

A. I. Nº - 206933.0002/10-2
AUTUADO - SUPERPÃO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - PAULO SÉRGIO RODRIGUES
ORIGE - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09.03.2020

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0028-02/20

EMENTA: ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES RESULTANDO EM DIFERENÇA NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. 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, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02). Ao não se apreciar a prova trazida aos autos pela empresa autuada, representada pela escrituração contábil das receitas auferidas das administradoras de cartões de crédito/débito, desde a primeira impugnação, bem como em toda a tramitação processual, ficou caracterizada a preterição do direito de defesa, bem como a insegurança quanto ao cometimento da infração. Infração nula. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão não unânime. Vencido o voto do Relator.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2010, constitui crédito tributário relativo ao ICMS no valor de R\$120.290,16, em razão das seguintes infrações à legislação do imposto:

Infração 01 – 05.08.01 - 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 administrativa de cartão de crédito. Valor: R\$78.173,40. Período: Junho a Dezembro 2007, Janeiro a Agosto, Novembro e Dezembro 2008. Enquadramento legal: Arts. 2º e 3º, VI; art. 50, I; art. 124, I e art. 218, do RICMS-BA/97. Multa: Art. 42, III da Lei 7.014/96.

Infração 02 – 05.05.03 – Omissão de saída de mercadorias e/ou serviços decorrente(s) do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. Valor: R\$ 40.105,37. Período: Março, Julho a Dezembro 2006. Enquadramento legal: Art. 2º, §3º, C/C os arts. 50, 60, I; 124, I, 323 e §§ e 331 do RICMS-BA/97. Multa: Art. 42, III, da Lei 7.014/96.

Infração 03 – 07.01.01 – Deixou de efetuar recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. Valor: R\$2.011,39. Período: Abril, Maio, Julho e Outubro 2007, Maio e

Dezembro 2008. Enquadramento legal: Arts. 371, 125, II, “b”, C/C o art. 61, do RICMS-BA/97. Multa: Art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.

O autuado impugna o lançamento às folhas 226-244, nos seguintes termos:

Infração 01

Diz que o autuante, além de descrever os fatos como “omissão de saída de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valores inferiores aos valores fornecidos pelas administradoras”, também indica que os valores lançados representam “omissão de saída de mercadoria tributada 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”.

Deduz, a partir da descrição dos fatos e da análise dos demonstrativos desta infração, que lançou em planilha os valores impressos para o meio de pagamento “cartão” nas Resoluções emitidas nos ECFs da autuada.

Após citar e reproduzir o enquadramento legal, diz ter como linha de interpretação o inciso IV do §3º do art. 2º do RICMS-BA em correlação com o §4º da Lei 7014/96 vigente no período das ocorrências, redação que reproduz.

Fala que a correta interpretação é que somente haverá presunção de omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto se, e somente se, os valores fornecidos pelas administradoras de cartões forem superiores aos valores de vendas declarados pelo contribuinte.

Ressalta que para efeito de presunção, a comparação deve ocorrer entre os valores informados pelas administradoras e os valores de vendas declarados pelo contribuinte, pois, para legitimar a presunção, é preciso que os valores das vendas declaradas sejam inferiores aos informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões.

Aduz que os valores de vendas compõem a venda declarada pela autuada em suas regulares declarações, com base no art. 333 do RICMS-BA.

Diz que nos exercícios fiscais de 2007 e 2008, a autuada apurou ICMS com base no regime normal de apuração (art. 115, I, do RICMS-BA), estando obrigada a apresentar DMA e, segundo o §1º, I, do art. 333, do RICMS-BA., informa-se na DMA, em síntese, as operações e prestações realizadas em cada estabelecimento, do primeiro ao último dia do mês anterior, especificando as operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como os serviços utilizados ou prestados, por UF, e outros dados exigidos.

Reproduz o dispositivo legal ultimamente citado para dizer que daí advém a informação relativa às vendas declaradas de que trata o §4º, da Lei 7014/96. Dessa forma, diz, três são as situações que podem ocorrer a partir da comparação entre a declaração de venda do contribuinte e as informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões:

- a) Igualdade entre os valores, situação em que não se aplica a presunção;
- b) Valores de venda declaradas maiores que os informados pelas administradoras de cartões, situação em que também não se aplica a presunção, e que é a deste caso;
- c) Valores de venda declaradas inferiores aos informados pelas administradoras, situação em que se aplica a presunção legal prevista.

Entende não haver dúvida que a presunção legal se refere a valores totais de vendas do estabelecimento, confrontado com os informados pelas administradoras, como fruto de operações de transferência eletrônica de fundos, seja por meio de crédito ou de débito, devendo, ainda, considerar os comprovantes de depósito em conta corrente bancária, para a parcela relativa às informações prestadas por instituições financeiras.

Reproduzindo o art. 112 do CTN que trata da interpretação da lei do modo mais favorável ao contribuinte, diz, para aplicação da presunção se deve comparar a totalidade das vendas

declaradas com a totalidade dos recebimentos informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões.

Alega que a interpretação do autuante fere o art. 25 do RPAF, que reproduz, pois, se o legislado do §4º, da Lei 7014/96 não quis dizer o que disse, que alterasse a legislação ou que publicasse sua interpretação em Portaria do Secretário da Fazenda, de modo a atender o art. 37 da CF, também reproduzido.

Afirma que os procedimentos adotados pelo autuante no levantamento fiscal discordam da legislação e que diante dos incompatíveis procedimentos, posteriormente aos fatos deste AI, com a Lei 11.889, de 30/03/2010, o legislador alterou a redação do §4º da Lei 7014/96 acrescentando nova hipótese de presunção legal.

Diz que as alíneas “a” e “b” do inciso VI, do §4º do art. 4º alterado, representam a antiga hipótese e que a redação do novo dispositivo representa a sistemática dotada pelo autuante para os fatos ocorridos em 2007 e 2008, o que entende vedado, diante das regras relacionadas à aplicação das normas tributárias e à sua retroatividade (arts. 105 e 106, do CTN). Apesar disso, fala que todo levantamento realizado pelo autuante tomou por base as informações impressas para o meio de pagamento “cartão” e indicadas nas Reduções Z, estas comparadas com os valores informados pelas administradoras de cartões.

Repisa que o autuante deveria buscar nas DMAs os valores de vendas declaradas para compará-los com os valores informados pelas administradoras de cartões no modo do quadro comparativo que apresenta na peça defensiva, de modo a não haver omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto.

Afirma que a SEFAZ adota nos sistemas internos o confronto de valores declarados na DME/DMA com os declarados pelas administradoras – de modo correto -, mas na ação fiscal se adotou diferente confrontação, comparando vendas em cartão registradas em Redução Z com valores informados pelas administradoras.

Pede que a Secretaria da Fazenda faça juntada do relatório extraído do Sistema ECF para as informações apresentadas pelas administradoras de cartões, sob pena de aceitação da alegação contida neste parágrafo.

Reproduz o art. 142 do RPAF e plota tela do Sistema ECF, interno da SEFAZ, e diz que a origem dos recursos financeiros de uma sociedade, devem ser declarados nos livros contábeis, especialmente o livro Razão.

Depois de breve digressão sobre tais livros diz que para efeitos do inciso VII do §4º do art. 4º da Lei 7014/96, é no livro Razão que o fiscal pode buscar os valores das operações ou prestações declaradas pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartões, para confrontá-los com os valores informados pelas administradoras dos cartões.

Nesse sentido, apresenta um quadro comparativo de valores do período fiscalizado no qual nada apura de omissão passível de tributação pelo ICMS.

Infração 02

Diz que para esta infração, além de descrever os fatos como sendo “omissão de saída de mercadorias tributadas por meio de comparação das informações de vendas das Reduções Z com as das DMA”, o autuante também indicou “omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente(s) do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios”.

Fala que para demonstrar o levantamento o autuante apresentou demonstrativos intitulados “COMPARATIVOS DE VENDAS (Reduções Z x DMA)” e que os observando se vê indicado como vendas extraídas das DMAs o valor de R\$ 238.269,03 para todos os meses do levantamento, valor que não condiz com os respectivos valores contidos nas DMAs, conforme se observa no ANEXO I.

Do mesmo modo, exemplificando com valores relativos aos dias 25/03, 25/07/ para os valores de vendas extraídos dos ECFs, diz verificar divergência entre os valores lançados pelo autuante nos

comparativos e os valores de venda líquida impressos nas respectivas Reduções Z, pois os valores que ele lançou correspondem aos valores registrados para o meio de pagamento “DINHEIRO”, sendo que estes, por si só, não expressam a venda diária impressa em cada Redução Z.

Assim, diz, todo levantamento fiscal carece de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida, de modo que o lançamento seria nulo nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF.

Aduz que a análise dos valores escriturados no livro Registro de Saídas (Anexo IV), correspondem aos impressos nas Reduções Z e os valores indicados nas DMAs (Anexo I), correspondem aos valores escriturados no Livro Registro de Saída e, segundo o Impugnante, não há “omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente(s) do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios”, razão pela qual pede a improcedência da infração.

Infração 03

Diz que para essa infração, o autuante descreveu os fatos como “deixou de recolher na forma da lei o imposto de antecipação parcial”, além de indicar que o mesmo “deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89”, confundindo “antecipação parcial com antecipação tributária”.

Diz que o autuante relaciona documentos fiscais em “PLANILHA DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL”, para abril, maio, julho, outubro e dezembro 2007 e janeiro e maio 2008, mas, na pg. 2 do AI, em relação à Infração 03, indica levantamento de dezembro 2007 como sendo dezembro 2008.

Expõe que algumas NFs são de mercadorias adquiridas para o ativo fixo, outras para uso e consumo no estabelecimento, outras de mercadorias da ST e com ICMS retido pelo remetente e outras de mercadorias para comercialização e, a partir de cada NF, ele, Impugnante, conforme quadro exposto na peça de defesa, elaborou levantamentos considerando os produtos adquiridos, coisa que o autuante não fez.

Na apresentação, incluiu NFs que não foram encontradas nos documentos anexados pelo autuante, o que diz cercear seu direito de defesa.

Por consequência, reproduzindo os artigos 352-A e 61, IX, do RICMS-BA/97, diz que, de modo geral, observar-se que o autuante generalizou o lançamento atribuindo aplicação de MVA na quase totalidade das operações, confundindo antecipação tributária com antecipação parcial.

Expressa que somente em relação aos produtos relacionados no Anexo 88 do RICMS-BA se aplica MVA e em relação aos produtos se deve considerar:

- a) Leite normal – está amparado por isenção (art. 14, XII, do RICMS-BA);
- b) Margarina - tem redução de BC para carga tributária correspondente a 7% (art. 37, XXXI, do RICMS-BA/97).

Diz que o levantamento fiscal carece de elementos suficientes para enquadrá-lo na situação de nulidade do art. 18, IV, “a”, do RPAF.

Assim, efetuadas as correções nos levantamentos, diz não haver falta de recolhimento de ICMS por antecipação do autuado com substituto tributário, razão pela qual pede a improcedência da infração.

Concluindo, requer: a) seja observado o §1º do art. 18 do RPAF, na hipótese de serem trazidos aos autos novos elementos ou informações; b) seja anexado aos autos relatório extraído do SECF com o comparativo entre as vendas declaradas e os valores informados pelas administradoras; c) a improcedência do AI.

O autuante presta Informação Fiscal às fls. 309-515 refutando os argumentos defensivos:

Infração 01

Após reproduzir trechos da Defesa, informa que o Impugnante dá interpretação própria ao enquadramento da infração e, em resposta, reproduzindo partes do Acórdão JJF Nº 0358-02/09, diz que, substantivamente, a apuração é feita confrontando as vendas por cartões informadas pelas administradoras de cartões com as informações expostas pelo contribuinte nas Reduções Z, na rubrica “cartão”.

Sobre o questionamento do Impugnante quanto ao relatório solicitado, diz que a autuada recebeu cópia do CD de fl. 221, contendo os papéis de trabalho da fiscalização. Contudo, atendendo ao disposto no art. 2º do RPAF, anexou outra cópia do citado CD para entrega à autuada mediante recibo, após abertura do conteúdo em sua presença.

Mantém a exação original.

Infração 02

Após resumi-los, informa concordar com os argumentos da Defesa. Diz que considerando as DMAs aportadas pela Defesa (fls. 250-274), refez as planilhas da infração, as anexando à Informação Fiscal.

Em relação às divergências de valores das vendas nos levantamentos fiscais apontadas pelo Impugnante, reproduzindo o art. 209, IV do RICMS-BA/97, informa não ter considerado as Reduções Z apresentadas pelo Impugnante (fls. 282-290) por estarem ilegíveis.

Sobre a alegação defensiva de que o levantamento carece de elementos suficientes para se determinar, a infração cometida, reproduzindo o art. 18 do RPAF, diz não concordar com tal argumento.

Apresenta novo demonstrativo débito em que reduz a exação pela infração de R\$40.105,37 para R\$31.610,80.

Infração 03

Concorda com os argumentos da Defesa para retirar do levantamento:

1. NFs para o ativo fixo (fls. 12-13: 70517, 88823, 970950, 980446;
2. NFs para uso e consumo: 5226, 8706, 9324, 11231, 12912, 16656, 17339, 35587, 95564, 95568, 100553, 100554, 128359, 136407, 136408, 143271, 208412, 216810, 224646, 236430, 237923, 39732 e 223380;
3. NFs com ICMS retido pelo fornecedor: 451004, 948044, 960599 e 980446;
4. NFs com ICMS já antecipado pela autuada: 3133, 3114, 4117, 5810, 5828, 6870, 7603, 8726, 8727, 90048, 268429 e 420326;
5. NFs não sujeitas a ST: 2121, 2609, 3613, 7650, 8940, 9827, 10010, 18918, 20145, 21914, 22115, 23252, 24031, 24032, 29118, 30064, 31811, 39400, 45417, 46394, 54531, 66970, 116976, 118578, 121473, 121843, 125714, 128590, 129397, 133559, 134283, 136986, 138420, 138951, 143175, 145391, 147345 e 147469;
6. NFs não encontradas nos documentos anexados: 2442, 4116, 7363, 14246, 33576, 187837, 190833 e 489334;
7. Retirar a MVA do levantamento.

Diz que com o ajuste efetuado, a acusação fiscal foi elidida.

Apresentando demonstrativo de débito para os valores remanescentes, pede a procedência parcial do AI por reduzir seu valor de R\$120.290,16 para R\$109.784,20.

Às fls. 326-331, por oportunidade da ciência da Informação Fiscal, o Impugnante assim se manifesta:

Infração 01

Além de repisar os argumentos defensivos em relação à sua interpretação quanto à presunção legal da omissão prevista no §4º do art. 4º, da Lei 71014/96 vigente à época das ocorrências, não os admitindo, protesta quanto a validade jurídica dos arquivos eletrônicos que recebeu em relação à Medida Provisória 2002-2 que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas – ICP-Brasil. Do

mesmo modo, protesta quanto aos relatórios extraídos do sistema INC e relatórios informados pelas administradoras de cartões, por entende-los meros relatórios internos do banco de dados da SEFAZ.

Infração 02

Diz que a afirmativa do autuante sobre não ter considerado as Reduções Z apresentadas pela autuada (fls. 282-290), por estarem ilegíveis vai de encontro ao indicado para a Infração 2 na descrição dos fatos do AI, pois ele informa que a infração 02 foi apurada por meio de comparação das informações de vendas das Reduções Z com as das DMAs. Fala que sem a resposta da fonte de apuração da infração 02, o lançamento seria nulo nos termos do inciso II, do art. 18 do RPAF.

Falando sobre a possibilidade de o autuante não ter entendido as alegações defensivas nesse sentido, repete os dados e quadros sobre a divergência dos valores dos ECFs, pagamento em “Dinheiro”, quando deveria ter usado os valores indicados a título de “VENDA LÍQUIDA”.

Juntando aos autos os documentos de fls. 335-651, concluindo, reitera os pedidos que entabulou na Defesa para as infrações 01 e 02.

Cientificado da manifestação defensiva acerca da Informação Fiscal, às fls. 654-662, EM 23/11/2011, o autuante presta a 2ª Informação Fiscal refutando argumentos do Impugnante.

Infração 01

Informa que a autuada mantém a própria interpretação quanto à presunção legal, fundamento da autuação, com a qual, ele, autuante, discorda, pois a apuração é feita confrontando as vendas por cartões informadas pelas administradoras com as correspondentes informações a respeito contidas nas Reduções Z (rubrica “cartão”). Nesse sentido, reproduz parte do Acórdão JJF Nº 0358-02/09.

Quanto à alegação defensiva relativa aos documentos auxiliares de prova da infração (arquivo eletrônicos e relatórios da SEFAZ), discorda dos argumentos do Impugnante porque, além de os arquivos eletrônicos serem o objeto da Medida Provisória 2002-2/2001, o Impugnante se apoia nas exceções expostas na citada MP.

Quanto aos relatórios relativos às informações de vendas cujo pagamento se deu por meio de cartões de crédito/débito fornecido pelas administradoras dos cartões que o Impugnante nega valor jurídico, diz que eles são os legalmente previstos no art. 824-W, §2º do RICMS-BA/1997.

Infração 02

Discorda da alegação defensiva quanto à fonte dos dados da autuação porque: a) quanto às cópias ilegíveis, apenas se referiu a 9 (nove) folhas ilegíveis, que não participam dos anexos do AI; b) reproduzindo o “§1º, do art. 38, do RPAF” (**sic**), diz que o AI “não fere qualquer dispositivo do art. 38, do RICMS-BA” (**sic**); c) reproduzindo a alegação defensiva de que ao invés do autuante lançar os valores impressos para a “venda líquida”, lançou o valores impressa para meio de pagamento “cartão”, simplesmente discorda porque “é assim que se apuraram omissões de saídas nas fiscalizações de ECFs”.

Diz ser “pela manutenção do valor Total da Infração 05.05.03 em R\$31.610,80”.

Quanto ao requerimento de juntada de relatório extraído do SECF com o comparativo entre vendas declaradas e os valores informados pelas administradoras, diz que a autuada recebeu CD com os papéis de trabalho da fiscalização, cópia do CD da fl. 221 dos autos, mas novamente anexou igual CD, cuja cópia foi entregue à autuada.

Conforme pedido de fl. 666, após historiar o PAF em 26/04/2012 o PAF foi convertido em diligência para esclarecimento de questionamentos vinculados à Infração 02 (05.05.03) que teve o valor da exação reduzido de R\$78.173,40 para R\$31.610,80 na 1ª Informação Fiscal (fl. 313, demonstrativos refeitos fls. 316-321).

Como consequência ao detalhado questionamento exposto no pedido de diligência de fl. 666, às fls. 670-671, em sucinta Informação Fiscal juntada aos autos em 30/09/2013 o autuante, após gastar-

se em reproduzir, o que expôs na Informação Fiscal anterior e os artigos 142 e 143 do RPAF, escreveu:

“A Autuante colocava todas as vendas como dinheiro; então, usamos os valores pagos em dinheiro, tanto como se fosse cartão de crédito/débito – o que favoreceu a Autuada-, como para comparar as vendas com as informações de vendas na DMA”. (grifos meus)

Manifestando-se acerca do resultado da diligência, à fl. 677 o Impugnante disse que, para a Infração 02, o autuante foi taxativo em afirmar ter utilizado os valores pagos em dinheiro e, por isso, as alegações defensivas estariam comprovadas o que resultaria na nulidade ou improcedência da exação.

Em 18/12/13, em face de afastamento do autuante, conforme despacho de fl. 682, auditor estranho ao feito foi designado para ciência e prestar Informação Fiscal sobre a manifestação do sujeito passivo e, conforme protocolo de 03/01/2014 (fl.683), o diligente designado declara à fl. 684:

- 1) *“cremos que o Autuante procedeu corretamente em suas informações fiscais, contemplando perfeitamente as exigências legais, acatando parcialmente as alegações da Autuada, quando exequível, e atendendo à solicitação de diligência”;*
- 2) *“a última manifestação da Autuada, apensa à página 0677 do presente PAF, não acrescenta novos elementos legais ou formais que justifiquem uma pretensa alteração de valores já estabelecidos pelo Autuante em informação fiscal anterior”;*
- 3) *“a alegação de nulidade constante nessa última manifestação da Autuada é descabida, dado que o Autuante, legitimamente, preservou o princípio “in dubio pro reo”;*
- 4) *“Em sendo assim, cremos que devem ser mantido os valores já recalculados na informação fiscal anterior”.*

Conforme despachos de fls. 686-verso e fl. 687 de 12/06/2014, em face do afastamento deste Relator, o PAF foi redistribuído a outro Julgador. Conforme pedido de diligência de fl. 689, entendendo que, em face do resultado da anterior diligência, o sujeito passivo deveria ter um novo prazo para defesa e não 10 (dez) dias como concedido, em 28/05/2015, por unanimidade, os julgadores da 2ª JJF converteu o PAF em diligência à Infaz de origem para:

1. *“Intimar o sujeito passivo a apresentar nova defesa, reabrindo lhe o prazo legal de sessenta dias”;*
2. *“Apresentada nova peça de defesa, o órgão preparador deverá cientificar o autuante para conhecer a mesma, prestando nova informação fiscal, nos termos do artigo 126, parágrafo 6º, do RPAF”;*
3. *“Atendida tal solicitação, deverá a Inspetoria cientificar a empresa autuada, mediante intimação, da informação fiscal, oportunidade na qual entregará, mediante recibo a ser acostado ao processo, cópia da mesma, de todos os demonstrativos que venham a ser elaborados e desta solicitação, concedendo o prazo regulamentar de dez (10) dias para pronunciamento. Caso venha a se manifestar acerca do resultado da diligência, o autuante deverá ser cientificado e se pronunciar sobre os fatos ali arrolados”.*

Às fls. 697-698, datada de 03/08/2015, o sujeito passivo presta Impugnação.

Infração 01

Ratifica todas as razões de impugnação oferecidas na peça inicial e mais as manifestações oferecidas no curso processual.

Diz que o auditor fiscal não impugnou as alegações de que os valores pagos pelas administradoras de cartões foram contabilizados como receitas auferidas e declaradas ao fisco todos os recebimentos.

Ademais, disse que o auditor deixou de esclarecer que a autuada era optante pelo regime de apuração com base na receita bruta. Portanto, pedindo correta interpretação da legislação vigente à época dos fatos, diz que se apuraram os valores de forma indevida, o que acarretaria a nulidade da infração em razão do disposto no §1º do art. 18 do RPAF.

Infração 02

Ratifica todas as razões de impugnação oferecidas na peça inicial e mais as manifestações oferecidas no curso processual.

Reproduzindo o art. 323, §9º do RICMS vigente à época Diz que na apuração dessa natureza deve observar se as Reduções Z emitidas foram escrituradas nos livros Registros de Saídas, considerando a sistemática de escrituração indicada no §9º do art. 323 do RICMS vigente à época.

Diz que o levantamento realizado pelo auditor considerou os valores registrados nas Reduções Z a título de meio de pagamento e a comparação foi com os valores declarados nas DMAS apresentadas, sistemática que entende inadequada para apurar a omissão pretendida.

Infração 03

Diz que o auditor concordou com a improcedência da infração.

Conclui reiterando todos os pedidos da primeira Impugnação, bem como os demais aduzidos nas manifestações posteriores.

Protocolada em 15/03/2016, à fl. 709, o mesmo auditor estranho ao feito que prestou a anterior Informação Fiscal (fl. 684), escreve:

1. *“Para Infração 1: como já citamos em informação fiscal anterior, consideramos que o ilustre auditor fiscal autuante seguiu a metodologia já plenamente utilizada para operações sumárias de fiscalização de cartões de crédito e/ou débito. No caso de constatação de sonegação por presunção de omissão de compras e/ou vendas em cartões de créditos, a autuação é feita com a alíquota de 17%”;*
2. *“Para Infração 2: as alegações do contribuinte são descabidas, dado que as planilhas foram elaboradas com informações fornecidas pelas operadoras de cartões de débito e/ou crédito, que por si só já caracterizam se todas as vendas cujos pagamentos utilizaram estas operadoras foram objeto de emissão de documentos fiscais”;*
3. *“Para infração 3: Sem comentários”*
4. *“Em sendo assim, cremos que devem ser mantidos os valores já recalculados em informação fiscal anterior”.*

Protocolada em 11/04/2016, o sujeito passivo se manifesta (fls. 717-719):

Infração 01

Ratifica todas as razões de impugnação anteriormente oferecidas, especialmente repisando que o autuante desconsiderou o fato de a autuada ser optante pelo regime de apuração com base na receita bruta, o que acarretaria a nulidade da infração e que também não se observou a correta interpretação da legislação vigente à época dos fatos.

Infração 02

Observando que o levantamento fiscal considerou os valores registrados nas Reduções Z a título de meio de pagamento e a comparação foi com os valores declarados nas DMAS apresentadas, sistemática que entende inadequada para se apurar a omissão pretendida e ratifica as razões de impugnação anteriores.

Em 28/04/2016 o PAF foi enviado ao diligente estranho ao feito que prestou a informação anterior e em 19/06/2017, o diligente escreve:

“Consideramos que as alegações do Contribuinte, apensadas às páginas 717 a 719 do PAF, não vêm acrescentar novas informações e/ou dados ao processo, pois que já foram objeto de citações de tramitações anteriores. A metodologia de fiscalização de vendas em cartões de débito/crédito utilizada neste processo foi a mesma adotada em todas as empresas usuárias de máquinas de cupom fiscal, já consolidada no âmbito da SEFAZ. Em sendo assim, submetemos o processo a julgamento pelo ONSEF, na forma da lei”.

Conforme documento datado de 17/04/2018 (fl. 730), tendo em vista o retorno deste Relator à 2ª JJF o Relator que havia recebido o PAF por redistribuição despachou o PAF para encaminhamento a este Relator, o que foi feito em 30/04/2019, conforme despacho de fl. 731.

VOTO VENCIDO

O lançamento de ofício processado exige o valor de R\$120.290,16, acusando o cometimento de 03 (três) infrações à legislação tributária do ICMS, conforme acima relatado.

Como preliminar de mérito, com fundamento no art. 18, IV, “a” do RPAF, alegando cerceamento ao seu direito de defesa, o Impugnante arguiu a nulidade da Infração 02, pois, além de descrever os fatos como sendo “omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de comparação das informações de vendas das Reduções Z com as DMAs”, também indicou “omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente(s) do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios”.

Além disso, apontou que no levantamento original o autuante repetiu para todos os meses do período fiscalizado (março e julho a dezembro 2006) R\$238.269,03 como se fora o valor de vendas extraídas das DMAs dos respectivos períodos de apuração.

Apresentando diversos documentos (DMAs, Reduções Z e cópias de períodos do livro Registro de Saídas – fls. 250-306), também disse que os valores lançados nos demonstrativos correspondem aos registrados para o meio de pagamento “DINHEIRO” nas Reduções Z dos ECFs e, detalhando exemplos, aponta divergências entre os valores expostos das Reduções Z com os apostos pelo autuante nos demonstrativos da infração.

Pois bem! Já na oportunidade da sua primeira Informação Fiscal, reconhecendo o crasso equívoco de indevida repetição de valores apontada pelo Impugnante, o autuante disse que ajustou o levantamento reduzindo o valor da exação pela infração.

Em relação as divergências de valores apontadas pelo Impugnante, o autuante disse não ter considerado as Reduções Z apresentadas pelo impugnante, por estarem ilegíveis. Posteriormente, repetindo os detalhados exemplos das divergências, junto à manifestação sobre a Informação Fiscal, para esta situação, o Impugnante aportou novas cópias de Reduções Z (fls. 336-650) e, por consequência, além de demonstrar a falta de análise dos elementos de prova aportados aos autos pelo Impugnante, o autuante registrou ter feito o levantamento confrontando os valores da rubrica “DINHEIRO” das Reduções Z x com as vendas extraídas das DMAs escrevendo que “é assim que se apuram omissões de saídas nas fiscalizações de ECFs”.

Considerando que as irregularidades apontadas eram passíveis de correção (art. 18, § 1º do RPAF), com o intuito de se extrair dos autos a verdade material dos fatos, mediante detalhado pedido o PAF foi convertido na diligência de fls. 666-667), cujo resultado foi apenas a confirmação do escrito na anterior Informação Fiscal e reprodução dos arts. 142 e 143, em face de o autuante entender que o sujeito passivo se recusou de documentar prova em contrário da sua acusação fiscal, pois simplesmente fez a simples negativa do cometimento da infração.

Neste contexto, observo que a partir daí o autor do feito saiu do PAF e que as manifestações posteriores do auditor fiscal estranho ao feito se limitam a exposição de sua mera crença que “o autuante procedeu corretamente em suas informações fiscais”. Inegável, então, que foi inútil todo esforço empreendido por este órgão administrativo judicante no sentido de fazer eclodir do contraditório instalado a verdade material da possível infração 02.

Portanto, considerando que: a) o órgão julgador deste CONSEF forma seu convencimento atendendo aos fatos e circunstâncias constantes no processo, às alegações e argumentações dos autos e à apreciação das provas; b) tanto o autuante quanto o auditor diligente estranho ao feito não conseguiram sanear os vícios apontados pelo Impugnante de modo a possibilitar no curso processual a adequação do levantamento fiscal a um regular procedimento fiscal; c) ao contrário do dito pelo autuante, a apuração de omissão de saídas nas fiscalizações de ECFs não é feita

confrontando valores das Reduções Z com valores da DMA, mas mediante confronto entre valores expostos nas Reduções Z x valores dos Relatórios TEF fornecidos pelas administradoras de cartões ao Fisco cumprindo determinação legal, declaro a nulidade da acusação fiscal relativa à Infração 02, não pelo alegado cerceamento de defesa como alegado pelo Impugnante, mas com fundamento no art. 18, IV, “a” do RPAF, pois, além de o autuante ter se utilizado de procedimento fiscal inadequado para apuração da omissão acusada, ela se mostra insegura e desprovida de elementos para determinar a infração e seu correto valor.

Infração nula.

Em relação às demais infrações, constato que o PAF está consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibos e documentos de fls. 03, 05, 323, 674, 694 e 714, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e § 1º), 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 08-306, 316-321 e CDs de fls. 221 e 322); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Passando à análise de mérito do procedimento fiscal, de logo ressalto tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Feita a apreciação preliminar e tendo em vista que as diligências necessárias a esclarecimentos de fatos e formação da convicção do julgador foram deferidas, passo a apreciar o mérito do AI.

Infração 01

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constato que, conforme demonstrativos de fls. 10-12 e 34-36, o autuante efetuou o lançamento para exigir ICMS em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, 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 administrativa de cartão de crédito.

Observe que o levantamento realizado comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito expostos nos relatórios TEF (FLS. 13-33 E 37-47) com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito e/ou débito contidas nas Reduções Z, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão do art. 2º, § 3º, VI do RICMS/97, *in verbis*:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

§ 4º 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, os 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”.

Trata-se de uma presunção “*juris tantum*”, admitindo prova em contrário por parte do autuado. Portanto, cabe ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção, indicando quais as operações foram pagas com cartão de crédito e/ou débito, inclusive documentalmente comprovando, se for o caso, os cupons fiscais emitidos como se os pagamentos fossem em dinheiro, por erro de funcionários. Entretanto, o contribuinte, apesar de receber o relatório TEF por Operação, tendo o prazo de defesa de 30 (trinta) dias, não indicou quais seriam essas operações.

Sem contestar os dados dos demonstrativos suporte da infração ou neles apontar inconsistências a alegação defensiva se prende: a) questão de direito, arguindo que a presunção legal prevista somente poderá ser aplicada quando o valor total das vendas for inferior ao valor informado pelas administradoras de cartão de crédito/débito; b) descon sideração das informações fornecidas pelas administradoras à SEFAZ, por nelas não admitir valor jurídico.

Ocorre que, em relação à primeira alegação, essa não é a jurisprudência consolidada desse Conselho de Fazenda.

Em seus diversos acórdãos sobre o tema (por todos: Acórdão CJF Nº 0351-12/11), esse órgão julgador firmou o entendimento de que a comparação somente pode ocorrer entre operações equivalentes, de mesma grandeza. Ou seja, mediante confronto entre as vendas declaradas pelo contribuinte como sendo pagas por cartões de crédito/débito com as operações que foram pagas com cartão de débito/ crédito informadas pelas administradoras de cartões ao Fisco mediante relatórios identificadores das operações autorizadas.

Devo ressaltar que se trata de um entendimento da jurisprudência administrativa do CONSEF que não contraia o artigo 25 do RPAF citado pela defesa, o qual trata de interpretação normativa.

Saliento que a o dispositivo legal acima transcrito, determina que à “presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto”, não cabe a tributação com base na receita bruta, mas sim com a aplicação da alíquota cheia para operações internas, como feita pelo autuante (art. 50, I do RICMS-BA/97).

Em relação à alegação defensiva pela descon sideração das informações de suas vendas, cujo pagamento foi efetuado mediante cartões de crédito/debito, fornecidas à SEFAZ pelas administradoras dos cartões, tendo em vista; a) constituir documento de existência plenamente regulamentada na legislação da espécie (art. 824-W, do RICMS-BA/97); b) ser necessário e indispensável ao Fisco para o exercício de sua função institucional de controle sobre o regular cumprimento das obrigações tributárias dos contribuintes; c) não ser este fórum administrativo judicante, o competente para discutir a legalidade acerca de legalidade de papéis e documentos de rotineiro uso da SEFAZ-BA, melhor sorte não tem o Impugnante.

Infração subsistente.

Infração 03

Como acima relatado, para esta infração, o Impugnante apontou varias inconsistências no levantamento fiscal, tais como: a) confusão do autuante acerca da matéria que trata na acusação fiscal ora dizendo ser “antecipação parcial”, ora dizendo se “antecipação tributária total”; b) indevidas inclusões de NFs no levantamento, como: NFs de mercadorias adquiridas para o ativo fixo, outras para uso e consumo no estabelecimento, outras de mercadorias da ST e com ICMS retido pelo remetente e outras de mercadorias para comercialização e até de NFs que não foram encontradas nos documentos anexados pelo autuante.

Já na primeira Informação Fiscal, o autuante concordou com os argumentos defensivos e, retirando do levantamento as NFs indevidamente incluídas, como exposto no relatório, nada de imposto restou devido, de modo que nada tendo a reparar quanto ao procedimento fiscal revisado naquela oportunidade pelo auto do feito, concluo pela impertinência da acusação fiscal inicial.

Infração insubsistente.

Por todo o exposto, em face da subsistência apenas da Infração 01, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Com as devidas homenagens ao ilustre Relator pelo seguro voto proferido, peço *vênia* para discordar, entretanto, de sua conclusão quanto à infração 01 do presente lançamento. E justifico pelos seguintes argumentos:

O lançamento data do ano de 2010, como bem relatado anteriormente, tendo sido objeto de ao menos duas diligências, reabertura de prazo para defesa, manifestação de dois funcionários fiscais diferentes (o autuante e estranho ao feito), com ocorrências que remontam a 2008, ou seja, houve oportunidade para as partes exporem suas convicções e posições.

A infração se pauta em presunção prevista no artigo 4º, § 4º, inciso VI da Lei 7.014/96, vigente à época dos fatos geradores:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

(...)

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

(...)

b) administradoras de cartões de crédito ou débito;”

E se tratando de presunção, valem algumas observações importantes, sendo a primeira delas a de ser sabido que a adoção de tal figura, para a verificação da caracterização da hipótese de incidência tributária, não é conduta estranha ao Direito Tributário. Para tanto, legitima-se a busca, pela Autoridade Fiscal, da existência de determinados fatos, a princípio estranhos àqueles que se buscam para deles extrair a ocorrência de outras ocorrências fáticas - estas sim as que interessam - as quais não foram de início diretamente comprovadas.

E aqui não se coloca à margem do conhecimento, portanto, a verificação da efetiva ocorrência de tais fatos. Apenas a sua comprovação é que se faz de forma indireta. Legitima-se, com isso, a aplicação das presunções legais em matéria tributária. Por óbvio que a força de uma presunção deve ser ponderada pela observância dos princípios que proporcionem a segurança jurídica do contribuinte a exemplo do da ampla defesa e o devido processo legal, o que no caso em comento, ocorreu de forma cristalina, vez que, como já dito, a longa duração do processo se deu pela discussão entabulada, nas diligências e manifestações que compõem os autos.

Pacífico é o entendimento de que os fatos geradores do ICMS só podem decorrer da realização de todos os aspectos previstos e tipificados na norma de incidência, uma vez que as relações jurídicas devem pautar-se pelos critérios de segurança e certeza, sendo defesos os lançamentos tributários embasados em simples suposições, em virtude dos princípios da tipicidade cerrada e da legalidade.

Ou seja: o tributo só pode incidir sobre fatos reais, quando estes se consideram relevantes juridicamente, assim, mister se faz ressaltar que para ocorrer a tributação necessária se torna a existência de prova do fato gerador, a qual deve ter o condão de demonstrar a efetiva ocorrência dos fatos tributáveis.

Assim, se a hipótese de incidência do tributo se originar do legislador, tal fato caracteriza a presunção legal, a qual só pode ser estabelecida pela lei, sendo que neste caso, inverte-se a regra

processual de que quem acusa deve provar o fato, ocorrendo, pois, a denominada inversão do ônus da prova.

Em tais casos, tal inversão se verifica quando, compete ao sujeito passivo o ônus de provar que não houve o fato infrigente, onde ressalto, que sempre essa inversão se origina da existência em lei de uma presunção relativa, pois, com exceção da existência de uma presunção tipificada em lei, o ônus da prova caberá sempre a quem acusa.

Assim, a presunção é o resultado de um processo mental, resultante da associação que se forma entre determinado fato conhecido (fato-base) cuja existência é certa, e um fato desconhecido, cuja existência é provável (fato presumido), mas que tem relação direta com aquele.

Daí, temos a presunção legal, que só pode ser estabelecida pela lei, sendo classificada em presunção absoluta (*Juris et de Jure*) ou relativa (*Juris Tantum*), onde a primeira não admite prova que possa contrariar o fato presumido e a segunda pode ser desmentida mediante prova que a desmonte.

Em outras palavras: a autuação embasa-se em uma presunção legal, que possui o caráter de relativa, aceitando a prova que a contradite, diante da possibilidade do sujeito passivo possa contrapor-se ao lançamento no sentido de que, através dos meios e elementos de prova disponíveis, possa demonstrar que não cometeu a infração que lhe foi imputada via lançamento, o que no caso presente não ocorreu.

E neste ponto, concordo com o Relator, ao rebater os argumentos defensivos registrados no seu voto, entretanto, observo que desde a peça inicial, quando da primeira defesa, usando o direito de contraditar através da apresentação de provas, a acusação realizada, e conseqüentemente a presunção lastreadora da autuação, o sujeito passivo trouxe aos autos, ainda que de forma amostral no intuito de descaracterizar a presunção posta, os registros do Livro Razão, nos quais constam os valores creditados nas contas bancos (Unibanco e Banco do Brasil), pelas administradoras de cartões de crédito/débito relativos a operações realizadas em tais modalidades, ou seja, contra uma possibilidade bastante forte, baseada em prova indiciária, trouxe elementos e fatos concretos, não se podendo taxar tais registros como protelatórios ou procrastinatórios a nível de prova.

Ainda verifico na peça inicial de defesa, sempre reiterada nas diversas intervenções processuais do sujeito passivo, ter, com base neste livro contábil apresentado demonstrativo, pelo qual a acusação formulada na infração não subsistiria.

E se veja: o livro Razão, (também denominado “Razão Auxiliar”) é obrigatório pela legislação comercial e tem como finalidade demonstrar a movimentação analítica das contas escrituradas no diário e constantes do balanço patrimonial da empresa.

Através dele, torna-se possível controlar o movimento de todas as contas contábeis separadamente, sendo que tal controle individual permite apurar saldos e seus resultados, a exemplo de saldo de uma determinada despesa ou da receita de vendas, uma vez que o mesmo fornece um histórico detalhado de transações e o saldo atual de cada conta do sistema contábil, durante o período selecionado.

As formalidades da escrituração contábil estão contidas no [Decreto-Lei 486 de 03/03/1969](#).

Assim, ao curso de todo o processo, este argumento e tais documentos foram solenemente ignorados, quer pelo autuante, nas vezes na qual prestou a informação fiscal, quer pelo diligente, nas oportunidades em que veio ao processo, tendo se manifestado nos seguintes termos, conforme também já relatado anteriormente: “creio”, “acredito”, ou seja, sem qualquer indicação conclusiva, o que talvez se justifique pelo fato de não ser o autor do lançamento, não tendo os elementos utilizados pelo autuante para tal, mas fato é que ambos descumpriram o teor do artigo 127, § 6º: “a informação fiscal deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação”.

De igual modo, o artigo 155 do RPAF/99, determina que “a decisão resolverá as questões

suscitadas no processo e concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário ou do pedido do contribuinte, ou ainda quanto à nulidade total ou parcial do procedimento”, sendo que tal fato igualmente passou despercebido ao nobre Relator, seguramente em função do fato de ter sido o argumento apresentado pela defesa, ignorado, tanto pelo autuante, quanto pelo estranho ao feito.

E não se diga que pelo fato de a acusação ser baseada num levantamento fiscal, a prova trazida ao processo não possa estar estribada em elementos contábeis, pois tal raciocínio fere de morte o direito de ampla defesa, pois a norma constitucional não impõe limites para a apresentação da prova, senão a de que seja lícita, como a aqui apresentada.

Posso também, invocar a prática deste CONSEF, quando da apreciação de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias em exercício fechado, ao analisar as perdas, firmar entendimento de que ser possível a prova trazida da contabilidade, a se perceber através do Acórdão CJF 0253-12/18, julgado em 09/08/208, do qual extraio os seguintes trechos do voto condutor do Relator Conselheiro Luiz Alberto Amaral de Oliveira:

“...Nesse sentido, a empresa Recorrente acosta documentos às folhas 627/656, alegando que promoveu o registro da perda de 7.674.530,00 kg, na movimentação de Nafta Bruta, em seu Livro Razão. Igualmente, às folhas 658/660, acosta documentos, com a alegação de que promoveu o registro da perda de 6.119.557,00 kg, na movimentação de Eteno. Acosta, inclusive, cópia de acórdão desta 2ª CJF, exarado no julgamento do AI 297515.0002/14-9, no qual se reconheceu a existência de perdas em seu processo produtivo.

Como se vê, não houve questionamento das provas apresentadas pela Recorrente, tendo, a autoridade fiscal, limitado-se a discorrer acerca do que considera perda “normal”, ou “razoável”, inadmitindo aqueles valores que se encontrem fora desse padrão.

O exame dos documentos acostados pelo Sujeito Passivo às folhas 627/656, bem como às folhas 658/660, revela que o Contribuinte possui registros idôneos da ocorrência de perdas na movimentação de seu estoque, declaradas e devidamente registradas em sua escrita contábil, elementos que não foram contestados pelo Autuante, como já destacado.

Ora, se o Sujeito Passivo experimentou perdas na movimentação de seus estoques, independentemente de qual venha a ser a natureza desses gastos, deve-se computá-las para efeito do levantamento quantitativo de estoques, sob pena de se exigir, a título de omissão de saídas, algo que desapareceu no interior do próprio estabelecimento.

De fato, a omissão de saídas de mercadorias decorre do fato de que os estoques reais do estabelecimento fiscalizado revelaram-se inferiores àquele contabilizado, autorizando a ilação de que as mercadorias desaparecidas saíram da empresa sem a emissão do documento fiscal exigível. Assim, deixar de contabilizar as perdas, incorridas e comprovadas, representa tratar, parte desse sumiço, como ‘saídas sem emissão de nota fiscal’, com atribuição de preço médio de venda no período, o que se constitui em flagrante injustiça.

As ‘perdas anormais’ não devem ensejar a tributação pelo preço de venda, mas o estorno do crédito correspondente, que se encontra associado aos preços de compra no período, algo que faz toda a diferença.

Assim, entendo que devem ser computadas as perdas declaradas e registradas pela Recorrente, em sua totalidade, no montante de 7.674.530,00 kg, na movimentação de Nafta Bruta, e de 6.119.557,00 kg, na movimentação de Eteno, o que reduz o valor da omissão de saídas a R\$937.184,38 (relativa a Eteno) e R\$710.784,97 (relativa a Nafta), perfazendo um total de R\$1.647.969,36, conforme planilha à folha 768”

Assim, independentemente de qualquer outro argumento, prova crucial e que poderia comprovar as alegações defensivas do contribuinte de negativa do cometimento da infração deixou de ser apreciada e analisada, e neste momento processual, após quase dez anos de tramitação, não vejo como se diligenciar neste sentido.

Logo, entendo que no presente caso, presentes a clara violação ao direito de ampla defesa do contribuinte, pelo desconhecimento absoluto de prova por ele trazida aos autos, bem como a insegurança na acusação, pela incerteza em relação à efetiva ocorrência dos fatos tidos como infracionais, previsão contida no artigo 18, incisos II e IV, alínea “a” do RPAF/99, o que me conduz à nulidade da infração 01, e consequentemente, à improcedência total do Auto de Infração, pela concordância quanto a nulidade da infração 02, e a improcedência da infração 01.

É como voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206933.0002/10-2**, lavrado contra **SUPERPÃO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR VOTO VENCIDO

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR – JULGADOR/VOTO VENCEDOR

JOSÉ ADELSON MATOS RAMOS - JULGADOR