

SECRETARIA DA
FAZENDA

TOCANTINS
GOVERNO DO ESTADO



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº: **006/2021**
PROCESSO Nº: 2016/6040/505641
RECURSO VOLUNTÁRIO Nº: 9.055
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 2016/005128
RECORRENTE: DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS GRAVATA
LTDA-EPP
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 29.369.802-3
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OBRIGATORIEDADE DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. FUNDO ESTADUAL DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA DO ESTADO DO TOCANTINS - FECOEP. PAUTA FISCAL. NULIDADE – É nula a reclamação tributária com a utilização da pauta fiscal na definição da base de cálculo, em operações interestaduais, quando não demonstrado que o preço praticado pelo sujeito passivo não mereça fé, nos termos do artigo 148 do CTN e Súmula nº. 431 do STJ.

RELATÓRIO

Versa a autuação no campo 4, referente a ICMS — Substituição tributária, decorrente da parcela relativa ao adicional de 2% destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza do Estado do Tocantins - FECOEP, incidente sobre operações com bebidas alcoólicas, na condição de substituto tributário, na importância de R\$ 1.313.194,28 (um milhão, trezentos e treze mil, cento e noventa e quatro reais e vinte e oito centavos) períodos de 01/01 a 31/10/2016, Apurado conforme Levantamento Especial Substituição Tributário/FECOEP, anexo.

A infração tida como infringida foi o art. 44, inciso IX, da Lei nº. 1.287/2001, combinado com art. 27, § 11, da Lei nº. 1.287/2001, arts. 57 e 513,



SECRETARIA DA
FAZENDA

TOCANTINS
GOVERNO DO ESTADO



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

inciso I e seguintes do Decreto nº. 2.912/2006 e Termo de Acordo e Regime Especial nº.2.631/2014.

Intimado via postal, o sujeito passivo comparece aos autos, apresentando impugnação tempestiva às fls. Nº. 78/101, alegando preliminares de nulidade por: cerceamento de defesa pelo motivo de que o agente fiscal deixou de verificar os documentos que comprovam que as saídas de mercadorias são para outras unidades da federação; erro na determinação da infração nos termos do art. 28, inciso II e IV e pelo não cumprimento do art. 35, inciso I, alínea “c”, “d”, “e”, “f” e inciso IV, por imprecisão e clareza na descrição dos fatos, dispositivos legais infringidos, penalidade aplicável, valor originário do imposto ausência de demonstrativos e documentos comprobatórios, respectivamente.

Quanto ao mérito, alega a improcedência do auto de infração, afirmando que o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins tem decidido que não se aplica a Substituição Tributária, quando as mercadorias são comercializadas para outras unidades da Federação e esse entendimento deve ser aplicado em relação ao adicional de ICMS para o FECOEP, que somente deve ser exigida nas operações internas. Cita diversas decisões do COCRE.

O julgador de primeira instância, após cumprimento de diligência, em decisão de fls.179/190, rejeita as preliminares arguidas pela recorrente, pois o lançamento do crédito tributário pautou pela legalidade, enquanto que a autuada fez argumentação genérica, não conseguindo indicar com o mínimo de segurança quais seriam os eventuais vícios de nulidade do auto de infração.

E quanto ao mérito, entende que as pretensões fiscais encontram respaldo na legislação tributária, expondo que:

Tendo a empresa realizado operações de aquisição de bebidas alcoólicas de fornecedores localizados em outras Unidades da Federação e como o imposto não foi retido anteriormente, é devida a exigência tributária do ICMS/ST bem como do respectivo FECOEP do adquirente das mercadorias.

Eventualmente, se o adquirente vier a comercializar essas mercadorias para contribuintes localizados em outras Unidades da Federação, poderá creditar-se do imposto correspondente ao montante da soma do ICMS da saída cujo crédito correspondente ao montante resultante da soma do ICMS normal destacado na Nota



SECRETARIA DA
FAZENDA

TOCANTINS
GOVERNO DO ESTADO



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Fiscal de aquisição, e da parcela do imposto retido, devendo o total ser escriturado no mesmo mês em que ocorrer a saída, no item 007 — Outros Créditos do Livro de Apuração do ICMS.

Quanto ao FECOPE deve recolher o valor e pedir a sua restituição.

Dessa forma, conhece do recurso apresentado, nega-lhe provimento, e julga procedente o crédito tributário, campo 4.11 do auto de infração nº 2016/005128.

Notificado da decisão de primeira instância, a autuada apresenta recurso voluntário de fls. 196/223, alega cerceamento de defesa pelo fato de que o agente do fisco deixou de verificar os documentos fiscais que comprovam que as saídas das mercadorias foram para outras unidades da federação, pede a reforma da decisão de primeira instância, dada a inobservância de que a cobrança do FECOEP somente é possível, legalmente, em operações internas; ignorou jurisprudência ou precedente de casos semelhantes já julgados pelo COCRE, destaca outras descon siderações de julgador singular e que a decisão é totalmente im procedente.

A Representação Fazendária em parecer às fls. 225/229, após suas considerações, entende que a defesa do sujeito passivo não apresenta dado preciso que aponte objetivamente para eventuais erros ou valores exigidos indevidamente, e que a exigência do auto de infração atende as legítimas pretensões da Fazenda Pública. Ao final pede que seja mantida a decisão singular.

É o Relatório

VOTO

A presente lide se configura pela exigência de crédito tributário referente ao auto de infração nº 2016/005128, no campo 4, referente a ICMS — Substituição tributária, decorrente da parcela relativa ao adicional de 2% destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza do Estado do Tocantins - FECOEP, incidente sobre operações com bebidas alcoólicas, na condição de substituto tributário, na importância de R\$ 1.313.194,28 (um milhão, trezentos e treze mil, cento e noventa e quatro reais e vinte e oito centavos) períodos de 01/01 a 31/10/2016, Apurado conforme Levantamento Especial Substituição Tributário/FECOEP.



SECRETARIA DA
FAZENDA

TOCANTINS
GOVERNO DO ESTADO



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Noticia o auto de infração que o contribuinte deixou de recolher ICMS por substituição tributária relativamente aos produtos constantes nas notas fiscais relacionadas no levantamento anexo, devido pelas operações com os produtos relacionados no anexo XXI do Decreto nº 2.912/2006 RICMS (bebidas), conforme demonstrado em documentos anexos.

O auto de infração fundamenta-se no “LEVANTAMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA referente ao FUNDO ESTADUAL DE COMBANTE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA – FECOEP, fls. 20 a 75.

Sem adentrar ao mérito da questão, ao analisar o levantamento que deu sustentação ao auto de infração, constata-se que a base de calculo utilizado para apurar o crédito devido, foi aplicada a PAUTA fiscal, fato que contamina os resultados apresentado no trabalho de auditoria conforme já estabelecido pela sumula 431 do STJ e diversas jurisprudências desta casa.

Considerando que no processo, em nenhum momento ficou provado que os documentos emitidos pelo contribuinte não mereçam fé, fato que nestas circunstancias não se enquadraria no art. 148 do CTN, entendo que a Súmula 431 do STJ demonstra o entendimento nestes casos.

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA-STJ pela Súmula 431 em julgamento de 24/03/2010, decidiu (Enunciado): "É ILEGAL A COBRANÇA DE ICMS COM BASE NO VALOR DA MERCADORIA SUBMETIDO AO REGIME DE PAUTA FISCAL", *verbis*:

“SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.021.744 - MA (2008/0004812-0)
RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : ESTADO DO MARANHÃO
PROCURADOR : OSCAR MEDEIROS JÚNIOR E OUTRO(S)
AGRAVADO : DISMAR COMERCIAL LTDA
ADVOGADO : EDUARDO GROLLI E OUTRO(S)
EMENTA: TRIBUTÁRIO - ICMS - PAUTA FISCAL ILEGALIDADE - PRECEDENTES.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido da ilegalidade de cobrança do ICMS, com base em regime de pauta fiscal. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO



SECRETARIA DA
FAZENDA

TOCANTINS
GOVERNO DO ESTADO



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de maio de 2009(Data do Julgamento)
MINISTRO HUMBERTO MARTINS Relator".

"AgRg no RECURSO ESPECIAL NO 1.021.744 - MA (2008/0004812-0)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS

AGRAVANTE : ESTADO DO MARANHÃO

PROCURADOR : OSCAR MEDEIROS JÚNIOR E OUTRO(S)

AGRAVADO : DISMAR COMERCIAL LTDA

ADVOGADO : EDUARDO GROLLI E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo ESTADO DO MARANHÃO contra decisão monocrática deste Relator que não conheceu do recurso especial do agravante.

A decisão ficou assim ementada:

"TRIBUTÁRIO - ICMS - PAUTA FISCAL - ILEGALIDADE - PRECEDENTES - RECURSO ESPECIAL NÃO-CONHECIDO. Para melhor ilustração do caso, transcrevo a decisão proferida pelo Tribunal de origem:

'TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. BASE DE CÁLCULO FIXAÇÃO ATRAVÉS DE PAUTAS FISCAIS. NÃO DEMONSTRAÇÃO DAS HIPÓTESES DO ART. 148 DO CTN. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO. DESCABIMENTO.

- Em face do nosso direito (Decreto-lei 406/68, art. 2º, I), é inadmissível afixação da base de cálculo do ICMS com apoio em pautas de preços ou valores (pautas fiscais), porque aquela (base de cálculo do tributo) é o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria.

- A pauta de valores só é admitida nos casos previstos no art. 148 do CTN, em que, mediante processo regular, seja arbitrada a base de



SECRETARIA DA
FAZENDA

TOCANTINS
GOVERNO DO ESTADO



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

cálculo, quando inidôneos os documentos e declarações prestados pelo contribuinte.

- A substituição tributária é notoriamente constitucional e admitida em nosso direito, não sendo legítima, portanto, pretensão de seu afastamento, ainda que por via oblíqua. IV- Segurança parcialmente concedida."

Aduz a agravante ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil e 148 do Código Tributário Nacional, com o fundamento de que as decisões do STJ seguem orientações que estão em descompasso com a nova ordem que trata da substituição tributária.

Pugna, por fim, caso não seja reconsiderada a decisão agravada, submeta-se o presente agravo à apreciação da Turma. E, no essencial, o relatório."

"AgRg no RECURSO ESPECIAL NO 1.021.744 - MA (2008/0004812-0)

EMENTA: TRIBUTÁRIO - ICMS - PAUTA FISCAL ILEGALIDADE - PRECEDENTES. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido da ilegalidade de cobrança do ICMS, com base em regime de pauta fiscal. Agravo regimental improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Mantenho a decisão agravada, por seus próprios fundamentos.

Este mesmo Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais vem acatando o mesmo entendimento em diversos processos similares a este, dando o mesmo entendimento da Súmula 431 do STJ:

*ACÓRDÃO No : 072/2019 RECURSO VOLUNTÁRIO No : 8.566
PROCESSO No : 2015/6040/505268 AUTO DE INFRAÇÃO No :
2015/004545 RECORRENTE: BRF – BRASIL FOODS S.A
INSCRIÇÃO ESTADUAL No : 29.430.190-9 RECORRIDA: FAZENDA
PÚBLICA ESTADUAL*

*EMENTA ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.
OBRIGATORIEDADE DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO.
PAUTA FISCAL. PROCEDENTE EM PARTE – É procedente em
parte a reclamação tributária que exige o recolhimento do ICMS-ST
indicado em nota fiscal eletrônica sobre as mercadorias sujeitas ao
regime de substituição tributária, **excluídos os valores apurados
com preço de pauta conforme Súmula 431 do STF, quando não***



SECRETARIA DA
FAZENDA

TOCANTINS
GOVERNO DO ESTADO



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

ficar comprovado que o preço praticado pelo contribuinte não mereça fé, nos termos do art. 148 do CTN.

ACÓRDÃO No : 073/2019 REEXAME NECESSÁRIO No : 3.889
PROCESSO No : 2017/6040/504578 AUTO DE INFRAÇÃO No :
2017/001724 INTERESSADO: LOJAS AVENIDA LTDA INSCRIÇÃO
ESTADUAL No : 29.426.155-9 RECORRENTE: FAZENDA PÚBLICA
ESTADUAL

EMENTA ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.
OBRIGATORIEDADE DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO.
PAUTA FISCAL. PROCEDENTE EM PARTE – É procedente em
parte a reclamação tributária que exige o recolhimento do ICMS-ST
indicado em nota fiscal eletrônica sobre as mercadorias sujeitas ao
regime de substituição tributária, excluídos os valores apurados
com preço de pauta conforme Súmula 431 do STF, quando não
ficar comprovado que o preço praticado pelo contribuinte não
mereça fé, nos termos do art. 148 do CTN.

ACÓRDÃO No PROCESSO No : 087/2020 2015/6040/505267
RECURSO VOLUNTÁRIO No : 8.721 AUTO DE INFRAÇÃO
No : 2015/004544 RECORRENTE: INSCRIÇÃO ESTADUAL
No : BRF – BRASIL FOODS S.A 29.430.190-9 RECORRIDA:
FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL **EMENTA ICMS –**
SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOR.
PAUTA FISCAL. IMPROCEDENTE. É improcedente a
reclamação tributária com a utilização da pauta fiscal na
definição da base de cálculo, em operações interestaduais,
quando não demonstrado que o preço praticado pelo sujeito
passivo não mereça fé, nos termos do artigo 148 do CTN e
Súmula no 431do STJ.

Diante do exposto, voto em acolher a preliminar de nulidade do lançamento por erro na determinação da infração em razão do uso de pauta fiscal na composição da base de cálculo arguida na fala presente da Recorrente nesta sessão.

É como voto.

DECISÃO



SECRETARIA DA
FAZENDA

TOCANTINS
GOVERNO DO ESTADO



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso voluntário para acolher a preliminar de nulidade do lançamento por erro na determinação da infração em razão do uso de pauta fiscal na composição da base de cálculo, arguida pelo conselheiro Ricardo Shiniti Konya, para julgar nulo o auto de infração. A advogada Flávia Gomes dos Santos e o representante fazendário Rui José Diel fizeram sustentações orais pela Recorrente e pela Fazenda Pública Estadual, respectivamente. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Luiz Carlos da Silva Leal, Fernanda Teixeira Halum Pitaluga, Ricardo Shiniti Konya, Edson José Ferraz, Elena Peres Pimentel e Sani Jair Garay Naimayer. Presidiu a sessão de julgamento aos vinte e oito dias do mês de janeiro de 2021, o conselheiro Gilmar Arruda Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos dezenove dias do mês de fevereiro de 2021.

Ricardo Shiniti Konya
Conselheiro Voto vencedor

Luiz Carlos da Silva Leal
Conselheiro Relator

Elena Peres Pimentel
Presidente em exercício

