

ACÓRDÃO Nº 030/2018
PROCESSO Nº: 2016/6640/500626
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 2016/004081
REEXAME NECESSÁRIO Nº: 3.682
INTERESSADO: LATICÍNIOS BIANA COM. IND. LTDA
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 29.039.854-1
RECORRENTE: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS INDÚSTRIA. DIFERENÇA ENTRE O PREÇO DO FABRICANTE E A PAUTA FISCAL. IMPROCEDENTE – É improcedente a reclamação tributária que utiliza Pauta Fiscal para demonstrar diferenças nas operações de saída de indústria 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.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário através do Auto de Infração - 2016/004081, contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, descrito como "ICMS recolhimento a menor nas operações interestaduais de venda de mercadoria constatados através do levantamento especial de 2011 campos 4.1 no valor de R\$ 1.005.737,99 (um milhão, cinco mil e setecentos e trinta e sete reais e noventa e nove centavos), levantamento especial de 2012 campos 5.1, no valor de R\$ 9.213.190,65 (nove milhões, duzentos e treze mil, cento e noventa reais e sessenta e cinco centavos) levantamento especial de 2013 campos 6.1, no valor de R\$ 15.884.275,88 (quinze milhões, oitocentos e oitenta e quatro mil, duzentos e setenta e cinco reais e oitenta e oito centavos) levantamento especial de 2014 campos 7.1, no valor de R\$ 17.149.436,92 (dezessete milhões cento e quarenta e nove mil quatrocentos e trinta e seis reais e noventa e dois centavos) levantamento especial de 2015 campos 8.1 no valor de R\$ 51.679,24 (cinquenta e um mil seiscentos e setenta e nove reais e vinte e quatro centavos) e referente ICMS recolhimento a menor nas operações de venda de mercadoria internas constatadas através do levantamento especial de 2011 campos 9.1 no valor de R\$ 322.044,87 (trezentos e vinte e dois mil quarenta e quatro reais e oitenta e sete centavos) levantamento especial de 2012 campos 10.1 no valor de R\$ 300.311,83 (trezentos mil trezentos e onze reais e oitenta e três centavos) levantamento especial de 2013 campos 11.1 no valor de R\$ 667.722,11 (seiscentos e sessenta e sete mil setecentos e vinte dois reais e onze centavos) levantamento especial de 2014 campos 12.1 no valor de R\$ 515.649,92 (quinhentos e quinze mil seiscentos e quarenta e nove reais e noventa e dois centavos) levantamento especial de 2015



campos 8.1 no valor de R\$ 51.679,24 (cinquenta e um mil seiscentos e setenta e nove reais e vinte e quatro centavos)”.

Foi juntada ao processo levantamento especial, TARE 1394/2003, portaria SEFAZ 749/11, instruções normativas, DANFES e 2 CDs não regráveis contendo SPED FISCAL e CONTABIL e todos os levantamentos especiais.

Elaborado termo de aditamento que altera os campos 5.1, 5.8 e 5.11; 6.1, 6.8 e 6.11; 7.1, 7.8 e 7.11; 8.1, 8.8 e 8.11; 9.1, 9.8 e 9.11; 10.1, 10.8 e 10.11; 11.1, 11.8 e 11.11; 12.1, 12.8 e 12.11, fls. 869 a 875.

A autuada foi intimada por “AR” em 28 de setembro de 2016 e apresenta impugnação tempestiva em 27 de outubro de 2016 com as seguintes alegações; que em nenhum momento promoveu omissão de saída de mercadoria tributada por subfaturamento; que as diferenças apontadas nos levantamentos são somente diferença entre a pauta vigente e o preço praticado pela autuada; que o imposto foi devidamente pago de acordo com a efetiva operação; que o suposto subfaturamento, o fisco deveria provar fazendo o confronto com a somatória dos custos de produção; que não foi provada a ocorrência de subfaturamento; que não existe qualquer dispositivo ou cláusula condicionante ao uso da pauta fiscal; que a adoção de pauta fiscal viola a legalidade tributária e contraria a Súmula nº 431 do STJ e ao final requer a improcedência do lançamento, fls. 881 a 883.

Faz juntada da cópia do AI, termo de aditamento, contrato social, documentos pessoais, TARE 1394/2003 e DANFES de 2011 a 2014, fls. 884 a 9018.

O julgador de primeira instância, em sentença proferida as fls. 9021 a 9031, faz breve relato do conteúdo do processo e aduz que o auto de infração obedece todos os preceitos do art. 35 da Lei nº 1288/01 alterada pela Lei nº 2.521/11; que a impugnação é tempestiva e atende os termos do caput do art. 20 da lei nº 1.288/01 alterada pela Lei nº 2.521/11, que a presente lide é referente às exigências de ICMS decorrente a saída de mercadorias em operação Interestadual e Estaduais utilizando base de cálculo com valor inferior ao estabelecido para o produto na pauta vigente nos exercícios de 2011 a 2015, totalizando o valor de R\$ 6.388.406,08 (seis milhões trezentos e oitenta e oito mil quatrocentos e seis reais e oito centavos) conforme termo de aditamento fls. 869/876; destaca que as pretensões fiscais tem respaldo no inciso III do art. 44 c/c inciso I, do art. 20 e alínea “a” do inciso I do art. 45 todos da Lei 1287/01 com as devidas alterações; que o sujeito passivo arguiu preliminar de nulidade por ausência de documentos comprobatórios ou demonstrativos dos fatos e decadência parcial; foi combatido as alegações de preliminares relatando que as demonstrações das diferenças estão claras além de trazer as instruções normativas que estabelecem os preços dos produtos e as notas fiscais praticadas pelo sujeito passivo e em relação a Decadências Parcial conforme o disposto no inciso I do art. 173 do CTN não ocorreu, por estes fatos rejeita as preliminares arguidas pela autuada; entende que em relação a descrever com clareza, ao analisar os contextos, o autor do procedimento não atendeu o disposto na alínea “c” do inciso I do art. 35 da Lei nº



1.288/01 mas não argui esta nulidade; no mérito analisa os pontos elencados pela defesa que o imposto foi pago de acordo com os documentos emitidos e que todas as vendas declaradas estão com os valores reais; que o autor do procedimento constatou as diferenças apontadas neste auto de infração somente com as diferenças entre a “Pauta Fiscal” e as notas emitidas pela autuada; que a afirmação de subfaturamento deve seguir com provas da ocorrência do ilícito; que em nenhum momento ficou provados que os documentos emitidos pelo contribuinte não mereça fé; que a presente matéria foi decidida pelo STJ ao editar a Súmula 431, por estes fatos julga pela improcedência de todos os itens deste auto de infração e submete a decisão ao COCRE.

A Representação Fazendária com fulcro no art. 5º, incisos II e III da Lei 1288/01 alterada pela Lei 2.521/11, c/c o art. 2º inciso IV e art. 11 do regimento Interno do CAT, Decreto 3.198/07 manifesta-se ao processo; faz breve relato do conteúdo processual descreve a inexistência de situação ensejadora de aplicação da pauta fiscal e ente á jurisprudência existente, bem como, à decisão adotada pela primeira instancia de julgamento, pugna pela confirmação.

É em síntese o Relatório,

VOTO

O auto de infração refere-se à ICMS recolhimento a menor nas operações interestaduais e internas de venda de mercadoria constatados através do levantamento especial de 2011 a 2015.

O autor do procedimento em seu trabalho de auditoria demonstra que as operações de saída da autuada, o preço praticado pela autuada foi inferior a Pauta Fiscal estabelecida pela Secretaria da Fazenda através de portaria, durante os anos de 2011 a 2015.

A autuada é uma indústria conforme documentos juntados ao processo e demonstra em sua defesa que o imposto devido foi pago de acordo com os documentos emitidos e que todas as vendas declaradas estão com os valores reais.

A afirmação de subfaturamento deveria seguir com provas da ocorrência do ilícito descrito, fato que não foi apresentado nos autos.

Em nenhum momento ficou provados que os documentos emitidos pelo contribuinte não mereçam fé, fato que nestas circunstancias se enquadra no art. 148 do CTN e a Súmula 431 do STJ citado pela recorrente.

.....
Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular,



Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo-Tributário

arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

.....
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".

"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:



Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo-Tributário

"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. 20, 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."

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.*

Diante do exposto o meu voto é para rejeitar a preliminar de cerceamento à defesa, por falta de clareza e precisão no contexto do auto de infração, arguida pelo sujeito passivo e no mérito conhecer do recurso voluntário e dar-lhe provimento



para, confirmando a decisão de primeira instância, julgar improcedentes as reclamações tributárias e absolver o sujeito passivo da imputação que lhe faz os valores de R\$ 1.005,737, 99 (um milhão, cinco mil, setecentos e trinta e sete reais e noventa e nove centavos), R\$ 1.105,582,30 (um milhão, cento e cinco mil, quinhentos e oitenta e dois reais e trinta centavos), R\$ 1.906.112,84 (um milhão, novecentos e seis mil, cento e doze reais e oitenta e quatro centavos), R\$ 2.057.932,14 (dois milhões, cinquenta e sete mil, novecentos e trinta e dois reais e quatorze centavos), R\$ 6.201,50 (seis mil, duzentos e um reais e cinquenta centavos), R\$ 54.747,41 (cinquenta e quatro mil, setecentos e quarenta e sete reais e quarenta e um centavos), R\$ 50.919,13 (cinquenta mil, novecentos e dezenove reais e treze centavos), R\$ 113.512,46 (cento e treze mil, quinhentos e doze reais e quarenta e seis centavos), e R\$ 87.660,31 (oitenta e sete mil, seiscentos e sessenta reais e trinta e um centavos), referentes aos campos 4.11 a 12.11, respectivamente.

DECISÃO

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, por maioria, rejeitar a preliminar de cerceamento à defesa, por falta de clareza e precisão no contexto do auto de infração, arguida pelo sujeito passivo. Voto divergente do conselheiro Heverton Luiz de Siqueira Bueno. No mérito, por unanimidade, conhecer do recurso voluntário e dar-lhe provimento para, confirmando a decisão de primeira instância, julgar improcedentes as reclamações tributárias e absolver o sujeito passivo da imputação que lhe faz os valores de R\$ 1.005,737, 99 (um milhão, cinco mil, setecentos e trinta e sete reais e noventa e nove centavos), R\$ 1.105,582, 30 (um milhão, cento e cinco mil, quinhentos e oitenta e dois reais e trinta centavos), R\$ 1.906.112,84 (um milhão, novecentos e seis mil, cento e doze reais e oitenta e quatro centavos), R\$ 2.057.932,14 (dois milhões, cinquenta e sete mil, novecentos e trinta e dois reais e quatorze centavos), R\$ 6.201,50 (seis mil, duzentos e um reais e cinquenta centavos), R\$ 54.747,41 (cinquenta e quatro mil, setecentos e quarenta e sete reais e quarenta e um centavos), R\$ 50.919,13 (cinquenta mil, novecentos e dezenove reais e treze centavos), R\$ 113.512,46 (cento e treze mil, quinhentos e doze reais e quarenta e seis centavos), e R\$ 87.660,31 (oitenta e sete mil, seiscentos e sessenta reais e trinta e um centavos), referentes aos campos 4.11 a 12.11, respectivamente. O representante fazendário Rui José Diel fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Ricardo Shiniti Konya, Kellen C. Soares Pedreira do Vale, Heverton Luiz de Siqueira Bueno, Josimar Júnior de Oliveira Cesar, Luiz Carlos da Silva Leal e Osmar Defante. Presidiu a sessão de julgamento aos onze dias do mês de dezembro de 2017, o Conselheiro Suzano Lino Marques.

Plenário do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, em Palmas-TO, aos vinte e seis dias do mês de março de 2018.



Publicado no Diário Oficial de nº 5.084 de 05 de abril de 2018

Secretaria da
Fazenda



GOVERNO DO
TOCANTINS

Contencioso Administrativo-Tributário

Suzano Lino Marques
Presidente

Ricardo Shiniti Konya
Conselheiro Relator

