

A. I. Nº - 269114.1110/07-7
AUTUADO - CRSA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
AUTUANTES - RAIMUNDO SANTOS LEAL e CARLOS RAIMUNDO DA SILVA PEREIRA DE SOUZA
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 27.12.2010

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0394-04/10

EMENTA: ICMS. EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). UTILIZAÇÃO IRREGULAR DE SOFTWARE QUE PERMITE DESATIVAÇÃO DO ECF. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado que o débito exigido decorre da diferença entre os valores registrados em banco de dados constante do HD do computador apreendido no estabelecimento autuado sem o correspondente envio ao software básico do ECF do comando de impressão fiscal e os valores oferecidos à tributação. Feitos os cálculos com dedução dos valores já recolhidos. Declarada de ofício a improcedência do lançamento relativo ao segundo semestre de 2007, tendo em vista a implantação do Regime SIMPLES NACIONAL cujo imposto deverá ser exigido com base nos critérios atinentes ao aludido regime. Rejeitadas as preliminares suscitadas. Infração elidida em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/12/07, exige ICMS no valor de R\$91.882,75, acrescido de multa de 100% relativo ao descumprimento de obrigação tributária principal por ter sido constatado ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente e lei.

Consta, na descrição dos fatos, que na operação TESOURO 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, mediante perícia em HDs apreendidos de computadores de propriedade do estabelecimento autuado, cujo banco de dados foi degradado, obtendo-se o faturamento real do contribuinte.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 34 a 51), inicialmente esclarece que é um restaurante instalado no Shopping Salvador, inaugurado em 22/05/07, cadastrado como EPP no “SIMPLES NACIONAL”, regido pela LC 123/06 e que a Lei Estadual 7.357/98 que tratava do SimBahia foi revogada pela Lei nº 10.646/07, para adequar-se às novas regras legais.

Contesta ter utilizado o sistema COLIBRI objeto de investigação policial na operação Tesouro, e sim o sistema MDC. Rechaça a acusação de que seu sistema permitiu a desativação do ECF possibilitando operação de venda sem impressão do cupom fiscal e afirma ter registrado corretamente a receita submetida à tributação.

Suscita a nulidade da autuação, sob o argumento de que o autuante indicou base de cálculo em demonstrativo de débito sem informar o “método utilizado para encontrar a alegada base de cálculo ou de demonstrar como alcançou tais valores”.

Afirma que apura o ICMS com base nas regras instituídas no SIMPL um disquete no qual indicou o levantamento da receita utilizada indicou como foi apurado. Ressalta que o ato administrativo é vin-

preceitos legais e no RPAF/BA, não há qualquer norma que estabeleça a legalidade de utilização de disquetes, mesmo porque os dados podem ser substituídos ou regravados.

Atenta que o disquete “não integra o processo administrativo fiscal”, não serve como supedâneo para apuração da base de cálculo, por não constar qualquer levantamento de base de cálculo e sim os arquivos supostamente existentes no computador da empresa, procedimento fiscal que viola o art. 28, §4º do RPAF conforme transcreveu à fl. 37.

Argumenta que não há segurança quanto aos dados do disquete e da acusação de que o software permitia a desativação do ECF, ao teor do art. 824-B, §4º, I e II do RICMS/BA por entender que “sendo o primeiro ano de funcionamento da empresa, esta não estaria sequer obrigada ao uso do ECF”. Requer nulidade do Auto de Infração por se basear em dados constantes de disquete apresentado que não integra o processo administrativo.

No mérito, reafirma ter recolhido o ICMS regularmente aplicando os critérios estabelecidos no SIMPLES, não utilizou o sistema COLIBRI e apurou o imposto com base nas operações registradas no seu ECF.

Informa que faz uso da franquia PASTA FAST, utiliza sistema de processamento MDC registrado nesta SEFAZ, não tem vínculo com as demais empresas que utilizam a franquia. Reitera a impugnação da base de cálculo, por estar desprovida de qualquer demonstração amparada por normas que regulamentam o PAF.

Ressalta que a LC 123/2006 estabelece tratamento diferenciado às MEs e EPPs, por regimes simplificados/unificados (art. 146, III, “d” da CF/88) e não se pode tributar pelo regime normal, sem antes fazer exclusão do regime, cuja decisão deve ser registrada no Portal do SIMPLES NACIONAL de acordo com os artigos 28 e 32 da LC 123/06, art. 11 da Res. CGSN 10/07 e art. 387 do RICMS/BA.

Salienta que o CONSEF formou jurisprudência no sentido de que não pode se desconsiderar o regime simplificado de tributação, cuja legislação foi revogada com a implantação do SIMPLES NACIONAL, devendo ser analisado o caso de acordo com as regras legais ora vigentes. Transcreve a ementa do Acórdão CJF 0434-12/02, em que foi decidida a impossibilidade de submeter empresa de alimentação optante pelo regime de receita bruta ao regime normal, sem que haja desenquadramento ou exclusão do regime.

Por cautela, caso não acatados os fundamentos que conduzam à nulidade ou improcedência da autuação, requer que seja aplicado o regime de receita bruta com aplicação da alíquota de 5% (art. 387 do RICMS/BA).

Por extrema cautela, caso não acolhidas as teses anteriores, que lhe seja concedido o crédito de 8% previsto na legislação do SIMBAHIA, em obediência ao princípio da não cumulatividade.

Requer ainda em caráter sucessivo, caso mantida a autuação, fazer a exclusão das receitas decorrentes de vendas de mercadorias isentas ou já submetidas à substituição tributária, tais como chopp, cervejas e refrigerantes, para evitar bi-tributação destes produtos. Requer a realização de perícia para apurar o montante da venda destes produtos.

Com relação à multa de 100%, alega que configura um verdadeiro confisco, majorando em muito o crédito tributário, quando deveria ser aplicada multa prevista no art. 35 da LC 123/06 ou multa de 60%, prevista no art. 42, II da Lei Estadual nº 7.014/96.

Afirma que deve ser observado também o equívoco cometido pela fiscalização ao desconsiderar os valores já recolhidos no período fiscalizado, o que configura bi-tributação.

Por fim, requer sucessivamente, nulidade por inexistência da demonstração do método da apuração da base de cálculo; improcedência por inexistir operação de venda sem emissão de cupom fiscal; improcedência devido à exclusão do Simples; procedência da alíquota de 5%; procedência em parte com a concessão do crédito

com a redução da multa. Requer o deferimento de todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive juntada de documentos e realização de perícia.

Os autuantes na sua informação fiscal (fls. 80/86) inicialmente discorrem sobre as alegações defensivas, reconhecem que o autuado não utiliza o sistema Colibri e sim MDC, mas o mesmo permite a desativação do ECF e sonegação de receitas, o que foi confirmado com as cópias dos HD's dos computadores apreendidos, cujos valores foram degravados para formar a base de cálculo, somando-se aos valores lançados e os omitidos da tributação no período de apuração.

Quanto à nulidade suscitada relativa ao CD com dados degravados, afirmam ser absurda, fere o bom senso, a inteligência, pela falta de elementos jurídicos e argumentos reais, por não levar em conta que é resultado de uma operação policial com acompanhamento da Procuradoria e da Promotoria Estadual, em que provas foram coletadas com ordem judicial, pessoas foram presas e confessaram a prática que originou o Auto de Infração, além das provas encontradas nos computadores.

Afirmam que o CD é um retrato do HD do contribuinte (conforme laudo da Polícia Técnica), que prova o ilícito, praticado e armazenado em meio magnéticos, culminando em omissão de receitas decorrentes de fraude, cujo CD com dados coletados são conhecidos pelo contribuinte, por tratar-se de parte do HD do seu computador. Ressalta que a legislação penal não trata de uso de computadores em crimes, e neste caso, o computador (hardware + software) são os meios utilizados para o cometimento do ilícito tributário, constituindo melhores meios de prova.

Dizem que não procede a afirmação de que os “disquetes” podem ser substituídos ou regravados, visto que a cópia do HD é feita e mantida incólume, certificada por procedimentos e programas específicos para esta finalidade, tornando impossível a alteração de dados gravados. Atenta que cada HD possui um número de identificação, correlato com cada empresa, como observados pela Polícia Técnica, nos Anexos do Termo de Entrega de Arquivos Eletrônicos comprovando a origem dos dados lançados como da empresa CRSA Comércio de Alimentos e Bebidas Ltda.

Contestam que a falta de conhecimentos técnicos básicos de informática justifica parte das impropriedades afirmadas na defesa, mas não se adéqua a afirmação de que “não consta qualquer levantamento de base de cálculo, mas apenas os arquivos que supostamente já existiam nos computadores da empresa”.

Ponderam que os arquivos comprovam a omissão de receitas, consolidando-se os valores dos produtos vendidos no mês e confrontado com o valor faturado, para apurar a base de cálculo da autuação e integram o processo administrativo fiscal, mediante constatação de que o software permitia a desativação do ECF e que ao contrário do que foi afirmado, no primeiro ano de funcionamento estaria obrigada a fazer uso de ECF como determina a legislação do ECF e também do programa que o comanda.

Quanto à alegação de que a diferença do valor devido considerando a base de cálculo praticada pela empresa e a da autuação é demasiadamente pequena, sequer justificando a sonegação imputada, afirmam ser subjetiva, não acrescenta nada a defesa, tendo em vista que o sistema MDC permite a venda sem a impressão do referido cupom fiscal, implicando em sonegação de receitas.

Com relação à alegação de que a Lei do Simbahia previa concessão do crédito fiscal de 8%, afirmam que isso foi feito, sendo inverídica a afirmação de não ter concedido crédito fiscal.

Da mesma forma, dizem que não assiste razão quanto ao argumento de que o presente caso deve ser analisado à luz das novas regras vigentes para as ME's e EPP's submetidas ao Simples Nacional, e sim que todos os lançamentos até 30/06/07 devem se analisados segundo as normas do Simbahia, o que foi feito e validado pelo próprio autuado.

Com relação ao desenquadramento ou exclusão do Simples Nacional, contestam que não houve, mas o art. 408-S do RICMS/BA, vigente à época, não condiciona a cotação e alíquotas aplicáveis às operações normais, ao desenquadramento, Inspector Fazendário e sim pelo tipo de infração.

Reconhecem que os valores após 30.06.07 devem ser excluídos do Auto de Infração, devido à revogação da legislação que embasa a autuação.

Com relação à alegação de que deva ser empregada a alíquota de 5% prevista para o regime de receita bruta, dizem que é equivocada, visto que como demonstrado anteriormente, deve ser aplicada a alíquota de 17% e concedido o crédito fiscal previsto para o SIMBAHIA, nos casos de cometimento de infrações de natureza grave (art. 408-S do RICMS/BA), não havendo exceção em relação às mercadorias que compõem a receita da empresa ou o setor em que se enquadre, sendo o crédito presumido (8%) genérico, mas não impositivo, podendo optar por comprovar crédito superior ao oferecido pela legislação, respaldado em notas fiscais de entrada.

Ressaltam que o SIMBAHIA é uma opção do contribuinte, para poder usufruir de uma série de benefícios fiscais, mas também submete-se a uma série de deveres.

Com relação ao enquadramento, tipificação e conversão da multa de 100% para 60%, dizem que não pode prosperar, visto que o art. 42, IV da Lei nº 7.014/96 é claro e comina multa de 100% quando não houver emissão de documento fiscal, o qual se aplica perfeitamente ao caso em tela.

Quanto ao pedido de compensação dos valores já recolhidos, ressaltam que o autuado sequer observou que os valores do “ICMS RECOLHIDO”, foram efetivamente compensados na autuação. Dessa forma, rogam pela utilização de todos os meios de provas possíveis para comprovar a verdade dos fatos narrados e solicitam a manutenção das infrações descritas no presente Auto de Infração, excluindo-se os valores lançados nos meses de julho, agosto e setembro/07.

Intimado para tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 90) o autuado manifesta-se às fls. 94/99, inicialmente ressalta que os autuantes reconheceram a ilegalidade do lançamento referente aos meses de julho, agosto e setembro/07, remanescendo apenas controvérsia com relação aos meses de maio e junho/07.

Ressalta a necessidade da verificação da real existência do crédito tributário devido ao Estado, não devendo pagar menos, nem mais do que o efetivamente devido. Reitera que se trata de uma franquia, usou o Sistema MDC e não tem nada a ver com a operação Tesouro (Sistema COLIBRI).

Diz que “o máximo que os autuantes conseguem sustentar na Informação Fiscal é que o sistema MDC ‘permitiria’ a desativação do ECF, de forma a ‘ser possível’ vender sem o devido registro”, porém contesta dizendo que em momento algum procedeu venda sem o devido registro no ECF.

Não obstante, admitindo apenas por argumentar, que o sistema permitisse a desativação do ECF, sem o registro efetivo da venda, afirma que não há prova no Auto de Infração que o sistema permitia a desativação do ECF e nem que a empresa efetivamente assim procedeu.

Reitera a nulidade do Auto de Infração por não demonstrar como encontraram a base de cálculo apontada no Demonstrativo de Débito, inclusive não informar quais os dados que estariam contidos no referido “CD”, o qual “não está no processo”. Questiona em que parte do HD estaria a demonstração da Base de Cálculo utilizada pelos autuantes.

Reitera estar enquadrada no SIMPLES NACIONAL, e não pode ser tributada de forma diferente sem haver desenquadramento (LC 123/07 e Res. do CGSN e RICMS/BA). Da mesma forma, a alíquota de 17%, visto que o Regime Normal para os BARES E RESTAURANTES prevê alíquota de 5%.

Reitera que caso aplicada a alíquota de 17%, seja concedido crédito fiscal de 8%, exclusão da base de cálculo dos produtos isentos ou submetidos à substituição tributária, bem como a correção da multa para 60% e não de 100%, bem como dedução do ICMS recolhido.

Por fim, reitera a NULIDADE do auto de infração, improcedência total, ou exclusão dos valores relativos aos meses de julho, agosto e setembro de 2007.

Os autuantes prestam nova informação fiscal (fls. 103/108), te argumentos defensivos, ressaltam a inexistência de prova doc

informações prestadas. Em seguida fazem um sumário das considerações feitas pelo contribuinte e esclarecem ponto a ponto o que já tinha sido dito na informação fiscal anterior.

Concluem dizendo que os procedimentos foram adotados em decorrência da Operação Tesouro, pontuadas ao longo do processo e o contribuinte não apresentou elementos novos que motivassem revisão.

Foi juntada à fl. 112 uma Comunicação Interna da Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa (INFIP) encaminhando Laudos Periciais exarados pelo Departamento de Polícia Técnica/Instituto de Criminalística Afrânio Peixoto referente à operação Tesouro (fls. 113/120).

A Secretaria do CONSEF intimou o autuado para tomar conhecimento do citado laudo (fls. 123/124), tendo o impugnante se manifestado às fls. 126/128.

Afirma que “o referido Laudo não se refere à empresa autuada” e sim ao PASTA FAST localizado no Rio Vermelho com inscrição estadual 73.616.720, não serve de prova e pode ser útil para desconstituir o presente lançamento.

Tece comentários sobre os quesitos respondidos pelos peritos e diz que fica impugnado o Laudo apresentado, bem como reitera todos os termos formulados na sua defesa.

A 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 133) no sentido de que a Secretaria do CONSEF providenciasse a juntada ao processo da cópia do Laudo Pericial relativo ao estabelecimento autuado e fornecesse cópia ao contribuinte com reabertura do prazo de defesa.

A Secretaria do CONSEF acostou cópia do Laudo Pericial relativo ao estabelecimento autuado (fls. 135/143) e fez entrega do mesmo mediante intimação juntada à fl. 149.

O contribuinte manifestou-se às fls. 152/155, ressaltando que não houve alteração ou modificação do Auto de Infração, apenas juntada de cópia do Laudo Pericial para suprimir o equívoco quanto à apuração da base de cálculo.

Argumenta que o Laudo Pericial não faz prova da apuração da base de cálculo indicada na autuação, nem demonstra o método utilizado pela fiscalização.

Diz que reitera todos os termos da defesa, inclusive as respostas dos quesitos 4 e 7 confirmam a não utilização do sistema COLIBRI e sim o MDC que é amplamente utilizado. Atenta que as respostas dos quesitos 5 e 6 declaram que as versões do MDC “podem” ser configuradas para operar no modo treinamento, mas não há prova concreta de ter efetivamente utilizado esse modo.

Afirma que o Laudo Pericial é genérico, restringindo a informar as versões do sistema encontrado e não demonstra os valores que foram apurados pela fiscalização. Conclui que o referido Laudo não serve como prova da acusação.

Os autuantes produzem nova informação fiscal (fls. 159/162), tecem comentários sobre a diligência e argumentos expeditos pelo autuado na sua manifestação.

Ressaltam que as apreensões dos computadores foram feitas nas primeiras horas da manhã, antes de qualquer manipulação por parte dos funcionários da empresa, o que se deduz que apresentava a mesma configuração de “treinamento” da noite anterior quando foi desligado e não seria razoável a realização de treinamento após as 22:00 hs, quando ocorre o fechamento do Shopping.

Atentam que como destacado no Laudo Pericial à fl. 139, apesar da complexidade operacional de configurar “a máquina para vender sem emissão de cupom fiscal”, os arquivos e procedimentos operacionais encontrados no computador permitem a sonegação e não se trata de simples coincidência.

Rebatem o argumento de que o Laudo Pericial não constitui prova, afirmando que ele constitui uma etapa da prova que ocorreu sonegação, fornecendo os ~~arquivos que prorrogaram o~~ levantamento das quantias não oferecidas à tributação. Concluem n

A 4^a JJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 165) no sentido de que os autuantes esclarecessem como apuraram a base de cálculo indicada no demonstrativo à fl. 7, tendo em vista que nenhum arquivo constante do CD juntado à fl. 26 indica as RECEITAS IDENTIFICADAS – SISTEMA COLIBRI que foi computada na apuração do débito.

Os autuantes prestaram informação fiscal (fl. 169) e informaram que anexaram cópias impressas do arquivo “Venda por tipo de pagamento 05 a 09 2007” e cópia do “Detalhamento da Receita Bruta” constante do sistema INC que embasaram a elaboração do demonstrativo à fl. 7.

Afirmam que “A soma dos valores dos campos ‘SomaDeTOTAL’ do arquivo ‘Venda por tipo de pagamento 05 a 09 2007’, correspondentes aos meses maio e junho 2007, formariam os valores do campo VENDAS IDENTIFICADAS:

Maio/2007: $65.069,12 + 42.775,20 = 107.844,32$ Junho/2007: $112.641,20 + 97.057,20 = 209.699,40$

No entanto, por equívoco os valores acima não foram lançados e sim os valores do campo ‘SomaDeTOTAL’ do arquivo ‘Venda por tipo de pagamento 05 a 09 2007’ (maio e junho de 2007) multiplicados por 2”.

Informam que anexa ao processo nova planilha já com os valores corrigidos.

Intimado para tomar conhecimento do resultado da diligência fiscal e reabertura do prazo de defesa, o autuado manifestou-se (fls. 176/184). Reitera os argumentos apresentados na defesa inicial, ressaltando que a investigação realizada para identificar a utilização do software Colibri na Operação Tesouro, conforme orientação da INFIP deveria identificar elementos de prova dos crimes praticados e resgatar o ICMS sonegado.

Afirma que o procedimento adotado pela fiscalização não seguiu as orientações da INFIP, visto que não foi analisada a documentação fiscal e contábil. Argumenta que deve ser declarada nula a exigência fiscal por insegurança na determinação da infração e na apuração dos valores o que no seu entendimento configura cerceamento no direito de defesa.

Com relação ao resultado da diligência, afirma que apenas um dos autuantes prestou a informação fiscal, “majorando a base de cálculo”, sem que tenha sido demonstrado o método utilizado para encontrar os valores apontados, além de que não utilizou o sistema Colibri desde a sua inauguração em 22/06/07 e sim o sistema MDC.

Questiona a base de cálculo apontada pelo(s) autuantes por ter somado os valores constantes dos arquivos magnéticos quando no máximo caberia uma dedução tendo em vista de que não há prova de que as importâncias listadas no documento à fl. 171 não contém os valores constantes do documento à fl. 172, o que ensejaria uma diferença entre o “declarado” e o “encontrado pelo Fisco” o que resulta em base de cálculo de R\$22.293,92 (maio/07) e R\$15.584,00 (junho/07).

Questiona os valores apontados do faturamento do mês de maio de R\$107.844,32, relativo a uma semana de operação, visto que a empresa PASTA FAST foi inaugurada em 22/05/07 [indicou 22/06/07] e no mês de junho/07 faturou R\$209.699,40 em quatro semanas.

Argumenta que a diligência não foi cumprida como determinado, reitera os argumentos da defesa em relação à comercialização de produtos com fase de tributação encerrada, apuração pelo regime de receita bruta, redução da multa para 60%. Requer a nulidade ou improcedência da autuação.

Os autuantes prestam nova informação fiscal (fl. 187), afirmam que o contribuinte repete os mesmos argumentos da defesa inicial, mas que os arquivos coletados nos computadores da empresa e o laudo pericial não deixam dúvida de que houve “desativação do ECF”.

Contesta a alegação defensiva de que não sabia da possibilidade de desativação do ECF, visto que muitos contribuintes adquiriram o sistema Colibri, mas apenas um pequeno número de usuários foram alvos de fiscalização na Operação Tesouro.

Afirmam que o método utilizado para encontrar a base de cálculo já foi explicado diversas vezes com base nos dados coletados nos HDs dos computadores apreendidos e que o autuado demonstra apenas desespero por falta de argumentos, mesmo com a diminuição do valor a ser pago em decorrência da diligência. Dizem que não tendo sido apresentado fatos novos, mantém a ação fiscal na sua integralidade.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade da autuação, sob o argumento de que não foi informado o método utilizado para encontrar os valores da base de cálculo discriminado no Auto de Infração. Neste sentido o CONSEF determinou a realização de diligência fiscal, na qual o autuante esclareceu e indicou como apurou a base de cálculo, tendo sido dado conhecimento ao impugnante do resultado da diligência fiscal e reaberto o prazo de defesa. Pelo exposto, considero corrigidas e suprimidas as incorreções apontadas pelo impugnante, e uma vez comunicado ao sujeito passivo, o mesmo pode exercer, como o fez, o seu direito de defesa, motivo pelo qual não acato a nulidade solicitada. Quanto à validade da base de cálculo apontada pelo autuante e das razões contrapostas pelo defensor, trata-se do mérito e será apreciado no momento próprio.

Suscitou ainda nulidade do Auto de Infração sob alegação de que se baseia em dados constantes de disquete de arquivos existentes no computador da empresa que não integra o processo administrativo. Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que foi juntado à fl. 26, cópia de um CD contendo dados degravados dos HDs de computadores apreendidos no estabelecimento autuado, cuja cópia foi fornecida ao mesmo de acordo com o documento juntado à fl. 31. Também, foi juntado às fls. 135/143 cópia de Laudo de Exame Pericial de microcomputadores apreendidos na empresa, cuja cópia foi fornecida ao recorrente. Logo, sendo o defensor detentor dos arquivos existentes nos seus HDs, tendo recebido cópia dos demonstrativos de vendas identificando a diferença entre a receita total identificada no HD e deduzida do faturamento que foi oferecido à tributação, entendo que mesmo que não tenha presenciado a degravação dos HDs, o impugnante sendo detentor dos mesmos, poderia juntar provas quanto a possíveis divergências entre os valores apontados pela fiscalização e os registrados no programa aplicativo implantado em seus computadores.

Suscitou também a nulidade do Auto de Infração dizendo que ocorreu desenquadramento do Simples Nacional, sem obedecer às regras estabelecidas nas Resoluções do CGSN e artigos 28 e 32 da LC 123/06. Relativamente ao exercício de 2007, verifico que a concessão do crédito presumido de 8% para compensar o débito apurado mediante presunções previstas no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96, foi inserida no art. 15, V da Lei nº 7.357/98, com redação dada pela Lei nº 7.556/02, para ser aplicado quando o contribuinte inscrito no SIMBAHIA incorresse em prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento. Naquela situação o contribuinte inscrito no SIMBAHIA como Microempresa apurava o ICMS mediante pagamento de um valor fixo em função do faturamento e as Empresas de Pequeno Porte, apuravam o imposto mediante aplicação de um porcentual sobre a sua Receita Bruta.

Como era vedada a utilização de qualquer crédito fiscal por parte das MEs e EPPs para ser compensado com o débito, a legislação estabeleceu um crédito presumido de 8% para ser compensado com o débito do ICMS apurado em infrações de natureza grave, previstas na legislação do imposto, situação em que o contribuinte inscrito no SIMBAHIA perdia os benefícios fiscais do tratamento tributário do regime simplificado de apuração do ICMS, com a aplicação da alíquota de 17%.

No presente lançamento, com relação ao período de 01/07/07 a 30/09/07, foi revogada toda a legislação do SIMBAHIA com a implantação do SIMPLES NACIONAL (Lei nº 12.830/08), quando esta nova modalidade de tributo envolve impostos (IR, ICMS, IPI, ISS) CSSL e Contribuição Patronal/INSS).

Portanto, entendo que é pertinente a alegação defensiva, visto que não pode ser apurado ICMS sobre omissão de saída, de empresa optante do SIMPLES NACIONAL aplicando critérios estabelecidos na legislação do ICMS estadual, inclusive já revogada, o que por si, pretere o exercício do direito de defesa do impugnante, nos termos do art. 18 do RPAF/BA. Por isso, declaro nulo os itens 3 a 5 do demonstrativo de débito acostado à fl. 3 referentes à exigência fiscal do período de 31/07/07 a 30/09/07.

No mérito o Auto de Infração exige ICMS relativo à omissão ou supressão de tributo mediante utilização de software em situação de uso irregular.

Na defesa apresentada, o autuado alegou desconhecer como foi apurada a base de cálculo. Em atendimento à diligência determinada pelo CONSEF, os autuantes informaram ter cometido um equívoco ao transportar os valores contidos no arquivo constante do HD do computador apreendido (Venda por tipo de pagamento 05 a 09 2007), refizeram o demonstrativo original à fl. 7 o que resultou em valor devido de R\$25.956,91 de acordo com planilha juntada à fl. 170.

Ao tomar conhecimento do resultado da diligência o autuado contestou dizendo que na apuração da base de cálculo os autuantes se equivocaram ao somar os valores constantes dos arquivos magnéticos aos que foram declarados pela empresa, admitindo que caberia uma dedução, argumento que não foi contestado pelos autuantes na informação fiscal subsequente prestada.

Entendo que existe razão em parte do impugnante. No documento juntado à fl. 171 foram relacionados valores de R\$65.069,12 e R\$112.641,00 como das VENDAS IDENTIFICADAS (dinheiro, cartão, ticket e cheque) constantes no HD do computador do estabelecimento autuado nos meses de maio e junho/07. Já o documento à fl. 172 indica RECEITAS DO MÊS de R\$42.775,20 e R\$97.057,20 declaradas naqueles meses, de acordo com o sistema de Informações do Contribuinte (INC).

Pelo exposto, não há certeza de que os valores das receitas identificadas no HD do computador apreendido no estabelecimento autuado excluam as vendas que foram declaradas. A acusação consiste em que o aplicativo (Software Colibri) utilizado possibilitava que uma operação de venda fosse registrada no banco de dados sem o correspondente envio ao software básico do ECF do comando de impressão do cupom fiscal. Assim sendo, não tendo os autuantes contestado e nem provado que as receitas declaradas não estavam contidas nas receitas identificadas, na dúvida, acolho o argumento defensivo e considero que as receitas identificadas contemplam as receitas declaradas.

Entretanto, não pode ser acolhido o pedido de que seja deduzido da receita identificada a receita declarada e sim do valor do imposto apurado sobre a receita identificada, deve ser deduzido o valor do imposto apurado e recolhido pela empresa que corresponde à receita declarada. Com base neste critério, tomo como base o demonstrativo juntado pelo autuante (fl. 170) e deduzo os valores do ICMS recolhido nos meses de maio e junho/07 pela empresa o que resulta em valor devido de R\$13.371,91 abaixo discriminado, inclusive concedido o crédito fiscal de 8%.

MÊS	REC. IDENT.	ALIQ. 17%	CRED. 8%	ICMS DEVIDO	ICMS RECOLHIDO	DIF. DEVIDA
Mai	65.069,12	11.061,75	5.205,53	5.856,22	802,20	5.054,02
Jun	112.641,20	19.149,00	9.011,30	10.137,71	1.819,82	8.317,89
TOTAL	177.710,32	30.210,75	14.216,83	15.993,93	2.622,02	13.371,91

No que se refere ao pedido de revisão fiscal no sentido de excluir da base de cálculo o valor das mercadorias já antecipadas (chopp, cervejas e refrigerantes) por exercer atividade de bar e restaurante, verifico que apurando o ICMS no período fiscalizado com base no regime simplificado, a base de cálculo prevista para tributação engloba o total das receitas e não há previsão de exclusão da base de cálculo na apuração do imposto no regime simplificado (SIMBAHIA).

Como o imposto foi exigido com base em cometimento de infração, contemplei o crédito presumido de 8% previsto na legislação, o que

na defesa (fl. 48), mesmo porque a cópia do relatório de dados degravados do programa aplicativo instalado nos HDs dos computadores (sistema Colibri) identifica o montante de vendas diárias, sem identificar o tipo de mercadoria comercializada.

Pelo exposto, sendo o estabelecimento autuado detentor das informações pertinentes à receita omitida, caberia ao impugnante apresentar demonstrativo próprio que comprovasse o montante em cada operação relativo a mercadorias comercializadas que tiveram o imposto pago por antecipação (art. 123 do RPAF) e como isso não foi feito, deixo de acatar tal pedido.

Com relação ao argumento de que a multa de 100% é elevada, não passível de redução ao teor do art. 45 e pedido que seja convertida em multa de 60% prevista no art. 42, II da Lei nº 7.014/96, não pode ser acatado pelos seguintes motivos.

Primeiro, a acusação é de que foi exigido ICMS em razão de omissão de saída mediante a utilização de software que possibilita que operação de venda não fosse registrada no banco de dados e também não fosse emitido o documento fiscal correspondente, o que constitui fraude. A multa de sessenta por cento solicitada é prevista para a situação de que o imposto não recolhido tempestivamente decorra do registro de operação ou prestação tributada como não tributada, erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, desde que os documentos tenham sido emitidos e escriturados regularmente e outras situações em que o valor do imposto tenha sido escriturado no livro fiscal. Não se aplica ao caso, visto que não havia emissão de documento fiscal, adequando-se a multa de 100% prevista no art. 42, IV, "j" da Lei nº 7.014/96.

Por isso, considero que os valores acumulados no equipamento ECF, apurado mediante degravação do HD, constitui prova de que foram efetuadas operações de vendas que não foram oferecidas à tributação e conforme anteriormente apreciado foi ajustada corretamente a base de cálculo na autuação.

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

VOTO DISCORDANTE

No tocante aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, peço respeitosa vênia para divergir da decisão do ilustre presidente / relator.

Faço isso tão somente em obediência aos princípios do devido processo legal, da garantia à ampla defesa e do contraditório (art. 2º do RPAF/99), de acordo com a fundamentação tracejada linhas abaixo, destacando a inquestionável idoneidade moral e as boas intenções dos servidores públicos que intentaram as investigações, sem adentrar na análise do mérito da lide.

No momento da apreensão dos equipamentos, com seus respectivos arquivos, e das informações constantes dos mesmos, seria imprescindível a presença de um preposto do autuado, gerando-se, assim, uma chave ou código digital, cujo documento respectivo deveria ser entregue ao mencionado preposto, mediante recibo assinado pelo mesmo, impossibilitando eventuais modificações nos arquivos ou alegações de modificações.

Acontece que isso não ocorreu, a apreensão dos materiais que continham as informações tomadas por base para lançar o imposto se deu sem a chancela do sujeito passivo. A chave foi gerada em momento posterior à apreensão, ausente qualquer representante do defendant.

Os documentos colacionados aos autos não comprovam a invulnerabilidade dos arquivos magnéticos apreendidos na ação fiscal e policial. Tal situação traduz agressão aos princípios jurídicos acima citados, bem como insegurança na constituição da base de cálculo (art. 18 do RPAF/99), tendo-se em vista não ser possível atestar, de forma inequívoca, a veracidade dos dados contidos nos mesmos. Repito: por não ter sido tomado o adequado na instantes exato da apreensão e na presença de preposto do :

Cabe ao Poder Público, o acusador, comprovar que os dados coletados pertencem ao autuado, e isso só se faria adotando o procedimento correto, acima citado, fato que não ocorreu. Não se deve imputar ao acusado a responsabilidade de desconstituir uma prova que sequer foi trazida de forma pertinente ao processo, pelo que discordo do presidente / relator, que não acatou as razões de defesa.

Hugo de Brito Machado Segundo, em sua obra “Processo Tributário” (2009:152), assevera que, “nesses casos, o exame do conteúdo dos disquetes e discos rígidos somente pode ser feito se oferecida ao contribuinte, ou a pessoa por ele indicada, a oportunidade de presenciá-lo. Os disquetes e discos rígidos devem ser apreendidos e de alguma forma lacrados, com a posterior abertura do lacre e exame de seu conteúdo ocorrendo sob as vistas do contribuinte, a fim de evitar divergências quanto às informações correspondentes”.

O número chave acima citado é uma espécie de lacre, necessariamente gerado no momento da apreensão do equipamento e na presença do fiscalizado, pois qualquer intervenção no equipamento / arquivo o modifica.

Para Paulo de Barros Carvalho, as reproduções depois feitas dos dados contidos nos computadores e disquetes ”são passíveis de alterações, às vezes profundas e radicais, dando ensejo a deturpações irreparáveis e a montagens que consubstanciam modificações substanciais da realidade. É óbvio que a apreensão de mercadorias nessas condições, suscetíveis a manipulações de toda ordem, não outorgam veracidade às conclusões que deles venham a ser extraídas (“A prova no processo administrativo tributário”, parecer publicado na Revista Dialética de Direito Tributário número 34, SP: Dialética, julho de 1998, p. 113).

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º 269114.1110/07-7, lavrado contra **CRSA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$13.371,91, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de dezembro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAUJO – JULGADOR

PAULO DANILLO REIS LOPES – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE