



ACÓRDÃO Nº: 079/2023
PROCESSO Nº: 2018/6040/504936
TIPO: RECURSO VOLUNTÁRIO
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 2018/002328
RECORRENTE: INDÚSTRIAS DE BEBIDAS JOAQUIM THOMAS
DE AQUINO FILHO S.A
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 29.476.109-8
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OBRIGATORIEDADE DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. PAUTA FISCAL. IMPROCEDÊNCIA – 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.

RELATÓRIO

Com base no “LEVANTAMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA” fls. 07/10, o Fisco estadual lavrou o Auto de Infração nº 2018/002328, por omissão de recolhimento do ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, referente a operações interestaduais destinadas a contribuintes estabelecidos no Estado do Tocantins.

Foram reclamados os valores de R\$ 190.731,66 (Cento e noventa mil, setecentos e trinta e um reais e sessenta e seis centavos), referente ao contexto 4.1 e R\$ 11.091,60 (Onze mil, noventa e um reais e sessenta centavos), referente ao Contexto 5.1, no período de 01/02/17 à 31/12/17 e 01/05/2018 a 31/05/2018, respectivamente.

Foram anexados aos autos, o levantamento acima mencionado, as Informações Complementares de fls. 04/06 e os documentos de fls. 11/135.



e





A autuada foi intimada do auto de infração pela via postal, em 27/12/18 (fls. 136/137), apresentando impugnação (fls. 138/202), tempestivamente, requerendo a nulidade absoluta do feito pela inobservância dos preceitos contidos no artigo 35 da Lei 1.288/012, especialmente quanto ao inciso I, letra "c", observando que o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais tem reiteradamente decidido que a falta de clareza na descrição da infração, bem como, a dissonância entre a descrição da infração e sua tipificação leva a nulidade do auto de infração.

Diz que, "neste auto fica claro, o agente do fisco tratou apenas de penalizar o contribuinte informando que o mesmo deixou de recolher, porém o contribuinte não deixou de recolher, pois presumiu equivocadamente que o contribuinte deveria efetuar os recolhimentos da substituição tributária com base no valor de pauta, o autor do procedimento deixou de mencionar que no seu trabalho, a empresa autuada recolheu devidamente no prazo estabelecido os impostos e que todas as suas vendas foram realizadas unicamente pra uma empresa atacadista cadastrada no estado do Tocantins, portadora de TARE", cujas mercadorias são destinadas à revenda e que a Súmula 431 do STJ, veda a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetida ao regime de pauta fiscal".

Fez juntada de procuração, cópia dos documentos pessoais do procurador e cópia dos DANFES.

O julgador de primeira instância em apreciação aos autos entende que a alegação de nulidade não encontra amparo neste contencioso, uma vez que o histórico do Auto de Infração descreve claramente a reclamação fiscal, tão claro que a própria autuada se defendeu contrapondo à utilização da pauta fiscal.

Que o levantamento fiscal foi elaborado com base na legislação tributária vigente (Art. 63, § 2º do RICMS-TO aprovado pelo Dec. 2.912/06); que ao autuante, no momento da constituição do crédito tributário, e agora ao julgador cabe tão somente aplicação do que diz a Lei.

Com tais argumentos rejeita a preliminar suscitada.

Quanto aos demais aspectos formais da autuação conclui que foram observados todos os requisitos legais.

Em análise de mérito, aduz que o sujeito passivo não contrapôs o levantamento fiscal, utilizando apenas tese baseada na preliminar já apreciada e questionamento quanto a utilização da pauta fiscal.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Que por outro lado, o levantamento fiscal foi elaborado com riqueza de detalhes, individualizando os documentos fiscais ali relacionados, cuja base de cálculo foi determinada de acordo o § 2º, do Art. 63, do RICMS/TO, aprovado pelo Dec. 2.912/06, com a nova redação dada pelo Decreto 3.600/08 e Decreto 3.122/07.

Argumenta que as provas documentais em desfavor da autuada são irrefutáveis. Tão evidentes, que não foram confrontadas com provas materiais válidas.

Assim, entende que o trabalho realizado pelo autuante está correto, corroborado pelos documentos anexados aos autos, onde se comprova o recolhimento a menor do ICMS-ST, no período fiscalizado.

Desta feita, conhece da impugnação apresentada, nega-lhe provimento e julga por sentença PROCEDENTE o auto de infração nº 2018/002328, CONDENANDO o sujeito passivo ao pagamento dos créditos tributários, conforme estampado nos campos 4.11 e 5.11, e acréscimos legais.

O recorrente foi intimado da decisão singular pela via postal (AR), na data de 18/06/2020, interpondo Recurso Voluntário na data de 17/07/2020.

Alega inicialmente preliminar de nulidade do lançamento, com base no art. 35, inciso I, alínea "c" da Lei nº 1.288/01, devido ausência de clareza na descrição do Auto de Infração, uma vez que a hipótese de incidência não coaduna com o contexto fático.

Assevera que a preliminar se sustenta por carecer o auto de infração de clareza quanto a hipótese apresentada, esclarecendo que houve total omissão de informações na descrição, para que houvesse a correta subsunção da norma ao fato concreto.

Quanto ao mérito, questiona a utilização da pauta fiscal no levantamento, alegando confronto direto com os preceitos contidos nos §§ 4º e 6º, do artigo 8º, da Lei Complementar nº 87/96, que determina a necessidade de edição de lei estadual em sentido estrito, que estabeleça os critérios a serem adotados para a elaboração da pauta, enquanto no Estado do Tocantins as pautas são editadas por meio de simples ato normativo inferior.

Cita e transcreve a Súmula 431 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, bem como acórdãos do COCRE, sustentando a inaplicabilidade da pauta fiscal em relação à exigência tributária.





Alega que deve recolher o ICMS-ST na forma do regime especial adotado pelo Estado do Tocantins para as empresas atacadistas, reafirmando não ser devida a retenção com base na pauta fiscal.

Instada a se manifestar, a Representação Fazendária entende correto o trabalho de auditoria, bem como que as alegações do recorrente não provêm, pois ao assinar espontaneamente o Termo de Acordo com o Estado do Tocantins sujeita-se ao cumprimento do combinado.

Que ante todos os fatos expostos e os documentos apresentados, que comprovam a existência de valores recolhidos a menor, deve ser mantida a exigência tributária, solicitando, para tanto, seja negado provimento ao recurso voluntário, para que seja julgado procedente o auto de infração, confirmando a decisão singular.

É o relatório.

VOTO

Trata a autuação de exigência fiscal inerente à omissão de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, referente a operações interestaduais destinadas a contribuintes estabelecidos no Estado do Tocantins, nos valores de R\$ 190.731,66 (Cento e noventa mil, setecentos e trinta e um reais e sessenta e seis centavos), referente ao contexto 4.1 e R\$ 11.091,60 (Onze mil, noventa e um reais e sessenta centavos), relativo ao Contexto 5.1, no período de 01/02/17 à 31/12/17 e 01/05/2018 a 31/05/2018, respectivamente.

Vistos e discutidos os autos processuais aqui em análise, tem-se que o sujeito passivo foi devidamente cientificado do lançamento; o recurso voluntário impetrado é próprio e tempestivo, razão pela qual do mesmo tomo conhecimento.

O representante do sujeito passivo se encontra constituído nos termos do Art. 20, caput da Lei nº 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 2.521/11; da mesma forma o autuante investido de competência legal para a constituição do crédito tributário.

O auto de infração fundamenta-se no “LEVANTAMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA”, fls. 07 a 10.



[Handwritten signature]
↓



O recorrente alega que a autuação ocorreu de forma equivocada, pois presume que o contribuinte deveria efetuar recolhimento da substituição tributária com base no valor de pauta, deixando o agente do fisco de mencionar que houve recolhimento dos impostos no prazo devido por todas as vendas realizadas com destino ao Estado do Tocantins.

Assim, fato importante a ser destacado é que o ICMS ST exigido consiste na diferença entre o valor recolhido pelo contribuinte, calculado com base na utilização de Margem de Valor Agregada – MVA, e o cálculo do imposto tendo como parâmetro a pauta fiscal.

Em análise ao levantamento que deu sustentação ao auto de infração, constata-se que a base de cálculo utilizada para apurar o crédito tributário devido foi de fato definida a partir da utilização da Pauta fiscal, fato que compromete os resultados apresentados no trabalho de auditoria, conforme já estabelecido pela Súmula 431 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que assim foi editada:

“É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal.”

O art. 148 do Código Tributário Nacional - CTN somente pode ser invocado para a determinação da base de cálculo do tributo quando, certa a ocorrência do fato imponible, o valor ou preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos registrados pelo contribuinte não mereçam fé, ficando a Fazenda Pública, nesse caso, autorizada a proceder ao arbitramento mediante processo administrativo-fiscal regular, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

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, 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.



E
f



Pois bem, em nenhum momento ficou provado que os documentos emitidos pelo contribuinte não mereçam fé, fato que nestas circunstâncias não se enquadraria o Art. 148 do CTN, de forma que em assim sendo entendo que a Súmula 431 do STJ resta objetivamente aplicável ao caso.

O STJ ao editar a Súmula 431 se espelhou em decisões precedentes, as quais foram citados para seu embasamento. Da mesma forma faço aqui destaque de um desses julgados precedentes, a fim fundamentar meu entendimento quanto a inapropriação na aplicação da pauta no presente caso, senão vejamos:

TRIBUTÁRIO. ICMS. VENDA DE REFRIGERANTES. REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO COM LASTRO EM VALORES CONSTANTES DE PAUTA FISCAL. ILEGALIDADE.

1. Mandado de Segurança impetrado contra ato do Senhor Secretário da Fazenda do Estado do Pará, pretendendo suspender os efeitos da Portaria n. 788/ SEFAZ, que estabelece a cobrança do ICMS com base em valor expresso em pauta fiscal. Inegáveis efeitos concretos do referido ato.

2. Consoante as regras do sistema tributário, interdita-se a cobrança do ICMS com base nos valores previstos em pauta fiscal, porquanto o art. 148 do Código Tributário Nacional é argüível para a fixação da base de cálculo do tributo quando, certa a ocorrência do fato gerador, o valor do bem, direito ou serviço registrado pelo contribuinte não mereça fé, restando à Fazenda, neste caso, autorizada a arbitrá-lo.

3. "Está consolidado na jurisprudência da 1ª Seção, desta Corte Superior, que é impossível, segundo as regras do ordenamento jurídico tributário, prestigiar-se a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria apurado em pauta fiscal. O princípio da legalidade tributária há de atuar, de modo cogente, sem qualquer distorção, no relacionamento fisco-contribuinte.

Não merece guarida o argumento da agravante de que o teor do art. 148, do CTN, confere legalidade ao arbitramento da base de cálculo do ICMS, eis que, in casu, não se discutiu, em momento algum, a idoneidade dos documentos e a veracidade das declarações prestadas pelo contribuinte.

"O art. 148, do CTN, somente pode ser invocado para estabelecimento de bases de cálculo, que levam ao cálculo do tributo



e
J



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

devido, quando a ocorrência dos fatos geradores é comprovada, mas o valor ou preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos registrados pelo contribuinte não mereçam fé, ficando a Fazenda Pública autorizada a arbitrar o preço, dentro de processo regular. A invocação desse dispositivo somente é cabível, como magistralmente comenta Aliomar Baleeiro, quando o sujeito passivo for omissor, reticente ou mendaz em relação a valor ou preço de bens, direitos, serviços: "...Do mesmo modo, ao prestar informações, o terceiro, por displicência, comodismo, conluio, desejo de não desgostar o contribuinte, etc., às vezes deserta da verdade ou da exatidão. Nesses casos, a autoridade está autorizada legitimamente a abandonar os dados da declaração, sejam do primeiro, sejam do segundo e arbitrar o valor ou preço, louvando-se em elementos idôneos de que dispuser, dentro do razoável" (Misabel Abreu Machado Derzi, in 'Comentários ao Código Tributário Nacional', Ed. Forense, 3ª ed., 1998)." (AGA 477.831/MG; DJ de 31/03/2003, Relator Ministro José Delgado). Consoante é cediço na doutrina, "conforme lição de Rubens Gomes de Souza, "a pauta fiscal substitui-se à prova, e dá como provado o que trataria de provar. Neste ponto é que surge, ou pode surgir, a diferença (a tênue diferença de que fala Pugliatti) entre a pauta fiscal como presunção e a pauta fiscal como ficção. Assim, se a pauta fiscal diz que tal mercadoria vale 1000 e isso é sabidamente certo, ou pode ser provado certo, trata-se de presunção; ao contrário, se o que a pauta diz é sabidamente falso, é de ficção que se trata.

Revelando-se a pauta fiscal ficta em presunção absoluta, esta não se aplica ao direito tributário 'ou, pelo menos, à determinação dos elementos definidores das obrigações por ele reguladas, entre os quais, com vimos, está a base de cálculo". 4. Recurso ordinário provido. (RMS 16.810/PA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/10/2006, DJ 23/11/2006 p. 213)

Com base na referida súmula é pacífico, nesta Corte administrativa o entendimento de que é inviável a cobrança do ICMS com base em pauta fiscal, sendo assim reiteradamente decidido:

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



e
J



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

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 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.

Por todos os argumentos expostos e por tudo mais que dos autos constam, voto por conhecer do recurso voluntário e dar-lhe provimento para, reformar a decisão de primeira instância, julgar improcedente o auto de infração 2018/002328 e absolver o sujeito passivo da imputação que lhe faz nos valores de: R\$ 190.731,66 (cento e noventa mil, setecentos e trinta e um reais e sessenta e seis centavos), do campo 4.11; e R\$ 11.091,60 (onze mil, noventa e um reais e sessenta centavos), do campo 5.11.

É como voto.

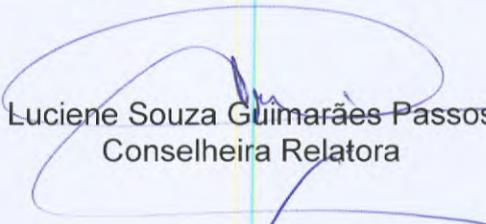


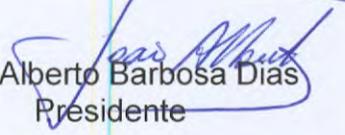


DECISÃO

Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, no mérito, por unanimidade, conhecer do recurso voluntário e dar-lhe provimento para, reformar a decisão de primeira instância, julgar improcedente o auto de infração 2018/002328 e absolver o sujeito passivo da imputação que lhe faz nos valores de: R\$ 190.731,66 (cento e noventa mil, setecentos e trinta e um reais e sessenta e seis centavos), do campo 4.11; e R\$ 11.091,60 (onze mil, noventa e um reais e sessenta centavos), do campo 5.11. O Representante Fazendário Ricardo Shiniti Konya fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Luciene Souza Guimarães Passos, Rui José Diel, Fernanda Halum Pitaluga, Josimar Júnior de Oliveira Pereira e Osmar Defante. Presidiu a sessão de julgamento aos dezesseis dias do mês de novembro de 2022, o conselheiro João Alberto Barbosa Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos dezesseis dias do mês de março de 2023.


Luciene Souza Guimarães Passos
Conselheira Relatora


João Alberto Barbosa Dias
Presidente

