



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

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

RESOLUÇÃO Nº: 0246 /2018

56ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 13.11.2018 – 13h 30min

PROCESSO Nº: 1/3288/2013

AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 1/2013.10711-6

RECORRENTE: CIBAHIA TABACOS ESPECIAIS LTDA.

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

CNPJ Nº: 96.833.058/0001-95

CONSELHEIRO RELATOR: DIOGO MORAIS ALMEIDA VILAR

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 conseqüente retorno do processo para novo julgamento, de acordo com o parecer da Assessoria Processual Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – FATOS SUSCITADOS NA DEFESA NÃO APRECIADOS NO CURSO DO JULGAMENTO SINGULAR – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - NULIDADE

I - RELATÓRIO:

O auto de infração em lide, peça inicial do processo ora em análise, apresenta o seguinte relato como infração a legislação do ICMS:

"FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE, INCLUSIVE O DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES. O ESTABELECIMENTO DEIXOU DE RETER PARTE DO IMPOSTO DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, NA FORMA ESTABELECIDADA NO CONVÊNIO ICMS 37 DE 1994, EM DECORRÊNCIA DE LIMINAR OBTIDA NO PROCESSO 2005.0002.3789-4 ESTANDO A PARTE ORA LANÇADA PROTEGIDA PELA LIMINAR, CONFORME INFORMAÇÃO COMPLEMENTAR ANEXA".

As autoridades fiscais subscrevem o auto de infração em lide, indicam no campo "artigo infringido" o Convênio ICMS 37 de 1994, sugerem a penalidade aplicável ao caso: art. 123, I, "c", da Lei 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03, e registram os valores devidos de ICMS e MULTA, respectivamente, em igual quantia, de R\$ 236.948.340,22.

Nas Informações Complementares (fls. 03 a 17), os agentes do fisco apresentam as razões que fundamentaram o lançamento em questão e, no final, prestam a seguinte informação:

"Considerando que o contribuinte fiscalizado detém medida liminar em mandado de segurança, ficamos obrigados a lançar, preventivamente, o crédito tributário especificado no quadro 2, relativo à parte do ICMS ST que deixou de ser retido".

A empresa, regularmente notificada do auto de infração, ingressa com a defesa que repousa às fls. 154 a 172, na qual traz em anexo vários documentos (fls. 173 a 231). A seguir os argumentos e pedidos apresentados:

Preliminarmente:

- DA NULIDADE ABSOLUTA – (DIVERGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO LANÇADO COM A LIMINAR OBTIDA NO PROCESSO Nº 2005.00023789-4). (DESVIO DE FINALIDADE DA FISCALIZAÇÃO). Defende a parte que o fisco não poderia aplicar multa

punitiva, pois assim agindo estaria incorrendo em manifesta desobediência à ordem judicial (fls. 159/160);

- DA NULIDADE ABSOLUTA – (ERROS MATERIAIS INSANÁVEIS NA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO). (DESVIO DE FINALIDADE DA FISCALIZAÇÃO). Defende a parte que existem inconsistências no demonstrativo do crédito tributário apresentado pelos autuantes, sobretudo no interregno entre os meses de Junho de 2011 até Setembro de 2012. Isto porque, no interstício entre Janeiro de 2008 até Junho de 2011 as quantidades dos cigarros nas respectivas notas fiscais estavam sendo descritas em forma de milheiros, que compreende 50 maços (contendo 20 cigarros cada). Como tal, o milheiro de cigarro fora calculado pelo Fisco ao valor de R\$ 137,50, ao invés de calcular-se ao valor de R\$ 2,75, já que as quantidades descritas nas respectivas notas fiscais realmente compreenderiam maços e não milheiros. (fls. 162/163);

No mérito:

- ILEGALIDADE DA COBRANÇA DO ICMS ST MEDIANTE BASE DE CÁLCULO ALHEIA A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. Defende que o Fisco não formou a base de cálculo do ICMS-ST com parâmetro em preço sugerido do cigarro pelo fabricante ao consumidor final, mas por valor aleatório, o que configuraria adoção de pauta fiscal. (fls. 167);

Pedidos:

- Preliminarmente requer a nulidade do auto de infração. No mérito, que seja declarado improcedente o lançamento. Protesta, excepcionalmente, pela realização de perícia (fls. 171/172).

Distribuído o processo no âmbito da Primeira Instância, a julgadora monocrática decide pela procedência da acusação fiscal, conforme Julgamento nº 1086/18 (fls. 251/255), nos termos da ementa a seguir transcrita (fl. 251):

“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 “c” da Lei nº

12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03. **AUTUAÇÃO PROCEDENTE. DEFESA TEMPESTIVA.**

Inconformada com a decisão singular, a empresa ingressa com recurso ordinário (fls. 259 a 289) onde alega que a julgadora de primeira instância não apreciou os erros materiais demonstrados na impugnação razão pela qual requer a reforma integral da decisão proferida. Na oportunidade, ratifica os mesmos argumentos apresentados na defesa e acrescenta o questionamento quanto à multa punitiva aplicada, sob o argumento que se trata de uma exação com efeito de confisco e por essa natureza requer a nulidade do auto de infração.

Por meio do Parecer nº 228/2018, fls. 292 a 295, a Assessoria Processual Tributária manifesta entendimento em consonância com as razões apresentadas no recurso ordinário, especialmente, por concordar que a julgadora singular deixou de apreciar algumas questões suscitadas na defesa. Por essa razão, o parecer em foco alberga sugestão no sentido de que a decisão singular seja anulada e o processo retorne à primeira instância para novo julgamento, no que teve o aval do representante da Procuradoria Geral do Estado, conforme despacho de fl. 296.

Eis, em síntese, o relatório.

II – VOTO DO RELATOR:

Trata-se de Recurso Ordinário interposto por **CIBAHIA TABACOS ESPECIAIS LTDA.** em face de **CELULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**, objetivando, em síntese, a revisão da decisão exarada na instância originária inerente ao auto de infração sob o nº. 2013.10711-2. O presente recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço em parte.

Isto porque, existe matéria recursal não afeita a competência deste Contencioso. Melhor dizendo, quanto ao argumento relativo ao caráter confiscatório da multa, importa destacar que a este Órgão Julgador não compete a apreciação de inconstitucionalidade de normas que não tenham sido assim declaradas pelo STF em Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Constitucionalidade e Súmula Vinculante, na forma do art. 48, §2º da Lei nº. 15.614/2014, que rege o processo administrativo tributário, *in verbis*:

Art. 48. *Omissis.*

[...]

§ 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.

Superada a etapa do conhecimento da peça recursal, importa destacar que trata o auto de infração em lide sobre falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, no valor de R\$ 236.948.340,22, com aplicação de multa de igual quantia, relativo às operações interestaduais com cigarros, durante os exercícios de 2008 a 2012.

Irresignada com o julgamento de procedência em primeiro grau, vem a Recorrente alegar em seu recurso para esta instância preliminares e matérias de mérito. Como tal, em respeito a boa dialética, objetivando a adequada economia processual, pede permissão esta Relatoria para analisar *ab initio* a preliminar de nulidade da decisão recorrida por vício de fundamentação.

Com efeito, não se pode discordar do contribuinte quanto ao argumento que suas teses de defesa não mereceram o devido apreço da julgadora singular, pois uma leitura rápida do julgado nos mostra que não foram enfrentadas matérias absolutamente pertinentes ao correto deslinde da lide.

A parte, quando de sua impugnação, defendeu que: o fisco não poderia aplicar multa punitiva, pois assim agindo estaria incorrendo em manifesta desobediência à ordem judicial; que existem inconsistências no demonstrativo do crédito tributário apresentado pelos autuantes (confusão entre maços e milheiros de cigarros); que o Fisco não formou a base de cálculo do ICMS-ST com parâmetro em preço sugerido do cigarro pelo fabricante ao consumidor final, mas por valor aleatório, o que configuraria adoção de pauta fiscal.

Neste ponto, reclama a ora Recorrente que as razões de decidir do julgado recorrido não enfrentaram citadas matérias, o que a fez requerer a nulidade do *decisum* por falta de motivação.

Como tal, correlacionando o objeto da autuação, a matéria de defesa e as razões de decidir da Julgadora monocrática, percebe-se de fato uma manifesta omissão, mormente por ter a Julgadora de primeira instância formado seu juízo de entendimento sem enfrentar direta e expressamente referidas teses defensórias.

No entender desta Relatoria o Estado-Juiz tem o dever, até em respeito aos princípios constitucionais de garantia ao cidadão, de oferecê-lo os fundamentos suficientes das razões que levaram a 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.

Tal necessidade de analisar todos os argumentos da vencida se conforma perfeitamente ao princípio da cooperação, consagrado inclusive pelo novel Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao presente caso, de modo que cabe ao julgador conduzir o processo, buscando a verdade dos fatos, para formar seu convencimento e decidir fundamentadamente.

Analisando a decisão de primeira instância, diga-se de passagem elaborada por profissional com reconhecida técnica processual, tem-se que, permissa vênia, não houve o enfrentamento específico das citadas teses defensivas, não sabendo ao certo o contribuinte, por exemplo, se houve equívoco por parte dos autuantes quando da precificação dos produtos.

Ressalta esta Relatoria que não está a acolher, neste momento, as teses defensivas levantadas pela Recorrente, mas apenas mencionando que não foram analisadas na instância singular, o que leva a nulidade do julgado.

Poder-se-ia aduzir, com o respeito de costume, que houve a formação de um juízo de convencimento sem adequá-lo ao caso concreto, lavrando-se uma sentença inadequada à acusação/defesa, o que enseja clara supressão de instância.

Cabe ainda destacar que o princípio da congruência ou adstrição refere-se à necessidade do magistrado decidir a lide dentro dos limites objetivados pelas partes, não podendo proferir sentença de forma *extra*, *ultra* ou *infra petita*. A prevalecer o julgamento recorrido, estar-se-ia validando um entendimento que não tratou de matéria contida nos autos, ofendendo aludido princípio.

No entender desta Relatoria, constitui vício de fundamentação da decisão ainda, a falta de manifestação acerca de argumentos produzidos em sede de alegações defensivas, tornando-a absolutamente nula, já que

haverá inevitável prejuízo, pois não poderá o acusado, em grau de recurso, atacar a decisão monocrática e os fundamentos que negaram a sua pretensão deduzida nas alegações.

Ainda que a tese defensiva não mereça acolhimento por parte do Julgador, deve a mesma ser enfrentada/apreciada. Refutá-la sem dizer os motivos pode gerar futuras nulidades, o que certamente não é interessante para quaisquer das partes.

Neste sentido, esclarecedor fora o Parecer nº 228/2018 (fls. 292 a 295), quando externou:

“De fato, da análise da peça impugnatória, observa-se que a Julgadora Singular apreciou tão somente a questão da Decadência, não se manifestando acerca das demais 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.”

Ora, diante dessa situação resta caracterizada a supressão de instância, razão por que o processo não poderá seguir o rito normal, sob pena de caracterizar o cerceamento do direito de defesa, o que impõe a nulidade da decisão singular por força do art. 83 da Lei nº 15.614/2014. Vejamos:

“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”.

Isto posto, VOTO no sentido de conhecer em parte do Recurso Ordinário, e, em exame preliminar, declarar a NULIDADE DA DECISÃO PROFERIDA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, tendo em vista que a mesma não apreciou questão suscitada pela defesa, e determinar o **RETORNO dos AUTOS** à Instância originária para novo julgamento.

Eis o voto.

III - 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

Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer em parte do Recurso Ordinário e, em exame preliminar, declarar nula a decisão de primeira instância por esta não ter enfrentado vários dos argumentos expostos na peça impugnatória. Consequentemente, determinam o **RETORNO DO PROCESSO** à instância originária para a realização de novo julgamento. Decisão embasada no Art. 83 da Lei nº 15.614/14. A Câmara não conhece do Recurso na parte referente à alegação de que a penalidade aplicada fere a Constituição Federal, por ter caráter confiscatório. Entendem os senhores conselheiros que não compete a este órgão de julgamento administrativo afastar a aplicação de norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, nos termos do art. 48, § 2º da Lei nº 15.614/2014, ressalvadas as hipóteses ali previstas. 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 DAS SESSÕES DA 4ª. CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTARIOS, em Fortaleza, aos 07 de Dezembro de 2018.


Abílio Francisco de Lima

PRESIDENTE


José Wilame Falcão de Souza

CONSELHEIRO


Lúcio Flávio Alves

CONSELHEIRO


José Augusto Teixeira


CONSELHEIRO


Rafael Lessa Costa Barboza

PROCURADOR DO ESTADO


Rodrigo Portela Oliveira

CONSELHEIRO


Alice Gondim Salviano de Macedo

CONSELHEIRA


Diogo Moraes Almeida Vilar

CONSELHEIRO