ACÓRDÃO Nº:	**246/2023**
PROCESSO Nº:	2019/6040/501090
TIPO:	RECURSO VOLUNTÁRIO
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2019/000321
RECORRENTE:	BIC AMAZONIA S-A
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.999.925-4
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO NA CONDIÇÃO DE SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. 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 2019/000321 constituiu o crédito tributário contra o contribuinte qualificado na peça inaugural para reclamar o ICMS Substituição Tributária sobre as mercadorias revendidas a este Estado constantes do levantamento fiscal de fls. 04/15 (aparelhos de barbear e isqueiros) referente ao exercício de 2014.

Foram juntados aos autos o respectivo levantamento e cópias, por amostragem, de notas fiscais nele relacionadas.

O sujeito passivo foi intimado do auto de infração por via postal (fls. 53/54) e, tempestivamente, através dos seus representantes legais apresentou impugnação ao auto de infração às fls. 55/153, alegando conforme a boa síntese do julgador singular.

Sobreveio o julgamento da primeira instância em que o julgador disse:

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

O sujeito passivo está devidamente identificado.

A intimação é válida, a impugnação é tempestiva e legítima. O PAT está devidamente formalizado.

A autoridade lançadora do crédito tributário possui competência para o feito.

Tocante às preliminares: não merecem acolhimento sob as alegações de que no período analisado, o TARE 1.043/00 e seu Aditivo nº 01/2003, não estava mais em vigor e ainda, de o Auto de infração não atender ao disposto no artigo 35, inciso I, alínea "a", da Lei 1.288/01, por não identificar corretamente o sujeito passivo da infração.

Em Nota Explicativa de nº 03/2021 o autuante pontificou que o TARE 1.043/00 e seu Aditivo foram prorrogados duas vezes, até que passou a ser por prazo indeterminado, conforme as portarias SEFAZ de nºs 1.031/05 e 1.331/05, respectivamente.

Entendo que essa alegação de que o TARE estava vencido ou sem vigência não pode prosperar, posto que no momento da prorrogação a autuada não se manifestou e, esta instância administrativa não é a via adequada para se questionar os atos da Administração Tributária.

Da mesma forma, não merece acolhimento o argumento de que no período fiscalizado, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do respectivo imposto devido deveria recair sobre o destinatário destas mercadorias.

Com estes argumentos rejeito as preliminares de nulidade suscitadas pela defesa.

Quanto ao mérito, o Fisco exige o ICMS substituição Tributária, conforme o Termo de Aditamento de fls. 208/209, em face da constatação de que o sujeito passivo, na qualidade de substituto tributário, deixou de recolher o ICMS-ST devido sobre suas operações destinadas a contribuintes deste Estado do Tocantins, no período de 01/01/2014 à 31/12/2014.

A pretensão fiscal encontra respaldo na legislação tributária.

Trouxe à colação a legislação de regência.

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

Arrematou dizendo que o vasto arrazoado do sujeito passivo não produziu as provas necessárias para ilidir a ocorrência do fato gerador e sua responsabilidade. Que o levantamento fiscal e os documentos que o amparam são fartos em demonstrar a materialidade do lançamento.

Por outro lado, não há nos autos qualquer prova de que o tributo ora reclamado fora recolhido pelo destinatário, conforme alega.

Ante o exposto, conheceu da impugnação, negou-lhe provimento e julgou PROCEDENTE o auto de infração de nº 2019/000321, para condenar o sujeito passivo ao pagamento do valor exigido no campo 4.11 (R$ 45.834,00), conforme Termo de Aditamento de fls. 208/209, mais acréscimos legais.

Intime-se.

Irresignado com a decisão monocrática o sujeito passivo apresentou sua peça recursal (fls. 358/386) em que repisa seus argumentos impugnatórios já refutados sem, no entanto, trazer fatos novos que mereçam escrutínio.

Instado a manifestar-se o Representante da Fazenda Pública disse que a ofensa ao contraditório e ampla defesa alegados pela defesa não se configuram, tanto que a recorrente apresentou impugnações e recurso voluntário dentro dos prazos para combater o mérito do lançamento; que o Estado do Tocantins é signatário do PROTOCOLO do ICMS Nº 26/99 que trata da adesão do Estado do Tocantins ao PROTOCOLO do ICMS nº 16/85 e 17/85, ambos de 25/07/85, que instituíram o regime de substituição tributária nas operações com **"lâmina de barbear, aparelho de barbear descartável, isqueiro e lâmpada elétrica"**, conforme mercadorias constantes do levantamento basilar. Disse a alegação de que o ICMS devido foi retido e recolhido pelo destinatário não pode prosperar por falta de provas e, que o processo atende ao princípio da legalidade. Recomendou a confirmação da sentença singular.

É o relatório.

VOTO

Vistos, analisados e discutidos. Tratam os autos da constituição do crédito tributário por meio do auto de infração nº 2019/000321 para reclamar o ICMS Substituição Tributária sobre as mercadorias revendidas a este Estado constantes

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

do levantamento fiscal de fls. 04/15 (aparelhos de barbear e isqueiros) referente ao exercício de 2014.

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.

É lançamento instruído das provas, levantamentos e documentos em que se funda e, adequadamente tipificado nas infrações e penalidades correspondentes.

A ofensa ao contraditório e ampla defesa arguida pela recorrente já se encontra devidamente refutada e superada.

A exigência tem por base o exercício fiscal de 2014, e foi formulada em 2019, com a primeira ciência ao sujeito passivo, por via postal, em 21/03/2019.

Instado a sopesar as alegações da defesa e reavaliar seus trabalhos, o nobre autuante promoveu um Termo de Aditamento modificativo, alterando para menor a Base de Cálculo e o Valor Originário do Campo 4.11, que era de R$ 46.043,47, para R$ 45.834,00, cuja ciência ao sujeito passivo foi dada 10/08/2021. 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 01/01/2014 e findar-se-ia em 31/12/2019. 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

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

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 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, consequentemente, 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.

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br

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 2019/000321, conforme artigo 150, § 4º 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 2019/000321, conforme artigo 150, § 4º do CTN. O Representante Fazendário Gaspar Mauricio Mota de Macedo fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Rui José Diel, Luciene Souza Guimarães Passos, Delma Odete Ribeiro, Osmar Defante, Edson José Ferraz e Taumaturgo José Rufino Neto. Presidiu a sessão de julgamento aos sete 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

Praça dos Girassóis, Palmas - Tocantins - CEP: 77001-908
Tel: +55 63 3218 1240 | 3218 1202 – Fax: +55 63 3218 1291 - www.sefaz.to.gov.br