

PROCESSO - A. I. Nº 279104.0010/04-9
RECORRENTE - NESTLÉ BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF nº 0101-03/05
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 05.07.05

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0196-11/05

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DO ESTABELECIMENTO ATACADISTA. **a)** FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. A lei atribui ao atacadista distribuidor a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo referente à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Fato comprovado. **b)** RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A MENOS. **b.1)** DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR DO REGISTRO 53 E O ESCRITURADO NO LIVRO RAICMS. Infração comprovada. **b.2)** APLICAÇÃO INCORRETA DA MVA. Infração caracterizada. Rejeitado o pedido de diligência. Não acolhidas as argüições de ilegalidade e de constitucionalidade. Recurso **NÃO PROVADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado ao Acórdão nº 0101-03/05, da 3ª JJF, que, por Decisão unânime de seus membros, julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em razão das seguintes irregularidades:

1. Falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Consta no campo da descrição dos fatos que deixou de fazer a retenção nas vendas internas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária conforme planilhas anexas ao PAF, com valor de R\$328.801,80 e multa de 60%.
2. Reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Consta no campo da descrição dos fatos que recolheu a menor devido a divergência de informação entre seu Registro 53 e seu livro de Registro de Apuração do ICMS e o valor recolhido, com valor de R\$60.297,20 e multa de 60%.
3. Reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Consta no campo da descrição dos fatos que reteve e recolheu o ICMS, na condição de contribuinte substituto nas vendas realizadas internamente, a menor em razão da aplicação da M.V.A. a menor, com valor de R\$264.096,97 e multa de 60%.

Em relação às infrações 1 e 3, argüiu o recorrente que o parágrafo 7º, do artigo 150, da Constituição Federal, é constitucional, pois fere o princípio da segurança jurídica, insculpido no artigo 60, § 4º, da Lei Maior, que determina, no âmbito do Direito Tributário, que o tributo só

nasce após a ocorrência real do fato imponível, ressaltando que o princípio da segurança jurídica é cláusula pétreia e, portanto, não poderia ter sido afrontado pela Emenda Constitucional nº 03/93.

Aduziu, ainda, que a aplicação de MVA é ilegal, porque a Fazenda Pública não pode arbitrar preços, exceto na hipótese prevista no artigo 148, do Código Tributário Nacional, quando o valor do bem, direito ou serviço registrado pelo contribuinte não mereça fé, restando à Fazenda, neste caso, autorizada a arbitrá-lo.

Quanto à infração 2, disse que se verifica da análise da nota fiscal já trazida aos autos na sua peça de impugnação, bem como do livro em que foi escriturada e da respectiva guia de recolhimento do imposto, o tributo foi corretamente apurado, retido e recolhido, e ressaltou que todo o período de 01-01-1999 a 31-01-1999 está abrangido pelo livro e pela guia de recolhimento, o que demonstra que, em relação à infração 2, cumpriu com o seu dever tributário, consistente na retenção e recolhimento do ICMS.

Informou que o número de notas e cópias dos respectivos livros e guias pagas é tão grande que não pôde trazer todos os documentos aos autos, fazendo a prova apenas por amostragem, e requereu que fosse determinada perícia contábil ou procedida diligência junto à empresa, a fim de verificar todos os documentos relacionados às notas fiscais, objeto da infração 2.

Asseverou que a utilização da taxa SELIC para calcular a correção monetária e os juros de mora é inconstitucional, porque os percentuais são cumulativos e extorsivos, muito superiores ao admitido no ordenamento jurídico, sobretudo no art. 192, § 3º, da Constituição Federal.

Citou doutrina e jurisprudência para lastrar as suas alegações.

Na conclusão, protestou pela produção de prova pericial, pela ulterior juntada de documentos comprobatórios, e que seja convertido o julgamento em diligência, e por entender improcedente o Auto de Infração, requereu o provimento do seu Recurso, para que fossem determinados o cancelamento e o arquivamento deste.

A representante da PGE/PROFIS disse verificar que as infrações 1 e 3 estão baseadas em dispositivo legal vigente, qual seja, o art. 8º, da Lei nº 7.014/96, que tem seu fundamento no art. 150, § 7º, da Constituição Federal de 1988, introduzido pela Emenda Constitucional de 1993, além do que as alegações de inconstitucionalidade não podem ser analisadas pelo CONSEF, em razão do disposto no art. 167, do RPAF/99.

Firmou que a jurisprudência também tem reconhecido, em reiteradas decisões, a legalidade da substituição tributária, como se pode observar de duas ementas do STJ, que transcreveu.

Informou que o recorrente não impugna os números levantados pelo autuante quanto a estas infrações, e observou, em relação à infração 2, que os documentos trazidos, ainda que por amostragem, não motivam a diligência requerida, porque se referem ao mês de janeiro de 1999, período que não foi objeto de exigência fiscal.

Quanto à alegação referente à taxa SELIC, pontuou que a Lei nº 9250/95 prevê, nos termos da autorização do art. 161, do CTN, que este será o instrumento para a aplicação dos juros de mora, questão que já foi debatida nos Tribunais Superiores, que têm reiteradamente exarado decisões no sentido da legalidade e constitucionalidade da sua aplicação, conforme Decisão que transcreveu.

Opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O presente Auto de Infração versa sobre a falta de retenção e recolhimento (infração 1) e retenção e recolhimento efetuado a menos (infrações 2 e 3), na qualidade de sujeito passivo,

relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária.

O recorrente alegou ser inconstitucional o parágrafo 7º, do artigo 150, da Constituição Federal, por ferir o princípio da segurança jurídica.

O art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, portanto, até que o tribunal próprio para tal a faça, no caso o Supremo Tribunal Federal para que produza efeitos *erga omnes*, tal dispositivo está revestido de constitucionalidade e tem eficácia.

Foi dito que a utilização da taxa SELIC, igualmente, seria inconstitucional. Da mesma forma, não compete a este Colegiado a apreciação deste tema.

Também argüiu o recorrente que a aplicação de MVA é ilegal, porque a Fazenda Pública não poderia arbitrar preços.

No presente caso não se está exigindo tributo apurado mediante arbitramento, mas se refere à antecipação tributária cuja base de cálculo é atribuída mediante a aplicação de Margem de Valor Agregado, conforme definido no art. 8º, II, da Lei Complementar nº 87/96.

Quanto à infração 2, única atacada em seu mérito, os documentos trazidos pelo autuado, na sua impugnação inicial, não o socorrem, porque o mês de janeiro de 1999 não foi objeto da autuação, o que só vem a demonstrar o acerto na exação, posto que, efetivamente, não há imposto a ser exigido para este período.

No que tange à diligência/perícia requerida, vejo que os elementos trazidos aos autos são suficientes para a formação da minha convicção, e assim, arrimado no que dispõe o art. 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro este pleito.

Pelo que expus, e considerando que o recorrente não trouxe qualquer argumento capaz de elidir as infrações de que foi acusado, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, para homologar a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE, o Auto de Infração nº 279104.0010/04-9, lavrado contra NESTLÉ BRASIL LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$653.195,97, sendo R\$164.742,57, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, e R\$488.453,40, acrescido de idêntica multa, prevista no art. 42, II, “e”, da citada Lei e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de junho de 2005.

ANTÔNIO FERREIRA FREITAS – PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS