



ACÓRDÃO Nº: 186/2023
PROCESSO Nº: 2018/6040/503558
TIPO: RECURSO VOLUNTÁRIO
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 2018/001786
RECORRENTE: DISTRIB. DE FERRAG. ALIM. E BEBIDAS
IMPERATINS LTDA - ME
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 29.056.866-8
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO NÃO RETIDO PELO REMETENTE. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA ATRIBUÍDA AO DESTINATÁRIO DAS MERCADORIAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL – É procedente em parte o lançamento do crédito ICMS/ST, quando comprovado que no levantamento foram incluídas notas fiscais com produtos sujeitos a substituição tributária, destinados a outra Unidade da Federação.

RELATÓRIO

A Fazenda Pública Estadual constituiu crédito tributário por meio do Auto de Infração 2018/001786 reclamando ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA para os exercícios de 2014, 2015, 2016, 2017 e 2018 referente a bebidas alcoólicas nos termos do que prevê a legislação tributária e a Cláusula Quarta do Termo de Acordo de Regime Especial – TARE 1.701/2006.

Intimada, o sujeito passivo apresenta impugnação alegando em preliminar a nulidade por erro na determinação da infração com fundamento no art. 28, da Lei 1.288/2001.

O julgador de primeira instância entende que o crédito tributário está paütado nas legalidades formais para a sua lavratura prevista no art. 35 da Lei 1.288/2001.

Pág 1/8





Quanto ao mérito, alega o Sujeito Passivo que é a responsável pela retenção e recolhimento do ICMS/ST nas aquisições de bebidas de fornecedores estabelecidos em outra Unidade da Federação nos termos da Cláusula quarta do Termo de Acorde de Regime Especial nº 1.701/2006.

Cláusula quarta - A acordada é responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, devido pelas operações subsequentes, quando adquirir mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária:

I – de fornecedor estabelecido em outras Unidades da Federação, ao qual não seja atribuída a obrigatoriedade de fazer a retenção e o recolhimento do ICMS, mediante Convênio ICMS, Protocolo ICMS ou Termo de Acordo de Regime Especial celebrado com a SEFAZ-TO

O julgador de primeira instância entendeu que o Sujeito Passivo não demonstrou que revendeu essas mercadorias para contribuintes localizados em outras Unidades da Federal e que faz suas alegações com base nas notas fiscais emitidas, sem demonstrar a efetiva circulação dessas mercadorias, por meio dos registros de passagem dos DANFE's nos postos fiscais de destinos das mercadorias elencadas nas mesmas.

E que o Código Tributário Estadual – Lei 1.287/2001, em seu art.14, prevê como hipótese de incidência do ICMS/ST, a entrada de mercadorias ou bem no estabelecimento do adquirente, para mercadorias descritas no anexo I desta lei.

Art. 14. Além das hipóteses previstas no art. 20, em relação às mercadorias constantes do Anexo 1, 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.

Restando demonstrado que o Sujeito Passivo deixou de observar os procedimentos fiscais acima e não recolheu o ICMS/ST devido pela aquisição interestadual de bebidas.

Deste modo, julgou PROCEDENTE as exigências como descritas no Auto de Infração.

O Sujeito Passivo apresenta recurso voluntário fazendo as mesmas alegações, ou seja, que é portador de Termo de Acordo nº 1.701/2006 que lhe autoriza fazer o recolhimento do ICMS devido pelas operações subsequentes





quando adquirir mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária de outras Unidades da Federação e que comercializa em quase a sua totalidade em operações interestaduais, operações estas que não são passíveis da incidência do ICMS/ST, pede a nulidade por erro na determinação da infração e, no mérito, a improcedência.

A Representação Fazendária entende que, no caso em comento, a Cláusula Quarta, inciso I do Termo de Acordo nº 1.706/2006, condiciona o Sujeito Passivo como responsável pela retenção e recolhimento do ICMS/ST pelas aquisições de bebidas de fornecedores estabelecidos em outra unidade da Federal, quando a eles não for atribuída essa responsabilidade, pede a confirmação da sentença prolatada.

É o relatório.

VOTO

Conforme relatado, trata-se de Recurso Voluntário em virtude da decisão de Primeira Instância que julgou PROCEDENTE, condenando o sujeito passivo a pagar os créditos tributários, conforme exigências descritas no auto de infração nº 2018/001786.

As exigências fiscais referem-se à cobrança do ICMS/ST dos produtos constantes nas notas fiscais relacionadas no levantamento devido pelas operações com produtos sujeitos à Substituição Tributária e relacionados no Anexo XXI do Decreto 2.912/2006 e na condição de Substituto Tributário prevista na Cláusula Quarta do Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 1.701/2006.

Diante das alegações apresentadas pelo sujeito passivo de que o Auto de Infração é nulo por erro da determinação da infração e que todas as aquisições foram tributadas com ICMS/ST, sem a devida redução de alíquotas, bem como não excluiu da base de cálculo as vendas interestaduais, conforme permissão contida na Lei 1.201/2000 e TARE 1.701/2006.

O julgador singular determina o retorno dos autos ao agente atuante ou seu substituto, para que manifeste sobre as alegações de nulidade e improcedência do lançamento do crédito tributário, conforme determinação da Lei 1.288/2001.



Pág.3/8



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

O agente autuante imbuído pelo princípio da autotutela administrativa deve anular seus próprios autos, quando eivados de vícios, o que não é o caso, pode revogá-los.

Conforme alegações, a peça recursiva apresenta entendimento diverso ao Disposto nas legislações e Termo de Acordo que especificam o instituto da Substituição Tributária, ou seja, matéria de direito tributário aplicável ao caso concreto.

Todavia, o Regime de Substituição Tributária está previsto na Constituição Federal em seu art. 150¹, § 7º, o qual estabelece que a lei Estadual poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de 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.

No plano Infraconstitucional, temos a Legislação Estadual (1.287/01), Decreto 2.912/06. Em seus arts. 41 e seguintes, tratam da Substituição Tributária pelas operações subsequentes, Convênio 81/93, que estabelece normas gerais a serem aplicadas ao regime de Substituição Tributária e o Protocolo 14/06, que dispõe sobre operações com bebidas quentes, mercadorias, em maioria, nas notas fiscais.

Cabe ainda relatar que o Sujeito Passivo é signatário do Termo ainda vigente que, em sua Cláusula Quarta, determina que:

A acordada é responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, devido pelas operações subsequentes, quando adquirir mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária de fornecedor estabelecido em outras Unidades da Federação, ao qual não seja atribuída a obrigatoriedade de fazer a retenção e o recolhimento do ICMS, mediante Convênio ICMS, Protocolo ICMS ou Termo de Acordo de Regime Especial celebrado com a SEFAZ-TO.

Quanto às alegações referentes ao Despacho nº 114/2019 – CAT/JPI/ECT, fls. 168, questionando a aplicação ou não da Súmula 431 do STJ, nos cálculos para a determinação do ICMS/ST, entendeu a agente autuante ser necessário o envio dos autos à Diretoria de Tributação para manifestação, por

¹ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)





considerar ser este o departamento responsável pela inclusão, alteração e correção do Decreto 2.912/06, neste caso, mais especificamente p art. 63.

Por último, a Lei 1.201/00, alterada pela Lei 1.584/05, em seu art. 4º, afirma que nas operações apuradas com omissão em ação fiscal, não usufruirá dos benefícios fiscais contidos da referida lei.

E que qualquer procedimento diferente do que determina a legislação para apurar a responsabilidade, apuração e demais situações quanto ao ICMS/ST, incorrerá em prejuízo formal e material, portanto, não há que se falar em erro no levantamento acostado aos autos.

Junto aos autos, cópias da Escrituração Fiscal Digital, Relatórios de Arrecadação e Livro de Apuração do ICMS/ST que embasou a elaboração do levantamento.

Entretanto, não lhe assiste razão à alegação em PRELIMINAR à nulidade do auto de infração por erro da determinação da infração.

Ademais, o Auto de Infração contém todos os elementos fundamentais para que se termine com segurança a natureza da infração. O lançamento foi devidamente instruído, todos os requisitos necessários para efetivá-lo foram observados, formais e materiais previstos no art. 35 da Lei 1.288/2001.

Desse modo, não se justifica a alegada nulidade do Auto de Infração, razão pela qual rejeito a arguição de nulidade requerida pelo Sujeito Passivo.

Quanto ao **MÉRITO**, ressalta-se de início que o LEVANTAMENTO está em parte em consonância com a legislação tributária, conforme será demonstrado. A infração e penalidade estão capituladas expressamente no Auto de Infração, apenas não foi observada a Cláusula Segundo item I "d" do Termo de Acordo, nas operações de vendas destinadas a outra Unidade da Federal.

Em relação ao momento da exigência do imposto por substituição tributária, conforme descrito em lei, é o momento da entrada da mercadoria ou bem no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado.

No caso em comento, o Sujeito passivo tem Termo de Acordo deslocando o ICMS/ST do momento da entrada para a apuração do quando debeat, ou seja, na apuração mensal, cláusula primeira² do TARE.

² Cláusula Primeira – nas operações de saídas internas com aguardentes de cana, melão ou cachaça e aguardentes composta, indicadas no inciso V do art. 1º da Lei 1.303, de 20 de março de 2002, a ACORDADA é autorizada a reduzir a base de





E, caso o ICMS/ST devido pela operação de revenda interestadual, de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, cuja a substituição já tenha sido recolhida anteriormente, será lançado em OUTROS CRÉDITOS o correspondente a 100% do valor devido pela operação, conforme determinado pela Cláusula Segundo item I "d" do Termo de Acordo, ou seja, no caso de vendas interestadual, em que não tenha sido recolhido o ICMS/ST, não será devido o recolhimento do ICMS/ST no mento da entrada da mercadoria no estabelecimento, conforme determina a legislação por ter o TARE acordado que o ICMS é devido na apuração e no momento da apuração excluem-se as operações interestaduais por não ser devido o ICMS/ST ao Estado do Tocantins, e sim ao estado de destino das mercadorias vendidas a consumidor final.

Convém esclarecer ainda, que são responsáveis pela retenção do imposto devido pelas saídas internas e interestaduais subsequentes, relativo às aquisições ou recebimento das mercadorias relacionadas no Anexo XXI, provenientes de outros Estados, as comercializadas neste Estado, é o que determina o art. 62³ do Decreto 2.912/06.

E que o imposto a ser retido pelos contribuintes, pelas operações subsequentes são recolhidos, conforme prazo estabelecido no Calendário Fiscal para contribuintes deste Estado, se portador de TARE, nos termos do art. 515 do RICMS/TO, c/c com art. 64⁴, § 1º, I do referido Regulamento.

Por não ter o agente atuante observado o disposto na Cláusula Segunda, I, "d" do TARE, incluiu na base de cálculo do levantamento as operações Interestaduais em que o ICMS/ST é devido ao Estado de destino das mercadorias e não ao Estado do Tocantins.

cálculo do ICMS, no percentual de 32% (trinta e dois por cento) de forma que resulte numa carga tributária efetiva de 17% (dezessete por cento).

³ Art. 62. *Salvo quando o imposto já tiver sido retido anteriormente, além dos estabelecimentos e produtos referidos nos artigos 47 a 61, são também responsáveis pela retenção do imposto devido pelas saídas internas e interestaduais subsequentes, relativo às aquisições ou recebimento das demais mercadorias relacionadas no Anexo XXI deste Regulamento, provenientes de outros Estados ou do Exterior, para comercialização neste Estado*

⁴ Art. 64. O imposto a ser retido pelos contribuintes, mencionado nos artigos 47 a 62 deste Regulamento, é:
§1o O ICMS devido pelas operações subsequentes em relação às mercadorias sujeitas a substituição tributária neste Regulamento é apurado:

I – e recolhido conforme os prazos estabelecidos no Calendário Fiscal para contribuintes deste Estado, se portador de TARE, nos termos do art. 515 deste Regulamento





Em razão disso e dos elementos carreados aos autos, verifica-se que a Agente Autuante lançou indevidamente CRÉDITOS FISCAIS DE ICMS/ST, provenientes de notas fiscais destinadas a outras unidades da Federação.

Assim, restou caracterizada a infração à legislação apontada no auto de infração, crédito tributário regularmente formalizado e, não tendo o Sujeito Passivo apresentado prova capaz de elidir a totalizada, do crédito tributário, entendo corretas em parte as exigências fiscais.

Diante do exposto, foi rejeitada a preliminar de nulidade do lançamento por cerceamento de defesa. E no mérito, conheço do recurso voluntário dou-lhe provimento parcial para reformar a decisão de primeira instância, e julgar procedente em parte o auto de infração 2018/001786, acrescido dos acréscimos legais.

É como voto.

DECISÃO

Decidiu o Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, por maioria, rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento por erro na determinação da infração arguida pela Recorrente e por maioria, rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento por cerceamento de defesa, arguida pelo conselheiro Edson José Ferraz. No mérito, por unanimidade, conhecer do recurso voluntário e dar-lhe provimento parcial para reformar a decisão de primeira instância, julgar procedente em parte o auto de infração 2018/001786 e condenar o sujeito passivo ao pagamento dos créditos tributários nos valores de: R\$ 757.049,34 (setecentos e cinquenta e sete mil, quarenta e nove reais e trinta e quatro centavos), do campo 7.11; E R\$ 142.226,82 (cento e quarenta e dois mil, duzentos e vinte e seis reais e oitenta e dois centavos), do campo 8.11, mais os acréscimos legais. E absolver dos valores de: R\$ 77.069,06 (setenta e sete mil, sessenta e nove reais e seis centavos), do campo 4.11; R\$ 78.498,29 (setenta e oito mil, quatrocentos e noventa e oito reais e vinte e nove centavos), do campo 5.11; R\$ 1.074.033,56 (um milhão, setenta e quatro mil, trinta e três reais e cinquenta e seis centavos), do campo 6.11; R\$ 8.015.109,14 (oito milhões, quinze mil, cento e nove reais e quatorze centavos), do campo 7.11; E R\$ 4.629.828,06 (quatro milhões, seiscentos e vinte e nove mil,





oitocentos e vinte e oito reais e seis centavos), do campo 8.11. Os advogados Matteus Nogueira e Adriano Guinzelli e o representante Fazendário Hélder Francisco dos Santos fizeram sustentação oral pela Recorrente e pela Fazenda Pública Estadual, respectivamente. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Edson José Ferraz, Luciene Souza Guimarães Passos, Rui José Diel, Ricardo Shiniti Konya, Osmar Defante e Taumaturgo José Rufino Neto. Presidiu a sessão de julgamento aos trinta dias do mês de junho de 2023, o conselheiro João Alberto Barbosa Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos treze dias do mês de novembro de 2023.

Edson José Ferraz
Conselheiro Autor do Voto Vencedor

João Alberto Barbosa Dias
Presidente

