

PROCESSO - A. I. Nº 299167.0036/05-8
RECORRENTE - FORMATEX REPRESENTAÇÕES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTARIO - Acórdão 5ª JJF nº 0066-05/06
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 31/10/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0342-11/06

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS E NOTAS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO E OS VALORES LANÇADOS NO ECF, BEM COMO AS NOTAS FISCAIS EMITIDAS. LANÇAMENTO MANTIDO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. 2. EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). EMISSÃO DE NOTA FISCAL DE VENDA A CONSUMIDOR EM LUGAR DO USO DE ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração caracterizada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a Decisão da 5ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração, em razão das seguintes infrações:

- 1) Omissão de saída de mercadorias apuradas por meio de levantamento de venda, com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, sendo lançado o imposto no valor de R\$138.669,82, com multa de 70% .
- 2) Multa, no valor de R\$383,29, pela emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado o sujeito passivo – o contribuinte emitiu Notas Fiscais de venda a consumidor em vez de Cupons Fiscais a que está obrigado.

Sustenta a Decisão recorrida que pelo fato de o contribuinte estar cadastrado perante a SEFAZ na atividade de comércio varejista de tecidos, e do estabelecimento possuir ECF, modelo MP – 20 FI II ECF – IF, indica que ele próprio efetua as vendas, não sendo um mero *show room*.

Ademais, o próprio contribuinte admitiu que possui estoque de mercadorias, recebido em transferência para comercialização, e que as saídas desse se deram mediante a prévia emissão de cupom ou nota fiscal. Este ato é considerado ato de comércio, o que foge às características de um *show room*.

Considera, ainda os membros da 5ª JJF que, em razão dos art. 11, § 3º da Lei Complementar nº 87/96 e 1.142 e 1.143 do Código Civil, o conceito de estabelecimento está ligado ao local onde as mercadorias foram transacionadas, restando provado que este local era o do estabelecimento autuado e não o de São Paulo.

As notas fiscais juntadas pelo recorrente não têm o condão de provar que estas compras foram realizadas diretamente com o estabelecimento de São Paulo, pois não há como saber se as mesmas não advieram de pedidos formulados junto ao contribuinte.

Mesmo que restasse evidenciado o envio das mercadorias autuadas por parte do outro estabelecimento situado em São Paulo, o imposto seria devido aqui e não naquele Estado, por ser

neste Estado onde eram estipuladas as cláusulas e condições para o negócio, bem como pago o preço das mercadorias comercializadas e estabelecido o local de entrega das mesmas.

Portanto, entenderam os membros da 5ª JF, que o imposto é devido em razão da presunção legal estabelecida no art. 4º, § 4º, da Lei 7014/96 e no art. 2º § 3º, VI do RICMS/97, lançamento de notas e cupons fiscais referentes à saída de mercadorias em valor inferior ao montante de vendas informado pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito ou débito.

Negou-se o pedido de aproveitamento de eventuais créditos por se entender que esse está sujeito a rito próprio, conforme art. 101 e seguintes do RICMS, cabendo ao contribuinte requerê-lo junto à repartição fiscal de sua circunscrição, e não neste foro administrativo.

Como o recorrente não impugnou a segunda infração, os membros da 5ª JF concluíram pela Procedência do Auto de Infração.

Insatisfeito com a referida Decisão, o recorrente apresentou Recurso Voluntário no qual alega não ter praticado o fato gerador, posto que sua principal atividade é o *show room* de sua filial em São Paulo, tendo apenas cadastrado os pedidos de venda, ficando a cargo do estabelecimento, localizado em São Paulo, proceder à efetiva venda da mercadoria encomendada.

Argumenta que o cadastro perante a SEFAZ, na atividade de comércio varejista de tecidos, é referente apenas à venda de mercadorias que possui em seu estoque, que são raras exceções.

O simples cadastro do cliente comprador cominado com o pagamento através de terminal de cartão de crédito instalado no estabelecimento do recorrente, não significa que a mesma tenha procedido a efetiva venda da mercadoria e, não faz nascer o fato gerador do ICMS, posto que a compra é realizada diretamente ao estabelecimento localizado em São Paulo.

Apresenta Resposta à Consulta nº 208/98, onde o Fisco Paulista se posiciona que nas vendas à ordem, entre estabelecimentos da mesma empresa e situados em unidades da federação distintas, devem ser aplicadas as alíquotas interna e/ou interestadual, sendo desprezada a emissão de Nota Fiscal de transferência entre tais filiais, por não haver na hipótese, trânsito de mercadoria.

Argumenta que o art. 12, I, da Lei Complementar 87/96, considera ocorrido o fato gerador no momento da saída da mercadoria. Conceitua esta saída como a circulação, pela via pública, estranha aos limites físicos do estabelecimento do contribuinte.

Entretanto, apresenta doutrina dos ilustres Profs. Geraldo Ataliba e Hugo de Brito Machado, no sentido de que a hipótese de incidência do ICMS é circulação jurídica de mercadorias, só ocorrendo o fato gerador quando há transferência da titularidade dessa.

Apela para verdade material para mostrar equivocada a presunção do Fisco, que considerou que as mercadorias foram vendidas pelo estabelecimento do recorrente, em razão do fato do pagamento ter sido realizado no terminal de cartão de crédito localizado no estabelecimento dessa.

Por fim, não sendo acolhida a alegação de não ter praticado o fato gerador, requer, em pedido subsidiário, que sejam considerados os créditos relativos ao recolhimento do imposto pelo estabelecimento de São Paulo, em observância ao princípio da não-cumulatividade.

Conclui pelo pedido de cancelamento integral do Auto de Infração.

A representante da PGE/PROFIS, em seu Parecer, entendeu que a presunção legal, prevista no art. 2º § 3º do RICMS, que deu origem ao lançamento, deve permanecer em razão do contribuinte não ter apresentado prova em contrário que comprovasse o recolhimento do ICMS.

Quanto à alegação do recorrente de não ter praticado o fato gerador, que teria sido realizado apenas pela sua filial, localizada em São Paulo, a qual recolheu o imposto devido ao Estado de São Paulo, entendeu, a i. procuradora, que o Recorrente se qualifica como verdadeiro estabelecimento, inclusive estando cadastrada perante a SEFAZ na atividade de comércio varejista de tecidos, realizando vendas a ordem, e, portanto, devedor do ICMS ao Estado da Bahia, local do estabelecimento encomendante.

Por fim, no que se refere à consideração dos créditos aos quais teria direito o recorrente, em razão do princípio da não-cumulatividade, entende, a ilustre procuradora, que o aproveitamento

dos créditos fiscais extemporâneos está sujeito a rito próprio, previsto no art. 101 e seguintes do RICMS, não sendo oportuno o requerimento desse neste foro administrativo.

Em razão disso, opina pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

VOTO

Após análise dos autos verifico que o cerne da lide versa sobre a presunção de ocorrência de operações sem pagamento do imposto, apuradas por meio de levantamento de venda, com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Trata-se, pois, de presunção *juris tantum*. O recorrente, entretanto, não demonstrou o recolhimento do imposto cobrado no lançamento, nem qualquer outro fato capaz de elidir a infração.

Limitou o recorrente em alegar que o estabelecimento localizado em Salvador seria mero “*show room*”, onde apenas são cadastrados os pedidos dos clientes e os respectivos pagamentos, sendo as mercadorias industrializadas e remetidas pelo estabelecimento de São Paulo diretamente aos clientes, onde considera assim efetuada a venda e devido o ICMS.

Todavia, nos termos da legislação tributária, a representação do recorrente no Estado da Bahia qualifica-se como verdadeiro estabelecimento, para os fins tributários, enquadrando-se no conceito previsto no art. 11, IV, § 3º, da Lei Complementar nº 84/96.

Ademais, nas transações dessa natureza, considera-se que as mercadorias objeto da operação entram e saem do estabelecimento encomendante, ainda que lá não transitem, para fins de recolhimento de ICMS ao Estado onde situado, conforme dispõe art. 2º, § 1º, V e VI, do RICMS/BA.

Dessa forma, tratando-se de encomendas feitas pelo estabelecimento de Salvador por solicitação de seus clientes aqui situados, configuram-se verdadeiras vendas a ordem, sendo devido o ICMS ao Estado da Bahia, local do estabelecimento encomendante.

Quanto ao aproveitamento dos créditos relativos ao recolhimento anterior do imposto, não prospera a intenção do recorrente em aproveitar-se desses. O pretendido aproveitamento está sujeito a rito próprio, estabelecido no art. 101 e seguintes do RICMS, cabendo ao contribuinte requerê-lo junto à repartição fiscal de sua circunscrição, e não neste foro administrativo.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter na íntegra a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **299167.003/05-8**, lavrado contra **FORMATEX REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$138.669,82**, acrescido da multa de 70%, prevista no inciso III, do art. 42, da Lei nº 7014/96, e demais acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$383,29**, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da mesma lei, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de setembro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS