

PROCESSO - A. I. Nº 019290.0021/05-3
RECORRENTE - PAULA & PATY DE BELEZA LTDA. (SALON DE COIFFEURE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JFJ nº 0158-02/06
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 05/12/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0413-11/06

EMENTA: ICMS. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Legalmente presume-se ocorrida operação tributável sem pagamento do imposto quando os valores de vendas forem inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que ocorreu parcialmente ao se apurar, proporcionalmente, as operações sujeitas ao ICMS. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Recurso Voluntário foi interposto contra a Decisão da 2ª JFJ – Acórdão JFJ nº 0158-02/06, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, o qual foi lavrado para exigir o ICMS de R\$67.209,20, em razão da constatação de omissão de saídas de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora, nos meses de julho de 2003 a dezembro de 2004.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 66.181,10, após rejeitar a preliminar de nulidade do Auto de Infração, suscitada pelo recorrente, de “não haver elementos capazes de determinar a existência da infração imputada, haja vista que o seu estabelecimento é um salão de beleza, contribuinte do ISS”. Entende o órgão julgador que a presunção legal, até prova em contrário, é decorrente de receitas não declaradas na escrita do contribuinte, pois o estabelecimento além de prestar serviços, também vende mercadorias. Assim, as receitas não declaradas tanto podem decorrer de vendas como de serviços. Aduz que no caso em exame, por se tratar de uma presunção relativa, cabe ao contribuinte demonstrar a improcedência da presunção, o que não ocorreu. Salienta que na diligência realizada pela ASTEC ficou comprovado ser o estabelecimento um salão de beleza, mas que vende mercadorias (xampus, condicionadores, esmaltes e outros produtos do gênero), e que também aplica produtos nas operações de serviços, sendo constatado que, no exercício de 2003, as vendas de mercadorias representaram 52,43% do total do seu faturamento bruto, e, em 2004, as vendas representaram 36,72%. Assim, em face destas considerações, afastou a preliminar.

Quanto ao mérito, a Decisão recorrida foi de que a defesa apontou erros do levantamento fiscal, o que foi reconhecido pelo autuante, o qual refez os cálculos, elaborando novos demonstrativos, dos quais remanesce o valor total do imposto de R\$ 66.181,10 (fls. 177 e 178).

Às fls. 242 e 243 dos autos, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário onde ressalta que a Decisão contraria as provas dos autos. Aduz que da leitura do voto se dá a impressão que seria improcedente a autuação ou, no máximo, pelo pagamento dos percentuais considerados como

venda de mercadorias, conforme levantados pela ASTEC (52,43% em 2003 e 36,72% em 2004) e não contestados pelo autuante.

Sustenta que não precisava demonstrar a improcedência da presunção, uma vez que a própria entidade revisora, trabalhando com os documentos fiscais e contábeis da empresa, anexou planilhas e demonstrativos que comprovam que se trata de um salão de beleza, tendo sido constatado que as notas fiscais de vendas continham produtos aplicados nos tratamentos estéticos e de cabelo, e que o autuado, erroneamente, à época, entendia ser obrigatória a emissão de notas fiscais de vendas e não de serviços.

Destaca que o próprio Parecer ASTEC afirma que *“considerando as atividades desenvolvidas pela empresa, não são confiáveis os dados colhidos através das notas e cupons fiscais, os quais indicam uma participação elevada das vendas de produtos em relação aos serviços prestados, tudo levando a crer que há uma significativa predominância da prestação dos serviços sobre a comercialização de mercadorias”*. Assim, indaga que provas e evidências maiores que estas poderiam ser apresentadas por este contribuinte?

Também questiona: *“Como deixar de reconhecer que um salão de beleza cadastrado indevidamente na SEFAZ vinha pagando indevidamente antecipação parcial do ICMS sobre as compras de produtos típicos de salão, além do ICMS normal apurado erroneamente?”*

Por fim, ressalta o recorrente que espera e confia que seja corrigido um erro brutal de interpretação e que vai de encontro a todas as provas materiais anexadas, cometido contra um contribuinte do ISS confundido como contribuinte do ICMS onde o único erro que cometeu foi pagar os dois impostos e que, se mantida a Decisão anterior, fatalmente levará a pagar dois impostos sobre uma mesma base de cálculo.

A PGE/PROFIS, às fls. 251 a 253 dos autos, entende não assistir qualquer razão a alegação pela improcedência da autuação pelo fundamento de que o recorrente presta serviços cuja tributação encontra-se na competência do Município, visto que ficou comprovado que também comercializa mercadorias realizando fatos geradores de ICMS.

Por outro lado, entende que a diligência da ASTEC trouxe aos autos novos elementos que não podem ser desprezados na constituição do crédito tributário, pois a geração e receita ocorrida nos exercícios de 2003 e 2004, obedeceram a uma relação percentual entre a venda de mercadorias e prestação de serviços de 52% e 36%, respectivamente, cujos efeitos foram refletidos nas Planilhas “2” e “4”, às fls. 201 e 203 da Informação Fiscal, reduzindo sensivelmente o montante devido pelo autuado.

Defende que pelos princípios da verdade material e da oficialidade do processo administrativo fiscal, devem necessariamente ser refletida na apuração da base imponible, sob a possibilidade de estar-se realizando uma tributação excessiva sem respaldo até mesmo nos fatos contidos nos autos.

Sustenta que apenas a apresentação de maneira individual de cada boleto de venda efetuada através de cartões, acompanhado da respectiva nota fiscal, mesmo de venda a consumidor ou do respectivo cupom fiscal, eliminaria todas as dúvidas quanto à aferição da precisa base de cálculo.

Porém, ressalta que em um caso de autuação com fulcro na presunção legal em tela, quando ficou isento de dúvidas que o contribuinte também vende serviços tributados pelo ISS, crê que todos os meios de perseguição da verdade material dos fatos devam ser considerados, por isso opina pela improcedência parcial da autuação, entendendo que deva obedecer aos montantes apurados nas Planilhas “2” e “4”, às fls. 201 e 203 da Informação Fiscal apresentada pelo autuante.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS, no valor de R\$ 67.209,20, constatado através 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

A Decisão recorrida julgou o lançamento de ofício procedente em parte, no valor de R\$ 66.181,10, após relevar erros apontados pelo sujeito passivo no levantamento fiscal. Porém, desprezou os percentuais das operações de vendas de mercadorias na receita bruta do contribuinte, operações estas sujeitas ao ICMS, cujos dados foram apurados por preposto da ASTEC/CONSEF, conforme diligência solicitada pelo próprio órgão julgador, neste sentido.

Tal Decisão reflete uma interpretação literal do art. 4º, § 4º, da Lei nº. 7.014/96, com redação dada pela Lei nº. 8.542/02, no qual autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte prove ser improcedente tal presunção, sempre que a escrituração do estabelecimento indicar, dentre outras coisas, a existência de valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

O entendimento do CONSEF, até então, é de que a presunção prevista no citado dispositivo legal é de que as mercadorias são tributáveis, salvo no caso da totalidade da saída de mercadorias não tributadas, isentas ou com imposto substituído, ou quando o percentual de tais saídas seja muito próximo a 100%, cuja aplicação de presunção legal não cabia.

Contudo, verificada qualquer hipótese de presunção legal de operações de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, venha o contribuinte a demonstrar ou a comprovar a existência de operações não sujeitas ao ICMS ou já com sua fase de tributação encerrada, este Colegiado passou a acatar tal expediente como uma prova da improcedência relativa da presunção, conforme previsto na própria norma legal.

Assim, diante de tal interpretação, entendo que cabe razão ao recorrente no seu pleito, de forma que seja relevado o percentual de participação na receita bruta apurada, relativo às operações com mercadorias sujeitas ao ICMS, expurgando-se, em consequência, os montantes inerentes à prestação de serviços, os quais se submetem à incidência do ISS, sob pena de se incidir em bitributação.

Porém, da análise das planilhas, às fls. 190 e 191 dos autos, apensadas pelo preposto da ASTEC, verifico que o percentual médio de participação das vendas de mercadorias na receita bruta no exercício de 2003 é de 47,95% (R\$ 27.852,91/R\$ 50.078,58), já para o exercício de 2004 é de 52,53% (R\$ 70.397,33/R\$ 134.010,33).

Diante de tais considerações e com base nos percentuais acima, assim como nos valores consignados na coluna “Diferença Encontrada (Base de Cálculo)”, às fls. 200 (exercício de 2003) e 202 (exercício de 2004), apura-se os valores mensais do imposto devido, considerando-se a proporcionalidade relativa às operações sujeitas ao ICMS, a alíquota de 17% e o crédito presumido de 8%, por se tratar de contribuinte inscrito no SimBahia, previsto no § 1º do art. 408-S do RICMS, conforme a seguir:

PERÍODO	EXERCÍCIO DE 2003			EXERCÍCIO DE 2004		
	BASE DE CÁLCULO		ICMS Devido	BASE DE CÁLCULO		ICMS Devido
	Fl. 200	APURADA (47,95%)		Fl. 202	APURADA (52,53%)	
JAN	-	-		28.266,69	14.848,49	1.336,36
FEV	-	-		21.739,37	11.419,69	1.027,77
MAR	-	-		33.054,00	17.363,27	1.562,69
ABR	-	-		40.844,80	21.455,77	1.931,02
MAI	-	-		44.290,55	23.265,83	2.093,92
JUN	-	-		18.293,96	9.609,82	864,88
JUL	37.091,54	17.785,39	1.600,69	42.510,95	22.331,00	2.009,79
AGO	35.183,59	16.870,53	1.518,35	46.774,99	24.570,90	2.211,38
SET	40.735,31	19.532,58	1.757,93	40.751,84	21.406,94	1.926,62
OUT	46.342,16	22.221,07	1.999,90	48.039,36	25.235,08	2.271,16
NOV	42.570,35	20.412,48	1.837,12	53.167,20	27.928,73	2.513,59
DEZ	25.347,15	12.153,96	1.093,86	61.966,84	32.551,18	2.929,61
TOTAIS:	227.270,10	108.976,01	9.807,84	479.700,55	251.986,70	22.678,80

Diante do exposto, voto pelo **PROVIMENTO PARCIAL** do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração no valor de R\$ 32.486,64.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **019290.0021/05-3**, lavrado contra **PAULA & PATY DE BELEZA LTDA. (SALON DE COIFFEURE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$32.486,64**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de novembro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS