

A. I. Nº - 206837.0037/07-3
AUTUADO - BARDAUÊ COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - RAIMUNDO SANTOS LEAL e CARLOS RAIMUNDO DA SILVA P. DE SOUZA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 06/04/2010

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0053-03/10

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Ficou comprovado que houve recolhimento do imposto efetuado a menos, devido às irregularidades constatadas no uso de ECF. Excluídos os valores exigidos a partir da vigência do Simples Nacional (01/07/2007), sendo devido o imposto apurado somente até o mês 06/2007. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/12/2007, refere-se à exigência de R\$674.537,63 de ICMS, acrescido da multa de 100% em razão do descumprimento de obrigação tributária principal. De acordo com a descrição dos fatos, que foi constatada omissão ou supressão de tributo mediante utilização de *software* que permite ao usuário a desativação do ECF, possibilitando que uma operação de venda seja registrada em seu banco de dados sem o correspondente envio ao *software* básico do ECF do comando de impressão do Cupom Fiscal, tendo sido apreendidos computadores na “operação tesouro”, cujo banco de dados foi degravado, obtendo-se o faturamento real do contribuinte. Levantamento efetuado nos exercícios de 2002 a 2007, conforme demonstrativos às fls. 07 a 12 do PAF.

Consta às fls. 71 a 77 dos autos, requerimento apresentado pelo autuado à PROFIS para controle de legalidade. Pede que a PGE/PROFIS reconheça a existência de vícios e ilegalidades na intimação e na condução do processo administrativo fiscal.

De acordo com o despacho à fl. 62, foi autorizada a inscrição do crédito tributário em dívida ativa, e posterior envio do processo ao setor judicial da Procuradoria Fiscal para as providências cabíveis.

O autuado apresentou impugnação às fls. 82 a 121 e 218 a 257, comentando inicialmente sobre a tempestividade da defesa e sobre a autuação fiscal. Em seguida, suscitou preliminar de nulidade, alegando que o documento Relatório da extração de dados, bem como os documentos apresentados pela SEFAZ não são claros quanto à forma de obtenção dos resultados, e que em nenhum momento foi discriminada a metodologia utilizada. Frisa que inexiste arquivo, entre os arquivos fornecidos pelos autuantes. Afirma que a divergência de informações é tão grande que compromete o levantamento feito pelos autuantes. No mérito, diz que os autuantes não poderiam ter exigido o imposto com base nos critérios e alíquotas de operações normais, tendo em vista que não ocorreu nenhuma das hipóteses que autorizam tal procedimento, porque o autuado não cometeu infração de natureza grave. Informa que foi contratado perito, Professor do Departamento de Engenharia da UNIFACS, que não teve condições de atestar a veracidade das informações de vendas constantes no levantamento realizado pelos autuantes. O defendente comenta sobre a opção feita pelo SIMBAHIA, e diz que o foi levantamento realizado pelos autuantes adotando critérios próprios de operações normais, e neste majorando indevidamente o teórico imposto devido pelo autuado. O perito apresentado pelo autuado demonstra que os valores lev

exercícios fiscalizados não são encontrados em qualquer um dos arquivos utilizados no levantamento fiscal. O autuado finaliza, dizendo que confia no reparo do mal entendido e requereu o prazo de cinco dias para juntar documentos que comprovem a regularidade da representação. Juntou documentos, inclusive, um “Relatório Final de Consultoria para o Restaurante Bardauê”.

Às fls. 123/136 o autuado impugnou a decisão de arquivamento da impugnação apresentada, por ter sido considerada interposta fora do prazo regulamentar.

Consta às fls. 169/173 representação da Procuradoria Fiscal ao CONSEF para o fim de ser reconhecida a nulidade do Termo de Revelia.

Conforme ACÓRDÃO CJF Nº 0226-11/08 (fls. 208/209), foi acolhida a Representação da Procuradoria Fiscal pela nulidade do Termo de Revelia em razão de ter sido configurado prejuízo ao direito de defesa do contribuinte.

O defendant apresentou nova impugnação às fls. 355/357 dos autos, observando, inicialmente, que a Câmara de Julgamento Fiscal determinou que a defesa apresentada fosse anexada aos autos, o que, em sendo atendido, evita desnecessária e cansativa repetição. Assim, o autuado ratificou todos os termos da referida peça defensiva. Como preliminar, pede a nulidade da autuação, por entender que existe absoluta insegurança na determinação da infração e consequente cerceamento do direito de defesa. Diz que, embora constem na “Descrição dos Fatos”, alguns esclarecimentos, a formação do item “Infração 01 – 02.11.02”, que compõe a causa de pedir, é genérica. Por isso, alega que não se pode atribuir qualquer validade jurídica ao lançamento. Cita o art. 5º, incisos II e XXXIX, da Constituição Federal, e diz que não se pode falar em “ação ou omissão fraudulenta”, o que induziria o crime, sem expressa previsão legal quanto à sua caracterização e apenação. O defendant entende que justifica a aplicação do art. 155, parágrafo único, do RPAF, o que requereu, afirmando que a autuação teve como base a simples duplicação e superposição de dados. Assevera que é inteiramente ilegal e insegura a “caracterização da infração”, o que determina a sua nulidade e, sendo observada a norma do RPAF acima citada, deve ser reconhecida a improcedência da exigência fiscal. Salienta que a aplicabilidade do art. 155, § único, do RPAF-BA, decorre também da absoluta inconsistência dos levantamentos utilizados na autuação. Os valores apresentados no Auto de Infração são inconsistentes e deles não se sabe sequer a origem. Diz que, como demonstrado no laudo pericial anexado ao presente PAF, no mínimo o lançamento ora impugnado deve ser revisado por fiscal estranho ao feito, objetivando esclarecer a origem dos montantes “levantados” e de deduzir destes os valores declarados espontaneamente pelo autuado, sempre observado o regime de apuração a que o autuado fez opção, o SIMBAHIA. Caso o Auto de Infração seja validado, o defendant pede, também, que se observe o quanto estabelecido no art. 504, do RICMS, declarando opção pelo sistema ali possibilitado, como já decidiu o CONSEF em situações análogas. Finaliza, protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de documentos e completa revisão por fiscal estranho ao feito. Pede que seja o Auto de Infração julgado nulo ou improcedente.

Consta às fls. 362 a 369, informação prestada pelo Auditor Fiscal Douglas Barbosa, dizendo que ao analisar o parecer do Consultor Victory Fernandes às fls. 279 a 298 do presente processo, constatou que foram avaliados apenas os aspectos técnicos de informática na obtenção dos valores da base de cálculo do imposto exigido. Diz que os aspectos fiscais e legais fogem ao escopo do trabalho realizado pelo preposto que prestou a informação fiscal e a SEFAZ conta com o apoio da ASTEC, unidade especializada para este fim. Informa que o mencionado parecer foi realizado em duas etapas, tendo sido efetuado na primeira etapa, o cálculo do valor das vendas encontrado nos arquivos de banco de dados no formato Microsoft SQL. Na segunda parte, é feito o mesmo cálculo nos arquivos em formato DBF. Diz que no 1 consultas na linguagem SQL (Structured Query Language) q informações no banco de dados SQL Server. Assim, o Audit

informações faz uma análise dos arquivos em questão, apresentando a conclusão de que os valores encontrados nas tabelas que elaborou na fl. 365 divergem dos valores apresentados pela consultoria na tabela 2. Esclarece que a mencionada diferença se deve ao ajuste das datas. Diz que a consulta apresentada no parecer da consultoria excluía as vendas realizadas no primeiro e no último dia de cada mês. Estes valores também se distanciam dos valores apresentados pela SEFAZ, que realizou uma conversão das informações que estavam na base de dados Microsoft SQL Sever para um formato mais acessível, o Microsoft Access. Informa que, “Neste processo, houve um comportamento imprevisto que duplicou os valores originais”. O Auditor Fiscal encarregado pelas informações esclarece que foram repetidos todos os passos apresentados no parecer e identificada uma falha em todas as consultas ao banco de dados em que se excluía as vendas realizadas em todo o primeiro e último dia de cada mês, provocando uma leve redução nos valores encontrados e uma divergência com os valores apurados no Auto de Infração. Diz que as consultas foram corrigidas, os valores foram recalculados e as tabelas refeitas. Esclarece que o resultado encontrado no primeiro passo da análise demonstrou que houve uma falha do processo de conversão dos dados da base Microsoft SQL Server para o formato Microsoft Access, sendo apurados os valores corretos nas tabelas 4 e 5. Diz que o resultado encontrado no segundo passo da análise e apresentado na tabela 6, coincide com os resultados apresentado pela SEFAZ no levantamento fiscal. Por fim, o preposto apresenta o entendimento de que não cabe, nas conclusões por ele apresentadas, avaliar se a base de cálculo deveria ser o valor total subtraído do desconto e o serviço, bem como a questão levantada sobre a alíquota utilizada. Sobre este assunto e quaisquer outras questões referentes à legislação, sugere o encaminhamento do PAF à ASTEC e/ou DITRI para apreciação.

O deficiente se manifestou às fls. 377/379, dizendo que o parecer de fls. 362 a 369 do PAF, apesar de possuir algumas inconsistências, comprova a principal alegação da defesa, qual seja, de que as “vendas declaradas” foram apuradas de forma incorreta, com duplicação das importâncias. Entende que isso, por si só, demonstra a fragilidade da autuação. Informa que, submetido o aludido parecer ao “Assistente Técnico” do autuado, Professor Victory Fernandes, as conclusões foram em parte acatadas. Assim, de acordo com a “Revisão 01 do Relatório Final de Consultoria para o Restaurante Bardauê”(original – fls. 379/388 dos autos), as questões relativas ao cancelamento de vendas, inclusão dos “primeiros” e “últimos” dias de cada período e aos valores apresentados nas Tabelas 4 e 5, de fls. 365, foram acatadas pela Assistência Técnica. Especialmente nas aludidas Tabelas, diz que se encontram subsídios para as alegações defensivas. Portanto, o autuado entende que, se validada a ação fiscal, devem prevalecer as quantias lançadas nas Tabelas de fls. 4 e 5. Já em relação à Tabela 06, de fls. 368, diz que deve ser retificada como indicado às fls. 9 e 10 do mencionado laudo, passando a se considerar os montantes indicados às fls. 10, na medida em que nas três últimas linhas da Tabela 6, conforme destacado às fls. 9 do parecer do perito, tais montantes não condizem com os demais valores apresentados na tabela. Com exceção dessas importâncias, todas as outras apresentadas na coluna “Auto de Infração” possuem correspondência com alguma idêntica, contida em uma das demais colunas da mesma tabela. O deficiente finaliza, ratificando todos os termos de sua defesa e demais pronunciamentos, pedindo que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente. No caso de julgamento de mérito em detrimento do autuado, solicita que sejam considerados os pontos abordados no laudo que anexou aos autos juntamente com a impugnação, sobre os valores, e na defesa, quanto à alíquota, crédito e base de cálculo.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 391/393, dizendo que o período objeto da autuação é de fevereiro de 2002 a setembro de 2007, tabelas 4 e 5 (fl. 365), elaborada pelo Auditor Fiscal Douglas Barbosa, após análise do parecer do perito técnico do autuado, que aponta a necessidade de correção dos valores relativos ao período de janeiro de 2006 a outubro de 2007. Assegura que tais valores foram objeto de revisão (Tabelas 4 e 5), explicita as razões dos ajustes efetuados, apontando que a Tabela 2 as vendas realizadas no primeiro e no último dia da cada mês.

manifestação de fls. 383/384, reconhece os valores apontados pelo Auditor Fiscal Douglas Barbosa, e os valores constantes das Tabelas 4 e 5 passaram a referenciar a base de cálculo do imposto devido para os respectivos meses. O autuante salienta que há uma interpretação equivocada por parte do autuado, quando excluiu de seus cálculos os valores das vendas do primeiro e último dias de cada mês. Quanto à solicitação de correção da Tabela 6, diz que não cabe correção, considerando que existe equívoco por parte dos prepostos do autuado. Diz que os valores relativos aos meses de janeiro, fevereiro, e março de 2006 apontam na coluna Autos de Infração valores que correspondem aos valores constantes na planilha “Vendas Identificadas – Sistema Colibri” (fl. 11 do PAF), que subsidiou a base de cálculo do imposto devido. Os valores constantes da coluna “BRVENDAS.BDF” refletem os valores de “Vendas Identificadas” através do banco de dados BDF – Sistema Colibri 9MS – DOS). Informa que, para o cálculo das omissões de vendas dos mencionados meses devem ser acrescidos os valores constantes na Tabela 4 (fl. 365). O parecer do Auditor Fiscal Douglas Barbosa identifica e aponta para os mencionados meses a utilização de dois sistemas, consequentemente, a apuração das vendas para os referidos meses deve ser o resultado do somatório dos valores apontados nas Tabelas 5 e 6. Assim, os autuantes entendem que não cabe revisão dos valores apurados na Tabela 6. Dizem que a mencionada Tabela aponta os valores identificados no Sistema Colibri 9MS-DOS, enquanto as Tabelas 4 e 5 retratam a utilização do Sistema Colibri Millennium (Windows); Finalizam reafirmando tudo quanto foi transscrito no Auto de Infração e demais informações prestadas.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada e acostados aos autos os demonstrativos que deram origem à exigência fiscal.

O autuado alegou que embora conste na “Descrição dos Fatos”, alguns esclarecimentos, a formação do item “Infração 01 – 02.11.02”, que compõe a causa de pedir, é genérica. Por isso, alega que não se pode atribuir qualquer validade jurídica ao lançamento; que é inteiramente ilegal e insegura a “caracterização da infração”, o que determina a sua nulidade. Entretanto, observo que embora conste a acusação fiscal de forma resumida, na descrição dos fatos houve o necessário esclarecimento quanto às irregularidades apuradas, estando compreensível a “causa de pedir”, alegada pelo deficiente.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS em razão do recolhimento do imposto efetuado a menos, constando na descrição dos fatos, que foi apurada omissão ou supressão de tributo mediante utilização de *software* que permite ao usuário a desativação do ECF, possibilitando que uma operação de venda seja registrada em seu banco de dados sem o correspondente envio ao *software* básico do ECF do comando de impressão do Cupom Fiscal, tendo sido apreendidos computadores na “operação tesouro”, cujo banco de dados foi degravado, obtendo-se o faturamento real do contribuinte. Levantamento efetuado nos exercícios de 2002 a 2007, conforme demonstrativos às fls. 07 a 12 do PAF.

Em sua impugnação, autuado alega que os valores apresentados no Auto de Infração são inconsistentes e deles não se sabe sequer a origem. Que, como demonstrado no laudo pericial anexado ao presente PAF, no mínimo o lançamento deveria ser revisado por fiscal estranho ao feito, objetivando esclarecer a origem dos montantes “levantados” e de deduzir destes os valores declarados espontaneamente pelo autuado, observado-se o regime fez opção, o SIMBAHIA.

Observo que foi realizada revisão estranho ao feito, ficando esclarecida a origem dos valores apurados pelos autuantes, tendo sido efetuada uma análise utilizando a linguagem própria para o sistema operacional em questão. Foi informado às fls. 362 a 369, pelo Auditor Fiscal Douglas Barbosa, que ao analisar o parecer do Consultor Victory Fernandes de fls. 279 a 298 do presente processo, anexado pelo defendente, constatou que foram avaliados apenas os aspectos técnicos de informática na obtenção dos valores da base de cálculo do imposto exigido. O Auditor Fiscal encarregado pelas informações fez uma análise dos arquivos em questão, apresentando as seguintes conclusões:

1. os valores encontrados nas tabelas que elaborou na fl. 365 divergem dos valores apresentados pela consultoria do contribuinte na tabela 2.
2. a mencionada diferença se deve ao ajuste das datas, haja vista que no parecer da consultoria excluía as vendas realizadas no primeiro e no último dia de cada mês.
3. a SEFAZ, realizou uma conversão das informações que estavam na base de dados Microsoft SQL Sever para um formato mais acessível, o Microsoft Access, e neste processo, houve um comportamento imprevisto que duplicou os valores originais.
4. esclarece que as consultas foram corrigidas, os valores foram recalculados e as tabelas refeitas. O resultado encontrado no segundo passo da análise e apresentado na tabela 6, coincide com os resultados apresentados pela SEFAZ no levantamento fiscal.

Vale salientar, que o autuado foi intimado das informações prestadas por Auditor Fiscal estranho ao feito, acima reproduzidas, se manifestou, aduzindo que ao analisar as citadas informações o “Assistente Técnico” do autuado, Professor Victory Fernandes, acatou parcialmente as conclusões, tendo em vista que de acordo com a “Revisão 01 do Relatório Final de Consultoria para o Restaurante Bardauê”(fls. 379/388 dos autos), as questões relativas ao cancelamento de vendas, inclusão dos “primeiros” e “últimos” dias de cada período e aos valores apresentados nas Tabelas 4 e 5, de fls. 365, foram acatadas pela Assistência Técnica.

Constatou que embora o defendente não tenha acatado integralmente a revisão efetuada por estranho ao feito, não trouxe aos autos qualquer elemento novo, haja vista que o autuado entende que, se validada a ação fiscal, devem prevalecer as quantias lançadas nas Tabelas de fls. 4 e 5. Já em relação à Tabela 06, de fls. 368, diz que deve ser retificada como indicado às fls. 9 e 10 do laudo apresentado, discordando das três últimas linhas da Tabela 6.

Quanto a este argumento defensivo, os autuantes esclarecem na manifestação apresentada às fls. 391/393 dos autos que os valores relativos aos meses de janeiro, fevereiro, e março de 2006 apontam na coluna Autos de Infração, valores que correspondem aos valores constantes na planilha “Vendas Identificadas – Sistema Colibri” (fl. 11 do PAF), que subsidiou a base de cálculo do imposto devido. Os valores constantes da coluna “BRVENDAS.BDF” refletem as “Vendas Identificadas” através do banco de dados BDF – Sistema Colibri 9MS – DOS). Ademais, o Auditor Fiscal estranho ao feito informou que o resultado encontrado no segundo passo da análise por efetuada e apresentado na tabela 6, coincide com os resultados apresentados pela SEFAZ no levantamento fiscal. Portanto, concluo que está correta a autuação fiscal, haja vista que ficou comprovado que houve recolhimento do imposto efetuado a menos, devido às irregularidades constatadas no uso de ECF.

Quanto à alegação do defendente de que se deveria deduzir dos valores apurados pela fiscalização aqueles declarados espontaneamente pelo autuado, sempre observado o regime de apuração a que o autuado fez opção, o SIMBAHIA, observo está comprovado no levantamento efetuado pelos autuantes que foi computado o crédito presumido de 8%, de acordo com o previsto no § 1º, do art. 19, da Lei 7.357/98, alterada pela Lei 8.534/2002 tendo sido comutado também, o montante recolhido em cada mês de apuração do lançamento.

Observo que a partir de 1º de julho de 2007 entrou em vigor o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, o Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123/06 de 14/12/2006. O mencionado regime estabelece normas gerais relativas ao tratamento tributário diferenciado a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias. Conforme Dados Cadastrais do contribuinte nesta SEFAZ, o autuado está sujeito às normas do Simples Nacional a partir de 01/07/2007, sendo inadequada a exigência fiscal a partir desta data, haja vista que o Simples Nacional implica recolhimento mensal em documento único, conforme explicado anteriormente. Por isso, concluo pela exclusão da autuação fiscal dos valores exigidos a partir da vigência do Simples Nacional, sendo devido o imposto apurado somente até o mês 06/2007, totalizando R\$606.333,85.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206837.0037/07-3, lavrado contra **BARDAUÊ COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$606.333,85**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso IV, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso 1, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR