

A. I. Nº - 210319.1308/07-4  
AUTUADO - ESPAÇO DOS GASTRÔNOMOS LTDA.  
AUTUANTE - JOSUE DE LIMA BORGES FILHO  
ORIGEM - INFAC FEIRA DE SANTANA  
INTERNET - 20.12.07

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0379-04/07**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES CONSTANTES DO RELATÓRIO TEF. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas 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. Não comprovada a ilegitimidade da presunção. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 13/08/07, para exigir o ICMS no valor de R\$17.795,49 acrescido da multa de 70%, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributadas apuradas 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.

O autuado, por seu representante devidamente constituído, apresenta defesa (fls. 122 a 132), inicialmente esclarece que desde sua constituição é inscrito no SIMBAHIA, na condição de Microempresa.

Alega que no tocante à infração assinalada, a mesma foi lastreada em dispositivo legal que autoriza uma “ficação jurídica”, qual seja, a presunção de ocorrência de fato gerador de obrigação tributária, mesmo ante a impossibilidade de comprovar a materialidade de tal evento. Argumenta que em casos como tais, a lei autoriza e a jurisprudência reconhece que a presunção legal é apta para suprir a falta de elementos necessários à constituição do crédito tributário, desde que ali estejam identificados alguns dos aspectos que ensejam o nascimento da obrigação tributária.

Esclarece que a presunção acaba por ser a equiparação dada a um fato concreto não subsumido à hipótese normativa, à condição de fato gerador de obrigação tributária, ganhando tal status em decorrência da previsão legal.

Afirma que o cerne da tese de sua defesa é a falta de amparo legal à presunção, objeto do Auto de Infração, por entender que não há no texto legal qualquer autorização para que as diferenças apuradas entre os extratos de venda por cartão de crédito e as vendas indicadas na Redução Z como sendo pagas por cartão, constituam objeto de lançamento tributário por presunção. Para tanto, apresenta quadro exemplificativo à fl. 125 e diz que a impugnante se enquadra na segunda hipótese do exemplo: não há apuração na auditoria fiscal que prove que as vendas totais realizadas pela empresa sejam superiores aos valores informados pelas administradoras e, alega que o que há como fato potencial, é o equívoco na indicação do meio de pagamento utilizado pelos adquirentes quando da emissão de diversos cupons fiscais.

A considerar tais situações, faz uma série de indagações, tais como: Porque a presunção é de omissão de saídas pelo contribuinte, se o seu faturamento sequer foi apontado no Auto de Infração, para fins de verificação da ocorrência da efetiva omissão, conforme exemplificado na letra a do item 2.6 à fl. 125? Não há presunção de que, pelo menos potencialmente, poderia ocorrer erros na emissão do cupom fiscal? As operações de saídas não poderiam estar devidamente suportadas com os cupons fiscais e ter havido equivoco tão-somente na informação do meio de pagamento?

Argumenta que em se falando de presunção, presume-se o mínimo de certeza, não a multiplicidade da qual o autor da presunção elege a que lhe for mais conveniente como verdade jurídica.

Transcreve o art. 3º, § 4º da Lei 7.014/96 e afirma que o mencionado dispositivo aponta como condição para caracterizar omissão de saídas, que o contribuinte praticasse determinado ato, ou seja, declarasse vendas em valores inferiores àqueles informados pelas administradoras de cartão de crédito. Questiona em que momento o contribuinte prestou tais informações a respeito de suas vendas com cartão de crédito, e mesmo que tal presunção fosse admitida, seria necessário o cotejo entre as informações das administradoras de cartão de crédito com àquelas prestadas formalmente pelo contribuinte, o que não ocorreu. Alega que do contrário estaria se presumindo como descumprimento de obrigação principal, aquilo que, de fato, pode e deve ser meramente descumprimento de obrigação acessória (erro na emissão do cupom fiscal). Alega ser típico da atividade do contribuinte que a rotatividade dos clientes que geram seu faturamento se concentre em um curto intervalo de tempo, entre 12h e 14h.

Entende que deveria ser presumido pela fiscalização desde o princípio: falha na emissão do cupom fiscal.

Transcreve o art. 408-P do RICMS/BA e textualmente o art. 112 do CTN, dando ênfase ao inciso II, afirmando que o preceito legal impositivo da sanção aplicável ao impugnante é parcimonioso nas expressões, ensejando situação de dúvida quanto à adequada forma de apuração do ICMS para os casos de presunção. Alega que é incontestável o caso típico de nebulosidade quanto à extensão dos efeitos da penalidade, na medida em que a norma afirma como não se deve proceder na apuração do imposto, silenciando a respeito dos critérios substitutivos.

Diz que importa observar os diversos regimes de apuração do ICMS previstos no Regulamento para analisar posteriormente o cabimento daquele mais adequado, em consonância com o disposto no art. 115 do Decreto 6.284/97.

Expõe que na condição de autuado, com base no art. 408-L, V estará sujeito à incidência da regra do art. 408-P e, por via de consequência a apuração do imposto deverá ser realizada sem o tratamento tributário do SIMBAHIA, ou seja, não pode cogitar da aplicação da modalidade prevista no supracitado inciso III-A do art. 115 tudo do RICMS/BA.

Destaca que o regime aplicável para o estabelecimento autuado, deve ser o regime de apuração em função da receita bruta, previsto no art. 115, III do RICMS/BA, que se revela mais benéfico que qualquer outro regime e atende ao quanto ressaltado na parte final do caput do art. 112 do CTN.

Transcreve o art. 504, IV do RICMS/BA. Diz que em face do que prescreve tal seção, o contribuinte teria sobre si lançado o valor do tributo calculado sobre o total de sua receita presumidamente omitida, aplicando-se a alíquota de 4% sem direito a créditos fiscais de qualquer natureza.

Argumenta que se a alíquota é a porção da materialidade tributária devida pelo contribuinte, é ela indispensável para a correta apuração da exação, estando submetida ao regime de reserva legal. Não havendo norma prescrevendo expressamente qual é sua representação numérica, aplica-se a mais favorável ao contribuinte.

Pede a impugnante que julgue improcedente o Auto de Infração e, caso não seja acolhida tal alegação, requer a adequação dos parâmetros adotados pelo preposto fazendário na apuração do

ICMS, considerando especialmente o que prescreve o art. 112 do CTN e os arts. 408-P e 504 do RICMS/BA, determinando a aplicação da alíquota de 4% para cálculo do imposto.

O autuante, em sua informação fiscal às folhas 143 a 145, pede a procedência do Auto de Infração.

Alega que o contribuinte em momento algum questiona a base de cálculo apurada. Afirma que por opção, o contribuinte por livre vontade ingressou no SIMBAHIA e dessa forma assume as consequências previstas para a apuração do imposto por esse regime de tributação, conforme disposto no art. 397-A do RICMS/BA, que transcreveu à fl. 143.

Contesta a alegação defensiva de que existe falta de amparo legal à presunção objeto do Auto de Infração, dizendo que ao contrário do que foi afirmado existe previsão legal que autoriza a cobrança das diferenças apuradas no confronto entre valores informados pelas operadoras de cartões de crédito/débito e os valores lançados na leitura Z do ECF e notas de saídas de acordo com o que determina o art. 2º, § 3º, VI do RICMS/BA.

Aduz que o lançamento consiste em atividade vinculada à lei e às normas da administração tributária, tendo por base em documentos emitidos pela empresa, seja ECF ou notas fiscais.

Transcreve parte do trecho da defesa “Da correta apuração do ICMS na hipótese de legalidade da presunção”, e diz que o contribuinte, invoca os antigos artigos 408-P e 504, ambos do RICMS/97 vigente à época dos fatos, e diz que no seu entendimento os dispositivos aplicam-se no presente caso, pelos motivos elencados no art. 408-L, se fosse excluído do Regime do SIMBAHIA o que não foi feito, pois não há exclusão do contribuinte do citado regime e sim cobrança do imposto omitido por omissão de saídas no confronto entre vendas por cartão e vendas declaradas.

Finaliza ratificando a procedência do Auto de Infração.

## VOTO

O Auto de Infração acusa omissão de saída de mercadorias 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.

Na defesa apresentada, o autuado, argumentou que o imposto foi exigido por meio de presunção, a qual, a lei autoriza para suprir a falta de elementos necessários à constituição do crédito tributário, e que na situação presente ocorreu falha na emissão do cupom fiscal.

Pela análise dos elementos constantes do processo, verifico que a fiscalização forneceu ao autuado cópia do Relatório Diário por Operações (fls. 23 a 99), relativo às vendas individualizadas realizadas pelo estabelecimento com recebimento através de cartão de crédito/débito, conforme recibo passado à fl. 99. O total das vendas apuradas por mês no mencionado Relatório, foi confrontado com os totais registrados na Redução Z do seu equipamento Emissor de Cupom Fiscal, conforme demonstrativo à fl. 9, o que resultou nas diferenças apontadas na infração.

Pelo exposto, restou caracterizada a infração, tendo em vista que os valores informados das vendas pelas empresas administradoras de cartão, relativa ao contribuinte, são superiores aos valores constantes nos documentos fiscais registrados por ele. Portanto, cabível a exigência do imposto por presunção de acordo com art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96, sendo facultado ao contribuinte comprovar a ilegitimidade da presunção legal. De posse do relatório, o contribuinte poderia comprovar sua alegação (erro na emissão do cupom fiscal), juntando com a defesa a cópia do documento fiscal e do boleto de venda por meio de cartão de crédito correspondente, que hipoteticamente deixou de ser registrado. Como isso não ocorreu, implica em simples negativa de cometimento da infração, o que não desonera da responsabilidade pelo pagamento do ICMS, conforme disposto no art. 143 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/BA), motivo pelo qual não acato tal alegação.

Argumentou também, que face o lançamento ter sido calculado sobre o total de sua receita presumidamente omitida, deveria ser aplicada a alíquota de 4%, por se tratar de atividade de comercialização de alimentos, conforme previsto no art. 504 do RICMS/BA, o que foi contestado pelo autuante, em sua informação fiscal, afirmando que por livre vontade ingressou no SIMBAHIA e que a apuração do imposto devia ser feita com base neste regime de tributação.

Em consulta ao banco de dados da Secretaria da Fazenda, relativo a informações do contribuinte, consta que o mesmo estava enquadrado como Empresa de Pequeno Porte no período de 01/10/04 a 14/04/07. Logo, no período fiscalizado (01/01/06 a 31/12/06), tendo sido constatado o cometimento de infração de natureza grave e o contribuinte estando enquadrado no regime simplificado de apuração do ICMS (SIMBAHIA), como EPP, está correto o procedimento adotado pela fiscalização apurando o imposto pela alíquota de 17% e concedido o crédito presumido de 8% conforme disposto no art. 408-S do RICMS/BA.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 210319.1308/07-4, lavrado contra **ESPAÇO DOS GASTRÔNOMOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.795,49**, 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, 12 de dezembro de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR