

A. I. N º - 206886.0011/06-2
AUTUADO - PLASCALP PRODUTOS CIRÚRGICOS LTDA.
AUTUANTE - JORGE JESUS DE ALMEIDA
ORIGEM - IFEP-DAT/NORTE
INTERNET - 14.05.2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0131-01/07

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 Conselho administrativo. **b)** IMPOSTO DIFERIDO NÃO RECOLHIDO. Restou comprovada a falta de recolhimento do imposto diferido lançado pelo próprio contribuinte. Infrações caracterizadas. Rejeitada a argüição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/09/2006, imputa ao contribuinte o cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

01. Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, 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.

02. 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 á 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.

O contribuinte apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício(fls.88/124), argüindo preliminarmente a nulidade do Auto de Infração, invocando o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal vigente, os artigos 39 e 18, do RPAF/99, para afirmar que o lançamento não está claro em relação aos fatos geradores que o originou, não preenchendo os requisitos exigidos pela legislação, notadamente na questão da penalidade aplicável, além de não haver qualquer fundamento para a aplicação da multa da forma como ocorreu, conforme diz que demonstrará. Sustenta que o seu direito ao contraditório e a ampla defesa ficou prejudicado, por

ser o lançamento omissو e obscuro em relação aos fatos que deveriam determinar e fundamentar a exigência.

Reporta-se ao artigo 37 da CF, para dizer que cabe a Administração Pública obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, assim como a regra do artigo 142 do CTN, que transcreve. Cita e transcreve ensinamentos do mestre Hely Lopes Meirelles sobre a matéria, bem como a Jurisprudência, inclusive, Administrativa, como o Ac. 303.25.277 - Terceiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda; Ac. 106-2.080; Ac. 106-2.552; Ac. 105-3.199; Ac.102-22.237-Primeiro Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, para reforçar as suas alegações.

Atacando o que denomina de mérito da autuação, aponta a incorreta 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. Cita e transcreve manifestação doutrinária de Roque Antônio Carrazza, para sustentar que para que a incidência do ICMS seja legítima, é necessário que o enquadramento da base de cálculo pelo sujeito ativo mantenha subsunção lógica ou tipicidade com a sua hipótese de incidência constitucionalmente prevista. 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, citando e transcrevendo o artigo 150, § 7º, da CF, lições de Roque Antônio Carrazza e José Eduardo Soares de Melo, asseverar 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 01 e 02) uma vez que esta sistemática de recolhimento é ilegal e inconstitucional.

Prosseguindo a sua peça defensiva, aponta 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.Cita e transcreve o artigo 97, II, do CTN, para reforçar o seu entendimento.

Continuando, refere-se aos princípios gerais da atividade econômica, resguardado na CF, como a livre iniciativa, a livre concorrência e o livre exercício de qualquer atividade econômica, citando e transcrevendo o artigo 170, Parágrafo único, da CF, para dizer que entre os contribuintes deve prevalecer o princípio da livre concorrência, não devendo resultar a fixação dos preços de mercadorias de atos de autoridade, mas, do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado.Acrescenta que é ilegítima a utilização do PMC quando no setor da impugnante é sabido que o referido PMC equivale a um percentual de cerca de 70% do faturamento do setor.Reporta-se ao artigo 150, IV, da CF/88, para dizer que é proibido utilizar-se tributo com efeito de confisco, como enquadra-se o presente caso, citando e transcrevendo decisão do STF no RE nº. 18.331, na qual há citação ao trabalho monográfico do Ministro Bilac Pinto. Cita e transcreve comentário doutrinário de Marco Aurélio Greco, e decisão jurisprudencial do STJ, como o RE n. 2004/0100568-3, RE 2004/0085083-7, AgRg nº. 2002/0132462-0, RO 2001/0065015-0, AgRg nº. 477.831-MG.

Prosseguindo, afirma que a cobrança de multa com caráter confiscatório, ofende as garantias constitucionais, existindo reconhecimento da ilegitimidade de multas absurdamente elevadas por parte do STF, conforme RE Nº. 91.707, RE Nº. 81.550. Cita e transcreve lições de Rui Barbosa Nogueira, para reforçar o seu entendimento, para dizer que a multa deve ser corrigida, sendo facultado ao julgador, diante do fato concreto, o poder de reduzir a multa excessiva aplicada pelo Fisco.

Reportando-se à Taxa Selic, sustenta que esta não pode ser utilizada como taxa de juros moratórios, por ser a Lei 9.065/95 flagrantemente inconstitucional, independentemente de sua declaração como tal por parte do judiciário. Apresenta um histórico sobre a forma como o cálculo era feito antes da criação da SELIC, citando o artigo 3º, I, da Lei 8.218/91, que fazia incidir sobre os débitos de natureza fiscal, juros de mora equivalente a TRD acumulada e, um comparativo como é feito com a Taxa SELIC, referindo-se às espécies de juros, quais sejam indenizatórios, remuneratórios e moratórios. Cita e transcreve lição de Sacha Calmon Navarro Coelho, para dizer que a taxa SELIC não possui natureza de juros moratórios, descabendo a sua aplicação sob pena de ofensa ao conceito jurídico e econômico de juros moratórios, e de ferir o mandamento contido no § 1º do artigo 161 do CTN, que transcreve. Refere-se a lição da ilustre jurista Maria Helena Diniz, que fala sobre o critério hierárquico que é baseado na superioridade de uma fonte de produção jurídica sobre a outra, para sustentar que o CTN é hierarquicamente superior à Lei 9.065/95, devendo prevalecer sobre esta. Reporta-se, ainda, sobre decisões dos Tribunais de Justiça, como o RESP 291257/SC; 2ª T. STJ; TJMG - Processo nº. 1.0024.02.675759-1/001.

Assevera que, não cabe a argumentação acerca da suposta impossibilidade de apreciação, em sede administrativa, de inconstitucionalidade da legislação que fundamenta a exigência fiscal, por não encontrar tal entendimento respaldo na mais abalizada doutrina recentemente professada pelos mais festejados mestres, citando e transcrevendo trechos do voto do Conselheiro Adelmo Martins Silva, no Acórdão nº. 108-01.182, da 8ª Câmara do Primeiro Conselho de Contribuinte.

Finaliza, requerendo que o Auto de Infração seja julgado nulo, ou, no mérito, improcedente.

Na informação fiscal apresentada (fls.143/145), o autuante afirma que não pode prevalecer a preliminar de nulidade arguida pelo contribuinte, tendo em vista que o Auto de Infração nos demonstrativos estão discriminados o valor retido, o saldo a recolher, os recolhimentos efetuados e respectivas diferenças, tanto das retenções sobre as mercadorias como sobre os serviços de transporte.

Quanto às alegações defensivas sobre o mérito da autuação, afirma que a apuração da base de cálculo, ora utilizando-se PMC (Preço Máximo de Venda a Consumidor) ora MVA (Margem de Valor Agregado), foram apuradas pelo próprio contribuinte, sendo os valores transcritos da própria escrituração fiscal do contribuinte, sendo inócuas. Acrescenta que anexou cópias dos livros RAICMS º.s 14 e 15, referentes aos exercícios de 2005 e 2006, onde se verifica que o autuado 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, fls. 9 a 20. Esclarece, ainda, que foram considerados os créditos referentes às devoluções, constantes no livro RAICMS, bem como os recolhimentos individualizados por notas fiscais e efetuados pelo autuado, conforme DAE's e informações do sistema SEFAZ-INC, às fls. 15 a 19, 21 a 26, dos autos.

Prosseguindo, registra a sua estranheza sobre a insurgência do autuado quanto ao valor do débito exigido, tendo em vista que a apuração deste decorreu de sua própria escrituração fiscal.

Finaliza, mantendo integralmente a autuação.

VOTO

O Auto de Infração em lide imputa ao contribuinte o cometimento de infrações à legislação do ICMS, decorrentes de: - falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia; - falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido.

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.

Voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206886.0011/06-2, lavrado contra **PLASCALP PRODUTOS CIRÚRGICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 328.298,10**, acrescido da multa de 150% sobre R\$311.614,99, e

60% sobre R\$16.683,11, prevista no artigo 42, V, “a”, II, “f”, respectivamente, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR