

Fiscalização das irregularidades com meios de pagamentos – Presunção legal

Artigo 49, inciso XIV, da Lei Estadual 10.297/96, que prescreve a presunção legal, *in verbis*:

Art. 49. Presumir-se-á operação ou prestação tributável não registrada, quando se constatar:

XIV – existência de valores diferentes das saídas registradas pelo contribuinte, informados por:

- a) instituições financeiras e não financeiras integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro;
- b) administradoras e credenciadoras de cartão de crédito ou débito, arranjos e instituições de pagamentos, facilitadores ou outros instrumentos de pagamento; e
- c) demais entidades similares prestadoras de serviços de intermediação comercial em ambiente virtual ou relacionados com comércio eletrônico.

Descrição de infração e fundamentação legal:

Descrição da Infração: Deixar de submeter operações e prestações tributáveis à incidência do ICMS, sem emissão de documentos fiscais e escrituração nos livros próprios, **presumidas** pela existência de valores diferentes das saídas registradas pelo contribuinte, informados pelas administradoras e credenciadoras de cartão de crédito ou débito, arranjos e instituições de pagamentos, facilitadores ou outros instrumentos de pagamento e demais entidades similares prestadoras de serviços de intermediação comercial em ambiente virtual ou relacionados com comércio eletrônico. A existência de valores maiores que as saídas registradas pelo contribuinte caracteriza operação desacobertada de documento fiscal, pois houve a saída de mercadorias sem a consequente emissão de nota ou cupom fiscal. O montante de tributo devido está calculado e demonstrado por meio do Anexo único deste ato fiscal.

Fundamentação Legal

Infração: Lei 10.297/96, arts. 43-A, 46-A CAPUT e 49, inciso XIV. RICMS, aprovado pelo Decreto n° 2.870, de 27/08/01, artigos: 1°, incisos I, II, III, IV, V; 3°, incisos I, II, V, VII e VIII; 7° CAPUT; 9°, incisos I, II e III; 12, 26; 27; 53 CAPUT; 60 CAPUT; 79, inciso VI; Anexo 5, artigos: 32, inciso I; 33, inciso I e 158. Ordem de Serviço Normativa DIAT 01/18. Lei complementar 123/2006, artigo 13, § 1º, Inciso XIII, alínea f; artigo 26, inciso I. Lei complementar 105/2001, artigo 6º.

Sobre presunções legais, conforme Maria Rita Ferragut:

O uso das presunções legais são meios indiretos de prova e transferem o ônus da prova para o sujeito passivo. De fato, o relatório de auditoria e anexos demonstram que existem valores diferentes das saídas registradas pelo contribuinte, informados pelas instituições relacionadas na descrição da infração, conforme as alíneas a, b, c do inciso XIV do artigo 49 da Lei 10.297/96.

Em direito tributário conta muito a chamada prova indireta, que é feita de indícios que se transformam em presunções. Constitui o resultado de um processo lógico, em cuja base está um fato conhecido (indício), prova que provoca atividade mental, em persecução do fato conhecido, o qual será causa ou efeito daquele. O resultado desse raciocínio, quando positivo, constitui a presunção.

No mesmo sentido, citado por Cabral:

“Na presunção toma-se como sendo a verdade de todos os casos aquilo que é verdade da generalidade dos casos iguais, em virtude de uma lei de freqüência ou de resultados conhecidos, ou em decorrência da previsão lógica do desfecho. Porque na grande maioria das hipóteses análogas determinada situação se retrata ou define de um certo modo, passa-se a entender que desse mesmo modo serão retratadas e definidas todas as situações de igual natureza. Assim, o pressuposto lógico da formulação preventiva consiste na redução, a partir de um fato conhecido, da consequência já conhecida em situações verificadas no passado; da existência de elementos comuns, conclui-se que o resultado conhecido se repetirá. Ou, ainda, infere-se o acontecimento a partir do nexu causal lógico que o liga aos dados antecedentes”. (CABRAL, Antonio da Silva. Processo Administrativo Fiscal. São Paulo: Saraiva, 1993, páginas 311 a 313).

Sendo assim, a existência de valores diferentes das saídas registradas pelo contribuinte, demonstrados e calculados no anexo único da notificação fiscal foi presumida como operação tributável não registrada.

1. Diferença (BASE DE CÁLCULO)

Quando a defesa alega que o termo “Diferença” é uma situação não descrita pela lei, cumpre destacar que o relatório de auditoria identifica que o termo “Diferença” é a **base de cálculo**, conforme descrição abaixo, da conclusão do relatório:

“Em síntese, presume-se a existência de operações ou prestações tributáveis não registradas aos valores (meios de pagamentos) diferentes das saídas registradas pelo contribuinte. Do cotejamento entre os valores de meios de pagamentos com a Receita declarada têm-se a “Diferença” que é a **base de cálculo**. Aplica-se à “Diferença” a MMT. Obtém-se, assim, A proporção tributável, produto da Diferença com a MMT. Este valor proporcional é aplicado no intuito de considerar somente as saídas sujeitas à tributação normal. À proporção tributável, aplica-se a alíquota (RICMS, artigo 26) para se obter o débito do imposto”

2. Autonomia dos Estabelecimentos

Cada estabelecimento é autônomo, não podendo sequer ter acesso a outro estabelecimento, ainda que do mesmo titular (Circular CAF 42/88, de 14.04.1988; Orientação Interna DIAT 01/2019; Lei Complementar 87/1996, art. 11, § 3º e inc. II).

Caso se pudesse conceder a inscrição de mais de um contribuinte com mesmo estabelecimento, ficaria impossível de definir o Contribuinte a partir do local da operação ou da prestação, para os efeitos da cobrança do imposto e definição dos responsáveis tributários. Seria como se duas pessoas físicas pudessem ocupar o mesmo espaço ao mesmo tempo, confundindo-se as identidades.