

PROCESSO - A.I. Nº 088299.0011/07-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - LUCIANA ÂNGELA DESIRÉE NAPRAVNIK (YOKO)
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4^a JJF nº 0183-04/12
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 08.01.2013

3^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0129-13/12

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. RETORNO À PRIMEIRA INSTÂNCIA. É atribuição do órgão de Primeira Instância determinar as providências saneadoras necessárias à apreciação da imputação. Devolvam-se os autos ao órgão prolator da Decisão reformada para que sejam tomadas as providências relativas à garantia de ampla defesa do sujeito passivo, inclusive com a reabertura do seu prazo de impugnação. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 088299.0011/07-6, lavrado em 28/12/2007 para exigir ICMS no valor histórico de R\$107.145,68, acrescido da multa de 100% prevista no artigo 42, inciso IV, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, em razão de descumprimento de obrigação tributária principal, com a acusação de ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas em Lei.

Consta do campo “*Descrição dos fatos*” – fl. 01 - ter sido verificada a omissão ou supressão de tributo, mediante utilização de *software* que permite a desativação do equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF, possibilitando que uma operação de venda seja registrada em banco de dados sem o correspondente envio do comando de impressão de cupom fiscal.

Consta também que foram apreendidos computadores, como consequência de Mandado de Busca e Apreensão requerido pelo Ministério Público da Bahia nos autos da ação judicial cujo processo leva o número 1676152-1/2007 (cópias em anexo), na denominada “*Operação Tesouro*”, e que os bancos de dados destes computadores foram degravados [copiados], obtendo-se o faturamento real da empresa. Que a omissão de pagamento do ICMS foi apurada após o cômputo das vendas identificadas nos documentos correspondentes aos relatórios diários do “*Sistema Colibri – Fechamento do Movimento – Faturamento Período*” (07/2004 a 04/2006). Que foram colhidas também informações no arquivo “*Vendas 2006 2007.xls*”, proveniente de HD [*Hard Disk*, ou disco rígido] utilizado pelo sujeito passivo, como consequência do mencionado Mandado de Busca e Apreensão, e que os dados degravados do HD apreendido foram cotejados com as vendas oferecidas à tributação pelo contribuinte.

Está dito e ressaltado, no mesmo campo “*Descrição dos Fatos*” do Auto de Infração, à fl. 01, que os documentos utilizados nos procedimentos de fiscalização, inclusive aqueles em meio magnético, estão acostados ao processo, cujas cópias “*serão fornecidas*” ao autuado.

À fl. 262 consta um Recibo de Arquivos Eletrônicos, datado de 28/01/2008, assinado por prepostos do Fisco e do contribuinte, discriminando o material entregue pelo Fisco ao então autuado e, no item 03, informando que o CD (*Compact Disk*, ou disco compacto) foi aberto na presença do contribuinte ou de seu representante legal, para conferência da quantidade de arquivos recebidos.

Às fls. 263 e 264 consta um Auto de Exibição e Apreensão, do Departamento de Crimes Contra o Patrimônio da Secretaria de Segurança Pública, no qual consta que o delegado de Polícia Civil,

Bacharel Antônio Fernandes Soares do Carmo, no dia 02/10/2007 compareceu à Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública e exibiu o material ali designado, que restou apreendido na mencionada repartição pública.

Às fls. 272 a 277 está anexado documento intitulado “*Operação tesouro – Boletim para a Fiscalização*”, datado de outubro/2007. À fl. 278, cópia do já citado Mandado de Busca e Apreensão.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 285 a 320, pedindo o julgamento pela nulidade, ou pela improcedência do lançamento de ofício, pelas razões que expôs.

A informação fiscal foi prestada às. 328 a 331 (volume III), na qual dentre outros pontos o Fisco explicitou nomes e conteúdos de novos demonstrativos e documentos juntados, solicitando a redução do valor lançado de R\$107.145,68 para “R\$84.225,05”, admitindo a procedência parcial do Auto de Infração nesse valor, aduzindo ter retificado os valores dos demonstrativos fiscais “de fls. 13 e 14”, conforme os novos demonstrativos fiscais que então acostava, “de fls. 1437 e 1439”.

O Fisco juntou demonstrativos analíticos do levantamento fiscal realizado (fls. 332 a 338; fls. 487 a 569; fls. 1383 a 1386; fls. 1423 a 1425); cópias de documentos denominados “Faturamento Período” emitidos por ECFs do autuado (fls. 339 a 486; fls. 1392 a 1422; fl. 1430); cópias de “Comandas/Recibos de pagamentos” do autuado (fls. 570 a 1382; 1431 a 1437); cópias de cupom fiscal, leitura Redução Z e Leitura X (fls. 1387 a 1389; fl. 1427); Relatório Diário por Operações de vendas com pagamentos por Transferência Eletrônica de Fundos - TEF (fls. 1390 e 1391; fls. 1428 e 1429); cópia de “Leitura da memória Fiscal (fl. 1426). Às fls. 1438 e 1439, o Fisco juntou novos demonstrativos indicando o ICMS a recolher, para o exercício de 2006, no valor de R\$27.983,02; e para o exercício de 2007 no valor de R\$34.096,15.

Conforme comprovante de fl. 1443 (volume VI), a INFRAZ de origem intimou o contribuinte na pessoa de sua proprietária, concedendo-lhe o prazo de dez dias para se manifestar, entregando-lhe cópia da informação fiscal de fls. 328 a 338; demonstrativos do levantamento fiscal (fls. 487 a 569; fls. 1383 a 1386; fls. 1423 a 1425; fls. 1438 e 1439), e Relatórios Diários TEF (fls. 1390 e 1391; fls. 1428 e 1429).

O sujeito passivo se manifestou às fls. 1.446 a 1.459, pronunciando-se sobre a informação fiscal e também mantendo as alegações defensivas iniciais, ao final pedindo o julgamento pela nulidade, ou improcedência, do Auto de infração.

Às fls. 1.463 a 1.467, um dos autuantes pronunciou-se sobre a manifestação do contribuinte, ao final reiterando o pedido pelo julgamento no sentido da procedência parcial do Auto de Infração, no valor de “R\$84.225,05”.

Às fls. 1.471 a 1.481 foi colacionado Laudo Pericial nº 2007 026555 01, datado de 09/05/2009, emitido pelo Instituto de Criminalística Afrânia Peixoto – ICAP/Departamento de Polícia Técnica do Estado da Bahia, relativo ao estabelecimento autuado, no qual consta a informação de se tratar de “Expediente: Guia nº 089/2007, de 02/10/2007”, com objetivo de “Responder quesitação da autoridade requisitante”, identificada esta como “Bel. Cleandro Pimenta Barros Neto – Delegado de Polícia” (fl. 1472).

Às fls. 1482 a 1484, intimado do teor da nova informação fiscal de fls. 1463 a 1467, tendo da mesma recebido cópia, e sendo-lhe concedido novo prazo de dez dias para se manifestar, o sujeito passivo se pronunciou às fls. 1.486 a 1.490, asseverando que não recebera cópias, que naquele momento quereria, dos documentos de fls. 332 a 486, 487 a 1382, 1383 a 1437, e 1439, e nem da mídia CD de fl. 1440, pedindo também a concessão do prazo de trinta dias para se pronunciar acerca dos novos demonstrativos elaborados pelo Auditor fiscal, dentre outros aspectos informando não lhe ter sido entregue, até então, o Laudo Pericial.

Às fls. 1.492 e 1.493, um dos autuantes elaborou índice do processo aduzindo que às fls. 1.463 a 1.467 não juntara documento novo, apenas se referindo aos que já tinham sido anteriormente entregues ao impugnante (fl. 1.443), e mantendo os termos da informação fiscal.

O processo foi encaminhado a este Conselho.

No primeiro julgamento a digna 4^a Junta de Julgamento Fiscal, em decisão não unânime, declarou nulo o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0094-04/11, às fls. 1497 a 1504. A Junta recorreu de ofício da Decisão, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01, do RPAF/99.

O processo foi julgado em segunda instância, conforme Acórdão nº 0049-12/12, às fls. 1528 a 1534, tendo sido decidido o provimento do Recurso de Ofício, para nova apreciação da lide em instância do primeiro grau, com apreciação do mérito da contenda, sendo para tanto determinadas as providências saneadoras que, porventura, a digna Junta de Julgamento Fiscal entendesse necessárias.

O contribuinte foi cientificado da decisão da 2^a CJF, conforme documentos de fls. 1543 e 1544.

O processo foi submetido ao segundo julgamento em primeira instância, às fls. 1548 a 1554 a 4^a Junta proferindo o Acórdão JJF nº 0183-01/12, no qual em decisão unânime julgou procedente em parte o Auto de Infração.

Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

VOTO

Tendo em vista o quanto disposto no Acórdão CJF 0049-12/12 (fls. 1.528 a 1.534), peço vênia para afastar a preliminar de nulidade com fundamento no voto discordante de fls. 1.503/1.504, da lavra do eminentíssimo julgador – ora conselheiro – Eduardo Ramos de Santana, abaixo transscrito nos seus exatos termos.

Em que pese à boa fundamentação apresentada pelo nobre Relator, discordo sobre o seu posicionamento quanto à nulidade pretendida, conforme fatos constantes do processo resumido.

De acordo com seqüência dos fatos ocorridos denota-se que:

1. *Tendo identificado indícios de irregularidades com a utilização do sistema Colibri a administração fazendária solicitou autorização judicial para apreensão de equipamentos, tendo como parte o Ministério Público do Estado da Bahia e foi legalmente autorizado pelo Poder Judiciário, conforme documento à fl. 278 em que a Juíza de Direito Titular da Primeira Vara Criminal, que acompanhou sua execução;*

2. *Com a devida autorização judicial, O Departamento de Crimes Contra o Patrimônio (DCCP), por meio da Delegacia de Crimes Econômicos Contra a Administração Pública cumpriu o Mandado de Busca e Apreensão, mediante Auto de Exibição e Apreensão, cuja cópia foi juntada às fls. 263/264, no qual relacionou e identificou os bens apreendidos. Os computadores e documentos apreendidos por determinação judicial, devidamente identificados conforme documentos às fls. 265/271.*

3. *Os computadores apreendidos foram encaminhados para o Instituto de Criminalística Afrâncio Peixoto, tendo sido periciados por Perito Criminal Oficial que expediu o Laudo Pericial ICAP 2007/026555-01, cujas cópias foram juntadas às fls. 1472/1481 do processo e entregues mediante recibo ao estabelecimento autuado. O Laudo Pericial nos computadores pertencentes ao estabelecimento autuado identificou que os HDs possuíam software “Versão Windows encontrada (6.0) [que] permite desativar o Emissor de Cupom Fiscal e registrar as respectivas operações comerciais”;*

4. *Os dados degravados do HD, cujas cópias foram impressas e juntadas às fls. 79/89, inclusive por operação individualizada conforme documentos às fls. 89/260, foram entregues mediante recibo ao estabelecimento autuado. Comparado as receitas acumuladas registradas nos HDs com as registradas na contabilidade, restou comprovado que não correspondiam às receitas declaradas ao Fisco a exemplo do demonstrativo comparativo às fls. 11/14.*

5. *O impugnante recebeu cópia dos dados extraídos do HD do seu computador apreendido, cópia do Laudo Pericial que identificou sistema que possibilitava registrar dados de vendas com supressão de envio ao ECF, tendo a fiscalização feito levantamento dos dados registrados e não registrados na contabilidade, recebeu de volta seus computadores com os dados originais mantidos, sendo, portanto, detentor dos equipamentos nos quais foram coletados os dados, documentos e livros fiscais. Ressalte-se que o autuado na sua defesa apontou inconsistências de parte dos dados levantados pela fiscalização (vide fls. 312/313), tendo o mesmo acatado em parte e refeito os demonstrativos originais (vide fls. 330/338).*

Por tudo que foi exposto, discordo do posicionamento do nobre Relator de que foram atingidos direitos do contribuinte e que não foram observados os requisitos procedimentais de pressupostos de validade e

cerceamento de direito. Entendo que como exposto na sequência dos fatos acima elencados, que a administração tributária levantou indícios de irregularidade na aplicação de sistemas utilizados em computador (*Colibri*), solicitou autorização do poder judiciário para apreender tais equipamentos, uma vez autorizado, juntamente com o Ministério Público foi feita a apreensão dos equipamentos pela Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública (DCCP), periciado os computadores foi confirmado por meio de Laudo Pericial a existência de software irregular que possibilitava lesar o Erário Público, tendo a fiscalização apurado a base de cálculo dos valores sonegados que foram entregues ao contribuinte, tendo o mesmo exercido o seu direito de defesa, apresentando contraprova e argumentos.

Ressalto ainda que, as 3^a e 4^a JJF apreciaram nulidades suscitadas em processos idênticos decorrentes da mesma ação fiscal (*Operação Colibri*) e negou, conforme Acórdãos JJF 0349/04-09; JJF 0318/04-09; JJF 0284/03-08 e JJF 362/01-09. Por sua vez a Segunda Câmara deste Conselho apreciou e não deu provimento a Recursos Voluntários, tendo apreciado e também negado os pedidos de nulidades conforme Acórdãos CJF 106/12-09 e CJF 298/12-09.

Dessa forma, manifesto pelo não acatamento da nulidade suscitada e apreciação do mérito.

Cabe registrar que o argumento do contribuinte de que há vício procedural por não ter recebido cópias relativas à segunda informação fiscal é inverídico, pois na mesma não foi acostado qualquer elemento inovador. Foram tão somente feitas referências a dados, planilhas e levantamentos já entregues.

De mais a mais, após a decisão anulada de primeira instância o autuado foi intimado (fls. 1.510/1.511) e entrevistado no feito com a juntada de cópias de decisões (fls. 1.513 a 1.524), oportunidade em que afirmou expressamente ter tomado ciência do que ocorreu no processo (fl. 1.513).

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Os autos encontram-se devidamente instruídos. Não existem omissões, obscuridades ou contradições que ensejam a necessidade de diligência.

Consoante estabelecem os arts. 158 e 159 do RPAF/99, esta Junta não possui atribuição legal para apreciar pedido de redução de penalidade por descumprimento de obrigação principal. Igualmente, a legislação não autoriza a pretendida conversão do imposto exigido em multa, e o reenquadramento pleiteado não deve ser deferido, visto que o ilícito em análise encontra correspondência no art. 42, IV, "j" da Lei nº 7.014/96.

No mérito, registro que a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/2007 é aplicável nas hipóteses de presunções legais, a exemplo de omissões verificadas em auditoria de caixa ou de cartões (art. 4º, § 4º, Lei nº 7.014/96), o que não se verifica na presente lide, que, como dito acima, versa sobre descumprimento de obrigação tributária principal devido à ação ou omissão fraudulenta de natureza grave, diversa das especificadas em lei.

Foi apurada, observando-se o fato de o sujeito passivo ser optante do Regime SIMBAHIA, mediante concessão do crédito presumido de 8% (fls. 11 a 14), com a dedução das quantias referentes a serviços (fls. 15 a 79 a 89, "couvert artístico", manobrista etc.), a omissão ou supressão de tributo por meio de utilização de software que permite a desativação do equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), possibilitando que uma operação de venda seja registrada em seu banco de dados sem o correspondente envio do comando de impressão de cupom.

Não existem distorções de valores, tampouco aplicação equivocada de base de cálculo ou alíquota, ao contrário do que aduziu o impugnante. Uma vez que o mesmo estava cadastrado no Regime do SIMBAHIA quando dos fatos geradores objeto do lançamento de ofício em apreciação, a apuração do imposto da forma como foi feita pelos autuantes está correta, pois a infração constatada é considerada de natureza grave e foram seguidos os mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no Regime Normal de Apuração do ICMS, consoante previsão do artigo 408-S do RICMS/97, vigente à época, tendo sido aplicada a alíquota de 17%, nos termos da alteração introduzida pelo Decreto nº. 7.886/00, com efeitos a partir de 30/12/2000, e concedido o crédito presumido, calculado à alíquota de 8%, em conformidade com o § 1º do mesmo artigo, alterado pelo Decreto nº. 8.413/02.

O defensor apontou supostas falhas na análise dos discos rígidos, como ingressos em período anterior ao início das atividades, soma de receitas de matriz e filial, empresas distintas com o mesmo faturamento e receita de R\$159.832,27 em julho de 2006. Após a revisão, perguntou qual o motivo de a receita de julho de 2006 ter sido de R\$150 mil na degravação e de R\$29 mil na informação fiscal, bem como a razão da diminuição em mais de R\$254 mil dos ingressos degravados.

Não lhe assiste razão, pois nenhum desses equívocos foi demonstrado e um dos autuantes levou a efeito as devidas correções. Por exemplo, de acordo com as cópias do Livro Diário de fls. 21 a 24 a sociedade se encontrava em funcionamento em outubro de 2003, e a primeira data de ocorrência de fl. 01 é 31/07/2004.

Consoante esclareceu um dos auditores às fls. 1.463 a 1.467, a apuração dos novos valores apresentados na primeira informação fiscal se deu com o objetivo de manter – em relação a maio de 2006 a junho de 2007 - o mesmo critério de apuração utilizado no período de junho de 2004 a abril de 2006, ou seja, com base no "Sistema Colibri – Fechamento do Movimento – Faturamento Período".

Após os novos cálculos, o ICMS do período compreendido entre maio de 2006 e junho de 2007 foi submetido a alterações (fls. 1.438/1.439), de maneira que a exigência do Auto de Infração restou modificada de R\$ 107.145,68 para R\$ 84.225,05.

Observo que, conforme está registrado no item 15 da fl. 1.467, para provar o vínculo entre as informações dos discos rígidos e a dos documentos listados no item 14 da fl. 1.467, foram elaborados demonstrativos detalhando todas as comandas relativas aos dados de fechamento de conta e recibos de pagamento emitidos por meio do Sistema Colibri em janeiro de 2007. O fisco também confeccionou Relatório de Vendas Diárias de 02/01/2007 e 22/07/2007, degravado de HD, e Demonstrativos dos Movimentos de 02/01/2007 e 22/07/2007, do Sistema Colibri, em confronto com a emissão de cupom fiscal, Relatório Diário TEF e Banco de Dados de HD Apreendido, cujos valores coincidem, nos termos expostos no item 16, fl. 1.467.

Com relação à argumentação de que não é possível lançar valores referentes a fatos anteriores à Portaria 53/2005, verifico que não procede, uma vez que o art. 824-D do RICMS/97 foi introduzido pelo Decreto 8.413, de 30/12/2002 (Alteração 38), publicado no Diário Oficial do Estado no dia seguinte.

Art. 824-D. O programa aplicativo utilizado para envio de comandos ao Software Básico do ECF deverá estar previamente cadastrado na SEFAZ e atender aos seguintes critérios:

I - comandar a impressão, no ECF, do registro referente à mercadoria ou à prestação de serviço 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;

II - não possuir função que faculte ao operador a não emissão do documento fiscal relativo aos registros realizados.

Restou comprovado que o débito exigido decorre da diferença entre os valores registrados em banco de dados constante de HD de 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.

Acolho o demonstrativo de fls. 1.438/1.439 elaborado por um dos auditores, que modificou os valores concernentes ao período compreendido entre maio de 2006 e junho de 2007, de modo que o imposto exigido no lançamento como um todo seja alterado de R\$ 107.145,68 para R\$ 84.225,05.

Infração parcialmente elidida.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Inconformado com a decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 1565 a 1602 (volume VII), preliminarmente expoно ser tempestivo o seu Recurso Voluntário. Em seguida historiou os fatos que culminaram no presente julgamento, aduzindo que o Auto de Infração é fruto da “Operação tesouro”, que define como “*ação conjunta realizada pela Secretaria da Fazenda, pelo Ministério Público do Estado da Bahia e pela Secretaria da Segurança Pública, visando a identificação de supostos envolvidos em omissão de saídas de mercadorias, por meio de utilização de um aplicativo fiscal que permitiria a venda sem a correspondente emissão do cupom fiscal comprobatório.*” Pronuncia-se sobre a mencionada Operação, dizendo que essa causara forte comoção pública e “*clamor midiático*”, tendo sido lavradas dezenas de Autos de Infração.

O contribuinte reprisa as suas argumentações anteriores, em suma argüindo que:

- os seus HDs foram degravados sem a presença do responsável legal do contribuinte ou do seu procurador, o que poria em dúvida os valores encontrados;
- na Operação Tesouro se concluiu que os valores constantes nos HDs degravados refletiriam o valor real do faturamento, sendo utilizados como a base para encontrar a omissão de saídas;
- os roteiros de fiscalização não teriam sido realizados e os contribuintes teriam sido cerceados em seu direito de defesa;
- os lançamentos fiscais decorrentes da Operação Tesouro estariam baseados em presunção não autorizada por lei, e número obtido em HD não provaria faturamento;
- o Fisco teria considerado faturamento “*em período anterior ao início das atividades, soma dos faturamentos de matriz e filial, que estavam contidos no mesmo computador, empresas diversas com o mesmo faturamento, além de valores incompreensíveis.*”;
- a acusação de omissão de receita seria falha de procedimento do Fisco, porque ele, contribuinte, não teria utilizado o programa “Colibri” para a prática de ilícito fiscal;
- teria havido erro na aplicação da alíquota;

- a 4^a JJF, em um primeiro momento, reconheceria a nulidade do lançamento fiscal, entendendo ilegal o procedimento de degravação do HD sem a presença do contribuinte, mas esta decisão foi reformada pela Câmara de Julgamento Fiscal, considerando ser tal procedimento válido mesmo sem o acompanhamento de representante do contribuinte, por se tratar de uma fase inquisitorial;
- devolvido o processo para novo julgamento, a 4^a JJF afastou a preliminar de nulidade e, no mérito, julgou parcialmente procedente o lançamento;
- a decisão da JJF mereceria reforma porque “além da nulidade pela falha do procedimento de degravação, existem diversas outras nulidades no lançamento, ora mal afastadas pela Junta, ora sequer analisadas por aquele órgão de julgamento, como, por exemplo, a falta de prévio desenquadramento da recorrente do SIMBAHIA para cobrança do ICMS pelo regime normal. É o que se passa a demonstrar.”;

O recorrente alega cerceamento do seu direito de defesa. Diz que a acusação fiscal estaria lastreada em uma “rede de computadores interligada (...) que, rodando um aplicativo fiscal não-homologado, possibilitaria a realização de uma venda sem a emissão do correlato cupom fiscal. Trata-se, portanto, de uma acusação de cunho técnico, específica, que está materializada no corpo do Auto de Infração e ratificada no Relatório da INFIP.”

Aduz que esperava “que a prova técnica de tal acusação fosse carreada juntamente com o lançamento de ofício. Em outras palavras: se a recorrente está sendo acusada de fraudar o Fisco por meio de um equipamento eletrônico, a prova básica e necessária que deveria acompanhar o Auto de Infração é o laudo técnico elaborado por autoridade competente.”

Diz que o laudo técnico que ampararia a acusação de fraude somente foi carreado aos autos no final da etapa de instrução, às fls. 1472 a 1481, sendo uma das últimas peças que formam o processo antes da decisão de primeiro grau, sendo estranho e ilógico que a peça que embasaria a cobrança fosse juntada ao processo após a acusação de fraude formulada pelo Auditor. Indaga como o Auditor poderia concluir pela fraude antes de ter sido apresentado o laudo técnico que supostamente ampararia tal conclusão.

Diz que ele, Recorrente, somente teve ciência da juntada de um laudo pericial pela leitura da decisão recorrida porque, formalmente, nada lhe fora entregue no curso do Processo Administrativo Fiscal e que o Relatório [do Acórdão objeto do presente Recurso Voluntário] esclarece que, ao ser intimado, ele, recorrente, se manifestara às fls. 1.486 a 1.490 asseverando que não recebera cópias, que quereria com reabertura de prazo de defesa, dos novos demonstrativos elaborados pela fiscalização, tendo ele, recorrente, à época, conforme consta no Relatório da JJF, informado desconhecer o laudo pericial.

Que o Relator de primeiro grau, contudo, ao analisar o pedido de reabertura de prazo pela falta de entrega dos novos demonstrativos e pelo desconhecimento do laudo pericial, registrara que o argumento dele, contribuinte, de vício procedural por não ter recebido cópias relativas à segunda informação fiscal era inverídico, pois na mesma não fora acostado qualquer elemento inovador, tendo sido somente feitas referências a dados, planilhas e levantamentos já entregues.

O recorrente prossegue expondo que ainda que os demonstrativos sejam oriundos de outros elementos já juntados aos autos, ponto que aduz que somente fora esclarecido posteriormente, mas que estes elementos foram juntados aos autos porque o autuante acreditara que poderiam ajudar no deslinde do processo em seu favor e portanto ele, contribuinte, deveria ter a mesma oportunidade de analisá-los para preparar sua defesa.

O sujeito passivo assevera ser indefensável a falta de entrega formal do laudo pericial que embasaria toda a acusação. Diz que esta peça deveria ser um dos anexos do Auto de Infração, se este PAF estivesse regular.

Repete que seu direito de defesa foi cerceado por não lhe ter sido entregue a cópia do laudo pericial, a fim de que pudesse se manifestar para contradizê-lo, ou mesmo formular quesitação complementar, e requer a declaração de nulidade do Acórdão recorrido e a conversão do PAF em diligência, para que seja entregue cópia do laudo pericial a ele, recorrente, abrindo-se prazo de

manifestação, inclusive para preparação de quesitos complementares sendo, ao final, prolatada nova decisão com base nas provas formuladas por ambas as partes litigantes.

O contribuinte passa a falar sobre a ocorrência de equívocos no Acórdão recorrido, que enumera como:

- houve cerceamento do seu direito de defesa;
- a ação fiscal seria nula porque não haveria prova de que os HDs degravados foram os dele, autuado, porque não haveria, conforme exemplo que cita, “espelho” este HD. Que na decisão da JJJF está dito que o HD periciado fora devolvido a ele, autuado, mas não o fora, estando ainda em posse das autoridades policiais. Que ele, contribuinte, recebera apenas “cópia” do seu HD;
- aduz que a existência de dados no HD não prova que se trata de dados de faturamento da empresa;
- que a ele, contribuinte, não pode ser exigida prova negativa de que não utilizara o programa “Colibri” com o intuito de fraude;
- afirma que o Fisco não estaria convicto da base de cálculo a ser considerada, porque na informação fiscal foi apresentado novo demonstrativo de débito da infração;
- diz que a degravação do HD teria trazido dados atinente a período em que o restaurante estaria inoperante, e que este fato foi reconhecido pelos autuantes, e que na informação fiscal o Autuante teria apresentado novos valores supostamente degravados do HD, e que contraditariam os valores originalmente encontrados no Auto de Infração.
- volta a reproduzir tabela já apresentada em sua manifestação anterior nos autos, voltando a questionar dados numéricos do Auto de Infração e da informação fiscal. Cita decisão da 1ª CJF em outro processo, encaminhando-o para elaboração de parecer pela ASTEC/CONSEF, para que fossem dirimidas dúvidas, tendo sido então prolatado o Parecer ASTEC nº 00179/2011, e que naquele processo a ASTEC concluirá pela insegurança da base de cálculo;
- reafirma que ele, contribuinte, é empresa inscrita no SimBahia e o imposto teria sido apurado pelo regime normal de apuração, tendo sido desenquadrado sem obediência às formalidades devidas, e que o tratamento dado na apuração não fora autorizada pelo inspetor fazendário, o que estaria contrário ao teor do inciso V do artigo 408-L do RICMS/BA. Alega que *“a perda do regime SimBahia por força de cometimento de infração de natureza grave depende de análise e decisão do Inspetor Fazendário da circunscrição do contribuinte, não cabendo tal atribuição ao próprio Auditor autuante.”*, e cita decisões deste Conselho;
- teria sido utilizada presunção não autorizada por lei, e *“Neste tópico, demonstrou a recorrente que a omissão de saídas baseada no banco de dados do Colibri é uma presunção não lastreada na Lei nº 7.014/96, razão pela qual o lançamento é nulo.”* Diz que a decisão objeto do Recurso Voluntário seria nula porque não tratou desta preliminar;
- teria havido erro na aplicação da multa, e a decisão recorrida afirmou não ter competência para reduzir a multa, mas se trataria não de redução de percentual de multa, e sim do correto enquadramento legal da multa, cuja competência também é da Junta. Que a multa teria sido indicada incorretamente por não ter sido provada a fraude;
- diz que a acusação de fraude estaria calcada no que se denominou de *“arquitetura da fraude”*, e que esta seria uma rede de computadores interligados que propiciaria a venda sem a emissão do correlato cupom fiscal, e que estaria *“devidamente descrita no Relatório da INFIP anexo ao Auto.”*, mas que a existência desta rede não foi comprovada nos autos. Que, assim, deveria ser afastada a multa agravada por fraude, aplicando-se a multa regular de 60%, ou apenas a multa fixa por instalação de aplicativo não-homologado em computador, de R\$27.600,00.
- requer que a CJF, atendendo ao princípio da Justiça Fiscal, determine que ele, autuado, seja tributado como os grandes restaurantes que também foram autuados. Que embora *“exista base legal para a concessão do crédito presumido de 8% e alíquota de 17%, tal parâmetro de cobrança é infinitamente mais*

oneroso do que a alíquota fixa de 4% ou 5% que está sendo aplicada aos grandes contribuintes. (...) Assim, a recorrente requer que, por JUSTIÇA FISCAL, esta eg. Câmara determine a revisão do cálculo do débito, aplicando a alíquota fixa de 4% ou 5%, a depender da época dos fatos geradores.”.

O contribuinte aduz que, esclarecidos os equívocos que aponta na decisão recorrida, reitera a sua tese de defesa.

Discorre acerca de nulidade do lançamento fiscal, princípio da segurança jurídica e ampla defesa, ato e processo administrativo, dever de prova pelo Fisco. Cita o artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99. Diz que, “segundo as autoridades fiscais, o sistema fraudulento consistiria no uso do programa em versão considerada não-certificada, que operaria no modo F (fiscal) e NF (não-fiscal), ou seja, ficaria à critério do contribuinte determinar se a venda seria ou não acobertada por cupom fiscal. (...) Logo, os contribuintes que possuíam essa versão “não-certificada” passaram a ser taxados como “fraudadores” e todos os valores constantes do banco de dados dos HD’s passaram a ser considerados o faturamento real do contribuinte. Ora, parece evidente para todos que o simples fato de existir um valor no computador de um contribuinte, por si só, não prova qualquer faturamento. (...) Se houve uso de software “irregular” e um valor arrecadado em um computador, há, em verdade, um indício de fraude, que deve ser investigado devidamente. Caberia, então, a expedição de uma ordem de serviço para fiscalização, in loco, do estabelecimento, a fim de que se comprovasse a efetiva sonegação fiscal. Essa fiscalização poderia, p. ex., seguir os roteiros sugeridos pela própria Secretaria da Fazenda (...)”.

Aduz que os autuantes não teriam seguido a orientação da INFIP na ação fiscal, e que a fiscalização se teria utilizado exclusivamente de dados degravados do HD, sem realizar roteiro de auditoria.

Discorre sobre princípios do Direito Tributário, elementos do fato gerador, cita o art. 97, III, do CTN, critica o uso de presunções, discorre sobre tributação e cita sucessivas redações do artigo 4º, §4º, da Lei nº. 7.014/96. Fala sobre subfaturamento e indícios de fraude.

Aduz que a questão de programa aplicativo certificado somente veio a ser devidamente regulamentada pela Portaria nº. 53 SF, de 20.01.2005, que “dispõe sobre normas e procedimentos relativos ao cadastro de programa aplicativo e do credenciamento de órgãos técnicos para análise do mesmo”. Que assim não haveria como aduzir “que em 2002, 2003 e 2004” um contribuinte utilizara uma versão “não-certificada” de um aplicativo fiscal, pois àquela época não havia exigência de certificação de programa. Diz que a fiscalização estaria pretendendo aplicar retroativamente a Portaria nº 53/05. Cita texto de jurista sobre o tema irretroatividade. Pede que sejam anuladas as cobranças relativas a 2004.

Pede que se o Auto de Infração não for julgado nulo, ou improcedente, então que seja realizada revisão fiscal e o imposto seja apurado pelo regime de receita bruta, sendo ainda aplicada a multa no percentual de 60%, e não de 100%, porque a fraude não teria sido comprovada.

Conclui pedindo o julgamento pela anulação, ou reforma, do Acórdão recorrido, para julgar nulo, ou improcedente, o Auto de Infração nº 088299.0011/07-6.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância.

Com a máxima vénia, observo a permanência da necessidade de implementação de algumas providências saneadoras ainda em sede de primeira instância, para a garantia do direito de ampla defesa do contribuinte, a exemplo das que enumero a seguir:

- Quando da entrega ao contribuinte, por ocasião da prestação da informação fiscal, das cópias dos Relatórios Diários por Operação TEF acostados aos autos às fls. 1390 e 1391, e às fls. 1428 e 1429 - relatórios estes enviados a esta SEFAZ não pelo contribuinte, mas por terceiros que se constituem em administradoras de cartões de crédito/débito contratadas pelo sujeito passivo - não foi reaberto o prazo de defesa do então impugnante, tendo sido então concedido, por duas vezes consecutivas (docs. à fl. 1443 e às fls. 1482 a 1484), apenas o prazo de dez dias para que o sujeito passivo se manifestasse no processo. Assinalo que embora na presente lide não se trate de

roteiro de auditoria de cartões de crédito/débito, os dados de tais Relatórios TEF foram fonte de dados considerados pelo Fisco na análise realizada sobre a movimentação financeira do contribuinte, por conseguinte cópias destes relatórios forçosamente lhe deveriam ter sido entregues ainda na fase de abertura do prazo de impugnação, irregularidade procedural que agora pode ser sanada reabrindo-se o prazo inicial de contestação pelo sujeito passivo, garantindo-se assim o perfeito cumprimento dos ritos processuais.

- Não localizo prova, nos autos, de que o contribuinte recebeu cópia do laudo pericial acostado às fls. 1472 a 1481. Embora tal laudo pericial não se constitua em peça da ação fiscal em si, o mesmo foi anexado a este processo por iniciativa desta SEFAZ, passando a compor este processo administrativo fiscal tendo sido, inclusive, mencionado em julgamento de primeiro grau e nas manifestações do contribuinte, e, portanto, uma vez que se trata também de documento originado por terceiros, e diz respeito ao autuado, uma cópia deveria ter sido entregue ao contribuinte, com a abertura de prazo para pronunciamento a respeito.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para que o processo seja devolvido à Primeira instância para novo julgamento, após tomadas todas as providências saneadoras que a digna Junta de Julgamento Fiscal considere indispensáveis à garantia de ampla defesa do sujeito passivo, inclusive a entrega, ao contribuinte, dos documentos mencionados neste voto, com a consequente reabertura do prazo de impugnação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, PROVER o Recurso Voluntário apresentado e declarar NULA a Decisão recorrida relativo ao Auto de Infração nº **088299.0011/07-6**, lavrado contra **LUCIANA ÂNGELA DESIRÉE NAPRAVNIK (YOKO)**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para serem adotadas as providências saneadoras apontadas e, somente após, submeter o feito a novo julgamento pela JJF.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de dezembro de 2012.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS