

A. I. N° - 299167.0036/05-8
AUTUADO - FORMATEX REPRESENTAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - MARIA DE FÁTIMA FERRAZ SILVA GUIMARÃES
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 20/03/2006

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0066-05/06

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 não impugnada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de auto de infração lavrado em 30/06/2005, para apurar os seguintes fatos:

1. Omissão de saída de mercadorias apurada 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 imposto no valor de R\$138.669,82, com multa de 70% e;
2. 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, sendo aplicada à multa de R\$383,29.

O autuado apresentou defesa (fls 27/28) alegando que tem como atividade show room de tecidos e móveis, e que a loja apenas cadastra os pedidos de venda, sendo os mesmos faturados pelo estabelecimento de São Paulo. Observou também que fica à escolha do cliente o meio de pagamento para cada operação – se à vista ou através de cartão de crédito ou débito. Explicou que atende integralmente a legislação do RICMS. Ressaltou que possui estoque de mercadorias, recebido em transferência para comercialização, e que as saídas deste se deram mediante a prévia emissão de cupom ou nota fiscal. Informou que estava apresentando cópias reprográficas de todas as notas fiscais emitidas pela central de faturamento, situada em São Paulo, externando a intenção que as mesmas, após comparação com o informado pelas administradoras, seriam por si só suficientes para afastar a imputação a ele feita. Em 8 de novembro do ano anterior, o defendente voltou a se manifestar (fls 1537/1551), esclarecendo que pretendia com esta fornecer informações adicionais à defesa apresentada em 02 de agosto daquele ano, isto porque entendeu como equivocada e ilegal a autuação ora em exame. Reiterou o argumento que o autuado por ser show room, não procede à venda de mercadorias, não fazendo nascer, portanto a obrigação de

recolher aos cofres públicos do estado, valores a título de ICMS. Explicou que acaso cliente seu se interessasse por produto ali exposto, o mesmo o encomendaria nos termos e características de sua escolha. Sustentou que em decorrência desta característica e por não possuir mercadorias em estoque (salvo raras exceções, especificamente nos casos de objetos de decoração), a defendente não procede à venda de produtos através de seu estabelecimento localizado neste estado. Salientou que somente cadastra os pedidos de venda em nome do cliente comprador, ficando a cargo de seu estabelecimento, localizado no estado de São Paulo, a efetiva venda da mercadoria encomendada. Disse que em sendo assim, o pedido é faturado diretamente pelo estabelecimento de São Paulo e entregue ao cliente conforme a sua solicitação. Afirmou que conseqüentemente o ICMS incidente sobre estas vendas é recolhido para o estado de São Paulo, pois é de lá que saem as mercadorias do estabelecimento da requerente. Ressaltou que o Fisco paulista já se manifestou pela legitimidade deste procedimento, assegurando que assim foi o teor da resposta à consulta nº 208/98, que tratou deste assunto. Observou que não há como se admitir opiniões distintas sobre este assunto, uma vez que o entendimento deve ser uniforme por parte de todos os estados. Explicou que a forma de pagamento, através de cartão de crédito ou débito, não significa dizer que houve fato jurídico tributário do ICMS, que só ocorre com a circulação ou saída de mercadorias. Transcreveu o art. 12, I, da Lei Complementar 87/96 para afirmar este entendimento. Apontou que em se elegendo a “saída” como o momento em que nasce o fato gerador do ICMS, é de todo irrelevante perquirir-se a respeito de situações ocorridas antes de tal evento, por não se revestirem de importância para ocorrência do fato gerador do imposto. Aduziu que o arquétipo da regra matriz do ICMS, insculpido no art. 155, I, “b” da CF, refere-se à circulação de mercadorias. Relacionou circulação com transferência de titularidade, transcrevendo lição de Geraldo Ataliba e Hugo Brito Machado, com este entendimento. Insistiu que o simples cadastramento de pedido de venda, em nome do cliente comprador, e o correspondente pagamento através de cartão de crédito, não constituem fato jurídico tributário do ICMS. Explicou que segundo José Eduardo Soares, os conceitos de circulação, operação e mercadoria permanecem umbilicalmente ligados, devendo o interprete e os destinatários do ICMS tomá-los na sua concepção jurídica para efeito de caracterização de sua incidência. Frisou ainda que em matéria tributária, o princípio da legalidade reclama a existência de uma lei para criar o tributo. Prosseguindo, que o primado da tipicidade requer a subsunção do fato concreto a hipótese de incidência contida na norma. Relatou que no caso em apreço não há como se vislumbrar a implicação material com a materialidade atinente à tributação do ICMS. Reconheceu que a autuação foi feita com base em presunção, mas acrescentou que a boa fé do defendente e a verdade fática demonstram com que aquela caia por terra. Ressaltou que uma vez demonstrado que a forma de pagamento não faz nascer o fato gerador do ICMS, impõe-se o cancelamento do auto de infração em comento, em especial por obediência ao princípio da verdade material. Discorreu sobre este princípio, trazendo aos autos doutrina de Luís Eduardo Schoueri, com o fim de afirmar o quanto alegado. Pugnou pelo aproveitamento dos créditos fiscais correspondentes às entradas de mercadorias no estabelecimento do defendente, em se prevalecendo à cobrança pretendida pela autuante, atendendo assim ao princípio constitucional da não cumulatividade deste imposto. Colacionou farta doutrina sobre este assunto, requerendo crédito fiscal sobre as alegadas transferências, no percentual de 7%, juntando demonstrativo com o custo das mercadorias autuadas. Finalizou pelo cancelamento do auto de infração, e vencida esta, pela redução do valor autuado com a dedução dos créditos fiscais relativos às transferências de mercadorias do estabelecimento de São Paulo para o autuado.

A autuante em sua informação fiscal (fls 1713/1714) reputou como acertada a autuação, mantendo esta integralmente.

Ao autuado foi entregue cópia dos relatórios TEF do período autuado (fls 1721), em meio magnético, contendo operação a operação, referente às informações repassadas pelas administradoras de cartão de crédito ou débito.

O sujeito passivo tributário volta a reiterar suas razões defensivas (fls 1724/1729). A autuante em nova informação prestada (fls 1758/1759) chamou a atenção para o fato de que a própria empresa revelou que não é só show room, admitindo que possui mercadorias em estoque. Entendeu que o autuado foge as características essenciais de um show room, ficando consignada a prática de ato de comércio. Finalizou pela procedência.

VOTO

A defesa do sujeito passivo tributário, após ciência dos fatos a ele imputados, passa pela análise da questão preliminar suscitada: a de que o estabelecimento era um show room de tecidos e móveis, e que a loja apenas cadastrou os pedidos de venda, sendo os mesmos faturados pelo estabelecimento de São Paulo. Em sendo assim, o ICMS incidente sobre estas vendas foi recolhido para esse, pois vieram de lá as mercadorias autuadas. Dessa maneira, a exigência contida neste auto de infração é tida como insubsistente.

Da análise dos autos, constato que o autuado está cadastrado perante esta SEFAZ na atividade de comércio varejista de tecidos (fls 14), e que o estabelecimento possui ECF, modelo MP – 20 FI II ECF – IF, o que indica que o sujeito passivo efetua vendas, não restringindo suas atividades a um mero show room. O próprio autuado admite que possui estoque de mercadorias, recebido em transferência para comercialização, e que as saídas deste se deram mediante a prévia emissão de cupom ou nota fiscal. A autuante frisou esta questão, dizendo que agindo assim a empresa foge as características essenciais de um show room, ficando consignada à prática de atos de comércio. Observo que a Lei Complementar 87/96 em seu art. 11, §3º, preconiza que estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente. Neste mesmo sentido, o Código Civil o define de acordo com os artigos 1.142 e 1.143, como o complexo de bens organizado, para o exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária e pode ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza.

Da integração das normas legais acima, depreende-se que o conceito de estabelecimento está intrinsecamente associado ao local em que as mercadorias foram transacionadas, ou seja, a praça comercial em que se dá a operação mercantil, seja de compra ou de venda, acordando-se ali prazo, local de entrega e pagamento das aludidas mercadorias ou bens. Parece-me que restou provado que este local era o do estabelecimento autuado e não o de São Paulo. Aqui 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.

Por outro lado, o autuado como prova de sua alegação acostou expressivo número de notas fiscais. Compulsando os referidos documentos fiscais, não tenho como saber se as mesmas advieram de pedidos formulados junto ao autuado. Documento algum foi acostado que permitisse tal dedução. Assim a prova fragiliza-se ante o apontado acima. Não posso assim recebê-la como meio hábil de prova. Mesmo se restasse evidenciado o envio das mercadorias autuadas por parte do outro estabelecimento situado em São Paulo, esclareço que o imposto seria devido aqui e não naquele estado, face ao exposto no parágrafo anterior.

Vencida a análise da preliminar apontada, passo ao mérito da questão.

Quanto a infração 1, ressalto que a pretensão fiscal quanto a esta tem amparo na Lei 7014/96, art 4º, §4º, sendo regulamentada pelo art 2º, §3º, VI do RICMS/97, que atribui natureza de presunção ao lançamento de notas e cupons fiscais referentes às saídas de mercadorias em valor inferior ao montante de vendas informado pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito/débito. Tenho que a prova suficiente para elidir a acusação feita seria o confronto entre os documentos fiscais e o informado pelas administradoras de cartão de crédito ou débito. Esta não foi apresentada pelo autuado, motivo pelo qual mantenho a infração em todos os seus termos.

Quanto ao aproveitamento de eventuais créditos, referentes às transferências de mercadorias para o autuado, informo que o crédito extemporâneo está sujeito a rito próprio, conforme art. 101 e seguintes do RICMS, cabendo ao contribuinte requerê-lo junto a repartição fiscal de sua circunscrição e não neste foro administrativo.

No tocante a 2ª infração, o autuado nem mesmo se manifestou sobre a mesma. Lembro que a defesa é o momento apropriado para se apresentar às provas que o contribuinte diz dispor sob pena de em não fazendo operar a preclusão, conforme dispõe o art. 123, §5º do RPAF. Por essa razão, acato a imputação feita quanto a esta infração.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração para exigir imposto no valor de R\$138.669,82 e multa no importe de R\$383,29.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299167.0036/05-8**, lavrado contra **FORMATEX REPRESENTAÇÕES LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$138.669,82**, com multa de 70%, prevista no inciso, III, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 e demais acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$383,29**, prevista no art 42, inciso XIII-A, “h”, da mesma lei, e dos acréscimos moratórios, previstos na Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de março de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR