

A I Nº - 279104.0010/04-9
AUTUADO - NESTLÉ BRASIL LTDA
AUTUANTE - JOSÉ VICENTE NETO e JOAQUIM MAURÍCIO DA MOTTA LANDULFO JORGE
ORIGEM - IFEP - DAT/METRO
INTERNET - 12/04/2005

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0101-03/05

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 arguições de nulidade e de constitucionalidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 23/12/04, para exigir ICMS no valor de R\$653.195,97, relativo a:

01. 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%.

02. 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 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%.

03. 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%.

O autuado na defesa apresentada às fls. 2606 a 2618, através de seu representante legalmente constituído (fl.2620), inicialmente esclarece que tem como atividade a industrialização e comercialização de produtos alimentícios, alguns deles sujeitos ao regime de substituição tributária o que o obriga a fazer a retenção e o recolhimento antecipado do ICMS.

No mérito, diz que em relação às infrações 01 e 03, a primeira acusa a falta de retenção do ICMS em razão do regime de substituição tributária a que estão submetidos alguns produtos e a terceira em razão de ter feito a retenção e recolhimento do ICMS a menos que o devido, pelo fato de que apurou base de cálculo a menor quando utilizou MVA incorreto.

Nega o cometimento das mesmas, tendo em vista que no seu entendimento o regime de substituição tributária é inconstitucional e ilegal, bem como a Margem de Valor Agregado (MVA), conforme argumentos que passou a indicar.

Afirma que a substituição tributária foi inserida no texto constitucional a partir do art. 1º da EC nº 03/93 que foi incorporado no art. 150, § 7º da CF, que transcreveu à fl. 2610.

Cita o entendimento do jurista Roque Antonio Carrazza de que a justificativa para a cobrança antecipada do imposto parte do pressuposto que o fato gerador ocorrerá no futuro e que “o parágrafo 7º do artigo 150 da Constituição Federal é inconstitucional, pois fere o princípio da segurança jurídica, insculpido no art. 60, § 4º, da Lei Maior, que determina, no âmbito do Direito Tributário, que o tributo só nasce após a ocorrência real do fato imponível”.

Ressalta que o citado princípio é cláusula pétrea e não poderia ter sido afrontado pela EC nº 03/93, mesmo que o referido parágrafo 7º atenuasse a inconstitucionalidade ao assegurar a restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Assevera que é também inconstitucional auferir “um suposto valor agregado ao produto” que permita a tributação “para frente” e que este é o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) conforme sentença proferida pelo Ministro José Delgado na AG 477831/MG de 31/03/2003, que transcreveu à fl. 2611, no qual foi acolhido o recurso contra a base de cálculo instituída através de pauta fiscal na operação de venda de refrigerantes.

Alega que a referida decisão do STJ corrobora a “inconstitucionalidade da substituição tributária e da existência do MVA, uma vez que não há como cobrar tributo antes da ocorrência do fato gerador, quer em razão do princípio da segurança jurídica, quer em razão da impossibilidade de se verificar a base de cálculo que compõe a regra matriz da hipótese de incidência”.

Quanto à infração 02, recolhimento a menor do ICMS retido nas operações com mercadorias enquadradas na substituição tributária, apurado pela constatação da diferença entre os valores informados nos arquivos magnéticos (registro 53) e os escriturados no livro de RAICMS, afirma que, mesmo que seja inconstitucional o regime de substituição tributária conforme anteriormente questionado, a impugnante efetuou e recolheu corretamente o imposto ora exigido nesta infração.

Afirma que o autuante “limitou-se a examinar superficialmente os arquivos magnéticos da impugnante, que por algum motivo deixou de apresentar informação quanto à substituição tributária”.

Diz que na presente impugnação traz aos autos fotocópia de nota fiscal, livro em que foi escriturada e respectiva guia de recolhimento do imposto corretamente retido e recolhido conforme documentos de nº 4 a 7 (fl. 2655 a 2830), que compreende o período de 01 a 31/01/1999, o que no seu entendimento comprova ter cumprido corretamente o seu dever tributário.

Alega que o número de notas fiscais, cópia dos respectivos livros onde foram registradas e guias de recolhimentos são tão volumosos “que a impugnante não pode trazer todos os documentos aos autos” o que constituiu uma amostragem e requer desde já uma perícia contábil precedida de diligência à empresa para comprovar o alegado em relação à infração 02.

Admite que, se mantida a autuação apenas como forma de argumentação, “não há como prevalecer a atualização dos débitos por meio da aplicação da Taxa SELIC” pelo fato de que é também inconstitucional a adoção da referida taxa como critério para atualização de supostos débitos tributários exigidos através de Auto de Infração, conforme disposto no art. 193, § 3º da Constituição Federal, transcrita à fl. 2613, que estipulou juros moratórios máximos de 12% ao ano sobre o principal da dívida. Alega que, sendo a referida taxa superior a este percentual, é inconstitucional e viciada a sua aplicação à presente autuação.

Salienta que a taxa SELIC não se presta para atualização de débitos tributários e sim para servir de parâmetro de retorno de aplicações no mercado financeiro vinculado a juros remuneratórios de títulos da dívida pública. Diz que já existe decisão do STJ nesse sentido, conforme decisão no Recurso Especial nº 215.881-Paraná, que transcreveu à fl. 2614, tendo como Relator o Ministro Franciulli Netto

Afirma que a aplicação da referida taxa como indexador dos débitos tributários promove uma rentabilidade adicional ao credor, haja vista que o autuado não é investidor de títulos públicos e, além do mais, não foi criada por lei e que colide com o art. 161, § 1º do CTN, que estabelece “juros de 1% se a lei não dispuser em contrário”. Alega que da mesma forma a TR foi declarada inconstitucional pelo STF, pelo fato de que não foi estipulada por lei própria.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado improcedente, declarada a sua nulidade ou ainda a redução dos valores exigidos conforme argumentos apresentados. Protesta pela produção de prova pericial para comprovar as alegações apresentadas e ulterior juntada de documentos e conversão em diligência a critério do julgador.

Indica que todas intimações e notificações sejam endereçadas aos advogados João Paulo de Almeida Fogaça Fagundes e Ronaldo Rayes com endereço à Rua Libero Badaró, 425, 11º andar – São Paulo/SP.

Os autuantes, na sua informação fiscal às fls. 2832 a 2835, inicialmente discorrem sobre as infrações e as alegações defensivas e ressaltam que, em nenhum momento, o autuado contesta a veracidade dos valores, planilhas e relatórios juntados ao PAF.

Afirmam que, em relação às infrações 01 e 03, o autuado questionou apenas a inconstitucionalidade da Substituição Tributária e a utilização da MVA no cálculo do imposto. Dizem que tal alegação é incoerente, haja vista que, em alguns meses, o autuado efetuou corretamente o cálculo e recolhimento do ICMS retido nas operações internas e, em outros meses, efetuou o recolhimento a menos que o devido, da mesma forma que, em determinados momentos, utilizou a MVA correta e, em outros, utilizou MVA diferente da definida em lei. Argumentam que, se o problema real do autuado fosse a inconstitucionalidade, não teria o mesmo efetuado qualquer lançamento do ICMS retido nas operações internas e que, não tendo cumprido corretamente suas obrigações tributárias, cabe agora fazer o recolhimento do imposto exigido.

Indicam que o mecanismo da exigência do imposto substituto é definido no art. 150 da CF, art. 128 do CTN e art. 8º da Lei nº 7.014/96 que transcreveram às fls. 2873 e 2874 e que é legal a exigência do ICMS com base na legislação tributária.

Dizem que o autuado não questionou os demonstrativos e relatórios anexados ao PAF, tendo se limitado a alegar a inconstitucionalidade da Substituição Tributária, o que, no seu entendimento, é uma questão doutrinária formulada para protelar o pagamento do imposto exigido.

No que se refere à infração 02, dizem que o autuado juntou documentos às fls. 2655 a 2830 relativos ao mês de janeiro de 1999 e que conforme demonstrativo por eles elaborados e juntados à fl. 991, só foi exigido imposto referente aos meses de abril, maio, junho, agosto, novembro e dezembro de 1999. Dizem que, no item 17 (fl. 2612), o autuado alegou que juntou ao processo cópia de nota fiscal para provar suas alegações, mas que o documento 4 acostado à fl. 2656 “está em branco” o que não constitui nenhuma prova.

Afirmam que é inverídica a alegação defensiva de que “... limitou-se a examinar superficialmente os arquivos magnéticos da impugnante...” (fl. 2616) e que os documentos e demonstrativos elaborados de modo criteriosos juntados ao PAF demonstram o contrário.

Ressaltam que o ICMS reclamado corresponde à diferença entre o registro 53 do arquivo magnético relativo a saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e o valor escriturado e recolhido no livro RAICMS (fls. 991 e 992) e nada tem a ver com “a nota fiscal não constante no seu arquivo magnético mas lançada em seus livros fiscais”.

Quanto à aplicação da taxa SELIC, dizem que o art. 167 do RPAF/BA, estabelece regra que impossibilita aos órgãos julgadores do Estado declarar a constitucionalidade.

Alegam que não há justificativa para a realização de diligência fiscal, como pleiteado pelo autuado, tendo em vista que não houve fundamentação (art. 145 do RPAF/BA).

E, por fim, requerem a procedência total da autuação.

VOTO

Não acato o pedido de diligência feito pelo autuado, tendo em vista que, conforme o disposto no art. 147, do RPAF/BA a mesma deve ser realizada para trazer ao processo elementos que possam dirimir dúvidas entre a acusação e as provas apresentadas na defesa. O autuado teve a oportunidade, no prazo de sua defesa, de trazer ao processo os elementos de provas para comprovar suas alegações. Não o fazendo, não se estabeleceram dúvidas a respeito dos dados trazidos aos autos pelos autuantes. Entendo que não há necessidade de realização de diligência.

Rejeito as preliminares de nulidades suscitadas, por não encontrar amparo legal, conforme disposto no art. 18, do RPAF/BA.

Quanto à alegação do autuado, de constitucionalidade para efeito de lançamento do ICMS por antecipação, não pode ser acatada, tendo em vista que não se inclui na competência deste órgão julgador declarar a constitucionalidade da legislação baiana (art. 167 do RPAF/BA).

No mérito, o Auto de Infração trata da exigência de ICMS pela falta de retenção (infração 01), retenção e recolhimento a menos devido a divergência de informação entre o Registro 53 do arquivo magnético e o Livro de Registro de Apuração do ICMS (infração 02) e recolhimento a menos do imposto em razão da aplicação da M.V.A. a menos do que a prevista na legislação tributária (infração 03), na qualidade de sujeito passivo, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Constata-se que o autuado não questionou os demonstrativos e relatórios elaborados pelos autuantes e anexados ao PAF:

- 1) Pela falta de retenção (infração 01), ou

- 2) Retenção do imposto a menor pela utilização de MVA não prevista em lei e que resultou em pagamento do imposto a menos que o devido (infração 03).

O autuado, na defesa apresentada, alegou que o regime de substituição tributária é inconstitucional, em relação às infrações 01 e 03, pelo fato de que não há como se cobrar tributo antes da ocorrência do fato gerador e da impossibilidade de se verificar a base de cálculo que compõe a regra matriz da hipótese de incidência.

Alegou também que é inconstitucional a utilização de percentuais de MVA, no momento em que é atribuído “um suposto valor agregado ao produto” que permita a tributação “para frente”, mesmo que o parágrafo 7º do art. 150, da CF, venha a atenuar a inconstitucionalidade ao assegurar a restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido, mas que esta norma fere o princípio da segurança jurídica insculpido no art. 60 da Constituição Federal.

Verifico que, na peça defensiva, o autuado indicou os dispositivos constitucionais que disciplinam a matéria, ou seja, o art. 1º da EC Nº 03/93 incorporado no art. 150, § 7º da CF, que assegura aos entes tributantes, através de lei, atribuir ao sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento do imposto.

Por sua vez, os autuantes indicaram que o mecanismo da exigência do imposto por substituição é definido no art. 150, § 7º da CF, art. 128 do CTN e que o art. 8º da Lei nº 7.014/96. Dessa forma em consonância com o dispositivo constitucional, a Lei Estadual atribui ao sujeito passivo a obrigatoriedade de fazer a retenção ou antecipação do ICMS (art. 8º, § 2º e § 3º da Lei 7.014/96). Portanto, é legal a exigência do imposto das infrações (01 e 03).

Quanto à alegação da inconstitucionalidade para efeito de lançamento do ICMS por antecipação, não pode ser acatada tendo em vista que não se inclui na competência deste órgão julgador declarar a inconstitucionalidade da legislação baiana, conforme disposto no art. 167 do RPAF/BA.

Face ao exposto, julgo procedentes as infrações 01 e 03 com valores respectivos de R\$328.801,80 e R\$264.096,97.

Quanto à infração 02, pelo recolhimento a menor do ICMS retido (diferença entre os valores informados no Registro 53 do arquivo magnético e o escriturado no livro de RAICMS), o autuado alegou também a inconstitucionalidade do regime de substituição tributária e disse que efetuou corretamente o recolhimento do imposto desta infração. Afirmou que o autuante “limitou-se a examinar superficialmente os arquivos magnéticos da impugnante”, tendo juntado os documentos de nº 4 a 7 (fl. 2655 a 2830). Verifico que, em relação a estes documentos:

- a) O documento de nº 04, juntado à fl. 2656, corresponde a um modelo de nota fiscal em branco com ausência de dados, apenas indicando no rodapé a “data de saída: 05/01/99” e assinatura do comprador que não é possível identificar;
- b) O documento de nº 05, juntado à fl. 2658 e 2659, é a cópia do livro RAICMS do mês de janeiro de 1999 (resumo de entrada e saídas), no qual foi apurado o ICMS devido de R\$87.124,34;
- c) O documento de nº 06, juntado à fl. 2661, é o DAE do recolhimento do ICMS do mês de janeiro de 1999 no valor de R\$87.124,34;
- d) O documento de nº 07, juntado às fls. 2663 a 2830, corresponde à escrituração do livro Registro de Saída de Mercadorias do período de 01 a 31 de janeiro de 1999.

Os documentos acima foram apresentados pelo contribuinte supostamente para comprovar a insubsistência da infração 02, entretanto, constata-se que, na fl. 03 do Auto de Infração e no demonstrativo correspondente elaborado pelos autuantes juntado à fl. 991, só foi exigido ICMS desta infração nos meses de abril, maio, junho, agosto, novembro e dezembro de 1999. Portanto,

não tendo sido exigido ICMS no mês de janeiro/1999, a documentação ora apresentada não tem nenhuma correlação com os meses em que foi exigido o imposto e não faz prova a favor do autuado.

De acordo com o art. 123 do RPAF/99, a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada das provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, fato que não ocorreu na defesa, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143, do RPAF/99).

O autuado alegou também a inconstitucionalidade da utilização das taxas SELIC para a atualização dos débitos, pelo fato de que contraria o disposto no art. 193, § 3º da Constituição Federal, que estipulou juros moratórios máximos de 12% ao ano sobre o principal da dívida, e que a mesma foi criada para servir de parâmetro de retorno de aplicações no mercado financeiro vinculados a títulos da dívida pública.

A atualização dos débitos tributários pela taxa SELIC é prevista no art. 102, § 2º, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). E da mesma forma que foi dito em relação à inconstitucionalidade das infrações 01 e 03, este órgão julgador não pode declarar a inconstitucionalidade da legislação do Estado (art. 167, do RPAF/BA). Dessa forma, considero devido o valor de R\$264.096,97, referente à infração 03.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração nº 279104.0010/04-9, lavrado contra **NESTLE BRASIL LTDA**, devendo ser intimado o autuado 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, acrescidos de idêntica multa, previsto no artigo 42, II, “e” da citada Lei e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de março de 2005.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR