



Contencioso Administrativo-Tributário

ACÓRDÃO Nº:	093/2018
PROCESSO Nº:	2015/6040/504840
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2015/004141
RECURSO VOLUNTÁRIO Nº:	8.511
INTERESSADO:	BRF – BRASIL FOODS S.A
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.429.589-5
RECORRENTE:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. TARE. OMISSÃO DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS – ST. PAUTA FISCAL. NULIDADE. É nula a reclamação tributária com base em levantamento fiscal, com inclusão de pauta fiscal, quando não demonstrado que o preço praticado pelo sujeito passivo não mereça fé. Nos termos do artigo 148 do CTN e Súmula nº 431, STJ.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário em desfavor do contribuinte qualificado na peça inaugural, referente à falta de recolhimento a menor do ICMS Substituição Tributária.

Foram anexados aos autos os levantamentos do ICMS Substituição Tributária, relações de notas fiscais, documentos auxiliares de notas fiscais eletrônicas, resumos mensais e CD-ROM (fls. 04/380).

O sujeito passivo foi intimado do auto de infração por via postal (fls. 382), apresentando impugnação, tempestivamente, com as seguintes alegações (fls. 383/408):

Que não é possível entender o alcance das infrações apontadas, uma vez que das informações constantes na descrição, com indicação da capitulação legal, foram utilizados artigos genéricos, sem qualquer alusão específica onde deveria se enquadrar a infração, o que dificulta a compreensão das acusações feitas pela fiscalização; que é imprescindível que o agente fiscal



inclua elementos suficientes para precisar a infração supostamente praticada; que a autoridade não determinou com segurança as infrações cometidas e não descreveu de forma minuciosa a infração, de modo que os requisitos indispensáveis à constituição do crédito tributário e caracterização da infração se mostram ausentes; que a base de cálculo utilizada para o cálculo do ICMS-ST é o valor de pauta; que é inconstitucional e ilegal a fixação de base de cálculo do ICMS por meio de pautas fiscais; que a realidade dos preços praticados nas operações mercantis realizadas deverá prevalecer frente aos valores das pautas fiscais; que a impugnante considerou a realidade dos preços para apuração do ICMS-ST, utilizando o real valor de cada operação já considerando o negócio jurídico a ser praticado conforme consta das notas fiscais do período; que o fisco autou a impugnante pelo não destaque de ICMS-ST na remessa de mercadorias para utilização em processo de transformação; que parte das operações listadas pelo fisco não há incidência do ICMS-ST porque as mercadorias são destinadas a estabelecimentos que irão utilizar a mercadoria em processo de produção e/ou industrialização; que os descontos incondicionais não devem ser incluídos na base de cálculo do ICMS; que o desconto é considerado como parcela redutora do preço da venda; que o desconto incondicionado não integrará a base de cálculo do ICMS; que em algumas operações remete carne bovina e suína *in natura* aos seus clientes e tais produtos não estão sujeitos à substituição tributária; que as carnes suínas e bovinas estavam sujeitas à substituição tributária até meados de 2008; que, portanto, não há que se falar na cobrança de ICMS-ST na remessa de carnes bovina e suínas *in natura*, haja vista que não há previsão legal que autorize a cobrança; que a multa aplicada mostra-se completamente abusiva e indevida, com nítido caráter confiscatório.

Fez juntada de identidades de advogado, comprovante de inscrição e de situação cadastral, procuração, substabelecimento, atas de assembleias, auto de infração e levantamentos (fls. 409/455).

O processo foi devolvido ao autor do procedimento (fls. 458) que refez os levantamentos (fls. 459/499), lavrou termo de aditamento às fls. 500/504 retificando o auto de infração e juntou Termo de Acordo de Regime Especial nº 2.411/2012, relação de empresas, manifestação e CD-ROM (fls. 505/529).

O contribuinte foi intimado do aditivo por via postal (fls. 532), apresentando manifestação às fls. 533/534, ratificando as alegações anteriores.

O julgador de primeira instância, em sentença às folhas 543/546, aduz que:

Preliminarmente, a impugnante alega que não entende o alcance das infrações apontadas devido à indicação genérica da capitulação legal; que tanto os contextos descritos na peça inicial e retificados através do termo de aditamento, como a tipificação das



infrações, estão de acordo com o disposto no art. 35, inciso I, alíneas *c* e *d* da Lei nº 1.288/01; que os demonstrativos dos créditos tributários anexados aos autos apontam, precisamente, os ilícitos fiscais cometidos pela autuada; que por duas vezes compareceu aos autos, sendo-lhe concedida a mais ampla defesa, não sendo possível falar em cerceamento ao seu constitucional direito ao contraditório; que o autor do procedimento esclarece às fls. 524/527 que a base de cálculo do imposto foi apurada com base na margem de valor agregada prevista para o item ou o valor da pauta, quando definido pela legislação e o valor da operação, quando para contribuintes consumidores finais, assim como não foram incluídos nos cálculos os descontos incondicionais; que as demais alegações da autuada, tais como as remessas para utilização em processo de transformação, os cálculos foram refeitos e elaborados novos levantamentos, cujos valores autuados foram reduzidos através de Termo de Aditamento; que a impugnante alega também que não se aplica a substituição tributária na mercadoria "carne bovina e suína *in natura*", constante de algumas notas fiscais desde meados de 2008; que embora o item 7.6 do Anexo I da Lei nº 1.287/01 tenha sido revogado, a Lei nº 2.006/2008, vigente até 31.12.2015, alterou o Anexo I, fazendo constar no item 21 referidas alterações; que é devido o ICMS-ST nas operações com carne bovina e suína *in natura*, uma vez que a mesma vem embalada para venda a consumidor ou acondicionada para venda a retalho; que a multa aplicada está prevista no Código Tributário Estadual e não pode ser reduzida pela autoridade julgadora; que o trabalho realizado pelo auditor, com as revisões do termo aditivo, está correto, sendo que o contribuinte recolheu a menor o ICMS-ST nas operações sujeitas a este regime de apuração.

Diante do exposto, conhece da impugnação apresentada, nega-lhe provimento e julga PROCEDENTE o auto de infração nº 2015/004141, CONDENANDO o sujeito passivo ao pagamento dos créditos tributários:

Campo 4.11 do termo de aditamento às fls. 503 - no valor de R\$ 21.202,71 (vinte e um mil, duzentos e dois reais e setenta e um centavos), com a penalidade do campo 4.15, mais acréscimos legais;

Campo 5.11 do aditivo às fls. 503 - no valor de R\$ 71.255,10 (setenta e um mil, duzentos e cinquenta e cinco reais e dez centavos), com a penalidade do campo 5.15, mais acréscimos legais;

Campo 6.11 do termo às fls. 503 - no valor de R\$ 117.355,15 (cento e dezessete mil, trezentos e cinquenta e cinco reais e quinze centavos), com a penalidade do campo 6.15, mais acréscimos legais e

Campo 7.11 do aditamento às fls. 503 - no valor de R\$ 464.269,07 (quatrocentos e sessenta e quatro mil, duzentos e sessenta e nove reais e sete centavos), com a penalidade do campo 7.15, mais acréscimos legais.

Intimado o contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls.557/584), tempestivo, com as mesmas alegações em sede de impugnação, sem portanto



aduzir nenhum fato novo que mereça escrutínio e no final requer a reforma da r. decisão recorrida, para que seja julgada totalmente improcedente a presente autuação fiscal e, ainda, subsidiariamente, requer a redução da multa a patamar não superior a 20% (vinte por cento), com base nos ditames constitucionais e legais que regem o ordenamento jurídico.

A Representação Fazendária em parecer às fls.585/589 recomenda a manutenção da sentença singular, que julgou PROCEDENTE o presente auto de infração.

Em seguida o processo foi remetido ao Contencioso Administrativo Tributário para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O auto de infração em análise refere-se à falta de recolhimento a menor do ICMS Substituição Tributária.

Visto, analisado e discutido o presente processo, denota-se que razão assiste ao sujeito passivo, uma vez que o autuante fez a escrita da Recorrente, utilizando-se como base de cálculo o valor de pauta fiscal.

Ocorre que deixou de trazer corretamente e de maneira fundamentada as razões concretas que levaram à autuação da empresa com relação à base de cálculo utilizada, uma vez que faz menção a dispositivos que não estão adequados aos fatos narrados no auto e descritos no levantamento em anexo, bem como também não se adequam aos princípios da legalidade e proporcionalidade.

A presença da precitada inexatidão, inquestionavelmente, dá causa à nulidade do lançamento por defeito de estrutura e vício formal estampada, como já dito, pelo uso do valor da pauta fiscal na base de cálculo.

Desta forma, o uso do valor da pauta fiscal sem razões concretas fundamentadas caracteriza a situação prevista no inciso II, do art. 28, da Lei 1.288/2001, *in verbis*:

Art. 28. É nulo o ato praticado:
[...]

II – com cerceamento de defesa;



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*:

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

Ademais, as pautas fiscais são admitidas com presunção relativa e nos casos do art. 148 do CTN, em que, mediante processo regular, se arbitra a base de cálculo, caso os documentos e as declarações prestadas pelo contribuinte sejam inidôneas, o que não ocorreu no presente processo, vejamos:

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.

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins assim já decidiu:

ACÓRDÃO Nº.: 036/2013 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.

ACÓRDÃO Nº.: 079/2012 EMENTA : ICMS. EXIGÊNCIA DE VALOR RECOLHIDO A MENOR. PAUTA FISCAL. LEITE IN NATURA. VALORES LANÇADOS EM NOTAS FISCAIS CORRESPONDEM COM EXATIDÃO AOS VALORES DA OPERAÇÃO. PRODUTO PRIMÁRIO DA PECUÁRIA - Impossibilidade de aplicação de pauta fiscal quando comprovado que o valor utilizado é verdadeiro e se trata de produto primário da pecuária.

ACÓRDÃO Nº. : 098/2012 EMENTA : ICMS. PAUTA FISCAL. ILEGALIDADE. SUMULA 431 DO STJ - Conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal.

Resta comprovado que o auto de infração está eivado de vícios e irregularidades, comprometendo, portanto, a defesa do sujeito passivo.



Por todo o exposto, tem-se que a ocorrência do equívoco destacado vicia a constituição do crédito tributário efetuada pelo Fisco.

Portanto, à luz dos elementos fáticos e jurídicos acima delineados decido pela reforma da decisão de primeira instância, e julgo pela NULIDADE do auto de infração nº 2015/004141, nos seguintes valores:

Campo 4.11 do termo de aditamento às fls. 503 - no valor de R\$ 21.202,71 (vinte e um mil, duzentos e dois reais e setenta e um centavos), com a penalidade do campo 4.15, mais acréscimos legais;

Campo 5.11 do aditivo às fls. 503 - no valor de R\$ 71.255,10 (setenta e um mil, duzentos e cinquenta e cinco reais e dez centavos), com a penalidade do campo 5.15, mais acréscimos legais;

Campo 6.11 do termo às fls. 503 - no valor de R\$ 117.355,15 (cento e dezessete mil, trezentos e cinquenta e cinco reais e quinze centavos), com a penalidade do campo 6.15, mais acréscimos legais e

Campo 7.11 do aditamento às fls. 503 - no valor de R\$ 464.269,07 (quatrocentos e sessenta e quatro mil, duzentos e sessenta e nove reais e sete centavos), com a penalidade do campo 7.15, mais acréscimos legais.

É como voto.

DECISÃO

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, por unanimidade, acolher a preliminar de nulidade do auto de infração por cerceamento a defesa, por erro no levantamento e demonstrativo do cálculo, arguida pela conselheira relatora e julgar extinto o processo sem análise de mérito. O representante fazendário Rui José Diel fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Kellen C. Soares Pedreira do Vale, Heverton Luiz de Siqueira Bueno, Josimar Júnior de Oliveira Pereira, Luiz Carlos da Silva Leal, Osmar Defante e Denise Baiochi Alves. Presidiu a sessão de julgamento aos oito dias do mês de fevereiro de 2018, o conselheiro Suzano Lino Marques.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos quinze dias do mês de maio de 2018.

Suzano Lino Marques



Presidente

Kellen C. Soares Pedreira do Vale
Conselheira Relatora

