



ACÓRDÃO Nº:	071/2024
PROCESSO Nº:	2019/6040/501837
TIPO:	RECURSO VOLUNTÁRIO
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2019/000625
RECORRENTE:	BRF – BRASIL FOOD S.A
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.429.589-5
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO. PROCEDÊNCIA. É procedente a reclamação tributária que exige do substituto tributário o ICMS – ST não recolhido nas operações que destinaram a contribuintes deste estado mercadorias sujeitas a este regime de tributação.

RELATÓRIO

Com base no levantamento fiscal denominado “RELAÇÃO DAS NFE’s DAS MERCADORIAS FATURADAS SEM A TRIBUTAÇÃO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA” (fls. 10/19), destes, o Fisco estadual lavrou no dia 05/04/19, o auto de infração 2019/000625, relativo ao período de 01.03.16 à 31.03.16, contra a empresa “BRF – BRASIL FOODS S/A.

A exigência é de ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA e seus acréscimos legais, sob a acusação de ter deixado de recolher ao erário estadual a parcela deste tributo, referente às vendas de mercadorias sujeita a este regime de tributação, a contribuintes estabelecidos no Estado do Tocantins, no período acima mencionado e como narrado no Campo 4.1 do presente Auto de Infração.

Foram juntados aos autos, Informações complementares ao AI 2019/000625 fls. 04/06, cópia do TARE – Termo de Acordo de Regime Especial nº 11/12 fls. 07/09, Relaçã das NF-es das Mercadorias Faturadas Sem a Tributação do ICMS - Substituição Tributária fls. 10/19, cópias de DANFES (fls. 30/52), mídia – CD (fls. 53) contendo o trabalho fiscal e o XML dos DANFES relacionados no levantamento fiscal.





O sujeito passivo foi intimado do auto de infração pela via postal, (fls. 54/55), comparecendo, tempestivamente, ao processo, por seus advogados (fls. 56/124), mandado incluso (fls. 83/87), solicitando a improcedência do feito alegando que:

- a acusação fiscal é absolutamente genérica apresentada nas Informações Complementares anexas ao Auto de Infração é de que "O contribuinte deixou de recolher ao Tesouro Estadual o ICMS Substituição Tributária nas operações realizadas com contribuintes estabelecidos no Estado do Tocantins de mercadorias sujeitas a este regime de tributação decorrente da diferença de cálculo conforme demonstrado na relação de NFes", e que não há qualquer outro esclarecimento adicional nas tais Informações Complementares quanto às supostas infrações cometidas pela Requerente.

- os descontos incondicionais não compõem a base de cálculo do ICMS-ST, cuja conclusão decorre da interpretação *contrário sensu* da norma contida no artigo 13, § 1º, inciso II, alínea "a", da LC 87/96, segundo a qual os descontos "concedidos sob condição" devem ser tributados.

- ao responder uma Consulta Tributária formulada, a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo disse entender que os descontos incondicionais não compõem a base de cálculo do ICMS-ST, na situação em que o imposto retido é calculado a partir da aplicação da margem do valor agregado sobre o valor da operação praticada, conforme pode ser observado da posição manifestada nas Consultas Tributárias nº 18375/18 e nº 18981/18.

- com base nas razões descritas acima e considerando que o ICMS-ST autuado é calculado a partir do valor da operação praticada pela Requerente, acrescido da margem de valor agregado, dúvidas não há de que é IMPROCEDENTE a exigência da Fiscalização de pagamento de ICMS-ST sobre descontos incondicionais.

- os produtos das posições 1602 e 0203 passaram a estar sujeitos ao ICMS-ST apenas a partir de 20/10/16, conforme o Decreto Estadual nº 5.520/16, entretanto, as operações autuadas foram praticadas no mês de março de 2016, o que torna o presente auto de infração Improcedente.

- as mercadorias são remetidas a estabelecimentos equiparados a indústria, que irão utilizá-las em processo de produção ou industrialização, inclusive





de manipulação (Art. 46, § 7º, inciso III, do RICMS/TO, com a redação dada pelo Dec. 3.222/07), não estando sujeitas ao ICMS-ST.

- caso o Auto de Infração não seja integralmente cancelado, em face do acima exposto, requer que seja reconhecido o caráter confiscatório e abusivo da penalidade aplicada pela Fiscalização, fundada no artigo 48, inciso III, alínea "d", da Lei 1.287/01, correspondente a 100% do imposto tido como devido pela Fiscalização. Diz que, o artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal veda a cobrança de tributo com efeito confiscatório. Muito embora tal dispositivo constitucional se refira à vedação da cobrança de tributo com efeito confiscatório, fato é que o STF tem reiteradamente reconhecido que tal vedação é aplicável também às multas decorrentes do descumprimento de obrigações tributárias.

- se mantido o Auto de Infração, requer-se que seja determinado o cancelamento da multa confiscatória e abusiva aplicada pela Fiscalização ou, quando menos, que seja determinada a redução de tal penalidade a patamar razoável e não confiscatório.

Vindo os autos para o julgamento monocrático, vimos a necessidade de devolvê-los ao autuante ou a um substituto legal fls. 126/127, destes, e após enumerar as alegações da defesa, solicitamos, especialmente que:

01) - reexaminasse o levantamento original na parte relativa aos DANFES que contem descontos incondicionais concedidos aos clientes, uma vez que estes (descontos) não compõem o preço das mercadorias e por isto, deveriam ter sido excluídos da formação da base de cálculo do ICMS-ST.

02) - verificasse se nos DANFES relacionados no levantamento fiscal há produtos classificados nas posições 0203 e 1602, os quais, segundo aduz a defesa, foram incluídos no Anexo XXI do RICMS/TO, pelo Decreto 5.520/16, de 20.10.16 e só a partir desta data se sujeitariam ao ICMS-ST.

03) - se manifestasse sobre as alegações da defesa trazidas aos autos fls.56/68, de que as operações de vendas a clientes equiparados a industriais não estão sujeitas ao ICMS-ST, nos termos do artigo 46, § 7º do RICMS/TO, uma vez que tais pessoas jurídicas não comercializam as mercadorias por elas adquiridas, mas manipula e as transformam em refeições e/ou lanches que serão vendidos a seus clientes.

Por sua vez, o autuante, ao cumprir o despacho retro, RETIFICOU o levantamento fiscal que deu suporte à presente autuação, conforme os documentos





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

fls. 138/155, tendo elaborado o TERMO DE ADITAMENTO de fls. 149/150, onde a exigência fiscal foi reduzida para a importância de R\$ 22.851,07 (vinte e dois mil, oitocentos e cinquenta e um reais e sete centavos), através do Termo de Aditamento (fls. 149/150), após adequar o trabalho fiscal às alegações da defesa em relação aos descontos incondicionais constantes dos documentos fiscais relacionados.

Quanto às outras alegações disse que todos os produtos objetos da autuação são constantes da lista de produtos sujeitos a substituição tributária conforme descrito no RCMS (Dec 2.912/06) e relacionados nos itens 28 e 32 do Anexo XXI e itens 25 e 31 do mesmo Anexo, alterado pelo Dec. 5.338/15 e que no que concerne a tributação das mercadorias destinadas a restaurantes, bares, padarias e hotéis dentre outros, não são consideradas pelo RICMS/TO como destinadas a industrialização ou manipulação, assim também entende a DTRI – Diretoria de Tributação, conforme consulta 005/2018.

Diz a conclusão da referida Consulta:

“Destarte, as carnes suínas embaladas pela Consulente são produtos com identidade própria, a fim de se apresentarem perfeitamente prontos para o consumo, e passam por um processo de industrialização, ainda que simples”.

“Diante do exposto, a carne suína embalada pela Consulente não pode ser considerada in natura, e, por consequência, submete-se à substituição tributária, de acordo com os artigos 41 e 42 do RICMS, bem como a Margem de Valor Agregado de 50%, conforme estipulado no item 32 do Anexo XXI do RICMS/TO, aprovado pelo Decreto 2.912/06”.

Notificada do dito Aditamento (fls. 157/158), a autuada, ratifica na íntegra (fls. 159/171) todas as alegações trazidas na impugnação (fls. 56/124).

Sobreveio a decisão monocrática em que o julgador disse:

RAZÕES DE FATO E DE LEI

O sujeito passivo está devidamente identificado no auto de infração e a intimação é válida.

A impugnação é tempestiva e apresentada por parte legítima, devendo ser, portanto, conhecida.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

O autuante identificado no campo 5 possui capacidade ativa para constituição do crédito tributário e preenche os requisitos estabelecidos na legislação tributária.

O processo está devidamente formalizado e atende ao disposto nos artigos 35 e 56, ambos da Lei 1.288/01, com a nova redação dada pela Lei 2.521/11.

Nestes autos, o Fisco estadual exige ICMS e seus acréscimos legais, em face da constatação de que a autuada, no período analisado, deixou de recolher o ICMS – Substituição Tributária das vendas de mercadorias destinadas a contribuintes estabelecidos no Estado do Tocantins, conforme apurado no Relação das NEes das Mercadorias Sem a Tributação do ICMS Substituição Tributária (fls.10/19) e documentos de fls. 30/53, dos autos.

No Termo de Aditamento de fls. 149/150, destes, ficou consignado o novo valor da presente reclamação fiscal, na seguinte importância:

Campo 4.11 = R\$ 22.851,07 – (vinte e dois mil, oitocentos e cinquenta e um reais e sete centavos).

Os dispositivos legais apontados como infringidos Art. 44, inciso IX e Art. 13, inciso II, ambos da Lei 1.287/01 c/c Art. 42, do RICMS/TO e TARE – Termo de Acordo de Regime Especial nº 2411/12, guardam perfeita correlação com o delito narrado no histórico da inicial e com a penalidade sugerida (campo 4.15), esculpida no Artigo 48, inciso III, alínea “d”, da Lei 1.287/01, com a nova redação dada pela Lei 2.253/09.

O sujeito passivo em sua impugnação, não produziu as provas necessárias para contraditar a ocorrência do fato gerador previsto na legislação retro citada e assim caracterizar sua improcedência, nem a NULIDADE do feito em face de suposta ausência de indicação precisa da suposta infração fiscal cometida. Entretanto, a alegação da defesa de que os descontos incondicionais concedidos aos seus clientes, devem ser expurgados da formação da base de cálculo do ICMS-ST no trabalho fiscal, foram aceitas pelo autuante, resultando no Termo de Aditamento de fls. 149/150, dos autos.

Não merecem acolhimento neste Contencioso monocrático, as alegações de que as mercadorias relacionadas no levantamento fiscal (NCM nº 02.03 - carne suína *in natura*), NÃO se aplica o instituto do ICMS-ST, em face do artigo 42, do RICMS/TO (Decreto 2912/06). Como dito anteriormente, sobre esse tema, o entendimento do Fisco tocantinense foi expressado pela DTRI – Diretoria de Tributação na consulta 037/2015 (fls. 142/145) e diz:





“Destarte, as carnes suínas embaladas pela Consulente são produtos com identidade própria, a fim de se apresentarem perfeitamente prontos para o consumo, e passam por um processo de industrialização, ainda que simples”.

“Diante do exposto, a carne suína embalada pela Consulente não pode ser considerada in natura, e, por consequência, submeter-se à substituição tributária, de acordo com os artigos 41 e 42 do RICMS/TO, bem como a Margem de Valor agregado de 50%, conforme estipulado no item 32 do Anexo XXI do RICMS/T, aprovado pelo Decreto 2912/06”.

Do mesmo modo não merece acolhimento a alegação defensiva de que a multa imposta é excessiva ou confiscatória, uma vez que a mesma deriva da legislação vigente e não é, a meu juízo, a instância administrativa o foro adequado para questionar uma norma legal. Ao autuante no momento da constituição do crédito tributário e agora ao julgador cabe tão somente aplicar o que diz a Lei.

Os autos estão aptos para serem julgados, suficientes, para demonstrar, a materialidade do ilícito denunciado na inicial, RETIFICADO no TERMO ADITIVO de fls. 149/150 e para dar sustentação à acusação fiscal.

Assim, em que pese o vasto arrazoadado, como já disse, os argumentos do sujeito passivo não podem prosperar, pois, o lançamento atende o que dispõe a legislação tributária, cumprindo na íntegra os requisitos mínimos exigidos em uma autuação, conforme dispõe o art. 35 da Lei 1.288/01 e suas alterações.

DECISÃO

Isto posto, considero formalizado o processo e tudo mais que dos autos consta, conheço da impugnação ofertada, dou-lhe PARCIAL provimento, julgo por sentença PROCEDENTE EM PARTE o auto de infração nº 2019/000625 (fls. 02/03), considerando o TERMO ADITIVO de fls. 149/150, destes, para condenar o sujeito passivo deste Contencioso, ao pagamento da importância exigida no Campo 4.11, retificado às fls. 149/150, como abaixo discriminado, acrescida das cominações legais e ABSOLVÊ-LO do restante da imputação que o Fisco lhe fez:

Campo 4.11 = Valor Procedente: R\$ 22.851,07 – (vinte e dois mil, oitocentos e cinquenta e um reais e sete centavos).

Valor Improcedente: R\$ 20.669,77 – (vinte mil, seiscentos e sessenta e nove reais e setenta e sete centavos).





Intime-se e notifique-se o contribuinte.

Após, por ser desfavorável, em parte, aos interesses da Fazenda Pública Estadual e superior ao valor de alçada, submeto esta decisão à apreciação do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Estado do Tocantins, nos termos do artigo 58, Parágrafo Único da Lei 1.288/01, com redação dada pela Lei nº 3.018/15.

Às fls.187/205 a defesa apresenta sua peça recursal em que repisa seus argumentos impugnatórios já refutados sem, no entanto, trazer fatos novos.

Em sua manifestação a Representação Fazendária pugnou pela confirmação da sentença singular.

É o relatório.

VOTO

Vistos, analisados e discutidos. Tratam os autos da constituição do crédito tributário por meio do auto de infração 2019/000625 contra o sujeito passivo já qualificado na exordial para reclamar o ICMS – ST relativo ao período de 01.03.16 à 31.03.16, conforme campos 4.1, sob a acusação de ter deixado de recolher ao erário estadual a parcela deste tributo, referente às vendas de mercadorias sujeitas a este regime de tributação a contribuintes estabelecidos no Estado do Tocantins.

Conforme a boa síntese do Julgador Singular, as formalidades legais para a constituição do crédito tributário e as atinentes à formalização do Processo Administrativo Tributário foram cumpridas na íntegra.

O princípio da legalidade não admite a criação e/ou construção de fatos geradores que não estejam previstos na lei tributária, como também, não admite a desoneração fiscal não prevista em lei.

Trata-se de lançamentos instruídos das provas, levantamentos e documentos em que se fundam e, adequadamente tipificados nas infrações e penalidades correspondentes.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Os dispositivos legais apontados como infringidos guardam perfeita correlação com os fatos narrados. Vejamos:

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

II – os remetentes situados em outra unidade da Federação, em relação aos produtos constantes dos segmentos do Anexo I a esta Lei, inclusive quanto ao diferencial de alíquota; (Redação dada pela Lei 3.019 de 30.09.15). **efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016.**

Art. 44. São obrigações do contribuinte e do responsável:

IX – reter e recolher o imposto devido por substituição tributária, quando exigido pela legislação;

Art. 42 do RICMS/TO:

Art. 42. Nas operações interestaduais realizadas por contribuinte estabelecido em outra Unidade da Federação, com as mercadorias relacionadas no Anexo XXI deste Regulamento, o estabelecimento remetente é responsável pela retenção e recolhimento do imposto em favor deste Estado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente. (Convênio ICMS 81/93)

Para rechaçar alegações de mérito o nobre julgador disse:

“Os dispositivos legais tipificados como infringidos são claros ao definir a responsabilidade tributária da autuada em relação às mercadorias remetidas a contribuintes estabelecidos neste Estado e sujeitas ao regime da Substituição Tributária.

“Não merecem acolhimento neste Contencioso monocrático, as alegações de que as mercadorias relacionadas no levantamento fiscal (NCM nº 02.03 - carne suína in natura), NÃO se aplica o instituto do ICMS-ST, em face do artigo 42, do RICMS/TO (Decreto 2912/06). Como dito anteriormente, sobre esse tema, o entendimento do Fisco tocantinense foi expressado pela DTRI – Diretoria de Tributação na consulta 037/2015 (fls. 142/145) e diz”:

“Destarte, as carnes suínas embaladas pela Consulente são produtos com identidade própria, a fim de se apresentarem perfeitamente prontos para o consumo, e passam por um processo de industrialização, ainda que simples”.



[Assinatura]



“Diante do exposto, a carne suína embalada pela Consulente não pode ser considerada in natura, e, por consequência, submeter-se à substituição tributária, de acordo com os artigos 41 e 42 do RICMS/TO, bem como a Margem de Valor agregado de 50%, conforme estipulado no item 32 do Anexo XXI do RICMS/T, aprovado pelo Decreto 2912/06”.

A lei institui a necessidade de que o ato jurídico administrativo seja devidamente fundamentado, o que significa dizer que o Fisco tem que oferecer prova concludente de que o evento ocorreu na estrita conformidade da previsão genérica da hipótese normativa.

Este princípio constitucional da vinculabilidade da tributação foi erigido no artigo 142 do Código Tributário Nacional e, traduz uma conquista no campo da segurança dos administrados, de tal maneira que o exercício da administração tributária encontra-se tolhido, em qualquer de seus movimentos, pela necessidade de aderência total ao termos inequívocos da lei, não podendo abrigar qualquer tipo de subjetividade própria aos atos de competência discricionária.

Na perspectiva da prevalência do Público sobre o Privado (os interesses da coletividade) e, do respeito aos princípios da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade e da economia processual não pode a Administração objetar-se ao administrado de forma injustificada ou dasarrazoada, pois, em última análise, o interesse público tem por substrato os interesses individuais. O mesmo vale para este que não pode albergar-se em teses, suposições ou meros argumentos para litigar com àquela de forma imotivada.

No compulsar dos autos e sopesando os fatos, têm-se que o sujeito passivo é o substituto tributário responsável por, reter e recolher ao Estado do Tocantins o ICMS-ST devido em operações que destina a contribuintes deste Estado por força da legislação de regência e dos termos pactuados no Termo de Acordo de Regime Especial - TARE nº 2.411/12.

Desta forma e por tudo o mais que dos autos consta voto para conhecer do recurso voluntário, negar-lhe provimento para reformar a decisão de primeira instância, julgar procedente em parte o auto de infração 2019/000625 e, condenar o sujeito passivo ao pagamento dos valores conforme abaixo especificados.

É como voto.

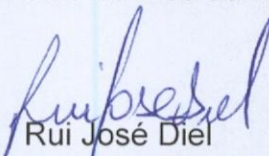


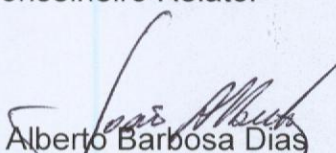


DECISÃO

Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, no mérito, por unanimidade, conhecer do recurso voluntário e negar-lhe provimento para, reformar a decisão de primeira instância, julgar procedente o auto de infração 2019/000625, conforme Termo de Aditamento de fls. 149/150 e condenar o sujeito passivo ao pagamento do crédito tributário no valor de R\$ 22.851,07 (vinte e dois mil, oitocentos e cinquenta e um reais e sete centavos), do campo 4.11, mais os acréscimos legais. O Representante Fazendário Gaspar Maurício Mota de Macedo fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Rui José Diel, Luciene Souza Guimarães Passos, Ricardo Shiniti Konya, Osmar Defante, Taumaturgo José Rufino Neto e Galthieri Alves de Sousa Lopes. Presidiu a sessão de julgamento aos dois dias do mês de abril de 2024, o conselheiro João Alberto Barbosa Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS
FISCAIS, em Palmas, TO, aos dois dias do mês de maio de 2024.


Rui José Diel
Conselheiro Relator


João Alberto Barbosa Dias
Presidente

