



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

RESOLUÇÃO Nº.: 090 /2012
1ª CÂMARA DE JULGAMENTO
40ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 14/02/12
PROCESSO Nº.: 1/2735/2008
AUTO DE INFRAÇÃO Nº.: 2/200804407
RECORRENTE: VALERIA BARBOZA DE OLIVEIRA
RECORRIDA: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA
AUTUANTE: José Gonçalo Sobrinho
MATRÍCULA: 103.925-1-9
RELATORA: Conselheira Jannine Gonçalves Feitosa

EMENTA: ICMS – 1. ENTREGA, REMESSA, ESTOCAGEM OU DEPÓSITO DE MERCADORIA E PRESTAÇÃO OU UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS ACOBERTADO POR DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. 2. Autuado remeteu as mercadorias descritas na nf nº 00448 com destaque de icms, o que é vedado pela legislação em face da sua condição de estabelecimento “optante do simples” junto à SEFAZ(CE). Recurso oficial conhecido e provido. 3. Auto de infração julgado **PROCEDENTE**, por maioria de votos, conforme a manifestação do representante da douta Procuradoria Geral do Estado. Modificada decisão prolatada no juízo originário. 4. Decisão amparada na Resolução 10/2007 DO CGSN.

RELATÓRIO

O processo em referência é oriundo da lavratura do auto de infração, por *entrega, remessa, estocagem ou depósito de mercadoria e prestação ou utilização de serviços acobertado por documento fiscal inidôneo*, concernente à mercadoria acondicionada no Certificado de Guarda de Mercadoria – CGM nº. 07/2008, com base de cálculo no valor total de R\$ 21.000,00. O ilícito fiscal supramencionado originou-se de uma *fiscalização em trânsito* junto ao contribuinte *Valeria Barbosa de Oliveira*, que exerce atividade de confecção de roupas



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

intimas de CNPJ nº 72092638/0001-00. Auto de infração lavrado em 12/04/2008, com fulcro no artigo 123, III, “a” da Lei 12.670/96.

O processo, originalmente, foi instruído com o auto de infração nº. 2/200804407-0, *Certificado de Guarda de Mercadoria – CGM nº. 07/2008*, termo de ocorrência da ação fiscal nº. 12/2008, nota fiscal de saída às fls. 05/06, consulta ao contribuinte às fls. 07/09, cópia da RG fl. 10, termo de juntada do AR à fl. 11, Ar à fl. 12, comprovante do aviso de recebimento à fl. 13, termo de juntada do mandado de segurança à fl. 14, ofício sobre a decisão interlocutória às fls. 15/16, cópia da identidade à fl. 17, relatório de contagem de mercadoria à fl.18, ofício da comarca de Ipaumirim à fl. 19, resposta da fazenda publica quanto ao mandado de segurança às fls. 20/23, mandado de segurança e documentação anexa às fls. 24/30, termo de juntada à fl. 31, termo de entrega à fl. 32, despacho à fl.34. O auto, em epígrafe, relatou *in verbis*:

“ENTREGA, REMESSA, ESTOCAGEM OU DEPÓSITO DE MERCADORIA E PREST. OU UTILIZACAO DE SERVIÇO ACOBERTADO POR DOCUMENTO FISCAL INIDONEO. O AUTUADO REMETEU AS MERCADORIAS DESCRITAS NA NF Nº 00448 COM DESTAQUE DE ICMS, O QUE É VEDADO PELA LEGISLAÇÃO EM FACE DA SUA CONDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO “OPTANTE DO SIMPLES” JUNTO À SEFAZ(CE). TAL DOCUMENTO É INIDÔNEO CONFORME RESOLUÇÃO 10/2007 DO CGSN”

O auditor sugeriu como penalidade, a preceituada no art. 123, III, alínea “a” da Lei 12.670/96, alterado pela Lei 13.418/03, ou seja, o pagamento de multa equivalente a 30% (*trinta por cento*) do valor da operação ou da prestação. Por tais fatos, foi produzida a demonstração que se segue:

Base de Cálculo	R\$ 27.300,00
Alíquota	17%
ICMS (principal)	R\$ 4.641,00
Multa (30%)	R\$ 8.190,00
TOTAL	R\$ 12.831,00



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

Às Informações Complementares o auditor informou que foram retirados 15 fardos de confecção descrito na nota fiscal nº 00448 emitida por *Aero Surf* destinada a *José Dias de Alencar*. Relatou que não houve a conferência física das mercadorias diante da recusa do transportador em acompanhar a conferência das mesmas. Informou que somente procedeu à análise da documentação fiscal e constatou que a empresa emitente da nota fiscal era optante do Simples Nacional e conseqüentemente estaria impedida de emitir documento fiscal com destaque de ICMS. Desta forma procedeu com a retenção das mercadorias juntamente com a nota fiscal para a lavratura do auto de infração.

A ciência do auto de infração foi realizada em 22/01/10, por via postal, consoante se depreende o termo de juntada de AR de fls. 12, a teor do art. 26, §5º, inciso II da Lei nº. 12.732/97 oportunidade em que foi intimada a apresentar no prazo de 20 (*vinte*) dias defesa contra suas infrações identificadas.

Às fls. 24/25, anexo a documentação às fls. 24/30 do digesto processual dormitam cópias do *Mandado de Segurança*, para liberação da mercadoria apreendida na ação fiscal aludida, referente ao Processo nº. 1/2735/2008 da lavra da Juíz de Direito Dra. Francisco Marcelo Alves Nobre. A julgadora em questão concedeu a liminar requestada, ordenando a suspensão do ato que deu motivo à impetração do referido remédio constitucional, fundamentando sua decisão no art. 7º, II, da Lei 1.533, em virtude de que a apreensão de mercadorias não deve servir como meio coercitivo para pagamento de tributos.

O administrador do posto fiscal de Ipaumirim, da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará apresentou Ofício nº 175/2008 no sentido de prestar informações à Exmo. Sr. DR Juiz Francisco Marcello Alves Nobre acerca da apreensão. Relatou que a empresa é optante do regime de recolhimento de Microempresa, ou seja do Simples Nacional e havia emitido nota fiscal com destaque de ICMS lhe creditando indevidamente a empresa destinatária. Informou que a própria legislação federal manda considerar a idoneidade dos documentos fiscais emitidos por empresas optantes pelo Simples Nacional tendo em vista a regulamentação da Lei Complementar nº 10/2007 que em seu Art. 13 informa da proibição de destaque de ICMS das empresas optantes do Simples, bem como determina que sejam considerados inidôneos esses documentos fiscais. Asseverou ainda que não houve ilegalidade na apreensão das mercadorias pois



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

houve indício de crime contra a ordem tributária conforme previsto na Lei nº 8.137/90 que determina a proibição de destacar ICMS consequentemente de dar créditos a empresas compradoras de seus produtos em respeito ao princípio constitucional da Não Cumulatividade. Informou que é dever do fisco proceder com a retenção das respectivas mercadorias com a finalidade de analisar a sua origem e o seu destino para simples averiguação. Por fim complementou que foi constatado 5.999 bermudas na apreensão.

O julgador de 1ª instância, após relato dos fatos, informou que as empresas de pequeno porte optantes do Simples Nacional são impedidas de emitirem nota fiscal com destaque de ICMS, contudo informou que o atuante deveria ter efetuado pesquisa em relação ao destinatário que por sua vez não era optante do Simples Nacional. Ademais relatou que a Resolução CGSN nº 53 de 22 de dezembro de 2008 que alterou a Resolução CGSN nº 10/07 em seu Art. 2º permitiu o aproveitamento do crédito de ICMS no valor correspondente ao da alíquota, nos termos do Art. 23 da LC 123. Deste modo asseverou que o feito fiscal perdera seu objeto, pois não poderia ter sido considerado inidôneo. Diante do exposto, julgou **IMPROCEDENTE** o presente auto de infração. Recorreu de ofício ao Conselho de Recursos Tributários e tendo em vista a decisão ser contrária aos interesses da Fazenda Pública e o valor originário ser superior a 5.000 ufrices.

A autuada fora intimada da decisão **IMPROCEDENTE** da instância singular por edital, após o envio da comunicação da publicação no Diário Oficial do Estado para a empresa, em 06/09/2010, consoante cópia do *Edital de Intimação nº. 103/201*, às fls.48/49, onde foi veiculada a decisão, em 01/07/2010, na dicção do art. 26 § 4º da Lei. 12.732/97

O prazo transcorreu in albis, sem que a autuada recolhesse aos cofres fazendários o valor devido ou ofertasse impugnação. Destarte, foi instaurada a relação contenciosa, pela revelia, nos termos do art. 77 do Decreto 25.468/99. Termo de revelia lavrado em 09/12/2008.

A *Consultoria Tributária*, através do Parecer 167 às fls. 54/58, após breve relato dos fatos, informou que diverge do julgamento singular que julgou improcedente o auto de infração por atender ao que preconiza a Lei Complementar 123/2006 Art. 23. Entendeu está tipificada na inicial a infração ora imputada ao contribuinte. Esclareceu que após confirmada a inclusão da empresa no Simples Nacional durante o período da lavratura do auto de infração



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

entendeu que pela Lei Complementar 128 de 19/12/2008 ficou a referida empresa de transferir créditos relativos ao ICMS, ademais à época a mesma também estava sob vigência da Resolução CGSN de nº 10 de 28 de junho de 2007 que em consonância com a redação original permaneceu a vedação da transferência de créditos. No que diz respeito à Resolução nº 53 de 22 de dezembro de 2008 que define as regras concedendo o direito das ME e EPP optante do Simples Nacional a transferir crédito fiscal entendeu não alterar muito menos invalidar a infração imputada aja vista que à época a referida resolução considerava inidôneo o documento fiscal utilizado pela empresa que estiver em desacordo. Diante do exposto, opinou pelo conhecimento do recurso de ofício, dando-lhe provimento, para que a decisão de improcedência do lançamento exarada pela 1ª Instância seja alterada para **PROCEDÊNCIA**, nos termos deste parecer.

Os autos foram encaminhados, para apreciação do representante da douta Procuradoria Geral do Estado, que se manifestou pelo acatamento do referido parecer, que dormita às fls. 54/58.

É o Relatório.

VOTO DA RELATORA

Trata-se de recurso voluntário interposto pela **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA**, em face de **VALERIA BARBOSA DE OLIVEIRA**, objetivando, em síntese a improcedência da decisão exarada na instância originária inerente ao auto de infração sob o nº. **1/200804407-0** na dicção da legislação processual vigente. O presente recurso preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE

Não há preliminares a serem examinadas, uma vez que não foram suscitadas pela recorrente e não existem matérias cognicíveis de ofício a serem questionadas, motivo pelo qual passo a conhecer diretamente do *meritum causae*.



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

DO MÉRITO

Consta nos autos que o atuado remeteu as mercadorias descritas na Nota Fiscal nº 00448 com destaque de ICMS, o que é vedado pela legislação em face da condição do estabelecimento ser optante do SIMPLES junto a Sefaz, de tal forma que a documentação com destaque se torna inidônea. Ressalte que o julgador singular julgou pela improcedência do auto de infração por entender que não podia ter sido consideradas tais notas fiscais inidôneas posto que atende a Lei Complementar nº 123/2006, Art. 23, § 1º.

É imperativo que a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte que em sua redação original estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado as microempresas e empresas de pequeno porte, especialmente no que se refere a transferências de Créditos relativas ao ICMS, o seguinte:

"Art. 23. As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não fará jus a apropriação nem transferirão créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional".

Ainda, com o advento da Lei Complementar nº128 de 19/12/2008, com efeitos a partir de janeiro de 2009, acrescentou-se à Lei complementar nº 123/2006 os seguintes parágrafos:

§ 1º As pessoas jurídicas e aquelas a elas equiparadas pela legislação tributária não optantes pelo Simples Nacional terão direito a crédito correspondente ao ICMS incidente sobre as suas aquisições de mercadorias de microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, desde que destinadas a comercialização ou industrialização e observado, como limite, o ICMS efetivamente devido pelas optantes pelo Simples Nacional em relação a essas aquisições.

§ 2º A alíquota aplicável ao cálculo do crédito de que trata o § 1º deste artigo deverá ser informada no documento fiscal e corresponderá ao percentual de ICMS previsto nos Anexos I ou II desta Lei Complementar


6/9



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

para a faixa de receita bruta a que a microempresa ou a empresa de pequeno porte estiver sujeita no mês anterior ao da operação.

Como o documento fiscal foi emitido em 10/04/2008, segundo o dispositivo já citado, a empresa estava impedida de transferir créditos. Inclusive à época ainda se encontrava em vigência a Resolução expedida pelo órgão regulador do Simples Nacional, CGSN de nº 10 de 28 de junho de 2007, em consonância com a redação existente na Lei Original, permanecendo, portanto, a vedação da transferência ao crédito, senão vejamos:

Art. 2º As ME e as EPP optantes pelo Simples Nacional utilizarão conforme as operações e prestações que realizarem, os documentos fiscais, inclusive os emitidos por meio eletrônico, autorizados pelos entes federativos onde possuem estabelecimento.

§ 2º A utilização dos documentos fiscais fica condicionada a inutilização dos campos destinados a base de cálculo e ao imposto destacado, de obrigação própria, constando, no campo destinado as informações complementares ou, em sua falta, no corpo do documento, por qualquer meio gráfico indelével, as expressões:

I - documento emitido por ME ou EPP optante pelo simples nacional;

II - não gera direito a crédito fiscal de ICMS e de ISS.

Ressalte-se que posteriormente, foi modificada através da Resolução nº 53 de 22 de dezembro de 2008, atendendo as disposições da nova redação dada pela Lei nº 128 de 19 de dezembro de 2008, com efeitos a partir de janeiro de 2009, na qual define regras, concedendo o direito as ME e EPP optante do Simples Nacional, de transferir crédito fiscal. Porém, este fato, não altera e nem invalida a infração imputada na inicial, haja vista, à época da infração, as disposições da resolução CGSN nº 10 que regulamenta as obrigações acessórias das Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) optantes pelo Simples Nacional, referentes a emissão de documentos fiscais e a escrituração de livros fiscais e contábeis, no campo das disposições gerais, em seu Art. 13, caracterizando inidôneo o documento fiscal utilizado pela empresa que estiver em desacordo com o disposto nesta Resolução.



**GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ**
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

Ex positis, VOTO pelo conhecimento do recurso oficial, dando-lhe provimento, para reformar a decisão absolutória proferida pela 1ª instância, julgando PROCEDENTE a presente ação fiscal, de acordo com o parecer do representante da douda Procuradoria Geral do Estado.

DEMONSTRATIVO

Base de Cálculo	R\$ 27.300,00
Alíquota	17%
ICMS (principal)	R\$ 4.641,00
Multa (30%)	R\$ 8.190,00
TOTAL	R\$ 12.831,00



GOVERNO DO
ESTADO DO CEARÁ
Secretaria da Fazenda

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS – CRT

DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que é recorrente **CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA** e recorrida **VALERIA BARBOZA DE OLIVEIRA**. A 1ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso oficial, para par maioria de votos, dar-lhe provimento, reformando a decisão absolutória proferida pela 1ª instância, julgando **PROCEDENTE** a presente ação fiscal, nos termos do voto da relatora, conforme parecer da Consultoria Tributária adotado pelo representante da douta Procuradoria Geral do Estado.

SALA DAS SESSÕES DA 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 09 de 03 de 2012.

Alfredo Rogério Gomes de Brito
PRESIDENTE (em exercício)

José Romulo da Silva
Conselheiro

Abílio Francisco de Lima
Conselheiro

José Sidney Valente Lima
Conselheiro

Eliane Resplande Figueiredo de Sá
Conselheira

Cid Marcom Gurgel de Souza
Conselheiro

Jannine Gonçalves Feitosa
Conselheira Relatora

Vanessa Albuquerque Valente
Conselheira

Cícero Roger Macedo Gonçalves
Conselheiro

Matheus Lima Neto
PROCURADOR DO ESTADO