

A. I. Nº - 206837.0036/07-7
AUTUADO - CREVETTES COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
AUTUANTES - RAIMUNDO SANTOS LEAL e CARLOS RAIMUNDO DA SILVA PEREIRA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 23. 08. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0236-01/11

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Embora o estabelecimento seja optante do SIMBAHIA, por ter incorrido na situação prevista no inciso VII do artigo 408- L do RICMS/97, o débito foi calculado pelo regime normal com a concessão do crédito presumido de 8% sobre a receita omitida, consoante § 1º, do artigo 408 – S, do referido Regulamento. Não acolhida a preliminar de nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/12/2007, exige ICMS no valor de R\$73.199,23, acrescido de multa de 100%, em razão do autuado ter descumprido obrigação tributária principal se constatando ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei, no período de dezembro de 2004 a dezembro de 2006.

Na descrição dos fatos foi acrescentado que se apurou 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, assim foram apreendidos os computadores na operação tesouro, cujo banco de dados foi degradado, obtendo-se o faturamento real do contribuinte.

O autuado apresenta impugnação às fls. 50 a 84, inicialmente, transcreve os termos da infração e das descrições dos fatos, aduz que o Auto de Infração é fruto de ação conjunta realizada pela Secretaria da Fazenda, pelo Ministério Público e pela Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia, visando a identificação de suposto envolvido em omissão de saídas de mercadorias por meio de utilização de aplicativo que permitiria venda sem emissão do cupom fiscal.

Aduz que apreendidos os seus computadores com base nos valores dedutivos, contidos nos HD (Hard Disks), degradados segundo o autuado sem a presença do seu responsável legal ou do seu procurador, diz que assim houve cerceamento do seu direito à ampla defesa sem que fossem realizados roteiros de fiscalização, porque a análise dos elementos contidos no HD ocorrera unilateralmente, sem a sua presença.

Alega que os valores contidos no computador somam faturamentos da matriz e filial e que houve falha na análise do seu HD, porque nunca usou o aplicativo “Colibri” para a prática de ilícito fiscal. Afirma que houve erro na aplicação de alíquota e por não se considerar vendas de mercadorias substituídas e isentas. Por isso acredita que a ação fiscal será julgada nula ou improcedente.

Salienta que de acordo com a Constituição Federal de 1988, o Estado só pode restringir ou delimitar o patrimônio do contribuinte se apresentar com clareza e objetividade e oportunizando o direito de ampla defesa, porque não foi oportunizado ao contribuinte o direito de presenciar a degravação do HD e que não há nos autos comprovação de que as informações coletadas se referem ao computador

do autuado. Frisa que cabe a fiscalização o dever de provar os seus lançamentos, cita o art. 333 do CPC e reproduz o art. 18, incisos I a IV do RPAF/BA, para dizer que o lançamento é nulo.

Argui que a “operação tesouro” não encontra guarida na Lei nº 7.014/96, diz que se apurou indício de fraude caberia a expedição de uma ordem de serviço para a fiscalização, *in loco*, do seu estabelecimento, sugerindo os roteiros fiscais que deveriam ser aplicados.

Assevera que a fiscalização foi realizada com os dados contidos no HD e que não se respeitou o princípio da legalidade e da tipicidade cerrada, esclarecendo cada uma delas.

Argumenta que a cobrança do tributo se deu por presunção e que nesses casos deve estar autorizada por lei e que esta deve haver relação direta e imediata entre o fato gerador presumido e o real, não podendo acarretar “usurpação” de competência tributária. Reproduz o art. 4º, §4º da Lei 7.014/96, descrevendo as situações específicas de presunção da Lei mencionada, defende que fora essas situações, a presunção não há amparo legal. Cita o Acórdão JJF 0209-03/03, e transcreve a ementa da Resolução 1423/97 da 4ª. Câmara do CONSEF de autuação no trânsito sobre subfaturamento.

Reitera que no presente caso houve indício de irregularidade, que deveria ter sido provado pela fiscalização. Aduz que não se pode tolerar o uso de uma presunção não autorizada por lei, pede a nulidade do lançamento fiscal.

Ressalta que no período fiscalizado era inscrito no Simbahia, e que a exigência do imposto pelo regime normal de apuração está condicionada ao prévio desenquadramento de ofício do regime simplificado, em procedimento administrativo próprio, decidido pelo Inspetor Fazendário. Reproduz a ementa do Acórdão JJF nº 0474-04/02. Cita os art.15, 17 e 22 da Lei nº 7.357/98, que tratam de forma de exclusão, bem como o art. 406-A, VII, e 408-L do RICMS/97 que falam sobre desenquadramento. Entende que o devido processo legal não foi obedecido, e que não houve o seu desenquadramento, nulificando a exigência fiscal. Faz referência, também, ao Acórdão JJF nº 0327-04/02 que se refere a questões de desenquadramento relatando conteúdos do mesmo, para defender sua tese de autorização prévia pela autoridade fazendária.

Na defesa, sobre desenquadramento, traz o autuado informações sobre “Sistema de Gestão dos Procedimentos e Rotinas Informatizadas”, relatórios, procedimentos e fluxogramas internos da SEFAZ.

Argumenta que o programa aplicativo certificado só veio a ser regulamentado pela Portaria nº 53 de 21/01/05, por isso não há como afirmar que em 2002, 2003 e 2004 um contribuinte utilizou uma versão “não-certificada” de um aplicativo fiscal, entende que a fiscalização pretende aplicar retroativamente a citada Portaria 53/05 a fatos anteriores à sua vigência. Sobre irretroatividade reproduz ensinamentos de Washington de Barros Monteiro e de Pontes de Miranda.

Assevera que não há nos autos um único elemento que prove a acusação de “fraude”, repetindo tópico anterior, diz que não há provas de que o HD analisado é do autuado, porque não há termo em que tenha assinado que a “degravação” do HD tenha sido feita em sua presença, entende que não há mínima segurança de que os demonstrativos anexados aos autos se referem ao autuado e que não há no PAF prova documental que comprove a alegada fraude.

Outra questão aqui levantada pelo autuado é quanto à multa aplicada, aduz que jamais poderia ter sido aplicada a multa de 100%, que incide apenas quando há prova de fraude, defende que quando muito, a multa aplicada seria a prevista no art. 42, XIII-A, “b”, item 13, no valor de R\$ 27.600,00, prevista para o contribuinte que utilize programa aplicativo ou outro programa de processamento de dados que possibilite omitir o lançamento do dado ou do documento, reproduz textualmente referidos dispositivos legais, acrescentando a alínea “a”.

Pontua que a multa aplicada deveria ser de 70%, prevista para o caso de “atos fraudulentos”, como a omissão de receitas tributáveis, de acordo com o art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, que redige.

Requer que a multa de 100% seja convertida para R\$ 27.600,00, ou, para 70%, nos termos dos dispositivos legais já citados.

Outra questão que alega é em razão do seu ramo de atividade, bar e restaurante, adquire mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária - bebidas alcoólicas, água mineral, refrigerantes, cigarros, sorvete, e isentas – frutas, verduras, pescado e que por outro lado o Auto de Infração acusa o autuado de omitir receita com uso de software “irregular”, cobrando ICMS sobre o total da receita. Diz que a fiscalização deveria ter aplicado o critério da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/07, reproduzindo parte.

Entende que citada Instrução Normativa se aplica também a empresas inscritas no Simbahia e que elas não podem sofrer a cobrança do ICMS sobre vendas de mercadorias substituídas e/ou isentas, diz ser o seu caso, afirma que tal entendimento teve o CONSEF através do Acórdão CJF nº 0019-11/03, redigindo sua ementa e o de nº 0383-03/07.

Requer revisão fiscal no sentido de refazer os demonstrativos anexos ao Auto de Infração, devendo ser levado em consideração os índices de proporcionalidade em cada exercício por meio dos Relatórios Consolidados da DMA ou outro instrumento idôneo, requerendo que o lançamento fiscal caso não anulado, seja julgado procedente em parte, reduzindo o débito originalmente apurado.

Pede que o débito seja apurado conforme as regras do SimBahia, caso não seja acolhida a preliminar de nulidade.

Transcreve as faixas de tributação para empresa de pequeno porte, no período levantado e faz referência à Lei nº 7.357/98 para dizer que empresas autuadas na “operação tesouro,” do ramo de bares e restaurantes de grande porte, calculam o ICMS conforme regime de apuração em função da receita bruta, de acordo com o art. 504 e seguintes do RICMS/97 e que empresas de pequeno porte, dizendo ser o seu caso, apuram o imposto na forma prevista na mencionada Lei.

Aduz que em relação às primeiras, empresas de grande porte, a suposta omissão foi calculada mediante a aplicação do percentual de 4% ou 5% em período anterior a 31/05/05 sobre a receita. Em relação às empresas do Simbahia o suposto débito foi calculado pelo regime normal de apuração concedendo crédito de 8%. Apresenta quadros exemplificativos.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

Os autuantes apresentam informação fiscal, às fls. 95 a 103, discorrem sobre as alegações defensivas, pontuando cada item defendido, relata que a “Operação Tesouro” foi resultado de investigação policial e fiscal, devidamente acompanhada pela Procuradoria Geral do Estado e pelo Ministério Público Estadual. Foi deflagrada quando já havia quantidade suficiente de provas quanto às diversas infrações cometidas às legislações tributária e criminal.

Aduzem que é de se estranhar a ingenuidade do autuado de achar que o contribuinte assumiria o risco de ter este tipo de software em seus computadores (e muitas vezes, concomitantemente com a versão autorizada) sem nenhum motivo aparente, só para ser autuada pelo Fisco (???)

Quanto a degravação dos HD sem a presença do responsável ou procurador, aduzem que não invalida o procedimento, porque foram realizadas por técnicos da Polícia Técnica e que seguiram estritamente os procedimentos descritos na Informática Forense. Desta operação resultaram laudos técnicos que podem, a qualquer momento, comprovar a lisura dos procedimentos e discriminar os HD e seus arquivos referentes a cada empresa envolvida, a exemplo do laudo anexo ao PAF.

Em relação aos números levantados nos HD, informam que os valores levantados nos bancos de dados dos contribuintes, seguiram aos procedimentos normais de análise dos usuários dos programas encontrados. Levantou-se o movimento diário dos estabelecimentos por mês e o volume mensal após a soma dos valores diários. Não foi uma leitura aleatória.

Informam que a degravação foi o último passo da operação, não foi um fato isolado é mais uma prova que vai somar-se ao programa não certificado, às gravações de escutas telefônicas, aos

depoimentos dos funcionários e proprietários das empresas que patrocinaram as operações que motivaram a Operação Tesouro, às confissões dos próprios proprietários, a análise da documentação apreendida e que diante da abundância de provas, depoimentos e confissões ficou claro que a fraude foi consumada e que a empresa usufruiu o seu prazo estabelecido em lei para apresentar sua contestação.

Afirmam que os dados do faturamento estavam disponíveis nos computadores do autuado, se indicam faturamento antes do início das atividades, é porque as vendas iniciaram antes da concessão definitiva da inscrição estadual e que os documentos apreendidos provam que não houve falhas na apuração dos valores.

Sustentam que só o desconhecimento técnico de informática pode justificar a repetição e a insistência desta alegação. Cada HD guarda em si um número que o identifica como único e pode ser facilmente identificado a qualquer tempo. De qualquer forma, está anexo neste documento o laudo emitido pela Polícia Técnica, que acaba com todas as dúvidas pertinentes a este tópico.

Quanto ao ônus da prova, tratando-se de Direito Tributário, apresentando o Fisco provas, indícios, utilizando todos os meios possíveis e necessários, cabe, sim, ao contribuinte contestá-las.

Aduzem que os valores levantados nos banco de dados dos contribuintes, seguiram aos procedimentos normais de análise gerencial dos usuários dos programas encontrados. Levantou-se o movimento diário dos estabelecimentos por mesa e mensal, somando-se todos os valores diários. Não foi uma leitura aleatória. No item "Análise dos Documentos Apreendidos - Operação Tesouro" e nos anexos relacionados são mostrados números colhidos na documentação do contribuinte que provam, cabalmente, que a fiscalização apontou o faturamento real do autuado.

Dizem que a degravação foi um dos passos da operação. Não é um fato isolado e inconsequente. Não é correto afirmar que "o simples fato de existir um número divergente em um computador "suspeito" passou a ser prova inequívoca de sonegação,...". Dizem que é mais uma prova que vai somar-se ao programa não certificado, às gravações de escutas telefônicas, aos depoimentos dos funcionários e proprietários das empresas que patrocinaram as operações que motivaram a Operação Tesouro.

Salientam que a afirmação que "o simples fato de existir um valor no computador de um contribuinte, por si só, não prova qualquer faturamento" seria verdade se o contribuinte não estivesse utilizando programa que sabia não ser o correto, que permitia fraude no faturamento, que foi objeto de investigação policial e fiscal, que foi denunciado em depoimentos de pessoas que promoveram e lucraram com a venda deste programa e que a análise desses bancos de dados mostrou um faturamento muito superior ao apresentado à tributação, apesar dos inúmeros benefícios que o setor possui. Não eram números achados aleatoriamente. Esses números vão ao encontro dos números levantados em documentos analisados pela fiscalização, o que demonstra que não são meros números em computadores.

Aduzem que os valores contidos nos HD refletem o valor real do faturamento, não é um indício e sim é um fato. A omissão das saídas (de acordo com Operação Tesouro - Boletim para Fiscalização) era executada nos programas que permitiam a operação sem emissão do cupom fiscal. Ou seja, as vendas não eram impressas, só podem ser quantificadas utilizando a leitura dos bancos de dados que estão nos computadores. Isto é um fato e não um "raciocínio dedutivo" ou indício de fraude.

Quanto à degravação dos HD sem a presença do responsável ou procurador, não invalida o procedimento, já que foram realizadas por técnicos competentes da Polícia Técnica e que seguiram estritamente os procedimentos descritos na Informática Forense. Desta operação resultaram laudos técnicos que podem, a qualquer momento, comprovar a lisura dos procedimentos e discriminar os HD e seus arquivos referentes a cada empresa envolvida, como atesta o laudo anexo.

Ressaltam que em nenhum momento houve presunção de omissão de saídas, no presente caso, não

houve presunção, e sim, omissão de saídas comprovada por todas as provas reunidas antes, durante e depois da Operação Tesouro e que no "*modus operandis*" dos infratores, os computadores possuem a prova cabal da omissão e os valores sonegados. Não há presunção em nenhum momento.

Salientam que em se tratando de empresa optante pelo Simbahia, a exigência do imposto pelo regime normal de apuração está condicionada ao prévio desenquadramento de ofício do regime simplificado, em procedimento administrativo próprio, decidido pela autoridade administrativa competente (Inspetor Fazendário).

Frisam que não houve desenquadramento, e que o art. 408-S vigente à época, não condiciona a cobrança com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, ao desenquadramento, e sim aos tipos de infrações cometidas, e que o artigo sinaliza que a cobrança é feita a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento, e que ao analisar o inc. V do art. 408-L, deduz-se que o desenquadramento é decidido pelo Inspetor Fazendário e não seria lógico ter dois procedimentos para calcular o débito tributário.

Esclarecem que a empresa não foi autuada por usar programa não certificado, mas por utilizar-se dele para omitir receitas e que o uso de software não certificado enseja multa específica e formal, o que não ocorreu. Diz que a autuação decorreu das saídas omitidas com o uso do programa, e esta infração aplica-se a todo o período fiscalizado.

Dizem que existe impresso o que interessaria ser tributado, esta é a razão do laudo técnico anexo e da descrição dos procedimentos para executar a infração.

Salientam que o inc. IV do art. 42 da Lei 7.014/96 não admite conversão da multa de 100% para 70%.

Revelam que a legislação é clara: não há qualquer forma de exceção em relação às mercadorias que compõem a receita da empresa ou o setor em que se enquadre e que o crédito presumido (8%) é genérico, mas não é impositivo, que o contribuinte pode optar por comprovar crédito superior ao oferecido pela legislação, respaldado em notas fiscais de entradas.

Ressalte-se que o SIMBAHIA é uma opção expressa do contribuinte. Após esta opção, usufrui-se de uma série de benefícios fiscais, mas também, submete-se a uma série de deveres.

Esclarecem que o art. 408-S do RICMS/97, vigente à época, norteou o cálculo dos valores cobrados. Não se trata de cálculo de arrecadação normal, mas do cálculo de imposto de quem, apesar de utilizar-se de todas as facilidades do SIMBAHIA, correu o risco de praticar infrações consideradas graves pelo legislador. O presente auto de infração foi apenas a execução deste comando legal.

Frisam que com base nos documentos apreendidos na Operação Tesouro e após exaustivo exame, foram identificados Livros Caixa utilizados pelo contribuinte para registrar, de modo detalhado, mas informal, as operações comerciais efetivamente realizadas e que os livros não foram preparados para serem oferecidos ao fisco ou a qualquer órgão, tinham como função o controle das receitas e, principalmente, das despesas do empreendimento.

Dizem que os mencionados Livros Caixa apresentam o detalhamento das despesas e receitas, sendo consignado na parte superior na última folha de cada mês o valor total das vendas, valor esse transportado do Sistema Colibri.

Aduzem que as planilhas apontam os valores de vendas constantes do Sistema Colibri e os valores de vendas apontados no Livro Caixa, relaciona o valor total das despesas do mês para verificar a consonância entre os valores e que para facilitar o exame das informações é apontada a página do Livro Caixa de onde foram extraídos os valores, sendo que as cópias dos mencionados livros Caixa estão apensados para consubstanciar as alegações ora efetuadas.

Esclarecem que as despesas lançadas no Livro Caixa são compatíveis com as receitas constantes nos mencionados livros e incompatíveis com a receita declarada pelo Autuado na DME e utilizada para o cálculo do imposto a ser pago, o que demonstra a omissão de receita do contribuinte.

Para exame da consistência dos referidos lançamentos foi elaborada uma outra planilha "Demonstrativo Despesas X Recolhimento" que relaciona os valores lançados no Livro Caixa referente ao ICMS e INSS - GPS e efetivamente recolhidos conforme cópia das Guias e "Relação de DAE", também anexados à presente informação fiscal.

Informam que mediante análise das planilhas e dos documentos arrolados permite-se constatar que os valores identificados na fiscalização e objeto da autuação são consistentes e pertinentes, com base nos levantamentos e controles efetuados pelo próprio contribuinte, cujas fontes de informação em documentos (Livro Caixa), e em meio magnético (HD), só puderam ser arrecadados em razão do elemento surpresa utilizado na Operação Tesouro.

Concluem solicitando a manutenção do Auto de Infração.

Em manifestação às fls. 360 a 377, o autuado diz que o crédito tributário supostamente sonegado somente será definitivamente constituído após o processo administrativo fiscal com julgamento isento e técnico deste CONSEF.

Repetindo o que foi dito na defesa, diz que o problema da tal “operação tesouro” é que considerou um mero indício como prova cabal de sonegação e condenou previamente, aqueles que são apenas investigados.

Reproduz as alegações defensivas, argumenta mais uma vez que no presente caso, não houve prova cabal da utilização do programa para fins de sonegação.

Discorre sobre a falta de segurança pela probabilidade de perda ou troca do material apreendido e equipamentos envolvidos em sacos plásticos, retirados dos estabelecimentos das dezenas de contribuintes investigados e que os sacos se rompiam e eram amontoados nas caçambas das viaturas policiais e na delegacia.

Aduz que em seguida os computadores eram encaminhados para uma “perícia”, a fim de que fossem degradados os dados contidos no disco rígido HD, não havendo segurança de que o HD analisado era efetivamente da empresa (e não de outra empresa investigada), tampouco de que os dados apresentados no processo são efetivamente aqueles contidos no computador.

Argumenta que recebeu um auto de infração e um CD contendo uma série de planilhas elaboradas no *Microsoft Excel*, cujos dados seriam, supostamente originários do seu computador, porque tais valores “originários” do seu computador são incompatíveis com a sua realidade.

Diz que a prova de que os dados degradados originaram do seu computador, não é o CD contendo as planilhas elaboradas com supostos dados do computador, defende que a prova é, no mínimo, o espelho do HD, que deveria ter sido entregue ao contribuinte e juntado aos autos do processo administrativo, e que isso não ocorreu.

Acrescenta que o Termo de Entrega de Arquivos Eletrônicos (fl. 104) não faz prova de que os dados utilizados pertencem ao HD da empresa.

Diz que o Termo comprova apenas que a equipe fiscal entregou um HD à Polícia Técnica. Logicamente, para iniciar os trabalhos, a Polícia Técnica identifica cada HD mediante Hash do arquivo, relacionando-o à equipe de fiscalização que o entregou e ao contribuinte informado pela própria equipe de fiscalização.

Aduz que se houvesse uma troca acidental de computadores e a equipe fiscal remetesse involuntariamente um HD do contribuinte X, informando que se trata do contribuinte Y, a Polícia Técnica lavraria o mesmo Termo, relacionando a equipe, o HD e o nome do contribuinte Y.

Entende que o Termo não comprova absolutamente nada a respeito da relação entre o conteúdo do disco e o proprietário do computador.

A verdade é que a impugnante não reconhece os números apresentados pela fiscalização. O HD degradado, ao que parece, não lhe pertence e os valores constantes dos “demonstrativos” são irreais.

Considerando a insegurança do lançamento fiscal, diz que o Auto de Infração deve ser julgado nulo, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF.

Diz que foi utilizado de um roteiro de auditoria não autorizado por lei, porque os dados degravados do computador do contribuinte ainda que fossem verdadeiros não são suficientes, por si só, para respaldar o lançamento fiscal, nos termos da Lei nº 7.014/96, diz que as presunções de omissão de receitas autorizadas pela Lei nº 7.014/96, não há hipótese relacionada com dados obtidos em computador do contribuinte.

Defende que dados de computador não são receitas e HD de computador não é livro fiscal.

Pede licença para descrever dissertação de mestrado de preposto fiscal da SEFAZ, sugere e enumera os roteiros de fiscalização que no seu entender deveriam ter sido aplicado pela fiscalização.

Diz que outra opção não há senão anular o Auto de Infração, para que seja realizada uma efetiva fiscalização no estabelecimento, reitera, assim, o seu pedido de nulidade do lançamento fiscal.

Repete os mesmos argumentos de defesa em relação à sua condição de Empresa do Simbahia, reitera as citações do Acórdão JJF nº 0327-04/02, e JJF nº 0383-03/07, da Portaria 53/2005, da Lei 7.014/96, para dizer que não houve fraude. E pede a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração

Do mesmo modo traz os mesmos argumentos da impugnação pedindo redução da multa aplicada, bem como para que seja aplicada a proporcionalidade da referida IN 56/07, em razão de suas mercadorias comercializadas, pede mais uma vez revisão fiscal.

Os autuantes prestam nova informação fiscal, às fls. 395 a 418, dizendo que o autuado repete em sua manifestação os mesmos argumentos de sua defesa, citando por exemplo os itens 6 a 9 de sua primeira peça.

Arguem que pelo seu relato o autuado acompanhou todos os desdobramentos da operação tesouro, e que recebeu cópia de todo material também recebido pelo autuado de forma organizada.

Os itens 12 e 13 são repetições dos argumentos contidos na peça de defesa, informam que o autuado tenta convencer a todos que o cenário caótico impediria a investigação e o levantamento dos dados apresentados.

Pontuam que, limitando-se aos fatos, os documentos foram disponibilizados organizados e a comparação dos arquivos presentes nos computadores com os materiais colhidos, prova que ambos são do autuado identificado com a inscrição estadual nº 35.882.365, e que o faturamento independe de auditoria fiscal, porque os sistemas constantes dos computadores apreendidos já fornecem porque a leitura é direta.

Frisam o desconhecimento técnico do autuado, esclarecem que diversas são as formas de apresentar dados constantes nos HD, o espelho do HD seria uma, mas é desnecessária, porque o espelho seria necessariamente outro HD com conteúdo exatamente igual ao do contribuinte. Afirmam que os dados importantes estão no CD, são os bancos de dados do sistema “colibri” utilizado para levantar a omissão de receita.

Chamam a atenção que o autuado pode a qualquer tempo solicitar o acesso ao seu HD e comprovar se procedem suas desconfianças.

Citam o Termo de Entrega de Arquivos Eletrônicos à fl. 105, declara que o Departamento de Polícia Técnica do Estado da Bahia procedeu a cópia e a autenticação dos discos rígidos encontrados nos microcomputadores apreendidos nas dependências do estabelecimento do autuado e que relaciona os computadores por número de equipe da DECECAP que procedeu a apreensão dos computadores, onde cada número de equipe refere-se a uma empresa e que os computadores receberam números de identificação nos próprios estabelecimentos das empresas envolvidas na operação.

Querem deixar claro que as equipes que realizaram a apreensão dos computadores e dos documentos pertencem aos quadros da polícia civil e não da fiscalização como afirmou o autuado e que foram identificados os HD individualmente vinculando a cada computador correspondente.

Citam que nos itens 21 a 23 o autuado também repete as alegações defensivas.

Frisam que o banco de dados encontrado representa o real faturamento do autuado, fato confirmado com a comparação dos totais apurados no banco de dados com os valores constatados no livro caixa encontrado com a documentação, não se tratando de presunção alguma como alegou o autuado, e que a infração de omissão de receitas está configurada.

Transcrevem o art. 225 do Código Civil que diz que “as reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte contra quem foram exibidos não lhes impugnar a exatidão.”

Aduzem que os roteiros de fiscalização transcritos pelo autuado foge do escopo do presente processo.

Afirmam que não houve desenquadramento prévio para cobrança do imposto pelo Simbahia, mas que o raciocínio do autuado está correto tratando-se de desenquadramento, mas que não houve.

Declaram que a inteligência do art. 408-S vigente à época, não condiciona a cobrança com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, ao desenquadramento, e sim aos tipos de infrações cometidas. Dizem que o artigo sinaliza a partir de quando pode ser possível executar esta cobrança, ou seja, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento e que esta interpretação parece ser a mais correta, principalmente ao analisar o inciso V do art. 408-L, deduz-se que o desenquadramento é decidido pelo Inspetor Fazendário e não seria lógico ter dois procedimentos para calcular o débito tributário (com desenquadramento ou sem desenquadramento dependente da decisão de uma autoridade). Neste caso, seria correto afirmar que haveria uma grande insegurança jurídica.

Os Autuantes entendem que não há nos artigos 408-L e art. 408S nenhuma lesão ao devido processo legal ou ao princípio da legalidade, e que não existe, ainda, a obrigatoriedade de seguir decisões pretéritas. Existe, sim, a certeza que a melhor decisão será tomada por este Colendo Conselho.

Relembrem que as empresas que aderiram ao SIMBAHIA apenas apresentam o livro caixa e que o mesmo não foi apresentado pela empresa, apesar de intimada, sendo impossível a análise contábil, empresa não foi autuada por usar programa não certificado, mas por utilizar-se dele para omitir receitas. O uso de software não certificado enseja multa específica e formal, o que não ocorreu. A autuação decorreu das saídas omitidas com o uso do programa, e esta infração aplica-se a todo o período fiscalizado e que o banco de dados foi gerado pelo aplicativo e revela, com detalhes, toda a movimentação da empresa no período apontado, tornando-se prova incontestável, porque foi oferecido pelo próprio autuado.

Frisam que no presente caso não há como se conceder a proporcionalidade porque não há previsão legal.

Ressaltam que o autuado reconhece a legitimidade do Livro Caixa nos itens 52 e 53. Aduzem que o Livro Caixa não foi escriturado para apresentar ao fisco, daí não possuir o rigor a que estão submetidos os livros e documentos com esta finalidade, sendo uma prova inequívoca da omissão de receita, reforçando os valores levantados no sistema “Colibri” e no Livro Caixa, demonstrando a validade de ambos meios de prova para o levantamento da receita real. São provas complementares e não excludentes. Enfatizam que pela falta de rigor na escrituração do Livro Caixa e por apresentar valores mais benéficos ao autuado, optou-se pelos valores apresentados pelo sistema, e que em nenhum momento houve a afirmação de infalibilidade da gravação do HD.

Dizem que no período alegado que os valores não foram achados no sistema, provavelmente tenha sido período de manutenção do equipamento, ou sistema, mas o que interessa são os meses que foram apresentados os números da receita, que houve benefício ao autuado.

Lembram que a fraude foi cometida em meio digital, sem nenhum documento ou livro fiscal, que pudesse identificá-la, e que não houve mescla de dados como afirma o autuado e que os valores lançados são todos do sistema Colibri, considerados pela fiscalização como a verdadeira receita do contribuinte, já que detalha o seu movimento dia-a-dia em longo período de funcionamento.

Concluem pedindo a manutenção do Auto de Infração.

O processo foi convertido em diligência, à fl. 424, para que a INFAZ de origem cientificasse o contribuinte e entregasse cópia do laudo do exame pericial, reabrindo o prazo de defesa de 30 dias.

O autuado apresenta manifestação à fl. 432, aduz que o laudo pericial carreado aos autos comprova a nulidade do lançamento de ofício, dizendo que o aplicativo ensejador da fraude somente foi instalado em 05 de fevereiro de 2007, enquanto o Auto de Infração exige uma suposta omissão de receita do período de dezembro de 2004 a dezembro de 2006, por isso entende que não há qualquer segurança na acusação fiscal.

Argumenta que não houve sonegação, entende que a autuação decorreu de resultado de erro de captação e análise do banco de dados do aplicativo ou de uma possível troca com o HD de outra empresa.

Esclarece que a referência do arquivo BREVENDAS.DBF na pasta "C:\ COL2000, refere ao sistema Colibri Windows com cópias originais de instalação, que é copiado para o HD do computador por questão de segurança. Apresenta em seguida diversos esclarecimentos técnicos sobre os procedimentos de instalação e uso do seu aplicativo.

Assevera que o laudo pericial fornecido pelo ICAP é inconclusivo, pois sequer aponta quais as versões do aplicativo que estavam ativas nos computadores do autuado, não permitindo extrair a conclusão se eram ou não homologadas.

Garante que a venda de mercadoria estava sempre condicionada à emissão de Nota Fiscal D -1.

Prossegue elaborando à seguinte quesitação:

- a) Qual o local de uso dos computadores denominados "Maq01" quando foi confiscado?
- b) Qual a real versão em uso do Colibri?
 - b.1) Qual a versão existente/gravada no hardlock, no. de série?
- c) Qual a data mais antiga e mais atual contida no banco de dados relativo às vendas do contribuinte?
- d) Qual a data mais antiga e mais atual contida no banco de dados relativo às vendas do contribuinte?
- e) Foi identificada a arquitetura de fraude no estabelecimento do autuado, citada no dossiê elaborado pela INFIP?
- f) Em caso positivo, descrever detalhadamente como estava montada tal arquitetura da fraude.
- g) Foi encontrado o "chaveador" referido no dossiê da "arquitetura de fraude"?
- h) Como se chegou aos valores mensais de faturamento? Neste caso, fornecer a memória completa.
- i) Quais eram os aplicativos fiscais homologados pela SEFAZ antes da edição da Portaria nº 53/2005, de 20.01.2005?
- j) Quando da degravação dos HD havia algum preposto do autuado presente?

Reitera o seu pedido de revisão fiscal, levando-se em consideração os índices de proporcionalidade

em cada exercício fiscalizado, bem como apurando-se o débito pelas regras do SIMBAHIA.

Conclui pedindo a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes prestam informação fiscal, às fls. 444 e 445, dizendo que o autuado utiliza o Sistema Colibri em data anterior à apontada na questão 9, possível confusão entre a data da última versão instalada (atualização do software) com a data de instalação. Indicam como sendo elementos que podem dirimir tal questão os documentos às fls. 287 a 294, que demonstram a utilização do Sistema Colibri em data anterior. Acrescenta que devem ser considerados os relatórios anexados retirados no sistema INC que trata do ECF detalhado e relativo a relação de aplicativos obtidos a partir da GEAFI – Gerência de Automação Fiscal, que comprova a presença dos aplicativos COLIBRI DOS e COLIBRI MILENNIUM ASSOCIADOS AO ECF autorizados.

Enfatizam que o autuado pode e deve apontar de forma objetiva quais as inconsistências que diz existirem nos dados apurados através do HD.

Concluem dizendo que o autuado pode elaborar e apresentar com base nos documentos e livros fiscais, além de outros elementos de prova, demonstrativo relativo a cada período autuado, indicando os valores e percentuais das operações de saídas isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, para efeito de exames pelos autuantes.

O autuado apresenta manifestação, às fls. 456 a 459, transcreve os termos da informação fiscal, às fls. 444 a 445, diz que discorda da suposta confusão entre “data da última versão instalada e data de instalação” alegada pelos autuantes. Alega que a pergunta se refere a data de instalação do software e data em que ocorreram eventuais alterações. Sustenta que ambos os sistemas, Colibri DOS e o Colibri Windows, foram instalados em 05 de fevereiro de 2007, não havendo a confusão sugerida pelos autuantes.

Frisa que os documentos anexados às fls. 287 a 294 citados pelos autuantes não se referem a todo o período autuado e que o uso do Colibri em período anterior a 2007 não faz prova de nada, porque a acusação não é o uso do Colibri, mas o uso em suas versões não-homologadas. Diz que é necessário que a perícia técnica demonstre quais versões foram utilizadas antes de 2007, se eram homologadas ou não.

Quanto à questão da proporcionalidade, aduz que já está elaborando demonstrativo relativo a cada período, indicando os percentuais de saídas de mercadorias isentas, não tributáveis ou sujeitas à substituição tributária, para tanto pede um prazo de 30 dias.

Conclui reiterando o seu pedido de nulidade ou de improcedência do Auto de Infração.

O autuado em nova manifestação, à fl. 465, apresenta demonstrativo, segundo ele, relativo às mercadorias isentas, não tributáveis ou sujeitas à substituição tributária, às fls. 466 e 467.

Os autuantes, apresentam informação, às fls. 484 e 485, aduzem que foram identificados à luz do livro Registro de Entradas e Notas Fiscais correspondentes, o cometimento de erros na confecção das planilhas do autuado, além das mesmas não apresentarem o coeficiente da participação nas aquisições de mercadorias e serviços, relativos aos produtos tributados, sendo encontrado divergências nos meses de fevereiro e outubro de 2005 e março de 2006.

O autuado apresenta manifestação, à fl. 488, dizendo que em atendimento a intimação dos autuantes, junta novo demonstrativo, devidamente retificado, o qual apresenta os percentuais de saídas de mercadorias isentas, não tributáveis ou sujeitas à substituição tributária.

Os componentes da 5ª. Junta de Julgamento Fiscal, suscitaram proporcionalidade e deliberaram por converter o processo em diligência, à fl. 507, a fim de que os autuantes tomando por base as planilhas que apuraram os reais percentuais de proporcionalidade das mercadorias isentas, substituídas, não tributadas e das tributadas, elaborar novos demonstrativos semelhantes aos que embasaram à autuação, às fls. 10 a 12, aplicar o percentual do índice de proporcionalidade encontrado das mercadorias tributadas, determinar a nova base de cálculo e apurar o imposto

efetivamente devido. Devendo em seguida elaborar o demonstrativo de débito correspondente.

Os autuantes, às fls. 512, prestam informação fiscal em relação à conclusão da diligência, dizendo que elaboraram novas planilhas com base nos percentuais de proporcionalidade, além de novo demonstrativo de débito, com cópia a ser remetida ao autuado.

O autuado apresenta manifestação à diligência fiscal, às fls. 521 à 524, dizendo que inobstante discordar da legalidade da autuação fiscal, vem manifestar sua concordância em relação aos percentuais excluídos da base de cálculo da exação cobrada.

Salienta que o novo demonstrativo de débito apresentado pelos autuantes ainda merece reparos, uma vez que foi aplicada uma alíquota de 17% no cálculo do ICMS que não corresponde à realidade da autuada.

Argumenta que em se tratando de empresa optante pelo SIMBAHIA, devem ser aplicados os percentuais previstos no art. 7º da Lei nº 7.357/98, conforme redação vigente à época dos fatos geradores, e não a alíquota de 17% com crédito presumido de 8%. Entende que essa forma de cálculo prejudica as empresas menores do SIMBAHIA, que são autuadas em valores superiores aos grandes contribuintes, que inegavelmente têm o direito à alíquota de 4% ou 5% dependendo da época do fato gerador.

Solicita, caso não seja julgado nulo o lançamento fiscal, que o processo seja novamente baixado em diligência, a fim de que o Demonstrativo de Débito seja corrigido, desta vez apurando-se o tributo supostamente devido pelas regras do SIMBAHIA, ou seja, aplicando-se os percentuais previstos no art. 7º da Lei 7.357/98, conforme redação vigente à época dos fatos geradores. Ou, sucessivamente, em respeito ao princípio da justiça fiscal, seja recalculado o imposto, aplicando-se a alíquota do regime de apuração em função da receita bruta, 5% ou 4%.

Conclui reiterando o seu pedido pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes prestam informação fiscal, à manifestação, às fls. 528, registram que em sua última manifestação à fl. 522, o autuado concorda com os últimos demonstrativos apresentados. Complementam dizendo que em se tratando de empresa optante pelo SIMBAHIA e que incorreu na prática de infrações de natureza grave, como no caso em tela, a Lei 7.357/98 estabelece que o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos, determinando que deverá ser utilizado crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais. E que a mencionada lei continha o método de apuração dos débitos nos casos de penalidades consideradas graves.

Conclui pedindo pela manutenção do Auto de Infração.

VOTO

De início, o sujeito passivo suscitou preliminar de nulidade com a alegação de que teve apreendidos os seus computadores e que os valores contidos nos HD (Hard Disks) foram degradados sem a presença do seu responsável legal ou do seu procurador, e que tais valores apurados com a degravação serviram de base para encontrar a omissão de saídas que fundamentou a autuação, dizendo que com esse procedimento teve cerceado seu direito à ampla defesa e do contraditório. Não acolho a preliminar de nulidade suscitada, visto que a omissão de saída apurada decorreu do resultado de ampla investigação policial e fiscal, devidamente acompanhada pela Procuradoria Geral do Estado e pelo Ministério Público Estadual, cuja degravação do HD do computador do contribuinte fora realizada por peritos da polícia técnica, os valores das omissões de saídas foram apurados tomando por base, também, as anotações contidas em fluxos de caixa elaborado pelo autuado com valores apurados guardando correlação com os registros contidos no citado HD degradado, cujos valores não foram registrados no livro caixa que estava obrigado a escriturar, na forma prevista na Lei 7.014/96. O contribuinte afirmou ter tomado conhecimento da investigação,

apenas não concordou com o seu resultado. Entretanto não trouxe aos autos documento fiscal para provar o pagamento do imposto do faturamento objeto da autuação.

As diligências solicitadas atinentes ao pleito de aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, foram atendidas, tendo o contribuinte concordado com o seu resultado.

O contribuinte apresentou manifestação às fls. 432 a 439 alegou que o aplicativo fora instalado em 05/02/2007, que por este motivo não se pode justificar uma omissão de receitas de um período anterior à sua data de instalação.

Verifiquei que o “auto de exibição e apreensão dos equipamentos e dos documentos” foi lavrado pelo departamento de crimes contra o patrimônio, no dia 02 de outubro de 2007, após a data de instalação descrita no mencionado laudo, contudo o contribuinte não observou no conjunto dos fatos registrados no laudo, que além da citada informação, os arquivos que realizavam vendas (venda.exe) sofreram modificações desde 01/08/2003, demonstrando o uso do software pelo contribuinte, bem antes do período levantado, cujos valores de vendas foram fornecidos à fiscalização pela perícia, em CD à fl.38 e documentos às fls. 285 a 294, tendo o contribuinte deles recebido cópias.

Quanto a quesitação formulada às fls. 438 e 439 objetivando o seu encaminhamento aos peritos do ICAP, não acolho tal pretensão, posto que a quesitação feita pela SEFAZ aos referidos peritos, o sujeito passivo tomou conhecimento, dela e dos seus efeitos decorrentes se defendeu e apresentou manifestações, e obteve esclarecimentos sobre as dúvidas suscitadas, consoante demonstrado acima.

Ademais, as respostas a tais indagações estão contidas no bojo das provas colacionadas nos autos, a exemplo dos esclarecimentos no próprio laudo pericial, das informações fiscais, do CD e dos documentos juntados, dos quais o sujeito passivo recebeu cópias e se pronunciou, demonstrando amplo conhecimento dos fatos arrolados.

Portanto, o Auto de Infração foi lavrado em atendimento às formalidades legais e encontra-se revestido de todos os pressupostos de validação do processo. Foram observadas as exigências regulamentares, notadamente o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99. Não houve imprecisão do lançamento de ofício lavrado pelos autuantes que caracterizasse cerceamento do direito de defesa ou agressão a qualquer princípio de Direito Tributário.

No mérito a autuação se deu tomando por base os valores encontrados no banco de dados consignados no HD degradado do computador do contribuinte, bem como, no livro Caixa apreendido com registros de valores constando o seu real faturamento, em comparação com os valores registrados no Livro Caixa encontrado com a documentação regular exibida à fiscalização, visto que nas investigações revelaram que as versões não-certificadas do *software* “Colibri”, também chamadas pelos vendedores de *software* de versões não-homologadas, que disponibilizam ao usuário menu de configuração que permite desativar o ECF, possibilitando que numa 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.

A alegação de que os valores contidos no computador somam faturamentos da matriz e filial e que houve falha na análise do seu HD, porque nunca usou o aplicativo “Colibri” para a prática de ilícito fiscal, não tem qualquer fundamento, ao contrário do que arguiu o contribuinte, no “Boletim para a Fiscalização” fornecido pela SEFAZ/SAT/INFIP “Operação Tesouro” ficou demonstrado na investigação, o uso do aplicativo “Colibri” no estabelecimento do sujeito passivo com a Inscrição Estadual nº 35.882.365, em se tratando de contribuinte optante do Simbahia, a escrituração do Livro Caixa é autônoma, e nestes casos, cada estabelecimento está obrigado a realizar a escrituração do Livro Caixa, independentemente de se tratar de matriz e filial. Ademais, o contribuinte não trouxe aos autos a comprovação dessa escrituração, bem como de que houve falha na análise do seu HD.

Ficou demonstrado, ainda, que não se trata presunção, consoante alegou o sujeito passivo, a autuação se deu fundamentada nos valores reais de faturamento oferecidos à fiscalização decorrentes do processo de investigação.

Observa-se que no período apurado o contribuinte encontrava-se inscrito junto ao Estado na condição de Empresa de Pequeno Porte, optante do SimBahia, nessa condição, obrigatoriamente, teria de escriturar em seu Livro Caixa, o seu real faturamento, o que não ocorreu.

Desta forma, não obstante o direito do autuado de pagar o ICMS pelo regime de tributação do SIMBAHIA, e restando caracterizada a infração imputada ao autuado, embora o estabelecimento fosse optante pelo citado regime de apuração, porém, por ter incorrido na situação prevista no inciso VII do artigo 408- L do RICMS/97, o débito foi calculado corretamente pelo regime normal com a concessão do crédito presumido de 8% sobre a receita omitida, consoante § 1º, do artigo 408 – S, do referido Regulamento.

Quanto à solicitação no sentido de se excluir da base de cálculo do ICMS lançado, os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, saliento que este pedido não pode ser atendido, posto que, a Instrução Normativa nº 56/2007 só admite que seja adotado tal procedimento quando apurada omissão de saídas presumidas, nos termos do § 3º do art. 2º do Regulamento do ICMS/97, com matriz no § 4º da Lei nº 7.014/96. No presente caso, ficou demonstrado, que não se trata presunção, a autuação se deu fundamentada nos valores reais de faturamento oferecidos à fiscalização decorrentes do processo de investigação, consoante relatado.

Diante de tudo que fora exposto, restou demonstrado que está correto o procedimento fiscal que lançou de ofício o crédito tributário, decorrente de apuração de 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. Infração subsistente.

Quanto a multa aplicada está correta a fiscalização, o crédito tributário refere-se à descumprimento de obrigação principal e a multa aplicada, no caso demonstrado de fraude, quando se constatar qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente na Lei 7.014/96, é a de 100% e não admitindo citada lei a sua conversão. (Art. 42, inciso IV, alínea “j” da referida Lei).

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206837.0036/07-7**, lavrado contra **CREVETTES COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$73.199,23**, acrescido da multa de 100%, prevista no artigo 42, IV, alínea “j” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de agosto de 2011

RUBENS MUITINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR