

Div. de Processamento de Acordãos - DIPAR
Processo: 2002.001.19787
Folhas: 080068/080073
Registrado em: 18/05/2004

Por: MTS

146
146
CIENTE

[Assinatura]
MARIA MARIA DA CRUZ CARVALHO
Procuradora de Justiça

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL**

Apelação Cível 19787/02

Mandado de Segurança

Capital - 11ª Vara de Fazenda Pública

Apte - Estado do Rio de Janeiro

Apdo - ATL Algar Telecom Leste

Clas. Reg.

Relator - **Des. José Pimentel Marques**

Apelação Cível
Tributário. Mandado de segurança.
ICMS. Mercadorias vendidas abaixo
do preço de custo. Inexistência de
violação ao princípio da não
cumulatividade do imposto, que não
deve ser confundida com um
princípio geral, favorável aos
creditamentos e compensações.
Hipótese na qual o contribuinte de
direito do imposto recolhido é o
distribuidor ou produtor da
mercadoria, e o contribuinte de fato,
o consumidor final, na qual o crédito
não pode ser atribuído à
intermediária, sob pena de
enriquecimento sem causa.
Provimento do recurso, para julgar
improcedente o pedido, denegando-
se a segurança.

Vistos, relatados e discutidos estes
autos da Apelação Cível nº 19.787/02, em que apelante e
apelado as partes acima enunciadas,



147
69

ACORDAM os Desembargadores da Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, à unanimidade, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Trata-se de apelo interposto pelo Estado do Rio de Janeiro, inconformado com a sentença que concedeu a segurança impetrada por **ATL Algar Telecom Leste**, em face de auto de infração lavrado em virtude de ter a impetrante se creditado integralmente de ICMS recolhido em operações anteriores, quando as subseqüentes foram efetuadas por preço inferior ao da aquisição.

O Estado, em seu apelo, sustenta que, mesmo que as mercadorias tivessem sido adquiridas por valor superior àquele pelo qual foram vendidas, o argumento da impetrante deveria ser rejeitado, já que o princípio da não cumulatividade, no qual se calcou a sentença, não significa um direito irrestrito ao creditamento e à compensação. Daí porque a lei estadual n. 2.657/96, em seu artigo 37 § 1o. exigiria a anulação proporcional do crédito decorrente da aquisição de mercadoria, cuja saída subseqüente seja efetuada com redução de base de cálculo.

Em contra-razões, sustenta a apelada que o referido dispositivo da lei estadual seria inconstitucional, por violar o princípio da não cumulatividade, somente excepcionável nas hipóteses constitucionalmente previstas. O ICMS teria, por base de cálculo, o preço do produto quando de sua saída do estabelecimento, recolhendo a empresa o tributo sobre a operação de saída e se creditando aquele incidente na entrada. Se a administração não admite o creditamento integral do tributo, terminaria por enriquecer-se ilícitamente, auferindo importância superior ao do imposto sobre a saída da mercadoria.

O Ministério Público opina pelo provimento do recurso.



148
[Handwritten signature]

É o relatório.

O recurso merece provido.

Alega a apelada que, se a administração não admite o creditamento integral do tributo, terminaria por enriquecer-se ilicitamente, auferindo importância superior ao do imposto sobre a saída da mercadoria. Mas, conforme notado pelo Ministério Público, a opção a esta hipótese seria o creditamento integral, só que pelo contribuinte, o que não elide o enriquecimento ilícito, somente mudando seu beneficiário.

Usualmente, é feito o cálculo do ICMS, tendo por base de cálculo a soma das saídas, diminuída da soma das entradas, não se aferindo o saldo isolado de cada mercadoria. Por outro lado, a existência ou inexistência de cumulatividade deveria considerar cada uma delas, individualmente. Assim, no caso das mercadorias vendidas abaixo do custo, chegar-se-ia ao absurdo de, sendo negativo o saldo do valor de saída da mercadoria, menos o valor da entrada, o valor do tributo seria negativo. Prosperando esta hipótese, que é a da impetrante, haveria créditos em face do Estado e não dívidas fiscais, sendo cabível inclusive ação de repetição de indébito.

A tese não guarda lógica, contudo. A razão é simples: o contribuinte de direito do imposto recolhido, até aquele momento, não é a impetrante, aqui apelada, que não passa de intermediária. É o distribuidor ou produtor da mercadoria. O contribuinte de fato será o consumidor final. Tal crédito em favor da intermediária, portanto, também é locupletamento ilícito. Como destacado pelo Ministério Público, não haveria mecanismo que permitisse transferir ao consumidor, por repercussão, o ganho recebido pelo comerciante, caso este pudesse receber do Erário dinheiro em restituição do tributo pago a maior ao longo da cadeia de fornecimento, correspondente ao saldo favorável aos contribuintes. Daí porque a não cumulatividade não pode ser confundida com um princípio geral em favor das compensações e creditamentos.

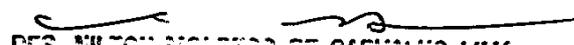


ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

149
@

Isto posto, dá-se provimento ao recurso, para julgar improcedente o pedido, denegando-se a segurança, condenando-se a impetrante nas custas, mas isentando-a dos honorários, a teor da Súmula 512 do Supremo Tribunal Federal.

Rio, 25 de junho de 2003.


DES. NILTON FLOREDO DE CARVALHO LIMA

Desembargador Presidente

1 voto


JOSÉ PIMENTEL MARQUES

Desembargador Relator



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

CIENTE

Em 31.1.03/04

Adilse de Oliveira Ramos
PROCURADORA DE JUSTIÇA

Adilse de Oliveira Ramos
Procuradora de Justiça
Mat. 175/517

156

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL**

Embargos de declaração na Apelação Cível 19787 / 02
Embe. - ATL Algar Telecom Leste S/A.

Relator - Desembargador José Pimentel Marques

Embargos de Declaração.
Alegação do recorrente de haver no aresto embargado manifestação que afirma não ser de sua autoria, além de contradições. Referida manifestação consta no parecer opinativo do Ministério Público. Correção. Inexistência de qualquer dos defeitos elencados no art. 535, CPC. Embargos parcialmente providos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos dos Embargos de Declaração deduzidos na Apelação Cível 19787 / 02, em que ATL Algar Telecom Leste S/A é embargante,

ACORDAM os Desembargadores da Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, à unanimidade, em dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Trata-se de embargos de declaração opostos ao acórdão de f. 146 / 149, pretendendo o embargante afastar manifestação no referido aresto, afirmando não ser de sua autoria. Prossegue, aduzindo a ocorrência de contradições encontradas no 4º parágrafo de f. 148.



157

Com razão, em parte, o recorrente.

Com efeito, merece esclarecida a alegação de ser atribuída ao embargante narrativa na qual afirma não ser de sua lavra. Conforme se verifica a f. 127, referida afirmação consta em parecer opinativo do Ministério Público. Assim, acolhe-se a pretensão, tão-somente para esclarecer que a afirmação (constante nos autos a f. 137, parte final e 148 parte inicial e 3º parágrafo) é de autoria da d. Procuradoria de Justiça e não do embargante.

No que tange às demais alegações, não se vislumbram qualquer dos defeitos elencados no art. 535 do CPC.

As questões suscitadas pelo embargante visam rediscutir matéria abrangida no acórdão proferido, não sendo esta a função dos declaratórios.

Razões pelas quais, dá-se parcial provimento ao recurso, nos termos acima referidos.

Rio, 03 de março de 2004.

~~Des. Nelson Antônio de Sá~~
~~Des. Desembargador Presidente~~


JOSÉ PIMENTEL MARQUES
Desembargador Relator