

<b>PROCESSO</b>	- A. I. Nº 233099.0005/19-6
<b>RECORRENTE</b>	- OPAH! COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.
<b>RECORRIDA</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECURSO</b>	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0198-04/19
<b>ORIGEM</b>	- INFRAZ VAREJO
<b>PUBLICAÇÃO</b>	- INTERNET 21.09.2020

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0154-11/20-VD

**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. Infração não elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão da 4ª JJF Nº 0198-04/19, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 25/06/2019, para exigir ICMS no valor histórico de R\$461.020,06, em razão de uma única infração, descrita da forma a seguir.

*Infração 01 – 05.08.01: omissão de saídas de mercadorias tributáveis presumidas por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de outubro a dezembro de 2015; janeiro de 2016 a junho de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 461.020,06, acrescido da multa de 100%.*

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 14/11/2019 (fls. 210 a 216) e julgou o Auto de Infração Procedente, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

#### “VOTO

*O Auto de Infração em lide atribui ao contribuinte o cometimento de irregularidade, decorrente de falta de recolhimento do imposto constatada pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas 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/débito.*

*Na defesa apresentada, o autuado suscitou a nulidade do lançamento sob o argumento de suposta ilegalidade em relação à quebra de seu sigilo bancário, entretanto entendo que a mesma não prospera, pois, a remessa dos dados da movimentação de vendas por parte das administradoras de cartão de crédito é uma obrigação prevista em lei (Lei Complementar nº 105/2001, em especial em seu artigo 6º, bem como nas disposições do artigo 35-A da Lei Estadual nº 7.014/96, e tem como finalidade informar o faturamento da empresa, base de cálculo de vários tributos, consubstanciando em uma informação fiscal, que não se confunde com a sua movimentação bancária, esta sim, protegida pela Constituição Federal.*

*Também não prospera o argumento defensivo de que não foi disponibilizado o Relatório de Informações TEF – Diário”, com especificação das vendas diárias, por operação, dos meses objeto do levantamento fiscal, cerceando o seu direito de defesa pois conforme declaração assinada pelo representante da empresa o mesmo lhe foi entregue conforme se verifica no documento de fl. 12.*

*No que diz respeito à nulidade arguida pelo impugnante, de que o ICMS apurado pelo Fisco foi efetuado pelo regime extinto SIMBAHIA, observo que de acordo com o demonstrativo que serviu de base para exigência do presente lançamento o imposto foi apurado com base no regime Normal de Apuração do imposto, já que à época dos fatos geradores, ocorridos a partir do mês de outubro de 2015, o contribuinte estava excluído do Simples Nacional desde 30/09/2015, não havendo, portanto, nada de irregular.*

Isto posto, deixo de acolher a totalidade dos pedidos de nulidade do Auto de Infração apresentados pela defesa, por não restar configurado nos autos qualquer afronta ao contraditório e ao exercício pleno da ampla defesa pelo autuado.

No mérito o autuado alega que a proporcionalidade aplicada pela fiscalização referente às mercadorias isentas e sujeitas ao regime de substituição tributária foi inferior às registradas em suas operações de saídas, e que, não foi aplicada a redução da base de cálculo para os produtos agropecuários que comercializa, porém, não anexou quaisquer documentos e/ou planilhas, comprovando a sua assertiva. Como tais provas se referem a documentos que estão de posse do próprio contribuinte, caberia a este trazê-los aos autos, demonstrando as incorreções alegadas, o que não se verifica.

Quanto ao suposto arbitramento da base de cálculo, também não assiste razão ao autuado pois a infração está fundamentada no § 4º, do artigo 4º, inciso VI da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, que prevê 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 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”.

Desta forma, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, independente de ter ocorrido através de ECF ou através da emissão de notas fiscais, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Portanto, a exigência fiscal está baseada em presunção estabelecida em lei, e não em arbitramento da base de cálculo. Assim, caberia ao autuado constituir prova em contrário, apresentando a correspondência entre os valores informados pela administradora de cartão e os documentos fiscais por ele emitidos, o que não ocorreu.

Ressalto que, em processo desta natureza, faz-se necessário o fornecimento ao contribuinte dos “Relatórios de Informações TEF – Diário”, com especificação das vendas diárias, por operação, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administração de cartão, separadamente, de modo que possa ser efetuado o cotejo entre os valores registrados na escrita fiscal e no equipamento emissor de cupom fiscal com as operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

Como esclarecido anteriormente o sujeito passivo recebeu os TEFs Diários, e sendo assim, para que fosse elidida de modo válido a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, o autuado deveria ter feito o cotejamento entre o que consta nos “Relatório de Informações TEF – Diário”, com os valores correspondentes às notas fiscais/ cupons fiscais emitidos, de modo a comprovar as diferenças objeto do presente lançamento, haja vista que nos citados TEF’s diários estão especificadas as vendas diárias, por operações, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administradora de cartão, separadamente.

Portanto, resta caracterizada a infração, tendo em vista que a declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, cabendo ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, conforme determina o artigo 4º, §4º da Lei nº 7.014/96, o que não ocorreu no presente caso.

No que diz respeito a alegação de que a multa aplicada é abusiva e confiscatória, observo que sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal e é prevista no artigo 42 da Lei nº 7.014/96, portanto legal. Quanto ao caráter confiscatório, não pode ser apreciado por este órgão julgador administrativo, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 225 a 233, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Explica que, em suas fundamentações de procedência, o ilustre Julgador afastou a alegação de nulidade pela quebra de sigilo bancário, sob o argumento de que a remessa de dados bancários é feita com respaldo na Lei Complementar nº 105/2001, além da Lei Estadual nº 7.014/96, e tem como finalidade informar o faturamento da empresa. Quanto ao não fornecimento do relatório TEF para a ampla defesa da Recorrente, tal argumento foi afastado sob a afirmação de que tais documentos

foram disponibilizados à Recorrente, de acordo com o atestado de recebimento de fl. 12. Acerca da alegação de nulidade face à apuração do ICMS pelo regime SIMBAHIA, restou afastada sob o fundamento de que o regime utilizado foi o de Normal de Apuração do imposto, pois a Recorrente, em outubro de 2015, havia sido excluída do Simples Nacional.

No mérito, a JJF afastou as alegações da Recorrente, por entender que esta deixou de apresentar documentos fiscais e planilhas para comprovar o erro da proporcionalidade aplicada ao caso em tela. Que a infração está fundamentada no § 4º, do art. 4º, inciso VI da Lei nº 7.014/96, de modo que a ensejar a presunção legal da ocorrência do fato gerador. Reafirma a necessidade de fornecer ao contribuinte o relatório TEF, mas sustenta que a Recorrente o recebeu, de modo que caberia a esta realizar o cotejamento entre tais informações e as notas fiscais emitidas para comprovar as diferenças.

Por fim, quanto à multa aplicada, afasta a alegação de ser esta abusiva e confiscatória, sustentando haver respaldo legal para sua aplicação e que não cabe, em sede de julgamento administrativo, dispor sobre o caráter confiscatório da penalidade.

Quanto à isenção estabelecida pelo art. 384 do RICMS/BA, afastou-a sob o argumento de que a empresa foi excluída do Simples Nacional em 30/09/2015, e que o Auto de Infração apura fatos geradores a partir de outubro de 2015.

Concluiu pela procedência do Auto de Infração.

Assegura que a Decisão recorrida, com o devido respeito, não deve prosperar pela razões que passa a expor.

Em que pesem as considerações feitas na decisão ora recorrida, no sentido de que não houve quebra ilegal de sigilo bancário, entende verificar-se claramente que tal decisão não deve prosperar, uma vez que a própria Lei Complementar, citada na Decisão recorrida, estabelece que a obtenção das informações bancárias da empresa apenas será lícita se previamente intimado o contribuinte a apresentar suas informações fiscais e assim não o fizer. No entanto, não há provas nos autos de que o procedimento já se encontrava instaurado quando foram obtidos os dados bancários da Recorrente.

Argumenta que, em verdade, de acordo com o que consta nos autos, percebe-se que as informações foram prestadas pelas instituições financeiras antes de ser intimada a Recorrente para apresentar documentos ou se defender. Tal fato, inclusive, não é negado pelo Ilustre Julgador, o qual se restringe a tentar legitimar tal conduza. Desta forma, entende ser inegável a nulidade do procedimento administrativo em questão, em função da quebra de sigilo bancário realizada em desconformidade com o que determina a LC 105/2001, conforme suscitado em sede de defesa.

Afirma que não deve prevalecer, também, o entendimento de que foi disponibilizado o relatório TEF com o detalhamento de todas as informações bancárias obtidas ilegalmente pelo Fisco, pois, em verdade, a Recorrente apenas teve acesso às informações de valores globais considerados no Auto de Infração, o que reforça a nulidade do PAF em tela e a ilegalidade e inconstitucionalidade do procedimento, acarretando nítido cerceamento do direito de defesa e contraditória da Recorrente.

De igual forma, não há de prosperar a Decisão recorrida no que tange ao regime de apuração do tributo, uma vez que, ao contrário do que afirma o nobre Julgador, é de conhecimento público que a criação do Simples Nacional extinguiu o regime especial estadual SIMBAHIA, muito antes do período sob apuração neste auto. Desta forma, considerando que a Autuada fora excluída do Simples Nacional em 2015, e tendo o procedimento fiscal sido realizado com base em regime de tributação extinto, resta incontestável a sua nulidade.

Salienta que a fiscalização tributária está estritamente vinculada ao princípio da legalidade, insculpido no art. 150, I, do CTN, de modo que o ato de lançamento tributário deve estar

vinculado a determinado fenômeno descrito em lei.

No que tange ao afastamento das alegações pertinentes à isenção tributária e erro de proporcionalidade, é imprescindível considerar que a Recorrente, conforme restou comprovado, é microempresa que atua no ramo de comércio de insumos agropecuários e afins, os quais, de acordo com o RICMS/BA, em seu art. 264, inciso XVIII, cumulado com o Convênio ICMS 100/97, gozam de isenção de ICMS.

Assim, entende restar demonstrada a total improcedência da infração em discussão, uma vez que a grande maioria das mercadorias comercializadas pela Recorrente está acobertada pela isenção, conforme comprovado pelas Notas Fiscais já apresentadas no Procedimento Administrativo. Não havendo obrigação de recolhimento de ICMS, não há que se falar em infração por falta de recolhimento deste.

Por outro lado, afirma que as mercadorias que não são isentas, mas são tributadas pelo regime da substituição tributária. Em sendo assim, ainda que se considere que houve omissão de venda, jamais poderia haver presunção de falta de recolhimento de tributo, uma vez que todo o ICMS devido sobre a comercialização das mercadorias já foi recolhido antecipadamente, de modo que eventual cobrança de novo ICMS, ainda que a título de diferencial de alíquota, caracteriza-se, nitidamente, como bi-tributação.

Defende que não pode a Recorrente ser instada a pagar ICMS sobre todos os valores apurados por meio de cartão de crédito e débito, pois a empresa é obrigada a recolher o ICMS antecipadamente. Ou seja, de acordo com a premissa acima, ainda que queira o Fisco interpretar que houve omissão de saída, todo o ICMS incidente sobre as mercadorias comercializadas já havia sido pago quando na entrada destas no estabelecimento, sendo insignificante o momento da sua saída. Deve ser considerado, também, que a cobrança do ICMS na entrada do produto no Estado, sem considerar que o tributo já foi pago antecipadamente pelo substituto tributário, caracteriza cobrança em duplicidade sobre a mesma operação. Como exemplo, cita-se a venda pela Recorrente de rações para animais domésticos, onde todo o ICMS devido já foi pago pelo remetente da mercadoria.

Ainda que se entenda que houve antecipação apenas parcial do ICMS, tal ilação ensejaria o crédito do valor antecipado, de modo que, ainda assim, ter-se-á a improcedência do Auto de Infração, por considerar a totalidade dos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e débito, sem computar os recolhimentos realizados antecipadamente.

Por fim, ainda que a Recorrente não tivesse apresentado qualquer comprovante de recolhimento de ICMS antecipado, como tenta fazer crer o Fisco, é de conhecimento público a imposição e efetivo recolhimento do tributo antecipadamente. Ou seja, o Fisco tem conhecimento dos valores das mercadorias adquiridas para a revenda, bem como das alíquotas de ICMS impostas para o pagamento antecipado, de forma que é obrigação deste subtrair os valores recolhidos previamente do suposto débito apurado no Auto de Infração.

Diante dos fatos e dispositivos acima transcritos, sustenta restar claro que os produtos comercializados pela Recorrente, quando não isentos de ICMS, sofrem tributação na origem, não havendo, portanto, qualquer condição de procedência do Auto de Infração na forma em que foi lavrado.

Acerca do arbitramento e proporcionalidade, considerando o fato de que grande parte dos produtos comercializados pela Recorrente sofrem isenção de ICMS, entende que se constitui em incoerência do Auto de Infração em tela, também, nos percentuais de proporcionalidade aplicados.

Informa que, de acordo com o auto, foram aplicados os seguintes percentuais: 10% - 2015, 25% - 2016, 52% - 2017 e 40% - 2018. Contudo, de acordo com as planilhas anexadas à defesa prévia, as quais registram as saídas de mercadorias isentas de ICMS no período apurado no auto, outubro de 2015 a junho de 2018, tem-se que a proporção de produtos não isentos é significativamente

inferior aos índices de proporcionalidade aplicados. Ou seja, ignorou-se a natureza das operações e a espécie de mercadorias comercializadas pela Recorrente, conforme determina o Regulamento do ICMS/Ba.

Como se não bastasse o excesso supracitado, alega, ainda, que a proporcionalidade em questão está em desacordo, também, com o que determina a Lei nº 7.014/96, através dos arts. 22 e seguintes. De acordo com tais dispositivos, o arbitramento da proporcionalidade apenas poderá ocorrer quando for impossível a apuração do valor real da base de cálculo do ICMS. No entanto, no caso em tela, verifica-se a total possibilidade de apuração da base de cálculo, visto que todas as operações realizadas pela autuada foram registradas e tiveram suas respectivas notas fiscais emitidas.

Neste passo, ao sustentar, o Ilustre Julgador, na Decisão recorrida, que independe o meio utilizado pela Recorrente para prestar as informações de venda, se por meio de ECF ou emissão de notas fiscais, face à forma de pagamento realizada, equivoca-se o Nobre Julgador, pois os documentos fiscais emitidos pela Recorrente demonstram a regularidade da sua escrituração fiscal e retratam os reais valores pelos quais suas mercadorias foram comercializadas, sendo insignificante a forma em que ocorreu o pagamento.

Desta forma, sustenta a inaplicabilidade do § 4º, art. 4º, inciso VI da Lei nº 7.014/96, de modo a afastar a presunção, em razão de ter a Recorrente comprovado a sua improcedência.

Registra, ainda, que o arbitramento na forma realizada enseja a nulidade do auto, até porque, antes da lavratura deste, a autuada não fora instada apresentar documentos fiscais para o cotejamento dos valores informados pelas instituições financeiras.

Alega, por outro lado, que o Regulamento do ICMS/BA estabelece índices de redução da base de cálculo para produtos agropecuários que, eventualmente, não estejam isentos do tributo. Tais dispositivos também não foram observados, tanto no Auto de Infração quanto na decisão ora recorrida. Desta forma, conclui restarem impugnados os índices de proporcionalidade aplicados no Auto de Infração em questão, devendo este ser declarado nulo, em razão da ausência de intimação prévia da Autuada para manifestar-se acerca das informações prestadas pelas operadoras de cartões.

Na hipótese de ser ultrapassada a nulidade apontada, defende que há de ser julgado improcedente vez que os índices de proporcionalidade aplicados estão em desacordo com a legislação aplicada e com a real base de cálculo do ICMS devido.

Por fim, quanto à multa de 100%, aplicada no Auto em discussão, entende que não deve prevalecer a Decisão recorrida, pois os inúmeros argumentos lançados acima demonstram de forma incontrovertida que é indevida a aplicação da multa prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, uma vez que a Recorrente comercializa mercadorias isentas de ICMS, por serem insumos agropecuários, além de que tais produtos, quando não isentos, seguem o regime da substituição tributária, sendo pago antecipadamente. Desse modo, não havendo falta de recolhimento do ICMS sobre as vendas realizadas, resta improcedente, também, a aplicação da multa de 100%, razão pela qual requer a Recorrente, desde já, a sua exclusão.

Na pior das hipóteses, em virtude de não ter ocorrido falta de recolhimento de tributo, defende que apenas poderia ser aplicada multa reduzida por descumprimento de obrigação de escrituração fiscal.

Alega, ademais, que a fixação da multa em 100% é totalmente indevida e constitucional, pois não houve fraude, conluio, sonegação, ou qualquer intenção escusa que justifique a apenação. Para a configuração de tais elementos volitivos, deve estar presente a intencionalidade de lesar o Fisco, ou seja, o dolo. Quando muito, entende que houve mero equívoco de contabilização decorrente, possivelmente, de ruídos na comunicação entre setores da empresa, fato este que já está sendo normalizado visando impedir novos episódios. Entende que, para que possa ser majorada a multa aplicada, na forma pautada no auto em voga, deveria ter havido a

comprovação, por parte do Fisco, do elemento volitivo consubstanciado na intencionalidade de gerar danos ao Erário. Isso não foi provado pelo simples motivo de jamais ter havido tal elemento volitivo, segundo garante. Transcreve o enunciado da Súmula nº 14, do Conselho de Contribuintes do CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, em apoio aos seus argumentos.

Conclui, assim, que a multa majorada não se demonstra cabível no caso concreto, haja vista a ausência completa dos elementos permissivos e ensejadores das mesmas.

Desta forma, não há que se falar em falta de recolhimento de ICMS a ensejar o Auto de Infração ora impugnado, muito menos a aplicação da multa de 100% prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

Ante todo o exposto, requer que seja provido o presente Recurso Voluntário, reformando-se a Decisão recorrida, para declarar a nulidade do presente Auto de Infração, em função da quebra de sigilo bancário perpetrada pelo Fisco antes de instaurado o processo administrativo, em total dissonância com a Constituição Federal e com a LC 105/2001.

Na hipótese de ser ultrapassada a nulidade apontada, requer, a Recorrente, a reforma da Decisão recorrida, para, no mérito, julgar totalmente improcedente o presente lançamento, em função de o processo administrativo não estar considerando o fato de que a empresa comercializa, em sua grande maioria, produtos isentos, os quais devem ser excluídos dos cálculos de apuração de suposto débito de ICMS. Se não em função da isenção supracitada, que seja julgado improcedente o Auto de Infração, em virtude de que a cobrança e pagamento do ICMS na forma pretendida pelo Fisco ensejará nítida bi-tributação, uma vez que todo o ICMS, quando devido, foi pago antecipadamente.

Por cautela, caso assim não entenda o ilustre Julgador pela total improcedência do Auto de Infração, pede que seja determinada a retificação dos cálculos, expurgando dos mesmos os produtos isentos e, quando não isentos, deduzindo o ICMS pago antecipadamente, fazendo incidir os índices de proporcionalidade na forma dos arts. 22 e seguintes da Lei nº 7.014/96, e a multa na forma reduzida, em função da inexistência de falta de pagamento de tributo.

Nestes termos, pede deferimento.

## VOTO

Preliminarmente, quanto à alegação de nulidade ao argumento de quebra do sigilo bancário, não há como acolher, pois o acesso aos dados do cartão de crédito decorre de autorização expressa, contida no artigo 35-A da Lei Estadual nº 7.014/96, a seguir transcrita:

*“Art. 35-A. As administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares.*

*Parágrafo único. O regulamento disporá sobre prazo e forma de apresentação das informações.”*

Vale destacar que tal obrigatoriedade encontra amparo no 6º da Lei Complementar nº 105/01 que Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, conforme abaixo.

*“Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. (grifo acrescido.)”*

Considerando que os dados foram obtidos no curso de procedimento fiscal devidamente autorizado pela autoridade fazendária competente, que o fez mediante a OS nº 501870/19, entendo que não houve irregularidade a macular o procedimento em exame.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, no julgamento da ADI 2.859/DF (relatado pelo Ministro Dias Toffoli), que o acesso às informações bancárias pelo Fisco não representa violação à Constituição Federal, mas o exercício legítimo de uma prerrogativa estatal consistente na

fiscalização do correto cumprimento do dever fundamental de pagar tributos, conforme se depreende da leitura de trecho do acórdão, abaixo reproduzido.

*“Dentre esses deveres, consta o dever fundamental de pagar tributos, visto que são eles que, majoritariamente, financiam as ações estatais voltadas à concretização dos direitos do cidadão. Nesse quadro, é preciso que se adotem mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal, sendo o instrumento fiscalizatório instituído nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 de extrema significância nessa tarefa.”*

*(...) .Não deve o Estado brasileiro prescindir do acesso automático aos dados bancários dos contribuintes por sua administração tributária, sob pena de descumprimento de seus compromissos internacionais.”*

Essa é a jurisprudência do CONSEF, conforme Acórdãos nºs 0157-12/17 e 0354-12/17.

Quanto à alegação de que as informações apresentadas se revelaram globais, entendo que não houve prejuízo, pois o Sujeito Passivo precisa provar que emitiu notas fiscais para dar amparo às saídas de mercadorias, nos montantes transferidos pelas administradoras de cartão de crédito, informações essas que foram acessadas com base na lei. Cabe, portanto, à empresa fazer prova da emissão dos documentos fiscais, sem o que não pode alegar nulidade do lançamento.

Quanto à alegação de que o imposto fora apurado com base em regime tributário extinto, não merece ser acolhida, pois, conforme destacado pela decisão de piso, o imposto ora exigido foi apurado com base no regime Normal de Apuração do imposto, já que, à época dos fatos geradores, ocorridos a partir do mês de outubro de 2015, o contribuinte estava excluído do Simples Nacional desde 30/09/2015.

Assim, rejeito a alegação de nulidade.

No mérito, a conduta autuada foi descrita como “*omissão de saídas de mercadorias tributáveis presumidas por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, ...*”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando que a maior parte das operações de saídas se refere a operações isentas, o que lhe desobrigaria de recolher o tributo em questão. Alega, também, que a multa aplicada é desproporcional e injusta.

Embora o Sujeito Passivo alegue que a maior parte de suas operações se refere a mercadorias que gozam de isenção, o exame das notas fiscais recebidas, a partir dos relatórios consolidados por mês, acostados pelo autuante (folhas 14/16-b), revela que há operações isentas, tributadas e sujeitas ao regime de substituição tributária. Com base nessas informações, a fiscalização apurou a proporcionalidade de suas saídas, tendo aplicado tal índice sobre as saídas omitidas.

Assim, caberia ao Sujeito Passivo produzir prova em sentido contrário, o que parece não ser possível haja vista o fato de que as EFDs relativas ao período fiscalizado se encontrarem zeradas. Ou seja, embora o Contribuinte faça o envio da sua escrita fiscal digital, dela não consta a escrituração de qualquer documento fiscal, de entrada ou de saída.

Por conseguinte, entendo que sucumbiu, o Contribuinte, às provas acostas ao PAF pela fiscalização, restando provada a presente infração.

Quanto à alegação de desproporcionalidade da multa, não merece ser acolhida, pois tem previsão legal para a conduta autuada, conforme art. 42, inciso III, alínea “f”, item “2”, abaixo reproduzido.

*“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

*...  
III - 100% (cem por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, apurando-se a ocorrência de:*

*...  
f) valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:*

*...  
2 - administradoras de cartões de crédito ou débito;  
...”*

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 233099.0005/19-6, lavrado contra **OPAH! COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.**, devendo ser intimando o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$461.020,06**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de julho de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS