

A. I. Nº - 114155.0101/13-5
AUTUADO - ÓTICA DA GENTE LTDA.
AUTUANTE - PAULO CÉSAR CARVALHO DA SILVA
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 13.02.2019

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0218-05/18

EMENTA: ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. O contribuinte exerce atividade comercial de revenda de produtos óticos, em que há significativa quantidade de vendas para entrega futura. Nessa modalidade de venda a emissão de cupom fiscal com a consequente entrega das mercadorias, se dá em momento posterior ao pagamento da operação via cartão de crédito ou de débito. Diligência fiscal, executada por auditor fiscal estranho ao feito, revisou os valores autuados, estabelecendo a redução dos valores originalmente autuados, fazendo o cotejamento dos valores e datas das parcelas relacionadas às vendas para entrega futura. Em relação às parcelas remanescentes da autuação, a defesa alegou se tratar de receitas originárias de prestação de serviços. Nenhuma prova documental foi anexada aos autos que comprovasse as alegações da defesa. Não acolhida a preliminar de nulidade suscitada pela defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 27/03/2013, para exigir o ICMS decorrente da 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. Valor exigido: R\$32.509,25, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96. Ocorrência verificada nos meses de mar, mai, jul, ago e nov de 2009, e de jan, fev, set e out de 2010.

O contribuinte foi notificado do lançamento em 03/04/2013, através de intimação pessoal, e ingressou com defesa administrativa protocolada em 03/05/2013, em petição subscrita por advogado com procuração nos autos.

Suscitou, inicialmente, a nulidade do Auto de Infração por preterição do direito de defesa e do contraditório. Disse que as informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartão não foram fornecidas à defendant para que pudessem ser contraditados. Apontou também a não aplicabilidade, pelo autuante, da redução de base de cálculo relativamente às operações com produtos de ótica, correspondente a carga tributária de 12%, prevista nos Decretos nº 11.089/08 e nº 11.523/09, vigentes à época da ocorrência dos fatos geradores.

No mérito a defesa contesta os valores apurados na ação fiscal visto que na comercialização de produtos óticos, especialmente óculos com lentes corretivas, as vendas são realizadas, em regra, para a entrega futura. Que o cliente/consumidor ao comprar um par de óculos de grau na loja da autuada escolhe a armação exposta na prateleira, mais a lentes que comporão o produto que

deverá ser preparado e montado por um laboratório especializado, próprio ou de terceiros. Em vista disso o cliente/consumidor paga imediatamente o total da compra ou adianta um sinal e paga o restante na entrega do pedido ou até paga integralmente a compra no ato de entrega do produto.

Em qualquer caso o documento fiscal somente é emitido na efetiva entrega da mercadoria que pode demorar dias ou até meses. Tanto é assim que em alguns meses a autuada emitiu mais notas fiscais do que recebeu dinheiro em caixa e, em contraposição, houve meses em que ocorreu justamente o contrário. Apontou na inicial os períodos mensais onde se verificaram essas ocorrências (fl. 29).

Sustenta a defesa a inaplicabilidade da metodologia utilizada pela fiscalização e que houve a emissão de documentos não fiscais a acobertar as operações de venda para entrega futura, juntados em anexo à impugnação, com posterior emissão dos correspondentes cupons fiscais, tudo ocorrendo em momentos diferentes. Ressaltou a defendente a necessidade de realização de diligência fiscal por auditor estranho ao feito, em homenagem ao princípio da verdade material.

Pede ao final que o A.I. seja julgado NULO ou IMPROCEDENTE.

Foi prestada Informação Fiscal em 29/10/2013, peça processual que se encontra apensada às fls. 470 a 478 dos autos. Nesta intervenção somente foi acolhida a tese da redução da base de cálculo para a carga de 12%, sendo o débito reduzido de R\$32.509,25, para R\$25.945,83.

O contribuinte foi notificado da revisão operada pelo autuante a reiterou os termos da sua defesa originária, através da Manifestação acostada às fls. 482 a 488 dos autos.

O PAF foi convertido em diligência, em 24 de março de 2014, após distribuição para a 5^a JJF, ao relator Ildemar José Landin. O pedido foi formulado nos seguintes termos:

considerando que, conforme diligência anterior solicitada, às fls. 494 e 495, foi entregue ao sujeito passivo o Relatório TEF diário por operações individualizadas;

considerando que, após a entrega dos citado relatório, o sujeito passivo apresentou, às fls. 535 a 582, fora do prazo regulamentar, a ele concedido, planilhas contendo informações almejando demonstrar a existência de correspondentes operações registradas no Relatório TEF diário por operações individualizadas e valores não registrados como meio de pagamento através de cartões, contudo constantes de notas fiscais e cupons fiscais, coincidentes em valor e data com as opressões individualizadas consignadas no Relatório TEF diário por Operações individualizadas;

considerando, por fim, a relevância do princípio da verdade material nos processos administrativos tributários, que, no presente caso, orienta no sentido de se examinar as provas, ainda que intempestivas, anexadas aos autos antes do julgamento em primeira instância administrativa:

Esta 5^a Junta de Julgamento Fiscal deliberou que o processo seja encaminhado à Infaz de origem, para que o autuante, ou outro Auditor Fiscal designado, tome as seguintes providências:

1 - exclua das vendas efetuadas, através de cartão de débito ou crédito, informadas pelas administradoras, além dos valores já consignados das reduções Z, também, os valores não registrados como meio de pagamento através de cartões, contudo constantes das notas fiscais e cupons fiscais, coincidentes em valor e data com as opressões individualizadas consignadas no Relatório TEF diário por Operações individualizadas;

2 - apresentar, se for o caso, nova “Planilha Comparativa de Vendas por Meio de Cartão de Crédito/Débito” considerando, como “ICMS DEVIDO”, apenas, o valor resultante da aplicação do percentual das saídas tributáveis.

3 - apresentar um novo demonstrativo de débito do Auto de Infração, resultante dos eventuais ajustes efetuados.

Deverá ser informado ao autuado da concessão do prazo de 10 (dez dias) dias, para, querendo, se manifestar.

Havendo manifestação do autuado, deve ser dada ciência ao autuante para que elabore nova informação fiscal, com base nos novos resultados e abrangendo todos os aspectos da manifestação defensiva, com fundamentação, considerando o disposto no art. 127, § 6º do RPAF/99.

A diligência foi executada pelo autuante que procedeu à tão somente à entrega ao autuado dos TEF diários, mantendo o valor reduzido anteriormente para a infração 01, na cifra de R\$ 25.945,83 (fls. 515/518).

O contribuinte em nova intervenção nos autos, datada de 04/02/2016, afirmou com os Relatórios TEF, com a discriminação das operações diárias, não lhe foram entregues na forma solicitada na diligência. Reiterou os pedidos formulados e pediu renovação do prazo para se manifestar acerca do Parecer.

Na petição de fl. 535 e correspondentes anexos (fls. 536 a 582), datada de 17/11/2015, a defesa, através de seu advogado, anexou nos autos arquivos magnéticos listando as operações diárias contidas no Relatório TEF, de forma individualizada, contendo as correlações entre as operações de venda com cartões de crédito/débito e as emissões das ordens de serviço (documentos não fiscais) e os respectivos cupons fiscais de venda, tudo conforme solicitado na última diligência. Declarou ainda não ter apresentado os cupons fiscais na forma impressa em razão da grande quantidade de impressos em papel.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal, através do julgador Ângelo Mário Pitombo, que se encontrava, à época, na relatoria deste PAF, converteu o feito em diligência, em 24/01/2017, ocasião em que foram determinadas as seguintes providências:

1 – excluir das vendas efetuadas através de cartão de débito ou crédito, informados pelas administradoras, além dos valores já consignados nas reduções “Z”, também, os valores não registrados como meio de pagamento através de cartões, constantes das notas fiscais e cupons fiscais coincidentes em valor e data com as operações individualizadas consignadas no Relatório TEF Diário;

2 – apresentar se for o caso, nova “Planilha Comparativa de Vendas por Meio de Cartão de Débito/Crédito”, considerando como “ICMS DEVIDO”, apenas o valor resultante da aplicação do percentual de saídas tributáveis;

3 – apresentar um novo Demonstrativo de Débito do Auto de Infração, resultante dos eventuais ajustes efetuados.

A diligência foi executada por Auditor Fiscal estranho ao feito, lotado na Infaz Varejo, resultando no Parecer acostado às fls. 593/594, e redução do débito lançado no Auto de Infração para o montante principal de R\$ 5.295,62, conforme foi discriminado no Demonstrativo de Débito de fl. 705.

Após ter sido notificado do inteiro teor da revisão fiscal a defesa, na petição juntada às fls. 710/716, subscrita em 31/10/17, afirmou que o valor residual da autuação apurada na diligência tem origem em receitas de prestação de serviços de ótica, que não são alcançados pela incidência do ICMS. Disse que o estabelecimento autuado presta serviços de valores pequenos, em torno de R\$ 20,00 e outros até menores.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de uma única infração, relacionada à apuração de ICMS decorrente da omissão de saída de mercadoria tributada, quantificada 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 a nulidade do Auto de Infração por preterição do direito de defesa e do contraditório. Disse que as informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartão não

foram fornecidas à defendente para que pudessem ser contraditados. Apontou também a não aplicabilidade, pelo autuante, da redução de base de cálculo relativamente às operações com produtos de ótica, correspondente a carga tributária de 12%, prevista nos Decretos nº 11.089/08 e nº 11.523/09, vigentes à época da ocorrência dos fatos geradores.

O vício formal apontado pela defesa, foi saneado através da realização de diligência executada pelo autuante, através da entrega dos TEF diários e a decorrente reabertura do prazo de defesa de 60 (sessenta) dias. O autuante também reduziu o valor lançado no Auto de Infração, para a cifra de R\$25.945,83, conforme manifestação juntada às fls. 515/518.

Observo que no mérito, o contribuinte contestou os valores apurados na ação fiscal, visto que na comercialização de produtos óticos, especialmente óculos com lentes corretivas, as vendas são realizadas, em regra, para a entrega futura. Nessa modalidade de comércio, o cliente/consumidor ao comprar um par de óculos de grau na loja da autuada, escolhe a armação exposta na prateleira, mais a lentes que comporão o produto que deverá ser preparado e montado por um laboratório especializado, próprio ou de terceiros. Em vista disso, o cliente/consumidor paga imediatamente o total da compra ou adianta um sinal e paga o restante na entrega do pedido, ou até paga integralmente a compra no ato de entrega do produto. Em qualquer caso o documento fiscal somente é emitido na efetiva entrega da mercadoria, que pode demorar dias ou até meses. Apontou a defendente na inicial, os períodos mensais onde se verificaram essas ocorrências, conforme exposto à fl. 29.

Sustenta portanto a defesa, a inaplicabilidade da metodologia utilizada pela fiscalização, e que houve a emissão de documentos não fiscais a acobertar as operações de venda para entrega futura, juntados em anexo à impugnação, com posterior emissão dos correspondentes cupons fiscais, tudo ocorrendo em momentos diferentes. Ressaltou a defendente, a necessidade de realização de diligência fiscal por auditor estranho ao feito, em homenagem ao princípio da verdade material.

Na fase de Informação Fiscal prestada em 29/10/2013, acolheu a tese defensiva de redução da base de cálculo para a carga de 12%, aplicada aos produtos óticos, sendo o débito reduzido de R\$32.509,25, para R\$25.945,83, conforme já indicado linhas acima. Foram aplicadas as normas contidas nos Decretos nº 11.089/08 e nº 11.523/09, vigentes à época da ocorrência dos fatos geradores, normas essas que promoveram alteração ao RICMS/97.

Na petição de fl. 535 e correspondentes anexos (fls. 536 a 582), datada de 17/11/2015, a defesa, através de seu advogado, anexou nos autos arquivos magnéticos listando as operações diárias contidas no Relatório TEF, de forma individualizada, contendo as correlações entre as operações de venda com cartões de crédito/débito, e as emissões das ordens de serviço (documentos não fiscais) e os respectivos cupons fiscais de venda, tudo conforme solicitado na última diligência. Declarou ainda não ter apresentado os cupons fiscais na forma impressa, em razão da grande quantidade de impressos em papel.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal, através do julgador Ângelo Mário Pitombo, que se encontrava à época na relatoria deste PAF, converteu o feito em diligência em 24/01/2017, ocasião em que foram determinadas as providências no sentido de se fazer as correspondentes vinculações de valores e datas, e se fosse o caso, as exclusões dos valores já oferecidos à tributação pelo ICMS.

A diligência foi executada por Auditor Fiscal estranho ao feito, lotado na Infaz Varejo, resultando no Parecer acostado às fls. 593/594, e redução do débito lançado no Auto de Infração, para o montante principal de R\$5.295,62, conforme foi discriminado no Demonstrativo de Débito de fl. 705.

Após ter sido notificado do inteiro teor da revisão fiscal, a defesa, na petição juntada às fls. 710/716, subscrita em 31/10/17, afirmou que o valor residual da autuação apurada na diligência, tinha origem em receitas de prestação de serviços de ótica, que não são alcançados pela

incidência do ICMS. Disse que o estabelecimento autuado presta serviços de valores pequenos, em torno de R\$20,00 e outros até menores.

O auditor diligente, em nova intervenção nos autos (fls. 720/722), firmada em 16/11/2017, manteve os resultados gerados na revisão fiscal, e afirmou que a alegação defensiva relacionada aos valores residuais da infração, vinculando-os a receitas de prestação de serviços, não se fez acompanhar de comprovações documentais, a exemplo das notas fiscais de prestação de serviços ou mesmo da DMS (Declaração Mensal de Serviço).

As diligências saneadoras, portanto, procederam ao cotejamento dos valores e datas das parcelas relacionadas às vendas para entrega futura, procedendo às exclusões dos valores que já se encontravam oferecidos à tributação do ICMS. As parcelas remanescentes da autuação, no importe principal de R\$5.295,62, em que a defesa alegou se tratar de receitas originárias de prestação de serviços, não se fizeram acompanhar de provas documentais que atestassem essa afirmativa.

Pelas razões acima expostas, julgo PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração. O Demonstrativo de Débito da ocorrência fiscal lançada de ofício, passa a ter a configuração discriminada na planilha abaixo:

| Infração | Débito | Ocorrência | Vencimento | Val. Histórico/Julgado (R\$) | Val. Principal (R\$) |
|----------|--------|------------|------------|------------------------------|----------------------|
| 05.08.01 | 1 | 31/03/2009 | 09/04/2009 | 775,76 | 547,60 |
| 05.08.01 | 1 | 31/05/2009 | 09/06/2009 | 9.051,58 | 1.630,21 |
| 05.08.01 | 1 | 31/07/2009 | 09/08/2009 | 1.271,84 | 0,00 |
| 05.08.01 | 1 | 31/08/2009 | 09/09/2009 | 153,13 | 131,51 |
| 05.08.01 | 1 | 30/11/2009 | 09/12/2009 | 1.093,42 | 939,06 |
| 05.08.01 | 1 | 31/01/2010 | 09/02/2010 | 7.826,22 | 0,00 |
| 05.08.01 | 1 | 28/02/2010 | 09/03/2010 | 8.703,03 | 0,00 |
| 05.08.01 | 1 | 30/09/2010 | 09/10/2010 | 3.281,29 | 1.744,10 |
| 05.08.01 | 1 | 31/10/2010 | 09/11/2010 | 352,98 | 303,14 |
| TOTAL | | | | | 5.295,62 |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **114155.0101/13-5**, lavrado contra **ÓTICA DA GENTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.295,62**, acrescido das multas de 70% sobre R\$3.248,38 e de 100% sobre R\$2.047,24, previstas no art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96, e demais consectários legais.

Sala das Sessões do CONSEF, em 06 de dezembro de 2018.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA