

**A. I. N.º** - 298950.0075/08-5  
**AUTUADO** - EL NACIF RESTAURANTE LTDA.  
**AUTUANTE** - DENNIS ALVIM ALVES SANTOS  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 18.08.2009

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO JJF Nº 0240-02/09

**EMENTA:** ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA 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 tributáveis sem pagamento do imposto devido. Tendo em vista se tratar de estabelecimento com atividade de restaurante, foram retificados os cálculos do imposto, sendo excluídas as parcelas apuradas no período de vigência do Simples Nacional, conforme demonstrativos anexos à fls. 78 dos autos. Reduzido o valor exigido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 28/05/2008, foi imputado ao autuado a omissão de saída de mercadoria tributada por meio de levantamento de venda com pagamento através de cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito/débito. ICMS no valor de R\$ 15.900,95, multa de 70%.

O autuado apresenta defesa, às fls. 56 a 61, afirmando que se trata de um restaurante, cabendo o cálculo da proporcionalidade, bem como não foi aplicada "a alíquota de 4%".

O autuante, às fls. 75 e 76, acolhe os argumentos do autuado e efetua os ajustes cabíveis, às fls. 77 a 79 dos autos, constatando, em sua revisão fiscal, um débito real de R\$1.634,04 (hum mil, seiscentos e trinta quatro reais e quatro centavos), referente aos meses de janeiro e fevereiro/2007, sendo desprezados os débitos encontrados no período de vigência do Simples Nacional. Tudo conforme demonstrativos anexos à fls. 78 dos autos.

## VOTO

Foi imputado ao autuado, através do presente Auto de Infração, a omissão de saída de mercadoria tributada por meio de levantamento de venda com pagamento através de cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito/débito. O autuado impugna o lançamento, instaurando, assim, no presente processo administrativo-fiscal.

O Auto de Infração está amparado no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, "*o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos de 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”* (grifo nosso).

Estamos diante de uma presunção legal prevista no inciso IV art. 334 do Código de Processo Civil. As presunções se dividem em absolutas, que não admitem prova contrária ou as relativas, consideradas verdadeiras até prova em contrário. Assim, estamos, na infração sob análise, diante de uma presunção legal relativa, prevista pelo §4º do art. 4º da Lei 7014/96, cabendo ao impugnante o ônus da prova, trazendo aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos.

Tendo em vista as arguições do autuado de que se trata de um restaurante, cabendo o cálculo da proporcionalidade, bem como não foi aplicada “a alíquota de 4%”, o autuante acolhe, acertadamente, os argumentos do autuado e efetua os ajustes cabíveis, às fls. 77 a 79 dos autos.

Destaco que, quanto a proporcionalidade, é perfeitamente aplicável no presente caso, principalmente pela atividade que tem o autuado, na medida em que lhe cabe o regime de apuração com base na receita bruta. A receita bruta, para ser apurada, exige a exclusão das mercadorias isentas, não tributadas e como imposto pago por antecipação, portanto, com a infração está caracterizada como uma presunção de omissão de saídas, que não se sabe quais foram. Nada mais adequado do que a aplicação da proporcionalidade, e, só depois, aplicar o percentual de 4%.

Procedendo às aludidas modificações, o autuante atende aos dispositivos constantes do art. 504 do RICMS/BA, restando um débito real de R\$1.634,04 (hum mil, seiscentos e trinta quatro reais e quatro centavos), referente aos meses de janeiro e fevereiro/2007. Foram excluídas as parcelas apuradas no período em que o autuado se encontra na vigência do Simples Nacional, conforme demonstrativos anexos à fls. 78 dos autos, em consonância com o entendimento já firmado neste Conselho de Fazenda através do Acórdão nº JF 0129-05/09, no sentido de que a fiscalização de tributos incluídos no Simples Nacional deverá ser feita nos moldes previstos para essa forma de tributação. Consequentemente são nulas as parcelas autuadas com base em critérios alheios ao regime do Simples Nacional. Assim, na infração em lume, enquanto não forem efetuados ajustes no Sistema SEAI e SIGAT, não existe possibilidade de se lavrar Auto de Infração contra contribuintes enquadrados no aludido regime.

Isso posto, voto pela **PROCÊDENCIA PARCIAL** do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **298950.0075/08-5**, lavrado contra **EL NACIF RESTAURANTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.634,04**, 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, 04 de agosto de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR