



**GOVERNO DO  
ESTADO DO CEARÁ**

*Secretaria da Fazenda*

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO  
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**

RESOLUÇÃO Nº 547/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO

167ª SESSÃO ORDINÁRIA DE 04/09/2013

PROCESSO Nº: 1/5276/2008

AUTO DE INFRAÇÃO: 1/200814486

AUTUANTE: ANA PAULA BEZERRA PINHEIRO

RECORRENTE: INDUSTRIAL E COMERCIAL JANDAIA LTDA

RECORRIDO: CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

RELATORA: MARIA LUCINEIDE SERPA GOMES

**EMENTA: ICMS - CRÉDITO INDEVIDO PROVENIENTE DE OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO ORIUNDAS DE EMPRESAS INSCRITAS COMO ME/EPP.** 1. A acusação versa sobre creditamento indevido do ICMS de aquisições de mercadorias de Empresas de Pequeno Porte por parte do contribuinte. 2. Auto de Infração julgado **PROCEDENTE**. Penalidade imposta: Art. 123, II, a, da Lei nº 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03. 3. Decisão amparada no conjunto das provas colacionadas ao presente Processo. 4. Decisão unânime, nos termos deste voto e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em análise descreve que nos meses 03/2007, 06/2007 a 09/2007, o contribuinte se aproveitou de crédito indevidamente. Em seu relato o Agente Fiscal escreve:

*Crédito indevido proveniente de operações de aquisição oriundas de empresas inscritas como ME/EPP.*

*Através de exame documental, constatamos que a empresa ora fiscalizada adquiriu mercadorias de EPP, se aproveitando indevidamente do imposto no ano de 2007. Como a empresa apresentou saldo credor em sua conta gráfica no período, refizemos sua apuração conforme planilha anexa. Vide Inf. Complementar.*

- **Período da Infração:** 03/2007; 06/2007 a 09/2007.
- **Crédito Tributário:**
  - Base de Cálculo: R\$ 875.950,00 (oitocentos e setenta e cinco mil novecentos e cinquenta reais);
  - Principal: R\$ 148.911,50 (cento e quarenta e oito mil novecentos e onze reais e cinquenta centavos);
  - Multa: R\$ 148.911,50 (cento e quarenta e oito mil novecentos e onze reais e cinquenta centavos).
- **Dispositivos Infringidos:** Art. 758 do Decreto nº 24.569/97.
- **Penalidade:** Art. 123, II, *a*, da Lei 12.670/96, alterado pela Lei nº 13.418/03.

Nas Informações Complementares a Autuante esclarece que o contribuinte fiscalizado pertence ao CNAE 1033301 (Fabricação de Sucos Concentrados de Frutas, Hortaliças e Legumes), industrializando sucos de frutas em caixas destinadas ao mercado interno. O valor do crédito indevidamente aproveitado refere-se a 15 notas fiscais de aquisição de *pallets* das empresas F E DE VASCONCELOS (06.298.383-0), e R L FÉLIX (06.687.192-1), ambas, Empresas de Pequeno Porte (EPP).

Instruem os autos: AI nº 2008.14486 (fls. 02); Informações Complementares (03/05); Ordem de Serviço 2008.19919 (fls. 06); Termo de Início de Fiscalização 2008.18291 (fls. 07); Termo de Conclusão de Fiscalização 2008.2730 (fls. 08); Cópia Livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 09/37); Cópia Livro Registro de Entradas (fls. 38/94); Conta Gráfica (fls. 95); Cópias das Notas Fiscais (fls. 96/110); Cópia Folha Livro Protocolo (fls. 111); Consulta Conta Corrente - Sistema GIM (fls. 112); Consulta Sistema Cadastro (fls. 113/114); Termo de Juntada (fls. 115); Cópia AR de envio dos Ais com respectivas Informações Complementares com documentação comprobatória e Termo de Conclusão (fls. 116); Termo de Revelia e Despacho (fls. 117).



O atuado tempestivamente apresenta Defesa onde requer preliminarmente a nulidade do Auto de Infração, pois o aludido procedimento fundamenta-se em um dispositivo legal revogado pela Lei Complementar nº 123/06, o que dificulta a defesa do contribuinte. Afirma também em sua defesa:

- Que só se creditou das notas fiscais em comento pelo fato delas não informarem as condições de EPP de suas emissoras;
- Pela LC nº 123/06 as empresas que se enquadram nas condições ME e EPP devem obrigatoriamente sinalizar sua condição em suas notas fiscais. Não existe qualquer menção da condição de EPP nas notas fiscais anexas ao Auto de Infração;
- Em 10 de agosto de 2007, voluntariamente, ao tomar conhecimento que os créditos referiam-se a EPPs, o contribuinte estornou integralmente os créditos objeto desta querela e informou à Administração Fazendária Estadual através de documento hábil;
- A infração fundamenta-se no derogado Artigo 758, do Dec. nº 24.569/97;
- Nenhuma das notas possuía a tarja preta mencionada no §1º do revogado Artigo;
- Previsão constitucional da não-cumulatividade do ICMS;
- A restrição ao creditamento de ICMS não encontra respaldo constitucional;
- Caso não se entenda pela nulidade, que seja julgado Improcedente o Auto de Infração.

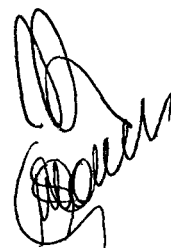
A nobre Julgadora Singular julgou o Processo como **PROCEDENTE**, tendo o Julgamento nº 2416/10, a seguinte Ementa:

**EMENTA: CRÉDITO INDEVIDO.** *Consiste a acusação fiscal em que a empresa atuada apropriou-se de crédito do ICMS que não lhe era cabível aproveitar, em razão dos emitentes das Notas Fiscais estarem cadastradas no Simples Nacional desde 01/07/2007 como EPP - Empresa de Pequeno Porte, portanto não gerando crédito. Julgamento Procedente, vez que houve o aproveitamento do referido crédito. Infringência ao artigo 23 da Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro/06, com sanção no artigo 123, II- a da Lei nº 12.670/96 alterado pela Lei nº 13.418/03.*

*Autuação: PROCEDENTE*

*Defesa: TEMPESTIVA*

São argumentos da fundamentação do julgamento singular:



- Afasta a nulidade suscitada explicando que o Contribuinte se defende de fatos e não de artigo de Lei, assim os argumentos trazidos pela peça impugnatória não tem o poder de desconstituir a formalização do crédito tributário, uma vez que o ilícito fiscal está perfeitamente caracterizado na peça basilar;
- O dispositivo derogado foi incorporado pela Lei Complementar nº 123/06 que institui o Simples Nacional para todo o país, portanto o fato é o mesmo constante no Art. 23 da citada Lei;

**Seção VI**  
**Dos Créditos**

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

- A atuada se creditou indevidamente do ICMS, uma vez que inobservou o previsto no Art. 65, inciso I, do RICMS;

**Art. 65. Fica vedado o creditamento do ICMS nas seguintes hipóteses:**

**I - operação ou prestação beneficiadas com isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação.**

- Os argumentos trazidos não têm o poder de desconstituir a formalização do crédito tributário, uma vez que a agente do Fisco comprovou a infração.

Inconformada com a decisão prolatada pela Julgadora Singular, a empresa interpõe Recurso Voluntário, suscitando preliminarmente a nulidade da ação fiscal por preterição ao direito de defesa. Argumenta na peça recursal:

- Os aspectos formais do PAT devem se respaldar na legislação tributário-processual específica (Lei nº 12.732/97 e Dec. nº 25.468/99 que tratam do Processo Administrativo Tributário no Estado do Ceará). Tais requisitos não foram observados no presente caso, na medida em que o agente do Fisco indicou como dispositivo infringido o Art. 758 do RICMS, que foi revogado desde 30 de maio de 2003 pelo Art. 38 do Dec. nº 27.070/03, e este por sua vez, revogado, de forma tácita, pela LC nº 123/06;



- O art. 758 do Dec. nº 24.569/97, não foi incorporado pela Lei complementar nº 123/2006. Norma superior não incorpora dispositivo de norma inferior;
- Não é papel do julgador corrigir equívocos cometidos pelo agentes do Fisco;
- No caso em apreciação não se aplica a regra do §2º do Art. 33 do Dec. nº 25.468/99, haja vista não se trata de ausência de dispositivo legal;
- Uma vez lavrado o Auto de Infração o agente do Fisco deve obrigatoriamente indicar os dispositivos legais infringidos, sob pena de impossibilitar a aplicação da respectiva penalidade, pois esta deve subsumir-se àqueles;
- A tipificação errônea de dispositivo considerado como tendo sido infringido, dificulta a defesa do contribuinte;
- A conduta da administração pública, em especial ao exercer sua função punitiva, deve estar estritamente pautada no princípio constitucional da legalidade;
- Nos termos do Art. 72 da LC nº 123/06 as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte devem acrescentar à sua firma ou denominação as abreviações ME ou EPP. Não havendo tal discriminação é razoável supor não se tratarem de EPP nem de ME;
- Em 10/08/2007 o contribuinte estornou integralmente os créditos, conforme se verifica na DIEF anexa;
- O Artigo 155 da Constituição Federal confere status ao principal constitucional ao instituto jurídico da não-cumulatividade do ICMS;
- Do Pedido:
  - Declarar a nulidade do auto de infração por vício formal;
  - Não sendo acatada a nulidade arguida, que seja julgado totalmente improcedente o presente procedimento;
  - Caso não sejam considerados os argumentos acima, que se decrete a parcial procedência, aplicando-se a penalidade prevista no Art. 878, VIII, d, do RICMS, ou seja, multa de 200 UFIRCES, haja vista o pronto estorno dos créditos aproveitados indevidamente;
  - Que, em relação ao estorno dos créditos indevidamente aproveitados, seja considerada a sua proporcionalidade, observando o limite do ICMS efetivamente devido pela ME ou pela EPP, permitindo-se à empresa recorrente creditar, em sua conta gráfica, deste valor, efetuando-se, assim a compensação;
  - Requer Sustentação Oral.

A Consultoria Tributária através do Parecer nº 418/2012, que foi integralmente adotado pelo Procurador do Estado, propôs o conhecer do Recurso Voluntário, negar-lhe provimento para que seja confirmada a decisão de singular.



São fundamentos do Parecer:

- Examinando a nulidade trazida pela recorrente: a utilização de artigo de legislação revogado, por parte do autuante no campo de Auto de Infração - artigo infringido, não tem força de levar a nulidade do auto, já que o contribuinte não se defende de artigo da legislação, mas da matéria consignada no relato;
- O relato do Auto de Infração encontra-se especificada de forma clara e precisa, oferecendo ao contribuinte a oportunidade de apresentar defesa;
- O lançamento, segundo o Art. 144 do CTN, reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e regra-se pela Lei então vigente;
- O fato gerador da presente autuação ocorreu em 03/2007; 06/2007 a 09/2007, pelo fato da empresa ter aproveitado crédito tributário do ICMS de empresa cadastrada no Simples Nacional, ficando sujeita a legislação acima mencionada que estava em vigor na época (Art. 23 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006);
- A Constituição Federal remete à lei complementar a questão de disciplinar o regime de compensação do imposto, que foi regulada pelo Art. 23 da LC 87/96, que estabeleceu as condições da compensação do crédito;

*Art. 23. O direito ao crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.*

- Quanto ao estorno dos créditos indevidos aproveitados, esclarece que não pode ter sido utilizado o previsto no Art. 23 da LC nº 123/06, com a nova redação da LC nº 128/08, que somente passou a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2009, posterior ao fato gerador da autuação;
- A aplicação da penalidade imposta pelo Art. 878, VIII, alínea d, do RICMS, informa que não pode ser aplicada, pois existe penalidade específica para aplicar ao caso.

É o relatório.



**VOTO DA RELATORA**

Trata-se de Auto de Infração lavrado em desfavor da empresa atuada sob a acusação de ter adquirido, no exercício de 2007, mercadorias de Empresas de Pequeno Porte - EPP, e ter se aproveitado indevidamente do ICMS destas operações. Tendo sido refeita a conta gráfica pela atuante, constatou-se o crédito indevido no valor de R\$148.911,50.

Preliminarmente, afasto a nulidade suscitada pela Requerente, por entender não haver cerceamento ao seu direito de defesa, uma vez que a utilização de artigo revogado por parte da atuante, como artigo infringido, não tem força de nulificar a ação fiscal, uma vez que o atuado não se defende de artigo da legislação, e sim da matéria relatada.

No mérito, entendo estar claramente caracterizada a infração por parte da atuada, por ter a mesma infringido o disposto no Art. 65 do Dec. 24.569/97, *in verbis*

**Art. 65. Fica vedado o creditamento do ICMS nas seguintes hipóteses:**

***I - operação ou prestação beneficiadas com isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação.***

Entendendo que a determinação em contrário no caso em análise, diz respeito ao Art. 23 da Lei Complementar nº 123/2006, a saber:

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

Quanto ao pedido de reenquadramento da penalidade imposta para a inserta no Art. 878, VIII, *d*, no Decreto nº 24.569/97, indefiro-o por haver penalidade específica para o caso.

Pelo relato da infração, assim como pelos demais documentos apensos aos autos, está claro que o contribuinte se creditou indevidamente do ICMS relativo mercadorias adquiridas de Empresas de Pequeno Porte, ficando evidente que a empresa cometeu o ilícito catalogado na inicial.

Isto posto, voto pelo conhecimento do Recurso Voluntário, afastar a preliminar de nulidade nele suscitada, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária referendado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado.



## Demonstrativo do Crédito Tributário:

Base de Cálculo	R\$ 875.950,00
Principal	R\$ 148.911,50
Multa	R\$ 148.911,50
TOTAL	R\$ 297.823,00

É como voto.

## DECISÃO

Vistos, Relatados e Discutidos os presentes autos, em que é Recorrente INDUSTRIAL E COMERCIAL JANDAIA LTDA, Recorrido CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA,

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recursos Voluntário, afastar a preliminar de nulidade nele suscitada, e no mérito, negar-lhe provimento, para confirmar a decisão condenatória proferida em 1ª Instância, nos termos do voto da Conselheira Relatora e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, adotado pelo representante da Procuradoria Geral do Estado. Registrada a ausência do representante legal da recorrente embora intimado regularmente para proferir sustentação oral ao recurso, nesta sessão do julgamento.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, 06 de setembro de 2013.

  
Válder Barbalho Lima

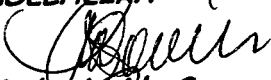
  
Ubiratan Ferreira de Andrade






**PRESIDENTE**

  
Lúcia de Fátima Calou de Araújo  
CONSELHEIRA

  
Maria Lucineide Serpa Gomes  
CONSELHEIRA RELATORA

  
Rafael Gonçalves Zidan  
CONSELHEIRO

  
Abílio Francisco de Lima  
CONSELHEIRO

**PROCURADOR DO ESTADO**

  
Cícero Roger Macedo Gonçalves  
CONSELHEIRO

  
Filipe Pinho da Costa Leitão  
CONSELHEIRO

  
Agatha Louise Borges Macedo  
CONSELHEIRA

  
Samuel Aragão Silva  
CONSELHEIRO

