

PROCESSO	- A. I. N° 274068.0011/13-1
RECORRENTE	- ATA KAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI [LTDA.].
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4 ^a JJF n° 0072-04/14
ORIGEM	- IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 05/11/2015

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0264-11/15

EMENTA: ICMS. CRÉDITO INDEVIDO. **a)** AUSÊNCIA DO DOCUMENTO FISCAL. FAZCULTURA. Parte dos Títulos de Incentivo foi apresentada posteriormente à lavratura do Auto de Infração. Impugnação parcialmente acatada pela autuante. Demonstrativo de débito refeito em Primeira e em Segunda Instância de Julgamento. Infração parcialmente elidida. Mantida a Decisão recorrida. **b)** AQUISIÇÕES A EMPRESAS ENQUADRADAS NO SIMPLES NACIONAL. CRÉDITO PRESUMIDO. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES ACERCA DA ALÍQUOTA APLICÁVEL. A condição para que o contribuinte sujeito ao regime normal se beneficie do crédito presumido, previsto no artigo 96, XXVIII do RICMS/97, relativo a aquisições de mercadorias de estabelecimentos optantes do Simples Nacional é de que o produto adquirido seja industrializado por empresa localizada neste Estado e tenha saída subsequente tributada. Refeitos os cálculos, com exclusão das glosas em conformidade com a legislação tributária. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Rejeitado o pedido para realização de revisão por Fiscal estranho ao feito. Não acolhida a preliminar de nulidade. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO.** Vencido o voto da relatora quanto à infração 8. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 24/09/2013 em razão de nove irregularidades, sendo apenas as imputações 7 e 8 o objeto da impugnação originária e do apelo recursal:

Infração 7 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de abril, outubro e dezembro de 2009, e janeiro de 2010. Demonstrativo fiscal às fls. 58 e 59. ICMS no valor histórico R\$23.376,95, acrescido da multa de 60%.

Consta na descrição da infração: “*O contribuinte lançou no livro de Registro de Apuração, no campo crédito de imposto – outros créditos, valores referentes a FAZCULTURA sem a existência do respectivo Título de Incentivo. Tudo conforme DEMONSTRATIVO DO FAZCULTURA - ANEXO 10 e DEMONSTRATIVO DE CONTA CORRENTE - ANEXO 11, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte. Também se aplica o art. 23 do Regulamento do Decreto 12.901/11*”.

Infração 8 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadoria junto a microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, nos meses de abril a julho de 2010. Demonstrativo fiscal às fls. 60 e 61. ICMS no valor histórico de R\$11.095,56, acrescido da multa de 60%.

Consta na descrição da infração: “*O contribuinte lançou indevidamente, no Livro de Apuração,*

crédito fiscal presumido (estabelecido no art. 96, inciso XXVIII do RICMS) de 12% sobre o valor das notas fiscais de entrada de empresas do Simples Nacional. Este crédito presumido só é admitido em operações internas de mercadorias produzidas por microempresa ou empresa de pequeno porte industrial optante pelo Simples Nacional, quando constar no respectivo documento a informação da alíquota e do imposto incidente sobre a operação conforme determinado pelos art. 23, parágrafos 1º, 2º e inciso II do parágrafo 4º da Lei Complementar 123/06 e art. 392 do RICMS. As notas fiscais 000.024, 022.453, 022.455 e 001.032 não são de operações internas e as notas fiscais 000.785 e 000.182 são de fornecedores comerciais e não industriais, portanto não fazem jus ao crédito presumido. As demais notas, cujos créditos foram totalmente glosados, não têm a informação no documento fiscal sobre a alíquota e o imposto conforme determinam os art. 23, parágrafos 1º, 2º e inciso II do parágrafo 4º da Lei Complementar 123/06 e art. 392, inciso II do RICMS. Tudo conforme DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO DO SIMPLES NACIONAL LANÇADO NO LIVRO DE APURAÇÃO - ANEXO 12, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte. Também se aplicam os art. 23, parágrafos 1º, 2º e inciso II do parágrafo 4º da Lei Complementar 123/06 e art. 392, inciso II do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97".

O Fisco acostou documentos às fls. 11 a 280.

O autuado impugnou as acusações 7 e 8 do lançamento de ofício às fls. 282 a 284 (volume II), acostando documentos às fls. 285 a 349.

Em seguida, protocolou petição à fl. 353, acostando documentos às fls. 354 a 356.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 359 a 368 mantendo a acusação 7 integralmente e acolhendo parte das alegações defensivas referentes à imputação 8, reduzindo o ICMS originalmente lançado para este item de R\$11.095,56 para R\$11.008,45, mantendo as demais acusações.

O contribuinte anexou Termo de Confissão de Dívida atinente a parte do débito lançado de ofício, e documentos respectivos, às fls. 374 a 377.

Em seguida o sujeito passivo novamente pronunciou-se às fls. 379 e 380.

Novamente o contribuinte manifestou-se no processo, à fl. 384, anexando Procuração à fl. 385.

O contribuinte interpôs nova petição à fl. 389, anexando documentos às fls. 390 a 394.

Na data de 13/02/2014, conforme recibo de protocolo de fl. 395-A, a autuante prestou segunda informação fiscal às fls. 396 a 399, contestando os argumentos defensivos em relação à Infração 8 e acolhendo parte dos argumentos do contribuinte quanto à Infração 7, novamente reduzindo o valor histórico do ICMS a ser lançado de ofício, desta vez para R\$9.350,78, em novo demonstrativo que acosta à fl. 400. A autuante juntou documentos às fls. 401 a 415.

O julgamento em primeira instância, não unânime apenas quanto à Infração 08, manteve parcialmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0072-04/14, às fls. 424 a 436. Em seus votos assim se expressam o Relator e o Autor do Voto Vencedor quanto à Infração 8:

VOTO VENCIDO (Infração 8)

Preliminarmente, denego o pedido de indeferimento da petição inicial, suscitado pela autuante, tendo em vista o fato de que, em tempo, a impugnante providenciou a regularização da sua representação processual, mediante a juntada do instrumento de mandato, à folha 385, pelo qual passa a conferir poderes ao Advogado Fernando Marques Villa Flor, resultando na convalidação dos atos anteriormente praticados no processo, em conformidade com o art. 37 do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária ao Processo Administrativo Fiscal conforme art. 180 do RPAF, aprovado pelo Decreto 7.629/99.

Quanto ao pedido de decretação de nulidade por cerceamento do direito de defesa, suscitado pela autuada, tal não decorre de eventual omissão, por parte da autuante, na apreciação de documento acostado ao presente PAF, pois nem por isso deixará de ser apreciado no julgamento e devidamente valorado pelo julgador. A falta de apreciação dos documentos apontados pode, no máximo, resultar na perda de oportunidade, por parte da autoridade fiscal, em esboçar as suas razões relativamente ao fato em discussão, o que não implica em prejuízo à autuada. Por essa razão, afasto a preliminar de nulidade suscitada pela impugnante.

Quanto ao pedido de diligência por fiscal estranho ao feito, indefiro com base no art. 145 do RPAF, pois considero que os elementos probatórios existentes no presente processo são suficientes para a formação de minha convicção relativamente à matéria.

Quanto ao mérito, observo que a autuada não apresentou impugnação relativamente às infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06 e 09, o que resulta na aplicabilidade do art. 140 do RPAF, abaixo transrito.

“Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.”

Dou, assim, por verídicos os fatos descritos nas infrações acima apontadas, julgando procedente o lançamento nestes pontos específicos.

Quanto à infração 07, noto que a autuante fez a descrição dos fatos apontados como ofensivos à legislação tributária, tendo acostado o “DEMONSTRATIVO DO FAZCULTURA – ANEXO 10” (folha 58) bem como o “DEMONSTRATIVO DE CONTA CORRENTE REFEITO – ANEXO 11” (folha 59), nos quais descreve detalhadamente os valores lançados na escrita fiscal, confrontando-os com os títulos de incentivo apresentados à fiscalização, fazendo repercutir, o seu efeito, no conta corrente fiscal da empresa autuada.

Desincumbiu-se, assim, do ônus probatório naquilo que se refere aos elementos reveladores da ocorrência do fato gerador da obrigação principal, constitutivo do direito de exercer legitimamente a prerrogativa do cargo, traduzida no lançamento do crédito tributário.

Transferiu, com isso, o ônus processual à impugnante, a qual precisaria fazer prova dos elementos impeditivos, modificativos ou extintivos do crédito reclamado, a depender da estratégia defensiva que venha a ser adotada pela empresa, tudo em consonância com as regras do direito probatório, previstas nos artigos 332 e seguintes do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária ao Processo Administrativo Fiscal conforme art. 180 do RPAF, aprovado pelo Decreto 7.629/99.

A autuada alega a existência de pagamentos que financiaram o Projeto Cultural nº 070-002/2008, embora não tenha obtido os certificados “Título de Incentivo” até a lavratura do auto de infração. Em janeiro de 2014, após, portanto, o prazo fatal para apresentação da impugnação, houve a emissão, por parte da Comissão Gerenciadora do Fazcultura, dos certificados de incentivo alegados, ao que a autuada fez a apensação às folhas 390 a 394.

Acompanhando o entendimento manifestado pela Administração Fazendária, mediante o Parecer Dtri cuja cópia se encontra à folha 413, a autuante acatou os certificados posteriormente emitidos e refez o demonstrativo de débito, conforme folha 400, reduzindo o valor do débito para R\$ 9.350,78, lançados a maior no mês de abril/09.

Assim, acato os Títulos de Incentivo, posteriormente apresentados, e acolho o demonstrativo de débito refeito pela autuante à folha 400, julgando parcialmente procedente a infração 07, no valor de R\$ 9.350,78.

Quanto à infração 08, noto que a autuante fez, igualmente, a descrição dos fatos apontados como ofensivos à legislação tributária, tendo acostado o “DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO DO SIMPLES NACIONAL LANÇADO NO LIVRO DE APURAÇÃO - ANEXO 12” (folha 60) bem como o “DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO DO SIMPLES NACIONAL LANÇADO NO LIVRO DE ENTRADA - ANEXO 13” (folha 62), nos quais descreve detalhadamente os documentos fiscais objeto da glosa de crédito, identificando-os individualmente.

Desincumbiu-se, assim, do ônus probatório naquilo que se refere aos elementos reveladores da ocorrência do fato gerador da obrigação principal, constitutivo do direito de exercer legitimamente a prerrogativa do cargo, traduzida no lançamento do crédito tributário.

A autuada contesta os fatos descritos, alegando que os documentos fiscais revelam exatamente o contrário do que alega a autoridade fiscal, sem especificar individualmente a sua divergência. Acosta documentos fiscais que supostamente respaldariam o seu ponto de vista e pede revisão por fiscal estranho ao feito.

Na sua informação fiscal, a autuante não acata os argumentos contidos na impugnação, abordando, de forma especificada, cada um dos documentos inseridos no levantamento. Acata, contudo, o creditamento relativo à Nota Fiscal nº 001.032, cujo documento somente agora foi apresentado à fiscalização. Assim, refaz o demonstrativo de débito, reduzindo o valor do débito lançado no mês de maio de 2010, de R\$ 7.586,39 para R\$ 7.499,28. Nas demais manifestações, as partes reiteram os seus pontos de vista.

Analizando o “DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO DO SIMPLES NACIONAL LANÇADO NO LIVRO DE APURAÇÃO - ANEXO 12”, (folha 60) pude chegar à conclusão de que cinco são as situações das notas fiscais ali relacionadas, conforme a seguir: 1) CRÉDITO JÁ ACATADO; 2) NÃO APRESENTOU O DOCUMENTO; 3) MERCADORIA ISENTA (total ou parcialmente); 4) CRÉDITO ADMITIDO PELA ALÍQUOTA INFORMADA; 5) NÃO INFORMOU A ALÍQUOTA.

Examinando os documentos acostados ao presente processo, e considerando os argumentos aduzidos pelas partes, teço as considerações a seguir.

Atendo-me à questão da glosa referida no item “1”, acima citado (CRÉDITO JÁ ACATADO), constato que em relação às notas fiscais nº 000.015, 000.563, 002.471, 002.472 (folhas 297 a 301), não houve glosa de créditos conforme se encontra evidenciado nos demonstrativos às folhas 60 e 61. O mesmo deve ser dito no que se refere às notas fiscais nº 000.887, 002.568 e 002.974 (folhas 312 a 313), bem como no que se refere às notas fiscais nº 002.323, 000.663, 000.034, 001.006, 002.495, 000.044, 001.033, e 002.702 (folhas 319 a 327). É, também, o que

ocorreu em relação à nota fiscal nº 003.180 (folha 344). Não há, por conseguinte, qualquer questão controversa a ser resolvida, relativamente aos documentos fiscais citados.

Quanto à glosa referida no item “2” (NÃO APRESENTOU O DOCUMENTO), a autuada não se desincumbiu do seu ônus processual em apresentar o documento hábil a comprovar a origem do crédito lançado, relativamente às notas fiscais 000.129, 000.136, 000.768, 000.775, 000.781, 000.784, 000.793, 000.798, 000.994, 003.358, 022.709, 022.723, 022.824 e 022.825. Não o tendo feito, mesmo nas três oportunidades que teve de se manifestar neste processo, atraí a aplicação do art. 142 do RPAF, abaixo reproduzido.

“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.”

Assim, não há reparo a se fazer ao lançamento fiscal, neste ponto específico, pois a autuada não apresentou o documento fiscal que deu suporte ao presente lançamento de ofício.

Quanto ao item “3” (MERCADORIAS ISENTAS), constato que as notas fiscais nº 001.006, 001.032 e 001.033 acobertam operações em que parte das mercadorias (polpa de cacau) está submetida ao regime jurídico de isenção nas saídas subsequentes, pelo que há de ser feita a exclusão da parcela do crédito a elas (polpa de cacau) associada, em cumprimento ao que dispõe o § 6º do art. 96 do RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos. Quanto às notas fiscais 000.777, 000.805 e 000.829, referem-se a pescados, mercadorias beneficiárias da isenção, incidindo, aqui, as mesmas razões de glosa aplicáveis à polpa de cacau, com uma única diferença consistente no fato de que a glosa, nesse caso, é total. Assim, tenho como correto o procedimento adotado pela autuante.

Quanto ao item “4” (CRÉDITO ADMITIDO PELA ALÍQUOTA INFORMADA), constato que as notas fiscais 000.024 e 022.453 referem-se a operações interestaduais, as quais não estão contempladas pelo benefício fiscal previsto no art. 96, inciso XXVIII do RICMS/97. Devem ter, por isso, o creditamento admitido não com base no percentual linear de 12%, mas com base no percentual de alíquota informado no documento, conforme prevê o § 2º do art. 23 da LC 123/06. Como os valores lançados pela autoridade fiscal não coincidem com aqueles informados em cada uma das notas fiscais citadas, altero o lançamento neste particular, admitindo como devido os créditos de R\$ 28,55 e R\$ 47,79, destacados nos documentos fiscais nº 000.024 e 022.453, respectivamente.

Quanto ao item “5” (NÃO INFORMOU A ALÍQUOTA), constato que as notas fiscais nº 003.514, 003.495, 002.013, 001.043, 001.073, 001.856, 002.060, 000.683, 000.785, 000.101 e 000.121 (folhas 302 a 311), 001.089, 000.888, 003.817, 000.048 e 000.828 (folhas 314 a 318), 001.069, 000.995, 003.718, 001.074, 000.016, 000.734, 004.138, 004.135, 003.760 e 001.908 (folhas 328 a 339), 000.342, 000.563, 000.182 e 000.133 (folhas 341 a 343), 000.159, 002.013, 002.015 e 000.197 (folhas 345 a 348), tiveram o crédito glosado pelo fato de que o emitente do documento fiscal não informou a alíquota, conforme se depreende do conteúdo da informação fiscal, cujo trecho transcrevo a seguir:

“NF 3.514, 3.495, 2.013, 1043, 1073, 1.856, 2.060, 683 e 121 folhas 302 a 311; NF 1.089, 888, 3.817, 048 e 828, folhas 314 a 318; NF 1.069, 784, 994, 995, 3.718, 1.074, 16, 734, 4.138, 4.135, 3.760, 1.908, folhas 328 a 339; NF 342, 563 e 133; 341 A 343; NF 159, 2.013, 2.015 e 197, folhas 345 a 348 – **não informou a alíquota conforme parágrafo 4º, do art. 3º [23] da Lei Complementar 123/06.** Inclusive algumas notas têm a observação: “Este documento não gera crédito do ICMS”.

...
Portanto, se não existe a informação da alíquota no documento fiscal o crédito presumido não tem cabimento. (grifos acrescidos)”

Assim, a despeito do equívoco contido no trecho citado, é possível concluir que a glosa do crédito foi feita com base na vedação contida no § 4º do art. 23 da LC 123/06, cujo texto transcrevo a seguir:

“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 suas aquisições de mercadorias de microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, desde que destinadas à 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 para a faixa de receita bruta a que a microempresa ou a empresa de pequeno porte estiver sujeita no mês anterior ao da operação.

...
§ 4º Não se aplica o disposto nos §§ 1º a 3º deste artigo quando:

...
II - a microempresa ou a empresa de pequeno porte não informar a alíquota de que trata o § 2º deste

artigo no documento fiscal (grifo acrescido);
...”

Ora, a vedação ao creditamento contida no dispositivo legal citado tem a sua lógica atrelada ao fato de que só é possível ao destinatário creditar-se daquele imposto efetivamente recolhido, montante que somente chega ao seu conhecimento quando o emitente da nota fiscal informa a alíquota associada à sua faixa de receita bruta. Sem essa informação prestada pelo vendedor das mercadorias, qualquer lançamento a crédito soaria arbitrário e desconectado com o imposto incidente na etapa anterior.

Vista assim, a norma tem todo o sentido, mas o seu escopo se limita ao crédito “normal”, traduzido como aquele decorrente da incidência do ICMS sobre as operações de aquisição de mercadorias.

Não me parece adequado, contudo, transpor esta regra proibitiva para o contexto do benefício fiscal de crédito presumido previsto no inciso XXVIII do art. 96 do RICMS/97, cujo texto reproduzo abaixo:

“Art. 96. São concedidos os seguintes créditos presumidos do ICMS, para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e de apuração do imposto a recolher:

...
XXVIII - aos contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração do imposto, nas aquisições internas de mercadorias junto a microempresa ou empresa de pequeno porte industrial optante pelo Simples Nacional, desde que por elas produzidas, em opção ao crédito fiscal informado no documento fiscal nos termos do art. 392, nos percentuais relacionados a seguir, aplicáveis sobre o valor da operação, observado o disposto nos §§ 6º e 7º:

...”

Não há, como se pode perceber, nenhuma vedação expressa ao crédito do imposto, diretamente associada à ausência de informações sobre alíquota, no texto da norma regulamentar supracitada. A inteligência da regra não impõe, inclusive, a existência de tal informação, pois o crédito presumido tem como base de cálculo o “valor da operação”, conforme se pode ler no texto acima.

Assim, possuindo a informação relativa ao valor total da operação, basta que se empreenda uma simples operação aritmética com vistas a obter o quantum do crédito presumido, sem qualquer necessidade de que se informe a alíquota da operação anterior. Isso se explica pelo fato de que o benefício fiscal criado pelo art. 96 dissociou, de forma bastante nítida, o valor do imposto incidente na etapa anterior, ao valor do crédito concedido na etapa subsequente. Aqui, a inteligência da norma tributária foi estimular as aquisições internas junto às empresas optantes pelo Simples Nacional.

Nessa perspectiva, soa despropositada uma interpretação do benefício fiscal que resulte na vedação do direito ao “crédito presumido”, ao fundamento de que não foi informada a alíquota incidente na operação anterior, pois tal percentual não tem nenhuma relação com o gozo do benefício.

Por isso, entendo que é cabível o creditamento nas aquisições acima referidas, a despeito da ausência de qualquer informação acerca do percentual da alíquota aplicável à operação anterior, no documento fiscal. Concluo pela improcedência da glosa do crédito no que se refere aos documentos fiscais acima especificados.

Já o mesmo não acontece com a nota fiscal nº 022.455, pois acoberta uma operação interestadual que, por essa característica, não foi contemplada com o benefício fiscal do crédito presumido (art. 23, inciso XXVIII do RICMS/97). Ora, não tendo sido contemplada com o benefício fiscal, restaria, à autuada, creditar-se do ICMS calculado de acordo com a alíquota informada. Como não consta, na nota fiscal a informação relativa à alíquota, entendo descabido o crédito, acompanhando, neste caso específico, o tratamento que lhe foi dado pela autuante.

Diante do exposto, voto pela procedência parcial da infração 08.

VOTO VENCEDOR (Infração 8)

Com a devida vênia do nobre relator, permito-me discordar do mesmo quanto ao entendimento externado relativamente à infração 08, e somente a ela. E o faço, pelos motivos que exporei adiante.

Por uma questão da metodologia adotada no voto do relator, seguirei a mesma, para a explanação do voto.

Inicialmente, tomando por base o demonstrativo elaborado pela autuante às fls. 60 e 62, analisarei cada documento de acordo com as situações elencadas no voto do relator: Na primeira delas, que diz respeito ao crédito já acatado, nenhum reparo posso fazer ao entendimento esposado no voto, nenhum reparo merecendo ser feito.

Para a segunda situação listada, qual seja a de que não foi apresentado o documento fiscal, também fica mantido, diante de não estar presente nos autos, apesar das inúmeras oportunidades, qualquer elemento ou documento que tivesse o condão de elidir a infração, razão pela qual fica a mesma, igualmente mantida.

Quanto à terceira situação, que se refere a mercadorias isentas, também concordo com o posicionamento do relator, aderindo ao mesmo, embora observe que as operações realizadas com peixes, em verdade, não se encontram amparadas por isenção, conforme afirmado, mas sim, por benefício de 100% de redução da base de cálculo, na forma prevista no artigo 87, inciso XXXVI, do RICMS/97.

Na quarta situação, qual seja a do crédito admitido pela alíquota informada, concordo plenamente com o posicionamento do relator, inclusive em relação às operações das notas fiscais 000.024 e 022.453, mais uma vez, alinhando-me ao seu voto.

Por último, para a quinta situação (alíquota não informada no documento fiscal), alinho-me ao entendimento de que não podem tais documentos ser admitidos para a aplicação do crédito presumido previsto no artigo 96 do RICMS/97, então vigente à época dos fatos geradores, e justifico.

A Lei Complementar 123/06, que implementou o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, determina em seu artigo 23, §§ 1º e 2º:

"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 suas aquisições de mercadorias de microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, desde que destinadas à 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 para a faixa de receita bruta a que a microempresa ou a empresa de pequeno porte estiver sujeita no mês anterior ao da operação".

Por tal redação, fica claro a possibilidade de aproveitamento de crédito fiscal por parte dos adquirentes de mercadorias e serviços de empresas optantes do SIMPLES NACIONAL, vez que, se assim não fosse, perderia todo o sentido de elaboração de um arcabouço normativo para amparar tais empresas, que não competiriam em igualdade de condições com as demais, desvirtuando todo o objetivo pretendido com tal Estatuto.

Assim, inequívoco o direito ao aproveitamento do crédito fiscal relativo a tais operações.

No § 4º do mesmo artigo 23 da lei complementar, encontram-se, porém, as restrições para a apropriação do crédito fiscal em tais operações:

"§ 4º Não se aplica o disposto nos §§ 1º a 3º deste artigo quando:

*I - a microempresa ou empresa de pequeno porte estiver sujeita à tributação do ICMS no Simples Nacional por **valores fixos** mensais;*

II - a microempresa ou a empresa de pequeno porte não informar a alíquota de que trata o § 2º deste artigo no documento fiscal;

*III - houver **isenção** estabelecida pelo Estado ou Distrito Federal que abranja a faixa de receita bruta a que a microempresa ou a empresa de pequeno porte estiver sujeita no mês da operação.*

IV - o remetente da operação ou prestação considerar, por opção, que a alíquota determinada na forma do caput e dos §§ 1º e 2º do art. 18 desta Lei Complementar deverá incidir sobre a receita recebida no mês".

Tal entendimento foi devidamente referendado pelo Comitê Gestor do SIMPLES Nacional, através da Resolução n.º 94/2011 artigo 60:

"Art. 60. O adquirente da mercadoria não poderá se creditar do ICMS consignado em nota fiscal emitida por ME ou EPP optante pelo Simples Nacional, de que trata o art. 58, quando: (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 23, §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 6º)

I - a alíquota de que trata o § 1º do art. 58 não for informada na nota fiscal;

II - a mercadoria adquirida não se destinar à comercialização ou à industrialização;

III - a operação enquadrar-se em situações previstas nos incisos I a VI do art. 59.

Parágrafo único . Na hipótese de utilização de crédito a que se refere o § 1º do art. 56, de forma indevida ou a maior, o destinatário da operação estornará o crédito respectivo conforme a legislação de cada ente, sem prejuízo de eventuais sanções ao emitente, nos termos da legislação do Simples Nacional. (Lei Complementar n.º 123, de 2006, art. 23, §§ 1º, 2º, 4º e 6º)"

Destaco as partes grifadas, das quais, todavia, somente vai me interessar a que diz respeito à informação da alíquota no documento fiscal. Isso pelo fato de que, na sistemática de cálculo e apuração do imposto pelas empresas enquadradas naquele regime, as alíquotas e valores dependem das faixas de faturamento que compõem os anexos à Lei complementar, e podem variar mensalmente.

Desta forma, cabe a cada microempresa ou empresa de pequeno porte, efetuar, com base na sua movimentação comercial, a apuração do imposto, e o destaque dos valores correspondentes às operações realizadas com empresas não optantes do SIMPLES, sendo pacífico o entendimento de que somente as empresas vendedoras

têm as informações necessárias para apurar, calcular e destacar o imposto a ser transferido na operação.

Ou seja: o destaque do imposto da operação é condição sine qua non para o aproveitamento do crédito fiscal pelo adquirente das mercadorias ou serviços, observando, igualmente, que a faixa de receita bruta a que a ME/EPP está sujeita no mês anterior ao da operação corresponde à receita bruta acumulada nos 12 meses que antecederem o mês anterior ao de emissão do documento fiscal. Assim, por exemplo, para um documento fiscal emitido em janeiro/09, o ICMS a ser consignado deve ser calculado pela alíquota correspondente à receita bruta da empresa acumulada entre os meses de dezembro/07 a novembro/08.

A legislação do Estado da Bahia, por seu turno, estabeleceu no artigo 96, inciso XXVIII do RPAF/97, a concessão de crédito presumido de ICMS, na seguinte situação:

"Art. 96. São concedidos os seguintes créditos presumidos do ICMS, para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e de apuração do imposto a recolher:

(...)

XXVIII - aos contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração do imposto, nas aquisições internas de mercadorias junto a microempresa ou empresa de pequeno porte industrial optante pelo Simples Nacional, desde que por elas produzidas, em opção ao crédito fiscal informado no documento fiscal nos termos do art. 392, nos percentuais relacionados a seguir, aplicáveis sobre o valor da operação, observado o disposto nos §§ 6º e 7º:

(...)

b) 12% (doze por cento) nas aquisições junto aos demais segmentos de indústrias".

Assim, diferentemente do entendimento do relator, entendo que existe sim, vedação expressa ao direito ao crédito do imposto, na ausência de informação de alíquota ou valor do mesmo, que deveriam constar nos documentos fiscais recebidos pela autuada, ainda mais estando a mesma sujeita às condicionantes da Lei Complementar, em relação à qual, a legislação estadual deve guardar coerência e obediência.

Assim é que, relativamente às notas fiscais que não tiveram o destaque da alíquota ou eventualmente do valor do imposto a ser transferido a título de crédito fiscal pela EPP/ME, não posso acolher a possibilidade de aproveitamento do crédito presumido por parte da empresa autuada, especialmente aquelas listadas pelo relator no seu voto.

Dessa forma, voto no sentido de que a infração deva ser julgada **PROCEDENTE EM PARTE**, diante dos ajustes realizados pela autuante, consoante tabela abaixo:

Abri 2010	R\$ 1.980,90
Maio 2010	R\$ 7.499,28
Junho 2010	R\$ 1.274,49
Julho 2010	R\$ 184,32
Total	R\$ 10.938,99

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 449 a 451, reportando-se às acusações 7 e 8.

Em relação à imputação 7, expôs que a JJJ acatou os documentos apresentados durante a instrução do PAF, decorrentes do Processo Cultural nº 070-002/2008 e Parecer SEFAZ 033/2008, mas manteve a cobrança relativa ao mês de abril de 2009, na importância de R\$9.350,78.

Afirma que o Decreto nº 12.901/11, inclusive no art. 23, citado pela Autuante no Auto de Infração, não traria vedação expressa ao creditamento na situação em tela, pelo que entende tratar-se de descumprimento de obrigação acessória, punível com a multa prevista no art. 42, inciso XXII, da Lei 7.014/96, expondo que a documentação que apresentara "cobre todos os valores autuados".

Afirma que a autorização do Projeto, Processo 070-002/2008 e Parecer SEFAZ 033/2008, conforme indicativos dos mesmos números, foi em 2008. Que em razão disto, no período de abril a dezembro de 2009, ele, autuado, conforme certificados que anexara, teria utilizado, desse programa, crédito total de R\$42.078,51, que aduz seria montante integralmente suportado por tais títulos, conforme seu LRAICMS. Que, com relação ao mês de abril, o crédito foi lançado com suporte no pagamento, sendo os dois títulos pertinentes, oriundos de processo Fazcultura já aprovado em 2008, emitidos posteriormente. Que contudo ele, autuado, já se encontrava autorizado ao crédito, tendo atrasado somente a obtenção formal dos "títulos de incentivo", pelo que entende que não existiria motivação para a manutenção de qualquer valor deste item da autuação.

Em relação à infração 8, o contribuinte expõe reiterar "todos os termos da defesa e demais pronunciamentos".

Assevera que de acordo com as notas fiscais que anexara, as glosas realizadas no Auto de Infração, referentes àquelas, não procederiam.

Afirma que as notas fiscais mencionadas no Auto de Infração como não sendo de operações internas não o seriam, e o mesmo teria acontecido em relação aos fornecedores que não seriam industriais, e aos documentos que não teriam as informações necessárias no corpo das notas.

O contribuinte solicita a avaliação, nota por nota, de cada situação, em revisão do item por Fiscal estranho ao feito.

Em relação às Notas Fiscais sob nºs 000.129, 000.136, 000.768, 000.775, 000.781, 000.784, 000.793, 000.798, 000.994, 003.358, 022.709, 022.723, 022.824 e 022.825, que não foram apresentadas, a juntada das mesmas “possibilitará a análise da regularidade dos créditos apropriados.”

No que tange às Notas Fiscais sob nºs 003.514, 003.495, 002.013, 001.043, 001.073, 001.856, 002.060, 000.683, 000.785, 000.101, 000.121, 001.089, 000.888, 003.817, 000.048, 000.828, 001.069, 000.995, 003.718, 001.074, 000.016, 000.734, 004.138, 004.135, 003.760, 001.908, 000.342, 000.563, 000.182, 000.133, 000.159, 002.013, 002.015 e 000.197, anexadas ao PAF, observa que a alíquota e o imposto foram destacados na Nota Fiscal nº 002.013, e no campo de “dados adicionais”, na Nota Fiscal nº 000.563.

Quanto às demais notas, o contribuinte afirma que o Relator, a despeito do equívoco contido nas notas, emitidas sem as informações sobre a alíquota, o art. 96, inciso XXVIII, não fez restrição na hipótese, igual ao caso em lide, de crédito presumido.

Afirma que a vedação citada no voto vencedor aplica-se ao crédito normal, porque aquilo que se presume não necessitaria de destaques. Aduz que as aquisições em tela são internas, e ele, autuado, apropriou-se de crédito presumido em substituição, por sua opção, ao crédito fiscal informado no documento fiscal.

O contribuinte alega que se a informação “do documento fiscal foi afastada, mesmo que omissa é inócuia, não prevalecendo a exigência de algum destaque, como impõe o Auto de Infração. Além disso, na análise na norma deve prevalecer o princípio da não-cumulatividade, esculpido a partir da Constituição Federal (a partir daí em todas as leis infraconstitucionais), em obediência à hierarquia das leis. Como visto, a decisão da JJF não possui amparo legal, pois a norma invocada não se aplica ao caso.”

O recorrente conclui protestando pela produção dos meios de prova em Direito admitidos, especialmente posterior juntada de documentos, expondo estar à disposição para quanto o Julgador entenda necessário.

Pede revisão do item 8 por fiscal estranho ao feito e provimento do seu recurso com consequente reforma da Decisão, para que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, com a condenação limitada aos valores dos itens não contestados.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria Helena Mendonça Cruz, emite Parecer às fls. 476 a 478 aduzindo que o contribuinte reprisa, em sede de Recurso, o quanto já alegado na impugnação inicial, e já apreciado e afastado pelo julgamento de primeira instância. Considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocarem a revisão do Acórdão recorrido.

A Procuradora aduz que, em relação à infração 7, esta trata da utilização indevida de crédito fiscal por falta de apresentação do competente documento comprobatório do direito ao crédito. Que, entretanto, acompanhando o entendimento do Parecer DITRI colacionado à fl. 413, a autuante acatou os certificados “Títulos de Incentivo” posteriormente emitidos e refez o demonstrativo de débito, resultando na procedência parcial da infração.

A Representante da PGE/PROFIS afirma que em relação à Infração 08, o parágrafo quarto do artigo 23 da Lei Complementar nº 123/2006 impõe restrições para a apropriação do crédito fiscal em operações nas quais não estiver informada a alíquota aplicada para o destaque do imposto, no corpo do documento fiscal e, assim, este destaque do imposto na operação é condição indispensável para o aproveitamento do crédito fiscal pelo adquirente das mercadorias. Que, consequentemente, não pode ser aproveitado o crédito presumido em relação às notas fiscais que não contenham, de forma expressa, o destaque da alíquota.

Conclui opinando pelo Conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário.

Em sustentação oral na assentada e julgamento, o contribuinte reprisa os argumentos do texto recursal.

A Representante da PGE/PROFIS presente à sessão, que prolatara o Parecer de fls. 476 a 478, em relação à Infração 7 mantém seu entendimento anterior quanto a que não assiste razão ao contribuinte mas, em relação à Infração 08, aduz que modifica seu entendimento relativamente ao direito ao uso de crédito presumido em relação às aquisições internas de empresa industrial optante pelo Simples Nacional, no que tange a operações de indústria, opinando pela aplicação do artigo 96, XXVIII, “b”, do RICMS/BA/97, acatando a possibilidade de opção do contribuinte pelo direito a uso de crédito presumido de 12%.

VOTO (Vencido quanto ao Não Provimento do Recurso Voluntário – Infração 8)

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1^a Instância no que tange às acusações 07 e 08 do Auto de Infração.

Preliminarmente, indefiro o pedido de realização de diligência, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/BA, em razão de que as provas constantes deste processo são suficientes para a formação do meu convencimento.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de inconstitucionalidade, e de ilegalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

Pontuo que as multas aplicadas, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II, também do COTEB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

No mérito, não merece reparo a decisão recorrida.

Tal como já exposto no Parecer de fls. 476 a 478, emitido pela PGE/Profis, e no Relatório que antecede este voto, o contribuinte restringe-se a trazer, em sede de Recurso, o quanto já apreciado em primeira instância.

A Infração 7 cuida de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de abril, outubro e dezembro de 2009, e janeiro de 2010. O débito de ICMS originalmente lançado, no valor histórico R\$23.376,95, foi reduzido para R\$9.350,78, e a desoneração não foi objeto de Recurso de Ofício.

Em relação à Infração 7, embora no texto do apelo recursal o contribuinte alegue que teria comprovado o direito ao uso do crédito também no mês de abril de 2009 verifico que, ao revés do quanto alega, o sujeito passivo não logra trazer aos autos, em sede de primeira instância, e tampouco quando da interposição de seu Recurso Voluntário, Título de Incentivo que cite este mês de abril/2009 como estando incluído no período em relação ao qual o recorrente faça jus ao creditamento.

Assim é que, analisando todos os Títulos de Incentivo colacionados pelo Fisco e pelo sujeito passivo aos autos deste processo, constato que o Fisco acosta ao Auto de Infração, à fl. 270 (volume I), Título de Incentivo concedido pela Comissão Gerenciadora do Programa Estadual de Incentivo à Cultura – FAZCULTURA no qual consta incentivo fiscal no valor de 5% do seu ICMS, a recolher no período a partir de maio/2009; à fl. 271, Título de Incentivo concedendo incentivo fiscal a ser usado a partir de julho/2009; à fl. 272, Título concedendo incentivo a ser utilizado a partir de julho/2009; à fl. 273, Título concedendo incentivo a ser utilizado a partir de agosto/2009; à fl. 274, Título concedendo incentivo a ser utilizado a partir de novembro/2009.

Por seu turno o sujeito passivo colaciona, à fl. 292 (volume II), Título de Incentivo concedido pela Comissão Gerenciadora do Programa Estadual de Incentivo à Cultura – FAZCULTURA no qual consta incentivo fiscal no valor de 5% do seu ICMS, a recolher no período a partir de maio/2009; à fl. 293, Título de Incentivo concedendo incentivo fiscal a ser usado a partir de

julho/2009; à fl. 294, Título concedendo incentivo a ser utilizado a partir de julho/2009; à fl. 295, Título concedendo incentivo a ser utilizado a partir de agosto/2009; à fl. 296, Título concedendo incentivo a ser utilizado a partir de novembro/2009, todos já colacionados ao Auto de Infração.

O contribuinte junta, à fl. 390, Título concedendo incentivo a ser utilizado a partir de junho/2009; à fl. 391, Título concedendo incentivo a ser utilizado a partir de novembro/2009; à fl. 392, Título concedendo incentivo a ser utilizado a partir de dezembro/2009; à fl. 393, Título concedendo incentivo a ser utilizado a partir de janeiro/2010; à fl. 394, Título concedendo incentivo a ser utilizado a partir de maio/2009.

Em seguida o Fisco anexa, à fl. 408, Título concedendo incentivo a ser utilizado a partir de maio/2009; à fl. 409, Título concedendo incentivo a ser utilizado a partir de junho/2009; à fl. 410, Título concedendo incentivo a ser utilizado a partir de novembro/2009; à fl. 411, Título concedendo incentivo a ser utilizado a partir de dezembro/2010; à fl. 412, Título concedendo incentivo a ser utilizado a partir de janeiro/2010.

Já em sede de Recurso Voluntário, o contribuinte volta a colacionar Títulos de Incentivo, mas nenhum atinente a abril/2009, que é mês o alvo da insurgência quanto à Infração 7.

Assim o recorrente anexa, às fls. 460 e 469, Título concedendo incentivo a ser utilizado a partir de maio/2009; às fls. 461 e 462, Título concedendo incentivo a ser utilizado a partir de julho/2009; à fl. 463, Título concedendo incentivo a ser utilizado a partir de agosto/2009; à fl. 464, Título concedendo incentivo a ser utilizado a partir de novembro/2009; à fl. 465, Título concedendo incentivo a ser utilizado a partir de junho/2009; à fl. 466, Título concedendo incentivo a ser utilizado a partir de novembro/2009; à fl. 467, Título concedendo incentivo a ser utilizado a partir de dezembro/2009; e finalmente, à fl. 468, Título concedendo incentivo a ser utilizado a partir de janeiro/2010.

Por conseguinte, embora o contribuinte traga ao processo, por vezes consecutivas, os mesmos documentos já analisados por Fisco e Primeira Instância Julgadora deste Conselho, conforme aqui discriminado pormenorizadamente, não logra comprovar o direito a uso do crédito glosado referente ao mês de abril/2009.

Voto pela manutenção da Decisão de piso, unânime quanto à procedência parcial da Infração 07, mantendo o valor julgado procedente para o mês de abril/2009.

A Infração 8 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadoria junto a microempresa e empresa de pequeno porte, nos meses de abril a julho de 2010. ICMS no valor histórico de R\$11.095,56, acrescido da multa de 60%.

Consta na descrição da infração: *“O contribuinte lançou indevidamente, no Livro de Apuração, crédito fiscal presumido (estabelecido no art. 96, inciso XXVIII do RICMS) de 12% sobre o valor das notas fiscais de entrada de empresas do Simples Nacional. Este crédito presumido só é admitido em operações internas de mercadorias produzidas por microempresa ou empresa de pequeno porte industrial optante pelo Simples Nacional, quando constar no respectivo documento a informação da alíquota e do imposto incidente sobre a operação conforme determinado pelos art. 23, parágrafos 1º, 2º e inciso II do parágrafo 4º da Lei Complementar 123/06 e art. 392 do RICMS. As notas fiscais 000.024, 022.453, 022.455 e 001.032 não são de operações internas e as notas fiscais 000.785 e 000.182 são de fornecedores comerciais e não industriais, portanto não fazem jus ao crédito presumido. As demais notas, cujos créditos foram totalmente glosados, não têm a informação no documento fiscal sobre a alíquota e o imposto conforme determinam os art. 23, parágrafos 1º, 2º e inciso II do parágrafo 4º da Lei Complementar 123/06 e art. 392, inciso II do RICMS. Tudo conforme DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO DO SIMPLES NACIONAL LANÇADO NO LIVRO DE APURAÇÃO - ANEXO 12, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte. Também se aplicam os art. 23, parágrafos 1º, 2º e inciso II do parágrafo 4º da Lei Complementar 123/06 e art. 392, inciso II do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97”.*

Em relação à Infração 8, o débito de ICMS originalmente lançado, no valor histórico R\$10.938,99, foi reduzido para R\$9.350,78, e a desoneração igualmente não foi objeto de Recurso de Ofício.

Seguindo a ordem de alegações apresentada pelo contribuinte em sua peça recursal, observo que

todas as suas argumentações já foram analisadas quando do julgamento de Primeira Instância.

Quanto à alegação genérica de que notas mencionadas no Auto de Infração como sendo de operações internas teriam revelado “*o contrário*”, e que teria acontecido “*o mesmo*” em relação a fornecedores que não seriam industriais, e a documentos que não teriam as informações necessárias no corpo dos documentos fiscais, resta a impossibilidade de identificação da documentação a que pretenda referir-se o contribuinte, posto que este não a identifica de forma objetiva.

Analizando os documentos fiscais citados de forma específica pelo sujeito passivo, na peça recursal, observo que o contribuinte persiste não apresentando as notas fiscais que não foram entregues ao Fisco para comprovação do direito ao uso do crédito. Por conseguinte, mantida a exigência fiscal quanto a este item. Caso o contribuinte localize tais documentos fiscais, pode apresentá-los pleiteando o exercício do controle de legalidade, junto ao Órgão detentor desta competência legal.

Quanto à Nota Fiscal nº 002.013, e à Nota Fiscal nº 000.563, que o contribuinte pinça do conjunto de números de documentos que cita às fls. 450 e 451, aduzindo que na primeira a alíquota e o imposto foram destacados, e que na segunda foi destacado no campo “dados adicionais”, observo que o DANFe da Nota Fiscal nº 000.563, com emitente sob inscrição estadual nº 57.935.227, que foi listada no demonstrativo fiscal de fl. 60, foi acostado pelo Fisco à fl. 209; igualmente constato que o DANFe da Nota Fiscal nº 002.013, com emitente sob inscrição estadual nº 48549488, que foi listada no mesmo demonstrativo fiscal de fl. 60, foi acostado pelo Fisco à fl. 241, e os emitentes não informam a alíquota aplicável para cálculo do imposto, alíquota esta que depende, para ser fixada, da faixa de receita bruta da empresa emitente, optante pelo Simples Nacional, conforme artigo 23, II, da LC 123/2006.

Assim entendo que não constando, do documento fiscal, a informação relativa à alíquota aplicada à operação, não pode o sujeito passivo beneficiar-se de crédito presumido, previsto no artigo 96, inciso XXVIII do RICMS/BA/97, de acordo com a determinação contida na Lei Complementar 123/06.

Em relação à alegação do contribuinte acerca de não-cumulatividade, e demais argumentações que reprisa em fase recursal, quanto a direito ao crédito presumido, transcrevo trecho do didático Voto Vencedor da Decisão de base a respeito, com o qual coaduno-me integralmente, prolatado pelo Julgador Valtércio Serpa Júnior, e que a meu ver esgota a questão:

“(...)

Por último, para a quinta situação (alíquota não informada no documento fiscal), alinho-me ao entendimento de que não podem tais documentos ser admitidos para a aplicação do crédito presumido previsto no artigo 96 do RICMS/97, então vigente à época dos fatos geradores, e justifico.

A Lei Complementar 123/06, que implementou o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, determina em seu artigo 23, §§ 1º e 2º:

(...)

Por tal redação, fica claro a possibilidade de aproveitamento de crédito fiscal por parte dos adquirentes de mercadorias e serviços de empresas optantes do SIMPLES NACIONAL, vez que, se assim não fosse, perderia todo o sentido de elaboração de um arcabouço normativo para amparar tais empresas, que não competiriam em igualdade de condições com as demais, desvirtuando todo o objetivo pretendido com tal Estatuto.

Assim, inequívoco o direito ao aproveitamento do crédito fiscal relativo a tais operações.

No § 4º do mesmo artigo 23 da lei complementar, encontram-se, porém, as restrições para a apropriação do crédito fiscal em tais operações:

“§ 4º Não se aplica o disposto nos §§ 1º a 3º deste artigo quando:

(...)

II - a microempresa ou a empresa de pequeno porte não informar a alíquota de que trata o § 2º deste artigo no documento fiscal;

(...)

Tal entendimento foi devidamente referendado pelo Comitê Gestor do SIMPLES Nacional, através da Resolução n.º 94/2011 artigo 60:

“Art. 60. O adquirente da mercadoria não poderá se creditar do ICMS consignado em nota fiscal emitida

por ME ou EPP optante pelo Simples Nacional, de que trata o art. 58, quando: (Lei Complementar n° 123, de 2006, art. 23, §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 6º)

I - a alíquota de que trata o § 1º do art. 58 não for informada na nota fiscal;
(...)

Destaco as partes grifadas, das quais, todavia, somente vai me interessar a que diz respeito à informação da alíquota no documento fiscal. Isso pelo fato de que, na sistemática de cálculo e apuração do imposto pelas empresas enquadradas naquele regime, as alíquotas e valores dependem das faixas de faturamento que compõem os anexos à Lei complementar, e podem variar mensalmente.

Desta forma, cabe a cada microempresa ou empresa de pequeno porte, efetuar, com base na sua movimentação comercial, a apuração do imposto, e o destaque dos valores correspondentes às operações realizadas com empresas não optantes do SIMPLES, sendo pacífico o entendimento de que somente as empresas vendedoras têm as informações necessárias para apurar, calcular e destacar o imposto a ser transferido na operação.

Ou seja: o destaque do imposto da operação é condição sine qua non para o aproveitamento do crédito fiscal pelo adquirente das mercadorias ou serviços, observando, igualmente, que a faixa de receita bruta a que a ME/EPP está sujeita no mês anterior ao da operação corresponde à receita bruta acumulada nos 12 meses que antecederem o mês anterior ao de emissão do documento fiscal. Assim, por exemplo, para um documento fiscal emitido em janeiro/09, o ICMS a ser consignado deve ser calculado pela alíquota correspondente à receita bruta da empresa acumulada entre os meses de dezembro/07 a novembro/08.

A legislação do Estado da Bahia, por seu turno, estabeleceu no artigo 96, inciso XXVIII do RPAF/97, a concessão de crédito presumido de ICMS, na seguinte situação:

"Art. 96. São concedidos os seguintes créditos presumidos do ICMS, para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e de apuração do imposto a recolher:

(...)

XXVIII - aos contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração do imposto, nas aquisições internas de mercadorias junto a microempresa ou empresa de pequeno porte industrial optante pelo Simples Nacional, desde que por elas produzidas, em **opção ao crédito fiscal informado no documento fiscal**, nos termos do art. 392, nos percentuais relacionados a seguir, aplicáveis sobre o valor da operação, observado o disposto nos §§ 6º e 7º:

(...)

b) 12% (doze por cento) nas aquisições junto aos **demais segmentos de indústrias**".

Assim, diferentemente do entendimento do relator, entendo que existe sim, vedação expressa ao direito ao crédito do imposto, na ausência de informação de alíquota ou valor do mesmo, que deveriam constar nos documentos fiscais recebidos pela autuada, ainda mais estando a mesma sujeita às condicionantes da Lei Complementar, em relação à qual, a legislação estadual deve guardar coerência e obediência.

Assim é que, relativamente às notas fiscais que não tiveram o destaque da alíquota ou eventualmente do valor do imposto a ser transferido a título de crédito fiscal pela EPP/ME, não posso acolher a possibilidade de aproveitamento do crédito presumido por parte da empresa autuada, especialmente aquelas listadas pelo relator no seu voto.

(...)"

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida, devendo ser homologados os valores recolhidos e intimado o autuado para efetuar o pagamento dos valores remanescentes referentes ao imposto no valor histórico de R\$49.225,31, acrescido da multa de 60%, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Provimento Parcial do Recurso Voluntário – Infração 8)

Em que pese a boa fundamentação expendida pela n. Relatora, com a devida vênia, discordo do seu posicionamento, no que se refere à apreciação do Recurso Voluntário, quanto a infração 8.

A questão central é que o recorrente alega que as mercadorias adquiridas de estabelecimentos industriais optantes do Simples Nacional (ME ou EPP), localizados neste Estado, faz jus ao crédito fiscal presumido de 12%, enquanto na Decisão ora recorrida e mantida no voto proferido, tenha se posicionado pelo entendimento de que a legislação tributária exige como condição, que o documento fiscal informe a alíquota aplicável no cálculo do crédito presumido.

Conforme apreciado pelo Relator da 4ª JJF, que foi voto vencido, há duas normas que disciplinam a utilização de crédito fiscal, nas aquisições por contribuintes do regime normal (ICMS), relativas a aquisições de mercadorias de contribuintes optantes do Simples Nacional.

A primeira tem como regra matriz o estabelecido no art. 23, §§ 1º e 2º da LC 123/06, que determina que as pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional, terão direito a crédito correspondente ao ICMS incidente sobre as aquisições de mercadorias de ME ou EPP, desde que destinadas à comercialização ou industrialização e observado, como limite, o ICMS efetivamente devido pelas optantes pelo Simples Nacional, cujo §2º prevê que nas 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 para a faixa de receita bruta a que a microempresa ou a empresa de pequeno porte estiver sujeita no mês anterior ao da operação".

Esta norma estava regulamentada no art. 392 do RICMS/97, ora revogado.

A segunda regra para aproveitamento de crédito fiscal foi inserida no art. 96, XXVIII do RICMS/97, pelo instituto do benefício fiscal de crédito presumido, estabelecendo que:

Art. 96. São concedidos os seguintes créditos presumidos do ICMS, para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e de apuração do imposto a recolher:

...
XXVIII - aos contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração do imposto, nas aquisições internas de mercadorias junto a microempresa ou empresa de pequeno porte industrial optante pelo Simples Nacional, desde que por elas produzidas, em opção ao crédito fiscal informado no documento fiscal nos termos do art. 392, nos percentuais relacionados a seguir, aplicáveis sobre o valor da operação, observado o disposto nos §§ 6º e 7º:

Neste caso, a utilização do crédito presumido se aplica restritivamente as aquisições de (i) optantes do Simples Nacional (ii) localizado no Estado, (iii) o produto comercializado seja resultante de sua atividade industrial (iv) aplicando porcentuais de 10% (a) ou 12% (b).

Pelo exposto, pode se concluir que a primeira norma (art. 392 do RICMS/97) é aplicável às aquisições de qualquer estabelecimento optante do Simples Nacional, cujo montante do crédito tem como base a receita bruta para determinar a “alíquota” do ICMS [porcentual] a ser aplicada, e caso não seja informada no documento fiscal, não pode se creditar.

Já a segunda norma, como fundamentado no voto vencido proferido pela 4ª JJF, “em opção ao crédito fiscal informado no documento fiscal nos termos do art. 392” autoriza aplicar os percentuais de 10% ou 12% “sobre o valor da operação” desde que o fornecedor optante do Simples Nacional esteja localizado no Estado e o produto comercializado seja resultante de sua atividade industrial. Logo, trata-se de uma regra específica, autônoma e não há qualquer exigência de que seja indicada no documento fiscal a receita bruta ou alíquotas previstas nos anexos, visto que o crédito presumido resulta da aplicação do percentual de 10% ou 12% sobre o valor da operação e não do porcentual definido em função da receita bruta, que é previsto na primeira norma, que considero ser a regra geral.

Pelo exposto, na situação específica, considero correto o procedimento fiscal, pertinentes à apropriação de crédito fiscal sobre operações com notas fiscais:

- A) Não apresentadas: 129, 136, 768, 775, 781, 784, 793, 798, 994, 3.358, 22.709, 22.723, 22.824 e 22.825.
- B) Aquisição de mercadorias isentas: 1.006, 1.032, 1.033, 777, 805 e 829;
- C) Crédito admitido pela alíquota informada: 24 e 22.453 - operações interestaduais, que a autuante corrigiu com a inserção dos valores destacados de R\$ 28,55 e R\$ 47,79;

Quanto as notas fiscais que foram glosados os créditos fiscais, por não terem alíquotas informadas, tomo como base o demonstrativo original de fls. 60/61 e correções procedidas pelo autuante, bem como a apreciação contida no voto vencido proferido na Decisão de primeira instância e acolho os argumentos recursivos para admitir o crédito fiscal de 12% previsto no art. 96, XXVIII do RICMS/97, relativo a aquisições de produtos industrializados, por empresas enquadradas no Simples Nacional e localizadas no Estado da Bahia, conforme Notas Fiscais de números: 3.514, 3.495, 2.013, 1.043, 1.073, 1.856, 2.060, 683, 785, 101 e 121 (fls. 302 a 311), 1.089, 888, 3.817, 48 e 828 (fls. 314 a 318), 1.069, 995, 3.718, 1.074, 16, 734, 4.138, 4.135, 3.760 e 1.908 (fls. 328 a 339), 342, 563, 182 e 133 (fls. 341 a 343), 159, 2.013, 2.015 e 197 (fls. 345 a 348), conforme resumo abaixo:

MÊS	NF	UF	ATIV.	VALOR	ICMS INF.	ALIQ. INF.	AL.	CRED. PRES.
ABR/10	15	BA	IND	1.619,80	41,47	2,56	12%	194,38
	24	SP		930,04	28,55	3,07		28,55
	121	BA	IND	482,85			12%	57,94
	563	BA	IND	1.330,27	16,62	1,25	12%	159,63
	683	BA	IND	1.162,80			12%	139,54
	785	BA	COM	454,00			12%	54,48
	1043	BA	IND	430,50			12%	51,66
	1073	BA	IND	7.426,86			12%	891,22
	1856	BA	IND	889,20			12%	106,70
	2013	BA	IND	266,00				
	2060	BA	IND	2.790,69			12%	334,88
	2471	BA	IND	1.055,42	29,76	2,82	12%	126,65
	2472	BA	IND	273,30	7,71	2,82	12%	32,80
	3495	BA	IND	669,73			12%	80,37
	3514	BA	IND	220,00			12%	26,40
	22453	SP		1.251,12	47,79	3,82		47,79
	22455	SP		420,96				0,00
	Total de créditos							2.332,99
	Valor creditado							2.570,70
	Diferença devida							237,71
MAI/10	16	BA	IND	2.743,50			12%	329,22
	34	BA	IND	1.221,40	22,72	1,86	12%	146,57
	44	BA	IND	1.370,60	35,08	2,56	12%	164,47
	101	BA	IND	1.473,20			12%	176,78
	129	BA	IND	5.100,00				
	133	BA	IND	306,90			12%	36,83
	136	BA	IND	8.500,00				
	182	BA	COM	1.130,00			12%	135,60
	342	BA	IND	2.035,00			12%	244,20
	563	BA	IND	925,00			12%	111,00
	663	BA	IND	1.643,53	20,54	1,25	12%	197,22
	734	BA	IND	1.594,29			12%	191,31
	768	BA		6.050,00				
	775	BA		1.800,00				
	777	BA	Peixe	5.904,00				
	781	BA		6.500,00				
	784	BA		765,00			12%	91,80
	793	BA		6.700,00				
	798	BA		7.187,00				
	805	BA	Peixe	14.502,50				0,00
	994	BA	IND	550,05			12%	66,01
	995	BA	IND	1.048,80			12%	125,86
	1006	BA	IND	1.800,25	47,53	2,64	12%	216,03
	1032	SP	IND	1.408,58			12%	169,03
	1033	SP		5.318,10	136,14	2,56	12%	638,17
	1069	BA	IND	482,50			12%	57,90
	1074	BA	IND	340,90			12%	40,91
	1908	BA	IND	846,00			12%	101,52
	2323	BA	IND	458,50	17,51	3,82	12%	55,02
	2495	BA	IND	359,00	12,60	3,51	12%	43,08
	2702	BA	IND	330,00	12,70	3,85	12%	39,60
	3358	BA		743,40				
	3718	BA	IND	306,00			12%	36,72
	3760	BA	IND	220,00			12%	26,40
	4135	BA	IND	1.435,45			12%	172,25
	4138	BA	IND	55,00			12%	6,60
	Total de créditos							3.620,11
	Valor creditado							9.086,56
	Diferença devida							5.466,45
JUN/10	48	BA	IND	2.839,50			12%	340,74
	828	BA	IND	893,76			12%	107,25
	829	Peixe	IND	5.962,50				
	887	BA	IND	2.011,97	25,14	1,25	12%	241,44
	888	BA	IND	547,20			12%	65,66
	1089	BA	IND	440,30			12%	52,84
	2568	BA	IND	1.338,60	37,75	2,82	12%	160,63
	2974	BA	IND	115,00	4,43	3,85	12%	13,80
	3817	BA	IND	220,00			12%	26,40

22709			752,16				
22723			1.559,52				
22824			1.958,04				
22825			815,28				
Total de créditos							1.008,76
Valor creditado							1.690,36
Diferença devida							681,60
JUL/10	159	BA	IND	490,80		12%	58,90
	197	BA	IND	310,80		12%	37,30
	2013	BA	IND	579,60		12%	69,55
	2015	BA	IND	154,80		12%	18,58
	3180	BA	IND	147,00	5,65	3,85	12%
	Total de créditos						
Total de créditos							201,96
Valor creditado							201,96
Diferença devida							0,00

Com os ajustes procedidos o valor da infração 8 fica reduzido de R\$11.095,56 para R\$6.385,76.

Pelo exposto, acompanho a Relatora quanto a infração 7 e voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, pela redução do débito de R\$10.938,99 para R\$6.385,76 da infração 8.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **274068.0011/13-1**, lavrado contra **ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI [LTDA.]**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$44.672,08**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Infração 8) – Conselheiros(as): Raisa Catarina Oliveira Alves Fernandes, Eduardo Ramos de Santana, Rodrigo Lauande Pimentel, Rosany Nunes de Mello Nascimento e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Infração 8) – Conselheira: Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de setembro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA/VOTO VENCIDO
(Infração 8)

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES - VOTO VENCEDOR
(Infração 8)

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS