



ACÓRDÃO Nº: 237/2018
PROCESSO Nº: 2016/6040/502071
AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 2016/001240
RECURSO VOLUNTÁRIO Nº: 8.473
RECORRENTE: FIRST S/A
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 29.386.248-6
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPORTAÇÃO. ENTRADAS. SAÍDAS INTERESTADUAIS COM BENEFÍCIO EM TERMO DE ACORDO. IMPROCEDENTE – É improcedente a reclamação tributária que exige ICMS-ST, quando o sujeito passivo comprovou que suas operações são exclusivamente interestaduais com outros contribuintes pessoas jurídicas.

RELATÓRIO

A Empresa: FIRST S/A, é autuada por meio de lançamento de ofício em auto de infração nº 2016/001240, na reclamação tributária de ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, em importação de mercadorias nesse regime, em campo 4.11 - valor originário de R\$ 872.117,37, ao campo 5.11 – valor originário de R\$ 359.946,66, e campo 6.11 – valor originário de R\$ 246.282,98, dos exercícios de 2011 e 2012.

Em descrição do ICMS Substituição Tributária, nos contextos de campo 4.1 a 6.1, em síntese, que, o sujeito passivo deixou de recolher o ICMS, relativo à substituição tributária sobre importação de Azeite de Oliva e Vinho, na referencia à aquisição das mercadorias constantes das Notas Fiscais Entradas, na operação IMPORTAÇÃO, para comercialização. Apurada no Levantamento do ICMS Substituição Tributária, nos exercícios de 2011 e 2012.

Tipificou a infração em campo 4.13 a 6.13, que se leia: Art. 44, inciso IX, da Lei 1.287/01, onde postula:

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

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





A autuante juntou aos autos cópias do Levantamento do ICMS – Substituição Tributária, cópias Notas Fiscais de Entradas, Demonstrativos, cópias de Notas Fiscais Eletrônicas - DANFES. Acostados as fls. 04 a 108 dos autos.

O sujeito passivo foi devidamente “Intimado” do auto de infração, por ciente via direta na Intimação oficiada, fls. 109, com data de 02.05.2016, através de Preposto em Procuração as fls. 110.

Comparece o sujeito passivo, em 01.06.2016, a pleitear defesa com impugnação para com este auto de infração nº 2016/001240, nos fatos a que alega e argumenta.

De início discorre da tempestividade da Impugnação.

Dos fatos; que tendo sua Filial extinta em 04.12.2015, conforme consta a 54ª Alteração Estatutária da Empresa. Exerceu atividade de Atacadista na Importação e Exportação no Estado do Tocantins. Nesta condição, era beneficiária do Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 1.646/2005.

Em preliminar nada alega;

Em Nota Preambular, discorre da Obrigação do Agente Administrativo, pautar seus atos segundo os princípios e normas dispostos em lei e na constituição.

Diz, neste diapasão, se a autoridade administrativa, ao apreciar determinada questão, tiver convicção de que a norma é inconstitucional, é sua obrigação, como servidora da lei, fazer prevalecer à norma constitucional e não a lei inconstitucional.

E, ditando regras a prevalecer em julgamento a respeito às normas constitucionais. Cita a Lei 1.288/01, do PAT, na busca da verdade material. Ademais no disposto do Art. 37, § 6º, e Art. 5ª, inciso LXXIII, da CF/88, e os transcreve.

De mérito;

Insurge o sujeito passivo que cita e descreve os contextos na infração constatada, e como restará demonstrado não há como sustentar a peça acusatória, vez que os valores apurados, não são passíveis de recolhimento em substituição tributária, e não sendo responsabilidade da autuada o seu recolhimento.

Alega que a legislação aplicada ao caso a ser analisada com propriedade é o Convênio ICMS 81/93. Que, em sua Cláusula Segunda, determina nas operações interestaduais correspondentes a Convênios e Protocolos, fica atribuída a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto a favor do Estado





destinatário, o remetente em substituição. E na qualidade de substituto, o destinatário, mesmo que o imposto não tenha sido retido anteriormente.

Cita ainda o Parágrafo Único da Cláusula Quinta, que estabelece o sujeito passivo por substituição tributária definido em Protocolo e Convênio.

Deve-se analisar no caso, que a mercadoria destinou-se aos Estados de São Paulo, Goiás, Santa Catarina e Pará. Onde não exige a Legislação destes Estados a antecipação do recolhimento do ICMS na venda das mercadorias apontadas na presente autuação. Cita e descreve a legislação de cada.

Alega ainda, da inconstitucionalidade da cobrança do ICMS-ST pelo Estado do Tocantins, que pretende exercitar a cobrança do ICMS que corresponderia aos Estados de destino da mercadoria. Não obstante a vigência da Emenda Constitucional 3/93, frisar que a Substituição Tributária instituída pela legislação é inconstitucional.

Ademais da violação ao Princípio da Tipicidade Tributária Cerrada, cabendo a lei revelar todas as características do tipo legal, a ser aplicada sua forma abstrata ao caso concreto nele previsto.

E ainda do Ato Jurídico Perfeito e do Direito Adquirido em razão do TARE nº 1.646/2005. Foi permissionária de benefício fiscal, podendo apropriar-se do crédito presumido, nos termos da Lei 1.201/00.

Não bastasse isso, para dirimir dúvidas e consolidar entendimento, efetuou consulta junto a Secretaria da Fazenda em Processo nº 2006/6040/502888 (consulta – substituição tributária – importação)

Que, a referida consulta redundou no PARECER / SEFAZ /DTRI Nº 95/2007/JC, cuja conclusão não poderia ser mais lógica, de acordo com a legislação aplicada ao caso, senão a de permitir à autuada a apropriação dos créditos tributários com relação às mercadorias comercializadas, inclusive vinhos, azeite de oliva e lâmpadas.

Argumenta, do direito adquirido em situação idêntica julgada pelo Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais em seu recurso voluntário em Processo 2009/6040/500617 e 618, envolvendo naqueles o que se debateu justamente a respeito da matéria em liça, sobre ICMS Substituição Tributária de mercadorias idênticas. Anexa cópia do Acórdão nº 93/2010.

Ante ao exposto, pede a desconstituição do auto de infração, eis que não cometeu nenhuma infração.





O processo é encaminhado a julgadora de primeira instância, onde em sua análise, discorre da reclamação tributária e apresenta relatório das alegações e argumentos de impugnação ao auto de infração. E passando a decidir, aduz que;

Preliminarmente a competência de julgar inconstitucionalidade de Lei, é do Supremo Tribunal Federal, conforme estabelece o art. 102, inciso I, alínea “a” da Constituição Federal.

A autoridade julgadora em processo administrativo, não têm o condão de discutir matérias que a impugnante diz serem inconstitucionais. O Contencioso Administrativo Tributário não é órgão competente para isto.

A vista do exposto nega-lhe provimento a preliminar, e passa a análise de mérito.

Que a presente demanda, refere-se a falta de recolhimento do ICMS Substituição Tributária, a qual encontra respaldo na legislação tributária de acordo com os ilícitos fiscais descritos.

Declara que as alegações da impugnante não merecem prevalecer, tendo em vista a matéria aqui discutida não se tratar de crédito presumido, tampouco de remessas para outras Unidades da Federação que não exigem antecipação do imposto, mas sim de ICMS – ST sobre a importação de mercadorias nesse regime tributário.

Infere-se a julgadora, nas alegações de impugnação, o crédito presumido em Lei 1.201/00 concedido através de Termo de Acordo de Regime Especial – TARE firmado com a SEFAZ/TO, é relativo às vendas praticadas em saídas Estaduais e Interestaduais, nada tendo haver com ICMS Substituição Tributária.

Relativo a decisão em Acórdão nº 93/2010, de fls.151/152, anexados aos autos, mencionada na impugnação na tendência de ilidir o feito, refere-se a crédito presumido e não ao ICMS Substituição Tributária Importação.

Para firmar convencimento trás a julgadora que tem o COCRE decidido em matéria sobre o assunto conforme Acórdão nº 063/2016, a que cola e transcreve.

Diante do exposto, julga procedentes as reclamações tributárias nos valores originários deste auto de infração.

A autuada é intimada da decisão singular, fls. 158, via AR-Correio, fls.159, não sendo localizado no endereço.





É lavrado o Edital de Intimação de Sentença nº 100/2016, publicado em Diário Oficial nº 4.746 de 21 de novembro de 2016 (Segunda Feira).

A Agência de Atendimento de Palmas declara decorrido o prazo legal, em 21 de Dezembro de 2016, para apresentação de recurso, parcelamento e ou pagamento, e, não comparecendo o Sujeito Passivo é lavrado o Termo de Perempção, declarando perempto o sujeito passivo.

O Chefe da Agencia de Atendimento de Palmas lavra o CADA – Cobrança Administrativa Amigável em 09/01/2017. Entretanto não consta a Intimação/notificação ao sujeito passivo.

Apresenta-se o sujeito passivo com recurso voluntário, protocolado na Secretaria da Fazenda em 29 de Dezembro de 2016, apresentando suas justificativas e, pede-se o aceite em prazo legal do recurso, necessário para a continuidade do processo.

Em suas razões de recurso voluntário, inicialmente da tempestividade, decorrente de Edital em Intimação da Sentença nº 100/2016, publicada no Diário Oficial, com contagem de prazo legal iniciando após 05 (cinco) dias da data de publicação ocorrida em 21.11.2016, vertendo para 26.11.2016 (sábado), prorroga-se automaticamente para o próximo dia útil 28.11.2016 (segunda), daí o prazo legal de mais os 30 (trinta) dias, resultando em 28.12.2016 (quarta feira), assim tempestiva.

Vê-se que o causídico subtraiu-se deste seu recurso, as questões arguidas de inconstitucionalidade das leis.

Resultando nas mesmas teses de alegações e argumentos já trazidas em sede de sua impugnação, e que já foi amplamente combatidas e dilaceradas em sentença da julgadora de primeira instancia.

Em Despacho nº 435/2017, do Presidente do Contencioso Administrativo Tributário, em relação a intimação via edital publicada no Diário Oficial do Estado, alerta os termos do art. 22, inciso IV, parágrafos 1º e 2º, Lei 1.288/01, chama o processo a ordem, para anular os documentos de fls. 161/162 em especial o Termo de Perempção de lavra da Agencia de Atendimento de Palmas devido a contagem errônea do Prazo Legal ali indicado. E admitindo o recurso voluntário como tempestivo. Encaminhando o processo a Representação Fazendária.

A REPRESENTAÇÃO FAZENDÁRIA em sua análise e manifestação discorre das razões de inconformidade apresentadas pela impugnante em mero exercício do direito de defesa. Haja vista, consistir nas mesmas alegações aleatórias impugnatórias, desconexas com os fatos e as circunstâncias jurídicas, que motivou o presente lançamento, do qual irresigui-se a impugnante, sabiamente rejeitadas pela primeira instância.





De Mérito, que a única justificativa visível é o esforço da recorrente em fazer crer no Acórdão 93/2010 o qual transcreve, onde a presente demanda mereça a mesma decisão em razão de que equivocadamente se estornou créditos presumidos apropriados em permissivo da legislação tributária por meio de TARE, que diferentemente no presente se reclama o imposto não recolhido no desembaraço aduaneiro dos importados em tratamento legal previsto nessa situação.

Entende inaceitáveis as razões recursais, que todo o conteúdo material em nada contribui para a justa e correta deslinde da demanda fiscal, e não hesita em recomendar o não acolhimento das infundadas alegações. Pede a procedência do feito, confirmando a decisão singular.

RELATÓRIO COMPLEMENTAR – RESOLUÇÃO Nº 001/2018

Decidiu o COCRE, em sessão plenária por unanimidade, converter o julgamento em diligência, a pedido do conselheiro relator, para que o autuante ou o sujeito passivo faça a separação das saídas internas e externas equiparadas às internas (vendas para pessoas físicas), no prazo de 20 (vinte) dias.

Já devidamente ciente da Resolução 001/2018, deste COCRE, o causídico do sujeito passivo, apresenta-se aos autos, nas informações a que entende necessárias para o feito, a que aduz no seguinte;

Extraiu-se do SPED em EFD, que faz colecionar juntada aos autos, dos períodos 2011, 2012, 2013, alegando que as operações de saídas de mercadorias objeto da reclamação, são destinadas para pessoas jurídicas em empresas estabelecidas em outros Estados. Não constatando registros de operações internas.

Que ademais, nas saídas para pessoas físicas na realização de 16 operações ocorridas no ano de 2011, domiciliadas em outros Estados, tratam de outras mercadorias que não objeto da presente lide. Faz quadro demonstrativo em Anexo I, fls. 220.

Mais adiante comparece novamente aos autos com memoriais e esclarecimentos, partindo da premissa do sujeito ativo e sujeito passivo, no tocante a obrigação tributária reger-se ao Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 1.646/2005, *ao benefício fiscal em crédito presumido, que foram ignoradas no presente lançamento de ofício.*

Ainda nesse sentido promove a juntadas de todas as notas fiscais emitidas, fls. 473 a 574 dos autos, visando demonstrar as operações de saídas de óleo de oliva e vinhos, destinados á pessoas jurídicas sediadas em outros Estados, reiterando não





existir operações de saídas internas e nas operações interestaduais realizadas com pessoas físicas, que as mercadorias são barcos e lanchas.

Do exposto, reafirma e pede a improcedência do feito.

O processo é encaminhado á Representação Fazendária, para sua manifestação e parecer.

Tece sua manifestação da reanálise dos autos depois de juntada de novos documentos, fato derivado de diligência solicitado em Resolução do COCRE.

Aduz que; a presente demanda resulta da omissão de recolhimento do ICMS a título de substituição tributária, cujas hipóteses de incidência derivam das operações mercantis de importação azeite de oliva e vinho, conforme prescrição estampada no inciso III da Cláusula Primeira do TARE 1.646/2005.

E conforme expressão semântica do mencionado inciso, foi postergado para a saída subsequente em razão do diferimento textualmente gravado no referido inciso, da mesma cláusula do aludido TARE.

É imperativo lembrar que a recorrente habilmente tenta fazer crer que a presente demanda, mereça a mesma decisão em razão da identidade das mercadorias, sem contudo atentar para o fato no passado se estornou créditos apropriados em razão do TARE, no presente se reclama o imposto não recolhido no desembaraço aduaneiro dos importados azeite de oliva e vinho em razão do diferimento previsto no TARE.

Logo, recomenda ao COCRE não apenas a rejeição das razões recursais, bem como, a reforma da decisão de primeira instância pela procedência, sugerindo a modificar pela nulidade, e reclamando desde já o refazimento dos trabalhos.

É o Relatório .

VOTO

Vistos, analisados e discutidos os autos do processo, têm-se que; contra o sujeito passivo acima qualificado a Fazenda Pública formalizou o lançamento de ofício em auto de infração nº 2016/001240, no teor dos 03 (três) contextos que abrangem os exercícios de 2011, 2012, para reclamar do sujeito passivo, o ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – Entradas – Operações de Importação de Azeite de Oliva e Vinho, por não retenção e recolhimento / pagamento, do valor encontrado, destas mercadorias



**SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO**

**GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS**



adquiridas por este contribuinte ao adentrar a este Estado. Conforme constatado em *LEVANTAMENTO DO ICMS - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA* nos respectivos exercícios e período; com o demonstrativo auxiliar de “Relação de Notas Fiscais das mercadorias no Cálculo do ICMS Substituição Tributária”.

A Empresa qualificada é signatária de Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 1.646/2005, (fls. 471 a 477), firmado com a SEFAZ/TO, autorizando a Acordada a apurar e recolher o ICMS devido por Substituição Tributária nas subsequentes operações de saídas de mercadorias, neste regime tributário. Conforme se depura em Cláusula Décima, a saber, “*verbis*”:

CLÁUSULA DÉCIMA – 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 atribuído 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 ACORDADA;

II – do exterior.

Diante da condição acima, a acordada se responsabiliza pelas operações praticadas com mercadorias neste regime de substituição tributária.

Contudo existem questões de fatos, a serem informados, norteadores aspectos levados à formação de juízo para o julgamento deste processo.

Imperioso se faz trazer para conhecimento, onde se deve observar para as reclamações tributárias, em ICMS – Substituição Tributária, dos períodos de referência aos exercícios autuados serem de 2011 e 2012, exigidos em auto de infração lavrado em 13.04.2016, assim para ato em infração de há aproximados quatro anos anteriores.

Ainda em observância aos termos pactuados em subcláusulas da cláusula Décima, acima citada, temos a observar e saber, “*verbis*”:

SUBCLÁUSULA PRIMEIRA – A ACORDADA na condição de substituto tributário pela ocorrência das situações previstas nos incisos I e II do *caput*, *deverá apurar e recolher o ICMS retido, ainda que no mesmo período de apuração do imposto efetue a revenda ou transferência da mercadoria sujeita à substituição tributária a outra unidade da federação.*

SUBCLÁUSULA SEGUNDA – Ocorrendo a hipótese das mercadorias com substituição tributária ser revendida ou transferida a outro estado, a ACORDADA, observando a disposição contida na alínea “b”, da Cláusula Nona, se creditará do valor do imposto retido e recolhido ao Estado do Tocantins.





É notório o mandamento imposto em regra pelo legislador na Subcláusula Primeira, onde, *“deverá apurar e recolher o ICMS retido, ainda que, no mesmo período de apuração do imposto, efetue a revenda ou transferência da mercadoria sujeita à substituição tributária, a outra unidade da federação”*.

Notadamente que ocorrendo operações de vendas a contribuintes de outros Estados, a incidência do ICMS-ST deixa de existir para o Estado do Tocantins, conforme preceitua em Subcláusula Segunda, *“na hipótese das mercadorias com substituição tributária ser revendida ou transferida a outro estado... a ACORDADA, observando a disposição contida na alínea “b”, da Cláusula Nona, se creditará do valor do imposto retido e recolhido ao Estado do Tocantins”*.

Desta forma o contribuinte se creditará do ICMS-ST, quando da venda da mercadoria para outros Estados, no preceito da Cláusula Nona, **“verbis”**:

CLÁUSULA NONA – A ACORDADA na escrituração do Livro de Registro de Apuração de ICMS deverá:

- a) informar o valor do crédito presumido, previsto na Cláusula Sétima no campo “Outros Créditos”,
- b) informar o valor dos créditos fiscais relativos à operação anterior, na proporção da respectiva saída, quando das operações de saídas interestaduais de mercadorias sujeitas à substituição tributária, no campo “Outros Créditos”;
- c)

É inconteste que o sujeito passivo participou parcimônia a norma legal principal, e eternizado no descumprimento de obrigação acessória, para com as Cláusulas pactuadas em Termo de Acordo de Regime Especial – TARE, que para tanto, deveria ser penalizado com uma aplicação de Multa Formal.

Entretanto *“summum jus summa injuria”*, excesso de direito, excesso de injustiça, que nos adverte contra aplicação muito rigorosa da Lei, que pode dar margem a grandes injustiças.

A Lei 13.655/2018 que altera o Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942 (Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro), em disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, trás:

“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”





“Parágrafo Único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

Desta feita, o sujeito passivo em Recurso Voluntário, apresenta argumento bastante plausível com provas robustas que a mercadoria adquirida em importação, não foi vendida dentro do Estado do Tocantins, mas através de notas fiscais para pessoas jurídicas (Empresas) de outros Estados, não acontecendo o fato gerador a consumidor, para recolhimento do ICMS- substituição Tributária.

De maneira que, a reclamação tributária imposta ao sujeito passivo na incumbência de fazer o reter e recolher o ICMS – Substituição Tributária, destas exigências, lhe traria o direito de se creditar do mesmo imposto, como uma devolução deste ICMS-ST em forma de crédito, visto é serem as mercadorias vendidas para outros Estados.

Principiado ainda na venda interestadual desta mercadoria, com o benefício fiscal em Termo de Acordo de Regime Especial – TARE nº 1.646/2005, em crédito presumido, tenho a aduzir:

De outra forma, só para entendimento técnico tributário, científico, para a operação normal praticada da venda desta mercadoria a outros estados, via de regra, com a margem de valor agregado – MVA, na formação do valor base de cálculo, para com uma alíquota de 12%, interestadual, onde aplicando o benefício fiscal concedido de 11% (onze por cento), conforme TARE, resulta no valor em 1% (um por cento) de ICMS ao Erário Estadual.

De todo o exposto, conheço do Recurso Voluntário, dar-lhe provimento, para reformando a sentença de primeira instância, julgar pela improcedência das reclamações tributárias deste Auto de Infração, na análise ao Mérito em questão.

É como voto.

DECISÃO

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo, decidiu, no mérito, por unanimidade, conhecer do recurso voluntário e por unanimidade, dar-lhe provimento para reformando a decisão de primeira instância, julgar improcedente as reclamações tributárias constante do auto de infração nº 2016/001240 e absolver o sujeito passivo da imputação que lhe faz nos valores de R\$



**SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO**

**GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS**



872.117,37 (oitocentos e setenta e dois mil, cento e dezessete reais e trinta e sete centavos), referente o campo 4.11, R\$ 359.946,66 (trezentos e cinquenta e nove mil, novecentos e quarenta e seis reais e sessenta e seis centavos), referente o campo 5.11 e R\$ 246.282,98 (duzentos e quarenta e seis mil, duzentos e oitenta e dois reais e noventa e oito centavos) referente o campo 6.11. O representante fazendário Gaspar Maurício Mota de Macedo fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Heverton Luiz de Siqueira Bueno, Sani Jair Garay Naimayer, Luiz Carlos da Silva Leal, Osmar Defante, Ricardo Shiniti Konya e Kellen C. Soares Pedreira do Vale. Presidiu a sessão de julgamento ao primeiro dia do mês de agosto de 2018, o conselheiro Suzano Lino Marques.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS,
em Palmas, TO, aos dez dias do mês de outubro de 2018.

Suzano Lino Marques
Presidente

Heverton Luiz de Siqueira Bueno
Conselheiro relator

