



ACÓRDÃO Nº:	072/2023
PROCESSO Nº:	2017/6640/500894
TIPO:	RECURSO VOLUNTÁRIO
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2017/002499
RECORRENTE:	PINHEIRO E SANTOS LTDA
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.418.838-0
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. MERCADORIAS TRIBUTADAS COMO ISENTAS OU COM ALÍQUOTA MENOR. DECADÊNCIA. PROCEDÊNCIA PARCIAL – É procedente em parte a exigência originada na indevida classificação de situação tributária isenta ou com alíquota menor, para mercadorias com tributação normal, devendo ser excluído o período atingido pelo instituto da decadência, ocorrida em conformidade ao §4º do Art. 150 do CTN.

RELATÓRIO

A empresa nos autos qualificada teve contra si lavrado o Auto de Infração de nº 2017/002499, embasado em Levantamento Especial, exigindo ICMS relativo a:

- registro a menor nas saídas de mercadorias tributadas, em operação através do ECF – Emissor de Cupom Fiscal, como sendo isentas, no valor de: R\$ 104.978,24 (Cento e quatro mil, novecentos e setenta e oito reais e vinte e quatro centavos), inerente ao período de 01/01/2012 a 31/12/2012; e

- registro a menor nas saídas de mercadorias tributadas, não sujeitas à redução de base de cálculo, em operação através do ECF – Emissor de Cupom Fiscal, como sendo à alíquota de 7%, no valor de: R\$ 38.079,35 (Trinta e oito mil, setenta e nove reais e trinta e cinco centavos), inerente ao período de 01/01/2012 a 31/12/2012.

A autuada foi notificada do auto de infração aos 27 dias de dezembro de 2017 (fls. 03), via advogado legalmente constituído.





Aos 18 dias de janeiro de 2018 interpõe impugnação (fls. 16/26).

Aduz que o auto de infração é nulo, em face do art. 35, I, "c" da Lei 1.288/01, além do cerceamento do direito de defesa (art. 28, II, Lei 1.288/01).

O julgador de primeira instância exara o Despacho n 21/2020 (fls. 43), para saneamento processual.

A autuada é novamente notificada por A.R, aos 07 dias de agosto de 2020 (fls. 45).

O sujeito passivo interpõe nova impugnação em 09/12/2020 (fls.47/56), solicitando a declaração de insubsistência do auto de infração por estar atingido pela decadência, fato gerador 2012 e citação válida da autuação em 2020, nos termos do Art. 150, §4º do CTN, o que consubstancia na extinção do crédito tributário, conforme Art. 156, inciso V, do CTN.

O julgador de primeira instância, em análise à representação do sujeito passivo no ato de assinatura do lançamento, após vasta fundamentação jurídico-doutrinária, faz reconsideração quanto ao Despacho que exarou às fls. 43, tendo como válida a notificação do advogado da empresa às fls. 03.

Quanto aos aspectos formais da autuação expõe entendimento de que os mesmos foram, na íntegra, observados.

Rechaça todas as preliminares constantes da impugnação, bem como a decadência, sob o argumento de que ao lançamento de ofício, aplica-se o prazo decadencial de cinco anos e a forma de contagem fixada no art. 173, inciso I do CTN.

No mérito entende que os levantamentos e demais documentos anexados demonstram, inexoravelmente, que o sujeito passivo descumpriu a legislação tributária, ao não agir concatenado com a prescrição normativa.

Ante ao exposto, conhece da impugnação, nega-lhe provimento e julga procedente o auto de infração de nº 2017/002499, condenando o sujeito passivo à exigência tributária constante dos campos 4.11 e 5.11, mais os acréscimos legais.

Intimado da decisão de primeira instância administrativa, por via postal (AR), na data de 20/11/2020, o sujeito passivo comparece ao feito, representado por advogado legalmente constituído, onde alega em sede de preliminar a nulidade da



Handwritten signature



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

autuação por cerceamento de defesa por ofensa ao princípio da legalidade, por não ter descrição clara e precisa; que seja julgada nula a autuação com base no Art. 28, incisos II e IV da Lei nº 1.288/01, e ausência de informações mínimas a sua validade, em conformidade ao Art. 35, Inciso I, alíneas “c”, “d” e “e” da citada lei.

No mérito, que as mercadorias fazem parte da cesta básica, portanto correta a utilização da alíquota de 7% e, ainda, que o lançamento tributário se encontra alcançado pelo instituto da decadência nos termos do Art. 150, §4º, do CTN.

Encaminhado os autos à Representação Fazendária essa se manifesta com o entendimento de que considerando o fato gerador da infração e a intimação do auto de infração, constata-se a ocorrência da extinção parcial do crédito tributário pelo instituto da decadência.

É o relatório.

VOTO

Trata a autuação de exigência de ICMS referente a débito lançado a menor nas saídas de mercadorias com tributação normal (17%), em operação, com ECF, como sendo isentas ou tributadas à alíquota de 7%.

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.

Inicialmente cumpre-nos avaliar as preliminares suscitadas no recurso impetrado, precedendo assim ao exame da preliminar de mérito relativa a decadência, para que o crédito tributário seja julgado extinto em relação ao período de janeiro a dezembro de 2012, sob o argumento da aplicabilidade da regra insculpida no §4º do Art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN, segundo a qual, o lapso de cinco anos para a constituição do crédito tributário se inicia do fato gerador.



e
d



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Ambos os contextos do lançamento descrevem a exigência do imposto no período de 01/01/2012 a 31/12/2012.

O Auto de Infração data de 19/12/2017, ocorrendo seu aperfeiçoamento via notificação ao representante do sujeito passivo, diretamente, em 27/12/2017.

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 da constatação do pagamento (antecipação) do imposto. No presente caso, diante todo o contexto dos lançamentos constituídos, instruídos, e analisados, é fato que existiram pagamentos no período, embora parciais.

Havendo pagamento, 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 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)

O entendimento dessa Corte estadual referente à decadência para o lançamento suplementar 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



e
f



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES 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)**

Desta feita, analisando a data do fato gerador e a do lançamento, ou melhor, a data da notificação do lançamento ao sujeito passivo, ocorrida em 27.12.2017, entendo que a decisão de primeira instância deve ser reformada para se declarar a extinção do crédito tributário pela decadência, relativamente ao período de 01.01.2012 a 27.12.2012, inerente a parte dos campos 4.11 e 5.11, nos valores de R\$ 102.127,34 (cento e dois mil, cento e vinte e sete reais e trinta e quatro centavos) e R\$ 37.659,34 (trinta e sete mil, seiscentos e cinquenta e nove reais e trinta e quatro centavos), respectivamente.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Sob tais fundamentos foi por mim acatada a referida preliminar que, nos moldes acima descritos, foi também acolhida pela unanimidade de meus pares.

Quanto as demais preliminares suscitadas no recurso impetrado, sendo: nulidade do lançamento por cerceamento de defesa dada a ausência de dados precisos no auto de infração e erro na determinação da suposta infração, passo à sua apreciação.

O Art. 35 da Lei nº 1.288/01 orienta a formalização da exigência da obrigação tributária, descrevendo os preceitos mínimos a serem observados na constituição do crédito tributário, através do auto de infração, o qual prescreve, *in verbis*:

Art. 35. O Auto de Infração:

I - formaliza a exigência do crédito tributário e contém, no mínimo:

- a) a identificação do sujeito passivo;
- b) a data, local e hora da lavratura;
- c) a descrição clara, precisa e resumida do fato e indicação do período de sua ocorrência;
- d) o dispositivo legal infringido;
- e) a sugestão da penalidade aplicável;
- f) o valor originário do crédito tributário; (Redação dada pela Lei 2.521, de 10.11.11)
- g) a intimação para o pagamento ou impugnação e a indicação da unidade fazendária onde deva ser cumprida a exigência;
- h) a identificação funcional e assinatura do autor do procedimento; (grifo nosso).

Da leitura do artigo se depreende que o lançamento tributário deve descrever e demonstrar de forma clara e precisa o fato gerador, bem como indicar o dispositivo legal infringido, que devem estar em perfeita consonância.

O procedimento foi atacado com o argumento de que a descrição da infração constante do campo histórico não condiz com a tipificação legal da infração e da penalidade aplicadas.

Ora, a descrição do ilícito remonta omissão de recolhimento do ICMS inerente ao registro a menor de saídas de mercadorias tributadas, enquanto a infração, tipificada no Art. 44, inciso III, da Lei nº 1.287/01 determina a obrigatoriedade de que os documentos fiscais de saídas sejam emitidos para todas



e
J



as operações ocorridas, de forma fidedigna, ou seja, em observância irrestrita a todas as normas tributárias; A penalidade, tipificada no Art. 48, inciso III, alínea "a" da Lei nº 1.287/01, também se amolda perfeitamente ao fato narrado na exordial.

O raciocínio da defesa se equivoca ao mencionar que o presente Auto de Infração não deve prosperar, uma vez que as mercadorias por ele destacadas não alcançam a tributação atribuída pelo agente do fisco, indo em desencontro à legislação.

A descrição contextual da infração simplesmente conclui que o registro menor das saídas de mercadorias tributadas, dada a tributação como isenta e à alíquota de 7%, tem como consequência a omissão de recolhimento do ICMS, que deixou de ser recolhido ou, em outras palavras, foi recolhido a menor.

No mais, não vislumbro o desatendimento às já mencionadas alíneas do artigo 35. A descrição da infração é clara e precisa; foram perfeitamente tipificadas a infração e penalidade ao presente caso aplicadas; bem como de forma correta identificado o valor do crédito tributário reclamado.

Com tais considerações, entendo por refutar a preliminar de nulidade fundada nos incisos II e IV do Art. 28 da Lei nº 1.288/01.

Quanto a preliminar de erro na determinação da infração, como dito alhures há perfeita conjunção entre a descrição do fato gerador e a tipificação legal da infração e da penalidade, atendendo assertivamente ao princípio da legalidade e aos requisitos formais da autuação.

Na verdade, as razões colocadas para a arguição dessa preliminar basicamente se denotam sem sentido, não se evidenciam discordâncias entre a descrição do fato gerador e sua tipificação, razões pelas quais voto por rejeitar a preliminar.

Quanto ao mérito da autuação tenho que não há muito que discorrer. A matéria não tem complicadores, é flagrante a desobediência à legislação tributária. Constata-se que o histórico da infração é claro, indicando o recolhimento a menor do imposto devido a débito lançado a menor nas saídas de mercadorias com tributação





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

normal (17%), em operação, com ECF, como sendo isenta ou com tributação à alíquota de 7%.

Como anteriormente mencionado, os artigos utilizados para o enquadramento legal da infração e penalidade são próprios e específicos para retratar a subsunção do fato à norma.

Verifica-se que a infração foi capitulada no Art. 44, inciso III da Lei nº 1.287/01 e Art. 45, inciso XVII da Lei nº 1.287/01, com redação dada pela Lei nº 2.549/11; abaixo reproduzidos:

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

III – emitir, **com fidedignidade**, documento fiscal correspondente a cada operação ou prestação, tributada ou não, inclusive sujeita ao regime de substituição tributária, ainda que dispensada a escrituração;

Art. 45. É vedado ao contribuinte e ao responsável:

XVII - omitir informações, **prestá-las incorretamente** ou apresentar arquivos e respectivos registros em meios magnético, óptico, eletrônico, digital ou similar em desacordo com a legislação tributária; (Redação dada pela Lei 2.549 de 22.12.11).

Da instrução processual se extrai a comprovação dos fatos alegados pela autoridade fiscal de que se efetuaram vendas, via emissor de cupom fiscal, onde os produtos que possuem alíquota normal, definidas pela legislação como 17% na operação interna, tiveram tratamento de isenção ou tributação à alíquota de 7%.

A alegação de mérito constante do recurso voluntário é a de que no lançamento constariam produtos constantes da cesta básica, assim, beneficiados com redução de base de cálculo que equivale à tributação à alíquota de 7%, conforme disposto no Art. 8º, inciso XLIII do RICMS/TO.

Em análise ao levantamento fiscal não foram encontrados produtos inerentes à cesta básica no exercício fiscalizado, quiçá no período objeto da análise, referente a 28/12/2012 a 31/12/2012, não atingido pelo instituto da decadência.





Os produtos derivados de milho e mandioca, que o sujeito passivo destaca no recurso como passivos da aplicabilidade extensiva da redução de base de cálculo atribuída aos produtos da cesta básica, não alcançam tal prerrogativa, haja vista a impossibilidade de interpretação ampliada da norma legal para incentivos e benefícios fiscais, que em regra ocorre de forma literal.

Assim, diante flagrante desobediência à legislação tributária ao tratar como isentas ou tributadas à alíquota de 7%, mercadorias com tributação normal nas operações de saídas internas, resta procedente em parte a autuação, devendo o sujeito passivo ser condenado ao pagamento do crédito tributário no valor de: R\$ 2.850,90 (dois mil, oitocentos e cinquenta reais e noventa centavos), parte do campo 4.11; e R\$ 420,01 (quatrocentos e vinte reais e um centavo), parte do campo 5.11, mais os acréscimos legais; e **extinto pela decadência** os valores R\$ 102.127,34 (cento e dois mil, cento e vinte e sete reais e trinta e quatro centavos) e R\$ 37.659,34 (trinta e sete mil, seiscentos e cinquenta e nove reais e trinta e quatro centavos), relativo a parte dos campos 4.11 e 5.11, respectivamente, pelos motivos acima expostos.

É como voto.

DECISÃO

Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, por unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento por cerceamento de defesa, 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 2017/002499 e condenar o sujeito passivo ao pagamento dos créditos tributários nos valores de: R\$ 2.850,90 (dois mil, oitocentos e cinquenta reais e noventa centavos), do campo 4.11; e R\$ 420,01 (quatrocentos e vinte reais e um centavo), do campo 5.11, mais os acréscimos legais. E extinto pela decadência os valores de: R\$ 102.127,34 (cento e dois mil, cento e vinte e sete reais e trinta e quatro centavos), do campo 4.11; e R\$ 37.659,34 (trinta e sete mil, seiscentos e cinquenta e nove reais e trinta e quatro centavos), do campo 5.11. O advogado Aldecimar Esperandio e o Representante 

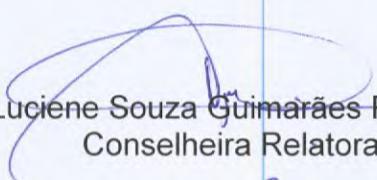


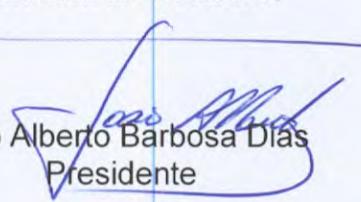


CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Fazendário Ricardo Shiniti Konya 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, Evanita Bezerra Cruz, Fernanda Halum Pitaluga, Josimar Júnior de Oliveira Pereira e Osmar Defante. Presidiu a sessão de julgamento aos vinte e três dias do mês de novembro de 2022, o conselheiro João Alberto Barbosa Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos dezesseis dias do mês de março de 2023.


Luciene Souza Guimarães Passos
Conselheira Relatora


João Alberto Barbosa Dias
Presidente

