

Pleno



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários – PLENO

RESOLUÇÃO Nº: 31 /2011

10ª (DÉCIMA) SESSÃO PLENÁRIA EM: 31.08.2011

PROCESSO DE RECURSO ESPECIAL Nº 1/2714/2009 – AUTO DE INFRAÇÃO Nº 1/200905924

RECORRENTE: VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A

RECORRIDO: ESTADO DO CEARÁ

RELATOR: CONS. ABÍLIO FRANCISCO DE LIMA

AUTUANTE: SÉRGIO RICARDO ALVES SISNANDO

EMENTA: ICMS – CRÉDITO INDEVIDO. 1 – Contribuinte industrial acusado de ter-se aproveitado indevidamente de créditos de ICMS oriundos de aquisições de mercadorias não consumidas no processo produtivo. 2 – Apontada infringência aos artigos 57, 60, inciso II e 65 do Dec. nº 24.569/97. 3 – Proposta a penalidade preceituada no art. 123, inciso II, alínea "a" da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/2003. 4 – Recurso Especial conhecido e provido. 5 – Declarada a NULIDADE da decisão de 2ª instância e dos atos a ela subseqüentes, em razão da não apreciação de matéria suscitada no recurso voluntário. Retornado o processo à Câmara de origem para novo julgamento. Decisão amparada nos artigos 5º, LV da CF/88, bem como nos artigos 30 e 53 *caput* do Dec. 25.468/99. 6 – Decisão por unanimidade de votos.

RELATORIO

A peça inicial acusa a empresa atuada de se ter creditado indevidamente de ICMS oriundo de aquisições de mercadorias não consumidas no processo produtivo.

Nas Informações Complementares os auditores reiteram a acusação e detalham o desenvolvimento da ação fiscal, informando que ao analisarem os livros fiscais do contribuinte constataram que durante os exercícios de 2004 e 2005 o mesmo aproveitou indevidamente os Créditos de ICMS destacados em operações de aquisição de mercadorias. Asseveram que tais créditos são ilegítimos por serem oriundos da aquisição de materiais que não integram corporeamente o produto final da empresa (cimento), e que também não atendiam a outros requisitos condicionantes para o aproveitamento de créditos de ICMS nas entradas de materiais em estabelecimentos industriais, quais sejam: participar diretamente do processo de industrialização e ser imediata e integralmente nele consumidos, de tal forma que não mais se prestem às finalidades que lhes são próprios. Esclarecem, ainda, que se apoiaram em entendimento que a Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará já manifestou sobre a matéria,


SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários – PLENO

através dos Pareceres nºs 226/1997 e 802/2006, e do Despacho nº 125/2006.

Os executores da ação fiscal apontaram como infringidos os artigos 57, 60, inciso II e 65 do Dec. nº 24.569/97, e aplicaram a penalidade inserta no art. 123, inciso II, alínea "a" da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/2003, que se transcreve, *in verbis*:

"Art. 123. As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidades, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando for o caso:

...

II - com relação ao crédito do ICMS:

a) crédito indevido, assim considerado todo aquele escriturado na contábil do ICMS em desacordo com a legislação ou decorrente da não-realização de estorno, nos casos exigidos pela legislação: multa equivalente a uma vez o valor do crédito indevidamente aproveitado ou não estornado;"

A autuação resultou na exigência do seguinte crédito tributário:

Demonstrativo do Crédito (R\$)	
ICMS	367.443,34
Multa	367.443,34
TOTAL	734.886,68

Instrui o processo, além dos atos formais de praxe, uma planilha intitulada "CRÉDITO INDEVIDO – MATERIAIS NÃO CONSUMIDOS NO PROCESSO INDUSTRIAL" (fl. 68-86), onde são identificadas as operações objeto da presente discussão administrativa, com as seguintes informações: data da operação, nº da nota fiscal, CFOP, CNPJ do emitente, razão social do emitente, código da Unidade Federada do emitente, valor da nota fiscal, valor da base de cálculo do ICMS e valor do ICMS creditado.

Intimada do feito, a empresa apresentou defesa arguindo a nulidade do auto de infração ou, alternativamente, a sua improcedência, pugnando, inclusive, pela realização de perícia técnica, a fim de demonstrar que, diferente do que afirmaram os agentes fiscais, na listagem dos produtos autuados se encontram diversos itens que dão direito ao crédito de ICMS. E lista, como exemplo, os seguintes produtos:

- a) Óleo diesel para transporte de matéria prima da mina para a fábrica;
- b) Casca de Castanha de Caju - Combustível alternativo do forno de cimento;
- c) Subproduto do petróleo (co-processamento) - Combustível alternativo do forno de cimento;
- d) Alucoque - Combustível do forno de cimento;
- e) Gipsita Britada - Material utilizado na formação do produto final;
- f) Areia de fundição - Combustível alternativo do forno de cimento;

Alega, ainda, que o auto de infração foi lavrado contra o sucessor por incorporação, vez que a autuada incorporou a empresa Cimento Poty S/A em 30/06/2006, antes, portanto, da



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários – PLENO

lavatura do Auto de Infração. Invocando art. 132 do CTN, argumenta que a responsabilidade dos sucessores em sede de incorporação limita-se à soma dos tributos porventura devidos pelo sucedido, e que multa de ofício não é tributo, mas, antes, penalidade voltada a sancionar suposta conduta em desacordo com a lei. Assim, mesmo que, eventualmente, fosse devido o tributo, não caberia a imposição de qualquer multa.

A julgadora singular remeteu o processo à Célula de Perícias e Diligências Fiscais para que fossem analisadas as alegações da impugnante relativamente aos produtos listados pelos auditores e, em sendo o caso, elaborada nova planilha relacionando somente os produtos que não geram créditos de ICMS para a autuada. O trabalho pericial, porém, resultou prejudicado, uma vez que a empresa não atendeu a intimação para entregar a documentação requerida, nem fez comparecer o assistente técnico que nomeara por ocasião da defesa. Por essa razão a perita limitou-se a realizar consultas junto ao Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica com a finalidade de identificar a atividade econômica principal de cada uma das empresas fornecedoras das mercadorias objeto da presente discussão, conforme listagem elaborada pelos fiscais autuantes (fls. 68 a 86). E com base nas informações obtidas a perita informa que nenhum dos fornecedores possui como atividade principal similaridade com a da empresa autuada, a não ser em relação ao parque industrial, ou seja, máquinas e equipamentos.

Em manifestação sobre o laudo pericial, a autuada argumenta que, em verdade, as notas fiscais tratam de materiais consumidos diretamente no processo produtivo do cimento. E para demonstrar o alegado, apresenta planilha com a descrição de diversas mercadorias e respectivas aplicações no mencionado processo industrial. Ao final requer que seja revista a perícia, no sentido do reconhecimento dos vícios citados e a revisão dos valores apresentados, de modo a demonstrar a improcedência do Auto de Infração.

Submetido o processo à apreciação do juízo de 1ª Instância, a acusação fiscal foi julgada PROCEDENTE, consoante ementa do julgamento abaixo reproduzida:

“EMENTA: ICMS. CRÉDITO INDEVIDO. Aproveitamento indevido de crédito fiscal oriundo de aquisições de mercadorias não consumidas no processo industrial. Violação aos arts. 57, 60, inciso II, e 65, inciso II, do Dec. nº 24.569/97. Configurado o ilícito tributário. Aplicação da penalidade prevista no art. 123, inciso II, alínea a, da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03. Ação fiscal PROCEDENTE. Defesa tempestiva.”

Inconformada com a decisão proferida na instância singular, o contribuinte recorreu ao Conselho de Recursos Tributários, insistindo nos mesmos argumentos já articulados na impugnação, ou seja:

1. Que o auto de infração e, agora, também a decisão primária se basearam em planilha divorciada da realidade, o que, por si só, é motivo para suas nulidades;
2. Que na listagem dos produtos autuados se encontram diversos itens que dão direito ao crédito de ICMS, conforme planilha que integra o recurso, havendo, portanto a necessidade da realização de diligência no sentido de subtrai-los do



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários – PLENO

montante exigido;

3. Que o auto de infração foi lavrado contra o sucessor por incorporação, vez que a autuada incorporou a empresa Cimento Poty S/A anteriormente à lavratura do auto de infração. Sendo assim, de acordo com o disposto no art. 132 do CTN, ainda que, eventualmente, fosse devido o tributo, não caberia a imposição de multa.

A Consultoria Tributária, mediante Parecer referendado pelo ilustre representante da Procuradoria Geral do Estado, opinou pelo conhecimento do recurso voluntário, para, no entanto, negar-lhe provimento, de modo a confirmar a decisão proferida Instância Singular.

No Conselho de Recursos Tributários, o processo foi distribuído à 2ª Câmara de Julgamento, onde foi apreciado na sessão de 21 de fevereiro de 2011. Na oportunidade, o Colegiado confirmou a decisão CONDENATÓRIA proferida em 1ª Instância.

Ainda não satisfeito, o contribuinte interpõe recurso especial ao Conselho Pleno do CRT contra a decisão proferida pela 2ª Câmara de Julgamento, conforme Resolução nº 175/2011 (fls. 265 a 272).

A Senhora Presidente do CRT, seguindo o que prescreve o Art. 47 da Lei nº 12.732/97, e reconhecendo estarem presentes os pressupostos de admissibilidade exigidos no Art. 45 do mesmo diploma legal, deferiu o recurso especial impetrado.

É o relatório.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de Recurso Especial interposto contra decisão proferida pela 2ª Câmara de julgamento do CRT, através da Resolução nº 175/2011, que confirmou o julgamento de 1ª Instância pela procedência da acusação fiscal. A ora recorrente entende que o CONAT já se pronunciara de forma divergente em matéria semelhante à de que ora se cuida. São apresentadas como resoluções paradigmas as de nºs 055/2003 e 497/2003, ambas da 2ª Câmara de Julgamento.

Como visto, a presente discussão administrativa versa sobre o direito de aproveitamento de créditos de ICMS decorrentes de aquisições de mercadorias por estabelecimento industrial. A peça inicial acusa a empresa autuada de se ter creditado indevidamente de ICMS oriundo de aquisições de mercadorias não consumidas no processo produtivo.

Segundo afirmam os agentes fiscais, durante os exercícios de 2004 e 2005 o contribuinte teria se aproveitado de créditos de ICMS, os quais seriam ilegítimos, porquanto originários da aquisição de materiais que não integram corporeamente o produto final da empresa, e que também não atendiam a outros requisitos condicionantes para o aproveitamento de créditos de ICMS nas entradas de materiais em estabelecimentos industriais, a saber: participar diretamente do processo de industrialização e ser imediata e



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários – PLENO

integralmente nele consumidos, de tal forma que não mais se prestem às finalidades que lhes são próprios.

Na 1ª e 2ª instâncias administrativas a empresa atuada não obteve êxito em demonstrar o descabimento da autuação em espécie, tendo obtido decisões adversas em ambas as instâncias.

Destarte, o contribuinte recorre ao Conselho Pleno do CRT, em sede de Recurso Especial já admitido pela presidência do órgão, no qual desenvolve, basicamente, a mesma linha de defesa apresentada na impugnação e recurso voluntário, agora robustecida com novos argumentos em prol da legitimidade dos créditos fiscais apropriados.

A recorrente alega, em essência, que todos os materiais adquiridos pela empresa e que foram objeto da autuação, ou são produtos que na industrialização do cimento são incorporados ao produto final, ou são *conditio sine qua non* para que a atividade industrial possa ser executada. A título de exemplo são citados os produtos combustíveis como óleo diesel, casca de castanha de caju em granel, alucoque e areia de fundição, os quais, segundo ela, são consumidos durante o processo, atendendo aos requisitos impostos pela legislação.

Creio, porém, que muito embora a questão supra constitua o cerne de toda a demanda, é noutro tema que se devem centralizar as deliberações deste Conselho na análise do presente recurso especial. Trata-se de uma questão aventada pela recorrente, a qual a meu ver se reveste de relevância crucial, pois que capaz de afastar a análise do mérito e modificar o curso este processo. Vamos aos fatos.

No tópico III.2 da vertente peça recursal (fl. 286) a recorrente alega que a existência da empresa atuada resultou de um evento sucessório (incorporação de outra empresa) ocorrido em 30/06/2006, anterior, portanto, à lavratura do auto de infração (05/05/2009), e posterior à data dos fatos geradores das referidas obrigações (anos de 2004 e 2005). Destarte, argumenta que não é cabível a aplicação de penalidades pecuniárias por fatos anteriores à incorporação da empresa, porquanto o art. 132 do CTN, ao dispor sobre a responsabilidade da pessoa jurídica que resultar de fusão, transformação ou incorporação, aduz que a incorporadora é responsável tão-somente pelos tributos devidos pela incorporada. E observa que o art. 3º do CTN, ao dispor sobre o conceito de tributo, não admite que o mesmo constitua sanção por ato ilícito.

Ressalta, porém, a recorrente (fl. 281, segundo parágrafo), e esse é ponto nodal a que nos referimos, que a questão da inaplicabilidade da multa contra o sucessor por incorporação "*não foi enfrentada pelos eméritos julgadores administrativos*".

Com efeito, compulsando os autos constatei que a Resolução nº 175/2011, ora recorrida, realmente não abordou a matéria, a despeito da extensiva argumentação articulada pela atuada em seu recurso voluntário (ver tópico DA MULTA às fls. 254 a 256). A decisão consignada em ata também não faz qualquer menção específica ao tema, conforme transcrição a seguir.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários – PLENO

“Processo de Recurso nº 1/2714/2009 – A.I.: 1/200905924. Recorrente: VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A. Recorrido: Célula de Julgamento de 1ª Instância. Relator: SAMUEL ARAGÃO SILVA. Decisão: A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve por unanimidade de votos dar conhecimento ao Recurso Voluntário. No tocante ao pedido da parte, para que seja revista a perícia realizada, no sentido do reconhecimento dos vícios citados nas suas argumentações e a revisão final dos valores apresentados – Referido pedido foi afastado por unanimidade de votos, posto que já foi dada ao contribuinte oportunidade e o direito não foi exercido, haja vista a não apresentação da documentação. No mérito, também por unanimidade de votos, a 2ª Câmara resolve negar provimento ao Recurso interposto, para confirmar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Alexandre Mendes de Sousa.”

Como visto, restou configurada a omissão do órgão julgador de 2ª Instância em analisar questão suscitada pela recorrente, configurando tal silêncio grave lesão de direito, porquanto contrário aos princípios reguladores do processo administrativo-tributário, notadamente o contraditório e a ampla defesa, conforme disposto no art. 30 do Decreto nº 25.468/99, *in litteris*:

*“Art. 30. Além dos princípios elencados no Art. 37 da Constituição Federal de 1988, o processo administrativo-tributário pautar-se-á, também, pelos princípios da celeridade, simplicidade, economia processual, verdade material, **contraditório e ampla defesa.**” (Destaquei).*

Referido dispositivo, por sua vez, é derivado de um regramento superior emanado da própria Constituição Federal em vigor, que em seu art. 5º, LV, garante:

“LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

Ora, Senhores Conselheiros, a livre fruição dessa garantia não consiste apenas em poder o litigante postular em juízo ou perante a administração pública, mas também em ter o seu pleito analisado pela autoridade competente.

Os tribunais têm decidido que não é estritamente obrigatório que julgador se manifeste sobre cada ponto da argumentação empregada pela parte. No entanto, não pode a autoridade deixar de examinar questão suscitada capaz de influenciar no desfecho da lide, quer seja totalmente favorável ao autuado, quer seja pela redução do *quantum* tributário exigido, como no presente caso, sob pena de nulidade da decisão.



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários – PLENO

Desse modo, considerando que matéria em análise é cognoscível de ofício, não resta outra coisa a fazer senão declarar a nulidade da decisão ora recorrida, vez que proferida com inobservância de garantias processuais constitucionais do contribuinte, a teor do disposto no Art. 53 caput Decreto nº 25.468/99, *in verbis*:

Art. 53. São absolutamente nulos os atos praticados por autoridade incompetente ou impedida, ou com preterição de quaisquer das garantias processuais constitucionais, devendo a nulidade ser declarada de ofício pela autoridade julgadora.

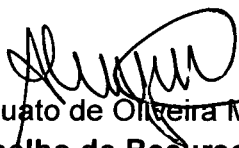
Ante o exposto, VOTO para que se conheça do Recurso Especial, dando-lhe provimento, para, em grau de preliminar, declarar a nulidade da decisão de 2ª instância e dos atos a ela subseqüentes, em razão da não apreciação de matéria suscitada no recurso voluntário, devendo o processo retornar à Câmara de origem para que seja proferido novo julgamento.

É o VOTO.

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que é Recorrente VOTORANTIM CIMENTOS N/NE S/A e Recorrido o ESTADO DO CEARÁ. **Decisão:** “O Conselho Pleno, após conhecer do Recurso Especial interposto, admitido pela Presidência com base nos arts. 7º, inciso II e 47 da Lei nº 12.732, de 24 de setembro de 1997, resolve por unanimidade de votos, dar-lhe provimento e em grau de preliminar, declarar a nulidade da decisão de 2ª instância, consignada na Resolução nº 175/2011 – fls. 265 a 272, e dos atos subseqüentes, em razão da não apreciação de matéria suscitada no recurso voluntário, prevista no art. 132 do CTN, devendo o processo retornar à Câmara de origem para que seja proferido novo julgamento, com a realização de sustentação oral requerida desde já pelo advogado da parte, nos termos do voto do Conselheiro Relator. Ausente justificadamente, o Conselheiro Raul Amaral Júnior. Presente para apresentação de sustentação oral, o representante legal da recorrente, Dr. Aldemir Ferreira de Paula Augusto, acompanhado do estagiário Aleno Lima de Oliveira.”

SALA DAS SESSÕES DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos de Novembro de 2011.


Antônia Torquato de Oliveira Mourão
Presidente do Conselho de Recursos Tributários

Dulcimeire Pereira Gomes
1ª Vice-Presidente

José Wilame Falcão de Souza
2º Vice-Presidente



SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
Conselho de Recursos Tributários - PLENO

CONSELHEIROS

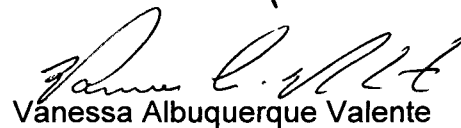

Eliane Resplande Figueredo de Sá

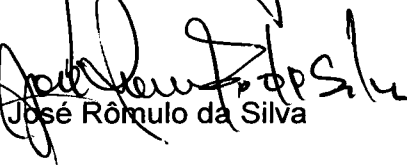

Cid Marcem Gurgel de Souza


Lúcio Flávio Alves

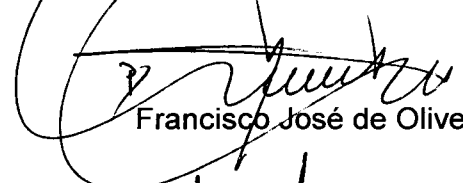

Januine Gonçalves Feitosa


Abílio Francisco de Lima - Relator

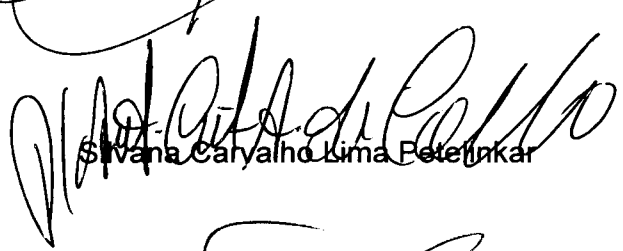

Vanessa Albuquerque Valente


José Rômulo da Silva

Cícero Roger Macedo Gonçalves


Francisco José de Oliveira Silva


Samuel Aragão Silva


Silvana Carvalho Lima Petenkar


Pedro Eleutério de Albuquerque


Manoel Marcelo Augusto Marques Neto


Sebastião Almeida Araújo


Aderbalina Fernandes Scipião


João Carlos Mineiro Moreira

Matteus Viana Neto
Procurador do Estado