



ACÓRDÃO Nº: 245/2023
PROCESSO Nº: 2018/6860/502134
TIPO: RECURSO VOLUNTÁRIO
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 2018/002858
RECORRENTE: CENTRO-OESTE ASFALTOS S-A
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 29.028.723-5
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. REDUÇÃO INDEVIDA DE BASE DE CÁLCULO NAS SAÍDAS DE MERCADORIAS. TERMO DE ADITAMENTO ELABORADO FORA DO PRAZO QUINQUENAL. DECADÊNCIA - Nos termos do art. 150, § 4º, do CTN (Lei nº 5.172/66) ficam extintos pelo instituto da decadência os créditos tributários constituídos e/ou concluídos após o decurso do prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual, por meio do auto de infração nº 2018/002858, constituiu crédito tributário contra o contribuinte qualificado na peça inaugural para reclamar, em dois contextos, o ICMS recolhido a menor para o exercício de 2015 "por escriturar suas saídas com redução indevida de base de cálculo nas saídas de mercadorias a 17% e 12%, respectivamente".

Foram anexados ao presente processo o DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO; LEVANTAMENTO BÁSICO DO ICMS; LANÇAMENTOS DE OFÍCIO – DETALHAMENTO; LEVANTAMENTO DOS REGISTROS DO TARE Operações internas e interestaduais; Cópias do Livro Registro de Saídas; Cópia do Livro Registro de Apuração do ICMS, Operações próprias; documentos acostados às folhas 04 a 33.

O sujeito passivo foi intimado do auto de infração, por via postal, conforme cópia acostada as fls. 35, comparecendo, tempestivamente, ao processo





em sua impugnação as fls. 36 a 47, acompanhada de documentos, alegando em síntese:

“A nulidade do Auto de Infração em razão do cerceamento ao Direito de Defesa, já que não houve a descrição clara e precisa da infração constada, conforme disposto no Art. 28, da Lei nº 1.288/2001, que dispõe sob o Contencioso Administrativo Tributário, no seu entendimento”.

“O referido auto de infração estaria relacionado apenas à atividade de comércio atacadista desenvolvida pela impugnante, a qual está abrangida no Termo de Acordo de Regime Especial nº 1.887/2007, celebrado em 29.06.2007, para concessão dos benefícios fiscais da Lei nº 1.201/2000. (crédito presumido e redução da base de cálculo)”

“A pretensa infração cometida se utiliza de Termo de Acordo de Regime Especial diverso, no caso o TARE nº 1.841/2007, que dispõe sobre a fruição de benefícios fiscais aplicados somente às saídas, benefício fiscal contido na Lei nº 1.385/03, que instituiu o PROINDÚSTRIA, o que demonstra a imprecisão e falta de clareza de sua ocorrência”.

“Que, além da redução da base de cálculo já permitida no RICMS, foi autorizado mediante a celebração do Termo de Acordo (1.841/2007), a concessão de crédito presumido nas saídas internas e interestaduais de produtos industrializados.”

Sobreveio a sentença monocrática em que o julgador disse:

As descrições contidas na peça vestibular são claras, precisas e resumidas. Portanto, todos os requisitos necessários e suficientes, previstos no Art. 35, da Lei nº 1288/01, com as alterações dadas pela Lei nº 2.521/2011, foram observados na presente lide.

O sujeito passivo está devidamente identificado no auto de infração, a intimação é válida, a impugnação é tempestiva, e apresentada por representante legal, em conformidade com o disposto no Art. 20, da Lei nº 1288/2001; com redação dada pela Lei nº 2.521, de 10.11.11.

Os prazos processuais foram cumpridos de acordo com o disposto no Art. 26, da Lei nº 1288/01, com redação dada pela Lei nº 2.598/2012.





O autuante identificado no campo 5 possui capacidade ativa para constituição do crédito tributário e preenche os requisitos estabelecidos na legislação tributária vigente.

A presente lide refere-se à ICMS originário de aproveitamento de crédito presumido, bem como com redução de base de cálculo, portanto, duplicidade de benefícios fiscais. Acarretando, assim, uma redução de base de cálculo excessiva. Logo, em desacordo com a legislação tributária em operações com mercadorias industrializadas por detentores de Termo de Acordo beneficiários da Lei nº 1.385/2003, referente ao período de 01.01.2015 a 31.12.2015, apurado através do Levantamento Básico do ICMS, conforme se verifica das fls. 02, da peça vestibular.

Esclareça-se de plano, que a utilização dos benefícios não é excludente, entretanto, existe um limite para sua utilização, ou seja, que a carga efetiva não seja inferior a 2%. Este limitador sucinto traz para o bojo do processo a premissa fundamental da motivação do auto de infração, logo, em qualquer período mensal que a nobre impugnante desejar aferir a legitimidade da peça vestibular, será resumidamente, a base de cálculo da saída mensal vezes 2%, logo para qualquer período, se a equação linear com uma incógnita simples, ou seja, achar o valor do ICMS a recolher de qualquer período, base de cálculo vezes 2%.

A pretensão fiscal está tipificada e fundamentada no inciso II, do Art. 44, da Lei nº 1.287/2001, com redação dada pela Lei nº 2.549/11, combinada com a Cláusula Sétima do TARE nº 1287/2007; e a penalidade sugerida é a prevista na alínea "f", do inciso III, do Art. 48, da Lei nº 1287/2001, com redação dada pela Lei nº 2.253/2009.

Podemos constatar que o sujeito passivo utilizou de duplicidade de benefícios fiscais, conforme se extrai da peça acusatória, bem como do DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO LANÇADO, documento acostado as fls. 04, anexado ao Levantamento do ICMS do período de 2015, também, carreado para o bojo do processo.

Consoante isso, ressalto que a impugnante assevera em sua peça impugnatória que **as operações de saídas realizadas foram tributadas corretamente, com a aplicação regular da redução da base de cálculo e da apropriação correta do crédito presumido, respeitando estritamente o que esta determinado nos Termos de Acordo de Regime Especial – TARE nº 1.841 e 1.887/2007, relativo ao comercio atacadista, conforme fls. 136.** Entretanto, alinho-me com a duplicidade de benefícios fiscais, entretanto, devemos respeitar os limites estabelecidos nos termos da legislação.





Aduzo prima facie que a instrução processual encontra-se com clareza meridiana. Assevero que o enquadramento nos incentivos fiscais desta Lei exclui até mesmo a apropriação, pelo contribuinte de qualquer outro crédito referente à operação anterior, quanto mais duplicidade de benefícios fiscais, conforme **Art. 4º, inciso IV, parágrafo único, da Lei nº 1.385, de 09.07.2003.**

Art. 4º Os benefícios fiscais e os incentivos do PROINDÚSTRIA compreendem:

IV – autorização, durante a fase pré-operacional, para a remessa de matéria-prima, adquirida neste Estado ou importada do exterior, destinada a outros estabelecimentos industriais do mesmo titular ou de matriz ou filial de beneficiários desta lei, ainda que situados em outra unidade da federação, sem a obrigatoriedade do retorno do produto industrializado. (Redação dada pela Lei 1.584 de 16.06.05).

Parágrafo único. O enquadramento nos incentivos fiscais desta Lei exclui a apropriação, pelo contribuinte, de qualquer outro crédito referente a operação anterior.

Acrescento ainda, que sujeito passivo utilizou indevidamente, benefícios fiscais em duplicidade, acarretando assim, redução indevida do ICMS a recolher, entendendo correto o lançamento do imposto realizado pela fiscalização através da lavratura do auto de infração. Também, o **Art. 6º, da Lei nº 1.385/2003**, estabeleceu que a fruição dos benefícios se sujeita ao cumprimento das normas estabelecidas em regulamento, in verbis

Art. 6º Os benefícios desta Lei são concedidos mediante aprovação de carta-consulta pela Secretaria-Executiva do Conselho Deliberativo do Programa PROSPERAR, e sua fruição sujeita-se ao cumprimento das normas estabelecidas em regulamento. (Redação dada pela Lei nº 1.403 de 30.09.03).

Ressalta, ainda, que o direito do aproveitamento do crédito do ICMS fica condicionado à regularidade da documentação na conformidade do regulamento, conforme prevê o **artigo 32, §1º, da Lei 1.287/2001:**

Art. 32. O direito ao crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está sujeito à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.





§ 1º O direito ao crédito está condicionado à regularidade da documentação na conformidade do regulamento.

Ainda, nesse sentido, o **artigo 45, inciso XVIII da Lei 1.287/2001**, veda o aproveitamento de crédito em desacordo com a legislação tributária nos seguintes termos:

Art. 45. É vedado ao contribuinte e ao responsável:
XVIII – aproveitar créditos do imposto em desacordo com a legislação tributária;

Aduzo de pronto que a metodologia estampada na legislação em vigor, e os registros fiscais carreados para o bojo da peça inicial demonstram, de forma singular que a impugnante tem se utilizado de metodologia dissonante da legislação vigente. Uma vez que, utiliza mais de um benefício fiscal, ou seja, crédito presumido redução da base de cálculo, no montante maior que o devido nos limites da legislação em vigor, conforme se constata da planilha carreada para o bojo do processo.

Por derradeiro, esclareço ainda, que o Auto de Infração descreve de maneira clara a infração cometida pela autuada. O enquadramento da infração foi realizado na forma prevista na Legislação e em consonância com a descrição do respectivo contexto do auto de infração, portanto, narrando corretamente à infração imputada ao contribuinte.

Além disso, o mesmo pautou-se pela legalidade, respeitando os aspectos formais previstos na Legislação Tributária para a sua lavratura, especialmente no **artigo 35 da Lei 1288/01**, que discorre sobre o lançamento do crédito tributário, 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;





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

II - é lavrado por servidor competente na área fiscal de verificação do ilícito;

III - é recebido pela repartição fiscal do local de sua lavratura, que, não sendo a do domicílio fiscal do sujeito passivo, após a formalização do processo, é remetido à repartição encarregada de sua instrução;

IV - contém em anexo todos os demonstrativos do crédito tributário e os documentos comprobatórios dos fatos em que se fundamentar.

Ante o exposto, conheço da impugnação apresentada, nego-lhe provimento e julgo **procedente** a exigência do **auto de infração nº 2018/002858**, condenando o sujeito passivo ao pagamento do ICMS e demais acréscimos legais conforme descrição abaixo:

Campo 4.11 do auto de infração no valor de R\$ 1.091.098,06 (Um milhão e noventa e um mil e noventa e oito reais e seis centavos), com a penalidade prevista no campo 4.15 mais os acréscimos legais.

Campo 5.11 do auto de infração no valor de R\$ 180,43 (Cento e oitenta reais e quarenta e três centavos), com a penalidade prevista no campo 5.15 mais os acréscimos legais.

Notifique o sujeito passivo dessa decisão.

Em grau de recurso, tempestivo e legítimo, o sujeito passivo juntou sua peça recursal (fls. 248/256) em que repisa argumentos impugnatórios já refutados com ênfase, porém, no Termo de Acordo nº 1.887/2007 que estaria lhe assegurando os benefícios fiscais da Lei 1.201/2000 (crédito presumido que resulta em carga tributária de 2% nas operações internas e 1% nas interestaduais) e, a redução da base de cálculo das saídas internas de mercadorias, conforme disposto no artigo 8º, XIX e XX, do RICMS/TO e na Cláusula Primeira do mesmo (cfe. trouxe à colação fls. 303). Ainda trouxe à colação as Cláusulas Sexta e Sétima (fls. 305) deste TARE que convergem neste sentido.

A Representação Fazendária, conforme manifestação à fls.283/85, disse que a conclusão da defesa de que a legislação lhe autoriza benefícios fiscais cumulativos não se sustenta, haja vista que o disposto no inciso XIX, do regulamento do ICMS (aprovado pelo Decreto 2.912/06) determina que, "cabe ao contribuinte a op-





ção pelo benefício fiscal que lhe seja mais favorável, se da redução da base de cálculo ou, do usufruto do crédito presumido”. Pugnou pela rejeição das alegações da defesa e, recomenda a nulificação da sentença singular, ou a reforma da mesma, haja vista que a procedência do feito há de ser declarada pelos valores retificados pelo Termo de Aditamento incluso aos autos (fls. 106).

É o relatório.

VOTO

Vistos, analisados e discutidos. Tratam os autos da constituição do crédito tributário por meio do auto de infração nº 2018/002858 para reclamar, em dois contextos, o ICMS recolhido a menor para o exercício de 2015 *“por escriturar suas saídas com redução indevida de base de cálculo nas saídas de mercadorias a 17% e 12%, respectivamente”*.

Conforme a boa síntese do Julgador Singular, as formalidades legais para a constituição do crédito tributário e as atinentes à formalização do Processo Administrativo Tributário foram cumpridas na íntegra.

São lançamentos instruídos das provas, levantamentos e documentos em que se fundam e, adequadamente tipificados nas infrações e penalidades correspondentes.

Não há preliminares recursais.

As exigências têm por base o exercício fiscal de 2015, e foram formuladas em 2018, com a primeira ciência ao sujeito passivo, por via postal, em 30/01/2019, conforme cópia do AR acostada às fls. 35.

Instado a sopesar as alegações da defesa e reavaliar seus trabalhos, o nobre autuante promoveu um Termo de Aditamento modificativo (fls. 106), alterando a Base de Cálculo e o Valor Originário do Campo 4.11, que era de R\$ 1.091.098,06, para R\$ 1.360.855,47, cuja ciência ao sujeito passivo foi dada 25/05/2021. Ou seja,





a contagem do prazo hábil para a Fazenda Pública efetuar e/ou concluir o lançamento do crédito tributário, nos termos do art. 150, § 4º do CTN (Lei nº 5.172/66), iniciou-se em 01/01/2015 e findar-se-ia em 31/12/2020. Senão vejamos:

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.

O COCRE/TO já firmou jurisprudência no sentido de que a contagem do prazo decadencial para o exercício do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário inicia-se com a ocorrência do fato gerador e estende-se, não até a lavratura do auto de infração com a respectiva primeira intimação válida ao sujeito passivo e sim, até a última intimação, seja em decorrência de Termos de Aditamento, seja por lapsos ou atrasos do órgão preparador. Ou seja, a primeira intimação ao sujeito passivo não tem mais validade e sim, a última, porque esta estaria sendo o desfecho/conclusão da formalização do crédito tributário, dando a conhecer ao sujeito passivo, em definitivo, a exigência do *quantum debeatur*.

Jurisprudência nova a ser contornada pela Administração Tributária, sob pena de impor prejuízos à Fazenda Pública Estadual, haja vista que a maior parte dos créditos tributários são constituídos em datas próximas ao limite do prazo decadencial e, ainda que intimados dentro dele, podem exigir prazo maior por necessidade de saneamento/correções. Ou seja, autos de infração acabam corrigidos/modificados fora dele, o que implica em perda de prazo da Fazenda Pública em finalizar suas pretensões.

Sempre que o julgador avaliar que o saneamento (para a correção de erros de substância) não será cumprido em tempo hábil e, que o crédito tributário possa ser perdido em função dessa "nova decadência" ele deverá decidir





aproveitando o que for possível do auto de infração, ou então, pela nulidade do lançamento.

A decisão pela nulidade, principalmente em se tratando de vícios formais, possibilitará à Fazenda Pública constituir novo crédito tributário, pois terá a seu favor a suspensão do prazo decadencial, cuja contagem será deslocada para ter início a partir da publicação do Acórdão que tiver anulado o lançamento anterior.

Em melhor hermenêutica, os Termos de Aditamento para a correção de erros de substância, elaborados fora do prazo quinquenal, equivalem a uma decadência antecipada, vez que, se o auto de infração, ao invés de aditado é por esse motivo declarado nulo, o seu refazimento, também fora do prazo quinquenal implica, da mesma forma, em decadência, face ao que dispõe o Art. 173, inciso II, do CTN que apenas desloca o início da contagem do prazo decadencial para a data em que tenha sido publicado o Acórdão que houver nulificado o lançamento anterior por **erros de forma**. (grifou-se).

Em suma, se o Termo de Aditamento já fora elaborado a destempo, conseqüentemente, novo auto de infração também o será. Por isso, nestes casos, não há razões para procrastinar a declaração da decadência.

Noutro giro, penso que deve ser considerada válida a primeira intimação ao sujeito passivo somente em relação aos créditos tributários intimados dentro prazo quinquenal que tenham sido aditados (fora dele) para a correção de erros formais.

Desta forma, conheço do Recurso Voluntário e dou-lhe provimento para, reformar a decisão de primeira instância e, julgar extinto pela decadência o auto de infração 2018/002858, conforme artigo 150 do CTN.

É como voto.



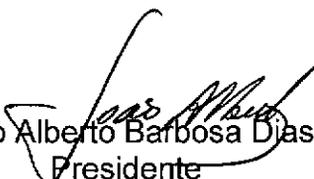


DECISÃO

Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, por unanimidade, conhecer do recurso voluntário e dar-lhe provimento para reformar a decisão de primeira instância, julgar extinto pela decadência o auto de infração 2018/002858, conforme artigo 150 do CTN. O advogado Adriano Guinzelli 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 Rui José Diel, Luciene Souza Guimarães Passos, Ricardo Shiniti Konya, Osmar Defante, Edson José Ferraz e Michelle Correa Ribeiro Melo. Presidiu a sessão de julgamento aos cinco dias do mês de dezembro de 2023, o conselheiro João Alberto Barbosa Dias.

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


Rui José Diel
Conselheiro Relator


João Alberto Barbosa Dias
Presidente

