

**A. I. N°** - 269132.0005/04-9  
**AUTUADO** - ÓTICA J D LTDA.  
**AUTUANTE** - RICARDO TABCHOURY DE BARROS SANTOS  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 29. 03. 2005

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0088-04/05**

**EMENTA:** ICMS. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO. DECLARAÇÃO EM VALOR INFERIOR AS OPERAÇÕES REALIZADAS E INFORMADAS PELAS ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. Descabe a exigência do imposto por presunção, tendo em vista que as mercadorias comercializadas pela empresa, em sua quase totalidade, são enquadradas no regime de substituição tributária, cujo imposto foi recolhido por antecipação quando do seu ingresso no estabelecimento. Nessa condição, as saídas subseqüentes estão desoneradas de tributação pelo ICMS. Infração não caracterizada já que o roteiro adotado pelo autuante não é o apropriado para o ramo de atividade desenvolvida pelo autuado. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 15/12/2004, exige ICMS no valor de R\$ 7.498,71, acrescido da multa de 70%, em razão da constatação de omissão de saída de mercadoria tributada, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao que foi fornecida por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

O autuado apresenta impugnação às fls. 21 a 25, inicialmente suscitando as seguintes preliminares de nulidade:

- 1 – Auto de Infração lavrado fora do estabelecimento autuado – Ineficácia do Procedimento Fiscal;
- 2 – Inexistência de intimações para esclarecimentos.

No mérito, entende que não existe possibilidade da realização de venda com cartão de crédito/débito sem a emissão de documento fiscal de saída. Alega que é uma empresa que explora basicamente o comércio varejista de artigos de ótica, os quais estão enquadrados no regime de substituição tributária, ou seja, já são recebidos com o imposto antecipado. Apresenta demonstrativos visando comprovar que no período fiscalizado o percentual de tais mercadorias representou 95,60% a 99,75% de suas vendas. Acrescenta, ainda, que o autuante não observou que a prestação de serviços de revelações fotográficas também faz parte do objeto social da empresa (fl. 27), cujos serviços também são pagos através de cartão de crédito/débito. Expõe, ainda, que por vezes registra pagamentos em cartão de débito/crédito como se fossem em dinheiro, que trabalha com o pagamento de sinal, além de utilizar máquina de cartão manual, com o intuito de justificar seu

entendimento de que descabe a presunção fiscal apontada na autuação. Ao final, solicita a improcedência do Auto de Infração.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 74/75 dos autos, diz que as preliminares de nulidade suscitadas pela defesa não são consistentes.

No mérito, reconhece que como o contribuinte exerce a atividade de ótica, parte das mercadorias que teria saído sem escrituração poderia estar com a fase de tributação encerrada. No entanto, entende que essa quantidade deveria ter sido demonstrada pelo autuado. Observa que o art. 824-E, §3º, V, do RICMS/97, determina que deve ser informado no anverso de cada comprovante de operação com cartão, o tipo e o número do documento fiscal correspondente a tal operação. Expõe que o autuado assim não procedeu, não conseguindo comprovar que a diferença apurada não se trata de sonegação. Ao final, solicita a procedência do Auto de Infração, ou sua procedência parcial, caso o Conselho considere que apenas um percentual das saídas omitidas se refira a operações tributáveis.

## VOTO

Inicialmente rejeito as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, haja vista que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que possa decretar a sua nulidade, de acordo com o que dispõe o art. 18, do RPAF/99.

No mérito, a respeito da infração em comento, o art. 4º, § 4º, da Lei n.º 7.014/96, alterado pela Lei nº 8.542, de 27/12/02, dispõe o seguinte:

*Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

*§4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (grifo não original).*

Em sua impugnação ao lançamento, o autuado alegou que é uma empresa que explora basicamente o comércio varejista de artigos de ótica, os quais estão enquadradas no regime de substituição tributária, ou seja, já são recebidos com o imposto recolhido antecipadamente.

Para embasar o seu argumento, o autuado elaborou um levantamento visando comprovar que no período fiscalizado o percentual de tais mercadorias representou 95,60% a 99,75% de suas vendas. Acrescentou, ainda, que a prestação de serviços de revelações fotográficas também faz parte do objeto social da empresa (fl. 27), cujos serviços, não estão sujeitos ao ICMS e também são pagos através de cartão de crédito/débito.

Da análise dos elementos constitutivos do PAF, observo serem pertinentes as alegações defensivas.

De acordo com o que dispõe o art. 356, do RICMS/97, ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.

Face o contido no dispositivo supra, entendo que o roteiro adotado pelo autuante não é o apropriado para o ramo de atividade desenvolvida pelo autuado, já que a quase totalidade de suas vendas são referentes a mercadorias que já se encontram com a fase de tributação encerrada, ou são referentes a prestações de serviços não sujeitos à incidência do ICMS.

Dessa forma, a presunção prevista no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, não deve ser utilizada para exigência de imposto na presente situação.

Vale ainda ressaltar, que o próprio autuante aventou a possibilidade do CONSEF considerar que apenas um percentual das saídas omitidas se referisse a operações tributáveis, no entanto não há previsão na legislação estadual para adoção de proporcionalidade no cálculo do imposto devido.

Do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269132.0005/04-9**, lavrado contra **ÓTICA J D LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2005.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA