

A. I. Nº - 299167.0220/07-0  
AUTUADO - D. OLIVEIRA SERRA & CIA. LTDA.  
AUTUANTE - MARIA DE FÁTIMA FERRAZ SILVA GUIMARÃES  
ORIGEM - INFRAZ VAREJO  
INTERNET - 13.02.09

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

**ACÓRDÃO JJF N° 0008-04/09**

**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 FINANCIERAS OU ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Infração parcialmente subsistente. Aplicação da proporcionalidade, para exclusão, da base de cálculo, das operações com mercadorias isentas e com imposto recolhido pelo regime de substituição tributária. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/09/07 para exigir o ICMS no valor de R\$ 19.617,59 acrescido da multa de 70% em decorrência 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 no período de janeiro a dezembro de 2006.

O autuado, tempestivamente, em defesa apresentada, às fls. 16 e 17, alega que o valor informado através da administradora de cartões, R\$ 234.970,41, não a desenquadra do SIMBAHIA, conforme faixa definida pela própria Secretaria da Fazenda. Diz que efetuou os recolhimentos e que através de suas compras a Secretaria não fez novo enquadramento significando que a empresa não tem capacidade de faturamento superior. Não podendo então a Secretaria alegar omissão de saídas e não considerar as vendas efetuadas através de máquina de cupom fiscal, que sendo antiga não definia na hora o tipo de pagamento feito pelo cliente.

Diz que na ação houve ofensa ao princípio da capacidade contributiva e da isonomia tributária. Estando enquadrada no SIMBAHIA e regime de apuração diferenciado não poderia ser autuada e, para autuá-la deveria ter desenquadrado para o cadastro normal, considerando as aquisições isentas, por substituição tributária, antecipação parcial, o crédito fiscal.

Finaliza, discorrendo sobre as dificuldades empresariais e pede revisão do auto de infração.

A autuante faz intimação fiscal, fl. 31, para que o autuado elabore demonstrativo discriminando as saídas de mercadorias isentas, substituídas, não tributadas, além dos serviços prestados a fim de subsidiar os procedimentos fiscais com relação ao presente processo.

Volta a manifestar-se à fl. 35 alegando, inicialmente, impossibilidade no atendimento do pedido acima tendo em vista que seu talonário D-1 e o ECF não permitem tal discriminação. Em seguida, apresenta diversas planilhas e demonstrativos, fls. 41/66, em atenção à solicitação fiscal.

O autuante, na informação fiscal prestada à fl. 70, observa que o autuado apresentou as planilhas do exercício 2006 o que permitiu a apuração do percentual de proporcionalidade das suas operações mercantis, conforme demonstrativo de fl. 68, além de novo demonstrativo de débito, à fl. 69, que reduziu o valor da exigência para R\$ 15.113,39.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento do resultado da informação fiscal, fl. 73, tendo sido a intimação recepcionada pelo próprio contribuinte, inclusive foram fornecidas cópias da informação fiscal, fl. 70, demonstrativo de débito, fl. 69, e demonstrativo do cálculo da proporcionalidade, fl. 68, juntados ao processo e concedeu prazo de dez dias para se manifestar, caso quisesse, o que não ocorreu no prazo legal.

## VOTO

O Auto de Infração em lide acusa a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada pela diferença entre o somatório das vendas realizadas por meio de cartões de crédito e de débito e o valor informado pelas operadoras de cartões de crédito e de débito.

Questionou em suas razões defensivas o autuado, ainda que incidentalmente, a existência de ofensas processuais, que trataremos em sede preliminar, antes de adentramos ao mérito da questão.

01 - Capacidade contributiva - Os impostos, de acordo com o art. 145, § 1º, CF serão, sempre que possíveis, personalizados e graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte. Na ação fiscal em tela não houve qualquer ofensa ao princípio em comento, uma vez que o mesmo tem por destinatário o legislador, deve ser cotejado no instante da descrição da hipótese de incidência do tributo afastando da ocorrência concreta quem não possua capacidade de pagamento, sem comprometimento de própria subsistência, atribuído ao judiciário o controle de sua efetivação.

No caso dos impostos indiretos, como o ICMS, a capacidade contributiva a ser atingida é a do consumidor final, não se podendo onerar o agente intermediário obrigado a recolher o tributo, seja ele o próprio contribuinte ou o responsável. O industrial, o comerciante e o prestador de serviços, juridicamente obrigados a recolhê-los, não suportam o seu ônus econômico, mas se esquivam de seu encargo financeiro, repassando-o ao consumidor. Portanto, no ICMS, como forma subsidiária, aplica-se a técnica da seletividade, já que impossível a aplicação direta do Princípio da Capacidade Contributiva.

02 - Isonomia tributária – princípio que se relaciona à própria capacidade contributiva, de valor mensurável relativo, exige critério concreto de comparação, tendo em vista eventuais diferenças que justificam tratamentos desiguais, a fim de que se efetive a isonomia. Nenhuma violação aqui se observa, ao revés, considerou que a presente autuação observou o princípio constitucional que concede tratamento desigual a contribuintes em situações diferentes, como é o caso do enquadramento do próprio autuado no Regime Especial de tributação.

No mérito, consoante o disposto no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, “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 vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

O contribuinte em sua defesa sequer contestou o cometimento da infração, eis que alegou apenas que a Secretaria não fez novo enquadramento, não podendo, assim, alegar omissão de saídas desconsiderando as vendas efetuadas através da máquina de cupom fiscal que, sendo antiga, não definia na hora o tipo de pagamento feito pelo cliente. Diz ainda que não foram consideradas as aquisições das mercadorias isentas, por substituição tributária, antecipação parcial, além do crédito fiscal.

Da análise dos elementos contidos no processo, precipuamente nos novos demonstrativos de apuração da proporcionalidade e de débito, efetuados pelo autuante com base nas notas fiscais de entradas de mercadorias e juntados às fls. 68 a 69, verifico que, além de terem sido corretamente elaborados, estão consoante previsão contida na Instrução Normativa nº 56/2007. Por isso, reconheço como devida a proporcionalidade de 77,04% das operações tributáveis do autuado, apresentada na informação fiscal, o que permitiu a redução do valor do débito originariamente apurado de R\$ 19.617,59 para R\$ 15.113,39.

Por outro lado, com relação às deduções questionadas, verifico que o autuante apurou a base de cálculo das omissões e aplicou a alíquota devida deduzindo um crédito de 8%, tendo em vista o enquadramento do estabelecimento autuado no SIMBAHIA; a proporcionalidade foi calculada corretamente, conforme acima indicado. Relativamente à reclamação acerca da dedução dos valores recolhidos a título de antecipação parcial, temos que sua incidência ocorre nas entradas interestaduais de mercadorias para comercialização, independente do regime de apuração adotado, não cabendo qualquer compensação, uma vez que a opção pelo tratamento tributário simplificado dispensado à empresa de pequeno porte, como no caso vertente, implicará renúncia expressa pelo contribuinte à utilização de quaisquer créditos fiscais, a teor do art. 396-A.

Em relação ao questionamento defensivo de que foram desconsideradas vendas efetuadas através da máquina de cupom fiscal para fins da apuração das omissões, verifico que o contribuinte está obrigado ao uso de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), devendo ser indicado no cupom fiscal o meio de pagamento adotado na operação ou prestação, conforme determina o art. 238, § 7º, RICMS/BA.

Posto isso, a planilha de apuração mensal do imposto devido encontra-se na fl. 69, onde consta, além da aplicação da proporcionalidade, o crédito presumido de 8%, por ser o contribuinte inscrito no regime simplificado de apuração do imposto, SIMBAHIA, em conformidade com o art. 408-S do RICMS-BA/97. Portanto, acato o demonstrativo de débito que, modifica o valor do Auto de Infração para R\$ 15.113,39.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299167.0220/07-0 lavrado contra **D. OLIVEIRA SERRA & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 15.113,39**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS DE CARVALHO – JULGADORA