

PROCESSO - A.I. Nº 298057.0033/01-9
RECORRENTE - DOCELAR SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO DE REVISTA - Acórdão 1ª CJF nº 0276-11/02
ORIGEM - INFRAZ GUANAMBI
INTERNET - 18.12.02

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CS Nº 0191-21/02

EMENTA: ICMS. INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO. Constitui requisito de admissibilidade do Recurso de Revista a indicação precisa de decisão divergente a ser tomada como paradigma e a conseqüente demonstração da identidade jurídica da mesma com a decisão recorrida. Recurso NÃO CONHECIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso de Revista impetrado pelo sujeito passivo, face ao seu inconformismo, com a Decisão exarada pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal que julgou o Recurso Voluntário também interposto pela empresa Não Provedo, mantendo a Decisão de 1ª Instância que julgou o Auto de Infração em epígrafe Procedente em Parte. As acusações constantes do lançamento de ofício foram:

- 1 Utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.
- 2 Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de pagamentos não contabilizados.

O Relator da 3ª Junta de Julgamento Fiscal utilizou-se dos fundamentos abaixo para substanciar seus argumentos:

“Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o imposto, em relação à infração 1, em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento - “rolos tinteiros”, “bobinas” e “etiquetas”, os quais o autuado considera que se trata de materiais de embalagem, haja vista que são custos incorridos e que fazem parte do preço das mercadorias vendidas e tributadas pelo imposto estadual.

Não obstante, entendo que a argumentação defensiva não pode ser acatada. Efetivamente, todos os materiais adquiridos pelo contribuinte, de uma forma ou de outra, acabam integrando a composição do custo das mercadorias vendidas, mas, a legislação do ICMS não admite, de modo indiscriminado, a utilização, como crédito fiscal, do imposto destacado nas notas fiscais de aquisição de todas as mercadorias.

Na situação em análise, trata-se de entradas de rolos tinteiros, bobinas para máquina registradora e etiquetas, as quais, pela atividade desenvolvida pelo contribuinte – supermercado -, devem ser consideradas como materiais de uso e consumo do estabelecimento e não como materiais de embalagem, como pleiteia o autuado. O fato de ter lançado, em sua contabilidade, tais materiais como de embalagem não significa que, para efeito de tributação, deva ser aceita tal classificação.

A esse respeito, a legislação vigente à época dos fatos geradores assim se expressa:

A Lei Complementar nº 87/96, alterada pela Lei Complementar nº 102, publicada em 01/08/2000, prevê o seguinte:

Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

I - somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2003.

Por sua vez, a Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 7.710/00, com redação vigente a partir de 01/01/2001, assim disciplinava a questão à época dos fatos geradores:

Art. 29 –

§ 1º - A utilização dos créditos de que trata o caput ocorrerá a partir de:

"II - na data fixada em Lei Complementar, se referentes a mercadorias ou bens e respectivos serviços de transporte, sendo aqueles destinados a uso ou consumo.".

Pelo exposto, entendo que os materiais, objeto deste lançamento, são efetivamente materiais de consumo e, como tal, não poderia ter sido utilizado o crédito fiscal em suas aquisições. Considero correta a autuação.

Quanto à infração 2, exige-se o tributo em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não contabilizados. O autuado argumenta que as mercadorias constantes das Notas Fiscais nº 062.289, emitida em 12/07/99, e nº 099.245, de 12/05/00, foram objeto de devolução, através do mesmo documento fiscal e ressalta que fará a comprovação posteriormente e, quanto à Nota Fiscal nº 018396, de 16/11/00, alega que as mercadorias também foram devolvidas, mas encontra-se impossibilitado de fornecer a cópia do documento fiscal de entrada, uma vez que uma enchente na sede da empresa arrastou toda a documentação. Junta cópia de um extrato de seu conta corrente junto ao fornecedor (fl. 454), que, entretanto, não pode ser acatado, como prova eficaz para elidir o lançamento, tendo em vista que se trata de um "documento" emitido por processamento de dados e sem qualquer timbre. Como o contribuinte não comprovou suas alegações, entendo que está correta a autuação nesta parte.

Quanto às mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 022893, emitida em 10/07/99, foram efetivamente objeto de devolução, através do mesmo documento fiscal e emitida a Nota Fiscal de Entrada nº 02318, de 16/07/99, fato, inclusive, acatado pela autuante que excluiu o valor do débito apontado.

Relativamente à Nota Fiscal nº 807.970, de 22/09/00, a autuante também acatou as considerações do contribuinte e a excluiu do levantamento fiscal.

Em relação às Notas Fiscais nºs 032034, de 29/07/00 e 005398, de 14/12/00, o contribuinte se limitou a alegar que jamais efetuou as aquisições das mercadorias nelas constantes. Todavia, analisando os documentos fiscais acostados às fls. 433 e 435, constata-se que foram realmente destinados ao autuado, conforme a identificação, endereço e dados cadastrais ali constantes, não podendo ser acatadas as suas alegações. Entendo que está correta a autuação nesta parte.

Com referência à Nota Fiscal nº 343.887, de 11/09/99, apesar de o autuado afirmar que foi devidamente registrada não trouxe aos autos a prova de tal lançamento em seus livros fiscais e/ou contábeis, devendo ser mantida ação fiscal neste item.

Pelo exposto, acato o demonstrativo elaborado pela autuante, à fl. 460, para reduzir o débito, apurado na infração 2, para R\$1.725,11.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração”.

Inconformado, o autuado apresenta Recurso Voluntário onde alega que o julgador não fez o menor esforço para buscar a verdade material dos fatos, ao contrário da defesa que se esmerou em demonstrar que não houve a utilização indevida de crédito e nem a omissão de saídas de mercadorias.

Afirma que pelo simples fato da Decisão Recorrida haver desobedecido ao princípio da verdade material, seria suficiente para o acatamento deste Recurso, pois considera que os documentos anexos comprovam que o recorrente agiu de boa-fé.

Insiste na tese de que os produtos objeto da autuação não são materiais de uso e consumo e que o direito ao crédito é garantido constitucionalmente e que o entendimento de maneira diversa ocasiona a bitributação.

Finda, requerendo o provimento do Recurso com o julgamento do Auto de Infração pela Improcedência.

Em Parecer, a PROFAZ opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, tendo em vista que os argumentos trazidos são incapazes de alterar o julgamento, tendo o Recurso como único intuito o retardamento do julgamento da esfera administrativa.

VOTO VENCIDO NA DECISÃO RECORRIDA

Neste Recurso Voluntário o autuado tenta a reforma da Decisão de 1^a Instância para os dois itens da autuação, quais sejam, utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento e omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de pagamentos não contabilizados.

Relativamente à primeira infração que reclama utilização indevida de crédito fiscal, peço vênia para discordar do entendimento da Douta 3^a JJF, manifestado no Acórdão Recorrido, bem como do Parecer PROFAZ acostado aos autos.

No meu entendimento, embora reconheça não ser uma posição da maioria dos julgadores, o direito ao crédito está previsto em texto constitucional, assim de maneira alguma pode ser retirado do contribuinte, caso contrário o princípio constitucional da não cumulatividade estaria sendo desobedecido, o que não pode ser aceito, pois o ônus tanto para o contribuinte quanto para a sociedade seria alto, haja vista interferir diretamente no custo de manutenção do negócio, o que ocasiona um aumento direto nos preços de mercado, o que enfraquece o comércio e a produção, trazendo um aumento no custo social para o estado.

Assim, não posso admitir que a legislação infraconstitucional tenha mais força que a própria Carta Magna que prevê, de forma clara e expressa que o ICMS será um imposto não cumulativo, cabendo aos Estados adequarem as suas legislações em obediência à hierarquia das normas existente no nosso ordenamento jurídico.

Relativamente ao segundo item, omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de pagamentos não contabilizados, o contribuinte não apresentou provas capazes de elidirem esta acusação, devendo a mesma ser mantida, prevalecendo o resultado do julgamento anterior.

Pelo exposto, discordo, em parte, do Parecer exarado pela Representante da PROFAZ e dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, para afastar a cobrança relativa à utilização indevida de crédito fiscal.

VOTO VENCEDOR NA DECISÃO RECORRIDA

Inicialmente devemos consignar que este voto vencedor reporta-se tão somente ao item 1 da autuação – utilização indevida de crédito fiscal – já que o segundo item, embora objeto deste Recurso Voluntário, teve voto proferido pela Relatora no sentido de manter a Decisão de 1ª Instância, com o qual concordaram os demais membros desta Câmara.

Neste sentido, registramos nossa discordância quanto ao voto exarado pela douta Relatora, de logo consignando que seu voto afastou-se da legislação posta, traduzindo-se, assim, em posição flagrantemente *contra legem*.

Em que pese reconhecermos fortes os argumentos apresentados quanto ao impacto econômico/financeiro nas atividades dos contribuintes, derivado da vedação de creditamento sobre os materiais de uso e consumo, estes são argumentos meta jurídicos que não podem servir de base para afastar uma exigência fiscal que encontra lastro na lei complementar do ICMS, a LC nº 87/96.

Como bem frisou o Relator da Decisão guerreada, a LC nº 87/96 de forma expressa apenas permite a utilização do crédito fiscal do ICMS nas aquisições de materiais de uso e consumo a partir de janeiro de 2003, e assim está repetido em nossa lei ordinária (Lei nº 7014/96)e no nosso regulamento do ICMS (aprovado pelo Decreto nº 6284/97).

Frise-se, ainda, que estes diplomas legais, notadamente a LC nº 87/96, não foram até o momento tachados de inconstitucionalidade por Decisão judicial emanada do Supremo Tribunal Federal, órgão judicial máxime e competente para decretar a inconstitucionalidade das leis, e nem tampouco tal pecha lhes foi aplicada por via de controle difuso.

Do exposto, somos pela manutenção da Decisão Recorrida, NEGANDO-SE PROVIMENTO ao presente Recurso Voluntário.

RECURSO DE REVISTA

O contribuinte traz em seu Recurso de Revista os argumentos alinhados abaixo:

1. Afirma que esmerou-se a exaustão para demonstrar que não houve omissão de saídas de mercadorias, bem assim a utilização indevida de crédito tributário, essa verdade não aparece na Decisão ora espancada.
2. Diz que está cabalmente comprovado, por tudo quanto dos autos pode-se atracar, que o princípio da verdade material foi ferido de morte, o que, por si só, macula a Decisão, merecendo o acatamento do presente reclamo por essa Corte.
3. Ressalta que o princípio da boa-fé, também não foi observado no “decisum” que ora em combate, contém no processo dados comprovados através de documentos idôneos, que o Recorrente agiu dentro da mais estreita boa-fé, no tocante ao cumprimento das obrigações

tributárias, e, lamentavelmente não foram considerados pelo Relator do Voto Vencedor, que por via de consequência, desaguou na injusta condenação.

Ainda utiliza-se o recorrente de diversos outros argumentos, todos no mesmo sentido dos supracitados.

Concluem requerendo que seja conhecido o presente Recurso de Revista, dando-se provimento, para reconsiderar as razões da defesa, e, ao final, seja reformada a Decisão ora atacada, desobrigando-se o Recorrente da obrigação de recolher, o valor constante da Decisão ora guerreada, restabelecendo-se o direito e a JUSTIÇA.

A PROFAZ forneceu Parecer de fl. 524, nos seguintes termos:

“Desde a peça relativa ao Recurso Voluntário percebe-se que o Recorrente apenas cópia o teor da defesa.

A petição recursal não traz nenhuma Decisão a ser apreciada como paradigma, na forma prevista no inciso III, do art. 173, do RPAF/99, qual seja, apresentação de Decisão paradigma para análise do mérito do Recurso.

Não tendo o recorrente trazido qualquer Decisão paradigma, o opinativo da procuradoria é pelo NÃO CONHECIMENTO do Recurso.”

VOTO

Dado ao exame dos documentos acostados ao presente Processo Administrativo Fiscal, constatei que, como bem enfatizou a Douta PROFAZ, o Recorrente não trouxe à lide nenhuma Decisão Pragmática para ser apreciada e que pudesse lhes dar suporte de admissibilidade. Melhor dizendo, nem indicou.

Assim, deixando de cumprir a exigência estabelecida pelo inciso III, do art. 173, do RPAF/97, ficou o Recurso de Revista interposto vulnerável.

Diante do exposto, concedo o meu voto pelo NÃO CONHECIMENTO do Recurso de Revista apresentado, mantendo integralmente a Decisão Recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO CONHECER o Recurso de Revista apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 298057.0033/01-9, lavrado contra DOCELAR SUPERMERCADOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$4.383,16, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.658,05 e 70% sobre R\$1.725,11, previstas no art. 42, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de novembro de 2002

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – RELATOR

*ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*

MARIA HELENA LUZ BULCÃO – REPR. DA PROFAZ