

PROCESSO - A. I. Nº 129712.0001/10-2
RECORRENTE - LOJAS AMERICANAS S/A.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0100-05/11
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 27/12/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0433-12/11

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Exigência do imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, ou seja, sobre as operações de saídas, cuja diferença constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão de documento fiscal. Insuficientes às razões de defesa para elidir a imputação. Exigência subsistente. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO NAS OPERAÇÕES DE SAÍDAS ESCRITURADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Juros ou encargos financeiros, decorrentes das vendas financiadas com Recursos próprios, devem incidir tributação do ICMS, por integrar a base de cálculo do imposto, conforme previsão legal. Exigência subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou pela total Procedência do Auto de Infração, exigindo do autuado o valor total de R\$802.248,81, acrescido da multa de 60% e 70%, previstas no art. 42, II, “a”; VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, além dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o recorrente em 31/03/2010 decorre de quatro infrações, entretanto, apenas as infrações 1 e 2, abaixo transcritas, são objeto do Recurso interposto pelo Contribuinte, como segue:

***Infração 01** – Falta de recolhimento do imposto, no valor total de R\$ 395.902,67 (sendo R\$ 86.536,69 no exercício de 2006; R\$ 118.575,81 no exercício de 2007 e R\$ 190.790,17 no exercício de 2008), relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado, mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o valor de maior expressão monetária – o das saídas tributáveis.*

***Infração 02** – Recolhimento a menor do imposto, no valor total de R\$ 239.379,08, em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, uma vez que o contribuinte deixou de incluir na base de cálculo do ICMS o valor cobrado a título de encargos (juros e acréscimos moneários) nas vendas de mercadorias a prazo financiadas pelo autuado.*

Da apreciação dos argumentos defensivos e manifestações do fiscal autuante, via informação fiscal, a 5ª JF, à unanimidade, decidiu pela Procedência da autuação com os argumentos e fundamentos que abaixo transcrevo:

“...

Quanto à primeira infração, na qual se exige o ICMS no montante de R\$ 395.902,67, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, verifico que a auditoria de estoque foi

realizada nos exercícios de 2006 a 2008, cujo levantamento se baseou nos dados fornecidos pelo próprio contribuinte através dos arquivos magnéticos SINTEGRA, em cumprimento às exigências legais do Convênio ICMS 57/95, tendo a aludida auditoria de estoque sido fundamentada em levantamentos de estoques iniciais e finais, entradas e saídas por espécie de mercadorias, consoante mídia eletrônica (CD-R), com todos os arquivos que embasaram o levantamento de estoque, diversos demonstrativos e levantamentos apensados aos autos, os quais foram entregues ao sujeito passivo, conforme fls. 26 a 89 e 235 a 237 do PAF.

Contudo, o autuado não apresentou, provando através de documentos, qualquer equívoco cometido no levantamento fiscal, limitando-se apenas, às alegações infundadas a exemplo de “...que o Sr. Agente Fiscal lavrou o presente Auto de Infração analisando tão somente o Inventário de Estoque da Defendente”; “...alguns valores relativos aos encargos financeiros incidentes nas operações de vendas a prazo efetuadas pela Defendente foram destacados em notas individuais e indevidamente compreendidos pelo Sr. Agente Fiscal como **saídas sem a devida emissão da nota.**”; “Com efeito, a fiscalização realizada abandonou a busca pela verdade real dos fatos, apegando-se a circunstâncias subjetivas não albergadas pela legislação pátria para imputar maliciosamente práticas criminosas à Defendente, desrespeitando o devido processo administrativo...”.

Quanto às alegações de que alguns dos itens compreendidos do levantamento quantitativo de estoque são, na realidade, produtos utilizados nas operações de vendas (“sacolinha camis. 38x45x0.2”); produtos objeto de devolução; produtos com registro da entrada diferido para o início do exercício subsequente, também não foram documentalmente comprovadas, para análise de seus efeitos, apesar das promessas do defendente, a exemplo de “conforme se depreende das notas fiscais que serão oportunamente apresentadas” e “notas fiscais oportunamente colacionadas”.

O artigo 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação, cujos documentos encontravam-se, à época, na posse do contribuinte.

Assim, como se tratam de alegações sem a devida comprovação e não tendo o sujeito passivo demonstrado à existência de qualquer equívoco cometido pelo autuante, entendendo insuficientes as razões de defesa para elidir a acusação fiscal, a qual está fundamentada em demonstrativos onde constam números apurados na própria escrita do contribuinte, cujos demonstrativos foram entregues cópia ao autuado. Logo, concluo como verdadeiros os números apurados no levantamento fiscal e, em consequência, subsistente a primeira infração.

Em relação à segunda infração, decorrente da constatação de que o contribuinte deixou de incluir na base de cálculo do ICMS o valor cobrado a título de encargos nas vendas de mercadorias a prazo financiadas pelo próprio contribuinte, consoante fls. 91 a 145 e 239 a 267 dos autos, verifica-se que os débitos reclamados se referem à exigência do ICMS incidente sobre os encargos financeiros cobrados ao consumidor final, cuja constatação foi ratificada pelos documentos apensados pelo autuado.

Em sua defesa, o sujeito passivo sustenta que não deva incidir o ICMS sobre operações nitidamente financeiras, devendo restringir sua incidência às operações comerciais, pois os valores auferidos, em razão do pagamento financiado, não têm qualquer relação ao ato jurídico tributário, por se tratarem de meros acréscimos decorrentes do financiamento praticado com Recursos próprios, não encontrando guarida na previsão constitucional de incidência do gravame, conforme previsto no art. 155, II, da Constituição Federal, do que afirma que não houve recolhimento a menor do ICMS.

Devo ressaltar que o citado dispositivo constitucional invocado pelo apelante não trata da base de cálculo, como requer o caso concreto, mas, sim, da competência dos Estados e do Distrito Federal para instituir o imposto sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

A definição da base de cálculo do ICMS é matéria reservada à Lei Complementar, em face da dicção do art. 146, III, “a”, da Constituição Federal, conforme a seguir transcrito:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

Por sua vez, a Lei Complementar nº. 87/96, em seu art. 13, I, c/c § 1º, II, “a”, dispõe que a base de cálculo do imposto na saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte é o valor da operação, sendo que integra a base de cálculo do imposto o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição.

Tal disposição legal também é prevista no art. 17, I, c/c § 1º, II, “a”, da Lei Estadual nº. 7.014/96, assim como no art. 54, I, “a”, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Logo, devem-se aplicar os dispositivos normativos específicos ao caso concreto, pois a Decisão judicial trazida pelo defendente não tem um caráter vinculante para o Estado da Bahia.

Quanto à informação de suposta proposta de demanda declaratória, com pedido do creditamento extemporâneo dos valores indevidamente recolhidos a este título, restando a aludida demanda pendente de julgamento no Poder Judiciário, mais uma vez o autuado não comprova sua alegação.

Sendo assim, considero como correto o valor de R\$ 239.379,08, exigido na segunda infração.

(...)

Por fim, no tocante à alegação de ser a multa aplicada confiscatória e desproporcional, o que contraria o art. 150 da Constituição Federal, há de se esclarecer que as multas de 60% e 70% são as legalmente previstas aos casos concretos, consoante art. 42, incisos II, alínea “a”, VII, alínea “a”, e III da Lei nº. 7.014/96.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo homologar as importâncias já recolhidas.”

Protocolizado Recurso Voluntário tempestivo, colacionados às fls. 421/440, de início, tratando do destaque dos encargos financeiros incidentes nas vendas a prazo realizadas pelo contribuinte, bem como da utilização de materiais consumidos na operação de venda, aduz que a acusação fiscal contraria os fatos.

Relativamente à infração 1, diz que alguns produtos descritos na autuação e que indicam suposta saída não comprovada, em verdade, são produtos utilizados nas operações de venda da Defendente - uso e consumo. A título de exemplo cita o produto “sacolinha camis. 38X45X0.2”, cadastrado sob o código 6000004, onde se observa a entrada de 288 unidades e nenhuma saída registrada.

Relativamente à infração 2, diz que foi indevidamente autuada por cumprir os ditames da legislação do ICMS Baiano, art. 416 do RICMS, que prevê a forma de lançamento e emissão de nota fiscal dos encargos financeiros existentes nas vendas a prazo. Nesta senda, afirma que a discrepância de valores destacados no lançamento, consoante leitura do “Levantamento Quantitativo - Relação de Cupons Fiscais” chega a 90% do montante original, entretanto, o agente do fisco lavrou a autuação tendo como base seu Inventário de Estoque.

Aduz que no exercício da sua atividade faz-se necessário à utilização de sacolas plásticas para a entrega do bem comercializado ao consumidor final, o que faz com que os referidos produtos não possam ser motivo de autuação em razão de saídas não comprovadas de mercadorias.

Afirma que uma análise mais acurada do “Livro de Registro de Entrada ou dos próprios cupons fiscais colacionados aos autos comprovaria, à saciedade, a ocorrência de tais fatos devidamente previstos e regulamentados na legislação vigente”.

Afirma que em nenhum momento realizou venda de mercadoria sem a emissão de notas fiscais. Diz que uma fiscalização mais atenciosa apuraria, com facilidade, a situação que descreve. Assevera que “... apesar de incomum, não traz qualquer prejuízo aos cofres públicos, nem configura qualquer tentativa do recorrente de fraudar a legislação tributária”.

Ressalta que o CONSEF decidiu, em caso análogo, e na busca da verdade material, determinar a devida “análise dos fatos e dos documentos disponíveis pelo Agente Fiscal”. Cita e transcreve decisões deste CONSEF.

Afirma que a fiscalização que redundou na autuação em discussão abandonou a busca pela verdade dos fatos, apegando-se a circunstâncias subjetivas, ilegais e inconstitucionais (art. 5º, LIV e LV, da CF/88), para acusar o recorrente de práticas criminosas. Cita Alberto Xavier.

Afirma que “a verdade real dos fatos prepondera sobre potenciais irregularidades formais, afastando a exigência de tributo que, na verdade, só foi caracterizada formalmente pela omissão no exercício dos deveres e das funções públicas do sr. Agente Fiscal que sequer concedeu

mínima oportunidade para o recorrente demonstrar os fatos narrados”. Discorre a respeito da busca da verdade material, citando mais uma vez Alberto Xavier, para afirmar que as supostas irregularidades apontadas nas infrações que combate são resultado do despreparo da fiscalização que não exauriu a realidade dos fatos, optando pela via mais fácil e condenável de supor que o recorrente teria vendido bens sem nota fiscal. Diz da imprescindível realização de novas diligências com o fito de se buscar a verdade dos fatos.

Adentrando as razões de improcedência do Auto de Infração, diz que alguns dos valores destacados pelo Fiscal autuante como saída não comprovada, referem-se a devolução de mercadorias com o devido lançamento contábil. Cita e transcreve os artigos 651, 652 e 653 do RICMS/BA para dizer que a operacionalização da devolução da mercadoria, na hipótese de venda de produto a não contribuinte do ICMS, são:

“a) emissão de nota fiscal de entrada em nome do próprio estabelecimento, indicando os dados necessários à identificação da nota fiscal de saída da mercadoria e da pessoa que devolveu o bem;

b) efetivação do devido registro de entrada nos livros contábeis correlatos.”

Diz que cumpridos os deveres instrumentais acima citados, restarão anuladas as operações efetuadas e alguns dos respectivos efeitos tributários. Afirma que comprovará suas alegações com a juntada oportuna de notas fiscais.

Referindo-se à hipótese de terem ocorrido pequenos erros formais quando da emissão das notas fiscais que representaram a devolução das mercadorias, salienta que tais *“equívocos não maculam o direito ao crédito exercido e, muito menos, tornam viciada a totalidade da escrituração contábil efetuada”*. Cita e transcreve trecho da obra do professor Roque Antônio Carraza e Decisão do STJ (REsp 246134/MG), para afirmar que aquele egrégio Tribunal também se posicionou no sentido da manutenção do direito ao crédito nas hipóteses de boa-fé do contribuinte, como entende ser o caso.

Pugna pela realização de novas diligências de maneira a se analisar operação por operação, os eventos imputados como infração, caso entenda este Conselho de Fazenda que a documentação apresentada não exauriu a comprovação da regularidade dos procedimentos adotados pelo recorrente.

Com respeito às operações realizadas no final de um exercício e escrituradas no ano seguinte, diz que apesar de o fiscal autuante haver indicado a localização de supostas divergências referentes a uma série de produtos sem as devidas escriturações das operações efetivamente realizadas, a realidade dos fatos apontam para outra direção. Explica que ao final de cada ano, em razão do vertiginoso aumento das suas vendas, adquire um volume significativo de produtos visando suprir tal demanda, e neste sentido, por questões operacionais e procedimentais, *“não efetuou o registro das entradas das mercadorias no mês do ingresso efetivo, diferindo o lançamento para o início do exercício subsequente, conforme se depreende das notas fiscais que serão oportunamente apresentadas, no qual a escrituração do ingresso se operou no exercício seguinte”*. Frisa que *“EM MOMENTO ALGUM HOUVE A EFETIVAÇÃO DE VENDA DE MERCADORIAS SEM NOTA FISCAL...”*.

Assevera que *“qualquer fiscalização com um pouco mais de atenção ou de competência apuraria facilmente a situação deste desencontro temporal entre a escrituração da nota de aquisição em face da nota de saída da mesma mercadoria, o que, apesar de incomum, não traz qualquer prejuízo aos cofres públicos, nem configura qualquer tentativa do recorrente de fraudar a legislação tributária”*. Afirma que a contrario sensu, a escrituração a posteriori da entrada de mercadorias no respectivo livro fiscal beneficia o Erário na medida em que determina o diferimento do desconto do crédito do ICMS. Ressalta que o TIT/SP tem afastado a imputação de multa na hipótese de inexistência de prejuízo ao erário – transcreve.

Garante que cumpriu todas as suas obrigações tributárias, inclusive as formais, pedindo a improcedência da autuação.

Tratando do que entende ser seu direito ao crédito de ICMS incidente sobre os encargos financeiros praticados nas vendas a prazo, financiadas com recursos próprios, o recorrente inicia sua abordagem dizendo que dentre os seus objetivos sociais, há a previsão de vendas à vista e também a prazo, que podem ser financiadas, através de recursos próprios ou de terceiros. Assevera que os acréscimos financeiros incidentes sobre as vendas financiadas, recebidos pelo recorrente após a venda da mercadoria, não representam base de incidência do ICMS, pois, no seu entendimento, o ICMS é um imposto que tem como fato gerador a operação relativa à circulação de mercadorias e a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, fornecimento de mercadorias com prestações de serviços, e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Diz que a impossibilidade da cobrança do ICMS sobre valores oriundos de acréscimos/encargos financeiros é reflexo de entendimento doutrinário acerca do momento em que ocorre a subsunção do fato à norma. Transcreve o art. 116, do CTN e cita o art. 155, XI, da CF/88 para corroborar seu entendimento de que os valores auferidos em razão do pagamento financiado não têm qualquer relação ao ato jurídico tributário. Afirma que com o fito de *“afastar a inconstitucional exigência da exação em testilha, propôs demanda declaratória (documentos inclusos), com pedido do creditamento extemporâneo dos valores indevidamente recolhidos a este título, restando a aludida demanda pendente de julgamento no Poder Judiciário”*. Afirma que o STF já analisou a matéria e, ao julgar o RE nº 101.1 03-0/RS, entendeu que estaria ocorrendo uma distorção caso fosse admitida a incidência do ICMS sobre os encargos financeiros. Cita trecho do voto do Ministro Aldir Passarinho.

Aborda o princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, CF/88), ao ser ver violado, para dizer que mantida a autuação, ela, recorrente, arcará com o ônus do tributo em valor superior àquele suportado na venda à vista, restando evidente que a cobrança do ICMS sobre os acréscimos financeiros não corresponde à base de incidência do imposto e nem à riqueza auferida.

Aborda também o princípio da isonomia (art. 5º, *caput* e 150, XI, da CF/88), referindo-se às vendas com cartões de crédito, que não obstante possa ser chamado de venda à vista é, em verdade, uma venda financiada, geralmente da própria loja ou de empresa a esta conveniada. Afirma que tais vendas também embutem encargos financeiros, sem que tais recolham ICMS sobre tais operações, tudo em razão do entendimento de que estes encargos não fazem parte da operação mercantil que realizaram.

Com fundamento na interpretação dos dispositivos constitucionais que regulamentam a exigência do ICMS, no entendimento firmado pelo STF e pelo STJ (Súmula nº 237), e em respeito aos princípios da isonomia e da capacidade contributiva, pede a improcedência do Auto de Infração em tela.

Por derradeiro, cuidando do que nomeou multa confiscatória e desproporcional, discorre longamente para imputar às multas aplicadas caráter predatório e de excesso arrecadatário que extrapola a atividade do Fisco. Cita o art. 150, IV da CF/88, referindo-se ao ataque perpetrado pelo fisco a seu direito de propriedade, insculpido no art. 5º, XXII da CF/88. Cita doutrina.

Referindo-se à dosagem da punibilidade a ser aplicada em virtude de eventual descumprimento de obrigação tributária, diz que a valoração da multa deve estar em consonância com o princípio que veda o confisco na exigência *“exacional”*, de maneira a que se preserve o patrimônio do infrator da obrigação fiscal. Cita doutrina para demonstrar que a aplicação de uma medida de confisco é algo totalmente diferente da aplicação de uma multa. Fala que frente ao caráter confiscatório da multa, cabe redução, em nome dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Afirma que os Tribunais têm reduzido a multa flagrantemente confiscatória a padrões punitivos que não representam enriquecimento ilícito do Fisco. Traz entendimento do STF – Pleno (RE 55.906/SP e RE 57.904/SP)

Pugna pela improcedência de todo o Auto de Infração. Subsidiariamente, requer seja reduzida a multa a “*percentuais condizentes com a situação concreta*”. Protesta pela produção de provas com vistas à comprovação das suas alegações.

A PGE/PROFIS, em Parecer da lavra da Dra. Maria José Ramos Coelho Lins de A. Sento-Sé, fls. 445/447, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, aduzindo que considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido.

De início, observar que as arguições de inconstitucionalidades do recorrente devem ser rechaçadas dada a incompetência deste CONSEF para análise e deliberação acerca da matéria, consoante art. 167, I, do RPAF/99.

Quanto às multas aplicadas no lançamento tributário, assegura a sua legitimidade em razão da previsão contida na Lei nº 7.014/96. Frisa, por oportuno, que o princípio constitucional que veda a criação de tributo, com efeito, confiscatório não alcança as multas, que possuem natureza jurídica diversa do tributo, e têm função nitidamente educativa.

Frisa que o recorrente alega descabimento da cobrança do imposto com fundamento em provas documentais que jamais foram juntadas aos autos, motivo pelo qual entende que resta caracterizada a infração em face da ausência de provas capazes de comprovar erros ou imprecisões no levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias.

Assevera que a rigor do art. 146, III, “a”, da CF/88, caberá à Lei Complementar definir os tributos e os respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes. Assevera também que a LC nº 87/96, em seu art. 13, I, c/c § 1º, II, alínea “a” (dispositivos incluídos na Lei do ICMS da Bahia e no RICMS), determina que a base de cálculo do imposto na saída de mercadoria do estabelecimento de contribuinte é o valor da operação, sendo que integra a base de cálculo do imposto o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição. Nesse sentido, no tocante à infração 2, resta claro que todo e qualquer acréscimo cobrado do destinatário adquirente inclui-se na base de cálculo do ICMS (art. 17, I, c/c § 1º, II, “a”, da Lei Estadual nº 7.014/96 e do art. 54, I, alínea “a”, do RICMS).

Salienta que a Decisão judicial transcrita pelo recorrente tem efeito restrito, inter partes, não alcançando a relação jurídica estabelecida no lançamento tributário em apreço.

Registra que as infrações fiscais em apreço, 1 e 2, estão devidamente tipificadas e comprovadas mediante demonstrativos, notas e levantamentos fiscais elaborados com fundamento nos dados colhidos nos arquivos magnéticos do SINTEGRA e nas cópias do livro Registro de Apuração de ICMS.

Quanto ao pedido de perícia formulado pelo recorrente, entende a ilustre procuradora que deverá ser rejeitado, dado que os elementos trazidos aos autos são suficientes para a formação da convicção dos ilustres julgadores. Lembra que, no caso, descabe a produção da prova pericial, haja vista que os fatos referem-se à escrituração fiscal ou a documentos que estão na posse do sujeito passivo e cuja prova poderia ter sido por ele juntada aos autos.

Sublinha que as alegações recursais que versam sobre a infração 01 devem ser desconsideradas, pois, meras repetições da defesa inicial desacompanhadas das provas materiais, são incapazes de alterar o lançamento.

Com respeito à auditoria de estoque levada a efeito pelo autuante, entende que está fundamentada em levantamentos de estoques finais e iniciais, entradas e saídas por espécie de mercadorias, consoante mídia eletrônica, com todos os arquivos que embasaram o levantamento de estoque, diversos demonstrativos e levantamentos apensados aos autos e devidamente disponibilizados ao contribuinte.

Aduz, como importante ponderação, que o recorrente não comprova a existência de demanda declaratória pendente de Decisão na órbita judicial.

Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O Recurso Voluntário que ora se aprecia cinge-se a duas infrações que exigem do recorrente ICMS em razão da falta de recolhimento do imposto, no valor total de R\$ 395.902,67, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e recolhimento a menos do imposto, no valor total de R\$ 239.379,08, em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

De início, quanto à primeira infração, vejo que o levantamento quantitativo de estoque, por espécie de mercadorias, que deu azo à imputação fiscal derivou de dados fornecidos pelo próprio contribuinte através dos arquivos magnéticos SINTEGRA.

O recorrente se insurge contra a acusação fiscal com o argumento de que em razão da forma de lançamento e emissão de nota fiscal dos encargos financeiros existentes nas vendas a prazo, a divergência de valores lançados chega a 90% do montante original, o que confrontado com os números da autuação que teve alicerce no seu estoque, enseja divergência de mesmas proporções.

Da análise dos fatos e das peças processuais, pude constatar que, independentemente de se discutir a veracidade e procedência das alegações recursais, o recorrente não trouxe aos autos quaisquer elementos que pudessem combater as acusações fiscais feitas pelo autuante, ainda que tenha muito se referido às provas que juntaria em momento oportuno. De todo modo, há que se destacar que a imputação fiscal advém de dados fornecidos pelo próprio recorrente, por via dos dados por ela enviados ao SINTEGRA. Nesse sentido, entendo que não merece reparo a Decisão recorrida, ainda que entenda que a juntada de documentos pertinentes à autuação e juntados pelo autuado pudessem ter o condão de elidir total ou parcialmente a acusação fiscal.

No que se refere à segunda imputação, a contenda tem essência na incidência ou não do ICMS sobre os encargos financeiros cobrados ao consumidor final.

O recorrente, em apertada síntese, entende que o ICMS deve incidir apenas sobre as operações de mercancia, não incidindo, portanto, sobre as operações que nomeou como nitidamente financeiras.

A Decisão recorrida tem fundamento nos preceitos legais contidos na LC nº 87/96, em seu art. 13, I, c/c § 1º, II, alínea "a" e nos art. 17, I, c/c § 1º, II, "a", da Lei 7.014/96 e no art. 54, I, alínea "a", do RICMS.

Na questão que se aprecia, com base nos elementos trazidos ao PAF, e na própria confissão do cometimento da infração apontada, não restam dúvidas quanto ao fato de que se está frente a um ilícito fiscal, dado que os encargos financeiros foram acrescidos ao valor final das vendas promovidas pelo recorrente, razão pela qual devem ser incorporados à base de cálculo do ICMS, por expressa determinação legal. Nessa esteira, também não merece reparo a Decisão recorrida.

Atinente às arguições de inconstitucionalidade, não serão apreciadas por este órgão julgador em razão da sua incompetência, a rigor do art. 167, I, do RPAF/99.

Com respeito às multas aplicadas e incidentes sobre os lançamentos tributários, derivam e tem previsão expressa em Lei – Lei nº 7.014/96. Nesse sentido, em que pese entender estarem as referidas multas em patamar exacerbado, não compete a este julgador discuti-las nem modificá-las. Entretanto, na situação que couber e atendido o contido no art. 169, § 1º, poderá o Contribuinte dirigir Recurso à Câmara Superior, ao apelo da equidade, requerendo a dispensa ou redução de multa por infração à obrigação principal.

Pelo exposto, alinhado com o entendimento exarado pela d. PGE/PROFIS e com fundamento na legislação acima referida, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, mantendo a Decisão recorrida tal como prolatada.

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 **129712.0001/10-2**, lavrado contra **LOJAS AMERICANAS S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$802.248,81**, acrescido das multas de 60% sobre R\$406.346,14 e 70% sobre R\$395.902,67, previstas no art. 42, incisos II, “a”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo-se homologar os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS