



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº: **007/2021**
PROCESSO Nº: 2016/6040/505648
RECURSO VOLUNTÁRIO Nº: 9.048
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 2016/005142
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. 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 nos campos 4, 5, 6 e 7 referentes à ICMS — Substituição tributária, não recolhida, ou recolhida a menor em operações interestaduais sobre operações com bebidas, na condição de substituto tributário conforme TARE n' 2.631 e 2.632/2014, nas importâncias de: R\$ 10.047.246,27 (dez milhões, quarenta e sete mil, duzentos e quarenta e seis reais e vinte e sete centavos) R\$ 552.393,34 (quinhentos e cinquenta e dois mil, trezentos e noventa e três reais e trinta e quatro centavos) R\$ 14.126.551,03 (quatorze milhões, cento e vinte e seis mil, quinhentos e cinquenta e um real e três centavos e R\$ 1.330.220,01 (um milhão, trezentos e trinta mil, duzentos e vinte reais e um centavos) períodos de 01/07/2015 a 31/10/2016, Apurado conforme Levantamento Especial Substituição Tributária, anexos.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

A infração tida como infringida foi o art. 44, inciso IX, da Lei nº. 1.287/2001, combinado com art. 57, § 2º, inciso II do art. 63, do Decreto nº. 2.912/2006.(alterado pelos Decretos nº. 3.310/2008 e nº. 3.122/2007); Termo de Acordo e Regime Especial nº. 2.631/2014.

A intimado via postal, o sujeito passivo comparece aos autos, apresenta impugnação tempestiva de fls. nº 139/158 alegando preliminar 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, alíneas “c”, “d”, “e” e “f” e inciso IV, por imprecisão e clareza na descrição dos fatos, dispositivos legais infringidos, penalidade aplicável, valor originário do imposto ausência de demonstrativo e documentos comprobatórios, respectivamente.

Quanto ao mérito, alega a improcedência do auto de infração, pois a Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins — COCRE, tem decidido que não se aplica a Substituição Tributária, quando as mercadorias são comercializadas para outras unidades da Federação. Cita diversos acórdãos do COCRE e Legislação vigente.

O julgador de primeira instância, após cumprimento de diligência, em decisão de fls.241/252, rejeita as preliminares arguidas pela recorrente, pois o lançamento do crédito tributário pautou-se pela legalidade, enquanto que a atuada 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:

Nas aquisições interestaduais de bebidas alcoólicas realizada pela atuada, não sendo o imposto retido anteriormente nas condições do TARE, é devida a exigência tributária do ICMS/ST. Caso a atuada venha a comercializar essas mercadorias para contribuintes localizados em outras Unidades da Federação, poderá fazer os ajustes na escrituração conforme e prevê o artigo 43, § 1º do RICMS, Decreto nº 2.912/2006.

Dessa forma, conhece do recurso apresentado, nega-lhe provimento, e julga procedente o crédito tributário do auto de infração nº 2.016/00514 2, campos 4.11 a 7.11.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Notificado da decisão de primeira instância, a autuada apresenta recurso voluntário de fls. 257/279, pede a reforma da decisão de primeira instância por ignorar jurisprudência ou precedente de casos semelhantes já julgados pelo COCRE, destaca outras descon siderações do julgador de primeira instancia e que a decisão é totalmente improcedente. Arguiu nulidade por cerceamento de defesa e erro na determinação da infração, (fls. 269).

A Representação Fazendária, em parecer às fls. 281/286, 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 às 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 2016/005142, nos campos 4, 5, 6 e 7 referentes à ICMS — Substituição tributária, não recolhida, ou recolhida a menor em operações interestaduais sobre operações com bebidas, na condição de substituto tributário conforme TARE n' 2.631 e 2.632/2014, nas importâncias de: R\$ 10.047.246,27 (dez milhões, quarenta e sete mil, duzentos e quarenta e seis reais e vinte e sete centavos) R\$ 552.393,34 (quinhentos e cinquenta e dois mil, trezentos e noventa e três reais e trinta e quatro centavos) R\$ 14.126.551,03 (quatorze milhões, cento e vinte e seis mil, quinhentos e cinquenta e um real e três centavos e R\$ 1.330.220,01 (um milhão, trezentos e trinta mil, duzentos e vinte reais e um centavos) períodos de 01/07/2015 a 31/10/2016, Apurado conforme Levantamento Especial Substituição Tributária, anexos.

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.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

O auto de infração fundamenta-se no “LEVANTAMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA”, fls. 10 a 136.

Sem adentrar ao mérito da questão, ao analisar o levantamento que deu sustentação ao auto de infração, constata-se que a base de cálculo 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 súmula 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 circunstâncias 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

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”.*





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

“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
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."*





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

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
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*





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

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. 431 do 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

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo decidiu por unanimidade, conhecer do recurso voluntário e, por maioria, acolher a preliminar de nulidade do lançamento por utilização de pauta fiscal na elaboração da base de cálculo e erro na determinação da infração, proposta pelo conselheiro Ricardo Shiniti Konya, para julgar nulo o auto de infração. Voto divergente do conselheiro Luiz Carlos da Silva Leal. O Advogado Daniel Almeida



Publicado no Diário Oficial de nº 5.797, de 26 de fevereiro de 2021

SECRETARIA DA
FAZENDA

TOCANTINS
GOVERNO DO ESTADO



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Vaz e o Representante Fazendário Rui José Diel fizeram sustentações orais pela Recorrente e pela Fazenda Pública Estadual, respectivamente. O representante fazendário pediu nova auditoria na empresa, conforme previsão do Regimento Interno. 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 sete 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

