GOVERNO DO ESTADO DO TOCANTINS
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº:	036/2013
REEXAME NECESSÁRIO Nº:	3.156
PROCESSO Nº:	2012/6710/500000
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2012/000327
SUJEITO PASSIVO:	MASTERBOI LTDA
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.414.945-7
RECORRENTE:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. EXIGÊNCIA DE ICMS COM BASE NO VALOR DA MERCADORIA SUBMETIDO AO VALOR DE PAUTA FISCAL. STJ SÚMULA 431. INAPLICABILIDADE DO VALOR DE PAUTA FISCAL – É improcedente o lançamento fiscal que exige ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal, conforme Súmula 431 do STJ.

RELATÓRIO

Versa a autuação sobre exigência de ICMS, proveniente de mercadorias com preço subfaturado, ao utilizar valor inferior ao de pauta, apreendidas para comprovar o ilícito fiscal conforme termo de apreensão nº 2012/000019.

Intimado via postal, o sujeito passivo comparece aos autos, apresentando impugnação tempestiva (fls. 31/40), aduzindo que é ilegal e arbitraria a utilização indiscriminada do instrumento designado Pauta Fiscal, para se estabelecerem preços mínimos nas mercadorias, ignorando a verdade material dos fatos, estabelecendo uma base de cálculo maior que a prevista em lei, ferindo o princípio da legalidade, consagrado tanto na Constituição Federal, quanto no Código Tributário Nacional e que a Súmula 431 do Superior Tribunal de Justiça, reconhece a ilegalidade da cobrança de ICMS com base no valor de pauta fiscal.

A julgadora de primeira instância em sentença às fls. 48/50, conhece da impugnação apresentada, dá-lhe provimento e julga improcedente o auto de infração, por entender que as cláusulas do Aditivo nº 002/2011, ao Termo de Acordo de Regime Especial nº 2.164/2009, utilizadas como infração, não obriga a autuada a utilizar preço de pauta para seus produtos, e que a natureza da operação no documento fiscal é de transferência para estabelecimento da própria empresa, não havendo o que se falar em subfaturamento de preço e a Portaria SEFAZ nº

749/2011 estabelece pauta fiscal para base de cálculo para o comércio varejista. Além da Súmula 431 do STJ, estabelecer que é ilegal a cobrança de ICMS com base em pauta fiscal.

A Representação Fazendária – REFAZ, em parecer às fls. 51, após suas considerações, pede que seja mantida a decisão singular.

Notificado da decisão de primeira instância e parecer da REFAZ, a impugnante não se manifestou.

VOTO

A presente lide se configura na autuação proveniente de mercadorias com preço subfaturado, ao utilizar valor inferior ao estipulado em pauta fiscal.

Em sua defesa o sujeito passivo alega, em síntese, que é ilegal e arbitrária a utilização indiscriminada do instrumento designado Pauta Fiscal, para se estabelecerem preços mínimos nas mercadorias, ignorando a verdade material dos fatos.

A julgadora de primeira instância em sua sentença entendeu que as cláusulas do Termo Aditivo nº 002/2011, ao Termo de Acordo de Regime Especial nº 2.164/2009, não obriga a autuada a utilizar preço de pauta para seus produtos, e que a natureza da operação no documento fiscal é de transferência para estabelecimento da própria empresa, não havendo o que se falar em subfaturamento de preço.

Analisando os documentos acostado aos autos, percebe-se que a origem da autuação decorreu do fato em que o contribuinte ao emitir suas notas fiscais de saídas em operação de transferência para sua filial sediada em outra unidade da Federação, utilizava-se de valores inferiores aos estipulados em pauta fiscal.

Assim, ao transitar pelo posto fiscal de fronteira, foi constatada a irregularidade e as mercadorias foram apreendidas pela fiscalização, tendo como respaldo art. 8, Inciso VIII da Portaria SEFAZ nº 749/2011, conforme a seguir:

> **PORTARIA SEFAZ Nº 749, de 06 de julho de 2011.**
>
> Dispõe sobre as regras para elaboração e aplicação da pauta fiscal e adota outras providências.
> (...)
>
> **Art. 8º** Os valores constantes da pauta fiscal, devem ser adotados como valor mínimo para apuração do imposto, nas operações ou prestações:
> **(...)**
>
> VIII – com produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino e suíno, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos ou salgados, inclusive charque.

Com supedâneo nesta portaria, foi lavrada a presente exigência tributária, combinado com a cláusula décima terceira e décima sétima do aditivo nº 02/2011 do TARE nº 2.164/2009, a seguir transcritas:

> CLÁSULA DÉCIMA TERCEIRA – A concessão deste Regime Especial não exclui a obrigatoriedade de ACORDADA de cumprir as demais obrigações fiscais, ou contratuais:
> (...)
>
> CLÁUSULA DÉCIMA SÉTIMA – As operações ou prestações tributadas, apuradas como omissões, em ação fiscal, não podem usufruir dos benefícios fiscais na Lei 1.385/2003.

Desta forma, com base nestas duas condições o agente do fisco exigiu tributo de produtos que a seu ver foram subfaturados pela autuada.

Para melhor entendimento temos que analisar individualmente as condições ou bases legais que deram suporte a ação fiscal.

A primeira condição refere-se aos valores utilizados pela autuada desconsiderando os valores mínimos determinado em pauta fiscal.

Nesta seara de entendimento, o STJ – Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 431 reconhecendo a ilegalidade da cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetida ao regime da pauta fiscal, *verbis*:

> **STJ Sumula nº 431 – Legalidade – Cobrança do ICMS com Base no Valor da Mercadoria Submetida ao Regime de Pauta Fiscal**
> É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal.

Esta condição, a princípio, fulmina a pretensão exigida na inicial, no entanto temos a segunda condição, que merece ser analisada.

A segunda condição tem espeque nas cláusulas do Termo de Acordo e Regime Especial – TARE firmado entre a autuada e a Secretaria da Fazenda do Estado do Tocantins, em que a autoridade autuante, também se apega como fundamento legal para dar suporte a ação fiscal.

Neste ínterim, temos a observar que a cláusula décima terceira do Termo Aditivo ao TARE nº 2.164/2009, não exime a autuada de cumprir com as demais obrigações fiscais, ou contratuais.

Ora, o TARE nada mais é que um contrato de livre iniciativa entre as partes com o objetivo de regulamentar certas situações ou condições não previstas em Lei, porém, sem conflitarem.

Por outro lado, a concessão do Regime Especial não exclui a obrigatoriedade da acordada em cumprir as demais obrigações fiscais, ou contratuais.

Porém, nas cláusulas do TARE firmado entre as partes, especialmente aquelas dadas como infringidas, não vislumbro nada que obrigue a autuada a utilizar os valores de pauta fiscal em suas operações comerciais, o que minimizaria a primeira condição proibitiva do STJ sobre uso da pauta fiscal.

Caso a Secretaria da Fazenda do Estado do Tocantins, entenda que o procedimento adotado pela empresa acordada esteja causando prejuízo aos cofres públicos, que inclua cláusula condicionante ao uso da pauta fiscal, possibilitando assim, ação fiscal quando do seu descumprimento.

Portanto, entendo que a ação fiscal na forma como foi executada, carece de base legal, não devendo prevalecer.

Diante do exposto, em reexame necessário, voto confirmando a decisão de primeira instância, para julgar improcedente a exigência tributária, campo 4.11 do auto de infração nº 2012/000327, e absolver o sujeito passivo da imputação que lhe faz a peça básica.

DECISÃO

Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, no mérito, por unanimidade, em reexame necessário, confirmar a decisão de primeira instância, que julgou improcedente a reclamação tributária constante do auto de infração de nº 2012/000327 e absolver o sujeito passivo da imputação que lhe faz no valor de R$ 10.236,36 (dez mil, duzentos e trinta e seis reais e trinta e seis centavos), referente ao campo 4.11. O representante fazendário Rui José Diel fez sustentação oral pela Fazenda Pública. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Luiz Carlos da Silva Leal, Evaniter Cordeiro Toledo, Kellen Crystian Soares Pedreira do Vale e Valcy Barbosa Ribeiro. Presidiu a sessão de julgamento aos 02 dias do mês de setembro de 2013, o conselheiro Edson Luiz Lamounier.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos 23 dias do mês de setembro de 2013.

Edson Luiz Lamounier
Presidente

Luiz Carlos da Silva Leal
Conselheiro Relator