

A. I. Nº - 028924.0001/13-8
AUTUADO - GIULLIANO NOBREGA MALTA (CASA DE MÓVEIS E DECORAÇÕES)
AUTUANTE - ANTONIO FERNANDO DA CUNHA VEIGA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 11/02/2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0005-05/14

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELAS OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO E OS VALORES LANÇADOS NAS LEITURAS REDUÇÕES “Z” DO EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL-ECF DO CONTRIBUINTE. O autuado ao se defender observou que as diferenças apontadas no levantamento fiscal ocorreram em virtude das Notas Fiscais só serem emitidas no momento das saídas das mercadorias (móveis) para serem entregues aos compradores, não se podendo efetuar um paralelo entre venda com cartão de crédito e/ou de débito e o faturamento decorrentes das Notas Fiscais emitidas, sem observar essas especificidades, visto que o cartão é passado na hora do fechamento da venda e a Nota Fiscal só é emitida no ato da entrega da mercadoria ao cliente. Presunção elidida. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 08/01/2013, exige ICMS no valor de R\$ 56.712,93, em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis 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 no período de março a dezembro de 2009, conforme demonstrativo acostado aos autos à fl. 4, com documentos anexos.

O autuado apresenta impugnação ao lançamento de ofício às fls. 36 a 49, aduzindo que, ao fazer uma análise minuciosa acerca da legitimidade do pretense Auto de Infração, pôde constatar que o mesmo está eivado de ilegitimidade, o que compromete a sua exigibilidade, levando-a a apresentar Impugnação, pelas razões que passam a ser expostas nos itens que se seguem:

Preliminarmente suscita a suspensão da exigibilidade de crédito tributário, bem como seu devido cabimento no caso em questão, arguindo seu enquadramento no inciso III do art. 151 do CTN, que reza sobre a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, onde o cita. Acrescenta, ainda, algumas ementas de pronunciamentos dos Tribunais Superiores.

Quanto ao direito do crédito, alega inexistir omissão de receitas. Diz que o principal fato gerador para a incidência do ICMS é a circulação de mercadoria, mesmo que se inicie no exterior. Além disso, o ICMS incide sobre serviços de telecomunicação, transporte intermunicipais e interestaduais, a importação e sobre a prestação de serviço com emprego de material, não sujeita à incidência do ISS (exceto quando a lei complementar do ISS expressamente designar a cobrança também do ICMS).

Observa que, o simples fato de a mercadoria sair do estabelecimento de contribuinte já caracteriza o fato gerador. Não importa se a venda se efetivou ou não, mas sim se ocorreu a circulação da mercadoria; trata-se de uma situação de fato, não simplesmente de uma situação

jurídica. Destaca o art. 3º do Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981.

Do exposto, assevera que o ICMS somente incide com a saída da mercadoria do estabelecimento comercial, ou seja, no caso da Impugnante, quando a mercadoria sai do seu estabelecimento em direção ao comprador.

Diz também que a obrigação tributária principal tem por objetivo o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e surge com a ocorrência do fato gerador, conforme definição contida no artigo 113 do Código Tributário Nacional. Expõe que o fato gerador do tributo é uma situação definida em lei como necessária e suficiente ao surgimento da obrigação de pagar o tributo ou a penalidade pecuniária, vinculando juridicamente o contribuinte (sujeito passivo) e o Fisco (sujeito ativo).

Assim, diz que o ICMS jamais pode incidir no momento da venda da mercadoria, que no caso da impugnante pode ser por meio de cartão de crédito, de débito, à vista ou por crediário, mas quando da saída da mercadoria vendida do seu estabelecimento.

Analisando a planilha elaborada pelo Auditor Fiscal Antônio Fernando da Cunha Veiga, Matrícula 13.028.924-5, consta que o faturamento da Impugnante com Notas Fiscais no mês de Novembro/2009 foi “zero”, conforme documentos em anexo.

Ocorre que, de acordo com a apuração real da Impugnante no mesmo período, aponta faturamento, conforme documentos acostados em anexo. Essa diferença ocorre em virtude da Nota Fiscal só ser faturada no momento da saída da mercadoria para ser entregue ao comprador, não se podendo ser feito um paralelo entre venda com cartão de crédito e/ou débito e o faturamento da Nota Fiscal, visto que o cartão é passado na hora do fechamento da venda e a Nota Fiscal só é emitida no ato da entrega.

Mesmo assim, diz que o Auditor Fiscal autuou a Impugnante sob a alegação de omissão de saída no valor de R\$ 56.712,93, com base no levantamento do seu estoque, o que não pode ser concebido, posto que faz a venda e apenas em média 30 (trinta) dias após emite a nota e faz a entrega das mercadorias ao comprador, haja vista que suas mercadorias vem de fora do Estado da Bahia.

Tais razões, mais uma vez, atestam que não há como prosperar o Auto de Infração lavrado pelo Fisco Estadual, tendo em vista que o momento da venda da mercadoria não é fato gerador do ICMS, mas sim a saída da referida mercadoria do estabelecimento comercial da impugnante.

Ademais, se o Ilustre Auditor Fiscal verificasse todas as notas fiscais, sem sombra de dúvidas, teria observado que todas as notas fiscais possuem o destaque do imposto e que os valores foram devidamente recolhidos aos cofres públicos, que é o que interessa ao Fisco. Cita o resultado de consulta realizado junto a Secretaria da Fazenda do Estado de Minas gerais e de Santa Catarina.

Isto posto, observa que não há como se admitir a manutenção do Auto de Infração aqui guerreado, haja vista que a incidência do ICMS somente ocorre com a transferência física da mercadoria, não havendo como se admitir que a incidência do imposto ocorra quando o comprador paga por sua compra com cartão de crédito e/ou débito, posto não ser essa a hipótese de incidência do citado imposto estadual, além do que existe divergência entre o valor apontado na planilha elaborada pelo Auditor Fiscal, concernente ao mês de Novembro de 2009, razão pela qual merece o Auto de Infração ser anulado.

Traz a tona, também, aspectos da natureza jurídica da sua atividade exercida, com a observação da necessidade de contratar serviços das administradoras de cartão de crédito e/ou débito. Destaca ainda aspectos da ilegalidade e da inconstitucionalidade da cobrança do ICMS sobre taxa administrativa cobrada pelas administradoras sobre as vendas com cartão de crédito.

Por fim observa a aplicação da multa de 70% com efeito de confisco. Diz que, caso se entenda de forma diversa as ilegalidade apontas acima, o Auto de Infração não pode prosperar, uma vez que

a multa de 70% imposta sobre os valores supostamente, é flagrantemente imposta sobre os valores supostamente devidos. Sobre o tema diz que, a jurisprudência consagrada em nossos tributais e pelo STF, é que a multa imposta pela autoridade administrativa deve ser excluída.

Assevera que não omitiu saída de mercadorias, pois se trata de um Auto de Infração acerca da apropriação de créditos de ICMS lavrado mediante a inobservância do lapso temporal existente entre as datas de venda direta ao consumidor, e recebimento de receita das financeiras e administradoras de cartões, em decorrência das vendas com cartão de crédito e/ou débito.

Logo, caso não comungue com o que foi exposto nos itens precedentes, que se digne a excluir a exorbitante multa de 70% aplicada, afastando o cunho confiscatório do percentual supracitado, decretando a nulidade do procedimento fiscal em epígrafe, tendo em vista que o valor da multa é quase o mesmo do suposto débito no seu valor originário.

Diante de tudo o que foi exposto, só resta à Impugnante aguardar que esta Colenda Turma se digne de acolher o pedido que se segue em todos os seus termos, para que seja anulado o Auto de Infração.

O autuante à fl.79 reconhece ser procedente a alegação do contribuinte. Esclarece que, após verificação das informações apresentadas pelo impugnante foi realizada análise e revisão dos novos fatos, ficando comprovada assertiva do contribuinte no que tange a emissão dos documentos fiscais terem sido emitidos quando da entrega das mercadorias (móveis) ao cliente momento este posterior a emissão do TEF (pagamento através de cartão de crédito/debito).

Assim, conclui por reconhecer o descabimento da cobrança do tributo mediante o Auto de Infração em epígrafe.

VOTO

O Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada pela diferença entre os somatórios das vendas realizadas por meio de cartão de débito e de crédito informadas pelo contribuinte (leitura Reduções Z das máquinas emissoras de cupom fiscal), e os valores informados pelas operadoras de cartão de crédito/debito.

Verifico que, de acordo com os papéis de trabalho, fl. 05, a fiscalização comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito e de débito, com as saídas declaradas pelo contribuinte como sendo vendas realizadas através de cartões de crédito e de débito através da “Redução Z”, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito e de débito, conforme previsão contida no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96.

O autuado ao se defender observou que as diferenças apontadas no levantamento fiscal ocorreram em virtude das Notas Fiscais só serem emitidas no momento das saídas das mercadorias para serem entregues aos compradores, não se podendo efetuar um paralelo entre venda com cartão de crédito e/ou de débito e o faturamento decorrentes das Notas Fiscais emitidas, sem observar essas especificidades, visto que o cartão é passado na hora do fechamento da venda e a nota fiscal só é emitida no ato da entrega da mercadoria ao cliente. Ademais diz que efetua venda e apenas, em média, 30 (trinta) dias após emite a Nota Fiscal, quando da entrega das mercadorias ao comprador, haja vista que suas mercadorias vêm de fora do Estado da Bahia.

O autuante ao proceder à informação fiscal (fl. 79) reconhece ser procedente a alegação do contribuinte, esclarecendo que, após verificação das informações apresentadas pelo impugnante, foi realizada análise e revisão dos novos fatos, ficando comprovada assertiva do contribuinte no que tange a emissão dos documentos fiscais terem sido emitidos quando da entrega das

mercadorias (móveis) ao cliente momento este posterior a emissão do TEF (pagamento através de cartão de crédito/débito), o que conclui por reconhecer o descabimento da cobrança do tributo mediante a presente autuação.

Em que pese o autuante não ter anexado os novos papéis de trabalho do roteiro de auditoria de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito após os argumentos de defesa, acato as informação prestada à fl. 79, pois de acordo com os documentos anexados ao PAF, associados aos argumentos defensivos do autuado ser assertivos e convincentes para elidir a autuação, há de fato a manifestação expressa do autuante, na sua informação fiscal, de que descabe a cobrança do tributo, objeto da autuação em análise, mediante o Auto de Infração em tela.

Do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **028924.0001/13-8**, lavrado contra **GIULLIANO NOBREGA MALTA (CASA DE MÓVEIS E DECORAÇÕES)**

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de janeiro de 2014.

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – JULGADOR