



**SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS
4ª CÂMARA DE JULGAMENTO**

RESOLUÇÃO Nº 50 /2019

9ª. SESSÃO ORDINÁRIA DE 20 DE MARÇO DE 2019.

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/3379/2013 - AI.: 1/2013.10699

RECORRENTE: CIBAHIA TABACOS ESPECIAIS LTDA.

CNPJ: 96.833.058/0001-95

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATOR: CONSELHEIRO FERNANDO AUGUSTO DE MELO FALCÃO

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. NULIDADE DA DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA. RETORNO DOS AUTOS À INSTÂNCIA DE PISO PARA NOVO JULGAMENTO. 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. Supressão de instância. Multa confiscatória não conhecida, em razão da ausência de competência do Órgão Administrativo para apreciar inconstitucionalidade. Recurso Ordinário conhecido em parte. Decisão por unanimidade de votos, de acordo com o Parecer da Assessoria Processual Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. NULIDADE DA DECISÃO SINGULAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NOVO JULGAMENTO.

RELATÓRIO:

O presente processo versa sobre falta de recolhimento em razão do autuado ter deixado de recolher parte do imposto devido por substituição tributária no valor de R\$ 255.578.114,03 (duzentos e cinquenta e cinco milhões quinhentos e setenta e oito mil cento e quatorze reais e três centavos). Alega ainda que o sujeito passivo estava protegido por liminar concedida no processo nº 2005.00023789-4

O agente fiscal apontou como dispositivo infringido o Convênio ICMS 37 de 1994, sugerindo a penalidade inserta no art.123, I, C, da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/13. Foi aplicada multa no mesmo valor do ICMS que deixou de ser recolhido.

Acostado aos autos encontram-se as Informações Complementares, fls. 03/17, apresentando demonstrativo de composição de crédito tributário de forma detalhada, bem como esclarece a metodologia adotada na ação fiscal, para ao final concluir que o autuado, na qualidade de fabricante de cigarros, sem inscrição de substituto no Ceará, fazia a retenção e o recolhimento do ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA antes da saída de seu estabelecimento, porém a menor do que efetivamente era devido, ocasionando uma falta de recolhimento a favor do Estado do Ceará.

Impugnação acostada às fls. 243/264, e documentos diversos às fls. 265/324, argumentando, em síntese, o seguinte:

- ✓ Que ocorreu nulidade absoluta - (DIVERGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO LANÇADO COM A LIMINAR OBTIDA NO PROCESSO NR 2005.00023789-4). (DESVIO DE FINALIDADE DA FISCALIZAÇÃO);
- ✓ Que há ilegalidade da cobrança do ICMS-ST mediante base de cálculo alheia à hipótese de incidência;
- ✓ Protesta pela produção de provas, inclusive a realização de perícias.

O julgador monocrático decidiu pela procedência da autuação, conforme ementa:

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS.

Provado nos autos a configuração do ilícito tributário. Inexistência de prova correspondente ao recolhimento do imposto em favor do Estado do Ceará. **Dispositivos infringidos:** artigos 73, 74 do Decreto 24.569/97. **Penalidade:** aplicada ao caso, a disposta no artigo 123, inciso, I, alínea da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03. **AUTUAÇÃO PROCEDENTE.**

Inconformada com a decisão singular, a interessada ingressa com Recurso Ordinário, acostado ao processo às fls. 347 a 382, argumentando que:

- ✓ Mediante provas acostadas, a infração à legislação do ICMS não está bem caracterizada, havendo sim contraprova suficiente apresentada na Impugnação que nega veementemente a acusação do Fisco.
- ✓ O lançamento apresenta erros materiais e formais, os quais não foram apreciados pela Julgadora de Primeira Instância.
- ✓ Não é plausível e lógico considerar que o maço de cigarro contendo 20 unidades possam valer R\$ 137,50.
- ✓ O auto de infração é nulo ante a divergência da constituição do
- ✓ O crédito tributário lançado com a liminar obtida no Mandado de Segurança nº 2005.00023789-4.
- ✓ A liminar concedida determinou "que a autoridade coatora se abstenha da prática de ato coativo ou punitivo decorrentes do recolhimento antecipado do ICMS em regime de substituição tributária em favor do Estado do Ceará efetivado pela Impetrante, calculado com exclusão

do IPI da base de cálculo ocorridas diretamente para empresas comerciais atacadistas. "

- ✓ O Fisco não se limitou a constituir o crédito do ICMS ST ante o montante do PI, mas impôs a base de cálculo do ICMS ST mediante um preço aleatório do cigarro vendido no varejo no valor absurdo de R\$ 2,75 (dois reais e setenta e cinco) por maço.
- ✓ A mensuração de base de cálculo pelo Fisco, tendo por parâmetro C o último e mais elevado preço do cigarro eventualmente vendido ao consumidor final, constitui forma oblíqua de se esquivar da ordem judicial.
- ✓ Não compete ao Fisco impor ao fabricante de cigarro a adoção de preço final ao consumidor para com ele mensurar a base de cálculo do ICMS ST, mas somente a LEI.
- ✓ Não bastasse a desobediência da ordem judicial, a fiscalização aplicou MULTA punitiva de uma vez o valor do imposto.
- ✓ A concessão de liminar em mandado de segurança é causa de suspensão de exigibilidade do crédito tributário (art.151, IV, CTN), logo não é cabível a aplicação de multa punitiva.
- ✓ Em se admitindo a hipótese do ICMS-ST ser considerado devido, incidiria apenas juros de mora sobre o valor da diferença do imposto já recolhido anteriormente, que, jamais poderia ultrapassar o percentual de 20%(vinte por cento) do valor do imposto, sob pena de resultar em confisco.
- ✓ Ao final, requer a improcedência do lançamento.

A Célula de Assessoria Processual Tributária em seu Parecer 021/2019, fls. 385/388, adotado pelo representante da Douta Procuradoria do Estado, se manifesta pela nulidade da decisão singular, devendo os autos retornarem para prolação de novo julgamento, dando provimento ao Recurso Ordinário.

Eis o relatório.

VOTO DO RELATOR

O Recurso Ordinário posto em mesa para votação, atende aos pré-requisitos de admissibilidade, entretanto, o caráter confiscatório da multa não pode ser objeto de análise nessa Corte Administrativa, pois a matéria questionada tem natureza constitucional, o que impossibilita o conhecimento do presente recurso na totalidade.

A Lei nº 15.614/2014, se posiciona de forma clara com relação ao assunto em tablado:

“Art. 48. O julgamento de processo administrativo-tributário no CONAT é da competência inicial dos Julgadores Administrativo-Tributários sob a forma monocrática, observado o disposto no art.121 desta Lei, e quando em grau de recurso, dos órgãos do CRT, em deliberação coletiva.

(...)

§ 2º Não se inclui na competência da autoridade julgadora afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, ressalvada a hipótese em que tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF, observado:

I – em Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Declaratória de Constitucionalidade, após a publicação da decisão;

II – em Ação Direta de Inconstitucionalidade, por via incidental, após a publicação da resolução que suspender a execução do ato, pelo Senado Federal;

III – em Súmula Vinculante aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art.103-A da Constituição Federal.” (grifei)

Considerando que o caso não se enquadra em nenhuma das exceções do §2º do art. 48 da Lei nº 15.614/2014, conheço, em parte, do Recurso Ordinário.

Em análise acurada da impugnação e do Julgamento Singular, observo que nem todos os argumentos apresentados pelo Recorrente foram apreciados pelo julgador de piso, o que prejudica a defesa, pois, se assim prosseguir, não terá direito ao duplo grau de jurisdição, de ver suas teses apreciadas em dois momentos processuais distintos, cerceando o direito constitucional a ampla defesa.

O Parecer da Assessoria Tributária foi feliz no seu relato de fls. 387:

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

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

A nulidade da decisão de 1ª Instância é medida necessária para que se reestabeleça a ordem jurídica.

A Lei nº 15.614/2014, em seu artigo 83, assim comanda:

Art. 83. São absolutamente nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou impedida, ou com preterição de qualquer das garantias processuais constitucionais, devendo a nulidade ser declarada de ofício pela autoridade julgadora.

À propósito, a matéria já esteve em pauta por diversas vezes nesse Colégio, inclusive quanto ao mesmo contribuinte:

RESOLUÇÃO Nº 293 /2018

56º SESSÃO ORDINÁRIA DE 13.11.2018

PROCESSO Nº 1/3315/2013 AI Nº: 1/2013.10676-6

PROCESSO DE RECURSO Nº 1/3379/2013 - AI Nº 1/2013.10699
Relator: Conselheiro Fernando Augusto de Melo Falcão

RECORRENTE: CIBAHIA TABACOS ESPECIAIS LTDA.
RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª
INSTÂNCIA.

CNPJ N°.: 96.833.058/0001-95

CONSELHEIRO RELATOR: JOSÉ WILAME FALCÃO DE
SOUZA

EMENTA: ICMS — FALTA DE RECOLHIMENTO DO
IMPOSTO DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.
**Julgamento singular deixou de apreciar algumas
questões suscitadas na peça impugnatória, situação que
caracteriza cerceamento do direito de defesa, motivo
para a declaração de nulidade da decisão singular, por
força do disposto no art. 83, da Lei nº 15.614/2014.
Retorno do processo à 1ª Instância para ser proferido
novo julgamento.** Multa confiscatória não conhecida à
míngua de competência legal do julgador administrativo
para ingressar nessa seara. Recurso Ordinário conhecido
em parte. NULIDADE da decisão singular, com o
consequente retorno do processo para novo julgamento, foi
proferida de acordo com o parecer da Assessoria
Processual-Tributária, referendado pelo representante da
Procuradoria Geral do Estado. (grifei)


Por todo o exposto, conheço em parte do Recurso Ordinário para
anular a decisão singular, determinando o retorno dos autos à 1ª Instância para
novo julgamento. Não conheço do Recurso Ordinário na parte relativa ao caráter
confiscatório da multa, à míngua de competência legal do julgador administrativo
para análise dessa questão.


DECISÃO


Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que é
Recorrente **CIBAHIA TABACOS ESPECIAIS LTDA.** e Recorrido a CÉLULA DE
JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

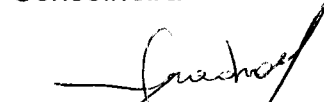
DECISÃO: Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, dar-lhe provimento e, em exame preliminar, **declarar nula a decisão de primeira instância** em razão desta não ter enfrentado os argumentos expostos na 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 Conselheiro Relator, 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 DE SESSÕES DA 4ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 21 de maio de 2019.

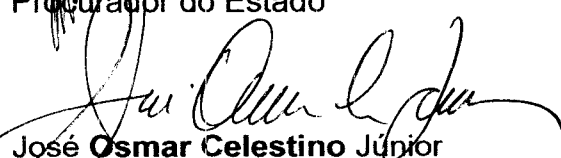

Lúcia de Fátima Calou de Araújo
Presidente


José Augusto Teixeira
Conselheiro

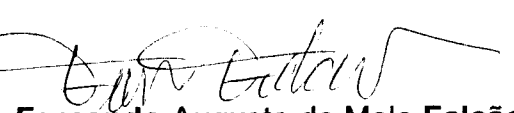

Ivete Maurício de Lima
Conselheira


Michel André Bezerra Lima Gradvohl
Conselheiro


Rafael Lessa Costa Barbosa
Procurador do Estado


José Osmar Celestino Júnior
Conselheiro


Wemerson Robert Soares Sales
Conselheiro


Fernando Augusto de Melo Falcão
Conselheiro Relator