



**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – CONAT  
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT  
4ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

**RESOLUÇÃO Nº. 30 /2019**

11ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 22 DE MARÇO DE 2019 – 13h 30 min.

**PROCESSO Nº: 1/3290/2013**

**AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 201310715-0**

**RECORRENTE: CIBAHIA TABACOS ESPECIAIS LTDA**

**RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA**

**CNPJ: 96.833.058/0001-95**

**CONSELHEIRA RELATORA: IVETE MAURÍCIO DE LIMA**

**EMENTA:** ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – Falta de retenção e recolhimento de ICMS ST em operações de saídas realizadas por estabelecimento fabricante de cigarros sem inscrição neste Estado, para o período de 07/2008 a 04/2009, 06/2009 a 09/2012, em decorrência de liminar obtida no processo 2005.00023789-4, mas a parte lançada não está protegida pela liminar. Apontada infringência ao Convênio 37 de 1994 com penalidade imposta no art. 123, I, "c" da Lei nº 12.670/96. Decisão de Primeira Instância PROCEDENTE. Reconhecimento da NULIDADE DA DECISÃO SINGULAR, na forma do art. 83 da Lei 15.614/2014, tendo em vista que a mesma deixou de apreciar argumentos apresentados pela defesa. Retorno dos autos à instância originária para novo julgamento, nos termos do art. 85 da Lei 15.614/2014. Recurso Ordinário Conhecido e Provido. Decisão por unanimidade de votos, de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

**PALAVRAS CHAVE:** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FABRICANTE DE CIGARROS – CONVÊNIO ICMS 37/1994 – RETORNO À PRIMEIRA INSTÂNCIA – NULIDADE DA DECISÃO – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

**RELATÓRIO:**

Versa a peça basilar que o sujeito passivo deixou de reter parte do ICMS devido por substituição tributária, na forma estabelecida no Convênio ICMS nº 37 de 1994, em decorrência de liminar obtida no Processo nº 2005.00023789-4, entretanto, a parte lançada não está protegida pela referida liminar.

Complementarmente, o agente fiscal descreve os fatos, de início esclarecendo que o estabelecimento autuado está situado no município de Itapevi – São Paulo, com atividade principal de fabricação de cigarros, enquadrando-se perfeitamente nas determinações do Convênio ICMS 37/1994, que estabelece o

regime de substituição tributária no território nacional, conforme dispõe em sua Cláusula Primeira.

Acrescenta que, em razão do estabelecimento não ter inscrição como contribuinte substituto neste Estado, obriga-se ao recolhimento do ICMS retido, antes da saída da mercadoria do seu estabelecimento, na forma disciplinada no Convênio nº 81/1993.

Discorre sobre os procedimentos de fiscalização adotados e a metodologia aplicada para definição da base de cálculo, concluindo que, para produtos com preços fixados a consumidor final, como é o caso do cigarro da NCM 24022000, a base utilizada deve ser o próprio preço fixado e para os demais produtos, considera-se o preço praticado, adicionado o valor do IPI e demais despesas debitadas ao adquirente. Destaca sobre a ampliação da alíquota de 25% para 27%, em razão do FECOP instituído pela Lei Complementar Estadual nº 37/1993.

Ao final, informa que o estabelecimento autuado detém medida liminar em mandado de segurança, todavia, o crédito tributário especificado no quadro 2 não está protegido pelo instrumento jurídico citado.

Especifica todos os documentos que embasaram a autuação e demonstra a composição do crédito tributário referente aos exercícios 2008 a 2012 (fls. 04/05).

Exigência do ICMS no valor de R\$ 4.408.939,30 (Quatro milhões, quatrocentos e oito mil, novecentos e trinta e nove reais e trinta centavos), por ter o sujeito passivo infringido o estabelecido no Convênio ICMS nº 37/1994.

O autuante sugere a penalidade prevista no art. 123, I, C da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/2003.

A autuada apresenta tempestivamente IMPUGNAÇÃO (fls. 28/43) e posteriormente faz juntada de documentos às fls. 107/109.

Consta às fls. 104/105, DESPACHO exarado pela julgadora singular, no qual encaminha o presente processo à Presidência do CONAT, para fins do exercício pleno das atribuições definidas no §7º do art. 48 da Lei nº 15.614/2014, tendo em vista que o auto de infração se enquadra nas disposições contidas no § 4º no referido dispositivo legal.

Em resposta (fls. 110/111), a Presidente do CONAT, ao verificar em consulta ao processo judicial de nº 006455.63.2005.806.0001, que a liminar concedida foi suspensa em 17 de agosto de 2017, pelo Desembargador Francisco Glaydson Pontes, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e ainda que o comando normativo citado pela julgadora de 1ª Instância foi revogado pela Lei nº 16.258/2017, retorna o presente processo para julgamento.

A decisão de Primeira Instância é de PROCEDÊNCIA do feito fiscal.

O sujeito passivo apresenta Recurso Ordinário (fls. 121/143), destacando inicialmente que a decisão de Primeira Instância não acolheu os argumentos suscitados na impugnação, com as seguintes irresignações:

1. PRELIMINAR – Nulidade absoluta – divergência da constituição do crédito tributário lançado com a liminar obtida no Processo nº 2005.00023789-4 (Desvio de finalidade da fiscalização);

2. Ilegalidade da cobrança do ICMS ST mediante base de cálculo alheia à hipótese de incidência.
3. Não aplicação de multa punitiva, uma vez que a Recorrente se encontrava amparada por decisão judicial, devendo incidir apenas juros de mora, se considerado como devido o ICMS, depois de sanado os erros materiais;
4. Caráter confiscatório da multa;
5. Requer a realização de perícia contábil, por erro material, consoante exposto às fls. 142.

A Célula de Assessoria Processual Tributária às fls. 146 a 149, em seu Parecer nº 24/2019, adotado pelo representante da DOUTA Procuradoria do Estado, manifesta-se pela nulidade da decisão de Primeira Instância, com retorno dos autos para que a julgadora singular se manifeste sobre algumas questões suscitadas na peça impugnatória que deixaram de ser apreciadas.

É o RELATÓRIO.

#### **VOTO DA RELATORA:**

Trata-se de Recurso Ordinário apresentado contra decisão de PROCEDÊNCIA da acusação fiscal proferida em 1ª Instância.

Da análise do julgamento singular, conclui-se que a Assessora Processual Tributária agiu acertadamente, em seu parecer opinativo, diante da constatação de que algumas questões suscitadas pela impugnante, deixaram de ser apreciadas, caracterizando verdadeira supressão de instância.

É pacífico que o julgador administrativo tem o dever, até em respeito aos princípios constitucionais de garantia ao cidadão, de apresentar os fundamentos em sua peça decisória, que levaram a não acolher a tese defensiva do acusado, sob pena de cerceamento do direito de defesa.

Ora, referido enfrentamento possibilitará ao acusado o exercício do direito ao duplo grau de jurisdição.

No caso em exame, verifica-se de fato que, não houve o enfrentamento de vários pontos trazidos pela impugnante, com destaque, para o pedido de perícia às fls. 142, que foi feito de forma clara e objetiva, questão que não pode deixar de ser enfrentada pela autoridade julgadora e motivado o seu indeferimento ou não.

E para não sermos repetitivos, por comungar literalmente do entendimento contido no Parecer nº 24/2019, por oportuno se reproduz trecho no qual a Assessora Processual Tributária pontuou com clareza essa questão:

*“De fato, da análise da peça impugnatória, observa-se que a Julgadora Singular não apreciou as questões suscitadas pela Impugnante, tais como, dentre outras:*

1. *Possibilidade ou não do Fisco lançar MULTA ante a concessão de medida liminar;*
2. *Formação da base de cálculo consistente em maior preço do produto ao consumidor final (R\$ 2,75);*
3. *Pedido de Perícia.*

Diante das considerações expendidas, consubstancia-se motivo apto a ensejar a nulidade da decisão de primeiro grau, por implicar em supressão de instância, restando claro, fato cerceador do amplo direito à defesa e ao contraditório.

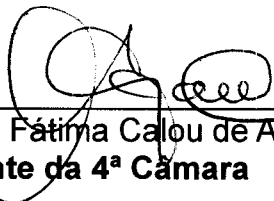
É o voto.


Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é Recorrente: CIBAHIA TABACOS ESPECIAIS LTDA – CNPJ 96.833.058/0001-95 e Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

### DECISÃO:


Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, dar-lhe provimento e, em exame preliminar, declarar nula a decisão de primeira instância em razão desta não ter enfrentado os argumentos expostos na peça impugnatória. Ato contínuo, determinam o **retorno do processo à instância originária** para a realização de novo julgamento, com fundamento no art. 83 da Lei nº 15.614/14. Decisão nos termos do voto do Conselheira Relatora e de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Esteve presente para sustentação oral, o representante legal da recorrente, Dr. Niedson Manoel de Melo.

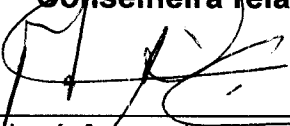
Sala das Sessões da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, em 20 de MAIO de 2019.

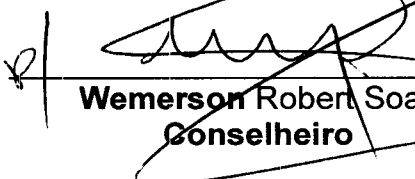
  
Lúcia de Fátima Calou de Araújo  
Presidente da 4ª Câmara

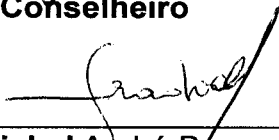
  
Rafael Lessa Costa Barboza  
Procurador do Estado  
Ciência em:   /  /  

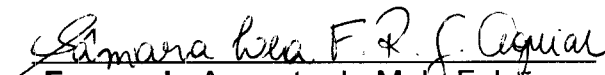
  
Ivete Maurício de Lima  
Conselheira relatora

  
José Osmar Celestino Júnior  
Conselheiro

  
José Augusto Teixeira  
Conselheiro

  
Wemerson Robert Soares Sales  
Conselheiro

  
Michel André Bezerra Lima Gradvohl  
Conselheiro

  
Fernando Augusto de Melo Falcão  
Conselheiro