

SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO

GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

ACÓRDÃO Nº	092/2020
PROCESSO Nº:	2016/6040/503217
RECURSO VOLUNTÁRIO Nº:	8.640
AUTO DE INFRAÇÃO Nº:	2016/003044
RECORRENTE:	AMBEV S.A
INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº:	29.453.288-9
RECORRIDA:	FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

EMENTA

ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOR. PROCEDÊNCIA – É procedente a reclamação tributária que exige ICMS-ST sobre operações relativas a comercialização de cerveja sem álcool, com alíquota prevista no inciso I, do art. 27, da Lei nº. 1287/2001.

RELATÓRIO

O contribuinte foi autuado nos campos 4, 5 e 6, referente à ICMS/ST, proveniente da retenção a menor do imposto por antecipação ao aplicar a alíquota de 17%, enquanto que o correto seria 25%, para o produto “cerveja sem álcool”, nas importâncias de: R\$ 110.000,71 (cento e dez mil reais e setenta e um centavos, R\$ 144.447, 52 (cento e quarenta e quatro mil, quatrocentos e quarenta e sete reais e cinquenta e dois centavos) e R\$ 1.244,91 (um mil, duzentos e quarenta e quatro reais e noventa e um centavos) período de 2014, 2015 e janeiro a março de 2016, respectivamente.

Intimado via postal, o sujeito passivo comparece aos autos apresentando impugnação tempestiva de fls. nº 81/93, com os seguintes argumentos: em relação ao período de 2016, reconhece a procedência do lançamento e informa que realizará o pagamento. Em relação ao período de 2014 e 2015, alega que autuação não merece prosperar, devendo ser julgado improcedente os lançamentos pela inexistência da infração imputada à impugnante por ter aplicado alíquota de 17% para o produto “cerveja sem álcool” deixando de aplicar a alíquota de 25%.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

A impugnante sustenta a inexistência da suposta infração, pois utilizou-se da alíquota inferior, em fiel cumprimento da Legislação Estadual em vigor à época do fato gerador, uma vez que não havia previsão específica que atribuísse a responsabilidade pelo recolhimento com a alíquota majorada de 25% em que a autuação se fundamentou no art. 27, inciso I, alínea “h” da Lei nº 1.287/2001, conforme redação:

Art. 27. As alíquotas do imposto são:

I – 25% nas operações e prestações internas relativas a:

[...]

h) bebidas alcoólicas, inclusive cerveja e chopes.

Como a “cerveja sem álcool” não apresenta teor alcoólico e que se trata de produto distinto de “cerveja com álcool”, não há como enquadrá-la neste dispositivo, razão pela qual deve-se aplicar a regra de tributação igual a de outras bebidas não alcoólicas.

Ratificando o exposto, destaca que a própria Tabela de Incidência do Imposto Sobre Produtos Industrializados – TIPI diferencia as “cervejas com álcool” das “sem álcool”, atribuindo a mesma Nomenclatura Comum do Mercosul – NCM de outras bebidas não alcoólicas.

Desta análise, fica evidente que a legislação equipara as “cervejas sem álcool” com outras bebidas não alcoólicas e que a interpretação do Fisco em relação ao art. 27 é arbitrária, o que é reforçado pelo fato de que posteriormente, com a edição da Lei nº 3.019/2015 foi criada alínea específica para tratar de “cerveja sem álcool:

Art. 27. As alíquotas do imposto são:

I – 25% nas operações e prestações internas relativas a:

[...]

h) bebidas alcoólicas;

[...]

n) cerveja e chopes sem álcool.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

Ressalta que o Código Tributário Nacional - CTN, em seu art. 112, estabelece que a legislação tributária interpreta-se de maneira mais favorável ao contribuinte, em caso de dúvida quanto à capitulação legal do fato. Situação que se enquadra perfeitamente ao caso.

Para a hipótese, que eventualmente se superem as argumentações, seja aplicado o art. 100, inciso III e parágrafo único do CTN, excluindo a imposição de penalidade, juros e atualização monetária, pois a impugnante não agiu de forma ilícita e sim em conformidade com a Lei. Cita precedentes do STF a esse respeito às fls. 87.

Alega também que a multa aplicada é abusiva e cogita apenas para fins de debate seja reduzida a patamares razoáveis e proporcionais a suposta infração, considerados em jurisprudência do STF (pg. 90) adequados à luz do princípio do não confisco os percentuais entre 20% a 30%.

O julgador de primeira instância, em despacho de fls. 168/169, aponta inconsistência no processo e devolve os autos ao autor do lançamento ou seu substituto para saneamento, que se manifeste quanto às alegações da defesa, e emissão de termo de aditamento, intimando o sujeito passivo, concedendo-lhe novo prazo, conforme estabelece a Lei.

Em atenção ao solicitado, a autora do lançamento em manifestação às fls. 171/172, relata que o auto de infração foi lavrado em virtude de aplicação de alíquota a menor (17%) sobre produto cerveja sem álcool (25%). E mantém seu entendimento quanto a exigência tributária, haja vista posicionamento da Coordenadoria de Tributação, em processo de consulta deliberado em situação análoga, fls. 66/67, em que define:

Assim, o imposto a ser retido pelo sujeito passivo por substituição tributária, quando a cerveja com ou sem álcool tiver como destino o Estado do Tocantins, será calculado mediante aplicação da alíquota de 25%.

Acrescenta que a referida consulta tributária, menciona que o Conselho de Contribuintes do Estado do Tocantins, já decidiu, quanto a matéria, pela aplicação da alíquota de 25% à cerveja sem álcool, "Acórdão 697/2008".

Por entender desnecessário, deixa de elaborar termo de aditamento.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

O processo foi encaminhado ao julgador de primeira instância, que em decisão às fls. 174/177, julga procedente o auto de infração, pelo fato de que “a legislação é bem clara quanto a aplicação da alíquota de 25% nas operações com cervejas e chopes, ainda que não mencione a expressão cerveja sem álcool, filia ao entendimento objeto de consulta, que o “inclusive” significa com a inclusão de cervejas e chopes, e nesse caso estaria incluso qualquer tipo de cerveja. Pois do contrário, deveria haver a excludente da aplicação em relação a cerveja sem álcool, em qualquer outro inciso ou artigo da Lei nº 1.287/2001”.

Tendo como base ainda, a consulta formulada sobre o assunto à Coordenadoria de Tributação, e Acórdão do Conselho de Contribuintes que já dispôs sobre a matéria.

Quanto ao caráter da multa confiscatória, assegura que não é competência deste Contencioso Administrativo Tributário a apreciação de Constitucionalidade de Lei, ao passo que o art. 150, inciso IV da CF trata da vedação ao confisco a utilização de tributo, e não de multa decorrente de infração.

Notificado da decisão de primeira instância a autuada apresenta recurso voluntário de fls. 184/197, pede a reforma da decisão de primeira instância, com os mesmos argumentos em sede de impugnação.

Acrescenta que a sentença restou omissa quanto ao mencionado art. 100, inciso III e parágrafo único do CTN.

A Representação Fazendária em suas considerações às fls. 225/226, aduz que o sujeito passivo não carrou aos autos provas e argumentos de que procedimentos estão de acordo ao que prevê a legislação tributária e pede que seja mantida a decisão singular.

É o Relatório.

VOTO

Versa a presente autuação, sobre exigência de ICMS devido por substituição tributária, referente recolhimento a menor decorrente da comercialização de cerveja sem álcool.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

A infração tipificada como infringida foi o art. 44, inciso IX, combinado com o art. 27, inciso I, alínea “h”, ambos da Lei 1.287/2001 e art. 57 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 2.912/2006. Com redação do Decreto 1.310/2008.

A autuada apresentou defesa, admitindo a procedência da exigência tributária referente o exercício de 2016, e alegou a improcedência quanto aos exercícios de 2014 e 2015. por entender que seu procedimento está correto ao aplicar a alíquota de 17%, enquanto que a alíquota de 25% não existia previsão legal para sua aplicação.

Alegou também, a abusividade da penalidade, e por ter agido de boa fé, pede sua inaplicabilidade ou redução.

O julgador singular julgou procedente o auto de infração, por entender que está correta a exigência fiscal, por tratar de matéria já pacificada pela Secretaria da Fazenda em processo de consulta sobre a mesma matéria.

Inconformado, o sujeito passivo apresentou recurso voluntário, pede a reforma da decisão de primeira instância e requer perícia pra comprovação dos fatos alegados em impugnação.

Trata o presente caso, da cobrança de diferença de ICMS, em decorrência de aplicação de alíquota a menor pelo sujeito passivo, e este, em sua defesa alega que não cometeu a infração a ele imputada, pois apenas cumpriu o que a legislação à época determinava.

Pelos fatos e documentos anexados pelas partes, há de observar o seguinte:

Primeiramente, vejamos o que diz a legislação vigente à época da ocorrência dos fatos, ou seja, o art. 27, inciso I, alínea “h” da Lei nº 1.287/2001, conforme redação:

Art. 27. As alíquotas do imposto são:

I – 25% nas operações e prestações internas relativas a:

[...]

h) bebidas alcoólicas, inclusive cerveja e chopes.





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

O texto do precitado dispositivo, determina que os produtos bebidas alcoólicas, inclusive cerveja e chopes, serão tributados à alíquota de 25%.

Por um lado, na interpretação do sujeito passivo, o produto “cerveja sem álcool” ficaria excluído desta imposição por tratar-se de bebida não alcoólica, e por este motivo, não estaria enquadrado neste dispositivo, e sim no de “bebidas em geral” cuja alíquota é 17%. Como trata-se de questão interpretativa, entende que está correta, e no caso de dúvida deve prevalecer o seu entendimento nos termos do CTN, capitulado em seu artigo 112.

Por outro lado, no entendimento do fisco, deve prevalecer o que está na legislação, cujo teor inclui o “produto cerveja”, não prescrevendo como excludente, o termo “cerveja sem álcool”. Tanto que tal situação de dúvida já havia sido dirimida através de consulta anterior à exigência fiscal.

Albergado por estes argumentos, entendo correta a decisão de primeira instância que em análise abrangente, decidiu pela procedência do auto de infração, não havendo assim, como suscitar dúvidas, pois questão similar já havia sido questionada e dirimida em parecer da SEFAZ. Acrescenta-se a isto, que para cálculo da substituição tributária, a Secretaria da Fazenda periodicamente as atualizações dos valores que comporão a base de cálculo relacionando individualmente todos os produtos, por marca, espécie, volume etc, e grupo ao qual o questionado produto pertence. Caindo por terra, a tese de defesa da autuada quanto à sua dúvida interpretativa.

Desta forma, fica patente que o sujeito passivo ao recolher a menor o ICMS-ST devido, infringiu a legislação tributária do Estado do Tocantins, especialmente o inciso IX, do artigo 44 da Lei 1.287/2001, que assim prescreve:

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

[...]

IX - reter e recolher o imposto devido por substituição tributária, quando exigido pela legislação;
DECRETO No 2.912/2006. Aprova o Regulamento do ICMS e adota outras providências.

[...]

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





CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

recolhimento do imposto devido relativo às saídas subseqüentes, com os produtos a seguir indicados e relacionados no Anexo XXI deste Regulamento, com contribuintes situados neste Estado: (Redação dada pelo Decreto 3.310, de 03.03.08).

Há de se ressaltar que, quanto a dúvida suscitada pela recorrente, relativo a aplicação correta da alíquota do ICMS-ST, além do parecer expedido em caráter de consulta pela Secretaria da Fazenda deste Estado, este Contencioso também já decidiu sobre a mesma matéria conforme acórdãos a seguir:

ACÓRDÃO Nº 697/2008 – EMENTA: SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA A MENOR DO IMPOSTO – É procedente o imposto exigido por utilização de alíquota a menor que a legalmente prevista e por não observância quanto a aplicação de valor constante do Boletim informativo de preço, editado pela Secretaria da Fazenda.

ACÓRDÃO Nº 046/2020 – EMENTA: SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CERVEJA SEM ÁLCOOL. ALÍQUOTA 25%. RECOLHIMENTO A MENOR. PROCEDÊNCIA – É procedente a reclamação tributária que exige ICMS - ST sobre operações relativas a comercialização de cerveja sem álcool, com alíquota prevista no inciso I, do art. 27, da Lei 1287/2001.

Diante dos fatos, por tudo que dos autos constam, evidencia-se que o trabalho de auditoria foi bem elaborado, o crédito tributário está caracterizado e legalmente constituído, devendo ser mantido.

No tocante à exorbitância da penalidade aplicada, alio ao entendimento do julgador singular, pois além da limitação de alçada quanto à abrangência, excessiva ou não na sua aplicabilidade, encontra-se inserida na Legislação Estadual, embora de caráter coercitivo, porém pedagógico, pois objetiva evitar o descumprimento da obrigação interposta, independente de probabilidade intencional, ou hipotética boa fé.

Ante o exposto, conheço do recurso voluntário, nego-lhe provimento e voto pela confirmação da decisão de primeira instância, que julgou procedente o auto de infração nº 2016/003044, nas importâncias de R\$ 110.000,71, R\$ 144.447,52 e R\$ 1.244,91, campos 4.11, 5.11 e 6.11, respectivamente.

É como voto.

DECISÃO



Publicado no Diário Oficial de nº 5.680, de 04 de setembro de 2020

SECRETARIA DA
FAZENDA E
PLANEJAMENTO

GOVERNO DO
ESTADO DO
TOCANTINS



CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais, ao julgar o presente processo decidiu, no mérito, por unanimidade, conhecer do recurso voluntário e por maioria, 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\$ 110.000,71 (cento e dez mil e setenta e um reais), 5.11 R\$ 144.447,52 (cento e quarenta e quatro mil, quatrocentos e quarenta e sete reais e cinquenta e dois centavos), 6.11 R\$ 1.244,91 (mil e duzentos e quarenta e quatro reais e noventa e um centavos), mais os acréscimos legais. Votaram pela improcedência do auto de infração os conselheiros Valcy Barbosa Ribeiro e Sani Jair Garay Naimayer. O Representante Fazendário Rui José Diel fez sustentação oral pela Fazenda Pública Estadual. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Luiz Carlos da Silva Leal, Fernanda Teixeira Halum Pitaluga, Ricardo Shiniti Konya, Valcy Barbosa Ribeiro, Elena Peres Pimentel e Sani Jair Garay Naimayer. Presidiu a sessão de julgamento aos treze dias do mês de maio de 2020, o conselheiro Gilmar Arruda Dias.

PLENÁRIO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES E RECURSOS FISCAIS, em Palmas, TO, aos 21 dias do mês de julho de 2020.

Gilmar Arruda Dias
Presidente

Luiz Carlos da Silva Leal
Conselheiro Relator

