

**PROCESSO** - A. I. Nº 279468.0033/11-8  
**RECORRENTE** - TELEMAR NORTE LESTE S/A. (OI)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0295-02/11  
**ORIGEM** - IFEP – SERVIÇOS  
**INTERNET** - 23.05.2013

### 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO C/JF Nº 0188-13/13

**EMENTA:** ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. SERVIÇOS ESCRITURADOS NOS LIVROS FISCAIS. O sujeito passivo reconhece os valores exigidos, com exceção do período em que entende que operou a decadência. Não acatada a arguição de decadência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0295-02/11), que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2011, relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2006, por meio da qual se exige o ICMS no valor de R\$ 459.436,13, sendo atribuída ao sujeito passivo a seguinte irregularidade:

*“Recolheu a menor o ICMS relativo a prestação de serviços de comunicação.*

*O contribuinte recolheu a menor o ICMS mensal pelos seguintes motivos:*

- a) Devido a erro na apuração do valor do imposto nas prestações de serviços de comunicação.*
- b) Em função de um erro operacional, o faturamento relativo à prestação de serviços de comunicação para alguns clientes não foi submetido à tributação pelo ICMS, devido aos mesmos terem sido cadastrados, indevidamente, com isenção do ICMS ou em função de problemas sistêmicos.*
- c) Deixou de escriturar nos Livros Fiscais próprios algumas Notas Fiscais emitidas pelos sistemas utilizados pelo Contribuinte denominados SISRED e SISREF, referente às prestações de serviços de comunicação.”(sic)*

A Decisão recorrida foi pela procedência do Auto de Infração, após salientar que, na defesa, o autuado não negou o cometimento da infração, tendo requerido a extinção pelo pagamento do débito no montante de R\$ 239.437,69, relativo ao período de julho a dezembro de 2006. Quanto ao débito no montante de R\$ 219.998,44, inerente ao período de janeiro a junho de 2006, foi suscitada a decadência, por entender que ultrapassou 5 (cinco anos), com fulcro no artigo 150, § 4º, combinado com o artigo 156, inciso V, do CTN. Portanto, a discussão neste processo reside, pois, na possibilidade de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativo ao período de janeiro a junho de 2006, ante a disposição do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Sobre a alegação de decadência dos fatos geradores ocorridos em 01/01/2006 a 30/06/2006, a JJF aduz que não assiste razão ao defendente, uma vez que, segundo o disposto no artigo 173, I, do CTN, "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

Ressalta que o entendimento no âmbito do CONSEF é de que a regra geral em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, é de que o fisco tem 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o crédito tributário respectivo não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.

No presente caso, para o crédito tributário vencido nos citados períodos, considerando-se que o lançamento ocorreu em 30/06/2011, com a ciência do lançamento em 07/07/2011, a contagem de prazo

para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 01/01/06, findando-se em 31/12/06 (sic), não se aplicando ao presente processo a jurisprudência citada na defesa. Logo, não existe nenhum motivo para anular parcialmente o lançamento, devendo ser mantida integralmente a exigência fiscal, porquanto, no mérito não foi impugnada pelo sujeito passivo.

Às fls. 69 a 77 dos autos foi apensado petição do autuado e documentos relativos à quitação parcial, no valor histórico reconhecido de R\$ 239.437,69, ocorrida via certificado de crédito, no valor de R\$ 453.933,98, consoante documentos às fls. 106 a 108 dos autos.

Inconformado com a Decisão de 1ª instância, o sujeito passivo apresentou, tempestivamente, às fls. 84 a 95, Recurso Voluntário onde reitera seus argumentos defensivos de que operou a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores anteriores a 6 de julho de 2006, do que aduz que a regra disposta no artigo 173, I, do CTN não se aplica ao caso em tela, mas sim a norma legal prescrita no artigo 150, § 4º, do CTN, visto que, em se tratando de tributo sujeito ao lançamento por homologação, em que o contribuinte tenha efetuado pagamento antecipado, e passados cinco anos da ocorrência do fato gerador sem que o Fisco tenha se manifestado sobre o lançamento, considerar-se-à ocorrida sua homologação tácita e, em consequência, definitivamente extinto o suposto crédito tributário. Cita doutrina e jurisprudência.

Assim, concluiu que resta afastada a aplicação do artigo 173, I, do CTN, o qual incide tão somente nos casos em que o contribuinte não efetuou recolhimento algum, sendo inequívoca a decadência referente ao período de 30 de janeiro de 2006 a 06 de julho de 2006, considerando o mesmo definitivamente extinto, nos termos dos artigos 150, § 4º, e 156, inciso V, do CTN, do que requer que seja provido o Recurso Voluntário, como também que as futuras intimações, publicações e comunicações sejam efetuadas em nome dos patronos Marcelo de Assis Guerra, OAB/RJ nº 62.514; Guilherme Doin Braga, OAB/RJ nº 108.730 e Alessandra Krawczuk Craveiro, OAB/RJ nº 87.500, sob pena de nulidade.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 110 a 112, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, sob o fundamento de que o recorrente reconhece a procedência parcial do crédito tributário referente ao período de 08/07/2006 a 31/12/2006 e efetua o respectivo pagamento, ao tempo em que aduz a decadência de o fisco estadual constituir créditos tributários referentes ao período de 31/01/2006 a 30/06/2006. Diz que, da análise das razões expendidas no Recurso Voluntário, considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido, visto que a infração está devidamente tipificada e comprovada mediante demonstrativos, notas e levantamentos fiscais elaborados com fundamento nos arquivos eletrônicos fornecidos pelo contribuinte.

Ressalta o opinativo que a preliminar de decadência não merece ser acolhida, porquanto, a lei estadual, no seu art. 107 do COTEB, em conformidade com a previsão do parágrafo 4º do art. 150 do CTN, prevê o início do prazo decadencial como sendo o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador. Portanto, o prazo decadencial em relação aos fatos geradores de 2006 teve início em primeiro de janeiro de 2007 que, contando-se cinco anos, vemos que a autuação que foi lavrada em 30/06/2011, com ciência do sujeito passivo em 07/07/2011, ocorreu dentro do prazo legal, devendo ser afastada a alegação de decadência.

Esclarece, ainda, que, embora o § 4º do art. 150 do CTN, estabeleça que o prazo decadencial dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, deva ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, tal prazo está adstrito a hipótese de tributo lançado e recolhido a menos pelo sujeito passivo, e depois de ultrapassados os cinco anos previstos na lei, não for objeto de lançamento de ofício pelo Fisco. Contudo, na hipótese em tela, o contribuinte não recolheu o tributo e a fiscalização realizou o lançamento de ofício, sendo por via de consequência aplicável o art. 173, I, do CTN, o qual determina que o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extinguir-se após 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Assim, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, conforme previsto no art. 169, I, “b”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado para exigir o ICMS no valor de R\$ 459.436,13, relativo ao período de janeiro a dezembro de 2006, sendo a peça recursal inerente apenas aos fatos geradores anteriores a 07/07/2006, no valor histórico de R\$ 219.998,44, por entender alcançados pela decadência, haja vista que, em relação aos demais fatos geradores, no montante de R\$ 239.437,69, informa ter recolhido os valores reclamados, mais acréscimos tributários, através do Certificado de Crédito, na importância de R\$ 453.933,98, conforme documentos às fls. 106 a 108 dos autos.

Quanto às razões recursais, observo que não trazem qualquer fato novo capaz de modificar a Decisão recorrida, a qual se encontra devidamente fundamentada, sendo naquela oportunidade apreciadas todas as alegações de defesa, do que manifesto minha concordância.

A tese recursal se fundamenta, unicamente, na alegação de que os lançamentos com data de ocorrência até 06/07/06 foram atingidos pelo instituto da decadência, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, cujo dispositivo dispõe ao Fisco o prazo de cinco anos para homologar a atividade do sujeito passivo, a contar do fato gerador. Assim, como o recorrente tomou ciência do Auto de Infração em 07/07/11, quando já ultrapassado o prazo para homologação, pelo Fisco, do recolhimento a menos relativo aos períodos anteriores ao mês de julho/2006, não pode mais ser objeto de cobrança.

Deixo de acatar a preliminar de decadência, referente a parte do crédito tributário exigido, inerente aos meses de janeiro a junho de 2006, pois decorrente da previsão legal contida no § 4º do artigo 150 do CTN, o qual dispõe que *“Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador...”*, a legislação pertinente no Estado da Bahia, ínsita no art. 107-B da Lei. nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), em consonância com o previsto no artigo 173, inciso I, do CTN, fixou *o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência da hipótese tributária de incidência como o momento a partir do qual se iniciaria a contagem do prazo decadencial para constituição do respectivo crédito tributário*.

Assim, quando da lavratura do Auto de Infração, em 30.06.2011, não havia operado a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores do exercício de 2006, cujo termo final seria em 31/12/2011.

Ademais, devo ressaltar que, embora o § 4º do artigo 150 do CTN estabeleça que o prazo decadencial, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, deva ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, a doutrina tem entendido que tal prazo está relacionado com o imposto que foi efetivamente antecipado pelo contribuinte e oferecido à Fazenda Pública, o qual, após decorridos cinco anos previstos legalmente, é aceito pelo sujeito ativo da relação tributária.

Porém, tal entendimento não se pode aplicar quanto à operação e lançamento em que o contribuinte deixa de oferecer a tributação, levando o Fisco a recuperá-lo mediante lançamento de ofício. Tal conclusão não pode ser diferente, já que se não houve lançamento e, conseqüentemente, oferta à tributação, não se pode falar em “tributos sujeitos ao lançamento por homologação”, como ocorreu no caso concreto em que o contribuinte *“c) Deixou de escriturar nos Livros Fiscais próprias algumas Notas Fiscais emitidas pelos sistemas utilizados pelo Contribuinte denominados SISRED e SISREF, referente às prestações de serviços de comunicação”* (sic), pois, conforme bem salientou a PGE/PROFIS, *o contribuinte não recolheu o tributo*, logo, há a figura do pagamento antecipado do imposto. Ressalte-se que, do valor exigido de R\$ 459.436,13, apenas R\$ 90,20 foi tributado e reclamado sob acusação de erro de cálculo, sendo o restante relativo a erro operacional ou a falta de escrituração, não oferecido a tributação, como demonstrado nos anexos 1 e 2 do CD (fl. 8).

Assim, neste caso, também na tese do recorrente, o prazo para contagem da decadência deve ser o previsto no art. 173, I, do CTN e em conformidade com o previsto na legislação baiana. Logo, dentro deste contexto, no presente caso, o descumprimento da obrigação tributária principal, questionada pelo recorrente, ocorreu dentro do prazo para a constituição do crédito tributário.

Por fim, quanto ao pedido de que as intimações sejam efetuadas exclusivamente em nome do seu advogado, há de se ressaltar que o art. 108 do RPAF, determina que a intimação será feita pessoalmente ao sujeito passivo ou interessado, seu representante ou preposto, como também através de via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem, ou através de edital publicado no Diário Oficial do Estado, quando não for possível as formas anteriores.

Do exposto, meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, homologando-se os valores recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279468.0033/11-8**, lavrado contra a **TELEMAR NORTE LESTE S/A. (OI)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$459.436,13**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS