Publicado no Diário Oficial de nº 5.714, de 28 de outubro de 2020

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº	**103/2020**
PROCESSO Nº:	2016/6040/505522
REEXAME NECESSÁRIO Nº:	3.932
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2016/005041
RECORRENTE:	EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS S/A.
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.409.770-8
RECORRENTE:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. MERCADORIAS ROUBADAS. IMPROCEDÊNCIA – É improcedente a reclamação tributária que exige o ICMS substituição tributária de mercadorias que não foram comercializadas em razão de evento roubo.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário por meio do auto de infração nº 2016/005041, contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, referente a falta de recolhimento do ICMS substituição entrada – operações externas, na condição de substituto tributário estabelecido no Estado do Ceará, sobre as operações de vendas interestaduais a empresas sediadas no Tocantins de produtos farmacêuticos e artigos de higiene pessoal. Conforme determinam as normas do convênio ICMS 76/94 e do RICMS- decreto 2.912/2006 e TARE nº 2.069/2008, cuja importância decorre da diferença entre o valor total (somatória) do ICMS-ST destacado nas NFe e o informado a menor na GIAST, relativo ao mês de setembro de 2014.

Foram anexados aos autos: Demonstrativo sintético do crédito tributário ICMSST – Nfe x GIA-ST, demonstrativo das notas fiscais eletrônicas por CFOP, GIA-ST, resumo da GIA-ST, relatório de arrecadação 2014, registros produzidos com ACL, nota de esclarecimento, memorando nº 13 e mídia em DVD (fls.04/15).

O sujeito passivo foi intimado do auto de infração por via “AR” (fls.16/17), para apresentar impugnação ou pagar o crédito tributário reclamado,

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

compareceu tempestivamente ao processo, nos termos do Art. 20 da Lei 1.288/01 (redação dada pela Lei 2.521/11), com as seguintes alegações (fls.18/75):

Alega a improcedência dos lançamentos por se tratar de mercadorias roubadas no Estado do Tocantins, antes da chegada ao seu destino, inexistindo a transferência de titularidade de tais mercadorias, não há razão de se exigir ICMS em relação a tais operações que efetivamente não se realizaram o que, por azo de consequência, atesta total improcedência da presente autuação. Acosta-se a presente peça de impugnação o boletim de ocorrência, relação das notas fiscais, documentos do condutor e do veículo que fora abordado pelos criminosos.

Através do despacho nº 051//2017, o julgador de primeira instância comparece ao feito, devolve o processo ao autor do procedimento ou seu substituto legal, para manifestar sobre as alegações do sujeito passivo (fls.77).

O auditor compareceu aos autos (fls.79/80), emite despacho nº 15, que o trabalho foi executado nos termos das disposições contidas no artigo 46 do RICMS -decreto 2.912/2006, artigo 45, XVII da lei 1.287/01 e conforme detalhamento explicado na NOTA DE ESCLARECIMENTO (fls.12/13) a qual instrui e contem todos as informações necessárias ao entendimento do lançamento do credito tributário, cujos elementos foram obtidos com base nas informações prestadas mensalmente em meio magnético pelo contribuinte, através das respectivas notas fiscais eletrônicas – Nfe.

Novamente o processo foi devolvido para o autor dos procedimentos (fls.82) para melhor esclarecimento e nada mais foi acrescentado (fls.85).

O Julgador de primeira instancia relata que o sujeito passivo está devidamente identificado no auto de infração, a intimação é válida, a impugnação é tempestiva e apresentada nos termos do artigo 20 da Lei nº 1.288/01, sendo recebida em 23.02.2017. O autuante descrito no campo 7 possui capacidade ativa para constituição do crédito tributário e a pretensão fiscal está amparada no Art. Art. 44. Inciso IX da Lei nº 1.287/0. A penalidade sugerida está prevista no Art. 48, inciso III, alínea “d” da Lei nº 1.287/2001. Continuou, pontuando e sentenciando conforme o seguinte:

> *Não foram arguidas preliminares. No mérito reportando aos argumentos da impugnação, é visível que a impugnante, concentra esforços na tentativa da improcedência dos lançamentos por se tratar de mercadorias roubadas no Estado do Tocantins, antes da chegada ao seu destino, inexistindo a transferência de titularidade de tais mercadorias, não há razão de se exigir ICMS em relação a tais operações que efetivamente não se realizaram o que, por azo de consequência, atesta total improcedência da presente autuação.*

Acosta-se a presente peça de impugnação o boletim de ocorrência, relação das notas fiscais, documentos do condutor e do veículo que fora abordado pelos criminosos.

O sujeito passivo cita Alberto Xavier: "o imposto não incide sobre mera saída ou circulação física que não configure real mudança de titularidade de domínio". No caso em tela, as mercadorias sequer chegaram a ser entregues ao seu destino por fato alheio à vontade das partes.

Os valores questionados, foram exigidos conforme determina a Legislação do Estado do Tocantins, em especial o art. 44, inciso IX, da Lei 1.287/01, a saber:

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

(...)

IX – reter e recolher o imposto devido por substituição tributária, quando exigido pela legislação;

O trabalho realizado pelo auditor, está correto, sendo que o contribuinte deixou de recolher o ICMS-ST nas operações sujeitas a este regime de recolhimento, conforme descrição da infração constatada no contexto 4.1 e relatado na nota explicativa do auto de infração.

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins tem decisão sobre o assunto:

ACÓRDÃO Nº.: 063/2016 - EMENTA : *ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OBRIGATORIEDADE DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO - É procedente a exigência de recolhimento do ICMS - ST, indicado em nota fiscal eletrônica, sobre as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.*

Portanto, analisados as planilhas e a nota explicativa do autor do procedimento, ficou claro e comprovado que o sujeito passivo, descumpriu com a legislação tributária aplicável ao caso, não apresentou provas que modificassem o feito, entendo que o trabalho realizado pela auditoria está correto, assim como a exigência do crédito tributário lançado do auto de infração, sendo que foram anexados os levantamentos, bem como as cópias das notas fiscais emitidas, caracterizando assim, o valor transcrito na peça básica, com essas análises e considerações rejeito todos os argumentos do sujeito passivo.

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

No entanto, na oportunidade em que comparece aos autos, apresenta por amostragem, erros na planilha utilizado pelo autuante, sem apresentar outra planilha de igual teor contraditando os cálculos, ou, qualquer outro elemento de prova capaz de ilidir o lançamento fiscal, deixando de atender a disposição contida no inciso I do art. 45 da Lei 1.288/2001, que assim reza:

Art. 45. A impugnação ao lançamento de ofício:

I – é instruída com os documentos em que se fundamentar.

Entendo que produtos comprovadamente roubados não podem ser tributados. Cito Sacha Calmon: "(Os fatos ilícitos não geram tributos, pois o Estado não pode se associar à criminalidade ou dela tirar proveito. O Código Tributário Nacional, no artigo 3º, é conclusivo: "Tributo é toda prestação pecuniária compulsória (obrigação de dar, de natureza pecuniária), em moeda ou em valor que nela se possa exprimir ORTN etc.), que não constitua sanção de ato ilícito (ou seja, que não se afigure como pena pecuniária imposta aos autores de atos ilícitos), instituída em lei (obrigação legal, e não contratual) e cobrada administrativamente (lançada por agentes competentes do Estado), com observância das leis (atividade administrativa vinculada à lei e, portanto, não discricionária, vedado o arbítrio dos funcionários fiscais)"

O princípio da verdade material, também denominado de liberdade de prova, autoriza a administração a valer-se de qualquer prova que a autoridade julgadora possa analisar, desde que faça transladar para o processo. É a busca da verdade material em contraste com a verdade formal e por força do Art. 393 do CPC, a que se aplica subsidiariamente, só poderá ser questionado um levantamento fiscal, com outro procedimento de igual teor, indicando os erros e enganos porventura cometidos e provados devidamente.

Neste caso, o sujeito passivo apresentou o boletim de ocorrência da carga roubada, relação das notas fiscais, documentos do condutor e do veículo que fora abordado pelos criminosos.

Assim, não restando dúvida que os argumentos do sujeito passivo em sua impugnação devem prosperar, pois, manifesta de forma consistente e produz provas para contraditar a ocorrência do fato gerador.

Diante do exposto, julgo IMPROCEDENTE o auto de infração nº 2016/005041, ABSOLVENDO o sujeito passivo ao pagamento do

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

> *CRÉDITO TRIBUTÁRIO, conforme valor do Campo: 4.11 do auto de infração de R$ 17.563,38 (dezessete mil, quinhentos e sessenta e três reais e trinta e oito centavos),*
>
> *Notifique-se o sujeito passivo da decisão.*

Submeteu a decisão à apreciação do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins, nos termos do artigo 58 § único da Lei 3.018/2015.

Em 11 de maio de 2018 a atuada foi intimada da sentença da julgadora de primeira instancia e em 12 de junho 2018 apresenta recurso voluntário, faz um breve relato do conteúdo processual e apresenta as seguintes alegações, fls. 292 a 304:

A Representação fazendária foi intimada da sentença da julgadora de primeira instancia em 20 de dezembro 2020 faz breve relato do conteúdo processual, entende que a sentença prolatada foi acertada e recomenda a improcedência do auto de infração.

É o Relatório.

VOTO

Vistos, analisados e discutidos os autos do processo, têm-se que: contra o sujeito passivo acima qualificado, a Fazenda Pública por meio do auditor fiscal constitui crédito através do auto de infração nº 2016/005041, contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, referente a falta de recolhimento do ICMS substituição entrada – operações externas, na condição de substituto tributário estabelecido no Estado do Ceará, sobre as operações de vendas interestaduais a empresas sediadas no Tocantins de produtos farmacêuticos e artigos de higiene pessoal. Conforme determinam as normas do convênio ICMS 76/94 e do RICMS-decreto 2.912/2006 e TARE nº 2.069/2008, cuja importância decorre da diferença entre o valor total (somatória) do ICMS-ST destacado nas NFe e o informado a menor na GIAST, relativo ao mês de setembro de 2014.

Em síntese foi alegado a improcedência dos lançamentos por se tratar de mercadorias roubadas no Estado do Tocantins, antes da chegada ao seu destino, inexistindo a transferência de titularidade de tais mercadorias, não há razão de se exigir ICMS em relação a tais operações que efetivamente não se realizaram o que,

por azo de consequência, atesta total improcedência da presente autuação. Acosta-se a presente peça de impugnação o boletim de ocorrência, relação das notas fiscais, documentos do condutor e do veículo que fora abordado pelos criminosos.

A Representação fazendária foi intimada da sentença da julgadora de primeira instancia em 20 de dezembro 2020 faz breve relato do conteúdo processual, entende que a sentença prolatada foi acertada e recomenda a improcedência do auto de infração.

O princípio da verdade material, também denominado de liberdade de prova, autoriza a administração a valer-se de qualquer prova que a autoridade julgadora possa analisar, desde que faça transladar para o processo. É a busca da verdade material em contraste com a verdade formal e por força do Art. 393 do CPC, a que se aplica subsidiariamente, só poderá ser questionado um levantamento fiscal, com outro procedimento de igual teor, indicando os erros e enganos porventura cometidos e provados devidamente.

Neste caso, o sujeito passivo apresentou o boletim de ocorrência da carga roubada, relação das notas fiscais, documentos do condutor e do veículo que fora abordado pelos criminosos.

Portanto, analisados os presentes autos, o autor do procedimento deixou de analisar a questão do roubo das mercadorias, ficou claro e comprovado que o sujeito passivo, cumprir com a legislação tributária aplicável ao caso, presentou provas que modificassem o feito, entendo que não está correta a exigência do crédito tributário lançado do auto de infração.

Diante do acima exposto voto para confirmar a decisão de primeira instância, julgar improcedente o auto de infração e absolver o sujeito passivo da imputação que lhe faz no valor de: campo 4.11 R$ 17.563,38 (dezessete mil, quinhentos e sessenta e três reais e trinta e oito centavos).

É como voto.

DECISÃO

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo decidiu, no mérito, por unanimidade, em reexame necessário, confirmar a decisão de primeira instância, julgar improcedente o auto de infração e absolver o sujeito passivo da imputação que lhe faz no valor de: campo 4.11 R$ 17.563,38

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

(dezessete mil, quinhentos e sessenta e três reais e trinta e oito centavos). O Representante Fazendário Rui José Diel, fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Luiz Carlos da Silva Leal, Ricardo Shiniti Konya, Valcy Barbos Ribeiro, Elena Perez Pimentel, Sani Jair Garay Naimayer e Fernanda Teixeira Halum Pitaluga. Presidiu a sessão de julgamento aos quatro dias do mês de agosto de 2020, o conselheiro Gilmar Arruda Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos vinte e um dias do mês de setembro do ano de 2020.

Ricardo Shiniti Konya
Conselheiro Relator

Gilmar Arruda Dias
Presidente