

**A. I. Nº** - 279694.0001/03-9  
**AUTUADO** - NEW HARMONY DIST. DE COSMÉTICOS LTDA.  
**AUTUANTE** - OTÁVIO AUGUSTO LABORDA FERNANDES  
**ORIGEM** - IFEP  
**INTERNET** - 11. 06.2003

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0204-04/03**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Infração comprovada. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária estadual. Rejeitada a preliminar de nulidade. Previsão legal em lei para exigência de multa por infração. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 02/04/2003, exige ICMS no valor de R\$18.832,44, em razão de retenção e não recolhimento pelo autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal em sua peça defensiva, fls. 29 a 41 fez, inicialmente, uma abordagem dos fatos que culminaram com a lavratura do Auto de Infração até a sua ciência em 10/04/2003.

Quanto ao mérito, apresentou os seguintes argumentos para refutar a autuação:

1. Que é ilegal a cobrança do ICMS através do cálculo “POR DENTRO”. Sustenta que o montante do ICMS não pode integrar sua base de cálculo, sob pena de estar ferindo os princípios constitucionais básicos e, conseqüentemente, desvirtuando, por completo, a natureza do tributo. Argumenta que diferente não poderia ser, pois se determinado tributo é instituído para incidir sobre um certo pressuposto fático-jurídico, só pode ser calculado com base neste pressuposto. Segundo o autuado, caso o mesmo seja calculado com base em algo estranho ao pressuposto fático-jurídico previsto, resta concluído que a natureza jurídica do tributo não mais corresponde à definição de sua incidência. Transcreve às fls. 31 a 32 entendimento de autores que indica sobre o tema, além do art. 146 e do seu inciso III, da Constituição Federal, como suporte para o seu argumento;
2. Que tal regra não vem sendo obedecida pelos Estados brasileiros, que adotam equivocada prática, respaldada pela manifestamente inconstitucional Lei Complementar nº 87/96, oportunidade que reproduziu o teor do seu § 1º e seu inciso I, do art. 13, em apoio ao alegado. De acordo com o autuado, resta ferida, portanto, a regra-matriz constitucional do tributo, sendo que a base de cálculo do ICMS deve guardar alguma referibilidade com a mercadoria ou operação realizada, sob pena de desvirtuamento de sua essência, que não pode conter elementos estranhos. Salienta que a única base de cálculo possível para o ICMS incidente sobre operações mercantis é o “valor de que decorrer a saída da mercadoria”. À fl. 33 apresenta um exemplo, segundo o qual a adição do próprio imposto à sua base de cálculo, tal qual exigida pela Lei Complementar nº 87/96 altera a alíquota do tributo;

3. Que além do acima exposto, a Carta Magna de modo geral não permite a instituição de “impostos sobre impostos”, à exceção da contribuição social sobre o lucro, nela expressamente prevista, o que não ocorre no caso da cobrança do ICMS, que, de modo cristalino, traduz-se em bi-tributação. Para embasar a sua alegação, transcreve entendimento de magistrado e de autor que indica sobre a matéria;
4. Que é ilegal a cobrança de valores a título de multa de mora a empresa, equivalente a 150% do valor do débito principal, cuja multa é confiscatória. Diz que num sistema em que há previsão de juros e correção monetária, a imposição de multas por demais elevadas leva ao verdadeiro confisco do patrimônio do contribuinte, oportunidade em que reproduziu às fls. 36 a 40 opinião e entendimento de autores que indica, bem como de decisão de tribunal sobre o tema. Requer seja excluída a multa moratória de 150% aplicada ao débito principal apurado no presente lançamento e, caso não seja atendido, sua redução a patamares mais acessíveis, como por exemplo, ao valor de 1%, haja vista que o crédito impugnado já sofre a incidência de juros e correção monetária.

Ao finalizar, requer a decretação da nulidade do Auto de Infração.

O autuante ao prestar a sua informação fiscal, fls. 76 a 77 dos autos descreveu, inicialmente, os termos da acusação fiscal, bem como fez um resumo das alegações defensivas.

Sobre a impugnação do autuado, assim se manifestou:

1. Quanto a alegação de inconstitucionalidade, diz que não poderá ser apreciada na esfera administrativa, conforme preceitua o art. 125, da Lei nº 3.956/81(COTEB);
2. Que a forma de cobrança do imposto foi com base na legislação vigente;
3. Que o ICMS cobrado neste PAF, refere-se apenas ao imposto em que o contribuinte efetuou a retenção do ICMS substituição tributária, nas operações de vendas para contribuintes localizados na Bahia e não efetuou o devido recolhimento ao Estado, apropriando-se indevidamente e de forma ilegal;
4. Com referência ao percentual de multa aplicada, aduz que não poderia ser diferente, tendo em vista que a atividade de auditoria pública é desenvolvida de forma totalmente vinculada à legislação pertinente, não cabendo margem para negociação nem modificações baseadas em opiniões subjetivas de qualquer natureza;

Ao concluir, diz ratificar a autuação fiscal e solicita o julgamento procedente do Auto de Infração.

## **VOTO**

O fundamento da autuação foi em razão do autuado não efetuar o recolhimento do imposto retido na fonte, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte neste Estado.

Inicialmente, afasto a preliminar de nulidade requerida pelo sujeito passivo ao final de sua defesa, pois não fundamentada. Ademais, observei que o presente lançamento não se enquadra em nenhum dos incisos e suas alíneas do art. 18, do RPAF/99.

Adentrando no mérito da autuação e após analisar as peças que instruem o PAF, constata-se razão não assistir ao autuado, uma vez que se limitou a alegar a inconstitucionalidade da legislação do ICMS, ao incluir na sua base de cálculo o próprio imposto.

Acerca do assunto, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, razão pela qual não acolho o argumento defensivo, para elidir a autuação.

Assim sendo, considero caracterizada a infração, pois restou comprovado nos autos que o autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, reteve o imposto dos adquirentes das mercadorias localizados neste Estado e não efetuou o seu recolhimento à Fazenda Estadual.

Quanto ao pedido do autuado, em que requer a redução da multa aplicada de 150% para o patamar de 1%, deixo de atender, por falta de respaldo na legislação do ICMS, cuja multa está prevista no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7014/96.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279694.0001/03-9**, lavrado contra **NEW HARMONY DIST. DE COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.832,44**, sendo R\$13.980,15 atualizado monetariamente, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a”, da Lei n 7014/96 e dos acréscimos moratórios e R\$4.852,29, acrescido de idêntica multa, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR