



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº 090/2020
PROCESSO Nº: 2017/06040/501027
RECURSO VOLUNTÁRIO Nº: 8.884
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 2017/000354
RECORRENTE: SORVETERIA CREME MEL LTDA
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 29.453.198-0
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOR. PROCEDENTE – É procedente a reclamação tributária que demonstra omissão parcial do recolhimento do ICMS substituição tributária, conforme estabelecida a responsabilidade pela retenção e recolhimento ao substituto tributário.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário contra o sujeito passivo qualificado na peça inicial através da lavratura do auto de infração 2017/000354 referente ao ICMS Substituição Tributária, campo 4.11 no valor de R\$ 114.933,27 (cento e quatorze mil, novecentos e trinta e três reais e vinte e sete centavos), e campo 5.11 no valor de R\$ 14.798,78 (quatorze mil, setecentos e noventa e oito reais e setenta e oito centavos) relativos aos exercícios de 2014 e 2015.

Foram juntados ao processo cópias dos levantamentos fiscais, DANFES e CD, documentos às folhas 05/63.

O sujeito passivo foi intimado do auto de infração por ciência postal, fls. 65, comparecendo tempestivamente ao processo, fls. 66-82, alegando em síntese que:

[...] a alíquota cobrada nas operações interestaduais envolvendo operações de circulação de sorvete é a mesma da alíquota interna, qual seja 18% (dezoito por cento)”, alega, ainda, a impossibilidade da legislação estadual estabelecer diferença tributária em razão da procedência ou destino das mercadorias considerando o IVA original de 70% e 80,24% para o IVA ajustado. Afirma também que a multa





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

aplicada tem caráter confiscatório e que a mesma é desproporcional e cita algumas ementas de Tribunais Superiores. Ao final, requer a nulidade do auto de infração, Não sendo declarada a nulidade, que a penalidade imposta seja reduzida ao patamar de 20%.

O julgador de primeira instância relatou que não foram suscitadas questões preliminares, desse modo, passou ao mérito do lançamento.

Ponderando que no caso em questão, a empresa adotou a MVA-Margem de valor agregado original, quando deveria ter realizado os cálculos do ICMS/ST nas operações destinadas ao Estado do Tocantins com base na MVA ajustada, conforme determinam o artigo 58 do RICMS, Decreto 2.912/06 e Protocolos ICMS nº 20/05 e 31/05:

Cláusula segunda O imposto a ser retido pelo sujeito passivo por substituição será calculado mediante a aplicação da alíquota vigente para as operações internas, no Estado de destinação da mercadoria, sobre o preço máximo ou único de venda a ser praticado pelo contribuinte substituído, fixado por autoridade competente ou, na falta deste, o preço final a consumidor sugerido pelo fabricante ou importador, deduzindo-se o imposto devido pelas suas próprias operações.

§ 1º Inexistindo o valor de que trata o caput, a base de cálculo corresponderá ao montante formado pelo preço praticado pelo remetente, incluídos os valores correspondentes a frete, seguro, impostos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, ainda que por terceiros, **adicionado da parcela resultante da aplicação, sobre o referido montante, do percentual de margem de valor agregado ajustada (“MVA Ajustada”)**, calculado segundo a fórmula (grifo nosso):

“MVA ajustada = $[(1 + \text{MVA ST original}) \times (1 - \text{ALQ inter}) / (1 - \text{ALQ intra})] - 1$ ”, onde:

I - “MVA ST original” corresponde às seguintes margens de valor agregado:

- a) de 70% (setenta por cento) para os produtos indicados no inciso I do § 1º da cláusula primeira;
- b) de 328% (trezentos e vinte e oito por cento) para os produtos indicados no inciso II do § 1º da cláusula primeira;





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

II - "ALQ inter" é o coeficiente correspondente à alíquota interestadual aplicável à operação;

III - "ALQ intra" é o coeficiente correspondente à alíquota interna ou percentual de carga tributária efetiva, quando este for inferior à alíquota interna, praticada pelo contribuinte substituto da unidade federada de destino, nas operações com as mesmas mercadorias listadas no § 1º da cláusula primeira.

Desse modo, entendeu correto o lançamento do crédito tributário realizado pela fiscalização, considerando que os DANFES e os levantamentos juntados aos autos demonstram claramente a falta de observância pelo sujeito passivo da cláusula segunda do Protocolo ICMS 20/05, tendo o mesmo apurado e recolhido o ICMS em valores menores que os devidos, conforme demonstrado nos levantamentos fiscais. Portanto, devidamente caracterizada a conduta omissa do sujeito passivo em deixar de observar a cláusula segunda do Protocolo ICMS 20/05, é legítima a exigência tributária.

Que à alegação da defesa da suposta diferença na cobrança do ICMS em razão da procedência ou destino das mercadorias, tendo em vista as diferenças nas margens de valores (original e ajustado), que a alegação não procede porque a mesma é estabelecida na cláusula segundo do protocolo ICMS 20/05 e tem por finalidade tornar o valor da base de cálculo igual tanto na operação interna quanto na interestadual, portanto, não qualquer tratamento diferenciado em razão da origem de mercadorias ou destino conforme afirma a impugnante.

Que da mesma forma, também não procede a alegação da defesa que a alíquota do ICMS na operação interestadual é igual a alíquota interna do ICMS, ou seja, 18%, quando as alíquotas são de 12% e 17% respectivamente.

Que quanto à alegação que a multa imposta no auto de infração teria efeito confiscatório, a mesma foi aplicada corretamente e nos termos da legislação tributária em vigor, além do que, não é competência desse Contencioso Administrativo Tributário a apreciação de constitucionalidade de Lei.

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais já analisou o tema e assim se manifestou:

ACÓRDÃO Nº 544/2004 – EMENTA: I – Esta Corte Administrativa não tem competência para julgar arguições de inconstitucionalidade de lei, posto que tal mister é ínsito ao Poder Judiciário, com supedâneo na Constituição Federal.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº: 129/2018 - EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OMISSÃO DE RECOLHIMENTO. PROCEDENTE. É procedente a reclamação tributária que demonstra a omissão do recolhimento do ICMS substituição tributária, ficando estabelecida a responsabilidade pela retenção e recolhimento ao remetente.

Ante o exposto, conheceu da impugnação apresentada, negou-lhe provimento e julgou PROCEDENTES as exigências do auto de infração de nº 2017/000354, CONDENANDO o sujeito passivo a pagar os créditos tributários conforme valores abaixo:

Campo 4.11 do auto de infração - No valor de R\$ 114.933,27 (cento e quatorze mil, novecentos e trinta e três reais e vinte e sete centavos), com a penalidade do campo 4.15 mais os acréscimos legais.

Campo 5.11 do auto de infração - No valor de R\$ 14.798,78 (quatorze mil, setecentos e noventa e oito reais e setenta e oito centavos), com a penalidade do campo 5.15 mais os acréscimos legais.

Intimada da decisão em 11 de fevereiro de 2019, a atuada apresentou recurso em 25 de fevereiro de 2019, arguindo preliminar de nulidade do auto por “insegurança na determinação da infração – erro na capitulação legal das infrações – inovação dos dispositivos na sentença” e reiterou as alegações feitas na impugnação, ressaltando “que a alíquota cobrada nas operações interestaduais envolvendo operações de circulação de sorvete é a mesma da alíquota interna, qual seja 18% (dezoito por cento)”, alegou, ainda, a impossibilidade de a legislação estadual estabelecer diferença tributária em razão da procedência ou destino das mercadorias considerando o IVA original de 70% e 80,24% para o IVA ajustado.

Afirmou, também, que a multa aplicada teria caráter confiscatório e que a mesma seria desproporcional. Citou algumas ementas de Tribunais Superiores. Ao final, pugnou pela nulidade do auto de infração, e caso não seja declarada a nulidade, que a penalidade imposta fosse reduzida ao patamar de 20%.

A Representação Fazendária fez um breve relato sobre o conteúdo processual e da sentença prolatada pelo julgador de primeira instância. Entendeu que a sentença prolatada foi acertada, refutou as alegações da recorrente e recomendou pela confirmação da sentença.

É o relatório.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

VOTO

A Fazenda Pública Estadual constitui crédito tributário contra o contribuinte qualificado na peça inaugural, auto de infração nº 2017/000354 referente ao ICMS Substituição Tributária, campo 4.11 no valor de R\$ 114.933,27 (cento e quatorze mil, novecentos e trinta e três reais e vinte e sete centavos) campo 5.11 no valor de R\$ 14.798,78 (quatorze mil, setecentos e noventa e oito reais e setenta e oito centavos) relativos aos exercícios de 2014 e 2015.

O sujeito passivo está devidamente identificado no auto de infração e a autuada é responsável pela retenção e recolhimento conforme definido no inciso I do art. 13 da Lei 1.287/2001;

Art. 13. São responsáveis por substituição em relação às operações subseqüentes:

I – o industrial ou importador em relação:

a) aos produtos constantes dos segmentos do Anexo I a esta Lei; (Redação dada pela Lei 3.019 de 30.09.15). efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016.

b) a outros produtos cuja responsabilidade pelo pagamento do ICMS tenha sido a ele atribuída, na conformidade do regulamento ou do termo de acordo de regimes especiais;

Em análise das provas apresentadas no processo constata-se que a empresa adotou a MVA-Margem de valor agregado **original**, quando deveria ter realizado os cálculos do ICMS/ST nas operações destinadas ao Estado do Tocantins com base na MVA- Margem de Valor agregado **ajustada**, conforme determina o art. 58 do RICMS, Decreto 2.912/2006 e os Protocolos ICMS nº 20/2005 e 31/2005.

Deste modo, entendo correto o lançamento do crédito tributário realizado pela fiscalização, considerando que os DANFES e os levantamentos juntados aos autos demonstram claramente que o sujeito passivo deixou de observar a cláusula segunda do Protocolo ICMS 20/2005, tendo apurado e recolhido o ICMS em valores menores que os devidos, conforme demonstrado nos levantamentos fiscais.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

Portanto, devidamente caracterizada a conduta omissa do sujeito passivo em deixar de observar a cláusula segunda do Protocolo ICMS 20/05, é legítima a exigência tributária.

A alegação da defesa da ilegalidade na cobrança de diferenciada na cobrança do ICMS em razão da procedência ou destino das mercadorias, tendo em vista as diferenças nas margens de valores (original e ajustado), a alegação não procede pois, a mesma é estabelecida na cláusula segundo do protocolo ICMS 20/2005 e tem por finalidade tornar o valor da base de cálculo igual tanto na operação interna quanto na interestadual. Também não procede a alegação da defesa de que a alíquota do ICMS na operação interestadual é igual a alíquota interna do ICMS, ou seja, 18%, quando as alíquotas são de 12% e 17% respectivamente a época da infração.

Quanto à alegação que a multa imposta no auto de infração teria efeito confiscatório, a mesma foi aplicada corretamente e nos termos da legislação tributária em vigor, além do que, não é competência desse Contencioso Administrativo Tributário a apreciação de constitucionalidade de Lei. O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais já analisou o tema e assim se manifestou:

ACÓRDÃO Nº 544/2004 – EMENTA: I – Esta Corte Administrativa não tem competência para julgar arguições de inconstitucionalidade de lei, posto que tal mister é ínsito ao Poder Judiciário, com supedâneo na Constituição Federal.

ACÓRDÃO Nº: 129/2018 - EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OMISSÃO DE RECOLHIMENTO. PROCEDENTE. É procedente a reclamação tributária que demonstra a omissão do recolhimento do ICMS substituição tributária, ficando estabelecida a responsabilidade pela retenção e recolhimento ao remetente.

Diante do exposto, conheço o recurso voluntário e nego provimento para, rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração, por insegurança na determinação da infração, arguida pela Recorrente. No mérito, conhecer do recurso voluntário e negar-lhe provimento para, confirmando a decisão de primeira instância, julgar procedente o auto de infração e condenar o sujeito passivo ao pagamento dos créditos tributários nos valores de: campo 4.11 R\$ 114.933,27 (cento e quatorze mil, novecentos e trinta e três reais e vinte e sete centavos) e campo 5.11 R\$ 14.798,78 (quatorze mil, setecentos e noventa e oito reais e setenta e oito centavos), mais os acréscimos legais.

É o voto.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

DECISÃO

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo decidiu, por unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração, por insegurança na determinação da infração, arguida pela Recorrente. No mérito, por unanimidade, conhecer do recurso voluntário e negar-lhe provimento para, confirmando a decisão de primeira instância, julgar procedente o auto de infração e condenar o sujeito passivo ao pagamento dos créditos tributários nos valores de: campo 4.11 R\$ 114.933,27 (cento e quatorze mil, novecentos e trinta e três reais e vinte e sete centavos) e campo 5.11 R\$ 14.798,78 (quatorze mil, setecentos e noventa e oito reais e setenta e oito centavos), mais os acréscimos legais. O Representante Fazendário Rui José Diel fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Ricardo Shiniti Konya, Valcy Barbosa Ribeiro, Marcélio Rodrigues Lima e Sani Jair Garay Naimayer. Presidiu a sessão de julgamento aos dezoito dias do mês de março de 2020, o conselheiro Luiz Carlos da Silva Leal.

Plenário do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, em Palmas -TO, aos dezoito dias do mês de março de 2020.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos vinte e um dias do mês de julho de 2020.

Gilmar Arruda Dias
Presidente

Ricardo Shiniti Konya
Conselheiro Relator

