

PROCESSO	- A. I. Nº 206844.0004/02-0
RECORRENTE	- COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0074-02/03
ORIGEM	- INFAZ SIMÕES FILHO
INTRANET	- 07.07.03

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0049-12/03

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS COM CERVEJAS E REFRIGERANTES PRATICADAS POR ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL, NA CONDIÇÃO DE CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. FALTA DE INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DOS ENCARGOS FINANCEIROS COBRADOS DO DESTINATÁRIO. IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOS. Compõem a base de cálculo do ICMS, a título de despesas acessórias, os encargos financeiros debitados pelo contribuinte ao destinatário das mercadorias. Infração subsistente. Previsão legal para a multa aplicada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, por intermédio do seu patrono, em relação à Decisão pertinente ao Acórdão JJF nº 0074-02/03 que julgou Procedente o Auto de Infração em referência.

O mencionado Auto de Infração foi lavrado para exigir o pagamento do ICMS na quantia de R\$126.156,73 sendo imputada ao recorrente a seguinte infração: *“Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, em virtude de não ter incorporado o valor dos encargos financeiros debitados aos adquirentes neste estado, na Base de Cálculo do ICMS-ST. Registramos que tais encargos financeiros foram normalmente incorporados para efeito do ICMS próprio incluso no preço”*.

Objetivamente, a 2ª JJF decidiu a lide nos termos abaixo transcritos:

“(…)

Da análise das preliminares de nulidade do Auto de Infração, argüidas pelo autuado, depreende-se que as mesmas são impertinentes, uma vez que a lavratura do Auto de Infração é de competência privativa dos Auditores Fiscais, podendo ser lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fiscal ou no local onde se verificar ou apurar a infração, consoante art. 42 e art. 39, § 1º, ambos do RPAF, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99. Assim, os meios e os procedimentos foram restritos ao princípio da legalidade e ao direito de defesa do autuado, uma vez que o ato foi praticado por

servidores competentes, contendo elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, do que foi proporcionado ao sujeito passivo amplo direito de defesa.

Em seguida, questiona o recorrente a legalidade da inclusão na base de cálculo do imposto ICMS-ST dos encargos financeiros, por entender que se referem única e exclusivamente ao custo de oferecimento do crédito, não se configurando como fato gerador do imposto.

Observa-se que a alínea “a” do inciso II do § 1º do artigo 13 da Lei Complementar nº 87/96, assim como a alínea “a” do inciso II do § 1º do artigo 17 da Lei nº 7.014/96, estabelecem que o valor correspondente a: seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas pelo contribuinte aos destinatários das mercadorias, bem como descontos concedidos sob condição, integram a base de cálculo do imposto do ICMS. Determinação esta reiterada no parágrafo primeiro da cláusula quarta do Protocolo ICMS 10/92, cujos Estados da Bahia e de São Paulo são signatários, o qual dispõe sobre a substituição tributária nas operações com cervejas e refrigerantes.

Assim, não resta dúvida sobre o acerto da exigência fiscal, conforme previsão legal específica, não incluindo na competência dos órgãos julgadores do CONSEF questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida, consoante art. 167, inciso II, do RPAF, no tocante as decisões judiciais citadas pelo defendente.

Por tudo quanto foi exposto, rejeito as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, cujos números apurados na ação fiscal não foram impugnados, entendendo-se como correto o valor exigido.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Inconformado com a Decisão supra o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário onde, após exposição dos fatos, em síntese argüi que a exigência, com base na legislação que mencionou, não pode e nem deve merecer guarida porque:

1 – Ocorre o confisco tributário em relação à multa de 60% aplicada nos termos do art. 42, II “e” da Lei nº 7.014/96, o qual é repellido pelo art. 150, IV da Constituição Federal de 1988, não havendo distinção quanto sua aplicação, a fim de que os direitos e garantias previstos na CF/88 se mantenham incólumes, ao tempo em que a imposição fiscal deve ater-se à capacidade contributiva enquanto que a multa deve ter sua gradação aos elementos de fato. Cita ensinamentos da lavra de eminentes mestres do Direito e Decisões de tribunais superiores.

2 – Alega inconstitucionalidade na exigência da multa estabelecida na intimação que lhe deu ciência da Decisão recorrida, a qual considera extorsiva.

3 – Aduz que a exigência do imposto não pode e nem deve receber guarida ante o disposto no art. 142 do CTN, efetuando, neste sentido, a seguinte reflexão: “o dispositivo legal obriga o sujeito passivo a, privativamente, tudo providenciar, sem ter, inclusive, o condão de delegar encargos e funções” e “fixa as providências do sujeito ativo da relação tributária”.

4 – Acrescenta que se a fiscalização tivesse ocorrido dentro do seu estabelecimento, teriam os autuantes constatado que a base de cálculo indicada em todos os documentos guardam obediência à Súmula 237 do STJ, razão pela qual deve ser revisto o entendimento dos autuantes e dos julgadores já que o encargo financeiro não integra a base de cálculo do imposto. Entende

que, desta forma, os julgadores negaram vigência e eficácia ao art. 142 do CTN já que fixaram exigência tributária embasados em presunções inadmissíveis.

5 – Em conclusão pede o cancelamento e o arquivamento do procedimento fiscal sob o argumento de que a base de cálculo utilizada guarda obediência à Súmula nº 237 do STJ, que a multa confiscatória é indevida e inconstitucional e pede que as notificações, intimações e avisos concernentes aos atos processuais praticados neste feito sejam remetidos para o escritório dos seus advogados, o qual indica.

A douta PROFAZ emitiu o Parecer de fl. 366 onde opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário por entender que os argumentos do recorrente não conseguem elidir a ação fiscal vez que a base de cálculo utilizada para substituição tributária está em desacordo com a legislação pertinente que determina a inclusão de todas as despesas como seguro, frete, encargos, descontos condicionais, etc. Acrescenta que a jurisprudência pátria tem se manifestado nesse sentido, destacando Decisões concernentes ao tema e, por fim, destaca que a multa aplicada é a prevista para a situação em foco e está prevista em lei, não cabendo ao CONSEF a apreciação de inconstitucionalidade.

VOTO

Analisarei, de início, as questões suscitadas em preliminar pelo recorrente. Nesta ótica observo que a alegação de confisco em relação à multa de 60%, aplicada pelo descumprimento da obrigação principal, não se confirma na medida em que esta possui previsão legal no Código Tributário do Estado da Bahia e não existe declaração da sua inconstitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal, único órgão com capacidade para tal fim. Aliás, o próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/Ba, torna claro, em seu artigo 167, que *“não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade”*.

A menção de que a fiscalização não ocorreu no recinto do seu estabelecimento, também não se sustenta, pois a fiscalização foi iniciada no escritório central do estabelecimento autuado, conforme comprova o Termo de Início de Fiscalização assinado por preposto do recorrente, doc. fl.12, enquanto que o Auto de Infração poderá ser lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária, conforme o presente, ou no local onde se verificar ou apurar a infração. Portanto, está em consonância com o estabelecido no § 1º, art. 39 do RPAF/Ba.

No tocante ao procedimento fiscal, este está de acordo com o previsto pelo art. 142 do CTN, pois foi verificada a ocorrência do fato gerador, a infração está determinada e comprovada nos autos, o montante do tributo devido foi estabelecido de acordo com a norma legal pertinente, o sujeito passivo está corretamente identificado e a multa aplicada possui previsão legal.

Por outro lado, observo que a exigência fiscal decorreu da falta de inclusão na base de cálculo para a substituição tributária dos encargos financeiros debitados ao destinatário, valor este destacado no próprio documento fiscal e incluído no total da operação. Importante observar que o procedimento do contribuinte não é uniforme: para o cálculo do imposto normal incidente sobre a operação de venda, o qual é recolhido para o Estado de São Paulo, o ICMS está incluído na base de cálculo, conforme se comprova, sem qualquer dúvida, nas cópias reprográficas das notas fiscais acostadas aos autos, porém, quando se trata do cálculo da substituição tributária, para a mesma operação e nota fiscal, cujo imposto é devido ao Estado da Bahia, o recorrente não inclui os encargos financeiros na base de cálculo da substituição tributária. Este procedimento

irregular, afronta o previsto no § 1º da Cláusula Quarta do Protocolo ICMS nº 10/92, que trata da base de cálculo das operações com cervejas e refrigerantes, norma esta que é a que deve ser observada para as operações em tela, as quais não foram cumpridas pelo recorrente. Portanto, a exigência tributária não está fixada em presunção e sim em fatos concretos e calcada em normas legais vigentes. É oportuno observar que os Estados da Bahia e São Paulo são signatários do Protocolo ICMS nº 10/92 enquanto que o recorrente é contribuinte regularmente inscrito no Estado da Bahia na condição de substituto tributário.

Por todo o exposto, concluo que os argumentos apresentados pelo recorrente, em sua totalidade, são ineficazes a proporcionar alteração ou modificação no julgado e, desta maneira, acolho o opinativo da douta PROFAZ e voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente 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 **206844.0004/02-0**, lavrado contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$126.156,73**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala de Sessões do CONSEF, 16 de Junho de 2003.

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFAZ