

A. I. N° - 118973.1815/07-0
AUTUADO - BELLA BRASA RESTAURANTE LTDA.
AUTUANTES - THILDO DOS SANTOS GAMA e EZILBERTO DE BRITO MOITINHO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET 14.12.2011

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0308-05/11

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. Retificado os valores exigidos no exercício de 2006, por conta de Auto de Infração anteriormente lavrado, o que diminui o valor originariamente exigido. Rejeitadas às preliminares suscitadas. Negado o pedido de perícia. Infração elidida em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 20/12/2007, exige ICMS no valor de R\$224.781,97, através da seguinte infração:

“Descumpriu obrigação tributária principal se constatando ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei: a) supressão de tributo mediante utilização de software que permite o usuário a desativação do ECF, possibilitando que uma operação de venda seja registrada em seu banco de dados (HD) 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 (HD) foi degradado, obtendo-se o faturamento real do contribuinte; b) omissão de receita, a partir do levantamento da receita total existente no HD (Arquivo Magnético) dos computadores da empresa apreendidos pela ocasião da Operação Tesouro, conforme Auto de Exibição e Apreensão do Departamento de Crimes Contra o Patrimônio – DCCP, apurado também através das máquinas de ECF, fraude detectada através da inteligência fiscal, onde mostrou no programa Colibri, uma arquitetura de fraude fiscal, constatando uma bifurcação entre os CPUs fiscal e não fiscal, utilização de software (aplicativo) diverso ao homologado pela SEFAZ. Todo material foi resgatado através de um mandado de busca e apreensão do Poder Judiciário, expedido pelo Exmo. Sr. Juiz de Direito. Valor Histórico: R\$224.781,97 – Multa de 100%”.

Na fl. 62, a Procuradoria Geral do Estado autorizou a inscrição do crédito tributário em Dívida Ativa, de acordo com o art. 113 do RPAF, Decreto nº 7.629/99, com alterações introduzidas pelo Decreto nº 8.866/2004, estando em consonância nos termos do art. 31-A, I, da Lei nº 8.207/2002, com redação introduzida pela Lei Complementar nº 19/2003, para: *“opinar no processo administrativo fiscal, procedendo ao controle de legalidade, inclusive com vistas à inscrição na dívida ativa estadual”.*

Em 03/12/2008, a empresa fora intimada via correio com prazo de 05 (cinco) dias para pagar o crédito tributário acrescido da taxa de prestação de serviço na área do Poder Judiciário e os honorários advocatícios, “não encontrando o executado sejam arrestados bens suficientes para garantir a dívida, conforme o inciso II, do art. 7º, da LEF, requer que se proceda conforme preceituado nos arts. 7º, IV e V, §2º, 13 e 14 da Lei nº 6.830/1980. “(fl. 63)

No encaminhamento do processo em tela através do DCCP – Departamento de Crimes Contra o Patrimônio o advogado da empresa entra com requerimento *“Processo de Expediente Administrativo”*, onde requer a juntada do instrumento de representação, fl. 73.

O autuado apresentou defesa administrativa, fls. 77/92, inicialmente suscita a reabertura de instância, perante o E. Conselho Estadual Fazendário (CONSEF), haja vista a existência de vício na intimação.

Informou que naquela data, o contribuinte não mais funcionava no endereço “*Alameda Praia do Camboriu, Lt. Alameda da Praia, n.º 108, Salvador Bahia, CEP 41.600-250*” e o respectivo aviso de recebimento (AR) foi assinado pela Sra. Edna Tania Nobrega - datada em 17/06/2008 - pessoa esta estranha ao quadro social e funcional, tanto na época do suposto recebimento (vide o Cadastro geral de empregados e Desempregados — CAGED anexo), bem como no período anterior, em que a empresa funcionou no citado endereço. De mais a mais, é pessoa absolutamente desconhecida pelo contribuinte.

Disse que a mudança de endereço foi formalmente informada à SEFAZ, quando da paralisação das atividades por parte do contribuinte, tem-se por inválida e absolutamente ineficaz a intimação.

Alegou que após essa tentativa de intimação por via postal, não se fez mais nenhuma outro, quer seja por via postal ou mesmo editalícia, vê-se, por certo, que a intimação da reabertura do prazo de 30 (trinta) dias para a apresentação de defesa não fora validamente realizada até 02 de junho de 2009 (terça-feira), data em que o autuado, por procurador regularmente constituído, compareceu aos autos e tomou ciência da mencionada reabertura de prazo para defesa.

Ao contabilizar o prazo no dia 02/07/2009, alega novamente que tal data é feriado estadual, onde não houve expediente nesse orgão fazendário, além disso, por força do Decreto Estadual nº 11.575/2009, publicado no DOE de 09 de junho de 2009 (cópia anexa), foi suspenso o expediente de todo o Poder Executivo Estadual em 03 de julho de 2009 (art. 1.º), de sorte que o termo final do prazo foi prorrogado para 06/07/2009 (segunda-feira), assim é demonstrada a tempestividade da presente defesa administrativa.

Aponta irregularidade da ação fiscal que culminou com a lavratura do Auto de Infração tombado sob o n.º 118973.1815/07-0: “*I) obtenção de documentos junto a empresa diversa da contribuinte fiscalizada; II) ausência de mandado de extração de conteúdo dos hardwares apreendidos; III) extração de dados sem a presença do representante legal da contribuinte*”. Assim, o Auto de Infração resultou da ação fiscal empreendida pari passu à ação policial realizada em setembro/outubro de 2007, denominada de “Operação Tesouro”.

Asseverou que a operação policial tinha por objetivo a apuração de indícios de materialidade e de autoria acerca da suposta prática de crimes tipificados nos arts. 1º e 2º da Lei Federal nº 8.137/90 — crime de sonegação fiscal e, com base em mandado de busca e apreensão expedido pelo MM. Juízo da 1ª Vara Especializada Criminal da Comarca de Salvador, em 02/10/2007, dirigiram-se a unidade policial e a fiscalização ao seguinte endereço: “*Alameda Praia Camboriú, nº 198, Loteamento Alameda da Praia, Stella Mares, Salvador/BA*”, e fizeram a apreensão de 3 (três) Emissorres de Cupom Fiscais – ECFc das marcas BEMATECH de série nºs BE0105SC56999511048, 2499050935038 e 2499050935049; 1 (um) Emissor de comanda BEMATECH modelo MP-2100TH nº de série 9300050400163; 3 (três) CPUs: uma com a etiqueta ASUS-LABORINFO nº 010346 com drives de CD SAMSUNG e diquete lacre 0693480, a segunda de marca LOGIN nº de série 86430 e a última CPU de marca DR HANK na cor preta nº de série CX-3467-XMRB; e outros documentos indicados no Auto de Exibição e Apreensão.

Aduz que ao se efetuar a extração de conteúdo apreendido à míngua de permissão judicial e respectivo mandado nesse sentido — a Administração Fazendária efetuou o lançamento respeitante a crédito tributário oriundo de ICMS, materializado no Auto de Infração tombado sob o número em tela, **lavrado em 28/12/2007**.

Diz que a ação fiscal padeceu de vícios que a acoimaram de invalidade, assim como ao lançamento tributário dela resultante. Aponta as irregularidades acima descritas, e reitera que examinou cada uma das alegações descritas anteriormente, primeiro quanto à obtenção de documentos junto à empresa diversa do contribuinte, pois a operação policial e a diligência de busca e apreensão foram realizadas quando o contribuinte não mais estava em operação e no

endereço em que não mais funcionava, comprova-se através de documentos anexos, sobretudo o comprovante de baixa da inscrição do contribuinte no cadastro nacional da pessoa jurídica, a empresa encerrou formalmente suas atividades em 17/08/2007.

Salientou que a rigor, desde 20/06/2007 já não mais operava no endereço em que se deu a busca e apreensão dos equipamentos e documentos (Alameda Praia Camboriú, nº 198, Loteamento Alameda da Praia, Stella Mares, Salvador/BA). Com efeito, nesta data, Bella Brasa Restaurante e Pizzaria Ltda, celebrou contrato de compra e venda de estabelecimento empresarial com o Sr. Francisco Edmilson da Silva, transferindo-lhe todo o mobiliário e equipamentos, respeitante à atividade de restaurante por ela exercida, operação realizada em 02/10/2007, no endereço em que não mais operava a empresa contribuinte, mas a firma individual de Francisco Edmilson da Silva - ME.

Assim, tal circunstância era sabida por parte da fiscalização, eis que, quando do procedimento de baixa junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil, o contribuinte teve de informar essa mesma circunstância aos demais órgãos fazendários. Somente não foi possível proceder à baixa junto à Secretaria Estadual de Fazenda por conta da existência de um débito, materializado no Auto de Infração tombado sob o nº 206956.0005/07-3, atualmente em parcelamento, conforme será abordado mais adiante.

Verificou que a diligência de busca e apreensão foi realizada em empresa diversa da indicada no respectivo mandado e, o que é pior, o lançamento foi feito com base em dados e informações obtidos junto a contribuinte diverso do indicado na ordem judicial, vícios que contaminam a prova colhida na ação fiscal e, consequentemente, o lançamento efetuado com base nela.

Alega a ausência de Mandado de Extração de conteúdo dos hardwares apreendidos. Aponta a falta de autorização expressa para que sejam procedidas a extração e degravação do conteúdo de tais equipamentos, sem isso a prova se encontra viciada. À míngua de tal determinação judicial expressa, a diligência de degravação, reprodução ou qualquer outra forma de acesso ao conteúdo dos equipamentos (*hardwares*), o ato é inquinado de invalidade, que reverbera sobre o lançamento tributário efetuado com fulcro em tais informações.

Ressalta também que a extração de dados ocorreu sem a presença do representante legal do contribuinte. É necessária que a degravação do conteúdo do equipamento se dê com a presença, sob pena de violação ao contraditório e ao devido processo legal, pois tal extração dos supostos dados se deu à revelia do contribuinte, circunstância esta que vicia em absoluto a prova colhida na ação fiscal e, por consectário lógico, do lançamento tributário efetuado com base nessas informações.

Apontou a inexistência da comprovação de ocultação de fato gerador por intermédio de utilização do *software* “Colibri”. A administração da SEFAZ partiu do pressuposto de que a utilização do *software* denominado “Colibri” dar-se-ia pelo contribuinte autuado — e por outras empresas do ramo de restaurantes também fiscalizadas — e com intuito fraudulento. Dito de outro modo, segundo constou da exposição de motivos do Auto de Infração e do relatório feito pela Superintendencia de Administração Tributária — SAT/Inspeção de Investigação e Pesquisa — INFIP, a utilização do sistema pelo contribuinte estaria ocorrendo com o intuito de ocultar a ocorrência de parte do fato gerador, mas inexiste qualquer comprovação no sentido de que o sistema tenha sido utilizado de modo fraudulento e que o relatório de fls. 12/15 é absolutamente inconclusivo e frágil nesse particular, sem produzir prova robusta no sentido de que o *software* era utilizado pela contribuinte de forma a ocultar a ocorrência de fato gerador, como o próprio relatório apontou:

“[o] software Colibri, investigado na Operação Tesouro é largamente utilizado em todo o Brasil por estabelecimentos fornecedores de alimentação e bebida, tais como restaurantes, pizzarias lanchonetes, bares e boates.

Além de ser um software de gestão, o Colibri também é um aplicativo fiscal, ou seja, deve enviar comandos aos software básico do ECF (equipamento utilizado na automação comercial dotado de dispositivos de controle fiscal)” (fl. 12).

Informou também que a utilização desse *software* é absolutamente regular e legal. Incumbe, portanto, ao fisco, a comprovação inequívoca de fraude.

Assevera a insubstância da base de cálculo apurada; fiscalização e lançamento de ofício em revisão anteriormente efetuado por intermédio de informações fornecidas por instituições financeiras administradoras de cartão de crédito (Auto de Infração nº 206956.0005/07-3) com apuração de valores assaz inferiores aos obtidos na lavratura do Auto de Infração nº 118973.1815/07-0.

Diz que em “*maio de 2007, o contribuinte, Bella Brasa Restaurante Ltda ME, sofreu fiscalização empreendida pela Secretaria Estadual da Fazenda, a fim de que se efetuasse o lançamento em revisão de ICMS. Foi fiscalizado o período compreendido entre março e dezembro de 2006. Essa ação fiscal redundou na lavratura do Auto de Infração tombado sob o n.º 206956.0005/07-3. Infere-se, portanto, que, em relação ao Auto de Infração ora em discussão (tombado sob o n.º 118973.1815/07-0) — que, como visto, abrange setembro/2005 a junho/2007, com exceção de fevereiro de 2006 — há uma coincidência de períodos fiscalizados e lançados*”, apurou-se como débito, já acrescido da multa no importe de 70%, o valor de R\$ 57.648,57 (cinquenta e sete mil seiscentos e quarenta e oito reais e cinquenta e sete centavos). Neste montante compreende-se, ousssim, multa decorrente da emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal, tal multa no importe total de R\$6.474,67 (seis mil quatrocentos e setenta e quatro reais e sessenta e sete centavos), crédito tributário objeto de parcelamento feito pelo contribuinte, que se encontra em curso e rigorosamente em dia.

Reportou ainda que o método utilizado pela fiscalização *foi o de obtenção de informações econômico-fiscais diretamente junto a empresas administradoras de cartão de crédito, na forma prevista na Lei Complementar nº 105/2001*”. Reafirmou que, em uma análise comparativa das bases de cálculo apuradas nas duas ações fiscais, uma supostamente por meio de informações constantes de *hardware*, ora impugnada, outra, por intermédio de informações de vendas a débito e a crédito, obtidas diretamente das empresas administradoras de cartões de crédito — já denota a flagrante discrepância, a denunciar a fragilidade dos elementos de prova para a base de cálculo indicada no lançamento ora objurgado, o que se demonstra através do quadro abaixo:

COMPETÊNCIA	BASE DE CÁLCULO APURADA PELO AI N.º 118973.1815/07-0 (INFORMAÇÕES DE HARDWARE) (R\$)	BASE DE CÁLCULO APURADA PELO AI N.º 206956.0005/07-3 (INFORMAÇÕES FORNECIDAS POR ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO) (R\$)	DIFERENÇA (R\$)
31/03/2006	54.251,70	10.184,94	44.066,76
30/04/2006	62.439,64	8.107,41	54.332,23
31/05/2006	53.362,82	1.339,94	52.022,88
30/06/2006	48.219,41	13.252,17	34.967,24
31/07/2006	62.780,11	17.669,17	45.110,94
31/08/2006	65.006,76	15.888,94	49.117,82
30/09/2006	61.580,58	19.145,70	42.434,88
31/10/2006	67.220,00	26.313,76	40.906,24
30/11/2006	79.296,76	30.806,76	48.490,00
31/12/2006	79.342,82	27.101,64	52.241,18

Defende que o método de fiscalização por meio da obtenção de dados junto às instituições financeiras de cartão de crédito/débito é dos mais eficazes, para a verificação de fatos geradores, e que ao examinar o quadro comparativo pode reconhecer ser crível, provável ou razoável que as diferenças de base de cálculo (a rigor, volume de operações), acima detectadas, decorram de operações realizadas em dinheiro (em espécie) ou mesmo cheques - caso o estabelecimento os recebesse. As divergências são, no mínimo, de 157%, (novembro de 2006).

Pede a necessária dedução, caso se mantenha a autuação ora impugnada. Com efeito, consoante se depreende do exame detido do Auto de Infração ora atacado, a autoridade lançadora não cuidou de promover a dedução no valor do imposto a pagar respeitante ao período acima indicado, objeto do Auto de Infração tombado sob o nº 206956.0005/07-3 e que se encontra em parcelamento regularmente adimplente.

Apontou a aplicação indevida da alíquota de 17% e a sujeição à alíquota de 3%, pois se encontra submetida ao Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, previsto para as micro e pequenas empresas, na esteira do que faz a legislação federal (“SIMPLES”) seguindo imposição da própria constituição (art. 146 da CF/88). A lei estadual disciplina para a microempresa o pagamento de valores fixos segundo faixas pré-determinadas dentro das quais se enquadre à respectiva receita bruta do contribuinte (art. 7º, inciso I, da Lei Estadual nº 7.357 de 04 de novembro de 1998). Para as empresas de pequeno porte, o cálculo se faz através da incidência de percentual sobre a receita bruta, variável segundo o volume desta.

Citou a regra do art. 7º, inciso II, da Lei Estadual nº 7.357 de 04 de novembro de 1998 e destacou que “*considerando as bases apuradas pela fiscalização quando da realização do lançamento ora impugnado, apresenta uma receita bruta anual superior a R\$ 540.000,00 (quinhentos e quarenta mil reais) e inferior a R\$720.000,00 (setecentos e vinte mil reais), deveria ser aplicada a alíquota de 3% (três por cento)*” e conforme o que se infere ao Auto de Infração, a receita bruta anual, para o exercício de 2006, por exemplo, ficou em R\$ 704.490,30 (setecentos e quatro mil quatrocentos e noventa reais e trinta centavos).

Sucede que o agente autuador, após apurar essa base de cálculo, aplicou a alíquota de 17% (dezessete por cento), e o regime de contribuintes que não estão submetidos ao SimBahia.

Transcreveu os arts. 20 a 23 da Lei Estadual nº 7.357, de 04 de novembro de 1998, quanto ao regime de exclusão. Cita ainda no RICMS (Decreto Estadual nº 6.284/1997), nos arts. 408-L e 915, incisos III, IV, e V, alíneas *a* e *c*, também regulamenta as situações de desligamento do SimBahia.

Registrhou que o RICMS é claro ao exigir deliberação do Inspetor Fazendário para que se possa, legalmente, aplicar ao contribuinte submetido ao SimBahia, o regime comum de tributação do ICMS. No caso concreto, entremes, essa deliberação não houve, quer expressa, quer tacitamente. Ao invés de aplicar a alíquota no importe de 3% (três por cento), aplicou-se a alíquota de 17% (dezessete por cento).

Declarou que, a não efetuação da dedução prevista no art. 8º da Lei Estadual nº 7.357/98, em função da admissão e manutenção de mais de 5 (cindo) empregados, a fiscalização não percebeu que deixou de observar um benefício fiscal, previsto na legislação que disciplina o SimBahia, conforme se determina o dispositivo citado.

Apontou a ausência de aplicação da redução de 8% (oito por cento) respeitante ao crédito presumido dos contribuintes optantes pelo SimBahia (art. 19, § 1º, da Lei Estadual nº 7.357/98). Aduz também que o art. 15, a rigor, trata das hipóteses de perda do direito ao tratamento do tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS — SimBahia. Noutros termos, mesmo o contribuinte que for desenquadrado do regime especial do SimBahia, tem direito à aplicação da redução de 8% (oito por cento) respeitante ao crédito fiscal, em substituição a qualquer outro: “*requer a produção de todos os meios de prova, em especial a juntada dos documentos que acompanham a presente defesa, em fotocópias não autenticadas, razão por que, de logo, pugna pela concessão de prazo para a conferência com os originais, acaso restem impugnadas quanto à forma e quanto ao conteúdo. Reserva-se, outrossim, o direito de juntar outros documentos em contraprova*”, com também seja realizada perícia contábil, justificando-se sua necessidade (art. 145 do RPAF) em função das alegações ora trazidas, dentre elas as de insubsistência dos valores apontados como base imponível para o lançamento tributário, a aplicação indevida da alíquota de 17% em vez e 3%, a inexistência de realização da dedução de 8% (oito por cento) respeitante ao crédito presumido e a inexistência de dedução do montante do tributo a pagar pela manutenção de empregados. Formulou os seguintes quesitos, se reservando ao direito de formular novos:

- 1) *Queira o ilustre perito informar se do confronto entre as bases apuradas no Auto de Infração tombado sob o n.º 118973.1815/07-0 e os valores de base de cálculos encontrados no Auto de Infração tombado sob o n.º 206956.0005/07-3, apura-se diferença. Qual a razão dessa diferença?*
- 2) *Queira o i. perito informar se foi efetuada a dedução de 8% (oito por cento) respeitante ao crédito presumido previsto no § 1º do art. 19 da lei estadual nº 7.357/98?*

- 3) Queira o i. perito informar se foi efetuada a dedução prevista em lei concernente à admissão manutenção de empregados regulares?

Em 17 de agosto de 2009, fl. 419, o Procurador do Estado encaminhou ao CONSEF os autos, para adoção das providências de estilo, no sentido que se analise a petição de fls. 77/92 dos autos, uma vez que, tratando-se de defesa aparentemente intempestiva (fl. 58), compete ao órgão preparador o expresso indeferimento da inconformidade manejada pelo autuado, conforme o art. 10, §2º, do RPAF, submetendo a impugnação do arquivamento ao presidente do CONSEF.

Nas fls. 431/433, o auditor fiscal Valtercio Serpa Júnior juntamente com a presidente do CONSEF emitiu parecer dando provimento à aceitação da peça defensiva, devendo a administração tributária ter o cuidado e a cautela, caso necessite, realizar qualquer contato ou comunicação com a empresa ou no endereço indicado no pedido de baixa da inscrição estadual, na pessoa de seus sócios ou de seus advogados legalmente constituídos.

Em manifestação, fls. 440/444, o sujeito passivo volta a fazer as mesmas alegações quanto ao lançamento impugnado com base em informações supostamente obtidas junto a *hardwares* que pertenciam ao contribuinte, apreendidos em local em que não mais funcionava. Tais equipamentos foram submetidos à perícia pelo Departamento de Polícia Técnica da Polícia Civil do Estado da Bahia, cujo laudo o contribuinte somente teve acesso tempos depois da elaboração e apresentação da defesa, que será apreciada por esse colegiado. Configurada a hipótese prevista no art. 123, § 5º, inciso II, por se tratar de documento superveniente, que revelou fatos absolutamente favoráveis ao contribuinte.

Também contou que um documento superveniente, elaborado pelo Departamento de Polícia Técnica da Polícia Civil do Estado da Bahia — Instituto Afrânio Peixoto — nos autos do Inquérito Policial nº 2007 026608 01, que ora junta aos autos (**doc. anexo**) no lídimo intuito de comprovar que o único elemento probatório em que se calcou a fiscalização para realização do lançamento tributário, cuja decretação de invalidação se persegue, é absolutamente frágil e inservível.

Trata-se de exame pericial solicitado pela Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública — DECECAP sobre os *hardwares* apreendidos na “Operação Tesouro” e atribuídos à empresa contribuinte, a fim de se comprovar que o *software* instalado nas máquinas, efetivamente, serviria à fraude tributária; isto é, serviria para ocultar da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, operações tributáveis realizadas pelo restaurante.

Descreve a metodologia empregada e inicia seus argumentos, por relevante, pela resposta dada ao quesito 4 do laudo pericial, cuja resposta foi NÃO; ou seja, o MDC é um aplicativo que permite, no sistema COLIBRI, a desativação da impressora fiscal? Desse modo, os dois quesitos subsequentes (5 e 6) - se o aplicativo MDC poderia ser utilizado no modo treinamento e se, neste caso, permitia que uma operação de venda ou prestação de serviço seja registrada no banco de dados sem a emissão do correspondente cupom fiscal - restaram prejudicados.

Fora isto, os peritos foram bastante precisos nas respostas dos quesitos 7 a 9 e observou que no quesito 8: “A(s) versão(ões) do aplicativo COLIBRI encontrada(s) no(s) HD(s) do equipamento questionado possuem menu de configuração que permite desativar o ECF (Emissor de Cupom Fiscal)”. Em resposta, os peritos indicam que “[a] versão Windows encontrada (6.00) permite desativar o Emissor de Cupom Fiscal e registrar as respectivas operações comerciais”.

Registre-se que a pergunta diz respeito ao aplicativo COLIBRI, ao passo em que a resposta diz respeito ao sistema Windows - que, como é cediço por qualquer pessoa que opera computadores, permite desativar hardwares e acessórios (“trabalhar off line”).

Registrhou que “[a] versão Windows encontrada (6.00) permite desativar o Emissor de Cupom Fiscal e registrar as respectivas operações comerciais” não significa dizer que a autora se valeu desse mecanismo para se furtar ao pagamento do tributo eventualmente devido. Dito de outro modo, o fato de o sistema utilizado em larga escala, por restaurantes baianos, permitir a operação

com desativação do Emissor de Cupom Fiscal (ECF), não implica dizer que o contribuinte se tenha valido desse recurso. Há de se fazer prova robusta da efetiva ocorrência do fato gerador.

Destacou que *“De fora parte isso, observe, excelência, que, conforme constatou o laudo pericial, o programa colibri foi instalado nas máquinas 02 e 03 apenas em 13/02/2007, ao passo em que, na máquina 01, a instalação somente ocorreu em 14/09/2007. Ressalte-se que a operação de busca e apreensão ocorreu em 02 de outubro de 2007, para apurar fatos geradores ocorridos entre setembro de 2005 e junho de 2007. Ora, dito de outro modo, em duas máquinas os programas somente foram instalados nos últimos cinco meses do período fiscalizado e, na outra máquina, a instalação foi três meses depois do período fiscalizado. Como poderia o programa encontrado servir para ocultar fato gerador ocorrido muito antes de sua instalação, e consequentemente já registrado no sistema fazendário?”.*

Aduz que o exame pericial vem a corroborar o absurdo que encerra o Auto de Infração tombado sob o n.º 118973.1815/07-0. Utilizou-se como elemento de prova do fato gerador o simples fato de o sistema operacional encontrado em *hardwares* apreendidos em estabelecimento que não mais pertencia ao contribuinte permitir operar desconectado da impressora fiscal (emissor do cupom fiscal). Por mais essa razão, cumpre acolher a defesa apresentada para invalidar o Auto de Infração impugnado.

A procuradora assistente do SECON (Dra. Maria Olívia T. de Almeida), emite Parecer para que seja determinado o recebimento da defesa, uma vez que constatada a invalidade das intimações endereçadas ao interessado, bem como o prosseguimento do feito em seus termos ulteriores. Conforme decidido pelo CONSEF, a defesa deve ser recebida, e deverá ser cancelada a inscrição em dívida ativa, em todos os seus atos anteriores, de sorte que, a impugnação do contribuinte mereça ser levada a julgamento.

Em nova manifestação, fls. 454, o autuado requereu que *“...faz-se imperioso promover o cancelamento da inscrição em dívida ativa e extinção da correlata execução fiscal, por força do art. 201 do CTN e art. 199, inciso II, do COTEB...”*. Nas fls. 486/489 juntou cópia da Exceção de Pré-executividade na Execução Fiscal nº 0007639-42.2009.805.0001 (Auto de Infração nº 118973.1815/07-0).

Foram anexados aos autos a petição da ação de Exceção de Pré-Executividade, fls. 459 a 484, bem como de fls. 486 a 489.

Na informação fiscal, fls. 492/503, quanto à obtenção de documentos junto à empresa diversa do contribuinte fiscalizado, os autuantes ratificam que o Termo de Apreensão expedido pelo DPT-BA deixa claro e seguro que os equipamentos encontrados e apreendidos nas dependências pertencem à empresa. Mais, os procedimentos adotados relacionam os CPUs por número *“de equipe da DECECAP que procedeu a apreensão dos computadores”*, onde cada numero de equipe refere-se a uma empresa. Ou seja, ainda nos estabelecimento das empresas envolvidas na operação, os computadores receberam números que identificam a empresa, distinguindo-se os computadores de outros contribuintes alvo da Operação Tesouro.

Também deixam claro, que as equipes que realizaram a apreensão dos computadores e documentos pertenciam aos quadros da Polícia Civil e não do fisco estadual. Ressaltam que a Operação Tesouro, pelos procedimentos adotados, dificilmente incorreria em erros grosseiros como troca de computadores. Além disso, identificam os HDs individualmente, unindo a cada computador o HD correspondente.

Asseveram que o objetivo de desqualificar o trabalho técnico desenvolvido pela polícia civil, nas apreensões e na análise dos CPUs, não vingou, pois se houve erros, que o autuado aponte com dados técnicos e consistentes e não em conjecturas e suposições sem fundamento. Entende ser natural a atitude do autuado, pois caso o mesmo reconhecesse os números apresentados pela fiscalização, seria equivalente a uma confissão expressa e reconhecimento do débito, como não pode contestar os números apresentados, atacou os procedimentos, sem sucesso.

Esclarecem que não tem consistência a afirmação de que o contribuinte não mais operava no endereço, inclusive o Contrato de Venda e Compra Comercial anexado, fls. 19 a 21, da peça de defesa que fora apresentada ao PAF, fl. 77, jamais foi encaminhado, protocolado e registrado na SEFAZ, com os consequente desdobramentos legais. Diz mais, se efetivamente houve a mudança referenciada, jamais foi oficializada junto a SEFAZ, implicando no cometimento de irregularidade (vide histórico do contribuinte junto aos sistemas internos da SEFAZ). Por fim, consideram que não há elementos que evidencia possível falha nos procedimentos adotados.

Quanto à ausência de mandado de extração de conteúdo dos *hardwares* apreendidos, sustentam que a Operação Tesouro é reflexo de ações conjuntas por parte de diferentes órgãos públicos, planejados, com amparo legal e autorização judicial, tendo inclusive o monitoramento dos envolvidos e alvo da operação. Tais elementos já foram apontados no PAF, naquilo que foi considerado necessário para configurar o cometimento de práticas ilícitas, pois foram identificados e sistematizados, um conjunto de informações e evidências, sustentadas por procedimentos investigatórios, configurando fraude por parte do autuado.

Estes elementos levaram ao Mandado de Busca e Apreensão expedido pela Bela. Ivone Bessa Ramos. O desdobramento natural da operação era o exame dos documentos e equipamentos apreendidos, com adoção de procedimentos técnicos respaldados na legislação. Os demonstrativos acostados no CD-ROM apensados ao PAF, cujos dados foram obtidos e disponibilizados pela Polícia Técnica, mediante laudo com descrição dos procedimentos adotados, foi de conhecimento do autuado.

Ressaltam que a autuação é fruto de uma operação policial com acompanhamento da Procuradoria e da Promotoria Estadual, em que inúmeras provas foram coletadas com ordem judicial, pessoas foram presas e confessaram a prática que originou este Auto de Infração, além das provas encontradas nos computadores. Dizem que as provas constantes demonstram no PAF o cometimento do ilícito tributário, como “*fundamento para imputação fiscal*” e, que o CD é um retrato do HDs do contribuinte, (conforme laudo anexo da Policia Técnica), que é a prova possível do ilícito, porque praticada e existente em meios de armazenamento magnéticos.

Afirmam que a imputação fiscal decorre da omissão de receitas decorrente desta fraude, que originalmente está em meio magnético e por esta razão, fora apresentada em um CD, que é plenamente conhecido pelo autuado, por tratar-se de parte do HD do seu computador. Nesse caso, o computador (hardware + software), são os meios utilizados para o cometimento do ilícito e são os melhores meios de prova.

Consideram que não é sustentável a afirmação de que se faz necessário a autorização expressa para extração dos dados, pois está evidenciado nas provas cabais de cometimento de fraude fiscal e a autorização judicial subsidia a realização dos procedimentos de exame e análise dos equipamentos e documentos apreendidos.

Na alegação de que não teve a presença de representante legal do autuado na extração de dados, são diversas as formas de apresentar os dados constantes nos HDs, e afirmam que o espelho do HD seria uma, sendo desnecessário porque o espelho seria outro HD com conteúdo exatamente igual ao do contribuinte, e os dados importantes estão no CD, que são os bancos de dados do sistema Colibri utilizados para levantar a omissão da receita.

Prosseguem afirmando que uma análise técnica superficial poderia identificar os arquivos de banco de dados selecionados pela fiscalização, comprovando que realmente pertencem ao computador da empresa e constantes também do CD entregue.

Dizem também, que o autuado, a qualquer momento, pode solicitar o acesso ao “espelho” do seu HD e comprovar se realmente procedem as suas desconfianças. Repetem mais uma vez, que os dados contidos nos arquivos examinados, juntamente com a documentação da empresa, não deixam dúvidas da procedência da autuação.

Reiteram que não podem considerar que os “*dados de mídia eletrônica*”, sem autenticação, podem ser facilmente substituídos ou regravados, influenciando diretamente nos dados ali

constantes. Salientam que a cópia do HD é feita e esta é mantida incólume, sendo certificada por procedimentos e programas específicos para esta finalidade, tornando qualquer alteração em seus dados impossível. Cada HD possui um número de identificação, o que torna a sua identificação e sua relação com cada empresa única.

Reafirmam que todos os cuidados foram levados em consideração pela Policia Técnica, de modo que a ausência do contribuinte, na perícia dos equipamentos apreendidos, impede ou dificulta a verificação da veracidade dos dados obtidos. Ressaltam que a extração das informações, não maculou ou resultou em qualquer alteração dos equipamentos apreendidos e que foram devolvidos intactos ao autuado.

Quanto à inexistência de comprovação de ocultação de fato gerador, por intermédio de utilização do software “Colibri” perguntam: “*qual o objetivo da “rede intrincada” montada para fraude senão o de alimentar o sistema que realmente registrava as saídas, sem, no entanto, disponibilizá-lo para o fisco?*” Conclui-se que o cerne da questão é a existência do aplicativo, que não era homologado, com todas as movimentações de vendas do contribuinte, sendo este a prova cabal da fraude.

Acrescentam que ao utilizar o pensamento inverso, inquire-se: “*qual a razão de existir o computador do autuado um software não homologado, contendo movimentação completa com listagem de produtos que realmente eram vendidos pela empresa, seus respectivos valores unitários e totais de venda por mesa, por dia, por mês ou até por ano?*” Esclarece que a sua existência é uma prova em si, completa, robusta e indelével, pois os meandros utilizados são importantes, todavia secundários.

Diante disto o banco de dados não deixa qualquer dúvida de representar, realmente, o faturamento da empresa, sendo um fato confirmado com a comparação dos totais encontrados no banco de dados, com os valores descritos no livro-caixa informal, logo não há presunção alguma, pois são valores fornecidos pelo próprio sistema, utilizado pelo autuado, e omitido da tributação em sua quase totalidade. Desta forma, a infração de omissão de receitas está plenamente configurada. Citam o art. 255 do Código Civil e prescrevem o art. 332 do CPC para delinear os seus argumentos e ratificar que não procedem os argumentos da defesa, pois há elementos cabais que demonstram a utilização de software, não homologado, que permitia a desabilitação do ECF, assim, com os dados obtidos do banco de dados.

A alegação da insubsistência da base de cálculo apurada, em razão de ignorar os valores apurados em fiscalização anterior, foi objeto de correção nas novas planilhas apensadas ao PAF, das quais o autuado receberá cópias, para o exame e anuência. Deste modo, corrigem os valores que serviram de base de cálculo da autuação.

Quanto à aplicação indevida da alíquota de 17% e a não efetuação da dedução relativa a geração e manutenção de empregos abordado pelo autuado, sustentam a improcedência desse argumento por entender que o contribuinte ignorou o disposto na Lei do SimBahia que aponta para casos de apuração de receita maior do que a declarada, cabe a tributação pelo regime normal de apuração, prevendo ainda a concessão do crédito fiscal, sendo concedido 8% (oito por cento) de crédito presumido conforme a legislação. No entanto, o cometimento de fraudes comprovados imputou ao contribuinte, a perda do benefício previsto para os inscritos no SimBahia passando as operações comerciais realizadas a serem tributadas como normal.

Outrossim, na segunda peça da defesa, fls. 440/444, o autuado pede a nulidade do Auto de Infração ao tecer interpretações e considerações ao laudo pericial, quando achuriou algumas partes relativas às respostas nos quesitos 4, 7, 8 e 9, e sustenta o pedido de inconsistência e nulidade do auto de infração.

“*Indagação 4 – sobre a existência do software MDC nos computadores apreendidos;*
“*Indagação 7 – se o aplicativo estava instalado e qual a versão;*
“*Indagação 8 – se a versão instalada permitia a desativação do ECF;*
“*Indagação 9 – data da instalação do software e versão;*”

Em resposta à segunda peça defensiva, os autuantes dizem que na quarta indagação – não é considerado pertinente a pergunta, pois o software MDC, semelhante ao Colibri permitia a não ativação do ECF, ensejando a prática de fraude e o envolvimento de software é decorrente do fato de que outras empresas objeto da Operação Tesouro utilizam para tal situação de desativação.

Na indagação seguinte (sétima), destacam que a resposta constante no laudo pericial reforça e reafirma a procedência da autuação e da Operação Tesouro, pois nos equipamento apreendidos foram identificados a existência do software Colibri. O sujeito passivo mostra desconhecimento elementares de informática e mesmo de informações presentes no PAF. Esclarecem ainda que o sistema Colibri possuía duas versões (DOS e WINDOWS), sendo identificados em alguns contribuintes investigados durante a operação a versão DOS, em outros a versão Windows, e em alguns casos a utilização de ambas as versões, que não são homologadas pela SEFAZ, portanto irregulares por permitir a desativação do ECF.

Na indagação 8, dizem que ficou claro e demonstrado que a versão instalada nos equipamentos apreendidos permitia a desativação do ECF.

Na última, indagação 9, salientam que o perito se referiu à versão instalada que é 6.0 e a data de instalação, apontando a respectiva data para cada um dos equipamentos apreendidos, em diferentes versões com pequenas alterações. O autuado interpretou e quer confundir a data de instalação da versão 6.0 como sendo essa data do software Colibri. No entanto o autuante deixa claro que a distinção entre a instalação de versão e a instalação do programa e esclarece que os bancos de dados gerados pelo sistema Colibri, obtidos nas máquinas apreendidas demonstra a existência do sistema e sua utilização desde o mês de set/2005.

Assim, o trabalho realizado pela Polícia Técnica não deixa dúvidas pelas técnicas de análise dos equipamentos e o espelhamento produzido contidos nos CPUs e o ECF, especialmente no banco de dados gerados pelo sistema Colibri, o que permitiu identificar as operações comerciais realizadas.

Destacam que a qualidade e a segurança dos procedimentos adotados permitiram a devolução dos equipamentos ao autuado, sem comprometimento da prova material e cabal da fraude, oportunizando, ainda ao contribuinte, o acesso aos meios utilizados para identificação e comprovação da fraude, com isso, não é pertinente às alegações da defesa.

Pedem o encaminhamento de cópia da presente informação fiscal com as 4 (quatro) planilhas revisadas que tratam de valores identificados na Operação Tesouro, fruto da utilização fraudulenta do software Colibri, nos anos de 2005, 2006 e 2007, além do novo demonstrativo de débito, fl. 507, no qual o ICMS exigido passou a ser no valor de R\$ 222.658,68.

O sujeito passivo foi devidamente cientificado da informação fiscal, com recebimento das novas planilhas, e na terceira manifestação, fls. 514/527, suscita novamente a irregularidade da ação fiscal, que culminou com a lavratura do Auto de Infração tombado sob o nº 118973.1815/07-0, pois volta a dizer que a ação fiscal padeceu de vícios que a acoimaram de invalidade.

Destacou que não é “*por outra razão que esse próprio CONSEF reabriu a instância administrativa considerando inválida a notificação encaminhada para local em que não mais funcionava a empresa contribuinte, mas uma outra empresa diferente*”.

Diz em relação à ausência de mandado de extração de conteúdo dos *hardwares* apreendidos é totalmente insubstancial o equipamento aprendido que pertencia à outra empresa que não a do autuado, neste caso, Francisco Edmilson da Silva — ME, consoante Contrato de Compra e Venda firmado em 20/06/2007, e requer que as considerações do Fisco não seja acolhidas.

Quanto à extração de dados sem a presença do representante legal da contribuinte, além de alegar os mesmo argumentos da inicial, mudando somente com relação aos dados que o agente autuante cedeu, no caso constante ao CD, alegou que os dados não estão contidos na mídia, pois as informações fornecidas à época são dados referentes ao treinamento de funcionários.

Na inexistência de comprovação de ocultação de fato gerador por intermédio de utilização do software “Colibri”, citou os mesmo argumentos só destacando o seguinte: “...*cumpre registrar que o auditor, em sua manifestação, alude à existência de um livro-caixa apreendido. sucede que, em relação a esta contribuinte, nenhum outro documento foi apreendido; não há livro caixa informal (tal como afirmado pelo auditor) encontrado com a documentação*”.

Quanto a insubistência da base de cálculo apurada pela fiscalização e lançamento de ofício em revisão anteriormente efetuado por intermédio de informações fornecidas por instituições financeiras administradoras de cartão de crédito (Auto de Infração nº 206956.0005/07-3) com apuração de valores assaz inferiores aos obtidos na lavratura do Auto de Infração nº 118973.1815/07-0, acrescentou que o auditor afirmou “*a procedência do pedido e também alegado ter promovido as deduções, verifica-se por meio do simples exame das planilhas que acompanharam a informação fiscal que as bases por ele indicadas conflitam inteiramente com aquelas indicadas no Auto de Infração tombado sob o nº 118973.1815/07-0, ora impugnado*” e que “*utilizou base de cálculo como sendo do Auto de Infração ora objurgada absolutamente estranha aos presentes autos*” e disse mais que bastava “*verificar a planilha de fl. 505, bem como a planilha de fl. 507. Não à toa a diferença de tributo apurada ao final não chegou a R\$3.000,00 (três mil reais)*”. Junta novamente tabela de valores da inicial.

Aduz que o auditor acolheu parte do argumento, no entanto se equivocou profundamente ao proceder os cálculos, e requer que seja determinado o refazimento dos mesmos utilizando a base de cálculo indicada na defesa inicial.

Ratificou todos os argumentos expendidos em sua defesa, concernentes a este ponto, máxime quanto à circunstância de as bases de cálculo encontradas em fiscalização anterior o terem sido por intermédio de quebra de sigilo de dados de cartão de crédito, o que indica elemento de prova muito mais próximo do real do que o apontado pelo fisco no lançamento ora atacado.

Nas considerações da acerca do laudo de exame pericial, descrita na informação fiscal, realizado pelo departamento de polícia técnica da polícia civil do estado da Bahia nos hardwares apreendidos na operação que culminou com a lavratura do Auto de Infração tombado sob o nº 118973.1815/07-0, reitera os mesmo argumentos, destacando em particular que a informação fiscal “*não logra êxito em afastar a afirmação técnica, e, mais do que isso, tentou menosprezar a informação como irrelevante para o deslinde da matéria. Isso, a rigor, não procede, pois o MDC foi justamente o aplicativo investigado*”.

Ressalta que, conforme constatou o laudo pericial, o programa COLIBRI foi instalado nas máquinas 02 e 03 apenas em 13/02/2007, ao passo em que, na máquina 01, a instalação somente ocorreu em 14/09/2007, ao passo que, na máquina 01 a instalação somente ocorreu em 14/09/2007. Ressalte-se que a operação de busca e apreensão ocorreu em 02 de outubro de 2007, para apurar fatos geradores ocorridos entre setembro de 2005 e junho de 2007. Afirma que em duas máquinas os programas somente foram instalados nos últimos cinco meses do período fiscalizado e na outra máquina a instalação foi tres meses depois do período fiscalizado. Questiona como poderia o programa encontrado servir para ocultar fato gerador ocorrido muito antes de sua instalação e, consequentemente já registrado no sistema fazendário.

Na segunda informação fiscal, fl. 531, após análise do pronunciamento do autuado, conforme a nova peça defensiva, constante nas fls. 514 a 527, onde são tecidas considerações acerca da informação fiscal prestada em 18 de abril, os autuantes verificaram a pertinência parcial de alguns valores constantes nas planilhas anteriormente elaboradas e presentes no quadro comparativo constante de fl. 519 do PAF, sendo gerado uma nova planilha para o ano de 2006 e um novo demonstrativo de débito, no valor de R\$ 209.073,85.

O sujeito passivo intimado da informação fiscal, da qual recebeu cópia, vem aos autos e ratifica todos os argumentos expendidos quanto à invalidade e/ou improcedência do auto de infração em lide. Pede que sejam feitas as correções com as devidas deduções da base de cálculo, de sorte a reduzir o valor do auto de infração, sob pena de incorrer em bi-tributação, conforme já explicado na defesa, sem prejuízo de todos os demais argumentos já lançados.

Retificou a base de cálculo como segue:

COMPETÊNCIA	BASE DE CÁLCULO APURADA PELO AI N.º 118973.1815/07-0 (INFORMAÇÕES DE HARDWARE) (R\$)	BASE DE CÁLCULO APURADA PELO AI N.º 206956.0005/07-3 (INFORMAÇÕES FORNECIDAS POR ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO) (R\$)	DIFERENÇA REAL (R\$)	DIFERENÇA APONTADA PELO AUDITOR NA SEGUNDA INFORMAÇÃO FISCAL (R\$)
31/03/2006	54.251,70	10.184,94	44.066,76	47.323,94
31/07/2006	62.780,11	17.669,17	45.110,94	51.871,18
31/12/2006	79.342,82	27.101,64	52.241,18	62.683,41

Novamente os autuantes trazem a informação fiscal, fl. 544, e ratificam o seu entendimento, pois o contribuinte não acrescentou novos elementos para análise, mas questionou pontualmente a base de cálculo de três meses, relativos ao ano de 2006 (março; julho e dezembro).

Esclarecem que o autuado ignorou as explicações presentes nas duas informações fiscais anteriores e especialmente na última (ver fl. 533), as observações constantes na planilha do ano de 2006, que explicam a origem da divergência dos valores de base de cálculo e que detalham as alterações dos valores de base de cálculo dos mencionados meses. Afirmam que não procede a solicitação da autuação pela revisão dos valores relativos aos meses de 2006 acima mencionados.

VOTO

Inicialmente nego o pedido de perícia formulado pela defendant, haja vista que as questões suscitadas pelo autuado foram devidamente respondidas pelos autuantes, e a matéria em lide não necessita de conhecimentos técnicos especializados além dos que possuem os auditores fiscais desta Secretaria de Fazenda. Ao lado disso, encontra-se nos autos Laudo do Inquérito Policial nº 2007 026608 01, elaborado pelo Departamento de Polícia Técnica da Policia Civil do Estado da Bahia, Instituto Afrânio Peixoto, elaborado quando da Operação Tesouro, e que identificou nos equipamentos apreendidos a existência do Software Colibri. Aplico o art. 147, II, "b" do RFPAF, Decreto nº 7.629/99, pois em vista das provas produzidas a perícia fiscal é desnecessária.

Trata-se de Processo Administrativo Fiscal, no qual está sendo contestada de forma veemente a sua validade, sob a arguição de algumas hipóteses de cerceamento de defesa, e de infração ao princípio do contraditório, tais como que, o autuado não presenciou a degravações do HDs, nem que as informações coletadas refiram-se, especificamente, aos seus computadores, o que passamos a examinar.

Os computadores foram apreendidos por ocasião da Operação Tesouro, conforme Auto de Exibição e Apreensão do Departamento de Crimes contra o Patrimônio – DCCP, apurado também através das máquinas de ECF – Equipamento Emissor de Cupom Fiscal. Todo o material foi resgatado através de um Mandado de Busca e Apreensão do Poder Judiciário, cuja cópia encontra-se na fl. 16, expedida pela Bela. Dra. Ivone Bessa Ramos, juiza de direito Titular da 1ª Vara Especializada Criminal, a pedido do Ministério Público. A Busca e Apreensão foi executadas pela Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, conforme documento juntado às fls. 17/18.

O defendant é o detentor dos arquivos existentes nos seus HDs, e a degravação dos valores apurados nos HDs apreendidos foi efetuada com qualidade e segurança nos procedimentos, de modo a permitir que não houvesse comprometimento da prova material, e oportunizado ao contribuinte o acesso aos meios utilizados para identificação e comprovação da acusação fiscal. Ademais, os demonstrativos que foram gravados no CD, cópia juntada, foram fornecidos ao autuado, consoante o recibo, além de cópias dos demonstrativos de vendas. Deste modo, mesmo não tendo participado da degravação dos HDs, o impugnante, sendo detentor dos mesmos, poderia juntar provas quanto às possíveis divergências, entre os valores apontados pela fiscalização, e o registrado no programa aplicativo, instalado nos seus computadores. Assim, rejeito as preliminares de falta de segurança bem como de cerceamento de defesa.

Ressalto que nos autos contém a informação de que os chamados “documentos eletrônicos”, no caso os HDs, por conter declarações ou forma de registro das operações da empresa, foram degravados com cuidados especiais, de forma que as informações neles contidas não fossem prejudicadas, por meio de método de segurança que permitiu ao contribuinte eventual conferência, pois dos HDs foram efetuadas cópias em CD, relativo ao banco de dados do sistema COLIBRI, utilizados para a omissão de receitas, conforme acusação fiscal. Outrossim, a Policia Técnica cercou-se de cuidados, quando por ordem judicial os computadores tiveram de ser devolvidos ao contribuinte, ficando retidos apenas os discos rígidos, e foi aplicada a seguinte metodologia, segundo Laudo, fl. 424 do PAF: “*para realizar os exames, utilizou-se a técnica de duplicação pericial (cópias bit a bit) das mídias de prova (pelas questionadas), o que garante a preservação do conteúdo original, através do bloqueador de escritas FastBlock 2.0 e o software Encase versão 5.04 da Guidance Software. Foram criados os arquivos de evidências (cópias idênticas) das unidades de armazenamento de dados examinadas – os discos rígidos dos microcomputadores supramencionados. Estes arquivos de evidências, suas restaurações e dados recuperados foram armazenados em discos da Coordenação de Fraudes em Informática (mídias de destino) e todos os exames necessários a esta perícia foram executados nas “mídias de destino”.*

Quanto à alegação de inexistência de provas, por não haver comprovação de ocultação de fato gerador por intermédio de utilização do Software Colibri, constato por meio dos autos que o contribuinte teve seus computadores apreendidos e dele foram extraídos dados degravados dos seus HDs. Estes dados foram consolidados e gravados num CD, cuja cópia foi entregue ao estabelecimento autuado. Os dados registrados nos HDs demonstram que o autuado declarou um valor do seu faturamento, sendo que o programa aplicativo registrou determinadas operações de vendas, sem que fossem enviadas ao software básico do ECF do comando de impressão do cupom fiscal. Ao contrário do que foi afirmado, os arquivos extraídos do HD do autuado pela perícia da Polícia Civil juntamente com os prepostos da SEFAZ, constitui provas da infração apontada, motivo pelo qual não pode ser acatado o argumento de inexistência de provas por parte do Fisco.

Quanto à alegação de que houve obtenção de documentos junto à empresa diversa do contribuinte fiscalizado, o Termo de Apreensão expedido pelo DPT-BA deixa claro e seguro que os equipamentos encontrados e apreendidos nas dependências pertencem à empresa. Mais, os procedimentos adotados relacionam os CPUs por número “*de equipe da DECECAP que procedeu a apreensão dos computadores*”, onde cada numero de equipe refere-se a uma empresa. Ou seja, ainda nos estabelecimentos das empresas envolvidas na operação, os computadores receberam números que identificam a empresa, distinguindo-se os computadores de outros contribuintes alvo da Operação Tesouro, e as equipes que realizaram a apreensão dos computadores e documentos pertencem aos quadros da Polícia Civil e não do fisco estadual. Por outro lado, a Operação Tesouro pelos procedimentos adotados, dificilmente incorreria em erros grosseiros como troca de computadores. Além disso, foram identificados os HDs individualmente, unindo a cada computador o HD correspondente.

Quanto à afirmação de que o contribuinte não mais operava no endereço, o Contrato de Venda e Compra Comercial anexada, fls. 19 a 21, da peça de defesa que fora apresentada ao PAF, fl. 77, jamais foi encaminhado, protocolado ou registrado na SEFAZ com os consequentes desdobramentos legais, como esclarecem os autuantes na informação fiscal.

Desta forma, não acolho as preliminares de nulidade suscitadas pela defendant, haja vista que todos os elementos constantes nos autos, levam à segurança quanto à identificação da infração, do infrator e o autuante obedeceu aos ditames previstos no RPAF/99, Decreto nº 7.629/99, especialmente no que concerne ao art. 39, relativo ao conteúdo do Auto de Infração.

Ademais, todas as oportunidades de pronunciamento e de ciência dos atos administrativos fiscais foram concedidas ao contribuinte, na presente lide, e este se manifestou plenamente, logo as formalidades necessárias à defesa do administrado foram respeitadas, mormente no que diz respeito aos princípios da ampla defesa, do devido processo legal e do contraditório.

Quanto a inexistencia de comprovação de ocultação de fato gerador, por intermédio de utilização do software “Colibri”, por tratar-se de alegação de mérito, será examinada, bem como as demais, de base de cálculo e de alíquota, e questões relativas ao Simbahia, no decorrer deste voto. Assim, rejeito as preliminares arguidas na defesa e passo à análise da matéria trazida nesta lide.

No mérito, o sujeito passivo está sendo acusado de que deixou de apurar e recolher imposto “constatado em ação fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei”. Na descrição dos fatos foi indicado que se trata de omissão de saída de mercadorias apurada em perícia nos HDs apreendidos do estabelecimento autuado que foi realizada por peritos da Policial Civil e da Secretaria da Fazenda. Tendo sido constatado que o software utilizado pelo recorrente, registrava operações de vendas no seu HD (banco de dados), mas não enviava estes dados para o comando de impressão do seu ECF, foi exigido imposto relativo aos valores de vendas não oferecidos à tributação, conforme planilhas juntadas ao processo. Logo, o imposto exigido foi feito por meio de levantamento fiscal dos dados das vendas registradas nos HDs do computador do estabelecimento autuado, e o próprio enquadramento da infração denota isso (arts. 824 e 940 do RICMS/BA); portanto não se trata de hipótese de presunção legal.

Portanto, o Auto de Infração sob análise, exige ICMS relativo à omissão ou supressão de tributo mediante utilização de software em situação de uso irregular.

As acusações descritas revelam: *a) supressão de tributo mediante utilização de software que permite o usuário a desativação do ECF, possibilitando que uma operação de venda seja registrada em seu banco de dados (HD) 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 (HD) foi degradado, obtendo-se o faturamento real do contribuinte; b) omissão de receita, a partir do levantamento da receita total existente no HD (Arquivo Magnético) dos computadores da empresa apreendidos pela ocasião da Operação Tesouro, conforme Auto de Exibição e Apreensão do Departamento de Crimes Contra o Patrimônio – DCCP, apurado também através das máquinas de ECF, fraude detectada através da inteligência fiscal, onde mostrou no programa Colibri, uma arquitetura de fraude fiscal, constatando uma bifurcação entre os CPUs fiscal e não fiscal, utilização de software (aplicativo) diverso ao homologado pela SEFAZ. Todo material foi resgatado através de um mandado de busca e apreensão do Poder Judiciário, expedido pelo Exmo. Sr. Juiz de Direito.*

O Emissor de Cupom Fiscal (ECF) é o equipamento de automação comercial com capacidade para emitir documentos fiscais e realizar controles de natureza fiscal, referentes às operações de circulação de mercadorias ou a prestações de serviços. Deve ser utilizado pelos contribuinte do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes, para documentar tais operações ou prestações. Reza o art. 824-C do RICMS/97, que a autorização de modelo de ECF para uso como equipamento de controle fiscal somente poderá recair sobre equipamento devidamente desenvolvido com base no Convênio ICMS 85/01.

Já o art. 824-D do RICMS/BA, impõe que o programa aplicativo utilizado para envio de comandos ao Software Básico do ECF deverá estar previamente cadastrado na SEFAZ, e atender aos critérios ali estabelecidos, e entre eles, não possuir função que faculte ao operador a não emissão do documento fiscal relativo aos registros realizados.

Ademais, a Secretaria da Fazenda deverá ser informada do programa aplicativo utilizado para comandar o ECF, mesmo quando houver sua alteração, e qualquer intervenção no equipamento deverá ser comunicada, podendo esta SEFAZ cancelar a sua autorização de uso, de ofício, nos casos previstos no art. 824-J, dentre eles se for identificado qualquer tipo de alteração, modificação ou adulteração de suas partes físicas internas, inclusive a adição de componente, eletrônico ou não, não previsto no projeto original.

Assim, há toda uma regulamentação quanto ao uso de ECF, inclusive dispondo sobre usos de aplicativos com restrição de programas previamente cadastrados na SEFAZ, que atendessem critérios de comando de impressão, concomitantemente com o comando enviado para indicação no dispositivo utilizado para visualização por parte do operador do ECF ou consumidor

adquirente da mercadoria ou usuário do serviço.

Esta é a questão central da presente lide, vez que foi identificado que o aplicativo que estava sendo utilizado não atendia às determinações contidas no Regulamento do ICMS, porque possibilitava que uma operação de venda fosse registrada no banco de dados do ECF sem o correspondente envio ao software básico do ECF do comando de impressão do cupom fiscal. A Portaria nº 53/05 estabeleceu normas e procedimentos quanto ao cadastro de aplicativos e credenciamento de órgãos técnicos para análise dos mesmos. Ou seja, a mencionada Portaria estendeu a outros órgãos a avaliação de aplicativos que antes era feito apenas pela Secretaria da Fazenda.

Quanto ao argumento de que não há prova de que os HDs analisados pertencem ao estabelecimento autuado. Verifico que conforme Auto de Exibição e Apreensão juntado às fls. 17/18 mediante autorização judicial a Delegacia de Crimes Contra o Patrimônio fez apreensão de 3 (três) Emissores de Cupom Fiscais – ECFc das marcas BEMATECH de série nºs BE0105SC56999511048, 2499050935038 e 2499050935049; 1 (um) Emissor de comanda BEMATECH modelo MP-2100TH nº de série 9300050400163; 3 (três) CPUs: uma com a etiqueta ASUS-LABORINFO nº 010346 com drives de CD SAMSUNG e diquete lacre 0693480, a segunda de marca LOGIN nº de série 86430 e a última CPU de marca DR HANK na cor preta nº de série CX-3467-XMRB; e outros documentos indicados no Auto de Exibição e Apreensão.

Por sua vez, o Laudo do Exame Pericial/ICAP Nº 2007 026608 01, cuja cópia foi acostada às fls. 422/428, identifica às fls. 422/424 terem sido periciados três microcomputadores pertencentes ao estabelecimento autuado, com suas respectivas identificações.

Com base nestas informações, os autuantes elaboraram os demonstrativos, “*planilha da receita total constante nos arquivos do MD/DOS COLIBRI*”, relativo ao exercício de 2005, fl. 30, exercício de 2006, fl. 35 e referente a 2007, fl. 41, e exigem o ICMS no montante de R\$ 224.781,97, que correspondem às operações de vendas não oferecidas à tributação do ICMS, por meio de desativação do ECF, como já relatado, e demonstrado na Operação Tesouro, cujo boletim para a fiscalização encontra-se nas fls. 12 a 15 do PAF.

No decorrer da instrução processual, a empresa aponta que teria sido fiscalizada e autuada no exercício de 2006, e que os valores do ICMS ali exigidos, por meio do Auto de Infração, deveriam ser abatidos do presente lançamento, no que os autuantes concordaram, haja vista que foram vendas não oferecidas à tributação, apuradas por meio de cartões de crédito/débito. Desta forma, os autuantes elaboraram novos demonstrativos, fls. 507, e em seguida o demonstrativo de débito de fl. 532, em razão de novos abatimentos realizados, conforme apontou o sujeito passivo na manifestação de fls. 514 a 527, onde o crédito de 8% foi concedido, como pode ser verificado em tais documentos.

Quanto a irresignação do contribuinte, com relação aos meses de março, maio e julho de 2006, o demonstrativo de fl. 533, no campo “observação” explica o motivo da divergência entre o valor apontado pelo autuado, e do valor apurado que decorre da alteração do ICMS recolhido, lançado na planilha que subsidiou a autuação, e o valor correto constante no INC (Informações do Contribuinte) da Secretaria da Fazenda.

Constatou que o art. 15, V da Lei nº 7.357/98 e Lei nº 8.534/02, já previam a perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia), quando o contribuinte incorresse na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento (art. 408-L, V do RICMS/97), fato que se aplica à situação presente decorrente de omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal; realização de operação ou prestação sem documentação fiscal; falta de emissão de documento fiscal ou a constatação de qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente no Regulamento do ICMS.

Portanto, a perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) independe da exclusão de ofício do SimBahia, conforme previsto

na legislação do imposto e foi correto o procedimento fiscal ao exigir o imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos, concedendo crédito presumido de 8% sobre o valor da saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais (art. 19, § 1º, da Lei nº 7.357/98), conforme demonstrativos, cujas cópias foram fornecidas ao impugnante. Perde, portanto a razão à apreciação da falta de dedução relativo à geração e manutenção de empregos, por inaplicável pelos motivos expostos acima, vez que não há direito à aplicação do tratamento tributário previsto no Simbahia.

Quanto à impugnação relativa às questões contidas no Laudo Pericial de fls. 422 a 428, em resumo, foram examinados três microcomputadores, identificados e descritos no corpo deste Laudo, que no momento do exame estavam funcionando normalmente. A questão sete esclarece que no disco rígido HD: *“Foi encontrado o software Colibri para a versão do sistema operacional Windows instalado nas três CPUs examinadas. As versões do programa Colibri para o sistema Windows foram determinadas, através da restauração dos respectivos executáveis e verificação de versão do referido arquivo no gerenciador de arquivos do Windows XP Professional. Vide abaixo versões encontradas no colibri nas respectivas máquinas (CPUs) e diretórios de instalação:”*

Na questão oito está respondido que *“A versão Windows encontrada (6.00) permite desativar o Emissor de Cupom Fiscal e registrar as respectivas operações comerciais.”*

A controvérsia se instala com relação ao quesito 09, que trata de data de instalação do software e versão encontrados no equipamento questionado, bem como suas eventuais alterações.

Resp: vide abaixo, as datas de instalações dos softwares agrupados por máquina (CPU), versão diretório e respectiva data:

Equipe 28 Maq 01
1 – VERSÃO 6.0 COMPILAÇÃO 6.0.2.48
Diretório: C\Colibri Millennium
Data de Instalação: 14/09/2007

Equipe 28 Maq 02
1 – VERSÃO 6.0 COMPILAÇÃO 6.0.2.48
Diretório: C\Colibri Millennium
Data de Instalação: 02/02/2007
2 – VERSÃO 6.0 COMPILAÇÃO 6.0.2.22
Diretório: C\Col2000\Colibri Estação\Colibri Millennium
Data de Instalação: 02/03/2007

Equipe 28Maq03
1 – VERSÃO 6.0 COMPILAÇÃO 6.0.2.48
Diretório: C\Colibri Millennium
Data de instalação: 13/02/2007

Por conta das datas assinaladas acima, a defendente afirma que o sistema Colibri só teria sido instalado nas CPUs, a partir de 2007 e que a autuação reporta-se aos exercícios de 2005, 2006 e 2007, o que fere qualquer possibilidade de utilizar sistema que não teria sido adotado.

Contudo, rejeito este argumento, pois em verdade, como ressaltaram os autores na informação fiscal, as datas de instalação acima são relativas às versões do aplicativo e não ao aplicativo ou software Colibri. Em suma, o Laudo Pericial sinaliza que foi encontrado o Software Colibri para a versão do Sistema Operacional Windows instalado nas 3 CPUs examinadas.

Explico: de modo geral, o sistema Colibri instalado pode sofrer alterações nas versões motivadas, por exemplo, por mudanças nas legislações, mudanças no sistema operacional, por ter passado a trabalhar no ambiente de Internet, etc; nesses casos muda a plataforma, o que leva à mudança na versão do aplicativo para adaptação ou atualização tecnológica. Neste último caso, para trabalhar, por hipótese, com recursos gráficos, sofisticar a versão, modernizar. Além disso,

podem existir novas versões que chegam para corrigir erros de versões anteriores, ou para atender os usuários em suas demandas.

Portanto, concordo com a explanação dos autuantes, baseada nas provas capturadas nos HDs, de que desde 2005, o sistema Colibri já estava em uso no estabelecimento autuado, e as datas mencionadas no quesito 09 do Laudo Pericial referem-se às versões instaladas e atualizadas, de acordo com a demanda do usuário, no caso o estabelecimento autuado.

Ademais, a versão do aplicativo Colibri encontrada no HD possui Menu de configuração que permite desativar o ECF e registrar as respectivas operações comerciais, conforme apontado na acusação fiscal. Os dados degravados do HD, constantes no CD, anexo ao PAF cuja cópia o contribuinte recebeu, demonstram que os valores das receitas acumuladas não correspondem às receitas declaradas ao fisco, porém corresponde às receitas constantes de relatórios gerenciais do estabelecimento autuado.

Outrossim, o contribuinte autuado não comprovou que os valores acumulados nos equipamentos apreendidos não constituíam vendas anteriores efetuadas por ele ou que os valores acumulados nos equipamentos tivessem sido oferecidos à tributação do ICMS, pois os fatos narrados no Auto de Infração estão devidamente fundamentados.

Cabe à autoridade lançadora provar a ocorrência do fato constitutivo do direito de lançar do fisco. Cabe ao sujeito passivo alegar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos e além de alegá-los, comprová-los efetivamente, nos termos do Código Civil, que estabelece as regras de distribuição do ônus da prova aplicáveis subsidiariamente, o que não o fez na presente lide.

Por todo o exposto, julgo procedente em parte o Auto de Infração, consoante o demonstrativo de débito de fl. 532, e o ICMS perfaz o total de R\$209.073,85.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **118973.1815/07-0**, lavrado contra **BELLA BRASA RESTAURANTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$209.073,85**, 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 para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do artigo 169, inciso I, 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 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR