se indubitavelmente de operações/prestações que não se equiparam a operações/prestações isentas ou com não-incidência. Também não há como negar que as operações de saídas de bens em comodato ou suas remessas para reparo ou conserto que ocorrem amparadas pela não-incidência do ICMS, não representam saídas definitivas, razão pela qual não devem ser computadas no valor total das saídas do estabelecimento.

A título ilustrativo reproduzo abaixo a ementa do Acórdão CJF Nº 0099-11/10, que reflete com propriedade os termos da Decisão.

“EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. O valor do crédito fiscal relativo a bens do ativo imobilizado é calculado multiplicando-se o valor total do respectivo crédito pelo fator igual a um quarenta e oito avos da relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período, equiparando-se às tributadas as saídas e prestações com destino ao exterior. As operações/prestações sujeitas ao instituto do diferimento são operações/prestações tributadas, já que nelas há a ocorrência do fato gerador, apenas adiando-se a exigência do imposto para um momento subsequente, não se equiparando a operações/prestações isentas ou com não-incidência. Por outro lado, as operações de saída de bens em comodato ou suas remessas para reparo ou conserto, muito embora não tributadas pelo ICMS, como não se subsumem em saídas definitivas, não devem ser computadas no valor total das saídas do estabelecimento. Decisão modificada. Exigência fiscal Improcedente. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PROVIDO. Decisão unânime.”

Conforme a ementa acima reproduzida, cabe a inclusão no numerador das prestações ocorridas com diferimento, bem como a exclusão do denominador dos valores referentes à operações ou prestações que não estejam sujeitas à incidência do ICMS.

Considerando essa linha de entendimento adotada pela segunda instância, esta 1ª JF, após análise e discussão em pauta suplementar, converteu o processo em diligência à ASTEC/CONSEF, a fim de que Auditor Fiscal intimasse o autuado para que apresentasse demonstrativos das parcelas referentes à cessão de rede, fazendo referência acerca dos documentos e livros fiscais respectivos, bem como para que apresentasse demonstrativos das operações e prestações de saídas não tributadas pelo ICMS, a exemplo, de encargos, juros, multa, parcelamento de débito, recebimento de serviços prestados a terceiros, refaturamento, cartões indutivos meio físico, comodato, e outras que não correspondessem à prestação de serviços de telecomunicação tributáveis pelo ICMS. Foi solicitado ainda que o diligente analisasse os elementos apresentados pelo autuado, verificando o seu suporte nos documentos e livros fiscais, incluindo no denominador da fração que apura o coeficiente a ser aproveitado, no caso, “Operações tributadas no período” os valores relativos à cessão de rede e excluísse do denominador da fração, no caso, “Total de operações de saídas e prestações do período”, os valores relativos aos itens não tributados pelo ICMS, elaborando, novas planilhas atinentes ao estorno de débito e novo demonstrativo de débito, com o resultado apurado após as inclusões e exclusões aduzidas.

Ocorre que, nos termos do Parecer ASTEC Nº 69/2011, da lavra do Auditor Fiscal diligente Ildemar José Landin, restou esclarecido que o contribuinte foi intimado para apresentar os elementos necessários para cumprimento da diligência, contudo, mesmo tendo pedido prorrogação do prazo concedido e ter sido atendido, decorridos 48 dias da ciência da intimação e da prorrogação, nada apresentou, impossibilitando a realização da diligência solicitada.

Relevante salientar que o autuado foi intimado para conhecimento do Parecer ASTEC Nº 69/2011(fl. 244/245), contudo, não se manifestou.

É cediço que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária (art. 142 do RPAF/99), assim como, que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal(art. 143 do mesmo RPAF/99).

Ora, no presente caso, o autuado solicitou ao diligente a prorrogação do prazo para atendimento da diligência, o que foi concedido, porém, conforme o registro do Auditor Fiscal, transcorridos 48 dias nada apresentou. Acrescente-se que mesmo tendo sido intimado para conhecimento do Parecer ASTEC Nº 69/2011, o autuado não se manifestou.

Diante do exposto, considerando que as alegações defensivas referentes a esta infração não restaram comprovadas, a autuação é integralmente subsistente. Mantida a infração.

No respeitante à infração 02, é certo que o crédito fiscal deve ser escriturado em face do documento fiscal originário. Apesar de ter sido intimado para apresentar os documentos fiscais que legitimasse o creditamento realizado, o autuado nada apresentou a Fiscalização. A diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, por solicitação desta Junta de Julgamento Fiscal, não logrou êxito em confirmar a alegação defensiva, pelo não atendimento da intimação feita nesse sentido.

Desta forma, considero que assiste razão aos autuantes quanto à acusação fiscal, sendo integralmente subsistente esta infração. Mantida a infração.

Relativamente à infração 03, também foi objeto da mesma diligência solicitada à ASTEC/CONSEF, porém, a exemplo do que ocorreu com as solicitações atinentes às infrações 01 e 02, nada trouxe o autuado que pudesse comprovar suas alegações de que as diferenças dizem respeito a truncamento de valores, restando evidente que assiste razão aos autuantes quando dizem que a exigência diz respeito à aplicação da alíquota incorreta, no caso, inferior a alíquota de 27% na forma estabelecida nos arts. 51 e 52 do RICMS/97.

Diante disto, a infração 03 é integralmente subsistente.

Voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

Inconformado, o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 278/307, suscitando preliminar de nulidade da Decisão impugnada, por ter se limitado a rejeitar, de forma ampla e genérica, os argumentos do recorrente sob a escusa de que não foram apresentados os documentos solicitados na diligência, como se devessem ser presumidas como verdadeiras as infrações contidas na autuação.

Diz que os documentos apenas não foram apresentados em razão do exíguo prazo concedido para o recorrente elaborar planilhas diversas e localizar inúmeros documentos, destacando que apesar de ter tentado produzir essa prova de uma forma viável e lícita, requerendo a produção da prova pericial, esse pedido foi negado e o Auto de Infração, contraditoriamente, mantido por falta de provas, ao argumento de que “*nada trouxe o autuado que pudesse comprovar suas alegações*”.

Defende que essa patente contradição demonstra a existência de nulidade na r. Decisão recorrida por cerceamento do direito de defesa, já que a perícia fiscal apenas deverá ser *indeferida* quando observado qualquer das ocorrências dispostas no artigo 147, inciso II, alíneas “a”, “b” ou “c” do Decreto Estadual nº 7.629/1999, inócuentes na espécie.

Reafirma a necessidade de perícia, com base nos seguintes fundamentos:

Primeiro porque a prova do fato em discussão depende de conhecimento especial técnico para se reformular, no que toca à infração 1, o cálculo do coeficiente de aproveitamento de créditos do ICMS na aquisição de bens integrados ao seu ativo fixo, de modo a que sejam consideradas as operações escrituradas na coluna “outras” do Livro de Apuração de ICMS. É necessária uma análise fiscal e contábil da documentação do recorrente, seja se para se permitir o aproveitamento proporcional do crédito sobre as operações tributadas ali escrituradas - como é o caso das operações internas e interestaduais de cessões onerosas de meios de rede para empresas de telecomunicação -, seja para se excluir do valor total das operações realizadas (denominador da fração) ou para não se considerar como isentas e não tributadas (numerador da fração) as meras movimentações físicas e provisórias de bens (comodato, remessa e retorno para conserto, saídas de bonificações, transferência de bens do ativo fixo, dentre outras operações estranhas ao âmbito de incidência do ICMS).

Também com relação aos fatos discutidos nas infrações 2 e 3 se revela necessária uma análise da documentação contábil e fiscal do recorrente para se apurar a questão da legitimidade dos créditos de ICMS apropriados pelo recorrente (infração 2) e do truncamento realizado para fins de apuração e recolhimento do ICMS (infração 3)

Segundo, a perícia não poderia ser considerada desnecessária em vista de outras provas produzidas, já que a própria fiscalização reputou necessária a apresentação de planilhas, documentos, demonstrativos, dentre outros, e julgou procedente o Auto de Infração justamente por ausência de comprovação do alegado pelo recorrente. Logo seria, no mínimo, um contrassenso não admitir a produção de prova pericial se não foram apresentadas outras provas.

Terceiro, não há que se falar em verificação impraticável, já que a prova pericial requerida nada mais iria do que refazer o cálculo elaborado considerando a documentação necessária para tal, a partir de uma metodologia mais adequada e de um prazo razoável para se reunir todos os dados necessários e fundamentais para a correta apuração dos fatos alegados pelo recorrente.

Ressalta que, caso as provas apresentadas tivessem sido efetivamente analisadas e o pedido de produção pericial fosse acolhido, o recorrente teria meios hábeis de apresentar os documentos e os dados necessários para julgamento da controvérsia e de comprovar o alegado, não tendo cabimento indeferir a produção dessa prova e julgar procedente se, *em tese* e *abstratamente*, se concorda com boa parte dos argumentos deduzidos pelo recorrente.

Diz que essa solução, na prática, esvazia o conteúdo normativo do princípio da busca da verdade material, cerceia a defesa do recorrente, viola a regra da produção da prova pericial consubstanciada no artigo 147, inciso II, do Decreto Estadual nº 7.629/1999 e simplesmente desloca para o Poder Judiciário uma eventual perícia a ser lá realizada, sendo que a discussão que poderia ser perfeitamente travada em âmbito administrativo, justificando a razão de ser desse procedimento.

Argui, ainda, a decadência quanto aos fatos geradores anteriores a 20/08/2005, defendendo a incidência do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, por se tratar o ICMS de tributo sujeito ao lançamento por homologação.

Quanto ao mérito, repete quase que integralmente as teses defensivas, no seguinte sentido:

INFRAÇÃO 1: Salaria que a Fiscalização glosou parte dos créditos de ICMS aproveitados na integração de bens do ativo imobilizado, por entender que o coeficiente de aproveitamento de créditos fiscais, isto é, a proporção entre as operações tributadas e o total de operações realizadas, teria sido equivocadamente calculado. Acrescenta que a Lei Complementar nº 87/96, com as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 102/2000, no texto em vigor à época dos fatos em discussão, disciplinava o aproveitamento de créditos de ICMS na aquisição de bens integrados ao ativo imobilizado, nos termos do art. 20, § 5º, cujo teor reproduz.

Diz que se extrai dessa sistemática que o aproveitamento de créditos de ICMS na aquisição de bens integrados ao ativo imobilizado está condicionado ao seguinte: a) utilização do bem em atividades não alheias a do estabelecimento; b) apropriação temporal do valor do crédito fiscal à razão de 1/48 avos por mês a partir da entrada do bem no estabelecimento; c) aproveitamento proporcional do crédito fiscal, excluídas as operações e prestações isentas e não tributadas em relação ao total das operações.

Frisa que no caso do presente Auto de Infração a condição de aproveitamento proporcional do crédito fiscal, excluídas as operações e prestações isentas e não tributadas em relação ao total das operações, foi questionada sob o argumento de que teria aproveitado crédito fiscal de ICMS sobre bens do ativo imobilizado em proporção superior àquela permitida pela legislação, isto é, que o coeficiente de aproveitamento do crédito estaria indevidamente majorado.

Alega que a Fiscalização calculou o coeficiente que utiliza, a partir dos valores lançados no livro Registro de Apuração do ICMS, conforme descrito na planilha que anexa (doc. 06). Acrescenta que o valor total das operações praticadas foi considerado aquele valor escriturado na coluna “*valor contábil*”, sendo, por outro lado, consideradas para fins de cálculo apenas aquelas operações lançadas na coluna descrita como “*base de cálculo*” do imposto. Salaria que foram completamente excluídas e inadmitidas para fins de cálculo do referido coeficiente, como se correspondessem a operações “*isentas*” e na coluna “*outras*”. Apresenta a título exemplificativo, tabela contendo a apuração do coeficiente de 0,611, de aproveitamento de ICMS para bens do ativo referente ao mês de janeiro de 2005, conforme calculado pela Fiscalização.

Frisa que para cálculo do coeficiente a Fiscalização dividiu o valor considerado como base de cálculo do ICMS pelo valor contábil total das operações realizadas, chegando ao coeficiente de 0,611 aplicado no caso concreto, conforme se verifica no “*Anexo D*” do Auto de Infração. Afirma que a diferença entre o valor do coeficiente que utilizou e utilizado pela Fiscalização foi lançado sobre o crédito aproveitado e glosado na autuação, com a cobrança do imposto correspondente.

Salaria que na prática isso significa que todas as operações escrituradas no campo “*outras*” foram tratadas como se fossem operações que deveriam ser desprezadas para fins de cálculo do coeficiente de aproveitamento do crédito, o que não corresponde com a verdade, como diz irá demonstrar.

Afirma que o legislador complementar ao determinar no inciso II do § 5º do art. 20 da Lei Complementar nº 87/96, que o crédito de ICMS não pode ser aproveitado na proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações, buscou impedir que os ativos adquiridos viessem a gerar créditos de ICMS para contribuintes que realizam operações isentas e não tributadas, contudo, isso não significa que operações efetivamente tributadas pelo ICMS devam ser consideradas no cálculo do coeficiente de aproveitamento do imposto, assim como que simples movimentações físicas de bens, que não tem qualquer relevância para fins de ICMS, sejam consideradas para reduzir a proporção do creditamento.

Aduz que na prática a razão da legislação está sendo distorcida quando a autuação considera que todas as operações escrituradas na coluna “*outras*” devem ser consideradas como operações isentas ou não tributadas para reduzir a proporção de aproveitamento de créditos do ICMS na aquisição de bens do ativo imobilizado, conforme passa a expor.

Alega que grande parte das operações escrituradas na coluna “*outras*”, consideradas pela Fiscalização como não tributadas consistem em prestações internas e interestaduais de serviços de comunicação, mais precisamente de cessão de meios de redes a outras empresas de telecomunicação, com CFOPs 5.301 e 6.301.

Sustenta que tais operações são tributadas pelo ICMS, nos termos da cláusula décima do Convênio ICMS n. 126/1998, apenas sendo o tributo devido sobre o preço do serviço cobrado do usuário final, conforme dispõe a legislação vigente à época dos fatos, consoante a redação dada pelo Convênio ICMS n. 31/2001, cujo teor transcreve. Acrescenta que apenas ocorre a tributação com diferimento do imposto para a prestação posterior, sendo o ICMS incidente sobre o valor cobrado à empresa de telecomunicação, na verdade, diferido e incluso no preço total do serviço cobrado do usuário final. Invoca e reproduz posição jurisprudencial administrativa que vem reconhecendo a ilegitimidade de autuações análogas à presente, permitindo o creditamento de ICMS sobre a aquisição de bens do ativo imobilizado na proporção das cessões de meios de redes, a exemplo do Acórdão 6.291, proferido pelo Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro; Acórdão 18.905/08, proferido pelo Conselho de Contribuintes de Minas Gerais, cujo teor reproduz parcialmente.

Diz que pelos precedentes acima referidos, resta claro que o diferimento não se confunde com isenção e a não-incidência do ICMS, na medida em que a operação é tributada pelo imposto, apenas se transfere a responsabilidade tributária para uma etapa posterior da cadeia produtiva, razão pela qual incorreu em equívoco a Fiscalização ao considerar como isentas e não tributadas, para fins de cálculo do coeficiente em questão, as operações internas e interestaduais de cessão onerosa de meios de rede.

Sustenta que algumas operações incluídas na coluna “*outras*” e consideradas como isentas e não tributadas para fins de cálculo do coeficiente de creditamento são saídas de bens cedidos em comodato; enviados para reparo, conserto ou manutenção fora do estabelecimento; ativo imobilizado transferidos para outros estabelecimentos; outras meras movimentações físicas de bens que não estão inseridas dentro do âmbito de incidência do ICMS.

Destaca que a jurisprudência dos Tribunais Administrativos, inclusive a do Conselho de Fazenda do Estado da Bahia – CONSEF, tem se manifestado pela necessidade de se considerar essas operações no cálculo do coeficiente em tela, permitindo que não sejam objeto de exclusão na proporção das saídas isentas e não tributadas. Cita e transcreve os Acórdãos CJF Nº 0168-12/03 e 19.678/10/3ª, respectivamente, do CONSEF e do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais.

Salienta que da análise dos precedentes mencionados, verifica-se que as operações escrituradas na coluna “*outras*” no caso concreto, além de não poderem ser consideradas isentas ou não tributadas no cálculo do coeficiente de aproveitamento de crédito, deveriam até mesmo ser excluídas do valor total das operações realizadas, isto é, da coluna “*valor contábil*”, que representa o denominador da fração utilizada para cálculo do valor do coeficiente, de modo a não terem qualquer impacto no cálculo do coeficiente de creditamento de ICMS sobre a aquisição de bens do ativo imobilizado.

Diz que a Decisão recorrida anuiu com os argumentos defensivos, contudo, manteve a infração 1, por falta de provas. Reitera o requerimento de perícia formulado em primeira instância e aduz que o indeferimento de tal prova foi feito sem qualquer justificativa.

Salienta que, se a Decisão recorrida acolheu os argumentos do recorrente, deveria ao menos julgar *improcedente* a infração 1, determinando que fossem recalculados os coeficientes a partir dos critérios adotados pelo recorrente e considerados válidos pela própria r. Decisão recorrida,

não sendo possível julgar procedente uma autuação que calculou o coeficiente de creditamento de forma diversa.

Afirma que não se trata de questão de fato que necessite ser provada, mas de questão de direito que deve ser considerada pela r. Decisão recorrida por estar a fiscalização vinculada ao princípio da legalidade, e que é descabida uma *inversão do ônus* da prova, quando é o Fisco que tem de fazer prova da ocorrência do fato gerador, nos termos do artigo 142 do CTN.

Ao final, assevera:

Desta forma, no mínimo deve ser deferida a realização de perícia contábil ou de diligência para que a D. Fiscalização reformule o cálculo do coeficiente de aproveitamento de créditos do ICMS na aquisição de bens integrados ao seu ativo fixo, nos moldes dispostos na própria r. Decisão recorrida, de modo a que sejam consideradas as operações escrituradas na coluna “outras” do Livro de Apuração de ICMS, seja para se permitir o aproveitamento proporcional do crédito sobre as operações tributadas ali escrituradas - como é o caso das operações internas e interestaduais de cessões onerosas de meios de rede para empresas de telecomunicação -, seja para se excluir do valor total das operações realizadas (denominador da fração) ou para não considerar como isentas e não tributadas (numerador da fração) as meras movimentações físicas e provisórias de bens (comodato, remessa e retorno para conserto, saídas de bonificações, transferência de bens do ativo fixo, dentre outras operações estranhas ao âmbito de incidência do ICMS).

Infração 2: Manifesta o entendimento de que a Fiscalização foi um tanto rigorosa, na medida em que simplesmente desqualificou os créditos aproveitados apenas porque algumas poucas notas fiscais solicitadas não foram localizadas de plano.

Ressalta que o direito ao crédito do ICMS é gerado pela ocorrência anterior de uma operação de circulação de mercadorias tributada, servindo a nota fiscal apenas como um dos meios de prova da ocorrência dessa operação. Invoca a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal cristalizada na Súmula n. 571, para sustentar que a documentação fiscal não integra a essência do ato e que os fatos podem ser comprovados e reconhecidos os seus efeitos tributários independentemente de formalidades fiscais, conforme reconhecido aos compradores de café do Instituto Brasileiro do Café.

Sustenta que muito embora as notas fiscais não tenham sido localizadas de imediato, existem registros dessas notas fiscais e da entrada dessas mercadorias noutros documentos fiscais e contábeis, o que leva à presunção, por outros meios, de que essas operações de fato ocorreram.

Aduz que não se afigura razoável que diante do imenso volume de operações realizadas, a Fiscalização se valha de pequenos lapsos do controle fiscal e de armazenamento de documentos para glosar créditos de ICMS de determinadas notas fiscais que não foram localizadas.

Observa que o recorrente, sempre agindo de boa-fé, tentou verificar junto a seus fornecedores e departamentos internos se há registros documentais – como outras vias da nota fiscal, livros fiscais seus ou de outros contribuintes, contratos, conhecimentos de transporte, faturas, dentre outros - que pudessem comprovar a realização dessas operações. No entanto, como esses procedimentos demandam algum tempo, o recorrente requereu a realização de diligência pericial com essa mesma finalidade. No entanto, tal pedido sequer foi analisado pela r. Decisão recorrida.

Afirma que a diligência requerida pelo recorrente e não apreciada pela Decisão recorrida é de extrema importância para o deslinde do processo administrativo em questão, uma vez que a Decisão recorrida manteve a **infração 2** sob o argumento de ausência de comprovação do alegado pelo recorrente em sede de impugnação.

Infração 3: Observa que a Fiscalização calculou o valor do imposto a ser recolhido com base no valor global mensal das operações de comunicação realizadas, consolidadas nos CFOPs 5303, 5307 e 6307, e constatou a existência de pequenas diferenças entre o valor do ICMS apurado dessa forma e o montante efetivamente recolhido, lavrando o Auto de Infração para exigir a diferença encontrada.

Afirma que não é essa a forma de cálculo que utiliza para apurar e recolher o ICMS. Diz que destaca e recolhe o ICMS sobre o valor individualmente faturado a cada cliente, de forma que,

muitas vezes o ICMS a ser recolhido possui mais de duas casas decimais e precisa ser arredondado, ou melhor, truncado para duas casas decimais. Apresenta exemplo com planilhas que anexa (doc. 7), no valor de R\$ 1,40, dizendo que o valor do imposto efetivamente devido resultante da multiplicação de R\$ 1,40 pela alíquota de 27% é de R\$ 0,378, porém, o valor computado pelo sistema para fins de apuração do ICMS é de R\$ 0,37, sem que apareçam os milésimos de real.

Frisa que esse truncamento é determinado expressamente pela legislação que disciplina os softwares utilizados para apuração do ICMS e emissão de cupons fiscais, consoante se depreende da cláusula vigésima sétima do Convênio ICMS 85/2001, cuja redação transcreve.

Ressalta que o truncamento significa, segundo o dicionário Aurélio, “*cortar parte de; mutilar*” e importa em pura e simples eliminação dos dígitos posteriores a duas casas decimais, sem que se altere o valor total. Já no arredondamento não há eliminação dos dígitos do valor real com mais de três casas decimais, mas o aumento do valor total para o número seguinte se o valor a ser arredondado estiver mais próximo a este.

Salienta que essa forma de apuração, ou seja, truncamento, é imposta pela própria legislação, conforme previsto no Convênio ICMS 85/2001, e obriga o contribuinte a desprezar o valor do imposto da terceira casa decimal em diante.

Sustenta que ao desconsiderar essa sistemática e somar o valor total de milhares de operações para calcular o valor total do imposto a ser recolhido, a pequena diferença dos valores truncados resultou na diferença apontada no Auto de Infração, que não deve subsistir, conforme se poderá apurar melhor por meio de uma perícia contábil.

Salienta que a Decisão recorrida inadmitiu a perícia contábil requerida e julgou procedente o Auto de Infração com relação a esta autuação por suposta ausência de provas do alegado pela ora recorrente. Nada foi dito a respeito dessa forma de cálculo e de como o critério adotado pela autuação (soma sem truncamento) é equivocado e não observa a própria legislação aplicável (soma com truncamento). Diz que a Decisão recorrida *convalida* um Auto de Infração nulo, que viola frontalmente a legislação, com base na pretensa falta de provas.

Pugna, ao final, pelo Provimento do apelo ofertado.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 314/317, opina pela rejeição da decadência e da preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo e, no mérito, pelo não provimento do Recurso Voluntário, ao argumento de que não foram apresentadas provas ou argumentos jurídicos capazes de promover o julgamento de primeira instância administrativa.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de decadência)

A preliminar de nulidade da Decisão de primeira instância não merece acolhimento, pois, em primeiro lugar, não se vislumbra deficiência na fundamentação utilizada pela Junta de Julgamento Fiscal para indeferir a prova pericial requerida na peça de impugnação. No particular o ato alevajado consignou, expressamente, o descabimento de tal espécie probatória, tendo em vista que as matérias controvertidas na autuação são de conhecimento dos julgadores, não havendo, assim, necessidade, do suporte de um profissional com conhecimentos especializados.

Fundamentação sucinta, consoante amplamente decidido em sede administrativa e judicial, não se confunde com falta de fundamentação e, portanto, não rende ensejo à anulação do ato decisório.

E, de fato, ao revés do quanto defende o recorrente, nenhuma das questões levantadas nesta autuação dependem de conhecimento especial técnico. A apuração do coeficiente de utilização dos créditos relativos à aquisição do ativo imobilizado (infração 1) pode facilmente ser verificado pelos próprios autuantes ou mesmo pela Assessoria Técnica deste Conselho, de reconhecida competência na análise de matérias contábeis e fiscais relativas à escrituração do

contribuinte e ao cálculo do ICMS efetivamente devido. Quanto às demais questões, a verificação revela-se ainda mais simples, pois depende da simples análise dos documentos fiscais que respaldaram os créditos utilizados (infração 2) e que materializaram as operações de prestação de serviço de comunicação (infração 3).

Não há falar, destarte, em realização de perícia, a teor do art. 147, II, "a", do RAPF vigente.

A medida correta e adequada para dissipar as dúvidas acerca da matéria fática alegada pelo recorrente era a diligência, que foi determinada pela Junta de Julgamento Fiscal, às fls. 227/229, oportunizando ao contribuinte a apresentação dos documentos tendentes a comprovar suas alegações defensivas de que (a) os autuantes incluíram no denominador da equação do cálculo do coeficiente de utilização de créditos do ativo imobilizado valores atinentes a encargos, juros, multa, parcelamento de débito, recebimento de serviços prestados a terceiros, refaturamentos, cartões indutivos meio físico, comodato etc., e, no numerador, deixaram de incluir os valores relativos à cessão de rede, que é operação com ICMS diferido; (b) estava providenciando junto aos fornecedores e departamentos internos das empresas os elementos probatórios necessários ao afastamento da exigência; e (c) a diferença apontada pela fiscalização se justifica pelo fato de os valores serem truncados em apenas duas casas decimais.

Essas provas, ao contrário do que tenta fazer crer o recorrente, não visam a dar suporte ao fato gerador, que foi devidamente comprovado pelos autuantes através dos papéis de trabalho anexados à autuação aliado à acusação precisa que aponta a falta de recolhimento de ICMS devido.

É dizer, na infração 1, os autuantes apontaram a utilização indevida de créditos fiscais por falta de aplicação dos coeficientes de creditamento sobre o valor dos créditos do CIAP. Para comprovar tal acusação, os autuantes elaboraram os demonstrativos de fls. 10/49, que indicam todas as notas fiscais consideradas nos trabalhos da fiscalização e, ainda, apontam para os seguintes fatos: i) o contribuinte deixou de baixar os créditos no CIAP quando realizou operações de desincorporação do ativo imobilizado; ii) o recorrente utilizou crédito de ativo imobilizado em valor superior ao devido, por não ter calculado o coeficiente que faz a proporção entre as operações tributadas e o total das saídas do estabelecimento.

A infração, como se vê, está corretamente descrita e instruída. Se houve a indevida consideração, por parte dos autuantes, de operações que não deveriam integrar a equação do CIAP, ou o contrário, que deveriam, mas não foram consideradas, trata-se na espécie de fato modificativo ao direito do Fisco, cuja prova compete ao sujeito passivo, a teor dos arts. 123 e 143, do RPAF. Em outras palavras, cabia ao sujeito passivo comprovar as suas próprias alegações defensivas, o que, entretanto, não foi feito, permitindo, com isso, que prevaleça a inicial e relativa presunção de legitimidade da autuação fiscal, porque se encontra acompanhada das provas documentais que lhe conferem verossimilhança.

O mesmo ocorre com as infrações 2 e 3, que estão devidamente descritas e instruídas com os demonstrativos de fls. 44/49, indicando, um a um, os documentos que deveriam ser apresentados para legitimação dos créditos utilizados (item 2) e as operações em que houve destaque de ICMS em valor inferior ao devido (item 3). As provas complementares, perseguidas através da diligência determinada pela JJF, tinham o objetivo de conferir respaldo à defesa, e não corrigir eventual instrução deficitária do Auto de Infração.

E nem se diga que o prazo conferido pela Junta Julgamento Fiscal foi exíguo, pois, em primeiro lugar, desde o início dos trabalhos da fiscalização, em janeiro de 2010 (fls. 51/53), o recorrente tinha pleno conhecimento da necessidade de reunir a documentação comprobatória dos registros feitos em seus livros fiscais e contábeis. Além disso, após formalmente intimado da autuação (agosto de 2010), teve mais trinta dias para a apresentação de sua defesa. Entre a defesa e a conclusão da diligência, transcorreram quase 10 (dez meses) e, ainda, entre a conclusão da diligência e data de hoje, mais de um ano, sendo que o recorrente poderia, a qualquer momento,

ter apresentado a documentação encarecida, diante da informalidade e da busca da verdade material que norteiam o processo administrativo fiscal.

Até o presente momento, entretanto, nada foi apresentado, sendo defeso a este *Ad Quem* acolher a preliminar de cerceamento de defesa, pois a prova que deixou de ser realizada refere-se a documentos que estão em poder do próprio recorrente e a sua negativa em apresentá-las não pode trazer o benefício do retardo no andamento do processo.

Rejeita-se, pois, dita prefacial.

Deslinde diverso, a meu ver, comporta a prejudicial de mérito de decadência.

A decadência não é um instituto jurídico que tem por objetivo premiar o devedor, como muitos entendem; ao revés, a decadência visa a punir o credor inerte, aquele que, podendo exercer um direito seu independentemente da vontade do outro (direito potestativo), deixa de adotar as medidas cabíveis, silencia numa atitude de inescusável descaso para com a ordem jurídica.

Não é por outro motivo que a máxima latina “*dormientibus non succurrit jus*” (o direito não socorre a quem dorme) volta-se, justamente, contra o credor, contra aquele que pode exercer o direito, e não contra o devedor, a quem restaria apenas sucumbir diante da pretensão contra si deduzida.

A análise do tema sob esse prisma faz enxergar que a decadência tem por finalidade precípua garantir a segurança jurídica. Ao impor que o credor exerça o seu direito dentro de determinado lapso de tempo, o ordenamento jurídico pretende extirpar do meio social a situação de instabilidade gerada pelo sentimento de ameaça sofrido por aquele contra quem o direito pode, a qualquer momento, ser apresentado.

A ninguém interessa essa situação indefinida, nem mesmo ao Estado – aqui entendido como Estado-Nação –, cujo objetivo maior é dissolver os conflitos, é a pacificação social, e não a eternização da instabilidade.

Sucedem que o legislador pátrio, ao definir os prazos decadenciais, não se utilizou da melhor técnica jurídica, impregnando muitas vezes o nosso texto legislado de impropriedades indesejáveis, com o que tornou bastante árdua a tarefa do intérprete no sentido de buscar equacionar a questão, da melhor maneira possível, dentro de uma visão sistêmica, ou seja, coerente e fechada.

No campo do direito tributário, a maior parte das discussões jurídicas giram em torno do aparente conflito existente entre o parágrafo 4º, do art. 150, e o inciso I, do art. 173, do CTN, a seguir transcritos, *in verbis*:

“Art. 150. (...)”

Parágrafo 4º. Se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado 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”.

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

Após longas e acirradas discussões, a jurisprudência pátria dá fortes sinais de ter chegado a alguns consensos sobre a decadência no âmbito do direito tributário. O primeiro deles, hoje quase que irreversível, diz respeito à competência para definir prazos decadenciais. É que a Constituição Federal de 1988, suprimindo as controvérsias até então existentes, reservou à lei complementar a disciplina acerca da prescrição e decadência em direito tributário, consoante dicção do art. 146, III, “b”, do Texto Maior, que giza:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência de tributos”.

Segundo já definiu o Supremo Tribunal Federal, a Lei Complementar mencionada pela Constituição Federal é o CTN, cujas normas prevalecem, inclusive, sobre a Lei de Execução Fiscal, como, aliás, leciona Leandro Paulsen:

“Após o advento da CF/88, com previsão expressa nesta alínea no sentido de que se trata de norma geral em matéria tributária, tem-se todos os elementos para afirmar, categoricamente, que estão sob reserva de lei complementar. O STF já firmou posição acerca da matéria, e o STJ, recentemente, tem se pronunciado no sentido de que os dispositivos da LEF não podem prevalecer em face do CTN, conforme se pode ver dos precedentes acerca da interrupção da prescrição pela citação, em nota ao art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN” (in Direito Tributário, Editora Livraria do Advogado, 10ª. Ed., pág. 94).

Como dito acima, esse é o entendimento que prevalece no STF, *ex vi* do aresto a seguir transcrito:

“A questão da prescrição e da decadência, entretanto, parece-me pacificada. É que tais institutos são próprios de lei complementar de normas gerais (art. 146, III, b). Quer dizer, os prazos de decadência e de prescrição inscritos na lei complementar de normas gerais (CTN) são aplicáveis, agora, por expressa previsão constitucional, às contribuições parafiscais” (Plenário, RE 148754-2/RJ, excerto do voto do Min. Carlos Velloso).

Fala-se que a questão encontra-se definida quase que irreversivelmente porque, recentemente, foi editada a Súmula Vinculante nº 08, através da qual cristalizou-se o entendimento de que são inconstitucionais os arts. 5º, do Decreto-Lei nº 1.569/77, e 45 e 46, da Lei nº 8.212/91, utilizando-se justamente o fundamento de que a prescrição e a decadência são matérias reservadas a Lei Complementar de âmbito nacional, conforme se observa da ementa de um dos precedentes que ensejaram a edição do referido verbete:

“PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, III, b, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica.

II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias.

III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes.

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69.

V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento”. (RE 560626/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Julgado em 12/06/2008).

Sabe-se bem que o efeito vinculante é atributo exclusivo do verbete, não atingindo a fundamentação. Todavia, não se pode fechar os olhos para o entendimento adotado pela mais alta Corte de Justiça do nosso país, há muito tempo, vale frisar, como se as decisões judiciais não passassem de mera recomendação.

Nesse contexto, em termos de decadência, as normas do CTN devem prevalecer sobre as disposições constantes do COTEB.

A segunda matéria amplamente discutida no meio jurídico diz respeito ao termo *a quo* do prazo decadencial; definir quando ele coincide com o fato gerador e quando ele é protelado para o primeiro dia útil do exercício seguinte foi tarefa igualmente difícil, pois o intérprete se viu diante de duas regras distintas, aplicáveis a duas sistemáticas distintas de lançamento, mas que poderiam ocorrer no âmbito de um mesmo tributo – o lançamento por homologação e o lançamento de ofício.

Uma premissa parece facilitar bastante o deslinde da questão e ela diz respeito ao significado da palavra homologar. Segundo o dicionário Michaelis, homologar quer dizer **“confirmar por sentença ou autoridade judicial ou administrativa; aprovar”**. Logo, o ato que é sujeito à homologação é o pagamento realizado pelo contribuinte; é ele que será verificado pela autoridade administrativa fiscal e, se estiver correto, será aprovado, confirmado. Não se homologa o lançamento feito pelo contribuinte, até mesmo por ser discutível o chamado **“lançamento por homologação”**, vez que não se enquadra no conceito de atividade **“administrativa plenamente vinculada”** a que faz referência o art. 3º, do CTN.

Firmada tal premissa, é de se concluir que, se houve pagamento do tributo, ainda que parcial, o prazo decadencial conta-se a partir da ocorrência do fato gerador, consoante estabelece o parágrafo 4º, do art. 150, do CTN, pois já é possível ao Fisco verificar se o valor recolhido está correto; em outras palavras, poderá o Fisco realizar ou não o ato de homologação. Do contrário, ou seja, se não houve recolhimento do tributo, nem mesmo parcial, a decadência somente começa a ser computada no primeiro dia do exercício seguinte, conforme o art. 173, I, do CTN, pois, obviamente, nada há para se homologar.

O entendimento ora esposado não representa nenhuma novidade, pois vem sendo adotado, há muito tempo, pelo Superior Tribunal de Justiça. A própria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, atenta a isso e, principalmente, aos elevados gastos suportados pela União com a sucumbência gerada pela defesa, infértil, de tese contrária, já adotou internamente o mesmo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, através do Parecer nº 1617/2008, cujos trechos principais pede-se vênia para transcrever:

“3031. Assim, com base em magistério de Leandro Paulsen, conclui-se que:

- a) no caso do pagamento parcial da obrigação, independentemente de encaminhamento de documentação de confissão (DCTF, GFIP ou pedido de parcelamento), o prazo de decadência para o lançamento de ofício da diferença não paga é contado com base no § 4º, do art. 150, do Código Tributário Nacional;*
- b) no caso de não pagamento, nas hipóteses acima elencadas (com ou sem o encaminhamento de documentação de confissão), o prazo é contado com base no inciso I, do art. 173, do CTN;*
- c) de qualquer sorte, nos casos em que a declaração foi prestada ou houve parcelamento, não haveria a necessidade de lançar o valor já declarado, mas sim apenas a diferença, o que se tem chamado de lançamento suplementar.*

3132. Do ponto de vista de certo realismo jurídico, temperado por exercício de prognose pretoriana, deve-se lembrar, ao que consta, que os Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda vinham decidindo pela aplicabilidade da regra do § 4º do art. 150 do CTN no caso dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação. Excluíam-se do entendimento, entre outros, circunstâncias indicativas de fraude. Fraude e conluio suscitam a aplicação da regra do art. 173 do CTN.

3233. Por exemplo, a Segunda Câmara dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, no Recurso nº 122924, em 16 de junho de 2004, decidiu que “(...) por força do princípio da moralidade administrativa, em sendo a decadência hipótese de extinção da obrigação tributária principal, seu reconhecimento no processo deve ser feito de ofício, independentemente do pedido do interessado (...) Os tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa amoldam-se à sistemática do lançamento por homologação, prevista no art. 150 do CTN, hipótese em que o termo decadencial tem como termo inicial a data da ocorrência do fato gerador (...)”.

3334. Na Terceira Turma do Conselho Superior de Recursos Fiscais no Recurso de divergência nº 303-120011, em 22 de fevereiro de 2005, ementou-se que “(...) sendo o IPI, no caso vinculado à importação, espécie de

tributo cujo lançamento encontra-se delineado nas determinações do art. 150, parágrafo único, do CTN- Lançamento por homologação, é de cinco (5) anos, contados da data da ocorrência do fato gerador – data do desembaraço aduaneiro da mercadoria importada- o prazo deferido à Fazenda Nacional para constituir o crédito tributário que entende devido (...)”.

3435. A Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, no Recurso nº 146.670, em 25 de maio de 2006, ementou que “se a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, o tributo amolda-se à sistemática de lançamento denominada homologação, onde a contagem do prazo decadencial dá-se com a ocorrência do fato gerador, na forma disciplinada pelo § 4º do art. 150 do CTN (...)”.

3536. Os Conselhos de Contribuintes, no entanto, começam a mudar o entendimento. Aplicou-se recentemente o art. 173, I, do CTN, em caso de lançamento de ofício, no qual não houve pagamento. Refiro-me ao Recurso RP/ 203-123287. Entendeu o Conselho que deve se verificar se o contribuinte recolheu valores no período fiscalizado. Na existência do recolhimento, deve se aplicar o § 4º do art. 150 do CTN. Na inexistência de recolhimentos, deve ser aplicado o art. 173, I, do mesmo CTN. De igual modo, decidiu-se no Recurso RD/204-130232, bem como no RD/203-115797.

3637. Em âmbito de Superior Tribunal de Justiça percebe-se que a questão recebe tratamento distinto. Pode-se identificar sutil diferença de tratamento pretoriano. Em linhas gerais, tem-se a impressão de que se aplica a regra do § 4º do art. 150 do CTN na hipótese de pagamento antecipado.

3738. É recorrente a fixação do dies a quo do prazo de decadência na data da ocorrência do fato gerador quando da antecipação do pagamento sem prévio exame da autoridade fiscal. Isto é, ainda que o recolhimento seja parcial, as diferenças são exigíveis, a partir do fato gerador da obrigação. Mas, e quando não se tem o pagamento antecipado? No Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 936380/SC, relatado pelo Ministro Castro Meira, matéria julgada em 19 de fevereiro de 2008, ementou-se, como segue:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. EXAÇÃO SUJEITA A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. ARTIGOS 150, § 4º, E 173, I, DO CTN. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 7/STJ. 1. Se não houve pagamento antecipado pelo contribuinte, é cabível o lançamento direto substitutivo, previsto no artigo 149, V, do CTN, e o prazo decadencial rege-se pela regra geral do artigo 173, I, do CTN. Precedentes”.

3839. E ainda, no Recurso especial 757922/SC, relatado pelo Ministro Teori Albino Zavascki, questão julgada em 11 de setembro de 2007, definiu-se;

“CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ARTIGO 45 DA LEI 8.212/91. OFENSA AO ART. 146, III, B, DA CONSTITUIÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO INICIAL: (A) PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR, SE NÃO HOUVE ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO (CTN, ART. 173, I); (B) FATO GERADOR, CASO TENHA OCORRIDO RECOLHIMENTO, AINDA QUE PARCIAL (CTN, ART. 150, § 4º). PRECEDENTES DA 1ª SEÇÃO. 1. “As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no art. 146, III, b, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos. Conseqüentemente, padece de inconstitucionalidade formal o artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social” (Corte Especial, Arguição de Inconstitucionalidade no REsp nº 616348/MG) 2. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art. 173, I, do CTN, segundo o qual “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”. 3. Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação — que, segundo o art. 150 do CTN, “ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa” e “opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa” —, há regra específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes jurisprudenciais. 4. No caso, trata-se de contribuição previdenciária, tributo sujeito a lançamento por homologação, e não houve qualquer antecipação de pagamento. Aplicável, portanto, a regra do art. 173, I, do CTN. 5. Recurso especial a que se nega provimento”.

39. E ainda, qual o caminho em face de inexistência de declaração e de pagamento? No Recurso especial 761908/SC, relatado pelo Ministro Luiz Fux, em julgamento de 5 de dezembro de 2006, ementou-se, entre outros:

“13. No que pertine à segunda situação elencada, em que não houve entrega de GFIP (Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social), nem confissão ou qualquer pagamento parcial, incide a regra do artigo 173, I, do CTN, contando-se o prazo decadencial quinquenal do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Desta sorte, encontram-se hígidos os créditos decorrentes de contribuições previdenciárias incidentes sobre pagamentos efetuados a autônomos e caducos os decorrentes das contribuições para o SAT. 14. Recurso especial conhecido parcialmente e, nesta parte, desprovido”.

40. Do que, então, emerge mais uma conclusão: o pagamento antecipado da contribuição (ainda que parcial) suscita a aplicação da regra especial, isto é, do § 4º do art. 150 do CTN,; a inexistência de declaração e pagamento justifica a utilização da regra do art. 173 do CTN, para efeitos de fixação do dies a quo dos prazos de caducidade, projetados nas contribuições previdenciárias. Isto é, no que se refere à contagem dos prazos de decadência. Tal concepção, em princípio, pode ser aplicada para todos os tributos federais, e não somente, para as contribuições previdenciárias.

(...)

49. Lembrando que nem toda a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, cuida somente de créditos tributários, e que, portanto, para efeitos daquela norma deve-se atentar à especificidade dos créditos, as observações aqui elencadas promovem síntese pontual, da forma que segue:

a) A Súmula Vinculante nº 8 não admite leitura que suscite interpretação restritiva, no sentido de não se aplicar - - efetivamente - - o prazo de decadência previsto no Código Tributário Nacional; é o regime de prazos do CTN que deve prevalecer, em desfavor de quaisquer outras orientações normativas, a exemplo das regras fulminadas;

b) apresentada a declaração pelo contribuinte (GFIP ou DCTF, conforme o tributo) não há necessidade de lançamento pelo fisco do valor declarado, podendo ser lançado apenas a eventual diferença a maior não declarada (lançamento suplementar);

c) na hipótese do subitem anterior, caso o Fisco tenha optado por lançar de ofício, por meio de NFLD, as diferenças declaradas e não pagas em sua totalidade, aplica-se o prazo decadencial dos arts. 150, § 4º, ou 173 do CTN, conforme tenha havido antecipação de pagamento parcial ou não, respectivamente; respectivamente; o prazo prescricional, ainda, e por sua vez, conta-se da constituição definitiva do crédito tributário;

d) para fins de cômputo do prazo de decadência, não tendo havido qualquer pagamento, aplica-se a regra do art. . 173, inc. I do CTN, pouco importando se houve ou não declaração, contando-se o prazo do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

e) para fins de cômputo do prazo de decadência, tendo havido pagamento antecipado, aplica-se a regra do § 4º do art. 150 do CTN;

f) para fins de cômputo do prazo de decadência, todas as vezes que comprovadas as hipóteses de dolo, fraude e simulação deve-se aplicar o modelo do inciso I, do art. 173, do CTN;

g) Para fins de cômputo do prazo de prescrição, nas declarações entregues antes do vencimento do prazo para pagamento deve-se contar o prazo prescricional justamente a partir do dia seguinte ao dia do vencimento da obrigação; quando a entrega se faz após o vencimento do prazo para pagamento , o prazo prescricional é contado a partir do dia seguinte ao da entrega da declaração;

h) A súmula em apreço, em princípio, qualificaria interpretação literal: todo o art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, estaria alcançado pela inconstitucionalidade. Porém, por tratar-se de matéria do mais amplo alcance público, o intérprete deve buscar resposta conciliatória, que não menoscabe expectativas de alcance de benefícios; principalmente, e do ponto de vista mais analítico, deve-se observar que há excertos do art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, que não seriam substancialmente alcançados pela Decisão do Supremo Tribunal Federal”.

No caso em comento, as infrações 1 e 2 tratam de utilização indevida de crédito fiscal, o que implica dizer que a compensação crédito/débito lançada no conta corrente do contribuinte estava em parte correta.

Ora, compensação é meio de pagamento, é modalidade de extinção do crédito tributário expressamente prevista no art. 156, II, do CTN. Assim sendo, deve ser aplicada a máxima “*Ubi eadem est ratio, ibi ide jus*” (a mesma razão autoriza o mesmo direito), para que se conclua, sem sobressaltos, que o prazo decadencial, na espécie, iniciou-se na data da ocorrência de cada fato gerador, estando, portanto, irremediavelmente tragado pela decadência o direito potestativo de constituir o crédito tributário relativos aos fatos geradores ocorridos até 20/08/2005.

Com relação à infração 3, o mesmo entendimento se aplica, pois a própria acusação trata de recolhimento a menos do ICMS.

Ante o exposto voto pela **proclamação da decadência** ora arguida, para **declarar extinto o crédito relativos aos fatos geradores ocorridos até 20/08/2005**.

Quanto ao mérito, comungo do entendimento esposado pela Junta de Julgamento Fiscal de que as alegações do recorrente relativas à infração 1 guardam certa relevância jurídica, pois apontam, pelo menos em tese, para questões que, se devidamente comprovadas, poderiam resultar em alteração do lançamento de ofício, a exemplo do cômputo de operações contempladas com diferimento do rol das operações tributadas para fins de cálculo do coeficiente de aproveitamento de créditos escriturados no CIAP.

Contudo, como dito, a relevância da matéria está diretamente ligada à prova acerca da efetiva ocorrência dos fatos alegados; ou seja, sem a prova de que o recorrente de fato realiza muitas operações diferidas, é impossível acatar o apelo para reformar a Decisão primeva. Essa prova, cumpre reafirmar, não é constitutiva do lançamento de ofício, mas de responsabilidade do recorrente, que alegou em seu favor tais fatos modificativos ao direito do Fisco.

Sucedo que o recorrente, a despeito das inúmeras oportunidades que o Fisco e o próprio transcurso do processo lhe proporcionaram, desde o início da fiscalização até o presente julgamento, não se desincumbiu do seu ônus de apresentar as provas documentais tendentes a comprovar suas alegações, rendendo ensejo à incidência do art. 143, do RPAF/99.

O mesmo ocorre com as infrações 2 e 3, que tratam, respectivamente, da utilização indevida de crédito fiscal por não ter sido apresentado o respectivo documento comprobatório e recolhimento a menos de ICMS relativo a serviços de comunicação.

A prova documental, única hábil à comprovação das alegações formuladas pelo recorrente, consiste em notas e registros fiscais e contábeis que estão na posse do próprio contribuinte, o que reforça o seu exclusivo ônus quanto à apresentação a este Conselho de Contribuintes.

Ante o exposto, voto pela rejeição da preliminar de nulidade e, no mérito, vencido quanto à decadência, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de Decadência)

Dirijo do entendimento firmado pelo nobre Relator com relação ao pedido de declaração de decadência do direito de constituir o crédito tributário, relativamente ao período anterior a 20 de agosto de 2005, em razão de haver sido extrapolado o prazo de cinco anos para que o sujeito ativo o constituísse, tal como previsto no artigo 150, §4º do CTN, pois observo que o artigo 173, inciso I, também do CTN, prevê como marco inicial o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado enquanto o artigo 150, § 4º prevê como marco a data do fato gerador. Nos dois casos, o prazo é de cinco anos.

Mantenho o entendimento já reiterado por parte deste Conselho de Fazenda, previsto no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, cujo prazo inicial para contagem da decadência é o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, determinação esta repetida no art. 107-B do Código Tributário Estadual – COTEB – Lei nº 3.956/81, abaixo transcrito, *in verbis*:

“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, os fatos geradores ocorridos anteriormente a 02 de agosto de 2005 só seriam atingidos pela decadência caso o lançamento fosse efetuado a partir de 2011. Como o Auto de Infração

epigrafado foi lavrado em 20/08/2010, podendo o lançamento ter sido efetuado até 01/01/2011, não ocorreu à decadência suscitada, daí porque **Não Acolho** a preliminar de decadência.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria quanto à preliminar de decadência e mérito, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279692.0001/10-6**, lavrado contra **TIM NORDESTE S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.050.234,09**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f”, VII, “a”, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Maria Auxiliadora Gomes Ruiz, Eduardo Ramos de Santana e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Preliminar de decadência) – Conselheiros(as): Fábio de Andrade Moura, Alessandra Brandão Barbosa e Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de setembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATORA/VOTO VENCIDO
(Preliminar de Decadência)

MARIA AUXILIADORAGOMES RUIZ – VOTO VENCEDOR
(Preliminar de Decadência)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS