

**A. I. Nº** - 299762.0033/13-5  
**AUTUADO** - MC COMÉRCIO DE PRODUTOS ÓTICOS LTDA.  
**AUTUANTE** - JONALDO FALCÃO CARDOSO GOMES  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET - 06.11.2015

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

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0187-05/15**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INADEQUAÇÃO DE ROTEIRO DE FISCALIZAÇÃO. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO. DECLARAÇÃO EM VALOR INFERIOR ÀS OPERAÇÕES REALIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. Neste caso, impõe a nulidade do lançamento, por inadequação do roteiro de fiscalização da forma como foi aplicado, em virtude do ramo de atividade do estabelecimento ser ótica, cujas saídas das mercadorias (óculos e lentes corretivas) do estabelecimento ocorrem, em regra, em período mensal distinto daquele onde são processadas as operações com cartão de crédito/débito. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 30/09/2013, para exigir ICMS no valor de R\$ 39.124,77, com a seguinte imputação:

Infração 01 – Omissão de saída de mercadoria tributada 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. Ou seja: vendas em cartão de débitos e/ou créditos não declaradas. Ocorrências nos meses de fevereiro a dezembro de 2009 e meses de jan, fev, mar, mai, jun, jul, ago, out, nov e dez de 2010. Multas aplicadas: 70% e 100% previstas no art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.

Constou do quadro “Descrição dos Fatos” do A.I. que foram comparadas as vendas em cartões de crédito contidas nas reduções “Z” com as informações prestadas pelas administradoras e foram encontrados valores superiores nessas últimas caracterizando vendas de mercadorias tributadas não declaradas. Informado ainda que de 31/05/2008 a 31/05/2009, os produtos de ótica eram beneficiados com redução de base de cálculo de forma que a carga tributária correspondia a um percentual de 12%. A partir da alteração nº 119 ao RICMS, entre 01/06/2009 a 30/04/2011, o benefício contemplava uma carga tributária de 14,60%.

O contribuinte foi notificado do lançamento fiscal em 02/10/13 e ingressou com defesa administrativa em 01/11/13, em petição subscrita por advogado, com procuração nos autos (doc. fl. 48). Após fazer referências ao direito de defesa no PAF, à tempestividade da impugnação e apresentar uma síntese da acusação fiscal, o contribuinte, através de seu patrono, suscitou a nulidade do A.I, por preterição do direito de defesa, argumentando que o método utilizado para o lançamento consubstancia-se em informações prestadas por terceiros, sem qualquer relação

obrigacional e insuscetível de punição em caso declaração errônea. Entende a defesa que essas informações das administradoras de cartão não podem ser consideradas como prova para lastrear um Auto de Infração, pois são meros indícios para uma investigação minuciosa e que celebre o direito ao contraditório. Pontuou também que não foram considerados os benefícios de redução de base de cálculo nas operações com produtos ótico, previstos nos Decretos nº 11.089/08 e nº 11.523/09, na elaboração do Demonstrativo de Débito, ensejando também a nulidade por imprecisão do valor autuado.

No mérito apontou que as vendas de ótica são realizadas para entrega futura, quando é emitido o documento fiscal. Que a compra de alguns produtos, como óculos solares, câmaras fotográficas ou aparelhos audiovisuais o consumidor já recebe o produto no momento da compra, ocasião em que é emitido o correspondente documento fiscal (cupom ECF). Já as vendas de óculos com lentes corretivas, o consumidor escolhe a armação exposta nas prateleiras da loja, porém as lentes que comporão o produto são preparadas e montadas posteriormente por um laboratório especializado, podendo o cliente pagar imediatamente o total da compra, dar um sinal e pagar o restante quando da entrega do pedido ou até pagar integralmente na entrega da mercadoria.

Em qualquer caso o documento fiscal somente é emitido na efetiva entrega da mercadoria, fato que pode ocorrer em poucos dias ou mesmo em até alguns meses. Assim, em determinados momentos a autuada emitiu mais notas fiscais do que recebeu dinheiro em caixa, ocorrendo também o inverso em outros períodos mensais.

Sendo assim, entende que seria inaplicável ao contribuinte o roteiro de fiscalização adotado pelo autuante. Nesse sentido citou a decisão do CONSEF, exarada pelo julgador José Bizerra Lima Irmão (Acórdão nº 0299-02/08), que em voto divergente ou discordante, se pronunciou pela inaplicabilidade do roteiro de auditoria de cartão de crédito/débito em estabelecimentos que efetuam vendas para entrega futura.

Pontuou que nas vendas de óculos ocorridas, por exemplo, no dia 30 de um mês, a emissão do documento fiscal necessariamente ocorrerá no mês seguinte se essa venda for efetuada mediante pagamento através de cartão, importando na apuração de diferenças tais como aquelas imputadas pelo auditor fiscal à empresa autuada.

Registrou que nas vendas para entrega futura são emitidos documentos ou cupons não fiscais, onde são registrados os nomes do vendedor, cliente com seu CPF e endereço, para posterior emissão do cupom fiscal – ECF. Que em razão do tempo demasiado curto para apresentação da defesa, somente foi possível apresentar uma planilha onde é estabelecida a correlação entre as ordens de serviço e os respectivos cupons fiscais, dos meses em que foram apontadas as diferenças mais significativas.

Pediu a realização de diligência por estranho ao feito.

Prestada a informação fiscal o autuante consignou que as reduções de base de cálculo foram contempladas no levantamento fiscal, mas que o sistema SEAI, gerador do Auto de Infração, por inexistir alíquota de 14,6%, calcula o imposto corretamente, porém, considera a Base de Cálculo à alíquota de 17%. Disse que no Auto foram lançados os valores corretos quanto à carga tributária e não quanto à alíquota.

No que se refere às demais alegações disse que as mesmas são descabidas, considerando a jurisprudência firmada. Disse que se a autuada não emite documento fiscal no momento do pagamento da operação, estaria agindo incorretamente, pois o *“fato gerador ocorre no momento que se concretiza a operação comercial, no momento do primeiro pagamento”*. Transcreveu as disposições do art. 2º, § 3º do RICMS/97, vigente à época da verificação dos fatos tributáveis.

No tocante à planilha juntada na peça de defesa disse ser impossível estabelecer qualquer correlação, entre pagamentos e compras. Disse que essa planilha não tem legitimidade para desconstituir o lançamento.

O contribuinte, em nova manifestação às fls. 297 a 300, acostou o parecer da DITRI de nº 192792/2013, datado de 30/07/13, relacionado aos procedimentos nas vendas para entrega futura com pagamento através de cartão de crédito. (fl. 301).

Prestada nova informação fiscal, o autuante reiterou os termos da manifestação anterior, mencionando que o contribuinte não cumpriu os regramentos estabelecidos no art. 411 do RICMS para caracterizar a venda para entrega futura. Manteve a exigência fiscal sem qualquer alteração.

## VOTO

O Auto de Infração em lide refere-se à exigência de ICMS com a imputação de “Omissão de saída de mercadoria tributada 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”.

O contribuinte suscitou nulidades do lançamento, envolvendo vícios relacionados ao preterimento do direito de defesa, erros na quantificação da base de cálculo e inaplicabilidade do roteiro de fiscalização empregado em razão do contribuinte efetuar vendas de óculos e lentes corretivas, situação em que o consumidor escolhe a armação exposta nas prateleiras da loja, porém as lentes que comporão o produto são preparadas e montadas posteriormente por um laboratório especializado, podendo o cliente pagar imediatamente o total da compra, dar um sinal e pagar o restante quando da entrega do pedido ou até pagar integralmente na entrega da mercadoria.

Em qualquer caso o documento fiscal somente é emitido na efetiva entrega da mercadoria, fato que pode ocorrer em poucos dias ou mesmo em até alguns meses. Assim, em determinados momentos a autuada emitiu mais notas fiscais do que recebeu dinheiro em caixa, ocorrendo também o inverso em outros períodos mensais.

Assiste razão ao autuado no que se refere a especificidade de seu negócio, compreendendo o ramo de venda de armações de óculos e lentes corretivas, posto que na comercialização desses itens o pagamento e a saída das mercadorias são processadas, em regra, em momentos distintos, não havendo plena coincidência entre o mês em que se dá a operação de entrada do recurso financeiro, via cartão de débito ou crédito e a operação de saída da mercadoria, com a entrega do item vendido ao consumidor final.

Essas peculiaridades do negócio da empresa autuada não foram observadas pelo auditor fiscal autuante, que aplicou o roteiro de cartão de crédito/débito de forma simples, sem considerar, portanto, que o mês em que ocorre a saída da mercadoria nem sempre é coincidente com o período mensal em que se processa a operação de débito ou crédito junto à operadora de cartão de crédito.

A correção do roteiro de auditoria implicaria em uma nova fiscalização, razão pela qual decreto a NULIDADE do Auto de Infração, por inadequação do roteiro na forma como foi aplicado, implicando em insegurança da acusação e da quantificação da base de cálculo. Fundamenta-se essa decisão nas disposições do art. 18, inc. IV, letra “a”, do RPAF/99.

Afasto também o pedido de remessa do PAF em diligência revisora do procedimento, com base nos princípios da economia processual e da celeridade, considerando que em outros Auto de Infração, de idêntica natureza, lavrados contra o mesmo contribuinte, após revisão do feito, as decisões têm sido pela improcedência, com fundamento na elisão da presunção de omissão de saídas de mercadorias. Foi o que ocorreu no A.I. nº 299762.0032/13-9, que resultou no Acórdão nº 0188-03/15, da 3ª Junta de Julgamento Fiscal.

Dessa forma, recomenda-se a renovação do procedimento fiscal, com aplicação de outros roteiros de fiscalização ou mesmo com a aplicação do roteiro de cartão de crédito/débito, desde que sejam observadas as peculiaridades do negócio do sujeito passivo.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **299762.0033/13-5**, lavrado contra **MC COMÉRCIO DE PRODUTOS ÓTICOS LTDA.**

Sala de Sessões do CONSEF, 08 de outubro de 2015.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO - JULGADOR