



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº	078/2020
PROCESSO Nº:	2016/6040/501868
RECURSO VOLUNTÁRIO Nº:	8.593
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2016/001100
RECORRENTE:	SEARA ALIMENTOS LTDA
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.442.059-2
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. PROCEDÊNCIA – É procedente a reclamação tributária que exige o ICMS devido por substituição tributária pelo remetente, quando este, na condição de substituto tributário, deixa de recolher o imposto devido.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual, por meio da lavratura do auto de infração 2016/001100, constituiu crédito tributário contra o sujeito passivo qualificado na peça inaugural, referente a cobrança de ICMS devido por substituição tributária, relativo às vendas de mercadorias sujeitas a este regime para contribuintes estabelecidos no Estado Tocantins, no período de 01.09.2012 a 30.09.2012; 01.01.2014 a 31.12.2014 e 01.01.2015 a 31.12.2015. Conforme constam dos levantamentos do ICMS substituição tributária, amostras de DANFE's (gravadas em mídia digital CD) e relação de notas fiscais, anexas aos autos.

Intimado por edital no dia treze de maio de 2016 (fls.136), e decorrido o prazo legal de trinta dias, o sujeito passivo foi declarado revel, tendo em vista que não apresentou impugnação ao auto de infração, tampouco realizou o pagamento ou parcelamento do crédito tributário (fls.137).

Às fls. 139/160, o sujeito passivo compareceu aos autos, intempestivamente, por meio de impugnação ao auto de infração, arguindo preliminares de nulidade e, no mérito, requerendo a improcedência do auto de infração.





**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS**

Mister se faz, pontuar que o sujeito passivo arrazoou que o fiscal cometeu equívoco quando da realização dos cálculos para apuração do ICMS-ST, e que por isso, o auto de infração deveria ser declarado nulo. Do que solicitou realização de diligência/perícia para elucidação dos fatos e circunstâncias pertencentes ao caso.

Às fls. 191/192, o julgador de primeira instância, não obstante declaração de revelia e impugnação perempta, face à denúncia da defesa de erros de cálculos na cobrança do ICMS-ST, considerou a possibilidade de alteração dos cálculos do ICMS-ST exigido, e devolveu o processo ao autor do procedimento, para fins de revisão e saneamento.

Outrossim, o autor do procedimento, às fls. 263/274, manifestou-se combatendo as alegações da defesa. Juntou termo de aditamento, novos levantamentos fiscais com as correções efetuadas, pauta fiscal vigente ao período fiscalizado e cópia da consulta nº 039/2015 referente ao processo nº 2015/9540/502476 da impugnante com data de 16.10.2015.

O sujeito passivo foi intimado do termo de aditamento, via postal e por edital (fls. 276/278), do que compareceu ao feito (fls. 281/323), tempestivamente, contraditando o auto de infração e termo de aditamento. Ao final pediu pela nulidade ou improcedência da reclamação tributária.

Sobreveio a sentença de primeira instância (fls. 325/338), em que o julgador singular rejeitou as preliminares de nulidade arguidas pela defesa, por considerar que, conforme exordial e termo de aditamento, a descrição da infração foi apresentada de forma clara e evidente, que os atos infringidos estão descritos e se sustentam de acordo com a legislação, bem como, a penalidade aplicada está em conformidade com a infração cometida.

Ressaltou que os demonstrativos dos créditos tributários atendem os requisitos da Lei 1.288/2001 e atestam de forma clara e transparente os valores do imposto devido. Expôs que o próprio contribuinte utilizou tais demonstrativos para contraditar os erros de cálculos cometidos pelo autuante, que claramente insurgiu em correção e emissão do termo de aditamento.

Ponderou que, a argumentação da defesa de que o auto de infração exige ICMS-ST em operações cujos destinatários das mercadorias possuem o Termo de Acordo de Regime Especial – TARE, e são responsáveis pela retenção e





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

recolhimento do ICMS-ST, não teria nenhuma razão de ser, visto que o próprio TARE nº 2.468/2012 que o sujeito passivo é detentor, estabelece claramente na cláusula segunda o contribuinte assume a condição de substituto tributário, responsabilizando-se pela retenção e recolhimento do ICMS em relação a todas as remessas efetuadas a este Estado, inclusive quando destinados a contribuintes deste Estado, que sejam também detentores de Termo de Acordo de Regime Especial, que lhes atribuiu à condição de substituto tributário.

Quanto à alegação de aplicação excessiva da multa proporcional de 100% sobre o imposto devido, em que a impugnante diz ter caráter confiscatório e a impossibilidade de incidência de juros sobre a multa aplicada, pontuou que o contribuinte, ao entender pela inconstitucionalidade do percentual da multa indicada, por ferir o princípio do não confisco, deve fazer a alegação por meio da propositura da ação judicial devida, para que seja declarada a inconstitucionalidade da norma legal.

Ante o exposto, conheceu da impugnação, negou-lhe provimento e julgou procedente o auto de infração nº 2016/001100, conforme termo de aditamento de fls. 263/265, condenando o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário exigido.

Intimado da sentença, via edital (fl. 342), o sujeito passivo apresentou Recurso Voluntário, pontuando que a sentença de primeira instância não analisou todos os argumentos da defesa. Elucidou que ficaram sem apreciação as seguintes premissas: a) da inaplicabilidade do instituto o ICMS-ST nas operações relativas à comercialização de carne suína *in natura* (NCM 02.03); b) da não aplicação de MVA de 50%; c) pedido de realização de diligência; e) da impossibilidade de juros sobre a multa.

Arguiu, novamente, preliminar de nulidade do auto de infração, por infringência ao art. 35, inciso I, alínea “c”, da Lei 1.288/2001, bem como de cerceamento de defesa, em razão da inexistência de demonstração dos cálculos no levantamento fiscal.

No mérito, com fundamento no Princípio da Verdade Material, argumentou que nas operações relativas às mercadorias classificadas no NCM nº 02.03 (carne suína *in natura*) não se aplica o instituto do ICMS-ST. Ressaltou, outrossim, que não deveria ser aplicado o MVA de 50%, visto que não se trata de carne industrializada. Requerendo, neste sentido, a realização de perícia para determinar se se trata de carne *in natura* ou de produto industrializado.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

Assinalou que os destinatários das mercadorias possuem o Termo de Acordo de Regime Especial – TARE, e são responsáveis pela retenção e recolhimento do ICMS-ST. Situação que desobrigaria a recorrente de recolher o tributo exigido, o que tornaria o auto de infração improcedente visto que exige tributação de parte que não é responsável pela retenção e recolhimento do ICMS-ST.

Alegou, novamente, quanto a presença de erros na elaboração dos cálculos e exigências da peça inaugural, e pontuou que tais erros permaneceram após o termo de aditamento. Questionou a multa aplicada, justificando ter esta, caráter confiscatório, e contrariar preceitos constitucionais. Ao final, pugnou pela nulidade ou improcedência do auto de infração.

Em manifestação às fls. 367/370, a representação Fazendária entendeu que as razões alinhadas na peça recursal estão fundadas em mecanismos processuais protelatórios. Recomendou a rejeição das preliminares de nulidade arguidas pela defesa, e pugnou pela confirmação do julgamento de primeira instância.

É o Relatório.

VOTO

Observa-se que a lide é referente à exigência de ICMS devido por substituição tributária, relativo às vendas de mercadorias sujeitas a este regime para contribuintes estabelecidos no Estado Tocantins, nos exercícios de 2012, 2014 e 2015.

O sujeito passivo, intimado do lançamento, apresentou impugnação intempestiva, trazendo a baila denúncia de erro de cálculos no levantamento fiscal. Lavrou-se o termo de revelia.

Todavia, pelo primado da busca pela verdade material a denúncia foi acolhida e proferiu-se despacho saneador, de forma que o autor do procedimento manifestou-se acerca da alegação do sujeito passivo, juntando termo de aditamento.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Intimada do termo de aditamento, a defesa apresentou nova impugnação, tempestiva, pugnando pela nulidade ou improcedência do auto.

Sobreveio a sentença de primeira instância que julgou procedente a reclamação tributária, nos termos do aditamento.

O contribuinte, intimado da decisão singular, apresentou Recurso Voluntário, requerendo a nulidade da sentença e do auto de infração, ou improcedência da reclamação tributária.

A Representação Fazendária, após suas alegações, recomendou pela confirmação da decisão monocrática. Em seguida os autos foram remetidos a este Conselho, para julgamento do Recurso Voluntário.

Passemos a análise do caso.

No que se refere a preliminar de nulidade da sentença, entendo que não merece prosperar, tendo em vista que as questões suscitadas pela recorrente foram perfeitamente respondidas no julgamento singular.

No Recurso Voluntário, o sujeito passivo alega que quatro os pontos suscitados na impugnação, não foram apreciados, são eles: (i) da inaplicabilidade do instituto do ICMS-ST sobre a comercialização da *carne suína*, classificada na NCM 02.03; (ii) da não aplicação do MVA de 50%; (iii) do pedido de diligência para realização de perícia a fim de identificar se se trata de carne *in natura* ou de produto processado e industrializado; e (iv) da impossibilidade de incidência de juros sobre a multa. Dessa forma, ponderando que houve omissão, requer que seja cancelada a decisão monocrática.

Ocorre que a autoridade julgadora reforça, sabiamente, a fundamentação de sua decisão, trazendo a baila a Resposta à Consulta nº. 039/2015, em que a recorrente figura como consulente. A resposta da Consulta trata dos quesitos que o recurso pauta como não superados e: (i) descreve que é perfeitamente exigível o ICMS-ST sobre a comercialização da *carne suína*, classificada na NCM 02.03; (ii) ressalta que o MVA aplicável aos casos dessa natureza é o de 50%; e (iii) elucida quanto a identificação do produto em evidência e assinala que se trata de produto processado e industrializado. Vê-se, dessa forma, que estes três pontos encontravam-se perfeitamente superados, e que, conforme bem levantado pela Representação Fazendária, este recurso se mostra meramente protelatório e prejudicial ao princípio da busca pela verdade real ou material.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

Quanto à alegação, da recorrente, de que a sentença deixou de combater a questão “impossibilidade de incidência de juros sobre a multa”, equivocase o sujeito passivo, pois o quesito foi devidamente analisado pelo julgador singular que, primorosamente, ressaltou que contribuinte, ao entender pela inconstitucionalidade do percentual da multa indicada, por ferir o princípio do não confisco, deve fazer a alegação por meio da propositura da ação judicial devida, visto que não é competência deste Contencioso Administrativo Tributário, a apreciação de inconstitucionalidade de Lei.

Quanto às preliminares de nulidade do auto de infração por cerceamento de defesa e por infringência ao art. 35, I, da lei 1.288/2001, arguidas pela defesa, concordo com o julgador de primeira instância, que decidiu por rejeitá-las, visto que não houve cerceamento ao direito de defesa, nem infringência ao disposto na alínea “c” do art. 35 da Lei 1288/2001.

Vejamos que, conforme exordial e termo de aditamento de fls. 263/265, a descrição da infração foi apresentada de forma clara e evidente, ao destacar que o contribuinte deixou de recolher o ICMS-ST, enquanto o TARE nº. 2468/2012 prevê a responsabilidade da autuada no recolhimento do tributo devido.

Ademais, os atos infringidos estão descritos e se sustentam de acordo com a legislação, bem como, a penalidade aplicada está em conformidade com a infração cometida. Nessa ambiência, insta pontuar que os demonstrativos dos créditos tributários atendem os requisitos da Lei 1.288/2001 e atestam de forma clara e transparente os valores do imposto devido.

Superadas as preliminares, insta agora, adentrar ao mérito da matéria.

Pontua a defesa que, por não se enquadrar como comercialização de carne industrializada, as operações relativas às mercadorias classificadas no NCM nº 02.03 (carne suína *in natura*) não se aplicaria o instituto do ICMS-ST, nem o MVA de 50%. Ocorre que, como já citado na sentença, a Consulta nº. 039/2015, em que a recorrente figura como consultante, esclarece que o ICMS-ST é perfeitamente exigível sobre as operações realizadas pelo sujeito passivo, bem como, aplica-se o MVA de 50% aos casos dessa natureza, visto que, nos termos do art. 4º., IV, do Decreto Federal 7212/2010, a carne suína embalada pela recorrente possui caráter de produto industrializado, pois é produto com identidade própria, apresentado pronto para consumo, e passa por um processo de industrialização, ainda que simples. Vejamos o que diz o dispositivo retro:





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Art. 4º. **Caracteriza industrialização** qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoe para consumo, tal como (Lei nº 5.172, de 1966, art. 46, parágrafo único , e Lei nº 4.502, de 1964, art. 3º, parágrafo único) :

[...]

IV - a que importe em alterar a apresentação do produto, pela colocação da embalagem, ainda que em substituição da original, salvo quando a embalagem colocada se destine apenas ao transporte da mercadoria (acondicionamento ou reacondicionamento);

Desta forma, vê-se que as operações relativas às mercadorias classificadas no NCM nº 02.03 (carne suína *in natura*) submete-se a substituição tributária, nos termos dos arts. 41 e 42 do RICMS, mediante Margem de Valor Agregado de 50%, conforme preconizado no item 32 do Anexo XXI do RICMS/TO, aprovado pelo Decreto 2912/2006.

Outrossim, a referida Consulta deslinda com precisão, quanto a identificação do produto em evidência (carne suína *in natura*, ainda que embalada), e assinala que se trata de produto processado e industrializado, nos termos do art. 4º., IV, do Decreto Federal 7212/2010. Sendo desnecessária a realização da perícia pugna pelo sujeito passivo.

No que tange à argumentação da defesa, de que o auto de infração deveria ser cancelado porque exige ICMS-ST em operações, cujos destinatários das mercadorias se responsabilizaram pelo recolhimento do ICMS, em razão de Termo de Acorde de Regime Especial – TARE, entendo desacertada a alegação do sujeito passivo, pois conforme bem colocado pelo julgador singular, o próprio TARE nº 2.468/2012, em que o sujeito passivo é detentor, estabelece claramente na cláusula segunda, que havendo conflito entre dois termos de acordo, subsistirá a obrigatoriedade de recolhimento do imposto, por parte do remetente. Senão vejamos:

[...] **assume a qualidade de contribuinte substituto tributário** em relação às operações subsequentes, responsabilizando-se pela apuração, retenção e recolhimento do ICMS em relação a todas as remessas a este Estado, de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, **inclusive quando destinadas a**





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

contribuinte que seja também detentor de Termo de Acordo que lhe atribui à condição de substituto tributário. (grifo nosso)

Nesta ambiência, ressaltou ainda, a autoridade julgadora, quanto ao entendimento já emanado por este Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, no sentido de decidir pela procedência do auto de infração que exige o ICMS devido por substituição tributária, nas situações onde o remetente assume a responsabilidade mediante termo de Acordo. Senão vejamos:

ACÓRDÃO Nº. 116/2016: EMENTA: ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO NÃO RETIDO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA PELA RETENÇÃO E PAGAMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA ATRIBUÍDA AO REMETENTE DAS MERCADORIAS. É procedente o auto de infração que exige o ICMS devido por substituição tributária do remetente das mercadorias quando este assume por TARE a condição de substituto tributário.

Alegou a defesa, mais uma vez, que mesmo com o termo de aditamento, permanece a presença de erros na elaboração dos cálculos e exigências da peça inaugural. Concordo com o julgador singular que, primorosamente, reconheceu estarem cirurgicamente corrigidos os cálculos do ICMS por substituição tributária, estando estes devidamente corretos e atendendo a legislação pertinente.

O ICMS é devido pela impugnante, e como tal deverá ser recolhido aos cofres públicos. O lançamento do crédito tributário pretendido pelo fisco estadual está em conformidade com os requisitos exigidos nos processos de fiscalização e Auditoria Fiscal, e a reclamação tributária tem sustentação na legislação tributária estadual e nacional.

Quanto ao questionamento do sujeito passivo, de que a multa aplicada teria caráter confiscatório, e estaria contrariando preceitos constitucionais, também concordo com a autoridade julgadora de primeiro grau, que ressaltou ser temática alheia a competência desta esfera administrativa e que, ao entender pela inconstitucionalidade do percentual da multa indicada, por ferir preceitos constitucionais, deve o interessado propor ação cabível, no âmbito judicial.

Ante o exposto, voto pela confirmação da decisão de primeira instância, para julgar procedente o auto de infração, condenando o sujeito passivo ao pagamento dos créditos tributários nos termos do aditamento de fls. 263/265.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

É como voto.

DECISÃO

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, Decidiu, por unanimidade, rejeitar as preliminares de cerceamento de defesa e nulidade da decisão singular, arguidas pela Recorrente. No mérito, por unanimidade, conhecer do recurso voluntário e negar-lhe provimento para confirmar a decisão de primeira instância, julgar procedente o auto de infração e condenar o sujeito passivo ao pagamento dos créditos tributários nos termos do aditamento de fls. 263/265, nos valores de: campo 4.11 R\$ 7.580,42 (sete mil, quinhentos e oitenta reais e quarenta e dois centavos) campo 5.11 R\$ 122.318,56 (cento e vinte e dois mil, trezentos e dezoito reais e cinquenta e seis centavos) e campo 6.11 R\$ 101.919,05 (cento e um mil, novecentos e dezenove reais e cinco centavos) mais os acréscimos legais. O representante fazendário Paulo Robério Aguiar de Andrade fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Marcélio Rodrigues Lima, Sani Jair Garay Naimayer, Luiz Carlos da Silva Leal, Gilmar José Bonzanini, Ricardo Shiniti Konya e Fernanda Teixeira Halum Pitaluga. Presidiu a sessão de julgamento aos oito dias do mês de agosto de 2019, o conselheiro Gilmar Arruda Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, ao primeiro dia do mês de julho de 2020.

Gilmar Arruda Dias
Presidente

Marcélio Rodrigues Lima
Conselheiro relator

