

PROCESSO - A. I. Nº 206886.0011/06-2
RECORRENTE - PLASCALP PRODUTOS CIRÚRGICOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0131-01/07
ORIGEM - IFEP - DAT/NORTE
INTERNET - 28/12/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0512-12/07

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Fato não contestado, tendo a defesa se limitado a questionar a constitucionalidade da base de cálculo da substituição tributária, em tese, matéria cuja apreciação não compete a este órgão julgador. Decisão recorrida mantida. **b)** IMPOSTO DIFERIDO NÃO RECOLHIDO. Restou comprovada a falta de recolhimento do imposto diferido lançado pelo próprio contribuinte. Infrações caracterizadas. Rejeitada a arguição de nulidade. Decisão recorrida mantida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto pelo autuado contra a Decisão da 1ª JJF, que julgou o presente Auto de Infração Procedente.

A ação fiscal, em comento, imputa ao contribuinte o cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de agosto a novembro de 2005, janeiro a agosto de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$311.614,99, acrescido da multa de 150%. Consta que se refere ao ICMS Substituição Tributária s/Mercadorias, no valor de R\$135.303,75, e do ICMS Substituição Tributária s/Serviços de Transporte prestado por Empresas c/contrato de transporte sucessivos e constantes, no valor de R\$176.311,25. Consta, ainda, que tais valores foram apurados mensalmente, compensando-se as quantias efetivamente recolhidas devidamente detalhadas nos Demonstrativos de Débito da Substituição Tributária do ICMS - Retenções s/Mercadorias e Transportes dos exercícios de 2005 e 2006, Demonstrativo de Apuração do ICMS não recolhidos 2005 e 2006, e Demonstrativos dos Recolhimentos do ICMS - janeiro a dezembro 2005/2006, anexos ao PAF;
2. Deixou de proceder o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, nos meses de fevereiro a agosto de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$16.683,11, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere à falta de recolhimento do ICMS Diferido no valor total de R\$16.683,11, discriminado mensalmente no Demonstrativo de Débito Substituição Tributária do anexo de 2006, anexo ao PAF.

A 1ª JJF concluiu pela Procedência do Auto de Infração, aduzindo o que segue:

“Inicialmente, quanto à nulidade argüida pelo autuado, por falta de clareza do lançamento em relação aos fatos geradores e por não preencher os requisitos exigidos pela legislação, prejudicando o seu direito ao contraditório e a ampla defesa, por ser o lançamento omissivo e obscuro em relação aos fatos que deveriam determinar e fundamentar a exigência, entendo que esta não pode prosperar, haja vista que os fatos estão descritos com detalhes no campo

“Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, bem como nos demonstrativos anexados aos autos. Rejeito, portanto, a nulidade argüida.

No mérito, constato que o autuado insurge-se contra a base de cálculo da substituição tributária, suscitando a ilegalidade da fixação da base de cálculo com base no PMC, ou na sua falta, com base na MVA, em vez do valor da operação, sustentando ser totalmente ilegal e inconstitucional, por não pode ser delegado ao Poder Executivo, por meio do seu Secretário da Fazenda, a fixação da base de cálculo do ICMS, ferindo o princípio da estrita legalidade.

Efetivamente, entendo que labora em equívoco o autuado quando se insurge, no presente caso, contra a base de cálculo fixada com base no PMC (Preço Máximo de Venda a Consumidor) ou na MVA (Margem de Valor Agregado), haja vista que o levantamento levado a efeito pelo autuante, considerou os valores transcritos da própria escrituração fiscal do contribuinte, conforme comprovam as cópias dos livros Registro de Apuração do ICMS - RAICMS, nº. 14 e 15, anexadas pelo autuante. O que se verifica, claramente, é que o contribuinte escriturou os valores das retenções efetuadas mensalmente no período de agosto/2005 a agosto/2006, sendo tais valores transcritos para os Demonstrativos do Débito da Substituição Tributária do ICMS s/Mercadorias e Transporte, tendo o autuante considerado os créditos referentes às devoluções, constantes no livro RAICMS, bem como os recolhimentos individualizados por notas fiscais realizados pelo autuado, conforme comprovantes e informações do sistema SEFAZ-INC, anexados aos autos.

Quanto à Infração 02, constato que o autuado não apresenta nenhuma impugnação, permitindo-me inferir que reconhece tacitamente o cometimento da irregularidade apontada neste item da autuação.

No que concerne à alegação de que a multa aplicada é confiscatória, sendo ilegítima e inconstitucional, registro que existe previsão legal para sua aplicação que é o artigo 42, V, “a”, II, “f”, da Lei nº 7.014/96. No que concerne à inconstitucionalidade, existe um óbice intransponível à sua apreciação que é o artigo 167 do RPAF/99.

Relativamente à alegação defensiva de que a aplicação da taxa SELIC para atualizar o valor do imposto exigido é inconstitucional, registro que a sua utilização está prevista no art. 102, § 2º, II da Lei Estadual de nº 3.956/81 (COTEB). Entretanto, quanto à sua inconstitucionalidade, reitero que esta não pode ser apreciada pelo órgão julgador a teor do artigo 167 do RPAF/99.”

Irresignado com a Decisão proferida em 1ª Instância, o autuado ingressou com Recurso Voluntário, reiterando as razões aduzidas na defesa, pugnando pela Nulidade/Improcedência da ação.

Em sede de preliminar, requereu a nulidade do Auto de Infração, por entender que o lançamento fiscal fora elaborado com informações generalizadas e imprecisas, bem como não possuía a descrição pormenorizada da forma de calcular a atualização monetária, os juros de mora, e, ainda, a ausência de definição da natureza da dívida, violando, destarte, segundo o recorrente, o princípio constitucional da ampla defesa.

No que concerne ao mérito da autuação, aponta como incorreta a apuração da base de cálculo da substituição tributária, sustentando que, por atuar na industrialização, comercialização, importação e exportação de artigos hospitalares e afins, submete-se ao regime de substituição tributária, recolhendo o ICMS seu e de toda cadeia comercial subsequente, com base em uma margem de valor agregado determinado pelo ente tributante, assemelhando-se a uma verdadeira pauta fiscal. Diz que o legislador ordinário ia bem quando no RICMS/BA, no artigo 56, inciso I, reconheceu que a base de cálculo do ICMS é o valor da operação, incorrendo em erro, porém, quando pretende modificar o arquétipo legal do ICMS, alterando-lhe a base de cálculo para outra que não o valor da operação de fato. Tece outras considerações sobre a base de cálculo e assevera que a autuação é improcedente no que tange à falta ou insuficiência de recolhimento do ICMS incidente sobre operações envolvendo mercadorias sujeitas à substituição tributária (infrações 1 e 2) uma vez que esta sistemática de recolhimento é ilegal e inconstitucional.

Aponta, ainda, a ilegalidade da adoção de base de cálculo presumida -desrespeito ao critério material do tributo - afirmando que a fixação da base de cálculo com base no PMC, ou na sua falta, com base na MVA, em vez do valor da operação, é totalmente ilegal e inconstitucional, pois, não pode ser delegado ao Poder Executivo, por meio do seu Secretário da Fazenda, a fixação da base de cálculo do ICMS, ferindo o princípio da estrita legalidade, se não estiver previsto em lei, não podendo portarias, e convênios ou outro ato administrativo ser utilizados para tal fim.

Quanto à exigência da multa, afirma que a mesma possui caráter confiscatório, pois ofende as garantias constitucionais e os índices aplicados são absurdos e estão fora da realidade prevista pela sistemática legal vigente em nossa legislação, o que afronta diretamente as garantias constitucionais do cidadão contribuinte, sendo, portanto, facultado ao julgador o poder de reduzir a multa diante do fato concreto. Ao final requer a correção da multa aplicada, com a redução do seu percentual, para no máximo 20%.

Alega, ainda, a inconstitucionalidade da aplicação da SELIC como taxa de juros moratórios. Aduz que a Lei Federal nº 9.065/95 e a Lei Estadual nº 3.956/81, não podem estabelecer nova modalidade de juros, mas apenas assentar a utilização de uma modalidade preexistente e de natureza moratória, violando, destarte, direitos básicos do contribuinte. Diz, ainda, que cabe aos órgãos administrativos deixar de aplicar lei ou ato normativo flagrantemente inconstitucional e ilegal.

A douta procuradoria do Estado – PGE/PROFIS, em seu Parecer de fls. 223/224, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, aduzindo, em síntese, o que segue:

“...no Recurso Voluntário interposto, o contribuinte apenas repete as alegações da Impugnação e não acrescenta nenhum documento ou produz provas que possam elidir a infração, ou ao menos suportar as alegações. Suas alegações defensivas dizem respeito a apenas considerações de direito quanto à legalidade e a constitucionalidade da normatização e regramento jurídico aplicáveis à substituição tributária, aplicação de multa e incidência da TRD no lançamento de ofício.

Não obstante reconhecer a pertinência da discussão jurídica acerca das questões de direito que envolvem a matéria tributária, a PROFIS optou por travar tais discussões preferencialmente frente ao Poder judiciário, posição que entendo a mais adequada e acato.

Por ultimo, sem nada temos a crescer na perfeita análise procedida pelo Relator da JJF, não vimos pertinência na nulidade alegada pelo autuado.”

VOTO

A empresa ingressou com o presente Recurso Voluntário, visando reformar a Decisão proferida em Primeira Instância, pugnando a nulidade ou o improvimento da ação fiscal de fls. 01/03.

A análise dos autos, observo que a Decisão recorrida não merece qualquer tipo de reparo, vez que fora respaldada na mais lúdima justiça e observando todos os preceitos legais.

Argúi o recorrente a nulidade do Auto de Infração por violação os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Compulsando os autos, observa-se que a Autuação obedeceu todos os procedimentos previstos em lei, senão vejamos: Os motivos da autuação encontram-se devidamente informados “na descrição dos fatos” do Auto de Infração, o autuado acompanhou toda a ação fiscal, recebendo, inclusive cópia da autuação, apresentou defesa contestando todos os pontos da autuação. Diante do exposto afasto a preliminar de nulidade.

Em que pesem as razões do pedido de improcedência da autuação, no que tange à falta de insuficiência de recolhimento de ICMS incidente sobre operações envolvendo mercadorias sujeitas à substituição tributária (infrações 1 e 2), por entendê-las inconstitucional e ilegais, não merecem ser acolhidas por esta Câmara de Julgamento Fiscal, vez que a autuação encontra-se prevista em lei, tendo, inclusive o autuante informado o artigo violado da Lei do ICMS, restando, portanto, descaracterizada a alegação da ilegalidade. Quando à inconstitucionalidade, não compete a este Órgão Julgador declarar a inconstitucionalidade da norma, nos termos do art. 105, I, do COTEB.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade da aplicação da multa, por entender que a mesma possui caráter confiscatório, também não merece prosperar, pois como foi dito alhures, este órgão administrativo não possui competência para analisar a constitucionalidade da norma, nos termos do art. 105, I, do COTEB. No que concerne ao pedido de redução de multa, não acolho a pretensão, vez que a multa ficou devidamente caracterizada, e a contribuinte não preenche os requisitos necessários descritos no art. 158 do RPAF para ter a sua multa reduzida ou dispensada, ou seja, não ficou provado que a infração tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação e que não tenha implicado falta de recolhimento de tributo.

Não merece, ainda, o acolhimento de impossibilidade de utilização da SELIC como taxa de juros moratórios, vez que o assunto encontra-se pacificado em nossos tribunais a sua utilização. Apenas para ilustrar destacamos o julgado abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. REQUISITOS. LIQUIDEZ E CERTEZA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07/STJ. EMBARGOS DO DEVEDOR JULGADOS IMPROCEDENTES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. ICMS. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. PREVISÃO EM LEI ESTADUAL. LEGITIMIDADE.

1. A aferição da certeza e liquidez da CDA ou, ainda, a presença dos requisitos essenciais à sua validade dependem, necessariamente, do revolvimento de matéria fático-probatória. Incidência da Súmula 07/STJ.

2. "É viável a cumulação dos honorários advocatícios fixados na ação de execução com aqueles arbitrados nos respectivos embargos do devedor. (REsp 81.755/SC, Corte Especial, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 2.4.2001)" (REsp 754605/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Seção, DJ 18.09.2006 p. 262).

3. "É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de lei estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos fiscais federais" (REsp n. 623.822/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 12.9.05).

4. Agravo Regimental não provido. (STJ – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 848098 – Segunda turma – Rel. Herman Benjamin – dj. 24.09.2007, p. 275).

Tendo em vista que existe Lei Estadual (Lei nº 3.956/81, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00) prevendo a incidência da taxa referencial SELIC a títulos de acréscimos legais, entendo que não há irregularidade para ser sanada por esta colenda câmara.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **206886.0011/06-2**, lavrado contra **PLASCALP PRODUTOS CIRÚRGICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$328.298,11**, acrescido das multas de 150% sobre R\$311.614,99 e 60% sobre R\$16.683,12, previstas no art. 42, V, “a”, II, “f”, respectivamente, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR

ANA PAULA TOMAZ MARTINS – REPR. DA PGE/PROFIS