

A. I. N° - 178891.101308-7
AUTUADO - ESTÉTICA LA BELLE MOUSSE LTDA.
AUTUANTE - NELSON LIMA GARCEZ MONTENEGRO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET 17.012.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0337-05/10

EMENTA: ICMS. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES E OS VALORES LANÇADOS NO ECF. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àqueles informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Empresa com atividade comercial mista de venda de mercadorias e prestação de serviços. Valor reduzido mediante aplicação de proporcionalidade conforme Instrução Normativa nº 5607. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/06/2008 para exigir o ICMS no valor de R\$25.923,86, acrescido da multa de 70%, em decorrência 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 relativa ao período 31/01 a 31/12/2006.

O autuado apresenta defesa (fl. 18-19), argumentando que, embora conste no objeto da sociedade, comércio varejista de cosméticos e serviços de salão de beleza, tratamento da estética facial e corporal, a sua atividade principal sempre foi a prestação de serviços, com foco em serviços de tratamento de cabelos em geral. Ao tomar conhecimento do Auto de Infração verificou que a autuação fiscal considerou que a empresa apenas atuava como comércio de produtos de beleza.

Diz que os produtos adquiridos fora da Bahia foram utilizados na atividade de prestação de serviços e, para comprovação anexa cópias de todas as notas de compras do ano de 2006, discriminando os totais mensais e totalizando no ano R\$49.778,72, ressaltando que quase a totalidade das compras foram utilizadas para execução de serviços, o que, afirma, se pode verificar através das notas de prestação de serviços que anexa.

Afirma que a presunção de legalidade, legitimidade e veracidade dos atos administrativos é relativa por admitir comprovação em contrário, garantindo, destarte, a demonstração de insubsistências de autuações pela Administração Pública e que é o caso deste Auto de Infração.

Alega que se a acusação fosse verdadeira, a empresa teria uma margem de lucro superior a 500%, o que não existe no seu ramo de negócio.

Pelo que expõe, registra a nulidade do processo administrativo e, por conseguinte, a insubsistência do auto.

À fl. 196, o autuante informa que a grande maioria das notas fiscais anexadas pelo Impugnante não encontra correspondência nos arquivos de cupons fornecidos. Apenas algumas poucas notas fiscais de baixo valor foram anexadas. Afirma ser descabida a alegação do contribuinte, o que total do Auto de Infração.

À fl. 198 consta pedido de diligência ao autuante com a seguinte solicitação:

- a) Intimar o autuado a apresentar demonstrativo apontando o percentual do faturamento referente à prestação de serviços, e às vendas de mercadorias, mensalmente, Conferir os dados fornecidos pela empresa, com base nos documentos e livros fiscais;
- b) Apurar a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07;
- c) Elaborar novos demonstrativos, inclusive o de débito.

À fl. 200 o autuante informa que o percentual de faturamento de serviços pagos com cartões de crédito/débito não pode ser apurado, pois as notas fiscais de serviços apresentadas pelo contribuinte (fls. 32 a 125) não correspondem aos cupons fornecidos pelas administradoras de cartões.

Diz que, caso houvesse pagamentos de serviços com cartões e emissão de notas fiscais, seus valores deveriam constar das listagens fornecidas pelas administradoras de cartões, o que não ocorreu.

Além disso, diz que o contribuinte não apresentou planilha demonstrativa das vendas de mercadorias isentas e/ou não tributadas, bem como as tributadas normalmente. Limitou-se a apresentar fotocópias de algumas notas fiscais de aquisição de mercadorias que totalizam R\$8.837,64, mas que, na DME de 2006 (fl. 201/2) declarou compras de R\$85.866,67, o que inviabiliza o cálculo da proporcionalidade.

À fl. 356 o PAF foi diligenciado à ASTEC para que Auditor estranho ao feito cumprisse o quanto determinado no pedido de anterior de diligência (fl. 198).

Às fls. 357/9 a diligente da ASTEC produziu o Parecer nº 132/2010, expondo o seguinte:

- a) Por se tratar de salão de beleza, cuja atividade é, preponderantemente, de prestação de serviços, intimado, o autuado juntou, também, os comprovantes dos recolhimentos do ISS – DAM (FLS.370/5), referentes às receitas de prestação de serviços;
- b) Com base nos dados demonstrados e conferidos com as notas fiscais apresentadas pelo autuado, conforme planilhas de fls. 365/9, apurou os percentuais de vendas de mercadorias e prestação de serviços mensais do período fiscalizado (fl. 358);
- c) Com a aplicação dos percentuais apurados sobre os valores da autuação como indicados no demonstrativo de fl. 06, o ICMS apurado como devido no lançamento é R\$1.128, 07, assim distribuídos: janeiro: R\$ 85,10; fevereiro: R\$ 93,99; março: R\$ 86,34; abril: R\$ 86,01; maio: R\$ 81,20; junho: R\$ 91,75; julho: R\$ 102,09; agosto: R\$ 109,44; setembro: R\$ 114,33; outubro: R\$ 136,35; novembro: R\$ 52,84 e; dezembro: R\$ 87,83.

Intimado para conhecimento do resultado da diligência e, querendo, sobre ela pronunciar-se o autuado ficou silente.

VOTO

O Auto de Infração em lide refere-se à presunção de omissão de saída de mercadoria tributáveis 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 infração acusada tem previsão legal no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96. De acordo com este dispositivo, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, *in verbis*: “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 valores inferiores às informações fornecidas por instituições fin
cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de
pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da imp

Trata-se, portanto, de uma presunção relativa e o autuado impugnou o lançamento argumentando que, sendo um salão de beleza, desenvolve atividade mista de comércio e prestação de serviços não tributável pelo ICMS, sendo esta última sua principal atividade empresarial, e a maioria das mercadorias que comprou no exercício fiscalizado foi consumida na prestação de serviços, aspectos não considerados na ação fiscal original.

Para averiguar a pertinência da alegação defensiva e adequar o lançamento aos procedimentos da Instrução Normativa 56/07, em especial, quanto à proporcionalidade do faturamento tributável pelo ICMS, os autos foram baixados em diligência ao autuante, tendo este informado a impossibilidade da aplicação da proporcionalidade por não haver correspondência entre os documentos fiscais e valores do TEF-Diário e o contribuinte não ter apresentado planilha demonstrativa das vendas de mercadorias isentas e/ou não tributadas e tributadas pelo ICMS.

Ainda na fase de instrução processual, e considerando que o autuante não cumpriu a diligência fiscal na forma solicitada por este Órgão Judicante, uma vez que ao menos consta dos autos Intimação Fiscal para que o autuado apresentasse elementos que lhe possibilitasse cumprir a diligência na forma pedida, solicitou-se à assessoria técnica deste Órgão, diligência fiscal com o mesmo pedido, tendo a Auditora diligente dessa assessoria, conforme o parecer ASTEC de fls. 357/9, intimado o contribuinte para apresentação dos elementos necessários ao seu trabalho e, mediante a análise dos documentos apresetados pelo autuado em face da sua intimação fiscal, de fato constatou procederem as alegações do Impugnante.

Desenvolvendo o trabalho diligencial, a Auditora estranha ao feito, obedecendo às orientações da Instrução Normativa 56/07, apurou os seguintes percentuais mensais de vendas de mercadorias tributáveis pelo ICMS no período objeto da fiscalização (2006): janeiro: 5,45%; fevereiro: 4,72%; março: 4,06%; abril: 4,44%; maio: 5,03%; junho: 4,73%; julho: 4,72%; agosto: 5,57%; setembro: 5,90%; outubro: 5,31%; novembro: 2,15% e; dezembro: 2,41%. Em consequência, considerando esses percentuais no faturamento original indicado pelo autuante no demonstrativo de fl. 06, o valor devido neste lançamento tributário de ofício restou reduzido de R\$25.923,86 para R\$1.128,07, valor que acolho como correto tendo em vista que o procedimento utilizado pela Auditora diligente obedeceu à legislação pertinente, em especial, a Instrução Normativa nº 56/07, ao tempo que entendo aplicarem as regras dos arts. 140 e 142 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF ao caso, tendo em vista o silêncio do autuado e a não contestação dos novos valores apurados por parte do autuante, quando intimados para conhecimento do resultado da diligência. *In verbis*:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, que passa a ter o seguinte demonstrativo de débito:

| DEMONSTRATIVO DE DÉBITO | | | | | |
|-------------------------|-------------|------------|---------|-------|--------|
| Data Ocorr | Data Vencdo | Base Cálcl | Aliq. % | Multa | ICMS |
| 31/01/2006 | 09/02/2006 | 500,59 | 17 | 70 | 85,10 |
| 28/02/2006 | 09/03/2006 | 552,88 | 17 | 70 | 93,99 |
| 31/03/2006 | 09/04/2006 | 507,88 | 17 | 70 | 86,34 |
| 30/04/2006 | 09/05/2006 | 505,94 | 17 | 70 | 86,01 |
| 31/05/2006 | 09/06/2006 | 477,65 | 17 | 70 | 81,20 |
| 30/06/2006 | 09/07/2006 | 539,71 | 17 | 70 | 91,75 |
| 31/07/2006 | 09/08/2006 | 605,29 | 17 | 70 | 102,90 |
| 31/08/2006 | 09/09/2006 | 643,76 | 17 | 70 | 109,44 |
| 30/09/2006 | 09/10/2006 | 672,53 | 17 | 70 | 114,33 |
| 31/10/2006 | 09/11/2006 | 802,00 | 17 | 70 | 136,34 |
| 30/11/2006 | 09/12/2006 | 310,82 | 17 | 70 | |
| 31/12/2006 | 09/01/2007 | 516,65 | 17 | 70 | |
| TOTAL | | | | | |

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 **178891.1013/08-7**, lavrado contra **ESTÉTICA LA BELLE MOUSSE LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.128,07**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de dezembro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA