

PROCESSO - A. I. Nº 130080.0003/07-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PITUBA CENTER-ESTÉTICA E BELEZA LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0030-02/08
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 05/06/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0166-11/08

EMENTA. ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS POR FINANCEIRAS OU ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Demonstrada nos autos a existência da diferença entre as vendas declaradas pelo contribuinte e os valores informados pelas financeiras e administradoras de cartões e que o estabelecimento, além de comercializar mercadorias, também presta serviços sujeitos à incidência do ISS. Presunção da diferença diz respeito a saídas (vendas) de mercadorias tributáveis sem pagamento de ICMS, descabendo no tocante aos valores relativos aos serviços prestados. Refeito o levantamento fiscal, o débito foi reduzido, permanecendo as operações mercantis omitidas. Infração parcialmente subsistente. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente processo foi encaminhado para esta Câmara, na forma de Recurso de Ofício, para exame da Decisão exarada pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, consoante Acórdão nº 0030-02/08, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 130080.0003/07-6, lavrado em 30/03/2007, o qual reclama a cobrança do ICMS, no valor de R\$76.902,09, com aplicação da multa de 70%, decorrente da omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior àquele informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

O autuado apresentou impugnação tempestiva (fls. 15 a 19), sustentando, preliminarmente, a nulidade da ação fiscal, em face da existência de cerceamento de defesa, sob o argumento de desconhecer os elementos materiais em que se baseou a fiscalização para apurar o imposto lançado.

No mérito, contesta o critério adotado pela fiscalização, por ter sido considerada a diferença levantada como sendo toda ela relativa a vendas de mercadorias, bem como tributáveis pela alíquota de 17%, não se observando que a empresa é também contribuinte do ISS, sendo as prestações de serviços superiores às operações sujeitas ao ICMS. Argumenta que o ICMS, se devido, deveria ser cobrado proporcionalmente, em razão das prestações de serviços.

Ressalta que, de acordo com a planilha que junta, o valor do ICMS não seria superior a R\$28.880,58, adotada a questão da proporcionalidade, conforme as cópias anexas do Registro de Saídas e das declarações de serviços prestados. Requereu a realização de diligência para depuração do valor a ser lançado, formulando quesitos.

Finaliza, requerendo que, sem embargo de outros pleitos, seja declarada a nulidade do procedimento fiscal, ou, no mérito, seja o Auto de Infração julgado Procedente em Parte, de acordo com a planilha inclusa e documentos.

A autuante, à fl. 68, prestou a informação fiscal de praxe, asseverando que todos os demonstrativos fiscais foram entregues ao autuado para sua defesa. Aduz que as reduções “Z” da empresa destacam os valores a serem tributados pelo ICMS e pelo ISS, e que os valores constantes nas referidas reduções com venda em cartões totalizam os dois impostos, os quais foram considerados pelo total, bem como todos os importes das Notas Fiscais emitidas pela empresa e apresentadas à fiscalização. Assim, levou-se em conta o total de vendas de produtos e o total da prestação de serviços. Observa que, se comparados os valores do relatório de informações TEF e os da DME, é possível constatar também a diferença entre os quantitativos informados pelas administradoras de cartões e os informados pela empresa no período fiscalizado. Opina pela procedência do Auto de Infração, por considerar frágeis as alegações da defesa, ressaltando ter sido dado, à empresa, o crédito presumido de 8%, por ser ela inscrita no SimBahia.

Ao analisar o PAF, a Junta determinou a realização de diligência à ASTEC/CONSEF (fls. 71/72), visando verificar se os documentos de fls. 29 a 65 refletem o que consta na escrita do autuado, bem como fossem respondidos os quesitos formulados pelo autuado (fl. 18). Recomendou, ainda, a intimação do contribuinte no sentido de apresentar planilha comparativa, correlacionando os valores das notas de serviços com os TEFs diários informados pelas administradoras de cartões.

A diligência foi realizada por auditor designado, o qual emitiu o Parecer ASTEC 185/2007 (fls. 73/75), asseverando que, de posse dos livros e documentos fiscais apresentados, relativos ao período de janeiro a novembro de 2006, procedeu aos exames indispensáveis, tendo constatado que o estabelecimento autuado, além de comercializar mercadorias, também presta serviços no ramo de estética e beleza e que os documentos colacionados às fls. 28 a 65 correspondem, integralmente, à escrita fiscal do autuado. Informa que as guias de recolhimentos relativos aos serviços prestados de janeiro a novembro de 2006 estão de acordo com os valores escriturados nas declarações mensais de serviços e que estão corretas as transposições dos valores relativos aos faturamentos mensais do livro de saídas (ICMS) e das declarações mensais de serviços (ISS) para a planilha elaborada pelo autuado e anexada à defesa. Quanto à proporção entre as vendas e a receita total do estabelecimento, afirma o auditor que os dados indicados na planilha apresentada pela defesa estão de acordo com sua escrita fiscal.

Foram respondidos os três quesitos formulados pela defesa, anexadas planilhas mensais com os cupons fiscais de prestações de serviços, relacionando os cupons fiscais de prestações de serviços com os TEFs diários.

Cientificados do resultado da diligência, o auditor fiscal e o sujeito passivo não se manifestaram.

Ao julgar, a JJF, de plano, rejeitou a nulidade suscitada pelo autuado, já que consta do instrumento de fl. 11 a entrega, ao autuado, dos arquivos magnéticos com os registros dos TEFs diários informados pelas administradoras de cartões, tendo, inclusive, o contribuinte verificado a consistência dos aludidos arquivos, os quais lhe possibilitaram exercer o seu direito de defesa.

No mérito, salientou que uma interpretação criteriosa da legislação, a qual prevê a presunção em que se baseia a presente autuação, encontra evidente justificação jurídica a proporcionalidade argüida pelo contribuinte.

Prossegue, fazendo uma cuidadosa análise da questão da presunção, tratando o caso versado de uma presunção relativa, a qual é caracterizada por indícios e pode ser elidida por provas ou evidências. Assevera que a presunção legal é de que, no caso de divergência entre as vendas declaradas pelo contribuinte e os valores informados pelas instituições financeiras ou administradoras de cartões de crédito, a diferença constatada seja considerada como relativa a operações tributáveis sem pagamento do imposto, mas ressaltando a própria lei a possibilidade da prova da improcedência da presunção, entendendo que a prova a ser feita é de que não houve

operações sem pagamento do imposto, ou que tal fato ocorreu apenas em parte. Quando a prova é confirmada, elide-se a presunção, total ou parcialmente.

Observa que, conforme solicitado pela Junta, a ASTEC, através de auditor incumbido da revisão, atesta que os dados apresentados pela defesa são fiéis ao que consta na escrita fiscal do contribuinte, referentemente às vendas e aos serviços prestados no período considerado, concluiu a JJF que o demonstrativo do débito deveria ser refeito, observada a proporcionalidade em questão e abatendo-se o crédito presumido de 8%, tal como ocorrera no levantamento originário (fl. 8), por se tratar de contribuinte inscrito no SimBahia. Frisa que o imposto efetivamente devido é maior que o calculado pelo contribuinte no demonstrativo à fl. 28, pois ele levou em conta a comparação dos valores devidos com o cálculo inicial feito pelo auditor e neste era dado um crédito presumido de 8% sobre o total das receitas (incluindo o ISS), ao passo que, no cálculo ora apresentado, o crédito presumido de ICMS (8%) é calculado apenas sobre as receitas relativas a operações tributáveis pelo ICMS (excluídos os serviços).

MÊS	VENDAS	ICMS		
		DÉBITO (17%)	CRÉDITO PRESUMIDO (8%)	IMPOSTO A SER LANÇADO
JAN/06	31.722,00	5.392,74	2.537,76	2.854,98
FEV/06	30.237,31	5.140,34	2.418,98	2.721,36
MAR/06	33.525,00	5.699,25	2.682,00	3.017,25
ABR/06	30.673,15	5.214,44	2.453,85	2.760,59
MAI/06	31.564,40	5.365,95	2.525,15	2.840,80
JUN/06	29.039,70	4.936,75	2.323,18	2.613,57
JUL/06	31.950,66	5.431,61	2.556,05	2.875,56
AGO/06	32.809,28	5.577,58	2.624,74	2.952,84
SET/06	30.430,70	5.173,22	2.434,46	2.738,76
OUT/06	32.176,40	5.469,99	2.574,11	2.895,88
NOV/06	32.275,60	5.486,85	2.582,05	2.904,80
				31.176,39

Assim, decidiu pela procedência em parte do Auto de Infração, recorrendo, em obediência à legislação vigente, a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

Consoante detalhadamente explicitado no Relatório, versa este PAF sobre a infração de falta de recolhimento do ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, sendo a Decisão da 2ª JJF objeto do presente Recurso de Ofício.

Assim é que, do exame atencioso da procedimentalidade, firmo posicionamento no sentido de ser a Decisão recorrida irretocável, na medida em que julgou corretamente, isto é, em consonância com a Lei, o Direito e a Justiça, resultando na Procedência Parcial do Auto de Infração.

Nesse contexto, analisados os elementos informativos existentes nos autos, concluo não ser cabível a infração tal como inicialmente consignada, uma vez que se trata de presunção relativa e a Lei que a instituiu prevê a possibilidade do contribuinte demonstrar a improcedência da presunção.

Assim, a diligência efetuada pela ASTEC deste Conselho de Fazenda, visando verificar os elementos apresentados pela defesa, deu origem ao Parecer ASTEC nº. 0185/2007 (fls. 73/75), o qual certifica que, efetivamente, o estabelecimento do autuado, além de comercializar mercadorias, também presta serviços no ramo de estética e beleza, e que os documentos colacionados às fls. 28 a 65 correspondem integralmente à escrita fiscal do autuado.

Dentre outras assertivas, informa o Parecer que, quanto à proporção entre as vendas e a receita total do estabelecimento, os dados indicados pela defesa na planilha apresentada estão em consonância com sua escrita fiscal, sendo que, à fl. 75, o diligente apresenta, em resposta ao quesito do autuado, o quanto as operações com ICMS representam por mês, percentualmente, em

relação ao faturamento mensal total do estabelecimento, dentro do período fiscalizado, ou seja, de janeiro a novembro de 2006.

De outra parte, constata-se que tanto o autuante, como o autuado, tomaram conhecimento do resultado da diligência, não se manifestando, o que faz crer terem concordado com o seu teor.

Arrimando-se nesses índices de proporcionalidade, a Junta procedeu a um novo demonstrativo do débito (fl. 148), onde foi reduzido o valor da increpação.

Portanto, afigura-se irrepreensível a Decisão da JJF ao proceder à correção do lançamento efetivado pelo autuante, acolhendo, na integralidade, o resultado da diligência, reduzindo, destarte, o débito lançado no auto infracional para o valor de R\$31.176,39, conforme indicado no aludido demonstrativo.

Outrossim, ressalto que constam dos autos, à fl. 159, comunicação do autuado, dirigida à INFAZ/VAREJO, reconhecendo seu débito e a pretensão de liquidá-lo mediante Crédito Fiscal Acumulado, adquirido junto à empresa Plantebem Comércio e Representações Ltda., consoante petição protocolizada sob nº 044464/2008-1, na INFAZ de Vitória da Conquista (cópia à fl. 160).

De todo o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício advindo da 2ª JJF, confirmando a Decisão, por se encontrar em obediência aos ditames legais.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **130080.0003/07-6**, lavrado contra **PITUBA CENTER-ESTÉTICA E BELEZA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$31.176,39**, 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, 15 de maio de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

LEILA VON SÖHSTEN RAMALHO - REPR. DA PGE/PROFIS