

SECRETARIA DA
FAZENDA

TOCANTINS
GOVERNO DO ESTADO



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº: 144/2024
PROCESSO Nº: 2016/6040/504258
TIPO: RECURSO VOLUNTÁRIO
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 2016/004043
RECORRENTE: EMPRESA BRASILEIRA DE
TELECOMUNICAÇÕES S.A
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 29.032.744-0
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. CESSÃO DE MEIO DE REDE. TERMOS DE ADITAMENTOS. DECADÊNCIA. PROCEDÊNCIA PARCIAL – É parcialmente procedente a exigência fiscal quando comprovadas divergências no cálculo dos serviços de telecomunicação relativos à cessão de meios de rede, em conformidade ao Convênio ICMS 17/13, excluída a parte objeto de revisão, para saneamento de incorreções ou omissões, realizada fora do prazo quinquenal, nos termos do Art. 150, §4º do CTN.

RELATÓRIO

O contribuinte qualificado na exordial teve contra si lavrado o Auto de Infração de nº 2016/004043, que exige ICMS sobre aquisição de prestações de serviços de telecomunicações, cujo recolhimento do imposto sobre cessão de meios de rede é de responsabilidade do prestador do serviço final (no caso a autuada), onde tais prestações ocorreram na forma de saídas isentas e não tributadas, nos valores de R\$ 54.237,20 (cinquenta e quatro mil, duzentos e trinta e sete reais e vinte centavos) e R\$ 64.787,51 (sessenta e quatro mil, setecentos e oitenta e sete reais e cinquenta e um centavos), relativos ao período de: 01/01/2013 e 30/11/2014, respectivamente.

O processo da autuação fiscal foi instruído com os seguintes documentos: Levantamento Especial; livros de registros fiscais dos documentos emitidos de entradas de mercadorias e prestação de serviços; livro de registro de apuração do ICMS; recibos de entrega de arquivo -- Convênio ICMS 115/03; intimações para





52
20

apresentação de livros fiscais; procuração; CD com arquivos eletrônicos, documentos às fls. 05/298.

O sujeito passivo foi intimado por via postal, conforme AR - Aviso de Recebimento às fls. 281, comparecendo tempestivamente ao processo (fls. 282/98), suscitando, inicialmente, preliminar de nulidade nos termos do artigo 28, inciso III da Lei nº 1.288/01, em razão da incorreta identificação do sujeito passivo.

Alega que a sistemática de recolhimento do ICMS incidente sobre o serviço de aquisição de rede (cessão onerosa) foi alterada a partir de 2013 pelo Convênio ICMS nº 17/13, sendo que, no presente caso, não foi considerada tal alteração, sendo utilizada na auditoria a sistemática prevista no revogado Convênio ICMS 128/10; que o fisco não observou o ICMS destacado nas notas fiscais fls. 353/74, incorrendo em erro quanto a apuração das diferenças demonstradas nos levantamentos fiscais; que a multa é confiscatória e desproporcional à conduta, devendo ser reduzida; requer diligência/perícia fiscal objetivando esclarecer pontos do levantamento que entende não estarem suficientemente esclarecidos por ocasião da autuação, bem como ao longo da instrução do processo.

O julgador de primeira instância, através do Despacho nº 068/2017 – CAT/JPI/JWP, fls. 376, encaminhou os autos ao agente do fisco para manifestação quanto as alegações apresentadas pela defesa.

Em atendimento ao referido despacho, o agente do fisco juntou os seguintes documentos (fls. 379/444):

- Despacho refutando as alegações apresentadas pela parte;
- Termo de Adilamento;
- BIC - Boletim de Informações Cadastrais em nome da Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A, CNPJ 33.530.486/0422-04;
- Reapresentou os levantamentos fiscais;
- Notas de serviços de telecomunicações;
- Livro registro de documentos fiscais de entradas de mercadorias e aquisições de serviços.

e
↓





O contribuinte foi intimado da juntada dos documentos às fls. 448, na data de 06/02/2018, comparece ao feito apresentando contrarrazões e juntando documentos de fls. 453/531.

Novamente, conforme Despacho nº 085/2018- CAT/JPI/ECT, fls. 533, o Julgador de Primeira Instância devolveu o processo ao autuante para esclarecimento dos fatos alegados pela Defesa nas contrarrazões.

Em atendimento ao despacho acima, o autuante lavrou termo de aditamento e juntou documentos às fls. 536/746.

O Julgador de Primeira Instância, mais uma vez, conforme Despacho às fls. 449/450, devolveu os autos ao agente do Fisco para revisão do termo de aditamento juntado às fls. 541/544.

Em atendimento ao despacho acima mencionado, o autuante prestou as informações solicitadas, aditou os valores do auto de infração atribuindo ao exercício de 2013 o valor de R\$ 7.584,84 (sete mil, quinhentos e oitenta e quatro reais e oitenta e quatro centavos) e 2014 R\$ 16.359,35 (dezesesseis mil, trezentos e cinquenta e nove reais e trinta e cinco centavos), e ainda, juntou os documentos às fls. 753/796.

Os documentos acima foram encaminhados para o sujeito passivo por via Postal, fls. 800, sendo a data de ciência ocorrida em 03/10/2019.

Novamente, o contribuinte compareceu aos autos, fls. 801/809, refutando os fatos apresentados pelo autuante, para, ao final, requerer a improcedência do auto de infração.

Encaminhado os autos ao julgador singular, em análise da preliminar de erro na identificação do sujeito passivo, entende que o auto de infração deveria ser constituído da forma como o foi, em nome da empresa sucedida, em razão da mesma, na época dos fatos, não ter concluído o processo de baixa cadastral perante a Secretaria da Fazenda do Estado do Tocantins, sendo essa baixa voluntária convertida em baixa de ofício, que o fato de constar o nome da empresa sucedida na apuração não muda a responsabilidade pelos tributos devidos, conforme estabelecem os artigos 132 e 133 do Código Tributário Nacional – CTN; que a súmula nº 554 do Superior Tribunal de Justiça – STF estabelece a mesma regra; concluindo ao final, por tais fundamentos, pela rejeição da referida preliminar.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Quanto ao mérito, entende que, em conformidade aos levantamentos fiscais de fls. 764/5 e 779/80, verifica-se que o autuante exigiu o ICMS em conformidade ao previsto na Cláusula 3ª, §1º do Convênio ICMS nº 17/13, portanto, os valores do ICMS foram apurados corretamente e os cálculos demonstrados de forma bastante clara.

Em relação ao efeito confiscatório da multa se verifica que a referida norma constitucional trata de tributo e não de multa, portanto, a alegação da defesa não se aplica ao caso em discussão; que a multa foi aplicada corretamente e na forma prevista na legislação tributária em vigor na época dos fatos, não cabendo a esse Contencioso a apreciação de constitucionalidade de Lei.

Quanto a alegação de que o fisco não observou os valores do ICMS destacado nas notas fiscais a mesma não procede, tendo em vista que os mesmos foram considerados nos levantamentos fiscais às fls. 764/5 e 779/80, sendo exigido do contribuinte somente a diferença entre o valor apurado pelo fisco e o valor efetivamente destacado nas notas fiscais.

Por fim, indefere o pedido de perícia com fundamento no art. 464, §1º, incisos I e II do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/15, por entender que se trata de prova documental e que as provas já produzidas nos autos são suficientes para a formação da convicção do julgador.

Ante ao exposto, conhece da impugnação apresentada, concede-lhe provimento parcial e julga procedente em parte as exigências do auto de infração nº 2016/004043, conforme termo de aditamento às fls. 761/2, condenando os valores de R\$ 7.588,84 (sete mil, quinhentos e oitenta e oito reais e oitenta e quatro centavos), do campo 4.11 e R\$ 16.359,35 (dezesesseis mil, trezentos e cinquenta e nove reais e trinta e cinco centavos), do campo 5.11, acrescido das cominações legais; e absolvendo dos valores de R\$ 46.738,36 (quarenta e seis mil, setecentos e trinta e oito reais e trinta e seis centavos), do campo 4.11 e R\$ 48.428,16 (quarenta e oito mil, quatrocentos e vinte e oito reais e dezesseis centavos), do campo 5.11.

Submete a decisão a reexame necessário pelo Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais.

Intimada da decisão singular por via postal, na data de 16/06/2021, a recorrente repisa os argumentos utilizados em sede de impugnação, expondo que o Convênio ICMS nº 17/13 manteve o diferimento do ICMS, cobrado do usuário final do serviço, porém, modificou a sistemática de lançamento e apuração do imposto devido nesses casos, indicando que o recolhimento do tributo deveria ocorrer a partir





855
205

da emissão da Nota Fiscal de Serviço de Comunicação – NFSC; que esse foi o procedimento adotado pela recorrente quando entrou em vigor o referido convênio (abril de 2013), conforme se extrai das notas fiscais emitidas a partir de então; que embora verificado erro no lançamento original a fiscalização deixou de observar que os valores utilizados, para os quais a autuação restou mantida, não representam a efetiva apuração do imposto realizada pelo recorrente, que recolheu todo o ICMS exigido nos presentes autos, conforme demonstrado na segunda impugnação apresentada por ocasião de retificação do lançamento.

A recorrente argumenta que houve equívoco quando do refazimento do lançamento, eis que não foram excluídos do cálculo os valores das saídas com diferimento do ICMS e nos quais não houve consumo próprio ou prestação de serviço ao usuário final isento; que refazendo os cálculos, nos quais foram incluídos os valores das saídas isentas e não tributadas e excluídas destas saídas os valores das operações diferidas o resultado que se chega é de que não há ICMS a pagar pela recorrente em todo o período autuado.

Aduz sobre a exorbitância da multa aplicada, evidenciando violação ao princípio do não confisco; que no patamar de 100% extrapola os limites da razoabilidade, tendo em vista que a conduta do contribuinte não ensejou a aplicação de tamanha penalidade.

Requer a improcedência do auto de infração, ou caso não reconhecida a mesma, sejam os autos baixados novamente em diligência, para que a fiscalização se manifeste a cerca das planilhas de cálculos feitas com os critérios corretos, e a partir da demonstração do recolhimento do imposto possa reconhecer a inexistência de qualquer valor remanescente a ser pago, no que se refere ao período e operações autuados. Por fim, caso assim não decidido, requer redução da multa.

Instada a se manifestar a Representação Fazendária entende que o sujeito passivo não contestou o trabalho fiscal com contraprova, não afastando as conclusões do fisco mediante o exercício dos condicionantes de defesa que lhe são assegurados em Lei, desta forma, recomenda a manutenção da sentença proferida pelo julgador singular, pela procedência do auto de infração.

É o relatório.

e



f



856
262

VOTO

O presente lançamento trata de reclamação quanto a ICMS sobre aquisição de prestações de serviços de telecomunicações, cujo recolhimento do imposto sobre cessão de meios de rede é de responsabilidade do prestador do serviço final, onde tais prestações ocorreram na forma de saídas isentas e não tributadas, no período de 01/01/13 à 31/12/14.

Vistos e discutidos os autos processuais aqui em análise, tem-se que o sujeito passivo foi devidamente cientificado do lançamento; o recurso voluntário impetrado é próprio e tempestivo, razão pela qual do mesmo tomo conhecimento.

O representante do sujeito passivo se encontra constituído nos termos do Art. 20, caput da Lei nº 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 2.521/11; da mesma forma o autuante investido de competência legal para a constituição do crédito tributário.

Em análise preliminar, se verifica que o lançamento foi objeto de revisão, materializada via Termos de Aditamentos, na seguinte ordem:

- (1) Fls. 384/385, cuja notificação ao sujeito passivo ocorreu na data de 06/02/2018, por via postal, fls. 448.

No mencionado aditamento foram modificados os campos: 5.1 – Contexto; 5.8 – Base de Cálculo; 5.11 – Valor Originário; e 5.13 – Infração, permanecendo os demais campos da autuação inalterados.

- (2) Fls. 541/544, não sendo notificado o sujeito.

No mencionado aditamento foram modificados os campos: 4.1 e 5.1 – Contexto, 4.8 e 5.8 – Base de Cálculo; 4.11 e 5.11 – Valor Originário; e 4.13 e 5.13 – Infração, permanecendo os demais campos da autuação inalterados.

- (3) Fls. 760/761, cuja notificação ao sujeito passivo ocorreu na data de 03/10/2019, por via postal, fls. 800.

No mencionado aditamento foram modificados os campos: 4.1 e 5.1 – Contexto, 4.8 e 5.8 – Base de Cálculo; 4.11 e 5.11 – Valor Originário; e 4.13 e 5.13 – Infração, permanecendo os demais campos da autuação inalterados.



e
J



Foram ainda acrescentados aos autos novos Levantamentos Especiais – Demonstrativo da Apuração do ICMS Devido nos Procedimentos Exigidos na Cláusula Terceira, Incisos I e II, e §1º do Convênio ICMS 17/13; Documento: Informações Adicionais e outros.

No presente caso, o devido aperfeiçoamento do lançamento somente ocorreu de fato, pela notificação ao sujeito passivo do Termo de Aditamento, na data de 03/10/2019.

Bem verdade que a Fazenda Pública tem a prerrogativa de revisão do lançamento, iniciativa prevista nos Arts. 145 e 149 do Código Tributário Nacional - CTN, abaixo transcritos:

Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I - impugnação do sujeito passivo;

II - recurso de ofício;

III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149. (grifo nosso)
[...]

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

I - quando a lei assim o determine;

II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;

III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;

IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;

IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

Regra essa recepcionada na forma dos dispositivos constantes na legislação tributária estadual, precisamente nos ditames insculpidos nos Art. 35, §6º e 36 da Lei nº 1.288/01, senão vejamos:

Art. 35. O Auto de Infração:

§ 3º As incorreções ou omissões do auto de infração podem ser saneadas e não acarretam nulidade.
[...]

Art. 36. Iniciado o PAT, o auto de infração somente pode ser emendado por termo de aditamento, quando, em cada caso:

I – houver necessidade de alterar:

a) situação prevista no artigo anterior;

b) a tipificação legal da infração;

II – a averiguação ou exame técnico em documento, livro, objeto ou mercadoria a que se refere o procedimento, resultar na:

a) existência de fato sobre o qual o sujeito passivo não tenha tido oportunidade de manifestar-se;

b) modificação da base de cálculo e alíquota aplicável de modo a tornar a obrigação tributária mais gravosa para o sujeito passivo.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

§ 1º Do aditamento faz-se ciente o sujeito passivo, devolvendo-se-lhe o prazo para pagamento ou impugnação.

§ 2º Constatada nova infração durante a averiguação ou exame técnico em documento, livro, objeto ou mercadoria, lavra-se auto de infração distinto.

§ 3º O comparecimento espontâneo do sujeito passivo ao processo supre a intimação e o termo de ingresso no feito.

§ 4º Proferida, nos autos, a decisão de primeira instância fica preclusa a oportunidade de aditar o auto de infração.

§ 5º Na impugnação direta ao COCRE o auto de infração pode ser alterado por termo de aditamento. (Redação dada pela Lei nº 2.127 de 12.08.09). (grifamos)

Pois bem, compreendo que dentro da prerrogativa aqui apresentada, nada obsta que sejam corrigidas falhas e omissões eventualmente ocorridas no levantamento fiscal, consequentemente, no lançamento do crédito tributário, ocorre que, para tanto, devem ser respeitados alguns limites para que tais ajustes possam ocorrer, dentre eles, a exemplo: o *material*, relativo à impossibilidade de alteração do critério jurídico e o *temporal*, realizado dentro do prazo estabelecido para o lançamento.

Entendo não poder o Estado compelir o contribuinte, sob mácula ao princípio da segurança jurídica, a ficar *ad eternum* no sobressalto de que possam ocorrer alterações que modifiquem lançamentos de crédito tributário, utilizo para tal raciocínio suporte no Parágrafo Único do Art. 149 do CTN, que aqui transcrevo:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública. (grifamos)

Também por este prisma é o entendimento do respeitável mestre Hugo de Brito Machado (Curso de Direito Tributário. 31ª ed., Editora Malheiros, 2010, p. 190-193) que perfilha o mesmo pensar, ao asseverar que:

"Os lançamentos em geral podem ser objeto de revisão, desde que constatado erro em sua feitura e não esteja ainda extinto pela decadência o direito de lançar. Tanto o lançamento de ofício,





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

como o lançamento por declaração, e ainda o lançamento por homologação, podem ser revistos."

(...)

"A revisão de ofício, tanto do lançamento de ofício como do lançamento por declaração, **só é possível enquanto não extinto o direito de lançar (CTN, art. 149, parágrafo único)**, que se opera em cinco anos, nos termos do art. 173 do Código Tributário Nacional." (grifo nosso).

Com respaldo nesses fundamentos, compreendo que a não extinção do direito ao refazimento da constituição do crédito tributário deve se ater ao período de não extinção do próprio direito ao lançamento, no caso em questão, o prazo previsto no Art. 150, § 4º do CTN, regra que passo a discorrer.

Estamos diante do prazo de homologação que define o período de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador como limite para o lançamento, dessa forma, relativamente aos fatos geradores ocorridos até 2014, esse prazo se findou no exercício de 2019, mês a mês, razão pela qual as exigências tributárias constituídas através do auto de infração nº 2016/004043 se encontram parcialmente abarcadas pela decadência.

O lançamento por homologação se amolda aos casos de decadência previstos no Art. 150, §4º ou no Art. 173, inciso I do Código Tributário Nacional - CTN, a depender, segundo os dizeres da súmula 555 do Superior Tribunal de Justiça - STJ, da constatação de declaração e pagamento (antecipação) do imposto. No presente caso, diante todo o contexto dos lançamentos constituídos, instruídos e analisados, é fato que existiram pagamentos no período, mesmo que parciais.

Na hipótese de declaração e pagamento do imposto, ainda que não integral, estamos diante do prazo de homologação estabelecido no Art. 150, §4º do CTN, que define o período de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, como limite para o lançamento.

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.
§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, **será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador**; expirado esse prazo sem





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

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. (grifamos)

Segundo entendimento que seguem os acórdãos paradigmas da Súmula nº 555 do STJ, a partir do momento em que o contribuinte declarou o crédito tributário que entendia devido, houve a declaração do fato gerador do imposto e, portanto, o Fisco já tinha as condições de fiscalizar, a fim de homologar ou não o pagamento realizado. Essa é a lógica que atrai a aplicação do artigo 150, §4º do CTN: existindo a declaração do fato gerador do imposto, ocorrer pagamento, ainda que parcial, a ser homologado.

Confira-se entendimento de um dos acórdãos paradigmáticos do STJ (AgRg no REsp 1.277.854):

"deve ser aplicado o entendimento consagrado pela Primeira Seção, em recurso especial representativo da controvérsia, para a contagem do prazo decadencial de tributo sujeito a lançamento por homologação. O referido precedente considera apenas a existência, ou não, de pagamento antecipado, pois é esse o ato que está sujeito à homologação pela Fazenda Pública, nos termos do art. 150 e parágrafos do CTN. Assim, **havendo pagamento, ainda que não seja integral, estará ele sujeito à homologação, daí porque deve ser aplicado para o lançamento suplementar o prazo previsto no §4º desse artigo (de cinco anos a contar do fato gerador). Todavia, não havendo pagamento algum, não há o que homologar, motivo porque deverá ser adotado o prazo previsto no art. 173, I do CTN**" (grifo nosso).

O entendimento dessa Corte estadual referente à decadência para o lançamento do ICMS, de que ela (a decadência) deve ser contada na forma do art. 150, § 4º, do CTN, está em sintonia com a jurisprudência da Corte Superior (STJ).

TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL.

1. No lançamento por homologação, o contribuinte, ou o responsável tributário, deve realizar o pagamento antecipado do tributo, antes de qualquer procedimento administrativo, ficando a extinção do crédito condicionada à futura homologação expressa ou tácita pela autoridade fiscal competente. Havendo pagamento antecipado, o fisco dispõe do prazo decadencial de cinco anos, a contar do fato gerador, para homologar o que foi





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

pago ou lançar a diferença acaso existente (art. 150, § 4º do CTN).

2. Se não houve pagamento antecipado pelo contribuinte, não há o que homologar nem se pode falar em lançamento por homologação. Surge a figura do lançamento direto substitutivo, previsto no art. 149, V do CTN, cujo prazo decadencial rege-se pela regra geral do art. 173, I do CTN: cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o pagamento antecipado deveria ter sido realizado.

3. Em síntese, o prazo decadencial para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário será: a) de cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ser efetuado, se o tributo sujeitar-se a lançamento direto ou por declaração (regra geral do art. 173, I do CTN); b) de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador no caso de lançamento por homologação em que há pagamento antecipado pelo contribuinte (aplicação do art. 150, § 4º do CTN) e c) de cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o pagamento antecipado deveria ter sido realizado nos casos de tributo sujeito à homologação sem que nenhum pagamento tenha sido realizado pelo sujeito passivo, oportunidade em que surgirá a figura do lançamento direto substitutivo do lançamento por homologação.

4. Na hipótese, houve pagamento antecipado e pretende o fisco cobrar diferenças relacionadas à apuração a menor realizada pelo contribuinte. Aplicando-se a regra do art. 150, § 4º, do CTN, deve ser reconhecida a decadência do direito de lançar tributos cujo fato gerador tenha ocorrido em momento anterior aos cinco anos que antecedem a notificação do auto de infração ou da nota de lançamento.

5. Recurso especial provido.

(REsp 784.218/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2006, DJ 29/08/2006, p. 151) (grifo nosso)

Por tais argumentos, concluo com o entendimento de que a revisão do auto de infração, com a devida e válida notificação ao sujeito passivo, deve ocorrer durante o mesmo período estabelecido para o exercício do direito ao lançamento do crédito tributário, que no caso em análise, é o previsto no Art. 150, § 4º do CTN, por todos os fundamentos antes expostos.

Ainda que autorizado pela legislação tributária, todo e qualquer reparo necessário ao lançamento do crédito tributário deve se ater ao prazo decadencial estabelecido no ordenamento jurídico para a constituição do crédito tributário, desta forma a exigência tributária de que trata o campo 4.11, no valor de R\$ 7.588,54 (sete





963
24

mil, quinhentos e oitenta e oito reais e cinquenta e quatro centavos), relativa ao exercício de 2018, e parte do campo 5.11, no valor de R\$ 13.783,57 (treze mil, setecentos e oitenta e três reais e cinquenta e sete centavos), relativo aos meses de 01 a 09/2014, restam sucumbidos pela decadência.

O instituto da decadência tributária, por constituir matéria de ordem pública e caráter terminativo, deve ser objeto de análise de ofício pelo juízo, ainda que em sede de preliminar não tenha sido suscitada pela parte, ou mesmo que, não tenha sido o recorrente taxativo no recurso voluntário interposto, razão pela qual foi por mim suscita a devida preliminar prejudicial de mérito.

Desta feita, por todos os fundamentos expostos, voto, em preliminar, para julgar extinto pela decadência a já referida parte do auto de infração 2016/004043, sem análise de mérito.

Quanto a preliminar de nulidade do lançamento em função da multa confiscatória, arguida pela Recorrente, verifica-se na legislação tributária que a multa aplicada na constituição do crédito tributário está prevista no ordenamento jurídico do Estado do Tocantins, sendo, portanto, correta e legitimamente aplicada em conformidade à norma legislativa vigente, não sendo esse o fórum adequado para o questionamento de sua constitucionalidade.

Por tais razões foi por mim refutada a preliminar arguida, no que fui seguida pela unanimidade de meus pares.

Quanto ao mérito, o que se depreende do trabalho fiscal é que a exigência tributária, relativa a ICMS sobre cessão de meios de rede, devida sobre operações isentas e não tributadas, em um primeiro momento foi questionada em relação à forma de apuração, embasada no Convênio ICMS 126/98, uma vez que o Convênio ICMS 17/13 passou a dispor sobre a concessão de regime especial na cessão de meios de rede entre empresas de telecomunicação, trazendo alterações na sistemática de sua apuração e cobrança.

A infração denunciada constante do Termo de Aditamento de fls. 760/761 foi enquadrada no Art. 44, inciso II da Lei nº 1.287/01 (alterada pela Lei nº 2.549/11), c/c Art 3º, inciso III do CTE (Lei nº 1.287/01); Cláusula Terceira, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, incisos I e II do Convênio ICMS nº 17/13; e §§ 3º e 4º do Art. 462 do RICMS (Decreto nº 2.912/06) com redação dada pelo Decreto nº 4.222/10, abaixo transcritos:

Lei nº 1.287/01 (CTE/TO):

Art. 44. São obrigações do contribuinte e do responsável:





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

I – inscrever-se no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado do Tocantins – CCI-TO, e manter-se atualizado, na conformidade do regulamento; (*Redação dada pela Lei 2.006 de 17.12.08*).

II - escriturar nos livros próprios, com fidedignidade, na forma e nos prazos normativos, as operações ou prestações realizadas, ainda que contribuinte substituto ou substituído; (*Redação dada pela Lei 2.549 de 22.12.11*).

[...]

Art. 3º O imposto incide sobre:

III – as prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;
[...]

Convênio ICMS 17/13:

Cláusula terceira A empresa tomadora dos serviços fica obrigada ao recolhimento do imposto incidente sobre a aquisição dos meios de rede, sem direito a crédito, nas hipóteses descritas a seguir:

I - prestação de serviço a usuário final que seja isenta, não tributada ou realizada com redução da base de cálculo;

II - consumo próprio;

III - qualquer saída ou evento que impossibilite o lançamento integral do imposto incidente sobre a aquisição dos meios de rede na forma prevista no *caput* da cláusula primeira.

§ 1º Para efeito do recolhimento previsto no *caput*, nas hipóteses dos incisos I e II, o montante a ser tributado será obtido pela multiplicação do valor total da cessão dos meios de rede pelo fator obtido da razão entre o valor das prestações previstas nesses incisos e o total das prestações do período.

§ 2º Caso o somatório do valor do imposto calculado nos termos do § 1º com o imposto destacado nas prestações tributadas próprias seja inferior ao imposto incidente sobre a aquisição dos meios de rede, a empresa tomadora dos serviços efetuará, na qualidade de responsável, o pagamento da diferença do imposto correspondente às prestações anteriores.

§ 3º Para fins de recolhimento dos valores previstos nos §§ 1º e 2º, o contribuinte deverá:

I - emitir Nota Fiscal de Serviço de Comunicação (modelo 21) ou Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicação (modelo 22);

II - utilizar os códigos de classificação de item específicos nos arquivos previstos no Convênio ICMS nº 115/2003. (grifamos).

[...]

Decreto nº 2.912/06 – RICMS/TO:





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Art. 462. Na prestação de serviços de telecomunicação entre empresas relacionadas no Ato COTEPE ICMS 13, de 13 de março de 2013, é atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto incidente sobre a cessão dos meios de rede ao prestador do serviço ao usuário final. (Convênio ICMS 17/13) (Redação dada pelo Decreto 5.060 de 09.06.14).

Redação Anterior: (2) Decreto 4.222, de 29.12.10

Art. 462. Na prestação de serviços de comunicação entre empresas de telecomunicação relacionadas no Anexo XXX deste Regulamento, prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, Serviço Móvel Celular – SMC ou Serviço Móvel Pessoal – SMP, o imposto incidente sobre a cessão dos meios de rede é devido apenas sobre o preço do serviço cobrado do usuário final. (Redação dada pelo Decreto 4.222, de 29.12.10).

§3º A empresa tomadora dos serviços é obrigada a recolher o imposto incidente sobre a aquisição dos meios de rede, sem direito a crédito, nas hipóteses descritas a seguir: (Convênio ICMS 17/13) (Redação dada pelo Decreto 5.060 de 09.06.14).

Redação Anterior: (1) Decreto 4.222, de 29.12.10

§3º A empresa tomadora dos serviços fica obrigada ao recolhimento do imposto incidente sobre a cessão dos meios de rede, nas hipóteses descritas a seguir: (Convênio ICMS 128/10) (Redação dada pelo Decreto 4.222, de 29.12.10).

I – prestação de serviço a usuário final que seja isenta, não tributada ou realizada com redução da base de cálculo: (Redação dada pelo Decreto 4.222, de 29.12.10).

II – consumo próprio. (Redação dada pelo Decreto 4.222, de 29.12.10).

III – saída ou evento que impossibilite o lançamento integral do imposto incidente sobre a aquisição dos meios de rede na forma prevista no caput deste artigo. (Convênio ICMS 17/13) (Redação dada pelo Decreto 5.060 de 09.06.14).

§4º Para efeito do recolhimento previsto no §3º deste artigo, nas hipóteses dos incisos I e II, o montante a ser tributado é obtido pela multiplicação do valor total da aquisição dos meios de rede pelo fator obtido da razão entre o valor das prestações previstas nesses incisos e o total das prestações do período. (Convênio ICMS 17/13) (Redação dada pelo Decreto 5.060 de 09.06.14).

Pois bem, ante tais contestações o autuante promoveu os devidos ajustes ao auto de infração, conforme histórico de Termos de Aditamento já descrito, adequando os levantamentos fiscais e o lançamento aos ditames do Convênio ICMS 17/13, surtindo, de tal forma, nova valoração e enquadramento para as infrações denunciadas.





866
200

Tanto os levantamentos fiscais (2013 - fls. 764/765 e 2014 - fls. 779/780), quanto as Informações Adicionais que os acompanham (fls. 766/770 e 781/785), demonstram as operações de telecomunicação, cujos valores restam embasados em documentos (NFST's) anexos, retratando as proporções definidas nas Cláusulas do Convênio ICMS 17/13, para a cobrança do serviço de Cessão de Meios de Rede, considerando a devida proporção (coeficientes) entre as prestações de serviço tributadas e isentas.

Assim, em que pese os equívocos inicialmente evidenciados no trabalho inicial, após as devidas correções, resta comprovada a existência de diferenças a recolher sobre o valor dos serviços de cessão de meios de rede, contudo, apenas passivo de procedência, nesse contencioso, os valores relativos aos meses 10 a 12/2014, que não foram alcançados pelo instituto da decadência tributária, perfazendo o valor de R\$ 2.575,78 (dois mil, quinhentos e setenta e cinco reais e setenta e oito centavos).

Por todo o exposto e por tudo mais que dos autos consta, no mérito, voto por conhecer do recurso voluntário e dar-lhe provimento parcial para, reformando a decisão de primeira instância, julgar procedente em parte o auto de infração 2016/004043, conforme Termo de Aditamento de fls. 761/763 e condenar o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário no valor de: R\$ 2.575,78 (dois mil, quinhentos e setenta e cinco reais e setenta e oito centavos), do campo 5.11, mais os acréscimos legais. E extinto pela decadência os valores de: R\$ 7.588,54 (sete mil, quinhentos e oitenta e oito reais e cinquenta e quatro centavos), do campo 4.11; e R\$ 13.783,57 (treze mil, setecentos e oitenta e três reais e cinquenta e sete centavos), do campo 5.11.

É como voto.

DECISÃO

Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, por unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento em função da multa confiscatória, arguida pela Recorrente. No mérito, por unanimidade, conhecer do recurso voluntário e dar-lhe provimento parcial para, reformar a decisão de primeira instância, julgar procedente em parte o auto de infração 2016/004043, conforme Termo de Aditamento de fls. 761/763 e condenar o sujeito passivo ao pagamento dos créditos tributários no valor de: R\$ 2.575,78 (dois mil, quinhentos e setenta e

e



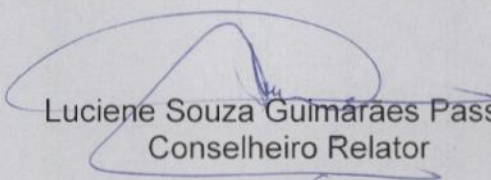


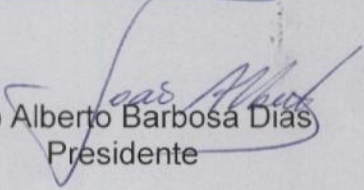
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

867
ZUC

cinco reais e setenta e oito centavos), do campo 5.11, mais os acréscimos legais. E extinto pela decadência os valores de: R\$ 7.588,54 (sete mil, quinhentos e oitenta e oito reais e cinquenta e quatro centavos), do campo 4.11; E R\$ 13.783,57 (treze mil, setecentos e oitenta e três reais e cinquenta e sete centavos), do campo 5.11. A advogada Mayara Calabro e o Representante Fazendário Gaspar Mauricio Mota de Macedo fizeram sustentação oral pela Recorrente e pela Fazenda Pública Estadual, respectivamente. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Luciene Souza Guimarães Passos, Rui José Diel, Luiz Carlos Vieira, Taumaturgo José Rufino Neto, Osmar Defante e Galthiery Alves de Sousa Lopes. Presidiu a sessão de julgamento aos quatorze dias do mês de maio de 2024, o conselheiro João Alberto Barbosa Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos seis dias do mês de agosto de 2024.


Luciene Souza Guimarães Passos
Conselheiro Relator


João Alberto Barbosa Dias
Presidente

