

PROCESSO - A.I. Nº 298057.0033/01-9
RECORRENTE - DOCELAR SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF nº 0111-03/02
ORIGEM - INFRAZ GUANAMBI
INTERNET - 24.07.02

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0276-11/02

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. Infração caracterizada. 2. CONTA “CAIXA”. PAGAMENTOS NÃO CONTABILIZADOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Pagamentos não contabilizados na conta “Caixa” indicam que o sujeito passivo efetuou tais pagamentos com Recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos Recursos. Refeito o levantamento fiscal reduzindo-se o débito originalmente apurado. Recurso NÃO PROVIDO. Vencido o voto da Relatora. Decisão por maioria

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário interposto após Decisão que julgou procedente em parte o Auto de Infração lavrado para reclamar as seguintes irregularidades:

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 Auto de Infração foi julgado procedente em parte, tendo o Relator da 3^a JJF apresentado os seguintes fundamentos:

“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

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

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 1^a 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário 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.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) - Antonio Ferreira de Freitas, Carlos Fábio Cabral Ferreira e Sandra Urânia Silva Andrade.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros (as) Max Rodrigues Muniz, Nelson Teixeira Brandão e Verbena Matos Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de julho de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

VERBENA MATOS ARAÚJO – RELATORA/VOTO VENCIDO

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – VOTO VENCEDOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR.DA PROFAZ