



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº	210/2020
PROCESSO Nº:	2017/6040/504436
RECURSO VOLUNTÁRIO Nº:	8.991
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2017/001681
RECORRENTE:	HORIZONTE DISTRIB. DE BEBIDAS E PROD. INDL. LTDA
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.432.865-3
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. LEVANTAMENTO SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FUNDO ESTADUAL DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA – FECOEP FALTA DE RECOLHIMENTO. PROCEDENTE – É procedente a reclamação tributária referente ao FECOEP não recolhido aos cofres Públicos.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual, por meio da lavratura do auto de infração 2017/001681, constituiu crédito tributário contra o sujeito passivo qualificado na peça inicial.

O auto de infração descreve que o contribuinte deixou de recolher ICMS por substituição tributária, relativo ao adicional de 2% na alíquota, destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza do Estado do Tocantins – FECOEP-TO, conforme previsto no art. 27, § 11 da Lei 1.287/2001 (redação dada pela Lei 3.019 de 30.09.2015, proveniente dos produtos constantes das notas fiscais relacionadas no levantamento anexo, devido pelas operações com bebidas alcoólicas, nos períodos de: 01.09.2016 a 31.12.2016 (B.C. R\$16.429.904,00, Alíquota 2%, Crédito Tributário R\$328.598,08; 01.01.2017 A 31.07.2017 B.C R\$27.647.895,50, Alíquota 2%, Crédito Tributário R\$552.957,91).

Foram anexadas aos autos (fls. 04/45): Levantamentos do ICMS substituição tributária – FECOEP e por amostragem, cópias das DANFE's – Documento Auxiliar da nota fiscal eletrônica das aquisições de mercadorias (bebidas alcoólicas) sujeitas ao regime de substituição tributária referente ao período auditado.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

O contribuinte foi intimado do auto de infração por via direta (fls. 03) e compareceu ao processo (fls. 49/54), em síntese, com as seguintes alegações: a interpretação do instituto da substituição tributária pelo Supremo Tribunal Federal – STF:- Informa que em 2016 o STF julgou e interpretou a aplicação do instituto da substituição tributária aplicada ao ICMS (processos RE 593.849 e ADI nº 2.675 e 2.777, e segundo o voto proferido pelo Ministro Relator (RE 593.849), o tributo (ICMS-ST) só se torna efetivamente devido com a ocorrência do fato gerador.”

- Diz que é uma empresa que adquire mercadorias e vende as mesmas para fora do Estado, não há ocorrência do fato gerador do ICMS-ST, este lançamento é completamente ilegal e confiscatório, basta verificar as operações de saídas lançadas nos livros fiscais e verificará que todas as operações foram destinadas para outras unidades da federação.

- Relata que não praticou o fato gerador do ICMS-ST, portanto não há o que se falar em exigência de recolhimento do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza do Estado do Tocantins – FECOEP, uma vez que o mesmo somente se aplica nas operações internas, conforme § 11 do art. 27 c/c o inciso I do mesmo artigo (Lei 1.287/2001).

- Faz citações dos autos de infração 2017/001679 e 1680, onde diz que apresentou impugnação aos mesmos, demonstrando que a mesma não pratica operações internas, onde prova que não praticou o fato gerador do ICMS-ST, nesse sentido a exigência da FECOEP é ilegal.

- Cita a alteração do Decreto nº 2.912/2006 pelo Decreto nº 5.362/2015, art. 513-I, §1º, inciso VI; §2º, inciso I e art. 513J, inciso I e art. 513-M, inciso III, alínea “a” e “b”, que trata da parcela destinada ao FECOEP, inclusive sobre a restituição, conforme o caso e por fim, pede-se pela insubsistência e improcedência da ação fiscal com o devido cancelamento do auto de infração nº 2017/001681.

Em despacho de fls. 56/58 o julgador de primeira instância retorna os autos à Delegacia Fiscal de origem para os procedimentos de regularização da representação da parte impugnante, junta nos autos de cópias ou CD mídia das notas fiscais constantes do levantamento fiscal, em atendimento ao inciso IV do art. 35 da Lei 1.288/2001 e manifestação sobre as alegações da defesa.

Às fls. 60/62 a defesa do sujeito passivo apresenta a documentação que regulariza a representação processual.

Em despacho de fls. 64/65, o julgador de primeira instância retorna os autos a origem, para que seja cumprida pela autora do procedimento o despacho nº 066/2018 de fls. 56/58.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Às fls. 67, a autora do procedimento faz junta de CD mídia referente aos documentos comprobatórios relativos às notas fiscais de aquisições, constantes do levantamento fiscal produzido pelo fisco estadual e anexa documento (fls. 668) que trata da suspensão em 23.05.2014 do TARE nº 2.410/2012 da impugnante.

Anexa ainda cópias dos DANFE's (fls. 69/80) de operações interestaduais praticadas pela impugnante com indicação de registros de passagens pelos postos fiscais de fronteiras.

Às fls. 81/85 a autora do procedimento apresenta seu contra arrazoamento e diz:

1. O regime de substituição tributária está previsto na CF/88, art. 150, § 7º, o qual estabelece que a Lei pode atribuir o sujeito passivo da obrigação tributária, a condição de responsável pelo pagamento do imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

2. Nesse sentido, cita o Convênio ICMS 81/93, revogado pelo Convênio 52/17 à partir de 01.01.18, que estabelece normas gerais a serem aplicadas ao regime de substituição tributária, por meio deles próprios e protocolos, adiante temos o protocolo 13/06, que dispõe sobre vinhos e sidras, cujas as mercadorias em sua maioria, constam das NFe's recebidas e emitidas pela recorrente.

3. Relata que a Legislação Estadual e o Decreto nº 2.912/2006, em seus artigos 41 e seguintes que tratam da substituição tributária pelas operações subsequentes, nesta secção estão dispostas as regras gerais, bem como, o ressarcimento do ICMS-ST para os casos de desfazimento de negócio e ou posterior saída interestadual. Diz que não existe previsão legal para o não pagamento de ICMS-ST em caso de remessas para outros Estados, e sim, o rito para "ressarcimento" dos valores recolhidos à título De ICMS-ST, quando do não internamento das mercadorias no Estado do Tocantins.

4. Quanto ao FECOEP, prevê o art. 513 do Decreto nº 2.912/2006, cita às fls. 82/83 o art. 513-I, § 1º, incisos I a XI; § 2º, incisos I a IV e § 3º.

- Diz que não existe previsão legal para o não pagamento do ICMS-ST e FECOEP, em casos de remessas para outros Estados, e sim, o rito para "ressarcimento" dos valores recolhidos à título de ICMS-ST e FECOEP, quando do não internamento das mercadorias no Estado do Tocantins, conforme prevê o art. 513-M do regulamento do ICMS, cita às fls. 83 o art. 513-M, incisos I, II e III (alíneas "a", "b" e "c", § 1º e 2º).





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

4. Em relato às fls. 83, a autora do procedimento explica em detalhes a situação envolvida nos autos sobre a impugnante:

a) A impugnante manteve o TARE 2.410/2012 com o Estado do Tocantins suspenso em 23.05.2014, e as operações atuadas ocorreram nos exercícios de 2016 a 2017, período em que o TARE em referência se encontrava suspenso.

b) Os produtos comercializados “bebidas quentes”, são provenientes de fornecedores que não possuem TARE com o Estado.

c) No levantamento fiscal foram considerados todos os pagamentos do ICMS-ST por meio de GNRE feitos pela impugnante.

d) As mercadorias foram destinadas à empresa impugnante e sediada neste Estado. As subseqüentes operações de saídas para outras unidades da federação, ficam sujeitas ao aproveitamento de créditos, nos termos da legislação específica.

e) Quando da escrituração das saídas interestaduais dos produtos ora atuados, a impugnante destacou e transferiu crédito de ICMS de 12% aos seus destinatários, todavia, em sua apuração de ICMS utilizou-se dos benefícios da Lei 1.201/00, recolhendo ao Estado do Tocantins 1%, sendo que o seu TARE nesse período se encontrava suspenso de ofício.

f) Destaca por fim, que o art. 43 do Decreto nº 2.912/2006 disciplina a mecânica dos cálculos para os produtos sujeitos ao ST relacionados no anexo XXI, em casos de “desfazimento de negócio”, “devoluções” e “operações interestaduais”.

g) Por fim, cita diversas notas fiscais de aquisições de mercadorias (fls. 84/85) diz que faz juntada das notas fiscais de entradas de mercadorias com informações de registro de passagens pelos postos fiscais de saídas dos Estados de origem.

Destaca que conforme consta das situações constatadas nos autos, conclui-se que houve entradas de mercadorias no Estado do Tocantins, senão de todas ao menos uma parte das mesmas, e nas saídas senão de todas ao menos uma parte foi internalizada no Estado.

A impugnante foi Intimada via postal (fls. 88/89) do contra arrazoamento apresentado pela autora do procedimento.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

O julgador de primeira instância por meio do despacho de fls. 91/92, solicita que o sujeito passivo seja intimado conforme prevê a Lei 1.288/2001.

O sujeito passivo foi intimado via postal (fls. 94/95) nos autos e apresenta sua defesa (fls. 96/101) utilizando-se dos mesmos argumentos das defesas anteriores.

O Julgador de 1º instancia relata que a autora do procedimento utilizou como prova do ilícito fiscal: Levantamentos do ICMS substituição tributária – FECOEP e por amostragem, cópias das DANFE's – Documento Auxiliar da nota fiscal eletrônica das aquisições de mercadorias (bebidas alcoólicas) sujeitas ao regime de substituição tributária referente ao período auditado e CD mídia das notas fiscais de aquisições de mercadorias conforme consta do levantamento fiscal elaborado pelo fisco estadual.

Que a autora do procedimento indica nos campos 4.13 e 5.13 do auto de infração, que o sujeito passivo cometeu infração ao art. 44, inciso IX da Lei 1.287/2001, c/c art. 57 e 513-I e seguintes do Decreto nº 2.912/2006 (redação dada pelos Decretos nºs 3.310 e 5.362 de 03.03.08 e 29.12.15, respectivamente, e sugeriu nos campos 4.15 e 5.15 do referido auto de infração, a aplicação da penalidade prevista no art. 48, inciso III, alínea “d” da Lei 1.287/2001 (redação dada pela Lei 2.253/2009).

Que o sujeito passivo está devidamente identificado no auto de infração, as intimações são válidas, por cumprirem os mandamentos do art. 22 da Lei nº 1.288/2001 e que as impugnações são tempestivas e apresentadas nos termos do art. 20, *caput*, da Lei 1.288/2001.

Conforme consta da defesa do sujeito passivo da obrigação, nos autos não há arguição de preliminar de nulidade do auto de infração, visto que as razões da forma apresentadas tratam de forma geral de mérito, quando se trata do questionamento da falta de caracterização do fato gerador da reclamação tributária.

Desta forma, passo a analisar e julgar as razões de mérito trazidas nos autos pela defesa pelas partes.

Antes de adentrar na especificação do voto, quero aqui discorrer das informações trazidas nos autos pela autora do procedimento, que assim se refere:

a) A impugnante manteve o TARE 2.410/2012 com o Estado do Tocantins suspenso em 23.05.2014, e as operações autuadas





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

ocorreram nos exercícios de 2016 a 2017, período em que o TARE em referência se encontrava suspenso.

b) Os produtos comercializados “bebidas quentes”, são provenientes de fornecedores que não possuem TARE com o Estado.

c) No levantamento fiscal foram considerados todos os pagamentos do ICMS-ST por meio de GNRE feitos pela impugnante.

d) As mercadorias foram destinadas à empresa impugnante e sediada neste Estado. As subseqüentes operações de saídas para outras unidades da federação, ficam sujeitas ao aproveitamento de créditos, nos termos da legislação específica.

e) Quando da escrituração das saídas interestaduais dos produtos ora autuados, a impugnante destacou e transferiu crédito de ICMS de 12% aos seus destinatários, todavia, em sua apuração de ICMS utilizou-se dos benefícios da Lei 1.201/00, recolhendo ao Estado do Tocantins 1%, sendo que o seu TARE nesse período se encontrava suspenso de ofício.

f) Destaca por fim, que o art. 43 do Decreto nº 2.912/2006 disciplina a mecânica dos cálculos para os produtos sujeitos ao ST relacionados no anexo XXI, em casos de “desfazimento de negócio”, “devoluções” e “operações interestaduais”.

g) Por fim, cita diversas notas fiscais de aquisições de mercadorias (fls. 84/85) diz que faz juntada das notas fiscais de entradas de mercadorias com informações de registro de passagens pelos postos fiscais de saídas dos Estados de origem.

Observa-se que o relato da autora do procedimento é de grande valia e detalha a situação da discussão nesse Contencioso, em seu contra arazoamento, a autora apresenta provas de notas fiscais de aquisições de bebidas quentes pela impugnante (fls. 69/80) dos autos, que comprovam, por amostragem, que parte das mercadorias tanto na entrada e alguns casos pelas saídas, tiveram o devido registro de passagem pelos postos fiscais de fronteiras de outras unidades da federação e do Estado do Tocantins.

Outro fato importante a analisar, é que a impugnante nos exercícios autuados, estava com o seu TARE suspenso desde 23.05.2014 e que mesmo assim de forma indevida, se beneficiava dos benefícios concedidos pela Lei 1.201/00, transferindo o crédito de ICMS de 12% nas operações interestaduais e recolhendo ao Estado do Tocantins apenas 1%.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

Porém, o que se discute nos autos é a existência ou não do fato gerador da obrigação da substituição tributária devida nas aquisições interestaduais de bebidas quentes constantes do anexo XXI do RICMS e por consequência o adicional de 2% da alíquota destinado ao FECOEP TO.

Aqui cabe ressaltar e concordar com a autora do procedimento quando se refere a CF, Convênios do ICMS protocolos já citados, que tratam da regulamentação dos procedimentos fiscais tributários acerca das normas gerais aplicadas ao regime de substituição tributária, destaca-se o Convênio ICMS 52/17 e o protocolo 13/06, que dispõe sobre a tributação de vinhos e sidras, mercadorias objeto de discussão nesse Contencioso, o que na minha opinião não se faz necessário a repetição.

Desta forma e conforme consta dos autos, entendo que as mercadorias objeto do levantamento fiscal de fls. 04/13 e 21/40, as cópias de notas fiscais de entradas de mercadorias, os documentos comprobatórios de fls. 67 mídia CD das notas fiscais de aquisições de mercadorias em conformidade ao levantamento fiscal e os documentos que comprovam a circulação da movimentação de mercadorias por parte do contribuinte, onde caracterizam a passagens destas mercadorias pelos postos fiscais de fronteiras de outras unidades da federação e do Tocantins, e o respaldo da legislação tributária nacional e estadual citadas nesta sentença, caracterizam de forma clara e precisa a infração cometida pelo sujeito passivo da obrigação, onde ocorreu o fato gerador da obrigação, quando da entrada no seu estabelecimento das mercadorias sujeitas ao regime de tributação por substituição tributária, constantes do anexo XXI do Decreto nº 2.912/2006 e demais alterações, tendo a impugnante por força da legislação a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS-ST nestas operações.

Assim, caracterizado o fato gerador do ICMS-ST pelas entradas das mercadorias no estabelecimento do destinatário, vez que não houve a retenção e recolhimento do imposto pelo remetente, é devido o ICMS destas operações conforme consta do levantamento fiscal juntados nos autos, e por consequência, conforme previsto nas legislações citadas no auto de infração, é devido também o ICMS ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza do Estado do Tocantins – FECOEP-TO, previsto no art. 27, § 11 da Lei 1.287/2001 (com redação dada pela Lei 3.019/15) e Arts. 513 – “I” a “N” do Decreto nº 2.912/2006 (com redação dada pelo Decreto nº 5.362/2015):





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

O ICMS-ST do FUNDO ESTADUAL DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA – FECOEP-TOFECOEP reclamado pelo auto de infração nº 2017/001681 se refere a mercadorias destinadas a revenda e sujeitas ao regime de substituição tributária constantes do anexo XXI do Decreto nº 2.912/2006 e alterações e conforme consta dos autos, o ICMS-ST incidentes nas operações de aquisições de mercadorias, não foi retido e recolhido pelo contribuinte, conforme os valores apontados pelo levantamento fiscal elaborado pelo fisco estadual.

Nesse caso, aplica-se o que já foi julgado pelo Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais desse Estado em materiais análogas e em outros conselhos de outros Estados:

ACORDÃO Nº/ANO:135/2017 EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. INSUFICIÊNCIA DE RECOLHIMENTO. SUBSTITUIDO. PROCEDENTE. Obrigação do destinatário de mercadoria sujeitas ao regime de substituição tributária, reter e recolher o ICMS/ST, notadamente quando não se efetivou por antecipação em TARE ou Convênio ICMS/ST.

ACÓRDÃO No: 084/2018 EMENTA:ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ENTRADAS. DIFERENÇA E OMISSÃO DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS-ST. PROCEDENTE – É procedente a reclamação tributária que exige o ICMS Substituição Tributária, quando comprovado a retenção e o recolhimento a menor pelo responsável do pagamento.

ACÓRDÃO CTE-2C Nº 173/2018:EMENTA: TRIBUTARIO. AUTO DE INFRAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO. FALTA DE RECOLHIMENTO DA PARCELA DO IMPOSTO RELATIVA AO FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA – FECOEP, REFERENTE À IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS. FORMAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO NOS TERMOS DO ART. 6º, V, DA LEI N.º 5.900/96. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. LANÇAMENTO PROCEDENTE

Assim, entendeu que o lançamento do crédito tributário pretendido pelo fisco estadual, conforme consta do auto de infração e do levantamento fiscal (fls. 04/13 e 21/40), estão em conformidade aos requisitos exigidos nos processos de fiscalização e Auditoria Fiscal, a reclamação tributária tem sustentação na legislação tributária estadual.

Que comprovado está que o sujeito passivo descumpriu a legislação tributária ao deixar de recolher o adicional de 2% na alíquota, destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza do Estado do Tocantins – FECOEP-





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

TO, conforme previsto no art. 27, § 11 da Lei 1.287/2001 (redação dada pela Lei 3.019 de 30.09.2015) e Arts. 513 – “I” a “N” do Decreto nº 2.912/2006 (com redação dada pelo Decreto nº 5.362/2015), proveniente dos produtos constantes das notas fiscais relacionadas no levantamento anexo, devido pelas operações com bebidas alcoólicas, nos períodos de: 01.09.2016 a 31.12.2016 (B.C. R\$16.429.904,00, Alíquota 2%, Crédito Tributário R\$328.598,08; 01.01.2017 A 31.07.2017 B.C R\$27.647.895,50, Alíquota 2%, Crédito Tributário R\$552.957,91). incidentes nas operações por ele praticadas e demonstradas no levantamento fiscal gerado pela Auditoria Fiscal.

Ante o exposto, conheceu da impugnação apresentada, negou-lhe provimento e julgou PROCEDENTE o auto de infração nº 2017/001681, CONDENANDO o sujeito passivo ao pagamento dos CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS conforme a seguir indicado:

Campo 4.11 do auto de infração – No valor de R\$ 328.598,08 (trezentos e vinte e oito mil, quinhentos e noventa e oito reais e oito centavos), mais acréscimos legais e com a penalidade prevista no campo 4.15 do auto de infração.

Campo 5.11 do auto de infração – No valor de R\$ 552.957,91 (quinhentos e cinquenta e dois mil, novecentos e cinquenta e sete reais e noventa e um centavos), mais acréscimos legais e com a penalidade prevista no campo 5.15 do auto de infração.

Em 10 de julho de 2019, a impugnante foi intimada por “AR” e apresenta suas alegações em 12 de agosto de 2014, em preliminar de nulidade afirma que o levantamento não é claro nem preciso e não demonstra os fatos ocorridos; que sem os demonstrativos não é possível determinar o cabimento da cobrança de 2% destinado a FECOEP; apresenta o acordo 118/2018.

No mérito alega que a autuada não pratica operações de venda no mercado interno, não tem ocorrência de fato gerador do ICMS para o Estado do Tocantins; que o fato gerador do ICMS ocorre na saída da mercadoria e não na entrada; que as operações são interestaduais não se falando em ICMS/ST para o Estado do Tocantins e nem a parcela da FECOEP; que a fiscalização não analisou todas as fases da circulação da mercadoria e pede a improcedência do feito, fls. 121 a 130.

A Representação fazendária faz breve relato do conteúdo processual, salienta que as formalidades do processo se apresentam respeitadas neste caso; que o TARE 2.410/2012 foi suspenso em 23.05.2014, sem validade no período fiscalizado; que o convenio ICMS 81/93 estabelece normas gerais para aplicação da substituição tributária o qual estabelece ao destinatário da mercadoria a





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

responsabilidade pela apuração e o recolhimento do imposto; que não foi apresentado nenhum documento que aponte os erros no levantamento e solicita que seja mantida a decisão de primeira instancia.

É o relatório.

VOTO

A presente lide se configura pela exigência de crédito tributário referente a ICMS Substituição Tributária, auto de infração 2017/001681, relativo ao adicional de 2% na alíquota, destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza do Estado do Tocantins – FECOEP-TO, conforme previsto no art. 27, § 11 da Lei 1.287/2001 (redação dada pela Lei 3.019 de 30.09.2015, proveniente dos produtos constantes das notas fiscais relacionadas no levantamento anexo, devido pelas operações com bebidas alcoólicas, nos períodos de: 01.09.2016 a 31.12.2016, base de cálculo no valor de R\$16.429.904,00 (dezesseis milhões quatrocentos e vinte e nove mil novecentos e quatro reais) imposto no valor de R\$328.598,08 (trezentos e vinte e oito mil quinhentos e noventa e oito reais e oito centavos) item 4.1 e referente o período de 01.01.2017 a 31.07.2017 a base de cálculo no valor de R\$27.647.895,50 (vinte e sete milhões seiscentos e quarenta e sete mil oitocentos e noventa e cinco reais e cinquenta centavos) imposto no valor de R\$ 552.957,91 (quinhentos e cinquenta e dois mil novecentos e cinquenta e sete reais e noventa e um centavo) item 5.1.

A infração tipificada como infringida, foi o art. 44, inciso IX c/c art. 57 e 513-I e seguintes do decreto nº 2.912/06 (alterado pelo Decreto 3.310/08 e 3122/07).

LEI 1.287/2001/2001 – Dispõe sobre o Código Tributário do Estado do Tocantins, e adota outras providências.

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

[...]

IX – reter e recolher o imposto devido por substituição tributária, quando exigido na legislação.

Art. 57. O estabelecimento industrial, importador, arrematante de mercadorias importadas e apreendidas ou engarrafador de água, é responsável na qualidade de contribuinte substituto, pela retenção e recolhimento do imposto devido relativo às saídas subsequentes, com os produtos a seguir indicados e relacionados no Anexo XXI





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

deste Regulamento, com contribuintes situados neste Estado: (Redação dada pelo Decreto 3.310, de 03.03.08).

Art. 513-I. O recolhimento do valor correspondente ao acréscimo de dois pontos percentuais às alíquotas do ICMS, relativo à parcela do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FECOEP-TO, de que trata o §11 do art. 27, da Lei 1.287/01, é efetuado nos termos deste Capítulo. (Redação dada pelo Decreto 5.362 de 29.12.15).

Em sua defesa, o sujeito passivo alega em preliminar nulidade por que o levantamento não é claro nem preciso e não demonstra os fatos ocorridos; que sem os demonstrativos não é possível determinar o cabimento da cobrança de 2% destinado a FECOEP; apresenta o acórdão 118/2018. Entendo que o levantamento produzido pela autora do lançamento foi juntada ao processo e está claro e preciso não ficando caracterizado a nulidade pleiteada.

No mérito alega que a autuada não pratica operações de venda no mercado interno, não tem ocorrência de fato gerador do ICMS para o Estado do Tocantins; que o fato gerador do ICMS ocorre na saída da mercadoria e não na entrada; que as operações são interestaduais não se falando em ICMS/ST para o Estado do Tocantins e nem a parcela da FECOEP; que a fiscalização não analisou todas as fases da circulação da mercadoria e pede a improcedência do feito.

A cobrança do ICMS – ST deste auto de infração baseia-se no momento da aquisição interestadual de mercadoria sujeita ao regime de Substituição Tributária prevista nos protocolos ICMS (11/91, 19/97, 13/06, 70/07, 14/06, 15/06, 71/07 e 82/15).

O art. 14 da lei 1.287/2001 estabelece que:

Art. 14. Além das hipóteses previstas no art. 20 desta Lei, em relação às mercadorias constantes dos segmentos do Anexo I a esta Lei, inclui-se, também, como fato gerador do imposto, para efeito de exigência do imposto por substituição tributária, a entrada de mercadoria ou bem no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado. (Redação dada pela Lei 3.019 de 30.09.15). **efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016.**

A Recorrente alega que não pratica operações de venda no mercado interno e que por este fato não teria a ocorrência de fato gerador do ICMS para o Estado do Tocantins, mas as provas carreadas ao processo não são suficientes para provar esta alegação. Ademais, entende que o fato gerador do ICMS ocorre na saída da mercadoria e não na entrada, esta alegação poderia ser acatada se o





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

TARE 2.410 que lhe atribuía a responsabilidade como substituto tributário não estivesse suspenso durante o período fiscalizado.

A Representação Fazendária, em seu parecer, após suas considerações, conclui recomendando a manutenção da sentença proferida em primeira instância.

Verificando dados e documentos acostados aos autos, bem como os argumentos da autuada em sua defesa, e os fatos que motivaram a decisão da julgadora de primeira instância, que rejeitou as preliminares arguidas, e no mérito julgou procedente o auto de infração, bem como a conclusão da REFAZ, que recomendou a confirmação da sentença singular, entendo que não há provas capazes de ilidir o lançamento do crédito tributário. Portanto, entendo que o procedimento adotado pelo sujeito passivo ao deixar de reter e recolher o ICMS Substituição Tributária, positivada na legislação tributária do Estado, caracteriza a infração especificamente o art. 44, inciso IX da Lei 1.287/2001.

A Recorrente alega que não há lei definidora da FECOEP e que é necessário a análise da constitucionalidade, cabe salientar que a criação do FECOEP no Estado do Tocantins está prevista na Lei 3.019/15, norma essa válida e que deve ser aplicada até que sobrevenha decisão judicial em sentido contrário. O Código Tributário Estadual, Lei 1.287/01, em seu art. 27, inciso I, alínea "a" e no paragrafo 11 estabelece que:

Art. 27. As alíquotas do imposto são: **Atenção:** Vide Lei nº 1.375/2003

I – 27% nas operações e prestações internas relativas a: (Redação dada pela Lei 3.019 de 30.09.15). **efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016.**

a) serviço de comunicação;

[...]

§11. A alíquota do imposto de que trata o inciso I do *caput* deste artigo fica acrescida de dois pontos percentuais, cujo produto da arrecadação destina-se a prover de recursos o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FECOEP-TO. (Redação dada pela Lei 3.019 de 30.09.15). **efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016.**

O Judiciário ESTADUAL, no Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2ª Vara da Fazenda e Reg. Públicos de Palmas, 30/09/2020, através do





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTE E RECURSOS FISCAIS

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL Nº 0027103-52.2019.8.27.2729/TO em caso análogo estabeleceu que:

“No caso em apreço, observo que o ato de cobrança do adicional do ICMS para o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (FECOEP) reveste-se de legalidade e assim permanece enquanto não demonstrada a desconformidade com o ordenamento jurídico. A cobrança do adicional do ICMS para o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (FECOEP) encontra permissivo no artigo 82, §1º, do ADCT, alterado pela EC 42/2003, assim como pela Instrução Normativa n.º 01, de 18 de março de 2016, do Estado do Tocantins (que dispõe sobre os procedimentos a serem observados nas operações e prestações interestaduais com mercadorias e serviços destinados a consumidor final não contribuintes do ICMS, localizado neste Estado) e Lei Estadual n.º 3015/15, que instituiu o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. Veja-se que a Constituição Federal não exige que os fundos estaduais de combate à pobreza sejam instituídos ou mesmo regulamentados por meio de lei complementar. Nos termos do artigo 82 do ADCT, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem instituir Fundos de Combate à Pobreza, com os recursos de que trata este artigo e outros que vierem a destinar, devendo os referidos Fundos ser geridos por entidades que contem com a participação da sociedade civil. § 1º Para o financiamento dos Fundos Estaduais e Distrital, poderá ser criado adicional de até dois pontos percentuais na alíquota do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS, sobre os produtos e serviços supérfluos e nas condições definidas na lei complementar de que trata o art. 155, § 2º, XII, da Constituição, não se aplicando, sobre este percentual, o disposto no art. 158, IV, da Constituição. Note-se, portanto, que não há qualquer exigência constitucional no sentido de que os fundos estaduais sejam instituídos ou mesmo regulamentados através de lei complementar, razão pela qual a criação do fundo por meio de lei ordinária estadual não atenta contra o texto constitucional, não havendo falar em inconstitucionalidade da Lei estadual n.º 3015/15, que instituiu o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza no âmbito do Estado do Tocantins”.

A Multa sugerida pela autoridade lançadora foi o art. 48, III, alínea “d” da Lei 1.287/01 alterada pela Lei 2.253/2009:

Art. 48. A multa prevista no inciso I do artigo anterior será aplicada na forma a seguir:

[...]





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

III – 100%, quando a falta de recolhimento do imposto decorrer da: (Redação dada pela Lei 2.253 de 16.12.09).

[...]

d) falta da retenção do imposto devido pelo sujeito passivo por substituição;

Diante do exposto, voto confirmar 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\$ 328.598,08 (trezentos e vinte e oito mil, quinhentos e noventa e oito reais e oito centavos) e campo 5.11 R\$ 552.957,91 (quinhentos e cinquenta e dois mil, novecentos e cinquenta e sete reais e noventa e um centavos), mais os acréscimos legais..

É como voto.

DECISÃO

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo decidiu, por maioria, rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento por cerceamento de defesa, arguida pela Recorrente, votos divergentes dos Conselheiros Sani Jair Garay Naimayer e Fernanda Teixeira Halum Pitaluga que votaram em acolher a preliminar. 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 valores de: campo 4.11: R\$ 328.598,08 (trezentos e vinte e oito mil, quinhentos e noventa e oito reais e oito centavos) e campo 5.11 R\$ 552.957,91 (quinhentos e cinquenta e dois mil, novecentos e cinquenta e sete reais e noventa e um centavos), mais os acréscimos legais. O Advogado João Gabriel Spicker e o Representante Fazendário Rui José Diel, fizeram sustentações orais pela Recorrente e pela Fazenda Pública Estadual, respectivamente. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Ricardo Shiniti Konya, Edson José Ferraz, Elena Peres Pimentel, Sani Jair Garay Naimayer, Luiz Carlos da Silva Leal e Fernanda Teixeira Halum Pitaluga. Presidiu a sessão de julgamento aos dez dias do mês de novembro de 2020, o conselheiro Gilmar Arruda Dias.

PLENÁRIO VIRTUAL DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos quatorze dias do mês de dezembro de 2020.



Publicado no Diário Oficial de nº 5.777, de 29 de janeiro de 2021

SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO

GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Ricardo Shiniti Konya
Conselheiro relator

Luiz Carlos da Silva Leal
Presidente em exercício

