



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

RESOLUÇÃO Nº: 257 /2018

55ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 12/11/2018

PROCESSO Nº 1/3318/2013

AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/201310677

RECORRENTE: CIBAHIA TABACOS ESPECIAIS LTDA

RECORRIDO: CELULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

CNPJ: 96.833.058/0001-95

CONSELHEIRA RELATORA: ALICE GONDIM SALVIANO DE MACEDO

EMENTA: ICMS – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – NULIDADE DA DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA 1 – Falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, que deveria ser retido por fabricante de cigarros sem inscrição neste Estado, para o período de janeiro de 2008. 2 – Apontada infringência ao Convênio 37 de 1994, foi-lhe imposta penalidade preceituada no caput art. 123, I, “c” da Lei nº. 12.670/96. 3 – 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. 4 – Sentença inadequada à acusação. Supressão de instância. Retorno dos autos à instância originária para novo julgamento, nos termos do art. 85 da Lei 15.614/2014. 5 – Recurso Ordinário conhecido em parte, e na parte em que conhecido, provido. 6 – Decisão à 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.

01 – RELATÓRIO

A peça inicial imputa à empresa em epígrafe o cometimento de infração à legislação tributária estadual, conforme relato que se transcreve a seguir:

*"FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, NO TODO OU EM PARTE, INCLUSIVE O DEVIDO POR SUBSTITUICAO TRIBUTARIA NA FORMA E NOS PRAZOS REGULAMENTARES.
O ESTABELECIMENTO DEIXOU DE RETER PARTE DO IMPOSTO DEVIDO POR SUBSTITUICAO TRIBUTARIA, NA FORMA ESTABELECIDADA NO CONVENIO ICMS 37 DE 1994, EM DECORRENCIA DE LIMINAR OBTIDA NO*



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

PROCESSO 2005.00023789-4 ESTANDO A PARTE ORA LANÇADA PROTEGIDA PELA LIMINAR, CONFORME INFORMAÇÃO COMPLEMENTAR ANEXA".

O agente fiscal apontou como dispositivos infringidos: Convênio nº 37/2004 e sugere como Penalidade: Art. 123, I, "c" Lei nº 12.670/96 alterado pela Lei nº 13418/03.

Demonstrativo do Crédito Tributário (R\$)

Base de Cálculo	-
ICMS	4.962,60
Multa	4.962,60
TOTAL	9.925,20

Segundo dos autos consta, a fiscalização teria identificado falta de recolhimento do ICMS retido pela Recorrente, quando da saída de seu estabelecimento de cigarros, na qualidade de fabricante sem inscrição estadual no Ceará, para a empresa R.J. DISTRIBUIDORA LTDA, no mês de janeiro de 2008, conforme demonstrativo de fls. 04.

A empresa apresenta defesa às fls. 27 a 43, pugnando pela nulidade e/ou improcedência do Auto de Infração, com os seguintes argumentos:

- ✓ Que ocorreu nulidade absoluta - (DIVERGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO LANÇADO COM A LIMINAR OBTIDA NO PROCESSO NR 2005.000237894). (DESVIO DE FINALIDADE DA FISCALIZAÇÃO);
- ✓ Que há DECADÊNCIA do lançamento do crédito tributário atinentes aos fatos geradores ocorridos no mês de janeiro de 2008;
- ✓ 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.

Às fls. 107/108 consta despacho da julgadora de primeira instância remetendo os autos à Presidência do CONAT para imediata inscrição em Dívida Ativa do crédito tributário objeto do auto de infração lavrado, por entender que houvera renúncia da esfera administrativa, considerando que a matéria teria o mesmo objeto da ação judicial nº. 000645.63-2005.8.06.0001, o que fez com base nos §§4º e 7º do art. 48 da Lei nº. 15.614/2014.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

Às fls. 110/112 a ora Recorrente se insurge contra o despacho acima, sob o argumento de que o conteúdo do auto de infração não guarda consonância com o objeto da ação judicial, vez que a fiscalização teria ido além das matérias discutidas no processo de nº. 000645.63-2005.8.06.0001.

Às fls. 113/114, em novo despacho, agora exarado pela Presidência do CONAT, o processo foi encaminhado para a Célula de Julgamento de 1ª Instância, a fim de que fosse proferido julgamento, considerando a suspensão da liminar na ação judicial em comento, bem como a revogação dos §§4º a 8º do art. 48 da Lei nº. 15.614/2014, pela Lei nº. 16.258/2017.

O julgador monocrático julga pela PROCEDÊNCIA da autuação às fls. 126 a 132, 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, incisa I, alínea “C” da Lei nº. 12.670/96, alterada pela Lei nº. 13.418/03. AUTUAÇÃO PROCEDENTE. DEFESA TEMPESTIVA”

A empresa apresenta recurso ordinário às fls. 138 a 163, com os seguintes argumentos:

- ✓ Que o lançamento apresenta erros materiais e formais, os quais não foram apreciados pela Julgadora de Primeira Instância.
- ✓ 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.
- ✓ Que o auto de infração é nulo ante a divergência da constituição do crédito tributário lançado com a liminar obtida no Mandado de Segurança nº 2005.00023789-4.
- ✓ Que 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.”
- ✓ Que o Fisco não se limitou a constituir o crédito do ICMS ST ante o montante do IPI, 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.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

- ✓ Que a mensuração de base de cálculo pelo Fisco, tendo por parâmetro o último e mais elevado preço do cigarro eventualmente vendido ao consumidor final, constitui forma oblíqua de se esquivar da ordem judicial.
- ✓ Que 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.
- ✓ Que, não bastasse a desobediência da ordem judicial, a fiscalização aplicou MULTA punitiva de uma vez o valor do imposto.
- ✓ Que 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.

A Célula de Assessoria Processual Tributária às fls 166 a 169, em seu Parecer nº 211/2018, adotado pelo representante da Duta Procuradoria do Estado se manifesta que se retorne os autos à Primeira Instância para novo julgamento em virtude de que não foram apreciados os fatos apresentados na Impugnação.

E, opina pelo conhecimento do Recurso Ordinário, para dar-lhe provimento, a fim de que seja anulada a decisão singular, retornando os autos à Primeira Instância para novo julgamento.

Eis, o relatório.

02 - VOTO DA RELATORA

Trata-se de Recurso Ordinário apresentado contra decisão de procedência da acusação fiscal proferida em 1ª Instância. O recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço em parte, exceto pelo argumento quanto ao caráter confiscatório da multa imposta.

Os argumentos trazidos ao processo pela empresa autuada resistem aos fatos, conforme demonstrado adiante.

DO CARATER CONFISCATÓRIO DA MULTA

Quanto ao argumento de que a multa aplicada tem efeito confiscatório, ferindo o princípio da proporcionalidade bem como da razoabilidade, logo inconstitucional, entendo tratar-se de matéria afeita ao Poder Judiciário, não sendo competência do Contencioso Administrativo Tributário, salvo as exceções contidas, conforme dispõe o art. 48, § 2º. da Lei nº 15.614/2014, "in verbis":

"Art. 48. O julgamento de processo administrativo-tributário no CONAT é da competência inicial dos Julgadores Administrativo-Tributários sob a forma



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

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.

Portanto, entendo que não se deve conhecer do Recurso na parte referente ao alegado caráter confiscatório da multa aplicada.

NULIDADE DA DECISÃO SINGULAR

Analisando o julgamento singular detectamos que deixou de ser analisada a totalidade dos fatos e argumentos apresentados na defesa, caracterizando verdadeira supressão de instância.

No entender desta Relatoria o Estado-Juiz tem o dever, até em respeito aos princípios constitucionais de garantia ao cidadão, de oferecer-lhe os fundamentos suficientes das razões 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.

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 fundamentada mente.

Analisando a decisão de primeira instância, tem-se que, permissa vênua, não houve o enfrentamento específico das teses defensivas, lavrando-se uma sentença inadequada à acusação, 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



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento

entendimento que deixou de enfrentar pontualmente as matérias contidas nos autos, ofendendo aludido princípio.

E para não sermos repetitivos e por possuir o mesmo entendimento contido no Parecer nº 211/2018, às fls 166 a 169, ora reproduzimos:

“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.*

Sendo assim, restou caracterizada a Supressão de Instância.

Sabe-se que a supressão de instância - irregularidade em que a instância superior julga matéria não examinada pela instância inferior -, afronta o princípio constitucional da ampla defesa.

Nessa esteia, é oportuno trazer à colação o art. 83 da Lei nº 15.614/2014, in verbis:

“Art. 32 – 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.”

Destarte, os autos devem retornar à Instância Singular para que a Julgadora se manifeste acerca das alegações suscitadas pela empresa na peça impugnatória.

Ante o exposto, opina-se pelo conhecimento do Recurso Ordinário, dando-lhe provimento, a fim de que seja anulada a decisão singular, retornando os autos à Primeira Instância para novo julgamento.”

Ex positis, voto no sentido de conhecer em parte do Recurso Ordinário, e, na parte em que conhecido, em exame preliminar, declarar a **NULIDADE DA DECISÃO PROFERIDA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA**, tendo em vista a mesma não ter enfrentado vários dos argumentos expostos na peça impugnatória, e determinar o **RETORNO** dos **AUTOS** à Instância originária para novo julgamento.

É como VOTO.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - 4ª Câmara de Julgamento


03 – DECISÃO

Processo de Recurso nº 1/3318/2013 – Auto de Infração: 1/201310677. Recorrente: **CIBAHIA TABACOS ESPECIAIS LTDA**. Recorrido: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA.

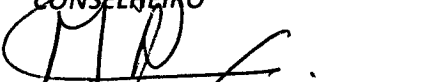
Decisão: "Resolvem os membros da 4ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer em parte do Recurso Ordinário e, em exame preliminar, declarar nula a decisão de primeira instância por esta não ter enfrentado vários dos argumentos expostos na peça impugnatória. 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 da conselheira relatora, 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 REC. TRIBUTÁRIOS,
em Fortaleza/CE, 11 de dezembro de 2018.


Abílio Francisco de Lima
PRÉSIDENTE


José Wilame Falcão de Souza
CONSELHEIRO


Lúcio Flávio Alves
CONSELHEIRO


José Augusto Teixeira
CONSELHEIRO


André Gustavo Carreiro Pereira
PROCURADOR DO ESTADO


Rodrigo Portela Oliveira
CONSELHEIRO


Alice Gondim Salviano de Macedo
CONSELHEIRA RELATORA


Diogo Morais Almeida Vilar
CONSELHEIRO