

A.I. Nº - 274.068.0014/14-9
AUTUADO - ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - INFAZ COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04/12/2015

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0199-02/15

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) AQUISIÇÃO DE MERCADORIA COM IMPOSTO PAGO POR SUBSTITUIÇÃO. **b)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. **Infrações caracterizadas. c)** MERCADORIAS COM SAÍDAS SUBSEQUENTES BENEFICIADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. **d)** DOCUMENTO FISCAL. DESTAQUE MAIOR. **Infrações reconhecidas. e)** AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS JUNTOS A MICROEMPRESA, EMPRESA DE PEQUENO PORTE OU AMBULANTE. **d)** AQUISIÇÃO DE MERCADORIA JUNTO A EMPRESAS INSCRITAS NO SIMPLES NACIONAL. **Infrações reconhecidas. 3. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração reconhecida. 5. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS CUJA ALÍQUOTA APLICÁVEL É 17%, TENDO SIDO TRIBUTADA À ALÍQUOTA DE 7%. Restou comprovado que o produto em questão COMPOSTO LÁCTEO não é LEITE EM PÓ, não sendo possível aplicar a redução da base de cálculo prevista no inciso XXI, do artigo 87, do RICMS/97. Refeitos os cálculos mediante revisão fiscal realizadas pelo autuante em relação ao produto “MARGARINA”. Infração parcialmente mantida. Afastadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 16/12/2014, para exigência de ICMS no valor de **R\$18.556,23**, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

01 - 01.02.05 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$4.826,90, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação (substituição tributária), nos meses janeiro, março e junho de 2010, conforme demonstrativo e documentos no Anexo 1 às fls. 17 e 18.

02 - 01.02.26 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$399,16, referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, nos meses fevereiro e julho de 2010, conforme demonstrativo e documentos no Anexo 2 à fl. 19.

03 - 01.02.40 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 0,60, em valor superior ao destacado no(s) documento (s) fiscal (is), no mês de maio de 2010, conforme demonstrativo e documentos no Anexo 3 à fl. 20.

04 - 01.02.69 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$473,00, referente à aquisição de mercadorias junto à microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, no mês de junho de 2010, conforme demonstrativo e documentos no Anexo 12 às fls.40 e 41. Em complemento consta: *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 I do parágrafo 4º da Lei Complementar 123/06 e art. 392 do RICMS. A nota fiscal 000.074, cujo crédito foi totalmente glosado, não tem 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.

05 - 01.02.69 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$870,87, referente à aquisição de mercadorias junto à microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, nos meses de janeiro e março de 2010, conforme demonstrativo e documentos no Anexo 5 à fl.22. Em complemento consta: *O contribuinte lançou indevidamente no Livro de Registro de Entrada, 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 000.182, 000.183, 000.186, 000.191, 000.193 e 000.226, cujos créditos foram totalmente glosados, não têm a informação no documento fiscal sobre a alíquota e o Imposto conforme determinam o art. 23, parágrafos 1º, 2º e inciso II do parágrafo 4º da Lei Complementar 123/06 e o art. 392, inciso II do RICMS/97. 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”.*

06 – 02.01.03 - Deixou de recolher ICMS no valor de R\$ 81,01, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro, março a julho de 2010, conforme demonstrativo e documentos no Anexo 6 às fls.23 e 24.

07 – 03.02.02 - Recolheu a menos ICMS no valor de R\$ 539,19, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a julho de 2010, conforme demonstrativo e documentos no Anexo 7 às fls.25 e 26.

08 – 02.01.03 - Deixou de recolher ICMS no valor de R\$ 4.102,79, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses janeiro a julho de 2010, conforme demonstrativo e documentos no Anexo 8 às fls.27 e 34.

09 – 02.01.03 - Deixou de recolher ICMS no valor de R\$ 27,96, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses janeiro, fevereiro e maio de 2010, conforme demonstrativo e documentos no Anexo 9 às fls.35 e 36.

10 – 03.02.06 - Recolheu a menos ICMS no valor de R\$7.234,75, em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a setembro de 2010, conforme demonstrativo e documentos no Anexo 11 às fls.38 e 39.

O sujeito passivo, por intermédio de advogados legalmente constituídos, às fls.129 a 134, informou que irá efetuar o pagamento das infrações 01, 02, 03, 06, 07, 08, 09 e 10, e impugnou as infrações 04 e 05, com base nas seguintes razões defensivas.

Destaca que ambas as infrações decorrem da suposta utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias junto à microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante.

Alega que os créditos de ICMS aproveitados em decorrência do ICMS recolhido nas Notas Fiscais citadas em ambas as infrações, é realmente devido, na medida em que o imposto foi devidamente destacado e recolhido pelas microempresas/empresas de pequeno porte, conforme cópias de notas fiscais anexadas.

Desta forma, dizendo que tendo havido o recolhimento do ICMS no momento da saída das mercadorias, não tem porque o autuante ter considerado que os créditos teriam sido utilizados indevidamente. Como forma de comprovar o quanto exposto, transcreveu o artigo 96, inciso XXVIII, do RICMS vigente à época dos fatos geradores.

Ressalta que as Notas Fiscais anexadas cumprem com o quanto determinado pelo § 2º, do artigo 23, da Lei Complementar 123/06, que transcreveu.

Com base nisso, observa que diante da leitura dos supracitados artigos, faz jus ao crédito fiscal provenientes das Notas Fiscais citadas pelo autuante, uma vez que as mercadorias além de terem sido adquiridas no mercado interno junto a microempresas/empresas de pequeno porte, tiveram a alíquota do crédito informada no documento fiscal.

Ao final, requer que as infrações impugnadas sejam julgadas **IMPROCEDENTES**, já que os créditos decorrentes das Notas Fiscais em questão poderiam ser utilizados pelo Impugnante.

A autuante apresenta sua informação fiscal às fls.155 a 163, na qual, preliminarmente, argüiu, com base na ilegitimidade da parte, sob o fundamento de que a defesa foi assinada pelos advogados Marcelo Neeser Nogueira Reis, Izaak Broder e Sinésio Cyrino da Costa Neto (advogados), sem constar no processo a procuração outorgando competência legal aos referidos advogados para representar o autuado neste processo.

Aduz que, caso ultrapassado o indeferimento da defesa acima alegada, o que se admite apenas para efeitos de argumentação, os valores das infrações 01, 03, 04, 06, 07, 08, 09 e 10, são devidos diante do reconhecimento e da informação do autuado que irá efetuar o devido pagamento dos débitos.

Em relação à alegação de que os créditos objeto das infrações 04 e 05, são devidos na medida em que o imposto foi devidamente destacado e recolhido pelas emitentes, conforme o inciso XXVIII, do art. 96 do RICMS e pelo § 2º, do artigo 23, da LC 123/06 e notas às folhas 142 a 152, a autuante argumenta que tal alegação não procede conforme passa a demonstrar.

Observa que analisando os documentos apresentados na defesa, constatou que as notas fiscais às folhas 148, 149, 151 e 152 não estão relacionadas nos anexos 4 e 5.

Quanto aos documentos das folhas 142 a 147 e 150 informa que verificou que de fato não contém o imposto destacado conforme inciso XXVIII, do art. 96 e art. 392 do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97 e nem que o referido imposto foi recolhido.

Salienta que segundo o inciso XXVIII, do art. 96 do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97, o contribuinte tem o direito de 10% ou 12% como crédito presumido em opção ao crédito fiscal informado no documento fiscal nos termos do art. 392.

E que o art. 392 determina que os documentos fiscais a serem utilizados pelos contribuintes optantes pelo Simples Nacional serão confeccionados com os campos destinados à base de cálculo do ICMS e ao valor do ICMS em fundo negativo, e contendo no campo destinado às Informações Complementares ou, em sua falta, no corpo da Nota Fiscal as expressões: I - “DOCUMENTO EMITIDO POR ME OU EPP OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL”; e II - “PERMITE O APROVEITAMENTO DO CRÉDITO DE ICMS NO VALOR DE R\$...; CORRESPONDENTE À ALÍQUOTA DE ...%, NOS TERMOS DO ART. 23 DA LC 123/06”, quando o destinatário não for optante pelo Simples Nacional.

No caso das notas fiscais das folhas 142 a 147 e 150, diz que o imposto está destacado no campo de fundo negativo e com alíquota de 10% e 12%, crédito presumido, e não com a alíquota e valor do imposto devido pelo Simples Nacional. O imposto destacado foi o presumido e não o do Simples nacional, desobedecendo desta forma os citados artigos art. 96, inciso XXVIII, e o art. 392 do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97, transcritos.

Menciona que o imposto do Simples Nacional não foi recolhido, conforme folhas 112 a 116, e que constatou que na arrecadação do remetente não consta o pagamento do Simples Nacional para os meses autuados, janeiro, março e junho de 2010.

Assim, diz que como os art. 23, parágrafos 1º, 2º e inciso II do parágrafo 4º da Lei Complementar 123/06, art. 96, inciso XXVIII e art. 392, inciso II do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 não foram atendidos e o remetente não recolheu o imposto do Simples Nacional, ratificou as infrações 4 e 5.

Conclui pela procedência de sua ação fiscal.

VOTO

Pelo que foi relatado verifico que o sujeito passivo reconheceu o cometimento das infrações **01 - 01.02.05; 02 - 01.02.26, 03 - 01.02.40; 06 - 02.01.03; 07 - 03.02.02; 08 - 02.01.03; 09 - 02.01.03; e 10 - 03.02.06**, inclusive declarou textualmente na peça defensiva que irá efetuar o pagamento dos valores lançados de R\$ 4.826,90; R\$399,16; R\$ 0,60; R\$ 81,01; R\$ 539,19; R\$ 4.102,79; R\$ 27,96 e R\$7.234,75, conforme demonstrativos de débitos, respectivamente. Itens subsistentes.

Quanto às infrações **04 - 01.02.69 e 05 - 01.02.69**, a imputação diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, nos valores de R\$473,00 e R\$ 870,87, respectivamente, referente à aquisição de mercadorias junto à microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, mediante lançamento indevido, 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.

Ressalto que na peça defensiva o sujeito passivo não negou o cometimento das infrações nem discordou dos números consignados nos demonstrativos constantes nos Anexos 5 e 12, às fls.22 e 40 e 41. CONFERIR

No entanto, sustenta seu direito a apropriação dos créditos fiscais de que cuidam as infrações acima, sob alegação de que o imposto foi devidamente destacado e recolhido pelas microempresas/empresas de pequeno porte no momento da saída das mercadorias, conforme cópias de notas fiscais anexadas às fls. ...de sua peça defensiva.

De acordo com o artigo art.23 parágrafos 1º, 2º e inciso II do parágrafo 4º da Lei Complementar 123/06 combinado com o art. 392 do RICMS, abaixo transcritos, a apropriação do crédito presumido só é admitida para as operações internas de mercadorias produzidas por microempresa ou empresa de pequeno porte industrial optante pelo Simples Nacional, quando constar no respectivo documento da informação da alíquota e do imposto incidente sobre a operação.

“Art. 96. São concedidos os seguintes créditos presumidos do ICMS, para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes 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:

a) 10% (dez por cento) nas aquisições junto às indústrias do setor têxtil, de artigos de vestuário e acessórios, de couro e derivados, moveleiro, metalúrgico, de celulose e de produtos de papel;

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

...

Art. 392. Os documentos fiscais a serem utilizados pelos contribuintes optantes pelo Simples Nacional serão confeccionados com os campos destinados à base de cálculo do ICMS e ao valor do ICMS em fundo negativo, e contendo no campo destinado às Informações Complementares ou, em sua falta, no corpo da Nota Fiscal as expressões:

I - “DOCUMENTO EMITIDO POR ME OU EPP OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL”; e

II - “PERMITE O APROVEITAMENTO DO CRÉDITO DE ICMS NO VALOR DE R\$...; CORRESPONDENTE À ALÍQUOTA DE ...%, NOS TERMOS DO ART. 23 DA LC 123/06”, quando o destinatário não for optante pelo Simples Nacional.”

No caso, analisando as notas fiscais nº 000.074 (infração 04) e notas fiscais nº 000.182, 000.183, 000.186, 000.191, 000.193 e 000.226 (infração 05), constantes nos autos, cujos créditos foram totalmente glosados, constato que de fato não têm a informação em tais documentos fiscais sobre a alíquota e o Imposto conforme determinam os dispositivos legais acima transcritos.

Do exame de tais documentos sobressai que, conforme ressaltou a autuante, de fato as notas fiscais às folhas 148, 149, 151 e 152 não estão relacionadas nos Anexos 4 e 5.

No que concerne às notas fiscais constantes às fls. 142 a 147 e 150, constato que não contém o imposto destacado conforme inciso XXVIII, do art. 96 e art. 392 do RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97 e nem que o referido imposto foi recolhido na forma regulamentar.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **274068.0014/14-9**, lavrado contra **ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 18.556,23**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2015.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO - JULGADOR