

PROCESSO - A.I. Nº 269274.0501/02-0
RECORRENTE - SORVANE S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0249-03/02
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 05.12.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0414-11/02

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. É vedada a utilização, como crédito fiscal, do imposto destacado em notas fiscais de aquisição de combustível para empilhadeira e material de escritório realizada por empresa comercial. Infração caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Refeito o levantamento fiscal, foi reduzido o débito originalmente apontado. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. BOMBONS. BALAS E PICOLÉS. ADOÇÃO DE MVA INFERIOR À PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Nas operações de saídas internas de mercadorias de estabelecimento filial atacadista, que as recebeu sem a retenção do imposto por transferências interestaduais, o vendedor está obrigado a efetuar a retenção e o recolhimento do ICMS calculado com a aplicação da MVA 40%, tendo em vista que, neste caso, equipara-se a industrial, conforme prevê a legislação tributária estadual. Não acatadas as preliminares de nulidade. Não compete a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade da legislação tributária estadual. Correto e fundamentado o julgamento recorrido. Recurso **NÃO PROVIDO**. Quanto ao item 3. Decisão unânime. Quanto aos itens 1 e 2. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 06/05/02, para exigir o ICMS no valor de R\$110.801,71 , acrescido da multa de 60%, em decorrência de:

1. Utilização indevida de crédito fiscal referente a materiais (combustível) para uso e consumo do estabelecimento, aquisições identificadas sob o código “CFOP 1.99 e 2.99 – exercícios de 1999 e 2000;
2. Falta de recolhimento do imposto devido em razão da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento – exercícios de 1999 e 2000;

3. Retenção e recolhimento a menos do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado – no cálculo do ICMS devido, por substituição tributária, nas saídas internas, o contribuinte aplicou a MVA de atacadista (30%), quando o correto seria utilizar a MVA de industrial, conforme determina o artigo 372, do RICMS/97, cujo percentual é de 40%,– exercícios de 1999 e 2000.

Antes de ser lavrado o presente lançamento, foi emitido o Termo de Intimação para Pagamento, previsto no artigo 32 do RPAF/99 e acostado às fls. 15 a 19, para que o contribuinte pudesse efetuar o pagamento do débito, no prazo de dez dias, sem a imposição de penalidade, mas o sujeito passivo preferiu não fazê-lo.

Foi então lavrado este Auto de Infração e o autuado apresentou defesa, através de advogado legalmente habilitado (fls. 916 a 972), suscitando, preliminarmente, a inaplicabilidade da Taxa SELIC na apuração do crédito tributário, com os seguintes argumentos:

1. Muito vem se questionando acerca da legalidade da utilização da Taxa SELIC na “mora debitoris” tributária, porque impõe ao contribuinte uma apenação maior do que a suportável, causa, não raro, da própria inadimplência da liquidação do crédito tributário;
2. O uso dessa taxa se choca com outros conceitos de ordem pública, causando um enriquecimento sem causa do credor.

Discorre longamente sobre o conceito dos juros incidentes sobre uma obrigação – os remuneratórios, os indenizatórios e os moratórios –, e conclui que a nossa legislação fiscal limita o cômputo dos juros de mora ao efetivo valor do prejuízo amargado pelo credor.

Apresenta um histórico de como surgiu a Taxa SELIC e procura demonstrar que, em comparação com outros índices inflacionários, ela é muito mais gravosa para o contribuinte. Discorre também sobre a Taxa de Juros de Longo Prazo – TJLP, que substituiu a Taxa SELIC para as empresas enquadradas no Programa de Recuperação Fiscal – Refis, e advoga a tese de que a legislação que a previa foi derogada, tendo em vista que, entendendo-se de forma diferente, haveria uma afronta aos princípios constitucionais da igualdade e isonomia.

Transcreve uma Decisão do STJ para corroborar seu entendimento de que a multicitada Taxa SELIC é uma taxa remuneratória, com aplicação restrita aos contratos de investimento, sendo, portanto, inconstitucional a sua utilização como juro de mora nas obrigações tributárias, haja vista que se equipara à exigência de um novo tributo.

Alega ainda em preliminar, que a exigência fiscal referente à infração 1 é inconstitucional, tendo em vista o princípio da não cumulatividade do imposto, que “permite ao contribuinte manter e aproveitar todo e qualquer crédito do ICMS destacado nos documentos fiscais de entrada”.

A seguir, apresenta uma longa digressão sobre a origem do princípio da não cumulatividade, desde a Constituição Federal de 1.967, passando sobre o Decreto-Lei nº 406/68 até a Carta Magna de 1.988. Discorre também sobre os conceitos de crédito físico - pelo qual somente as mercadorias que se integram ao produto ou ao respectivo processo produtivo dão direito à utilização, como crédito fiscal, do imposto pago na operação anterior, mesmo assim, desde que haja a normal tributação na saída posterior -, e de crédito financeiro – pelo qual todo o tipo de entrada no estabelecimento do contribuinte gera o direito ao crédito do respectivo imposto destacado no documento fiscal, cujo *quantum* poderá ser compensado com o ICMS gerado nas operações subseqüentes.

Cita a doutrina para enfatizar seu entendimento de que a Constituição Federal em vigor adotou o critério do crédito financeiro e, portanto, “quaisquer restrições da Legislação Federal ou Estadual ao aproveitamento dos créditos do ICMS, que não as estipuladas no texto constitucional, violam o art. 155 da CF”.

Conclui dizendo que “são irrelevantes, pois, no sistema de crédito financeiro adotado pela Constituição, a destinação das mercadorias, bem como sua eventual e posterior saída do estabelecimento”, uma vez que a não cumulatividade do ICMS leva em conta simplesmente as operações ou prestações realizadas num dado espaço de tempo e o recolhimento do imposto será feito a partir do confronto dos créditos e débitos do período.

No mérito, em relação à infração 1, afirma que a autuação é indevida, haja vista que o combustível usado em empilhadeiras e os materiais de escritório “estão ligados diretamente ao processo comercial e, portanto, à própria finalidade do estabelecimento”. Cita o jurista Aliomar Baleeiro para conceituar a expressão “insumo” e alega que os referidos materiais devem ser como tal considerados e não materiais de uso e consumo.

Afirma que o combustível usado nas empilhadeiras é uma fonte de energia para o funcionamento dos veículos de entregas lotados em seu estabelecimento e imprescindível ao desenvolvimento de suas atividades comerciais.

Quanto aos materiais de escritório diz que são utilizados para implementar a venda dos produtos por ele fabricados, sem os quais é impossível a realização de seu comércio, devendo, assim, ser considerados como “material de apoio”.

Finaliza argumentando que, “mesmo se admitindo, por força do princípio da eventualidade, que os materiais acima citados são destinados ao uso e consumo do estabelecimento, ainda assim seu crédito não poderia ser vedado sob pena de infringência ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, tal como concebido na Constituição Federal.

Quanto à infração 2, aduz que o lançamento é improcedente porque pagou todos os valores ora exigidos, conforme os documentos acostados às fls. 996 a 1002:

1. Data de ocorrência 31/01/99 – saldo em aberto de R\$289,32 – o pagamento foi efetuado em 09/02/99, no valor de R\$289,33, com Código de Receita nº 0759;
2. Data de ocorrência 28/02/99 – saldo em aberto de R\$312,17 – o pagamento foi efetuado em 09/03/99, no valor de R\$386,48, com Código de Receita nº 0759;
3. Data de ocorrência 31/03/99 – saldo em aberto de R\$152,44 – o pagamento foi efetuado em 09/04/99, com Código de Receita nº 0759;
4. Data de ocorrência 30/04/99 – saldo em aberto de R\$744,78 – o pagamento foi efetuado em 09/05/99, com Código de Receita nº 0759;
5. Data de ocorrência 31/05/99 – saldo em aberto de R\$129,40 – o pagamento foi efetuado em 09/06/99, com Código de Receita nº 0759;
6. Data de ocorrência 30/06/99 – saldo em aberto de R\$250,75 – o pagamento foi efetuado em 09/07/99, no valor de R\$253,70, com Código de Receita nº 0759;

7. Data de ocorrência 31/07/99 – saldo em aberto de R\$273,80 – o pagamento foi efetuado em 12/08/99, no valor de R\$275,40, com Código de Receita nº 0759.

Relativamente à infração 3, diz que o autuante pretende lhe impor o pagamento do diferencial da MVA, sob o argumento de que adquire os produtos enquadrados na substituição de estabelecimento de fabricante. Entende, todavia, que a legislação deve ser interpretada de acordo com a atividade que desenvolve em seu estabelecimento, ou seja, a MVA “independe e não se vincula com o enquadramento do fornecedor das mercadorias substituídas”. Dessa forma, como se enquadra na condição de Atacadista, conclui-se que a MVA de suas operações é de 30%, o que afasta a pretensão fiscal de majorá-la para 40%.

Destaca que a substituição tributária “para frente” – que atribui ao contribuinte a obrigação pelo pagamento do ICMS devido nas operações subsequentes -, foi constitucionalmente validada através da Emenda Constitucional nº 03/93, que incluiu o § 7º ao artigo 150, da Carta Magna de 1988. Por sua vez, a Lei Complementar nº 87/96, em seu artigo 8º, inciso II, alínea “c”, combinado com seus §§ 2º e 5º, trouxe a regra geral para a apuração da base de cálculo do imposto:

- a) O valor da operação propriamente dita;
- b) As despesas transferíveis ao adquirente das mercadorias ou serviços;
- c) A margem de agregação da operação.

Prossegue dizendo que a “margem de valor agregado” nada mais é do que “a diferença entre o preço efetivamente pago pelo consumidor final do produto ou serviço, e aquele cobrado pelo seu fabricante, quando da venda desse bem ao intermediário na correspondente cadeia comercial”, sendo sempre um valor presumido, visto que será apurado a partir de uma fórmula hipotética.

Acrescenta que, consoante os §§ 2º a 5º do artigo 8º da Lei Complementar nº 87/96, o valor de agregação do ICMS, substituição tributária, deve ser calculado com base na seguinte ordem, sempre considerando que a primeira situação listada exclui a seguinte e sucessivamente:

1. A utilização do preço máximo para venda a consumidor, fixado pela autoridade pública competente;
2. A utilização do preço final a consumidor, sugerido pelo próprio fabricante do produto enquadrado no regime;
3. A utilização de uma margem hipotética de lucro, estimada entre o valor de venda praticado pelo fabricante e aquele efetivamente utilizado pelo varejista.

Salienta que inexistente, entre os Estados, um consenso entre os percentuais a serem aplicados e conclui que uma MVA de 40% é irreal e demasiada, não podendo ser utilizada no presente caso, devendo prevalecer o percentual de 30%, tal qual praticado.

Argumenta, ainda, que a margem de agregação usada pela legislação baiana foi derogada pelo § 4º do artigo 8º da Lei Complementar nº 87/96, na medida em que não foi promulgada Lei Estadual fixando os critérios para apuração do respectivo percentual de agregação, de forma científica e empírica, “o que não é suprido pela simples e mera divulgação do percentual de agregação propriamente dito”.

Conclui, assim, que a MVA trazida pelo autuante é inaplicável ao caso tratado, visto que:

1. Não existe no ordenamento baiano, legislação fixando os critérios para apuração da margem hipotética de agregação, desrespeitando a disposição expressa do § 4º do artigo 8º da Lei Complementar nº 87/96;
2. O percentual de agregação trazido pela lei baiana não foi apurado com base “nos preços usualmente praticados no mercado considerado”, nem tampouco contou com a intervenção dos Sindicatos representativos do Setor de Sorvetes, o que invalida a margem de agregação proposta, de 40% sobre o valor da operação do fabricante ou equiparado.

Além disso, entende que a exigência fiscal afronta o princípio da isonomia, previsto no artigo 152 da Constituição Federal, que impede a diferenciação de tratamento despendido ao contribuinte do ICMS. Cita dispositivos da Carta Magna, o pensamento da doutrina e as Resoluções nºs 084/91, 3757/92 e 099/90 deste CONSEF, para corroborar sua argumentação de que a distinção da MVA, em decorrência da origem do fornecedor dos bens comercializados, não pode prosperar, devendo o Auto de Infração ser julgado nulo.

Finalmente, aduz que a própria SEFAZ já firmou o entendimento de que a operação por ele praticada deve ser enquadrada no “status” de atacadista, com MVA de 30%, como se depreende do Parecer GETRI/DAT nº 597/82, o qual foi ratificado pelo CONSEF através da Resolução nº 3757/92 (fls. 994 e 995) e pede a improcedência deste lançamento.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 1015 a 1018), mantém o Auto de Infração, inicialmente dizendo que, quanto às alegações do autuado, de que a Taxa SELIC não pode ser aplicada na apuração do crédito tributário e de que é inconstitucional a vedação de crédito fiscal na aquisição de qualquer bem, produto ou serviço, não é da sua competência apreciar o conteúdo e a redação da legislação tributária estadual, bem como o aspecto de sua constitucionalidade.

No mérito, em relação à infração 1, transcreve os itens 1 e 2 do Parecer Normativo PROFI nº 01, de 16/10/81, e alega que não tem sentido dizer que a aquisição de peças de reposição e combustível para veículos da empresa podem gerar direito ao crédito fiscal do imposto destacado nas notas fiscais. Ratifica que nenhum dos materiais relacionados neste Auto de Infração integra o produto final na condição de elemento indispensável à sua composição, nem tampouco são consumidos no processo produtivo.

Quanto à infração 2, acata as alegações defensivas e reconhece que o contribuinte recolheu o imposto devido por diferença de alíquotas concernente aos meses de janeiro a julho de 1999, embora o tenha feito com o código de receita 759 e sem lançá-lo no livro Registro de Apuração do ICMS, o que causou o equívoco. Com referência aos demais meses ora apurados, afirma que o imposto não foi pago, já que o “ICMS recolhido que consta no sistema com código 0791 tem valores maiores e a defendente lança os mesmos valores posteriormente como outros créditos no Livro Registro de Apuração” (fls. 903 a 911), o que o leva a concluir que se trata de “imposto do ativo fixo e não material de uso/consumo”.

Relativamente à infração 3, afirma que o § 1º do artigo 372, do RICMS/97 determina que, no caso de operações com mercadorias em que a aquisição interestadual tiver sido feita a título de transferência entre estabelecimentos da mesma empresa, deve ser adotada a MVA de industrial.

Acrescenta que não houve afronta ao princípio da isonomia, tendo em vista que o que está em questão é um “tratamento diferente para as operações de transferência feita de uma indústria para um atacadista localizado neste Estado”, que deve ser equiparado a indústria, para aplicação do

MVA respectivo, porque, “tratando-se de transferência de matriz para filial, não há preço de operação de venda, nem transmissão de propriedade do produto”.

A 3ª JJF do CONSEF, após analisar as peças processuais, fundamenta e prolata o seguinte voto:

“Inicialmente, deixo de acatar a preliminar suscitada pelo autuado, já que, acorde o artigo 167, inciso I, combinado com o artigo 168, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade e de ilegalidade da legislação tributária estadual.

No mérito, constata-se que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS em razão de três infrações.

Na infração 1 exige-se o tributo por utilização indevida de crédito fiscal referente a materiais para uso e consumo do estabelecimento. O contribuinte alega que os materiais relacionados na autuação “estão ligados diretamente ao processo comercial e, portanto, à própria finalidade do estabelecimento” e, por conseguinte, devem ser considerados como insumos pois são imprescindíveis ao desenvolvimento de suas atividades comerciais.

Analisando a documentação acostada (fls. 32 a 450), constato que se trata de aquisições, efetuadas pelo estabelecimento, de combustível e peças de reposição para veículos e, ainda, materiais de escritório. O autuado está inscrito no cadastro de contribuintes da SEFAZ como atacadista, dedicando-se à atividade comercial e, dessa forma, não pode ser acatado o argumento defensivo, de que tais materiais foram utilizados em seu processo produtivo.

Ressalte-se que, mesmo que se tratasse de uma empresa industrial, o contribuinte não teria direito ao crédito referente a materiais de escritório, pois tais mercadorias não estariam vinculadas ao processo produtivo, e sim ao funcionamento das atividades de apoio.

Acrescente-se, outrossim, que, relativamente a combustível e outras mercadorias enquadradas na substituição tributária, cujo ICMS não se encontrava destacado nas notas fiscais de aquisição, o autuado efetuou o cálculo do imposto à parte e o utilizou como crédito fiscal, o que é vedado pela legislação tributária vigente.

A alínea “b” do inciso V do artigo 93 do RICMS/97 prevê o seguinte:

Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

.....

V - o valor do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada, real ou simbólica, no estabelecimento, de mercadorias, bens ou materiais, bem como do imposto relativo aos respectivos serviços de transporte, inclusive o imposto pago a título de diferença de alíquotas, sendo as mercadorias, bens ou materiais destinados:

.....

b) a partir de 01/1/2003, ao uso ou consumo do próprio estabelecimento, assim entendidas as mercadorias que não forem destinadas a comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação (§ 11) (Lei

Complementar nº 99/99).

Pelo exposto, concluo que está correta a autuação e são devidos os valores apurados nesta infração.

Na infração 2 exige-se o ICMS devido em razão da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

O contribuinte afirma que recolheu todos os valores de imposto ora apontados, entretanto, somente acostou aos autos os DAEs referentes aos meses de janeiro a julho de 1999. O autuante, por seu turno, acatou as alegações defensivas, embora tenha salientado que os recolhimentos do tributo foram realizados com o Código de Receita nº 759 e sem o seu lançamento no livro Registro de Apuração do ICMS. Por estar comprovado o efetivo pagamento do imposto nos meses acima mencionados (janeiro a julho de 1999), devem ser excluídos deste Auto de Infração.

Com referência aos demais meses relacionados, o preposto fiscal afirma que o imposto não foi pago, já que o “ICMS recolhido que consta no sistema com Código nº 0791 tem valores maiores e a defendente lança os mesmos valores posteriormente como outros créditos no Livro Registro de Apuração”, o que o leva a concluir que se trata de “imposto do ativo fixo e não material de uso/consumo”. Tais afirmativas podem ser verificadas por meio dos documentos anexados às fls. 903 a 911 do PAF e, sendo assim, estão corretos os débitos referentes ao período de agosto de 1999 a junho de 2000.

A infração 3 exige o ICMS retido e recolhido a menos, por substituição tributária, nas operações de saídas do estabelecimento do autuado, de balas, sorvetes e bombons com destino a contribuintes localizados na Bahia, com a utilização incorreta da MVA, tendo em vista que, de acordo com o autuante, o percentual correto seria de 40%.

Analisando os documentos acostados, constata-se que o contribuinte adquire seus produtos em operações de transferência entre seus estabelecimentos, situados em outras unidades da Federação, e, de acordo com o previsto no inciso I, do artigo 355, do RICMS/97, recebe as mercadorias sem a retenção do ICMS por substituição tributária. Ao praticar as operações de saídas subseqüentes dentro do Estado da Bahia, o autuado vem adotando a MVA de 30% para calcular o imposto devido quando, no entendimento da Fiscalização, deveria ser utilizada a MVA de 40%.

O RICMS/97 disciplina a matéria da seguinte forma:

Art. 355. Não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da Federação ou do exterior e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, quando a mercadoria se destinar:

I - a estabelecimento filial atacadista situado neste Estado, na hipótese de transferência de estabelecimento industrial localizado nesta ou em outra unidade da Federação, ficando o destinatário responsável pela retenção do imposto nas operações internas subseqüentes, equiparando-se nestas operações à própria indústria, devendo ser observado pelo estabelecimento filial atacadista destinatário o disposto no § 2º do artigo seguinte; (grifos não originais)

Art. 356.

§ 2º Na hipótese do inciso I do artigo anterior e do inciso II do art. 375, caso, eventualmente, o estabelecimento destinatário adquira de terceiro outras mercadorias com o imposto pago por antecipação, para que se dê ao seu estoque e às suas operações tratamento fiscal uniforme, deverá o contribuinte utilizar como crédito fiscal tanto o ICMS da operação normal como o imposto retido ou antecipado, obrigando-se a efetuar a retenção do imposto nas operações internas subseqüentes com aquelas mercadorias, observando-se, quanto à margem de valor adicionado (MVA), o disposto no inciso I do artigo anterior e no § 1º do art. 372.

Art. 372.

*§ 1º Nas aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas a substituição tributária por força de convênio ou protocolo, sempre que, em situações específicas, o próprio acordo interestadual dispensar a retenção do ICMS (art. 375), o estabelecimento destinatário não fará o pagamento por antecipação, ficando, porém, responsável pela retenção do imposto nas saídas internas subseqüentes, caso em que se adotará como percentual da margem de valor adicionado (MVA) o previsto para as saídas efetuadas por estabelecimento atacadista, **exceto no caso de operações com mercadorias em que a aquisição interestadual tiver sido feita a título de transferência entre estabelecimentos da mesma empresa, hipótese em que se adotará a MVA de industrial.** (grifos não originais)*

Assim, da análise da legislação vigente à época dos fatos geradores, o autuado, para efeito de adoção da MVA no cálculo do ICMS por substituição tributária, equipara-se ao industrial, tendo em vista que:

1. Nas entradas de mercadorias oriundas de outros Estados, por transferência de outros estabelecimentos da mesma empresa, o valor adotado para os produtos é o de **custo**, não havendo, portanto, nenhuma agregação de margem de lucro;
2. Se o autuado adquirisse de terceiros as mesmas mercadorias, o valor de aquisição já traria embutido o lucro do estabelecimento vendedor e, nesse caso, justificar-se-ia a adoção da MVA de 30%, como deseja o contribuinte;
3. No caso em análise, a MVA a ser utilizada é a indicada no Anexo 88 para estabelecimento industrial – de 40% e não de 30%, como utilizado pelo autuado -, porque, de acordo com o inciso I do artigo 355 combinado com o § 1º do artigo 372, do RICMS/97, nessa situação específica, a empresa atacadista equipara-se ao estabelecimento industrial para efeito de apuração da base de cálculo do imposto por substituição tributária.

Ressalte-se, por oportuno, que o Parecer e as decisões, trazidos à colação pelo autuado, foram exarados com base em uma interpretação da legislação vigente à época dos fatos geradores então ocorridos, não podendo mais ser aplicados ao presente caso.

Em situação similar, este CONSEF já se pronunciou, em data mais recente, pela adoção da MVA de 40%, no Acórdão JJF nº 1622/99, o qual foi confirmado pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão nº 1489/00. O Relator de 2ª Instância assim se expressou em seu voto:

Por força do art. 355, I, deve-se equiparar o estabelecimento filial atacadista à industrial, havendo operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição

tributária, pois responsável pela retenção do imposto nas operações internas subsequentes, ficando o estabelecimento comercial na condição de substituto e o estabelecimento industrial na condição de substituído. Motivo pelo qual se aplica a MVA de 40% prevista no regulamento.

Da análise da peça defensiva, verifica-se que o recorrente, no percurso de suas argumentações, suscitou a ilegalidade da presunção legal para a apuração da base de cálculo na hipótese acima descrita, entretanto, aplicou anteriormente a margem de lucro relativa a estabelecimento atacadista, deste modo, implicitamente reconhecendo a legalidade da presunção legal, somente não concordando com a equiparação do art. 355, I, fazendo incidir sobre suas operações uma MVA de 40%.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração”.

O autuado inconformado com o resultado do julgamento realizado pela 3ª JJF do CONSEF, interpõe Recurso Voluntário quanto ao Acórdão JJF nº 0249-03/02.

Após apresentação inicial do Recurso, (fls. 1037 e 1038), repete integralmente as razões apresentadas anteriormente constantes das fls. nºs 916 a 972 as quais relatarei oralmente, pois já constam deste relato.

Na idêntica conclusão requer que: 1) Ante todo o exposto, pede que o Auto de Infração seja rechaçado de plano, e que o mesmo seja julgado totalmente improcedente, visto a total inconsistência de seus termos, com a determinação de arquivamento do processo e anulação da respectiva cobrança.

2 – Requer outrossim que seja deferida a realização de perícia, sustentação oral, bem como que as intimações sejam feitas em nome do Dr. Achilles Augustus Cavallo, inscrito na OAB/SP nº 98.953, sito a Av. Maria Coelho Aguiar, 215, bloco C, 2º andar, São Paulo/SP, CEP nº 05805-000. Anexa documentação inerente ao Recurso (fls. 1095 a 1118).

A PROFAZ analisa o Recurso, afirma que o mesmo é na realidade uma cópia literal da defesa anteriormente apresentada, não apresentando indicação precisa de descumprimento à preceito legal ou erro de fato, ou apresentando qualquer fundamento que posso alterar a resolução recorrida.

Lembra que as discussões sobre a taxa selic e a multa aplicada, não cabem na esfera administrativa, pois não temos competência para discuti-las e sim aplicá-las corretamente. Opina pelo NÃO PROVIMENTO (fls. 1123 e 1124).

VOTO VENCIDO

Neste Recurso Voluntário divirjo parcialmente do Parecer da PROFAZ exclusivamente quanto as razões de mérito inerentes aos itens 1 e 2 do procedimento fiscal.

Quanto a preliminar suscitada, a qual já foi rechaçada pela 3ª JJF, o RPAF/99 em seus artigos 167, I e 168, veda expressamente competência ao julgador do CONSEF, para apreciar inconstitucionalidade ou ilegalidade da legislação tributária estadual vigente. Logo fica mais uma vez rechaçada.

Quanto ao pedido de realização de perícia, o mesmo é vago e desfundamentado não devendo ser acatado.

Em relação ao pedido para realizar sustentação oral a mesma é automática e será concedida e realizada quando deste julgamento.

Quanto ao mérito:

Itens 1 e 2 estão interligados e passo à apreciá-los:

Embora considere por demais abrangentes as argumentações expendidas e repetidas no Recurso e no relato tenho posição e entendimento formado sobre a questão de produtos intermediários, ou insumos que participam do processo produtivo ou comercial.

Entendo que, além do princípio da não cumulatividade dos impostos, os produtos glosados por utilização indevida de créditos, são imprescindíveis no processo comercial do recorrente, que sem os quais, não exerceria suas atividades, logo, entendo pertinente o uso dos créditos lançados nas notas fiscais de aquisição, bem como indevida a cobrança do diferencial de alíquota referentes a estes produtos.

Por conseguinte, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso, para julgar IMPROCEDENTES os itens 1 e 2 deste Auto de Infração.

Em relação ao item 3, inerente a recolhimento a menor do imposto por substituição tributária, face a utilização incorreta da taxa MVA, os artigos 355, I, § 2º e 372 disciplinam especificamente a questão, cujos fundamentos estão constantes no voto anterior e agora também constante do relato, não restando dúvida quanto ao acerto do procedimento fiscal.

Por conseguinte, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso quanto a infração 3, e mantida a Decisão Recorrida quanto a este item.

Em conclusão, meu voto é no sentido do PROVIMENTO PARCIAL deste Recurso Voluntário, para reformar o Acórdão JJF nº 0249-03/02, e julgar PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração, sendo IMPROCEDENTES as infrações 1 e 2, e PROCEDENTE a infração 3.

VOTO VENCEDOR EM RELAÇÃO AOS ITENS 1 e 2

Peço *venia* para divergir, parcialmente, do ilustre Conselheiro Relator no tocante ao seu entendimento externado quanto ao mérito relativo aos itens 1 e 2 do presente Auto de Infração, pelas razões que passo a expor.

Os referidos itens, consoante pode ser visto nas cópias das notas fiscais juntadas aos autos, tratam de utilização indevida de créditos fiscais pertinentes às aquisições de materiais para uso e consumo pelo próprio estabelecimento, mais especificamente, combustível e peças para aplicações e reposições em veículos, pneus e câmaras de ar, ferramentais diversos e, ainda, materiais para escritório. A infração ou item 2, é interligada a anterior, pois trata de falta de pagamento da diferença de alíquota quando das aquisições interestaduais dos materiais relacionados a infração 1, portanto, serão analisadas conjuntamente.

O estabelecimento autuado, ora recorrente, está inscrito na condição de comércio atacadista, portanto, tais aquisições não possuem o caráter de produtos intermediários ou insumos, características estas que são inerentes à atividade industrial, o que não é o caso. Mesmo assim, se tratasse de um estabelecimento industrial teria que se verificar a afetação de tais aquisições

diretamente no processo produtivo, compondo ou integrando o produto final, para que fosse possível a utilização do crédito.

Não se pode olvidar que tais materiais não foram adquiridos para comercialização pelo estabelecimento do recorrente, que as aquisições de combustíveis ocorreram com a fase de tributação já encerrada e que os demais produtos adquiridos, pelas próprias características, restam claro, de forma indubitosa, que se constituem em peças de reposição e de manutenção de instalações diversas e equipamentos além de outros materiais de consumo, os quais não podem ensejar o uso do crédito fiscal pois, com o advento da Lei Complementar nº 87/96 os créditos relativos aos materiais de uso e consumo próprio pelo estabelecimento passaram a ser utilizáveis, entretanto, com a limitação temporal a partir do ano de 2003.

Pelo exposto e à luz da Lei Complementar nº 87/96 e da própria legislação tributária estadual, que não teve decretada a inconstitucionalidade de qualquer dos seus artigos pertinentes a questão sob exame, as infrações imputadas nestes itens não ferem o princípio da não cumulatividade do imposto e, portanto, entendo correto o julgamento realizado pela 1ª Instância, o qual deve ser mantido em todos os seus termos.

Em conclusão e em consonância com o opinativo da Douta PROFUZ fls. 1123 e 1124, cujos fundamentos ali expostos também os acolho, voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário para que seja mantida inalterada a Decisão Recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, quanto ao item 3, em decisão por maioria, em relação aos itens 1 e 2, com o voto de qualidade do Presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269274.0501/02-0, lavrado contra **SORVANE S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$108.649,05**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

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, 12 de novembro de 2002.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR/VOTO VENCIDO

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – VOTO VENCEDOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE - REPR. DA PROFUZ