

**A. I. Nº** - 129712.0001/10-2  
**AUTUADO** - LOJAS AMERICANAS S.A.  
**AUTUANTES** - MARIA DAS GRAÇAS LEMOS FERREIRA e MARIA CRISTINA ALVES C. SANTOS  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 09.05.2011

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0100-05/11**

**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. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Exigência reconhecida. Infração subsistente. 4. ALÍQUOTAS. ERRO DE APLICAÇÃO NAS OPERAÇÕES DE SAÍDAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração reconhecida. Rejeitados os pedidos de diligência/perícia e de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração, lavrado, em 31/03/2010, para exigir do autuado o ICMS no valor de R\$ 802.248,81, inerente aos exercícios de 2006 a 2008, consoante documentos às fls. 28 a 289 dos autos, as seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – 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 2 – 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.

INFRAÇÃO 3 – Utilização indevida de crédito fiscal, no montante de R\$ 157.491,49, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

INFRAÇÃO 4 – Recolheu a menor ICMS, no montante de R\$ 9.475,57, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, uma vez que o contribuinte fez incidir a alíquota de 17% nas operações de produtos tributáveis a 27%.

O autuado, através de seus advogados legalmente constituídos, apresenta tempestivamente sua defesa, às fls. 291 a 315 dos autos, na qual, inicialmente, pugna pela realização de prova pericial e/ou diligências complementares visando exaurir os fatos alegados na sua defesa, incluindo o contexto probatório apresentado por amostragem, em face da total impossibilidade fática de apresentação das milhares de operações fiscais tipificadas no Auto de Infração guerreado, em ínfimos trinta dias.

Com relação aos encargos financeiros cobrados nas vendas a prazo, destaca que não representa, de modo algum, uma saída de mercadoria. Diz que foi indevidamente autuado por cumprir os ditames da legislação do ICMS baiano (art. 416, II, § 8º do RICMS), que prevê a forma de lançamento e emissão de nota fiscal dos encargos financeiros existentes nas vendas a prazo. Diz que as autuantes lavraram o presente Auto de Infração analisando tão-somente o livro Registro de Inventário (?).

Em relação ao levantamento quantitativo, aduz que alguns dos produtos descritos como saída não comprovada são, na realidade, produtos utilizados nas operações de vendas (uso e consumo), a exemplo de “sacolinha camis. 38x45x0.2”, cadastrado sob código 6000004, no qual houve a entrada de 288 unidades e nenhuma saída registrada. Afirma se tratar de sacolas plásticas para entrega do bem comercializado ao consumidor final.

Assevera que em momento algum houve a efetivação de venda de mercadorias sem nota fiscal, ato completamente ilícito e refutado com toda veemência pelo defendente, e sim o fiel cumprimento do disposto na legislação de regência. Transcreve decisão do CONSEF, em caso análogo, determinando a devida análise dos fatos e dos documentos disponíveis, privilegiando o princípio da verdade material, do que cita doutrina. Assim, entende que as supostas irregularidades apontadas referem-se unicamente ao despreparo da fiscalização que não teve o condão de exaurir a realidade dos fatos ocorridos, do que sustenta ser imprescindível a realização de novas diligências e/ou de perícia visando a obtenção da efetiva apuração dos fatos descritos e das assertivas efetuadas na peça de defesa, em homenagem aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal.

Prosseguindo nas razões de improcedência dos valores destacados como saída não comprovada, também alega a existência de devolução de produtos e o devido lançamento contábil, conforme “notas fiscais oportunamente colacionadas”, do que reitera o pedido de diligência.

Aduziu também, como justificativa das supostas diferenças apuradas, a existência de operações realizadas no final de um exercício e escrituradas no ano seguinte, do que entende ter havido presunção por parte do fisco da realização de vendas sem o devido registro fiscal. Diz que, quando da aquisição de alguns produtos para revenda em dezembro de cada ano, por questões operacionais, a defendente não efetuou o registro da entrada das mercadorias no mês de ingresso efetivo, diferindo o lançamento para o início do exercício subsequente (janeiro), “conforme se depreende das notas fiscais que serão oportunamente apresentadas”. Porém, segundo o autuado, em momento algum houve a efetivação de venda de mercadorias sem nota fiscal.

Em seguida, sustenta que os acréscimos financeiros incidentes sobre as vendas financiadas, recebidos pelo defendente após a venda da mercadoria, não representam base de incidência do ICMS. Diz que a impossibilidade da cobrança do ICMS sobre valores oriundos de acréscimos/encargos financeiros auferidos posteriormente reflete, em verdade, o entendimento da doutrina a respeito do momento em que se ocorre a subsunção do fato à norma, isto é, em que determinado acontecimento fático se subsume a regra-matriz de incidência tributária do ICMS. Aduz que tal entendimento decorre do dispositivo legal contido no art. 116 do CTN. Assim, em observância aos preceitos legais e ao posicionamento doutrinário, uma vez realizada e acabada a operação de compra e venda, há a subsunção do fato ao conceito da norma – “hipótese de incidência” – importando, para efeitos de cálculo do tributo, o valor da mercadoria no momento da compra e venda. Aduz que 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 (art. 155, II, CF).

Registra que, visando afastar a inconstitucional exigência da exação em testilha, propôs demanda declaratória, com pedido do creditamento extemporâneo dos valores indevidamente recolhidos a este título, restando a aludida demanda pendente de julgamento no Poder Judiciário. Informa que a sistemática acima descrita já foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal que ao julgar o Recurso Extraordinário nº. 101.103-0/RS entendeu que estaria ocorrendo uma distorção, caso fosse admitida a incidência do ICMS sobre os encargos financeiros.

Alega, também, violação do princípio da capacidade contributiva, previsto no art. 145, § 1º, da Carta Magna, uma vez que o contribuinte arca com ônus do tributo em valor superior àquele suportado na venda à vista, só vindo a receber por tal venda em trinta dias ou mais.

Sustenta, também, a violação do princípio constitucional da isonomia, previsto nos artigos 5º e 150, II, da Constituição Federal, pois é do conhecimento geral que nem todas as empresas operam com vendas financiadas com recursos próprio da forma acima mencionada, mas por meio de cartão de crédito especial, geralmente da própria loja ou de empresa a esta conveniada, cujas vendas também embutem encargos financeiros, os quais não compreendem da base de cálculo do ICMS, pois existe entendimento de que estes encargos não fazem parte da operação mercantil.

Quanto à terceira infração, o defendente alega sobre a possibilidade do cálculo do crédito do ICMS nas operações sujeitas à substituição tributária, pois nos termos do art. 356, § 3º, do RICMS/BA, excepciona as hipóteses em que os contribuintes poderão calcular o crédito do ICMS, dentre as quais “não sendo o adquirente considerado contribuinte substituído, receber, com imposto pago por antecipação, mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária”, visto que as mercadorias indicadas pelas autuantes ensejam a possibilidade do cálculo do crédito do imposto, uma vez que a defendente não se enquadra como contribuinte substituído.

No tocante à quarta infração, salienta que as autuantes apuraram indevidamente a base de cálculo da incidência tributária, uma vez que não foram considerados os valores já recolhidos com a alíquota indevida, sendo cobrada a totalidade da alíquota aplicável, deixando de efetuar a dedução do montante já recolhido à alíquota de 17%. Assim, requer a nulidade da infração.

Em seguida, aduz ser a multa confiscatória e desproporcional, o que contraria o art. 150 da Constituição Federal, e que cumpre à autoridade fiscalizadora aplicar a multa em percentual que não represente confisco do patrimônio da defendente, sob pena de enriquecimento ilícito do fisco e de violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por fim, requer a insubsistência ou nulidade plena e irrestrita do Auto de Infração e, subsidiariamente, seja reduzida a multa confiscatória aplicada a percentuais condizentes com a situação concreta, como também protesta pela produção de todas as provas em direito, em especial, a juntada de novos documentos e a realização de diligências e/ou perícia, do que anexa, como prova de suas alegações, documentos às fls. 316 a 328 dos autos.

As autuantes, ao prestarem a informação fiscal, às fls. 343 e 346 dos autos, confirmam o procedimento fiscal na sua totalidade pelas seguintes razões:

Em relação à primeira infração aduzem que, apesar de sua contestação, o impugnante não comprovou suas alegações, ao tempo que ressaltam que o trabalho fiscal foi executado com base nos arquivos magnéticos elaborados, retificados e enviados pelo contribuinte, através do SINTEGRA durante o monitoramento ocorrido antes da fiscalização, e demais documentos e livros fiscais, com aplicação de roteiro de auditoria de estoque, demonstrando as omissões encontradas, precisamente às relacionadas às fls. 28 a 89 dos autos, onde discriminaram as mercadorias com as diferenças nas quantidades existentes e que não deixam dúvidas quanto às omissões apuradas. Salientam, ainda, que foram enviados e-mail ao contribuinte, em 01/02/10; 08/02/10 e 14/02/10, conforme fls. 23 e 24 dos autos, com resultados parciais da fiscalização, não tendo o mesmo se manifestado, tendo sido lavrado, em 31/03/10, o Auto de Infração.

Salientam que o contribuinte incorre em erro ao atribuir apuração de irregularidade que não foi objeto da autuação, pois no levantamento fiscal foi considerado o valor da omissão de saída, já que foi maior do que a omissão de entrada. Assim, a alegação de fls. 294 dos autos de que “é necessário destacar a discrepância de valores destacados no lançamento efetuado, consoante

*leitura do “Levantamento Quantitativo – Relação de Cupons Fiscais” lavrado pelo Sr. Agente Fiscal”, segundo as autuantes, não procede porque o mesmo se baseou em demonstrativo diverso do que foi levado a termo.*

Destacam que, quanto ao argumento de que alguns dos produtos descritos como saídas não comprovadas são de uso e consumo, a exemplo de “sacolinha camis 38x45x0.2”, cadastrado sob código 6000004, foi lançada pelo contribuinte com o CFOP 2152 (transferência para comercialização), não havendo possibilidade de diferenciá-lo, no levantamento quantitativo, dos demais itens descritos como sacola ou sacolinha, pois identificaram 313 registros do produto sacolas, com códigos diversos, a exemplo: Sacola Média Jubilee, código 4065963; Sacola de Presente Média Importada, código 2109180; Sacola Grande Natal c/ Dourada/Prata, código 21106836, todas devidamente lançadas no CFOP 2152. Por fim, as autuantes aduzem que o impugnante não prova se tratar de material de consumo.

Inerente à alegação de existência de devolução de produtos, dizem que, muito embora o contribuinte aduza que iria trazer aos autos documentos comprobatórios demonstrando que na omissão de saídas constam valores referentes à operação citada, não o fez, prejudicando, assim, sua pretensão de invalidar o trabalho apurado pelo fisco.

Com relação à alegação de que tiveram operações realizadas no final de um exercício e escrituradas no ano seguinte, entendem as autuantes que tal procedimento só ratifica os números encontrados no levantamento fiscal e que mais uma vez o autuado diz que apresentará oportunamente nota fiscal, do que classificam como “argumento meramente protelatório”.

No tocante à segunda infração, dizem as autuantes ser frágil o argumento defensivo de que “*os encargos financeiros incidentes sobre as vendas financiadas recebidas pelo Defendente após a venda da mercadoria, não representam base de incidência do ICMS*”, uma vez que a Lei Complementar nº 87/96, em seu art. 13, § 1º, inciso I, alínea “a”, dispõe que o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição, integra a base de cálculo do imposto. Salientam que esse dispositivo foi recepcionado pela Lei nº 7.014/96, no art. 17, § 1º, e, através do art. 54, I, “a”, pelo RICMS/97. Portanto, fica claramente entendido que os encargos financeiros suportados com recursos próprios representam custo de venda da mercadoria, mesmo porque são ajustados no exato momento da ocorrência do fato gerador, devendo, assim, ser incorporado à base de cálculo do ICMS. Destacam que, no caso do autuado, os valores de encargos são acrescidos ao valor final da venda, conforme demonstram cópias dos cupons fiscais extraídos dos ECF anexados às fls. 239 a 267.

Em relação à terceira infração, as autuantes aduzem que não procede a abordagem apresentada pelo autuado, porque a Bahia não é signatária de Convênio/Protocolo com o Estado de Pernambuco, relativamente aos produtos objeto da autuação (bombons, chicletes, CD, DVD, chinelos, etc...). Salientam que, como se pode constatar através das notas fiscais às fls. 270, 274 e 278, os produtos sujeitos à substituição tributária foram recebidos pela destinatária sem destaque do ICMS substituição e cuja saída foi efetuada sem tributação. Caso tivesse havido retenção nas vendas pelo remetente localizado em Pernambuco, caberia ao autuado buscar o ressarcimento como previsto na cláusula 3ª do Convênio ICMS 81/93. Portanto, o creditamento é indevido, prevalecendo a exigência do imposto.

Por fim, quanto à quarta infração, relativa a erro na aplicação da alíquota, aduzem que, apesar de o contribuinte reconhecer a irregularidade ao aplicar à mercadoria alíquota menor que a devida, não procedeu ao recolhimento do débito confesso.

Às fls. 348 a 355 do PAF constam extratos do pagamento relativo às infrações 03 e 04.

À fl. 370 dos autos, através do seu procurador, o autuado faz a juntada, conforme documentos às fls. 372 a 388, da guia comprobatória do recolhimento parcial do débito exigido na presente demanda, com as reduções previstas na Lei nº 11.908/10, relativamente às infrações descritas nos itens 03 (utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente às mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária) e 04 (recolhimento menor de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas), como também da documentação comprobatória do destaque dos encargos financeiros incidentes nas

vendas a prazo realizadas pelo contribuinte, nos moldes previstos no art. 416 do RICMS, o que, segundo o autuado, comprova a regularidade do procedimento adotado, afastando as assertivas das autuantes consistentes na venda de mercadorias sem o devido lançamento contábil.

À fl. 394 dos autos, o então relator, diante dos novos documentos juntados pelo autuado, encaminhou o PAF para as autuantes se manifestarem acerca das alegações e das provas documentais trazidas pelo autuado. Estas, por sua vez, à fl. 396, informam que os novos documentos apresentados pelo contribuinte, constantes das fls. 375, 379, 383, 385 e 387, só vêm confirmar a não inclusão na base de cálculo do ICMS dos valores cobrados a título de encargos (juros e acréscimos monetários), conforme demonstrado nos referidos documentos denominados de “RELATÓRIO DE NOTA POR ITEM”, que trazem discriminadamente a forma de contabilização dos encargos. Assim, concluem as autuantes que, apesar de o contribuinte ter contabilizado o valor do encargo, não o oferece à tributação, pois o valor do ICMS e alíquota correspondente é zero, quando o procedimento correto seria a soma dos valores do produto e do encargo vezes a alíquota de 17%, o que resultaria no valor correto. Assim, reafirmam os termos da autuação no que se refere à infração 02, no montante de R\$ 239.379,08, pela não inclusão na base de cálculo do ICMS a título de encargos nas vendas de mercadorias a prazo financiadas pelo autuado.

Intimado a tomar ciência da conclusão da diligência, para querendo se manifestar, o autuado não se pronuncia.

## VOTO

Da análise das peças processuais verifico que, apesar de o lançamento de ofício consignar quatro infrações, a lide se restringe, unicamente, às duas primeiras infrações, uma vez que o contribuinte reconheceu e recolheu, integralmente, o montante exigido na terceira infração e confessou parcialmente a quarta infração ao reconhecer que *“Na verdade, o débito da Defendente consiste na diferença do valor pago com a alíquota reduzida no montante efetivamente devido, perfazendo esse percentual de 10% (dez por cento) o que foi indevidamente indicado na autuação efetuada”* e, em seguida, recolheu o imposto relativo à alíquota de 25%, consoante fls. 348 a 355, remanescendo a exigência apenas quanto à diferença de 2%, relativo ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. Sendo assim, a lide limita-se, exclusivamente, às aludidas infrações 1 e 2 do lançamento de ofício.

Inicialmente, nos termos do art. 147 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, indefiro o pedido para realização de diligência ou de perícia, por considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, assim como em razão de destinar a verificar fatos vinculados à escrituração fiscal ou a documentos que estão na posse do requerente e cuja prova (levantamentos e demonstrativos referentes às alegações defensivas) simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos, como também em razão da prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos.

Também, rejeito o pedido de nulidade arguido pelo defendente, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte. Há de se ressaltar que a fiscalização encaminhou, para análise preliminar do contribuinte, demonstrativos da auditoria de estoque, conforme consta das fls. 23 e 24 dos autos.

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.

Inerente à quarta infração, conforme já havia dito, o contribuinte apenas salienta que as autuantes apuraram indevidamente a base de cálculo da incidência tributária, uma vez que não foram considerados os valores já recolhidos com a alíquota indevida, sendo cobrada a totalidade da alíquota aplicável, deixando de efetuar a dedução do montante já recolhido à alíquota de 17%, do que requer a nulidade da infração. Porém, posteriormente, recolheu os valores relativos à diferença entre as alíquotas de 17% e 25%, consoante extratos às fls. 348 a 355 dos autos, remanescendo apenas as importâncias exigidas relativas ao percentual de 2%, inerente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, cujo objeto não compreende da sua impugnação, caracterizando a desistência da defesa quanto a este item.

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.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **129712.0001/10-2**, lavrado contra **LOJAS AMERICANAS S.A.**, devendo ser intimado o autuado 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 recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA