



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº:	042/2024
PROCESSO Nº:	2019/6040/503070
TIPO:	REEXAME NECESSÁRIO
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2019/001131
RECORRIDA:	SS COM. COSMÉT. E PROD HIGIENE PESSOAL LTDA
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.413.212-0
RECORRENTE:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. TERMO DE ADITAMENTO. DECADENCIA – O auto de infração pode ser objeto de revisão, para saneamento de incorreções ou omissões, desde que realizada dentro do prazo quinquenal, nos termos do art. 150, parágrafo 4º do CTN.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual Com base nos levantamentos fiscais RELAÇÃO DAS NFEs COM DIFERENÇAS NO CÁLCULO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTARIA (fls. 46/62) e documentos de fls. 04/55, constituiu o crédito tributário em desfavor da empresa SS COMÉRCIO DE COSMÉTICOS E PRODUTOS DE HIGIENE PESSOAL LTDA, já qualificada na inicial, exigindo-lhe ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTARIA ENTRADA – OPERAÇÕES EXTARNAS e seus acréscimos legais, sob a acusação de ter retido a menos o ICMS-ST, incidente sobre às vendas de mercadorias sujeita a este regime de tributação, conforme descritos nos Campos 4.1 e 5.1 do presente Auto de Infração.

O Sujeito Passivo foi intimado do auto de infração via postal, compare aos autos tempestivamente (fls. 65/124), por meio de sua advogada, procuração inclusa (fls. 97/98), solicitando preliminarmente a extinção do crédito tributário referente ao período de janeiro a junho de 2014, em face da decadência prevista no artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional, o qual prevê prazo de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador para constituir o crédito tributário, considerando que os fatos geradores (campo 4.1) se referem ao período de 01/01/14 à 31/12/14 e que o Auto de Infração foi lavrado em 10/06/19.

Aduz em preliminar a decadência e erros de cálculos na planilha apresentada pelo auditor fiscal: uma vez que na planilha de 2014, com exceção o





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

mês de novembro) o MVA correto seria de 40%, e o cálculo foi efetuado com o percentual de 70%, resultando em lançamento a maior.

No Mérito, solicita o cancelamento do Auto de Infração alegando a decadência para o período de janeiro a junho de 2014, bem como seja aplicado o que determina o Termo de Acordo nº 2.128/2009, ou seja, a aplicação do MVA de 30%, vigente à época, conforme a redação vigente do artigo 60, parágrafo 31 do RICMS/TO, que, previa que a base de cálculo das operações efetuadas sob a sistemática da venda direta deveria ser estabelecida pelas autoridades administrativas mediante a formalização de regime especial e que, posteriormente, com o advento do Decreto nº 4.477/12, a redação do dispositivo retro passou a ser de que, na ausência de preço de venda ou sugerido, o percentual do MVA a ser adotado nas operações de venda direta destinadas a este Estado seria de 70% (setenta por cento).

Aduz que, essa norma vigorou até 2014, quando a redação do artigo acima foi novamente alterada pelo Decreto nº 5.137/14, de forma que o percentual de MVA passou a ser de 40% (quarenta por cento) e que esta é a redação vigente.

Alega que apesar destas alterações legislativas, a administração fazendária não promoveu qualquer alteração aos termos do TARE nº 2.128/09, o qual foi concedido com prazo de vigência indeterminado e que somente em 28/08/15 é que foi expedido o Ofício nº 104/15 SEFAZIDIREC/GFST, encaminhando o Termo Aditivo nº 01/2015, alterando o TARE retro para determinar que, a partir daquele momento, a Impugnante deveria adotar o percentual de MVA previsto no artigo 60, parágrafo 31 do RICMS/TO, isto é, 40% (quarenta por cento).

Reafirmando sua tese diz, "tem-se, portanto, que, entre 17/03/09 (data da concessão do TARE) e 28/08/15 (data de expedição do Ofício encaminhando o Termo Aditivo ao TARE), a Impugnante estava devidamente autorizada pela administração pública a utilizar o percentual de MVA de 30% (trinta por cento) no cálculo do ICMS-TO devido ao Estado do Tocantins em suas operações, independentemente do quanto previsto pela legislação estadual".

O julgador de primeira instância, determinou o retorno dos autos ao autuante ou a um substituto legal, face as alegações da defesa, solicitando que fosse reexaminado o trabalho original para excluir os DANFES do período de janeiro a junho de 2014, elaborado novo demonstrativo e o respectivo Termo Aditamento.

O agente autuante, lavrou o TERMO DE ADITAMENTO de fls. 129/130, destes, retificando os campos 4.1, 4.6, 4.8 e 4.11, do presente Auto de Infração, tendo em vista a exclusão do período de janeiro a junho de 2014.

O sujeito passivo foi intimado do Termo Aditamento via postal (fls. 137/138), comparece aos autos (fls. 139/153), solicita a extinção do crédito reclamado, com base no artigo 150, § 40, c/c artigo 156, inciso V, ambos do Código





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Tributário Nacional - CTN, aduzindo que a intimação de fls. 137/138, destes, correu em 09/12/2021, portanto alcançados pela decadência.

No Mérito, reitera as alegações trazidas na impugnação inicial. O julgador monocrático, ao analisar o presente auto de infração, entende que o termo inicial para a contagem do prazo decadência é a data que o sujeito passivo foi formalmente intimado, ou seja, em 09/12/2021, conforme termo de aditamento de fls. 137/138, portanto, no presente caso, o crédito tributário foi constituído após o prazo quinquenal previsto no dispositivo acima citado.

Diz que os atos administrativos, como é o caso do Auto de Infração, não podem ser convalidados quando resulta de lesão ao interesse público ou a terceiros, no caso, a autuada.

Segundo a melhor doutrina apenas os pequenos vícios podem ser sanados, mas nunca um erro que diz respeito ao próprio objeto, nos termos da Lei estadual nº 1.288/01 em seu art. 35, § 3º e art. 36, ao prever a possibilidade de se corrigir possíveis erros ou omissões ocorridas durante a constituição do crédito tributário, o faz obedecendo os ditames do Código Tributário Nacional que rege a matéria.

Afirma ser desnecessário maiores considerações acerca dos fatos, uma vez que no presente caso, já operou a decadência prevista no Artigo 150, § 40 do CTN. A intimação via postal (fls. 137/2138), foi completada em 09/12/21, portanto, num prazo bem superior ao previsto na legislação tributária

Assim sendo, conheço da impugnação apresentada, dou-lhe provimento para acatar a preliminar de DECADÊNCIA prevista no artigo 150, § 40 do CTN, arguida pela defesa, para considerar EXTINTO PELA DECADÊNCIA, na forma do artigo 156, V, do CTN, sem julgamento do Mérito o auto de infração nº 2019/001131 (fls. 02/03), declarando EXTINTO os créditos tributários estampados nos seus campos 4.11 e 5.11 considerando o Termo Aditivo de fls. 129/130, destes.

Instado a manifestar-se quanto ao reexame necessário o Representante da Fazenda Pública disse que a sentença mostra-se equivocada, alicerçada numa premissa errada, a da ocorrência da decadência após a lavratura do Termo de Aditamento; que a partir da primeira intimação válida ao contribuinte não há mais de se falar em decadência; que o fato do presente Auto de Infração ter sido Aditado não faz nascer em favor do contribuinte a possibilidade jurídica de uma nova decadência, ou decadência em cascata, pugnou pela REFORMA da sentença singular.

O sujeito passivo foi notificado da sentença e da manifestação da Representação Fazendária, em 03/05/2023 (fls. 166/167) e não mais manifestou-se.

É o relatório.





VOTO

Conforme relatado, trata-se de Reexame Necessário em que a Fazenda pública exige da Autuada ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA ENTRADA – OPERAÇÕES EXTARNAS e seus acréscimos legais, sob a acusação de ter retido à menor, o ICMS-ST, incidente sobre às vendas de mercadorias sujeita a este regime de tributação.

A Autuada alega em preliminar a decadência, afirmando que estamos diante de um lançamento por homologação e que assim sendo, aplica-se, o art. 150, § 4º do CTN.

Tal alegação não pode prosperar em relação ao contexto 5.11, uma vez que o segundo termo de aditamento o julgador de primeira instância determinou a retificação de exigência tributária estampada no contexto 4.11, portanto, o contexto 5.11, não operou a decadência, uma vez que o objeto da ação é multa por descumprimento de obrigação assessoria, a qual não se encaixa em lançamento por homologação, mais sim, a decadência prevista no art. 173, parágrafo único do CTN.

O art. 145¹, III do CTN diz que o lançamento regularmente notificado só pode ser alterado por iniciativa de ofício da autoridade administrativa nos casos previstos no art. 149 do CTN.

O art. 149², I, parágrafo único do CTN diz que o lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa, quando a lei assim o determinar e enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.

No caso dos autos não houve alteração da infração, da penalidade e do quanto *debeatur* do contexto do 5.11, ou seja, a determinação é exclusivamente para excluir do campo 4.11, as notas já alcançadas pela decadência.

Assim sendo, resta demonstrado pelo termo de aditamento que a alteração é direcionada para o contexto 4.11, tendo em vista o reexame do levantamento original para excluir os DANFES relativos aos fatos anteriores a 11/07/2014, em face da decadência prevista no art. 150, § 4º do CTN, tendo em vista que o referido contexto foi aperfeiçoado com novo levantamento e o sujeito passivo intimado em 11/07/2019.

¹ Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:
III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.

² Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:
I - quando a lei assim o determine;
Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Deste modo, o crédito tributário descritos no contexto 4.11, foi alcançado pela decadência nos termos do art. 149, parágrafo único do CTN, mantendo-se o crédito tributário para o contexto 5.11.

Diante do exposto, considerando o termo de aditamento nas folhas 129/130 dos autos, conheço do recurso voluntário e no mérito em reexame necessário, reformar a decisão de primeira instância para julgar procedente em parte o auto de infração 2019/001131, condenando o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário descrito no campo 5.11, mais acréscimos legais e extinto pela decadência o contexto 4.11, conforme termo de aditamento.

É como voto.

DECISÃO

Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, no mérito, por maioria, em reexame necessário, reformar a decisão de primeira instância, julgar procedente em parte o auto de infração 2019/001131 e condenar o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário no valor de R\$ 33.432,02 (trinta e três mil, quatrocentos e trinta e dois reais e dois centavos), do campo 5.11, mais os acréscimos legais e absolver do valor de R\$ 81.893,23 (oitenta e um mil, oitocentos e noventa e três reais e vinte e três centavos), do campo 4.11, conforme termo de aditamento de fls. 129/130. Voto vencedor do conselheiro Edson José Ferraz. O Representante Fazendário Gaspar Mauricio Mota de Macedo fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Edson José Ferraz, Luciene Souza Guimarães Passos, Rui José Diel, Ricardo Shiniti Konya, Osmar Defante e Taumaturgo José Rufino Neto. Presidiu a sessão de julgamento aos vinte dias do mês de outubro de 2023, o conselheiro João Alberto Barbosa Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos vinte e sete dias do mês de março de 2024.

Edson José Ferraz
Conselheiro Autor do Voto Vencedor

João Alberto Barbosa Dias
Presidente

