

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

1ª 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 3ª 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 1ª 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 vênica para discordar do entendimento da Doutrina 3ª JF, 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 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 máxima 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 1ª 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 PROF.ª