



GOVERNO DO  
ESTADO DO CEARÁ  
*Secretaria da Fazenda*

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - CONAT  
CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS - CRT

RESOLUÇÃO Nº. 0148/2019

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO

048ª SESSÃO ORDINÁRIA EM: 17/07/2019

PROCESSO Nº. 1/1880/2015

AUTO DE INFRAÇÃO Nº. 2015.08248-3

RECORRENTE: CÉLULA DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

RECORRIDO: JOSÉ ABRAHÃO OTOCH & CIA LTDA EPP

AUTUANTE: JOÃO FRANCISCO DA CUNHA NETO

RELATOR: ALEXANDRE MENDES DE SOUSA

**EMENTA: ICMS – CREDITO INDEVIDO.** Contribuinte e acusado de aproveitar indevidamente de créditos de ICMS provenientes de empresas do Simples Nacional. Infringência aos artigos 23 da Lei Complementar nº 123/06 e penalidade prevista no art. 123, inciso II, alínea “a” da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03. Preliminar de Decadência afastada nos termos do art. 173, I, do CTN. Auto de Infração PARCIAL PROCEDENTE, conforme Laudo Pericial constante as fls.136/140. Recurso Ordinário conhecido e provido em parte. Decisão por unanimidade de votos.

PALAVRAS-CHAVE: CRÉDITO INDEVIDO PROVENIENTES DE EMPRESAS OPTANTES DO SIMPLES NACIONAL. LEI COMPLEMENTAR 123/06.

**JULGAMENTO Nº:**

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração Nº 2015.08248-3 lavrado contra a empresa JOSÉ ABRAHÃO OTOCH & CIA LTDA EPP, tem o seguinte relato acusatório: “CRÉDITO INDEVIDO PROVENIENTE DO OPERAÇÕES E OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTES OU COMUNICAÇÃO ORIUNDAS DE EMPRESAS OPTANTES DO SIMPLES NACIONAL. A EMPRESA CREDITOU-SE DE ICMS PROVENIENTE DE EMPRESAS OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL NO VALOR DE R\$ 72.292,89, NOS MESES DE JUNHO, AGOSTO, SETEMBRO, OUTUBRO E DEZEMBRO DE 2010.”

O autuante apontou como infringido o artigo 23 da Lei Complementar nº 123/06, e como penalidade sugere a inserta no art. 123, inciso II, alínea “a” da Lei nº 12.670/96, alterada pela Lei nº 13.418/03.

Apresenta a composição do crédito tributário:

ICMS	R\$ 72.292,89
MULTA	R\$ 72.292,89
TOTAL	R\$ 144.585,78

Tempestivamente a empresa comparece aos autos (fls.57/65) insurgindo-se contra o lançamento fiscal alegando em sua defesa o seguinte, em síntese:

1 - Alega preliminarmente as seguintes nulidades: Que a fiscalização foi realizada fora do estabelecimento comercial; Questiona a remessa do auto de infração pelos Correios; Argui cerceamento do direito de defesa pelo fato do fiscal não ter oportunizado a autuante conferir de modo prévio as diferenças encontradas pela fiscalização. Alega também interpretação analógica ao art. 108, I, do CTN c/c art. 10 do Decreto 70235/70.

2 - No mérito aduz inconsistência do to administrativo por afronta ao art. 149 do CTN, bem como não produz efeito jurídico, tendo em vista que as informações e as diferenças apresentadas não são verdadeiras.

3 - Argumenta que não ação fiscal foi realizada com base em um cadastro fiscal de fornecedores, que apresentaram uma divergência de crédito no montante de R\$ 72.292,89, de empresas optantes do Simples Nacional. Que os autuantes não levaram em consideração o cadastro de fornecedores do período fiscalizado.

4 - Afirma que o auto de infração é improcedente por carência de fundamentação jurídica e que não é capaz de produzir efeito jurídico, bem como não houve qualquer infração ao art. 23, da LC 123/06, tendo em vista que os fornecedores não eram optantes do Simples Nacional.

5 - Nos pedidos, requer a nulidade absoluta ou a improcedência da ação fiscal, bem como a anulação da penalidade imposta pelos autuantes.

Apos afastar as nulidades suscitadas pela defesa, no mérito a julgadora singular decide pela PROCEDÊNCIA da acusação fiscal, aplicando a penalidade inserta no art. 123, inciso II, alínea "a" da Lei nº 12.670/96.

Contribuinte é cientificado da decisão monocrática, fls.85, e em tempo hábil apresenta Recurso Ordinário, reiterando as preliminares suscitadas na peça impugnatória, as quais já foram amplamente rebatidas pela julgadora singular.

No mérito da acusação fiscal o representante legal da autuada argumenta que alguns emitentes dos documentos fiscais indicados pelo fiscal na planilha anexa as fls. 12 e 13, não eram optantes do Simples Nacional, dessa forma os créditos destacados nos documentos fiscais são legítimos.

A Assessoria Processual Tributária por sua vez, após realizar consulta ao Cadastro de Contribuintes da SEFAZ/CE, verifica que somente a empresa RCR IND. E COM. DE CONFECÇÕES LTDA, CGF 06.682.920-8, não era optante do Simples Nacional durante o período de 2010. Por essa razão entende a Assessoria que os créditos relativos a esse fornecedor poderiam ser aproveitados pela recorrente e apresenta novo demonstrativo de crédito no valor de R\$ 64.446,50.

Dessa forma e considerando os créditos desse contribuinte como legítimo para a recorrente, decide conhecer do Recurso Ordinário, dar-lhe parcial provimento para reformar a decisão singular para PARCIAL PROCEDÊNCIA da acusação fiscal.

O Parecer nº 202/2018 da Assessoria Processual Tributária, foi referendado pelo representante da douta PGR, fls.130 dos autos.

O processo é colocado em pauta no dia 21 de novembro de 2018, onde os membros da 3ª Câmara do CRT, decidiram na 67ª Sessão de Julgamento por unanimidade de votos, converter o curso do processo em realização de perícia para atendimento dos seguintes quesitos: 1) Excluir da Conta Gráfica (fls 14), os créditos relativos às empresas RCR Indústria e Comércio de Confeções Ltda – ZUKY e José Otávio de Andrade ME; 2) Verificar se a empresa Tex Cargas e Encomendas Ltda, transferiu os créditos com observação às exigências previstas no art. 23, § 1º, da Lei Complementar nº 123/06; 3) Verificar se as demais empresas (Marta Verônica Pedrosa Mota Sá, YP Albuquerque Confeções Ltda e F. Evandyr Cândido Pereira – By Jolie) Ultrapassaram os sublimites do Simples Nacional, e se for o caso, verificar se o ICMS foi devidamente recolhido.

Em resposta a solicitação da 3ª Câmara do CRT, a Célula de Perícias e Diligência – CEPD, emitiu laudo conclusivo do trabalho pericial, fls.13/140, informando o seguinte:

*“Após retificação da conta gráfica excluindo os créditos relativos empresa RCR Indústria e Comércio de Confeções Ltda, no montante de R\$ 7.846,39 e os créditos relativos a empresa José Otávio de Andrade ME, no montante de R\$ 42.630,99, verificamos um crédito indevido nos meses de junho, agosto, setembro, outubro e dezembro de 2010, no montante de R\$ 32.159,94.”*

É o relatório.

## **VOTO DO RELATOR**

O processo em questão oriundo do Auto de Infração nº 2015.08248-3 lavrado contra a empresa JOSÉ ABRAHÃO OTOCH & CIA LTDA EPP, sob acusação de que a empresa creditou-se indevidamente de ICMS emitidos por empresas optantes do Simples Nacional, em desacordo com as exigências contidas no art. 23, § 1º, da Lei Complementar nº 123/06 e Resolução CGSN nº 60/2009, apontando como indevidos os créditos no montante de R\$ 72.292,89.

Preliminarmente a empresa através de seu representante legal apresenta em sede de Recurso Ordinário as seguintes nulidades:

**1.** Nulidade suscitada pela parte em razão do Auto de Infração ter sido lavrado fora do estabelecimento fiscalizado.

Observo que a fiscalização utilizou informações remetidas pelo próprio contribuinte, e considerando que não existe vedação legal quanto à lavratura do Auto de Infração fora do estabelecimento do contribuinte fiscalizado, afasto a preliminar suscitada.

**2.** Nulidade em razão do Auto de Infração ter sido lavrado sem que fosse dada ao contribuinte oportunidade de manifestar-se previamente sobre o levantamento efetuado pelo Fisco.

Ressalto que foi oferecido ao contribuinte, ao longo de todo o trâmite processual a oportunidade de exercer o seu direito de defesa, com a abertura de prazos para impugnação e para recurso, tendo o contribuinte se defendido com precisão acerca dos motivos da autuação em todas as instâncias. Ademais, durante o período de fiscalização ocorre a investigação dos fatos, onde o papel do fiscal é de Auditar os livros e documentos fiscais da empresa. Caso sejam detectadas irregularidades, não é possível a concessão de prazo para regularização espontânea de possíveis ilícitos fiscais praticados pela empresa, exceto aos previstos em lei.

3. Com relação a preliminar de nulidade suscitada sob a alegação de divergência entre os valores consignados no Auto de Infração e os valores constantes da planilha elaborada pela Fiscalização.

Com relação a esse argumento observo que consta nas Informações Complementares ao Auto de Infração, os esclarecimentos necessários acerca dos valores apurados na Fiscalização, no montante de R\$ 72.292,89, que é mesmo valor constante no auto de infração.

Por ocasião da sustentação oral o representante legal da empresa argumentou que o levantamento econômico/financeiro se deu com base nos meses de janeiro a dezembro de 2010, e como a autuação ocorreu em 25/06/2015, entende o advogado da recorrente, que para os meses de janeiro a maio de 2010, ocorreu a decadência desse período, por ter passado mais de 5 anos, conforme dispõe o CTN, Lei 5.172, art. 150, § 4º.

Observo, no entanto, que o entendimento do representante legal da recorrente encontra-se equivocado, visto que período apontado de janeiro a maio/2010, não está abrangido no prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º do CTN. Razão pela qual afasto a preliminar de decadência suscitada.

No mérito da acusação fiscal a recorrente argumenta que alguns emitentes dos documentos fiscais indicados pelo fiscal na planilha anexa as fls. 12 e 13, não eram optantes do Simples Nacional, dessa forma os créditos destacados nos documentos fiscais seriam legítimos.

Objetivando averiguar os argumentos da defesa, os membros da 3ª Câmara do CRT, na 67ª Sessão Ordinário, ocorrida no dia 21 de novembro de 2018, decidiram converter o curso do processo em realização de perícia para que fossem respondidos os seguintes quesitos:

- 1) Excluir da Conta Gráfica (fls 14), os créditos relativos às empresas RCR Indústria e Comércio de Confecções Ltda - ZUKY e José Otávio de Andrade ME;
- 2) Verificar se a empresa Tex Cargas e Encomendas Ltda, transferiu os créditos com observação às exigências previstas no art. 23, § 1º, da Lei Complementar nº 123/06;
- 3) Verificar se as demais empresas (Marta Verônica Pedrosa Mota Sá, YP Albuquerque Confecções Ltda e F. Evandyr Cândido Pereira - By Jolie) Ultrapassaram os sublimites do Simples Nacional, e se for o caso, verificar se o ICMS foi devidamente recolhido.

Em resposta a solicitação da 3ª Câmara do CRT, a Célula de Perícias e Diligência – CEPD, emitiu laudo conclusivo do trabalho pericial, fls.13/140, informando o seguinte: “Após retificação da conta gráfica excluindo os créditos relativos empresa RCR Indústria e Comércio de Confeções Ltda, no montante de R\$ 7.846,39 e os créditos relativos a empresa José Otávio de Andrade ME, no montante de R\$ 42.630,99, verificamos um crédito indevido nos meses de junho, agosto, setembro, outubro e dezembro de 2010, no montante de R\$ 32.159,94.”

Dessa forma, entendemos que a acusação fiscal em tela não merece maiores questionamentos, tendo em vista que a perícia atestou que parte das notas fiscais de aquisição registradas na conta gráfica da recorrente, foram emitidas por empresas optantes do Simples Nacional, não preenchendo os requisitos básicos exigidos pela legislação, conforme art. 23, § 1º da LC nº 123/06, ficando provado nos autos o cometimento de ilícito a legislação tributária em relação ao crédito indevido no valor de R\$ 32.159,94.

Oportuno transcrever o que determina o art. 23, § 1º da LC nº 123/06:

*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.*

*§ 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 aquisições de mercadorias de microempresa ou empresa de pequeno porte optante do Simples Nacional, desde que destinadas à comercialização ou industrialização e observado, como limite, o ICMS efetivamente devido pelas optantes pelo Simples Nacional.*

Portanto, como a infração apontada na peça inicial persiste, fica a recorrente sujeita a sanção prevista no art. 123, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 12.670/96, conforme abaixo transcrita:

*Art. 123. (...)*

*II – com relação ao crédito do ICMS:*

*a) crédito indevido, assim considerado todo aquele escriturado na conta gráfica 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.*

Assim, com base no laudo pericial fica a nova composição do crédito tributário disposto da seguinte forma:

**ICMS - R\$ 32.159,94.**

**Multa - R\$ 32.159,94.**

**Total - R\$ 64.319,88**

Ante ao exposto, VOTO pelo conhecimento do Recurso Ordinário, dar-lhe provimento em parte, para modificar a decisão de Primeira Instância e julgar PARCIAL PROCEDENTE o feito fiscal, nos termos do Laudo Pericial, e manifestação oral do representante da douta PGE em sessão.

É o voto.

## DECISÃO

**Processo de Recurso Nº 1/1880/2015, Auto de Infração nº 1/201508248. RECORRENTE: JOSÉ ABRAÃO OTOCH LTDA - EPP. RECORRIDO: CEJUL. RELATOR: CONS. ALEXANDRE MENDES DE SOUSA.** Quanto às nulidades requeridas pela recorrente, oportuno informar, que todas já foram afastadas pela **decisão relativa à 67ª Sessão, da 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, ocorrida no dia 21 de novembro de 2018, abaixo transcritas:**

*Resolvem os Membros da 3ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário, e em referência às questões suscitadas pela recorrente, tomar as seguintes deliberações: 1. **Com relação à preliminar de nulidade suscitada pela parte em razão do Auto de Infração ter sido lavrado fora do estabelecimento fiscalizado** – foi afastada, por unanimidade de votos, uma vez que a fiscalização utilizou informações remetidas pelo próprio contribuinte e considerando que não existe vedação legal quanto à lavratura do Auto de Infração fora do estabelecimento do contribuinte fiscalizado. 2. **Com relação à preliminar de nulidade suscitada em razão do Auto de Infração ter sido lavrado sem que fosse dada ao contribuinte oportunidade de manifestar-se previamente sobre o levantamento efetuado pelo Fisco** – afastada, por unanimidade de votos, considerando que foi oferecido ao contribuinte, ao longo de todo o trâmite processual a oportunidade de exercer o seu direito de defesa, com a abertura de prazos para impugnação e para recurso, tendo o contribuinte se defendido com precisão acerca do motivo da autuação. 3. **Com relação à preliminar de nulidade suscitada sob a alegação de divergência entre os valores consignados no Auto de Infração e os valores constantes da planilha elaborada pela Fiscalização** – afastada, por unanimidade de votos, uma vez que consta na Informações Complementares ao Auto de Infração, os esclarecimentos necessários acerca do valores apurados na Fiscalização.(fls. 132, dos autos).*

**Decisão Atual:** A 3ª Câmara do Conselho de Recursos Tributários, resolve, por unanimidade de votos, conhecer do Recurso Ordinário interposto, para, em grau de preliminar, afastar a arguição de Decadência apontada pela recorrente, considerando que o período reclamado não está abrangido no prazo decadencial previsto no art. 173, I, do Código Tributário Nacional. **Quanto ao Mérito**, a 3ª Câmara de Julgamento do CRT resolve, por unanimidade de votos, modificar a decisão condenatória proferida pela 1ª Instância, dar parcial procedência ao Recurso Ordinário interposto, para julgar PARCIAL PROCEDENTE o Auto de Infração, nos termos do Laudo Pericial, anexo às fls. 147 a 201, dos autos do Processo. Decisão contrária ao Parecer da Assessoria Processual Tributária, entretanto, de acordo com a manifestação, sessão, do representante da Procuradoria Geral do Estado. Presente para sustentação Oral, o representante jurídico da recorrente, dr. Raimundo Fernandes Filho.

**DAS SESSÕES DA 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS**, em Fortaleza, aos 30 dias do mês de 08 2019.




Francisco Wellington Ávila Pereira  
**PRESIDENTE DA 3ª CÂMARA**




Alexandre Mendes de Sousa  
**CONSELHEIRO**



Lúcio Flávio Alves  
**CONSELHEIRO**



Maria Virgínia Leite Monteiro  
**CONSELHEIRA**



André Gustavo Carreiro Pereira.  
**PROCURADOR DO ESTADO**



Ricardo Ferreira Valente Filho  
**CONSELHEIRO**



Mikael Pinheiro de Oliveira  
**CONSELHEIRO**



Felipe Augusto Araújo Muniz  
**CONSELHEIRO**