

PROCESSO - A. I. Nº 118973.1812/07-0  
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECORRIDO - FAIZAH ALIMENTOS LTDA. (ABDUL)  
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JJF nº 0191-01/12  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
INTERNET - 01/03/2013

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0001-12/13**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. Incerteza quanto à existência ou não da ilicitude apontada na autuação, pelo menos nos valores apurados, haja vista que tais valores dizem respeito a outro contribuinte que também foi autuado. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata o presente de Recurso de Ofício interposto pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal que por intermédio do Acórdão nº 0191-01/12 julgou *NULO* o Auto de Infração em epígrafe, o qual fora lavrado em 18/12/2007 para reclamar crédito tributário no montante de R\$333.931,89, acrescido da multa de 100%, referente ao descumprimento de obrigação principal, onde foi apurado "*ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei, nos meses de fevereiro a dezembro de 2002, janeiro a dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, janeiro a junho de 2007*".

Consta no Auto de Infração, no campo “*Descrição dos Fatos*”, que a infração decorreu do confronto entre a receita omitida constante do HD e a receita oferecida à tributação. A supressão de tributo se deu mediante utilização de software que permite ao usuário a desativação do ECF, possibilitando que uma operação de venda seja registrada em seu banco de dados sem o correspondente envio ao software básico do ECF oficial do comando de impressão do cupom fiscal. Durante a “*Operação Tesouro*” foram apreendidos os computadores, cujo banco de dados foi degravado, obtendo-se o faturamento total do contribuinte. A apuração da receita omitida foi feita a partir do levantamento da receita total existente no HD (arquivo magnético) dos computadores apreendidos, conforme Auto de Exibição e Apreensão do Departamento de Crimes Contra o Patrimônio (DCCP), sendo a fraude detectada através da inteligência fiscal, que demonstrou no “*Programa Colibri*” uma arquitetura de fraude fiscal, constatando bifurcação entre as CPU fiscal e não fiscal, utilização de software (aplicativos) diverso do homologado pela SEFAZ. Todo o material foi resgatado através de um Mandado de Busca e Apreensão do Poder Judiciário, expedido pelo Exmo. Sr. Juiz de Direito.

Considerando as diversas diligências que se sucederam ao longo do trâmite do presente processo em sede de primeira instância, reproduzo a seguir, em sua integralidade, o relatório elaborado pelo i.julgador Rubens Moutinho dos Santos:

*O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa às fls. 75 a 115, inicialmente discorrendo a respeito dos procedimentos adotados pelos órgãos fiscais e policiais do Estado da Bahia durante a Operação Tesouro, que se resumiu na investigação de empresas que utilizavam de um aplicativo fiscal que permitiria a venda de mercadorias sem a correspondente emissão dos cupons fiscais.*

*Assevera que ao se apreenderem os computadores dos contribuintes “suspeitos”, partiu-se para um perigoso raciocínio dedutivo, segundo o qual os valores contidos nos HDs (hard discs), que foram degravados sem a presença do responsável legal do contribuinte, refletiriam o valor real do faturamento, sendo utilizado como única base para encontrar a omissão de saídas. Argumenta que diante da forte comoção pública e do clamor da mídia, foram lavrados, em tempo recorde, dezenas de Autos de infração, todos lastreados unicamente nos dados*

*dos HDs, como se isso se constituísse em prova absoluta de omissão de receitas. Assim, o fato de existir um número divergente em um computador “suspeito” passou a ser prova inequívoca de sonegação.*

*Alega ter sido esse o maior erro da Operação Tesouro. Afirma que não se duvida da boa-fé dos agentes fiscais ao procederem à investigação, nem tampouco se acredita ter ocorrido perseguição pública, porém o problema foi que um indício de fraude foi tratado como uma fraude consumada, sem que o contribuinte exercesse o seu direito à ampla defesa e sem que fossem realizados os mais elementares roteiros de fiscalização. Acrescenta que a autuação se baseou em uma presunção, já que um número obtido em um HD não é prova de faturamento, presunção essa não autorizada legalmente, além de inexistir segurança de que o valor apurado seja realmente aquele contido no HD, desde quando a análise do material foi unilateral, sem a presença de qualquer representante legal das empresas.*

*Salienta que os contribuintes detectaram diversas falhas nas autuações, tais como “faturamento” em período anterior ao início das atividades, soma dos faturamentos da matriz e da filial, empresas diversas com o mesmo faturamento e valores incompreensíveis. Assim, entende que a acusação de omissão de receita decorreu de falha na análise do seu HD, desde quando jamais fez uso do aplicativo Colibri para a prática de ilícito fiscal. Além disso, outros equívocos depõem contra o lançamento, a exemplo de erro na aplicação da alíquota e a desconsideração das vendas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e daquelas isentas de ICMS.*

*Desse modo, acredita que o CONSEF julgará a ação fiscal nula ou improcedente. Para tanto, passa a tratar a respeito das falhas identificadas na constituição do crédito tributário.*

*Ocorrência de decadência parcial: por meio do Auto de Infração foi constituído o crédito referente ao recolhimento a menos do ICMS, tributo sujeito ao lançamento por homologação, relativo a fatos geradores ocorridos entre 09/02/2002 e 09/06/2007, período no qual calcularia o montante devido e anteciparia o respectivo pagamento. A Fiscalização, por sua vez, lançou valores que entendia devidos. Manifesta o entendimento de que, no entanto, no que se refere aos fatos geradores anteriores a 02/01/2003 teria ocorrido a perda do direito de o Fisco rever o lançamento por homologação, em decorrência do disposto no transrito art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional (CTN).*

*Assevera que este é o entendimento verificado no Superior Tribunal de Justiça (STJ), onde se observa a distinção entre o direito de rever a constituição do crédito feita pelo contribuinte (art. 150, § 4º) e o direito de constituir o crédito tributário (art. 173, I), sendo que nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, havendo pagamento antecipado conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º do CTN), como se constata nas ementas concernentes aos processos de nºs 101.407-SP e 733.915-SP, que transcreve.*

*Diz que sendo assim, a regra do art. 173 do CTN se aplica aos tributos sujeitos ao lançamento por declaração (que pressupõem uma atividade prévia do sujeito ativo), quando a contagem do prazo decadencial se inicia no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Já no caso dos tributos cujo lançamento seja feito pelo contribuinte, ocorrido o fato gerador tem o fisco o prazo de cinco anos para formalizar e constituir o crédito, através do Auto de Infração (art. 150, § 4º).*

*Entende que no presente caso, como o lançamento somente foi formalizado em 02/01/2008, com a notificação do contribuinte, já se encontrava decaído o direito de alcançar fatos ocorridos antes de 02/01/2003. Afirma que mesmo que se pretenda aplicar a regra do art. 173, I do CTN, ainda assim se concluirá que a decadência também se consumou. Isto porque para os fatos ocorridos no exercício de 2002 a Fazenda dispunha de cinco anos, contados a partir de 01/01/2003 até 01/01/2008 para notificar o contribuinte sobre a lavratura do Auto de Infração, o que somente ocorreu em 02/01/2008, portanto, após a consumação da decadência.*

*Nulidade devido à falta de segurança da infração e ao cerceamento do direito de defesa: alega que dentre os princípios de proteção ao cidadão frente ao Estado, dois merecem destaque especial no que se refere ao procedimento de lançamento tributário: aqueles que tratam sobre a segurança jurídica e sobre a ampla defesa.*

*Argumenta que a ampla defesa somente pode ser plenamente realizável e respeitada se for resguardada aos contribuintes a possibilidade de contestar os fatos e as infrações que lhe forem imputadas. Assim, quando é impossibilitado ao autuado o acesso aos elementos necessários para exercer o seu direito de defesa, o processo administrativo deve ser excluído do sistema, por representar notório desrespeito às prescrições consagradas na Constituição Federal de 1988.*

*Realça que no caso em lide se constata o descumprimento dos mencionados princípios, uma vez que não lhe foi dada oportunidade de presenciar a degravação do HD, nem existe nos autos a comprovação de que as informações coletadas efetivamente se referem ao seu computador. Enfatiza que inexistente uma única prova de que os HDs foram os do autuado, desde quando não há “espelho” do HD; não há termo assinado pelo contribuinte, atestando que a degravação foi feita em sua presença; em suma, não há a mínima segurança de que os “demonstrativos” acostados ao processo se referem ao estabelecimento do autuado.*

Destaca que não pretende alegar ter ocorrido qualquer manipulação de dados ou má-fé da Fiscalização, pretendendo tão somente a segurança de que os dados utilizados para a lavratura do Auto de Infração são aqueles que efetivamente existiam em seu computador, tendo em vista, principalmente, que os valores foram considerados, por presunção, como sendo o faturamento real do seu estabelecimento.

Lembra que cabe à Fiscalização provar os seus lançamentos, conforme registro extraído da informação fiscal prestada pelo Auditor Fiscal José Raimundo Conceição a respeito do Auto de Infração nº 207348.0001/04-5, lavrado contra contribuinte diverso. Observa que o transcrito art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99 é claro ao determinar que é nulo o lançamento que não contenha elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Assevera que da leitura das peças processuais não é possível afirmar, com segurança, que os valores constantes dos demonstrativos são provenientes do HD do autuado, assegurando que após extrair cópia integral dos autos e depois de muito analisá-los não conseguiu identificar qualquer prova desse fato. Em reforço, reprisa as falhas já apontadas, que afirma terem ocorrido quando da análise do HD por parte da fiscalização.

Observa que uma das explicações plausíveis para as falhas ocorridas seria a utilização de dados em HDs de contribuintes diversos, tendo em vista a significativa quantidade de empresas investigadas. Destaca que o registro de que um contribuinte teria apresentado faturamento antes do início de suas atividades evidencia ter ocorrido troca de dados das empresas. Sendo assim, requer que a fiscalização prove que os dados utilizados para a lavratura do Auto de Infração são realmente aqueles constantes no HD do autuado, exercendo o ônus da prova que lhe incumbe (art. 18, IV, “a” do RPAF/99, c/c o art. 333 do CPC), sob pena de nulidade do lançamento de ofício.

Nulidade em decorrência de uso de presunção não autorizada pela Lei nº 7.014/96 – ressalta que de acordo com a fiscalização, o sistema fraudulento objeto da investigação consistiria no uso de um programa em versão não certificada, que operaria no modo F (fiscal) ou NF (não-fiscal), ficando a critério de o contribuinte determinar se a venda seria ou não acobertada por cupom fiscal. Assim, os contribuintes possuidores dessa versão foram taxados como “fraudadores”, sendo todos os valores verificados nos HDs considerados como o seu faturamento real. Argumenta ser evidente que o simples fato de existir um valor no computador de um contribuinte não pode, por si só, servir de prova de qualquer faturamento.

Alega que se houve o uso de um software “irregular” e um valor verificado em um computador, há apenas um indício de fraude, que deve ser devidamente investigado, cabendo a fiscalização, in loco, do estabelecimento, para que se comprove a efetiva sonegação fiscal. Nesse caso, a fiscalização poderia seguir os roteiros sugeridos pela própria SEFAZ, tais como auditoria em documentos e lançamentos fiscais, auditoria da substituição e da antecipação tributária, auditoria dos documentos de informações econômico-fiscais ou auditoria da conta caixa.

Ressalta que a própria INFIP – Inspetoria de Investigação e Pesquisa, quando da Operação Tesouro sugeriu que a fiscalização efetuasse uma “criteriosa” análise dos livros e documentos apreendidos na operação, inclusive os não-fiscais, os livros-caixa e os comprovantes de operações com cartões de crédito/débito. Alega que apesar dessa orientação, os Auditores Fiscais se acomodaram com o conteúdo dos HDs degravados pelos analistas da SEFAZ, o que significa que a ação fiscal foi conduzida pelos analistas de sistemas da SEFAZ, já que o Auto de Infração se baseia unicamente nos dados obtidos nos computadores.

Frisa que, assim, sem qualquer auditoria efetiva, presumiu-se que os dados constantes nos HDs refletiam o faturamento real, concluindo pela acusação de omissão de saídas. Daí, entende que o procedimento adotado pelos Auditores Fiscais seguiu uma orientação externa, haja vista que todos os Autos de Infração lavrados se basearam exclusivamente nos dados dos HDs. Afirma inexistir autorização legal para a presunção de omissão de saídas sem pagamento do imposto, com base nos dados obtidos no computador do contribuinte.

Destaca que o princípio da legalidade estrita, também denominada tipicidade cerrada, exige uma correspondência natural entre o fato gerador e a hipótese descrita na norma jurídica. Desse modo, a definição de um fato gerador pressupõe a existência de uma lei específica, que descreva exatamente os seus critérios de identificação (material, temporal, espacial, quantitativo, etc), nos termos do art. 97, inciso III do CTN, havendo sérias restrições à utilização de presunções em matéria tributária, desde quando o fato gerador “presumido” não preenche o tipo tributário.

Aduz que assim, a cobrança de tributos por presunção somente pode ser admitida quando atendidos os seguintes pressupostos: esteja autorizada por lei; haja uma relação direta e imediata entre o fato gerador “presumido” e o fato gerador real; e não acarrete usurpação de competência tributária. Apesar das críticas às presunções, reconhece que a cobrança de ICMS por presunção está excepcionalmente autorizada no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, conforme transcreveu, entretanto a fiscalização somente pode adotar a presunção nas situações especificadas nesse dispositivo. A respeito de outras situações se encontrava expressamente proibida, por falta de amparo legal, a aplicação de qualquer tipo de presunção de ocorrência de fato gerador do ICMS, como ocorreu com os primeiros lançamentos baseados nas informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, situação que somente foi incluída no aludido § 4º por meio

*da Lei nº 8.542/02. Lembra, também, do resultado atinente às autuações baseadas em vendas de mercadorias abaixo do preço de custo, quando a fiscalização, com fundamento em subfaturamento fictício, presumia a ocorrência de fraude ao erário. Nesse caso, o CONSEF afirmou que a constatação de subfaturamento era mero indício de fraude, não permitindo a presunção de omissão de saídas. Para exemplificar as decisões que anularam lançamentos com essa presunção, utiliza-se da Resolução nº 1.423/97.*

*Afirma que tratando-se de situação sem autorização legal para utilização da presunção, a Fiscalização deve produzir prova cabal da fraude, por meio dos roteiros de auditoria existentes. Como no caso presente a suposta divergência entre o valor declarado pelo contribuinte como receita e aquele existente em “seu computador” trata-se de mero indício de irregularidade, este deveria ser provado pela Fiscalização, já que não existe autorização legal para uma presunção de omissão de receita, desde quando não há no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 nenhuma referência a “dados obtidos no computador do contribuinte” autorizar o uso de presunção.*

*Para fins de corroborar a necessidade de anulação do lançamento, destaca que se a Fiscalização ao constatar o indício de fraude, realizasse os roteiros normais de auditoria, identificando, por exemplo, suprimentos de caixa de origem não comprovada ou divergência de receita com base nos dados fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito, estaria legalmente autorizada a presumir a omissão de saídas. Como não se admite o uso de presunção não autorizada por lei, resta a convicção de que a lavratura do Auto de Infração baseada exclusivamente nos dados do computador é ato absolutamente ilegal, resultando na nulidade do lançamento fiscal.*

*Empresa inscrita no SimBahia. Exigência do ICMS pelo regime normal de apuração. Ausência de processo administrativo prévio para o desenquadramento de ofício. Nulidade: alega que no período fiscalizado se encontrava inscrito no regime do SimBahia, regido pela Lei nº 7.357/98 e pelo art. 383-A do RICMS/97, com a redação vigente à época dos fatos geradores. Nesse caso, a exigência do imposto pelo regime normal de apuração está condicionada ao prévio desenquadramento de ofício do regime simplificado, através de procedimento administrativo próprio, a ser decidido pela autoridade administrativa competente (o Inspetor Fazendário).*

*Alega ser este o entendimento do CONSEF, como se verifica na ementa do Acórdão JJF nº 0474-04/02, cujo teor transcreve, decidido à unanimidade pelos membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, apresentando trecho do voto proferido pelo relator Anselmo Leite Brum. Utiliza-se, ainda, do Acórdão JJF nº 0327-04/02, bem como de trecho do voto apresentado pelo relator Antônio Aguiar de Araújo.*

*Salienta que, desse modo, havendo infração grave ao regime simplificado, o Auditor Fiscal deve propor ao Inspetor Fazendário o desenquadramento do contribuinte. Somente se a proposta for acatada e após o desenquadramento, poderá ser efetuado o lançamento, cobrando o imposto pelo regime normal de apuração, concedendo o crédito presumido de 8%, na forma do art. 408-S do RICMS/97.*

*Argumenta que no caso presente ocorreu afronta ao devido processo legal e à legalidade, na medida em que sem o prévio desenquadramento do autuado, foi cobrado o ICMS pelo regime normal de apuração, conforme se verifica nos demonstrativos fiscais, onde foi apurado o imposto pelo regime normal, com a concessão do crédito fictício de 8%. Reafirma que o autuante não poderia promover o desenquadramento de ofício no corpo do Auto de Infração, por se tratar de um procedimento ilegal.*

*Observa que a própria SEFAZ em um relatório denominado “Sistema de Gestão de Procedimentos e Rotinas Informatizadas”, define os procedimentos atinentes ao desenquadramento de contribuintes inscritos no SimBahia para outras condições por iniciativa do contribuinte ou de ofício. No que se refere ao desenquadramento de ofício, transcreve o item 4.8 e seguintes, que demonstram a competência do Inspetor Fazendário para decidir sobre o desenquadramento. Lembra que ainda existe um fluxograma de procedimentos do desenquadramento (fls. 131/132).*

*Conclui que se não existe no processo a Decisão do Inspetor Fazendário desenquadrando o contribuinte do SimBahia e foi calculado o imposto pelo regime normal de apuração, a autuação deve ser julgada nula, por violação ao devido processo legal e ao princípio da legalidade.*

*- A Portaria nº 53/2005: registra que toda a ação fiscal tem como suporte a utilização de software que a fiscalização considerou como “irregular”, por permitir, em tese, a desabilitação do comando de impressão do cupom fiscal, isto com base na alegação de que os contribuintes se utilizavam de versões “não-certificadas” do programa Colibri, como, por exemplo, a DOS 3.4 e a Millennium 6.0 (Windows).*

*Realça que, entretanto, a questão de programa aplicativo certificado somente veio a ser devidamente regulamentada pela Portaria nº 53SF, 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”. Assim, até 21/01/2005, data de publicação dessa portaria, não havia qualquer regulamentação exigindo que os aplicativos fiscais fossem certificador por uma autoridade certificadora.*

*Diz que desse modo, não se pode afirmar que entre 2002 e 2004 um contribuinte fizera uso de uma versão não certificada de um aplicativo fiscal, já que ainda não havia exigência de certificação de programa e a Fundação*

Visconde de Cairu, que verifica a conformidade dos aplicativos, somente foi credenciada para tanto pela SEFAZ após a publicação da mencionada portaria. Acrescenta que não se pode alegar que o art. 824-D do RICMS/97 daria suporte à autuação em relação àquele período, porque nesse próprio dispositivo (§ 2º) consta a exigência de regulamentação, que somente ocorreu em 2005. Já no § 1º existe comando da norma dirigido ao “interessado em cadastrar programa”, que se refere ao vendedor do aplicativo.

Afirma que a Fiscalização pretende aplicar retroativamente a Portaria nº 53/2005 a fatos anteriores à sua vigência, o que é vedado em nosso ordenamento jurídico. A respeito do princípio da irretroatividade traz à colação o pensamento de Washington de Barros Monteiro e citação de Pontes de Miranda.

Por essa razão, como o lançamento está baseado exclusivamente em uso de software não-certificado, exigência não existente até 21/01/2005, requer que sejam anuladas as cobranças relativas ao período de 2002 a 2004, sob pena de ilegal aplicação retroativa da referida portaria.

- A ausência de prova de fraude: argui que merece destaque a ausência de prova evidente da suposta “fraude”, tendo a acusação se reportado à “receita omitida no HD”, ao “uso de software não-certificado”, dentre outras afirmações do gênero, tudo para amparar a acusação de fraude e a aplicação da elevada multa de 100%, sendo esta não passível da redução prevista no art. 45 da Lei nº 7.014/96. Assevera que, no entanto, uma análise com dos autos com prudência e cautela mostrará que não há um único elemento que demonstre inequivocamente o uso de um aplicativo fiscal para fins de sonegação fiscal e nem que o HD analisado pertence ao impugnante.

Menciona que, de igual modo, não foi carreado ao processo nada que comprove que os dados contidos no computador, ainda que pertencente ao impugnante reflitam efetivamente o faturamento do seu estabelecimento no período (e não outro dado qualquer), mesmo porque não foi realizada qualquer auditoria para confirmar a suposta omissão de saídas. Afirma que a verdade é que a “arquitetura” da fraude não passa de uma alegação não comprovada e a omissão de faturamento nada mais é do que uma presunção baseada em números extraídos de um computador apreendido. Assim, não há substância nas acusações, pois não há prova do uso do equipamento e nem qualquer documento que dê suporte à acusação de fraude.

Por conta disso lança as seguintes indagações: Quem, afinal, fez a mencionada “bifurcação” entre as CPUs fiscal e não-fiscal? Onde, nos autos, está a comprovação disso? Alega que concretamente existe apenas o fato de o contribuinte ter utilizado, no período de 2005 a 2007, um programa em uma versão não-certificada, que possibilitaria, em tese, a não emissão de cupom fiscal. Assevera que o resto é apenas suposição não provada.

Aduz que por essa razão jamais poderia ter sido aplicada a multa de 100%, que é cabível apenas quando há prova de fraude, porém, no máximo aquela prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “b”, item 1.3, no valor fixo de R\$27.600,00, prevista para o contribuinte que utilize programa aplicativo ou outro programa de processamento de dados que possibilite omitir o lançamento do dado ou do documento fiscal. Acha que, na pior das hipóteses, a multa aplicada deveria ser de 70%, prevista para os casos de “atos fraudulentos”, como a omissão de receitas tributáveis (art. 42, inciso III da mesma Lei). Pugna, desse modo, pela conversão da multa para o valor de R\$27.600,00 ou, alternativamente, para 70%, na hipótese de o lançamento ser mantido.

- Incorreto roteiro de fiscalização em razão do ramo de atividade do autuado: enfatiza que a fiscalização desprezou um importante aspecto, de fundamental importância para o deslinde da questão, que se refere ao ramo de atividade do estabelecimento (bar e restaurante), no qual a maioria dos itens adquiridos são tributados antecipadamente (mercadorias elencadas na substituição tributária, como bebidas alcoólicas, água mineral, refrigerantes, cigarros, sorvetes, etc.) ou são isentos do ICMS (frutas, verduras, pescado, etc.).

Desse modo, grande parte das saídas de mercadorias não gera débitos de ICMS, pois o imposto ou foi pago antecipadamente, por substituição, ou simplesmente não é devido, em decorrência da isenção, significando que grande parcela da receita do autuado não sofre incidência do ICMS. Como foi cobrado o imposto sobre a receita total, sem qualquer análise das saídas amparadas por isenção ou por substituição tributária, ocorreu nova tributação sobre mercadorias cujo imposto já fora pago por substituição ou foi cobrado imposto sobre produtos isentos.

Ressalta que ao invés de cobrar o imposto sobre o total da receita apurada, deveria ter sido adotado o critério da proporcionalidade, excluindo da base de cálculo os produtos já tributados e os isentos. Lembra que de acordo com o art. 356 do RICMS97, o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, desonera de tributação as operações internas subsequentes.

Argumenta que este CONSEF passou a condensar qualquer presunção de omissão de receita nos casos em que o contribuinte comercialize mercadorias da substituição tributária ou isentas, por implicar em cobrança indevida do ICMS. Já nas situações em que o contribuinte comercialize mercadorias não-tributáveis e tributáveis, como é o presente caso, o CONSEF entende que deve ser adotada a proporcionalidade sobre as saídas tributáveis que compõem a receita.

Acrescenta que foi em decorrência da grande quantidade de decisões nesse sentido, emanadas deste órgão julgador, que a Superintendência de Administração Tributária editou a Instrução Normativa nº 56/2007, da qual transcreve o item 1, complementando que essa diretriz também se aplica às empresas inscritas no

*SimBahia, pois também podem sofrer a cobrança do ICMS sobre vendas de mercadorias da substituição tributárias e/ou isentas. Apresenta, também, a ementa atinente ao Acórdão CJF nº. 0019-11/03, relatado pelo Conselheiro Ciro Roberto Seifert, onde é ressaltado que no cálculo da receita bruta mensal não devem ser incluídos os valores das operações não sujeitas ao imposto por isenção ou não incidência, bem como das operações tributadas pelo regime da substituição tributária por antecipação.*

*Pleiteia, assim, a realização de uma revisão fiscal, no sentido de se refazer os demonstrativos fiscais, levando em consideração os índices de proporcionalidade verificados em cada exercício fiscalizado, através dos relatórios consolidados da DMA ou outro instrumento idôneo, para que o Auto de Infração caso não anulado, seja julgado procedente em parte.*

*- A apuração do débito conforme as regras do SimBahia, caso não seja acolhida a preliminar de nulidade: salienta que no caso de não ser acolhida a preliminar de nulidade concernente à apuração do débito pelo regime normal de apuração, sem a existência de desenquadramento prévio por parte da autoridade competente, chama a atenção para o seguinte fato: mesmo somando a “receita” supostamente omitida, a receita global ajustada de cada ano fiscalizado permanece dentro das faixas de faturamento relativas às empresas de pequeno porte (EPP), não ultrapassando os limites definidos no art. 2º da Lei nº 7.357/98, como se verifica nos demonstrativos anexados ao Auto de Infração. Entende que, desse modo, a apuração do débito deveria ter seguido os critérios de cálculo estabelecidos no art. 7º da mencionada Lei.*

*Para demonstrar a injustiça fiscal que a cobrança do imposto pelo regime normal pode causar, salienta que dentre as empresas autuadas em decorrência da Operação Tesouro, algumas são de grande porte, que calculam o ICMS através do regime de apuração em função da receita bruta (art. 504 e seguintes do RICMS/97), enquanto que outras são de pequeno porte, como é o caso do impugnante, que apuram o imposto segundo as regras do SimBahia (Lei nº 7.357/98).*

*Entende que em relação às primeiras, a suposta omissão foi corretamente calculada, de acordo com o art. 504, inciso IV do RICMS/97, com a aplicação do percentual de 4% ou 5% sobre a receita, a depender do período. Já em relação às empresas do SimBahia, o débito foi calculado pelo regime normal de apuração, com a concessão do crédito presumido de 8%. Com base nessa linha de argumentação, através de um exemplo prático, demonstra que para uma mesma base de cálculo para um contribuinte de grande porte seria exigido o imposto à alíquota de 4%, enquanto que para o do SimBahia seria cobrado o tributo no percentual de 9% (17% - 8%), o que representa mais de duas vezes o valor apurado para a empresa de grande porte.*

*Assim, requer que sejam refeitos os demonstrativos, apurando-se o débito pelas regras do SimBahia, em conformidade com a redação do art. 7º da lei nº 7.357/98, vigente à época dos fatos geradores, o que deverá ser realizado no período da revisão fiscal já solicitada, quando deverão ser excluídos os valores atinentes às mercadorias alcançadas pela substituição tributária e aquelas isentas.*

*Aduz que essa providencia redundará na procedência apenas parcial do lançamento, caso não seja declarada a sua nulidade, já que o impugnante não reconhece como verídicos os demonstrativos supostamente baseados nos dados “encontrados” em seu “HD”. Pugna pela nulidade ou pela improcedência do Auto de Infração.*

*Um dos autuantes prestou informação fiscal às fls. 135 a 146, inicialmente apresentando um histórico a respeito da operação empreendida em conjunto pelas Secretarias Estaduais da Fazenda e da Segurança Pública, além do Ministério Público, cujo objetivo era a apuração da fraude relativa à instalação de softwares de gestão e de automação comercial não autorizados pela SEFAZ e que permitiam aos seus usuários sonegarem o ICMS e demais tributos incidentes sobre o seu faturamento. Através do procedimento, os seus usuários deixavam de emitir cupons fiscais em relação às operações realizadas, emitindo outro documento semelhante.*

*Em seguida, o autuante discorre sobre a legalidade da apreensão e utilização dos elementos de prova constituídos em meios eletrônicos de armazenamento de dados, tais como, CPU, disquetes, fitas magnéticas, CD-ROM e discos ópticos, nos quais possam ser demonstradas as práticas dos delitos ou qualquer registro que sirva para a comprovação da prática do crime investigado. Comenta, ainda, sobre a captação de prova de delitos e sobre a recuperação dos dados, sua certificação e elaboração de laudo de degravação que possibilite a avaliação das evidências coletadas.*

*Apresenta, na sequência, novos Demonstrativos das Vendas Brutas e de Débito, nos quais suprime os dados atinentes ao exercício de 2002, sendo modificado o débito total para o montante de R\$297.882,71. E traz as seguintes indagações: “Como pode o contribuinte declarar na DME um valor das vendas de R\$1.246.678,67 e em seus controles internos, extraídos do HD degravado, o valor de R\$3.646.918,77? Qual seria o intuito?”.*

*Salienta que o programa Colibri, utilizado pelo contribuinte, foi alterado, sendo desabilitado para não emitir cupons fiscais, de acordo com a arquitetura da fraude fiscal, anexa às fls. 11 a 17 [17 a 23]. Afirma que a perícia que comprova a veracidade/fidedignidade/autenticidade dos dados obtidos, provavelmente será encaminhada à justiça e ao Ministério Público, para que sejam adotadas as cabíveis medidas judiciais. Aponta estar anexado aos autos (fl. 147) o Laudo Pericial, emitido pelo DPT/ICAP [Departamento de Polícia Técnica/Instituto de Criminalística Afrânio Peixoto].*

Transcreve alguns trechos a respeito do ônus da prova, quanto à licitude, à classificação e à finalidade da prova, concluindo com a transcrição parcial do art. 142 e de seu parágrafo único do CTN.

Contesta a alegação defensiva de que os autos de infração foram lavrados em tempo recorde, afiançando que a sua emissão se deu ao final dos trabalhos, como determina a respectiva ordem de serviço (fl. 10) e no tempo normal de realização das atividades trimestrais.

Observa que a presunção forma os indícios, que, por sua vez, são consumados com as provas materiais, sendo que no caso deste PAF a prova cabal é o conteúdo extraído do HD apreendido do contribuinte, cuja degravação está comprovada através do Laudo Pericial do ICAP. Quanto aos contidos no HD, ressalta que são aqueles gravados no CD anexo aos autos (fl. 59), onde consta no programa Excel toda a receita registrada no DOS, sendo que uma cópia foi entregue ao autuado, conforme fl. 124 [fl. 58], o que permite o exame de seu conteúdo por qualquer perito.

Esclarece que no novo levantamento total das vendas, baseado no faturamento contido no mencionado CD, não foram considerados os períodos anteriores ao exercício de 2003, porque estariam decadentes, tendo em vista que não existem indícios de que foram acrescentados valores de filial e matriz, nem de outras empresas, bem como considerando que o início das atividades do estabelecimento autuado se deu em 2003. Afirma que em relação a esse ponto, basta que os julgadores observem o Demonstrativo de Faturamento, para constatar que os dados contidos no HD são verdadeiros.

Acrescenta ter sido reconsiderado o período de 2003 a 2007, conforme novo Demonstrativo de Débito, considerando que a ação fiscal foi deflagrada em 02/10/2007 e o Auto de Infração foi registrado em 27/12/2007.

No que se refere à comprovação de propriedade do equipamento, alega que o computador que teve seu HD degravado se encontrava de posse do contribuinte, dentro de seu estabelecimento, devendo existir nota fiscal de aquisição comprovando o número de série do equipamento apreendido, conforme termo à fl. 23. Quanto à veracidade dos números existentes no HD, entende que basta ao contribuinte determinar que um perito em informática faça nova degravação e se houver discordância dos seus resultados do Laudo Pericial do ICAP, o acoste à defesa. Aduz que de forma contrária à alegada pelo impugnante, o ônus da prova se encontra com o contribuinte, que deve provar que os dados do HD degravado não são os dele, nem são verdadeiros.

Em relação à argumentação de ocorrência de troca entre os dados das empresas, ressalta que o contribuinte deve trazer as provas de suas alegações.

Quanto aos valores detectados no computador do contribuinte, consigna que esse fato se constitui num indício de prova de faturamento, tendo em vista que todo material registrado em um computador deve ser tido como suspeito, servindo de prova contra o seu proprietário.

Assegura que os Auditores Fiscais demonstraram qualificação, capacidade técnica, eficiência e trabalho racional, tendo partido de vários roteiros de auditoria, chegando ao maior valor sonegado, constatado no HD degravado do contribuinte, como preceitua o RICMS/BA e estabelecem as normas de auditoria geralmente aceitas pelo IBRACON [Instituto dos Auditores Independentes do Brasil].

Realça terem sido apurados outros fortes indícios de sonegação: o primeiro se encontra no CFAMT (compras fora do Estado sem computar na DME), conforme fls. 154 a 170, que resultou, no período de 2003 a 2006 no montante de R\$14.608,33 de mercadorias não consignadas nas DMEs, resultando na presunção de que a entrada de mercadoria sem registro implica na saída sem emissão de cupom ou de nota fiscal.

O segundo indício se verifica no TEF (vendas com cartão de crédito/débito), onde nos exercícios de 2005 e 2006 (fls. 175 e 177) foi apurada a diferença total de R\$108.441,33, resultando na presunção de terem saído mercadorias sem emissão de documentos fiscais.

O terceiro tipo de sonegação foi constatado por meio dos quadros de vendas, registrados através dos dados contidos no HD degravado e dos dados apurados nas Reduções Z (vendas com cupons fiscais), conforme constam às fls. 35, 41, 47, 53, 54 e 57, o que resultou na diferença total de R\$3.084.781,90, nos exercícios de 2003 a 2007.

Ao não apresentar o seu livro Caixa, mesmo tendo sido intimado para tanto (fl. 12), livro este obrigatório pelo regime do SimBahia e do Simples Nacional, contribuinte deixou de demonstrar o seu movimento financeiro.

Outro indício de sonegação e fraude reside nas pré-contas e comandas sem a emissão de cupom fiscal, não constando dos mapas do ECF.

Anexa, para reflexão, dois recibos de prestação de serviços da empresa Networks Informática Ltda. (fls. 404/405), relativos às aquisições de um computador e de bobinas para as notas fiscais, as quais a fiscalização denominou de pré-contas.

Por entender que restou demonstrada a pertinência da ação fiscal, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

*Ao tomar ciência da informação fiscal e dos novos elementos juntados pelo autuante, o contribuinte se manifestou às fls. 423 a 437, argumentando que apesar de criticar o que a defesa denominou de “clamor midiático”, o autuante dedica parte da informação explorando exatamente a repercussão do caso na mídia, enfatizando o discurso das autoridades envolvidas na operação, ressaltando os pronunciamentos do Procurador-Geral de Justiça e do Secretário de Fazenda, no sentido de “recuperar” o suposto crédito tributário “sonegado” pelos investigados.*

*Aduz que teme exatamente esta condenação prévia, tendo em vista que a presunção de inocência e os princípios da ampla defesa e do contraditório garantem ao litigante em processo judicial ou administrativo o direito ao julgamento justo e isento, ou seja, o direito de apenas ser condenado se for comprovada cabalmente a acusação contra si imputada. Deste modo, no caso em lide o crédito tributário somente será definitivamente constituído após um justo e democrático processo administrativo, condicionado a um julgamento isento e técnico por parte do CONSEF. Antes disso, somente haverá suspeita e indícios, que deverão ser comprovados pelos autuantes.*

*Repete que o problema da Operação Tesouro foi ter considerado um indício como prova cabal de sonegação, condenando previamente quem era apenas investigado. E esse indício é o suposto uso de um programa em versões consideradas não-certificadas, que possibilitaria a realização de operações de venda sem a emissão dos cupons fiscais. Como se trata de um indício, deveria ser provado por meio de uma fiscalização ampla, que envolvesse os roteiros regulares de auditoria. Assim, o fato de o deficiente possuir um programa considerado “não homologado” não poderia conduzir à conclusão de que foi utilizado com fins de sonegação, a não ser que fosse provado o seu uso indevido, desde que respeitadas as garantias e prescrições legais.*

*Alega que quem acompanhou de perto o cumprimento do mandado de busca e apreensão percebeu a alta probabilidade de perda ou troca do material apreendido. Eram inúmeros documentos e equipamentos envolvidos em sacos plásticos, normalmente sacos de lixo, retirados dos estabelecimentos dos diversos contribuintes investigados. Além disso, em seu transporte os sacos se rompiam e eram amontoados nas caçambas das viaturas policiais, enquanto que na delegacia a situação ainda era pior, pois os documentos e computadores foram espalhados pelo chão, misturando-se a outros materiais depositados por policiais. Cada mandado cumprido representava mais acúmulo de material no local.*

*Ressalta que somente uma troca de computadores pode explicar os números apresentados pela fiscalização, pois destoam completamente do porte e da realidade do impugnante. Ademais, lembra que não presenciou a degravação do HD, tendo absoluta convicção de que as informações coletadas e reproduzidas no Auto de Infração efetivamente não se referem ao seu computador.*

*Salienta que na tentativa de validar o procedimento, o autuante afirma que a apreensão do HD ocorreu na presença do “representante legal” da empresa, juntando também um “laudo pericial” emitido pelo Departamento de Polícia Técnica, quando o Auditor Fiscal comprova definitivamente a insegurança do lançamento fiscal, ao afirmar que “...na presença da Sra. ANA PAULA DELLA PIAZZA, representante legal dos proprietários da empresa, onde assinou o referido Auto de entrega dos equipamentos: 01 COMPUTADOR (contendo o HD, donde foi degravado).”*

*Afirma, no entanto, que a Sra. Ana Paula Della Piazza não é representante legal do impugnante, conforme se observa no contrato social (fls. 117 a 128). Na verdade, a Sra. Ana Paula é a representante legal da empresa Della Piazza Comércio de Alimentos Ltda., estabelecimento também investigado na Operação Tesouro. Desta forma, o próprio autuante fragiliza o procedimento, quando afirma que o HD foi apreendido na presença do “representante legal da empresa”, mas indica pessoa diversa daquela legalmente habilitada para representar o autuado.*

*Indaga: “Quem garante que essa falha efetivamente não ocorreu e que o HD degravado seja aquele entregue pela referida senhora, que não tem nenhuma relação com o autuado? E mesmo que o autuante alegue ter sido apenas um erro material, quem garante que este erro também não se repetiu na degravação do HD, já que o contribuinte não acompanhou esta etapa da investigação?”*

*Acrescenta que até mesmo o laudo pericial contém um sério erro, que coloca em dúvida toda a segurança do lançamento fiscal, uma vez que logo em sua capa identifica o Auto de Infração como de nº 118973.1818/07-9, quando o correto é o de nº 118973.1812/07-0. Alega não existir certeza se o laudo não se refere efetivamente ao Auto de Infração 118973.1818/07-9 e, por engano, ter sido anexado ao presente processo.*

*Assevera ser esta mais uma pergunta sem resposta precisa, que reforça a nulidade absoluta do lançamento fiscal. Insiste que não reconhece os números apresentados pela fiscalização, que o HD degravado não lhe pertence e que os valores constantes do “laudo” são irreais e incompatíveis com a sua realidade.*

*Quanto à solução sugerida pelo autuante, para que o contribuinte contratasse um técnico para degravar o HD, afirma que não teria qualquer resultado útil, haja vista que não afirmou que a fiscalização manipulara os dados contidos no computador, mas que degravou HD que não lhe pertencente, suspeita esta reforçada nos próprios lapsos da informação fiscal. A degravação do mesmo HD por técnico diverso geraria os mesmos resultados, já que a fonte dos dados está viciada. Caso a degravação tivesse sido acompanhada por seu representante legal,*

*com assinatura de termo comprovando a autenticidade do material periciado, não restariam dúvidas sobre o procedimento. Assim, considerando essa insegurança, requer a nulidade do Auto de Infração.*

*Realça que outra violação à lei foi a utilização exclusiva de dados de computador para lastrear o lançamento fiscal. Ao contrário do que disse o autuante, não repele provas obtidas por meio magnético, que podem e devem ser consideradas pelas autoridades fiscais. A questão é que esta prova, por si só, não está autorizada pela Lei nº 7.014/96 a respaldar o lançamento fiscal, sendo por esta razão que relacionou as presunções de omissão de saídas autorizadas na referida lei, não havendo qualquer hipótese relacionada com dados obtidos em computador.*

*Argumenta que tendo em vista disso que não há autorização legal, deveria ser fiscalizado através dos regulares roteiros de auditoria. E o próprio autuante reconhece este fato, quando relaciona outros “indícios” de omissão de saídas, como a falta de registro de entradas e as diferenças nas vendas com cartão de crédito, estes sim com amparo na referida lei. Ressalta que mesmo nos indícios que apontou, o autuante se equivocou ao elaborar seus levantamentos, conforme passa a demonstrar:*

*- CFAMT: compras fora do Estado sem computar na DME. Ressalta que no exercício de 2004, o autuante inverteu os valores captados pelo CFAMT e os registrados na DME (fl. 156/157), pois enquanto o CFAMT captou compras no valor de R\$1.569,06 foi declarado na DME R\$1.667,69, não havendo entrada sem registro.*

*Já no exercício de 2005, o autuante relacionou valores do CFAMT da ordem de R\$14.175,16, porém desse montante, R\$ 12.000,00 se referem à aquisição de uma câmara frigorífica (doc. 01-fl. 439), ou seja, bem do ativo permanente, que não será comercializado e não deveria ser declarado na DME. Assim, as compras de mercadoria em 2005 foram de apenas R\$2.175,16, não havendo entrada de mercadoria sem registrar.*

*No exercício de 2006, o autuante repete o erro verificado em 2004, invertendo os dados do CFAMT e os valores declarados na DME (fls. 169/170), quando o CFAMT captou compras no valor de R\$1.308,10 e no período foi declarado na DME R\$3.803,40, não havendo entrada sem registro.*

*Em seguida apresenta um quadro-resumo, indicando que apenas no exercício de 2003 ocorreu uma diferença não lançada na DME, no valor de R\$278,76, enquanto no total apurado não ocorreram entradas não registradas nas DMES;*

*- vendas com cartão de crédito. Afiança que apesar de o autuante ter apontado para o exercício de 2006 como total da redução Z o valor de R\$244.999,55, o correto seria de R\$255.264,44, conforme cópia integral das reduções Z de 2006 (doc. 02 – fls. 441 a 721). Assim, a diferença não é R\$29.415,39, mas R\$19.150,50.*

*No exercício de 2007, o autuante considerou apenas as reduções Z dos meses de março, maio e junho, conforme demonstrativo à fl. 178. Deste modo, o total da redução Z de 2007 não é R\$86.369,09, mas R\$160.069,40, conforme cópia de todas as reduções Z de 2007 (doc. 03 – fls. 723 a 856), de forma que a diferença não é de R\$79.025,94, mas de R\$5.325,63.*

*No quadro-resumo apresenta o total da diferença, no montante de R\$24.476,13;*

*- diferença entre a Redução Z e os dados do HD. Ressalta que não há nada mais aprofundado a comentar, já que os dados do HD são completamente irreais, porém um fato chama a atenção: comparando as vendas de cartão de crédito/débito, conforme dados das operadoras (TEF – Cartão) e a suposta receita bruta obtida no HD, se verifica uma distorção gritante, desde quando no exercício de 2006 as vendas através de cartões representam 28% e em 2007 chegam a 24,54%, o que indica haver uma nítida distorção na proporção de vendas por meio de cartões de crédito/débito.*

*Argumenta que nenhum estabelecimento do ramo de bar e restaurante opera com 25% de vendas no cartão de crédito/débito, ocorrendo exatamente o contrário, pois os índices de pagamento à vista, quando muito, alcançam esse patamar de 25%. Destaca que este é mais um indício de que o HD degravado não pertence à empresa, implicando na nulidade do lançamento fiscal;*

*- pré-contas e comandas sem a emissão de cupom fiscal. Afirma que as pré-contas e as comandas não são indícios de fraude, mas um procedimento normal em qualquer bar ou restaurante, servindo para informar a posição da conta antes do seu encerramento. Além disso, ao contrário do que afirma o autuante, foram emitidos os cupons Fiscais (doc. 04 – fls. 858 a 877) referentes às pré-contas anexadas no PAF.*

*Quanto à informação do autuante de que tinham sido adquiridos da empresa Networks um computador e “bobinas para Notas Não Fiscais, chamadas de pré-contas”, assevera que estes fatos não revelam qualquer indício de fraude, tendo em vista que o uso de pré-contas não é vedado pela legislação fiscal e há prova de que sempre emite o documento fiscal ao final da operação (doc. 04).*

*Conclui a explanação relativa a esses pontos, alegando que além de não haver amparo legal para que o HD indique uma omissão de saída, a acusação não é corroborada por outros indícios de fraude, deduzindo-se que os levantamentos e o raciocínio adotados pela fiscalização estão totalmente equivocados, não havendo nada que prove a efetiva prática do ilícito fiscal. Sendo assim, entende que não há outra opção senão anular o Auto de*

*Infração, para que seja realizada uma efetiva fiscalização em seu estabelecimento, com base em regulares roteiros de auditoria.*

*Na sequência, o autuado trata a respeito dos tópicos abordados na peça defensiva e que não foram contestados na informação fiscal:*

*- empresa do Simbahia, sem desenquadramento prévio para cobrança do imposto pelo regime normal. Enfatiza que tecnicamente, toda peça de defesa deve respeitar o princípio da eventualidade, ou seja, deve rebater todos os argumentos lançados pela parte contrária. Mas em relação a esta matéria, o autuante simplesmente silenciou, ocorrendo uma confissão ficta, que consiste na aceitação do argumento lançado pela parte adversa. Deste modo, como o autuante não justificou a cobrança de imposto pelo regime normal, de empresa do Simbahia, sem prévio desenquadramento, há de se reconhecer a nulidade do lançamento fiscal;*

*- não poderia ser cobrado tributo antes da vigência da Portaria nº 53/2005. Recorda que tratando-se de infração relativa a uso de software não certificado, não poderia ser cobrado tributo antes da vigência da norma que regulou a mencionada certificação. Como o lançamento está embasado nessa acusação, e a exigência não existia até a data da publicação da citada portaria, reitera o pedido para que sejam anuladas as cobranças do período de 2002 a 2004;*

*- erro na aplicação da multa de 100%. O autuante não justificou a cobrança dessa multa, mesmo não havendo prova inequívoca do uso do programa para fins de sonegação. O demonstrativo, com dezenas de valores aleatórios não se constitui nessa prova, mesmo porque apresenta números irreais. Assim a multa correta seria a prevista no art. 42, XIII-A, "b" da Lei nº. 7.014/96, no valor de R\$ 27.600,00, ou, até mesmo de 70%, constante no art. 42, III da mesma lei;*

*- o princípio da proporcionalidade. Outra questão não contestada diz respeito ao princípio da proporcionalidade, ou seja, a necessidade de se excluir da base de cálculo os produtos isentos e sujeitos ao regime de substituição tributária, exigência legal, prevista na Instrução Normativa nº. 56/07 e inspirada na jurisprudência deste CONSEF;*

*Reprisa o pedido de realização de revisão fiscal, no sentido de se refazer os demonstrativos fiscais, levando-se em consideração os índices de proporcionalidade em cada exercício fiscalizado, de forma a comprovar que grande parte da "receita" supostamente omitida é composta por vendas de produtos com fase de tributação encerrada, razão pela qual o lançamento fiscal, caso não anulado, deve ser julgado procedente em parte, reduzindo-se o débito apurado.*

*- o erro na aplicação da alíquota. Esse último argumento não contestado decorre do fato de o contribuinte se constituir em empresa optante pelo Simbahia, devendo ser aplicados os percentuais correspondentes a esse regime e não a alíquota de 17%, com crédito presumido de 8%. Como já demonstrado, o cálculo realizado prejudica as empresas do Simbahia, que são autuadas em valores superiores aos grandes contribuintes.*

*Com base nessas argumentações, ressalta que se a autuação não for julgada nula, devem ser refeitos os demonstrativos no prazo de revisão fiscal, apurando-se o débito pelas regras do SimBahia. Reitera seu pedido de nulidade ou improcedência do Auto de Infração.*

*Às fls. 881/882, o autuante se pronunciou a respeito da manifestação do contribuinte, argumentando que estava aguardando, para a juntada e conclusão da operação, a documentação correspondente ao Relatório com o Laudo Pericial, da Coordenação de Fraudes em Informática da Secretaria de Segurança Pública, Departamento de Polícia Técnica, ICAP.*

*Salienta que foi comunicado ao Inspetor Fazendário a respeito da demora da remessa dos mencionados laudos periciais, o que representava transtorno e demora na conclusão e resposta a este processo. Assim, atendendo solicitação do Inspetor, estava concluindo a sua informação fiscal, mesmo sem o laudo pericial, visando dar continuidade e fluir com celeridade o PAF.*

*Sugere que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente e que os fraudadores sejam exemplarmente cobrados criminalmente, deixando nas mãos dos Julgadores a Decisão.*

*A 1ª JJF converteu o processo em diligência à IFEP COMÉRCIO (fls. 885/886), para que Auditor Fiscal a ser designado realizasse revisão do lançamento, adotando as seguintes providências: 1) juntasse ao processo a formalização do recebimento do Laudo Pericial e do Auto de Apreensão dos equipamentos em referência por parte do representante legal do autuado, bem como a documentação correspondente ao Relatório com o Laudo Pericial, emitido pela Coordenação de Fraudes em Informática da Secretaria de Segurança Pública; 2) intimasse o autuado a apontar, de forma objetiva, quais as inconsistências que sugere existirem nos dados apurados através do laudo pericial e que serviram de base à autuação, realizando, posteriormente, se fosse o caso, os ajustes pertinentes; 3) com base nos documentos e livros fiscais, além de outros elementos a serem apresentados pelo contribuinte, mediante intimação, elaborasse demonstrativo relativo a cada período autuado, tomando como marco inicial o mês de julho de 2003; 4) elaborasse novo Demonstrativo de Débito, considerando todos os pontos que porventura fossem objeto de modificações.*

O autuante se pronunciou (fls. 889/890), consignando em resposta à diligência o seguinte: **a)** recibo – O Auto de Exibição e Apreensão, cópia à fl. 23 dos autos, assinado por autoridade competente, apresentante, duas testemunhas e pelo escrivão da DCCP da Polícia Civil da Bahia – Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia; **b)** o Termo de Entrega dos Arquivos Eletrônicos do ICAP/DPT, cópia, encontra-se à fl. 147 dos autos, devidamente assinados por Peritos Criminalísticos Técnicos Oficiais da ICAP/DPT/SSP/BA; **c)** o contribuinte foi intimado, mas não forneceu todos os dados solicitados, inclusive “as formas objetivas e quais as inconsistências que sugerem existirem”; **d)** não foi elaborado outro Demonstrativo de Débito, mas sim um Demonstrativo acusando vendas maiores do que as emissões de documentos fiscais, conforme anexado.

Conclui opinando pela procedência do Auto de Infração.

Cientificado sobre o resultado da diligência o autuado se manifestou (fls. 909 a 915), salientando que acredita ter o autuante se equivocado ao analisar os dados apurados, uma vez que as planilhas por ele elaboradas não embasam a procedência do Auto de Infração, segundo diz, como se verá.

Manifesta-se sobre o item “c” da resposta dada pelo autuante, afirmando que existem duas explicações: **a)** primeiro, o autuante manteve contato direto com os proprietários da empresa e não com os seus advogados que a representam neste processo, de modo que, por falta de formação técnica, seria difícil que eles apontassem as inconsistências do Auto de Infração; **b)** e mesmo os patronos do autuado no processo não conseguiram apontar, de forma objetiva, os erros na apuração, uma vez que todos os dados de receita estão incorretos.

Salienta que, nesse sentido, a própria escrita fiscal, o TEF e as Reduções Z comprovam que a faixa de faturamento auferida pelo autuado é totalmente incompatível com os dados supostamente apurados no HD, de modo que tem absoluta convicção de que tais dados não foram extraídos do computador do seu estabelecimento, mas pertence a outra empresa investigada.

Quanto ao item “d” da diligência cumprida pelo autuante, consigna que o diligenciador diz que não foi elaborado outro Demonstrativo de Débito, mas sim Demonstrativo acusando vendas maiores do que as emissões de documentos fiscais, contudo, contesta tal afirmativa, dizendo que é evidente que as vendas totais do estabelecimento sempre serão maiores do que as vendas por cartão de crédito, não representando tal fato qualquer indício de irregularidade, muito menos de prova de venda sem emissão de cupom fiscal.

Assinala que o autuante incorreu nos seguintes equívocos da elaboração das planilhas: **a)** não considerou a Redução Z (cartão de crédito) dos meses de janeiro, fevereiro e abril de 2007 (doc. 01); **b)** considerou em alguns meses o “Visa Vale” como se cartão de crédito fosse. Acrescenta que refez as planilhas dos meses em que houve erro (doc. 02).

Frisa, ainda, que o autuante aponta nos anos de 2006 e 2007 divergências entre a Redução Z e os valores informados pelas instituições financeiras (TEF), sendo que, provavelmente, esta divergência decorre de quebra/manutenção do ECF em alguns dias desses meses, contudo, foi emitida nota fiscal modelo D-1 em substituição ao cupom fiscal, como sempre procedeu.

Alega que após a busca e apreensão, não lhe foram devolvidas suas notas fiscais D1, o que impossibilitou de provar a emissão do referido documento fiscal nesses dias, razão pela qual lhe cabe acatar a diferença entre o TEF e a Redução Z, conforme apresentado pelo diligenciador.

Diz que a respeito dessa diferença reconhece que há autorização legal para presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, conforme dispõe o §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, cujo teor reproduz.

Reitera o seu pedido de revisão fiscal, anteriormente requerida na defesa inicial, a fim de que sejam refeitos os cálculos, seja na base de cálculo original, seja na base de cálculo apurada pelo autuante nas fls. 900 a 902, levando-se em conta os índices de proporcionalidade, conforme previsto na Instrução Normativa nº 56/2007 e jurisprudência deste CONSEF.

Conclui reiterando a nulidade ou procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante se pronunciou (fls. 973/974), contestando os argumentos defensivos, referentes à intimação aos proprietários, afirmando que a intimação foi feita de forma correta. Quanto à incorreção dos dados e faturamento incompatível apontado no HD, diz que isto competirá a revisão fiscal autorizada pelo CONSEF. Reconhece como procedente a alegação defensiva quanto ao lançamento do Vale Visa. Quanto à quebra do equipamento, afirma que deveria ter sido anexado o termo de intervenção juntamente com as notas fiscais série D-1, sendo um caso grave a afirmativa de que não foram devolvidas pela SEFAZ. Quanto ao pedido de revisão fiscal, diz que concorda.

Finaliza opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

Consta à fl. 978, despacho da Inspetora Fazendária da INFIP - Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa -, no qual consigna que anexou aos autos (fls. 979 a 990), o Laudo Pericial nº 2007 026620 01, referente à empresa autuado, relativo ao equipamento apreendido no contribuinte durante a Operação Tesouro.

A 1ª JJF converteu o processo em diligência à IFEP/COMÉRCIO (fls. 993/994), a fim de que os autuantes ou outro Auditor Fiscal designado realizasse revisão fiscal do lançamento, adotando as seguintes providências: a) procedesse a entrega do Laudo Pericial, intimando o autuado a apontar as inconsistências que sugere existirem nos dados apurados através do laudo pericial e que serviram de base à autuação, realizando, posteriormente, se fosse o caso, os ajustes pertinentes; b) com base nos livros e documentos, elaborasse demonstrativo relativo a cada período autuado, tomando por marco inicial o dia 18/03/2003; c) elaborasse novo Demonstrativo de Débito, considerando todos os pontos que porventura tivessem sido objeto de modificações.

O autuante se pronunciou (fls. 998/999), consignando que tendo o autuado se manifestado impugnando o Auto de Infração, deixava nas mãos dos Julgadores, opinando pela procedência do Auto de Infração.

O autuado ao ser intimado sobre o Laudo Pericial ICAP, acostado às fls. 979 a 990 dos autos, se manifestou às fls. 1001 a 1005, sustentando a nulidade do lançamento fiscal atestada pelo Laudo Pericial, consignando que o ponto que tem total importância para o deslinde do processo encontra-se no “**Quesito 09**”, cujo teor transcreve.

Salienta quer o aplicativo “ensejador” da fraude, cujo banco de dados foi utilizado para compor a base de cálculo do Auto de Infração, somente foi instalado em agosto de 2002 na versão Windows e agosto de 2007 na versão DOS, segundo o próprio Laudo Pericial.

Aduz que o Auto de Infração exige uma suposta omissão de receita do período de fevereiro de 2002 a julho de 2007, razão pela qual indaga: “como um aplicativo fiscal instalado em 27/08/2002 e 27/08/2007 pode justificar uma omissão de receita de um período anterior à sua data de instalação?”

Sustenta que o Laudo Pericial demonstra que não há qualquer segurança na acusação fiscal, pois o aplicativo fiscal que supostamente permitiria a venda sem a emissão do cupom fiscal somente foi instalado após o período em que estão sendo imputadas as pretensas omissões de receita.

Tece comentário sobre o Laudo Pericial, asseverando que este é inconclusivo, pois sequer aponta quais as versões do aplicativo que estavam ativas no seu computador, não permitindo extrair conclusão se eram ou não homologadas.

Invoca os princípios do contraditório e da ampla defesa, para apresentar quesitação aos peritos do ICAP, considerando que a SEFAZ teve oportunidade de oferecer quesitação aos mesmos peritos.

Reitera todas as razões de defesa apresentadas na impugnação, bem como o pedido de revisão fiscal.

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

Cientificado sobre o resultado da diligência o impugnante se manifestou (fls. 1.011 a 1.013), afirmando que imotivadamente o diligenciador deixou de atender a solicitação da Junta de Julgamento Fiscal, em flagrante negativa ao princípio da ampla defesa e do contraditório que norteiam o processo administrativo fiscal.

Por essa razão, requer que o processo seja baixado em diligência à INFIP Comércio [IFEP COMÉRCIO], a fim de que os autuantes ou outro Auditor Fiscal atenda ao quanto solicitado, ou seja, revisão do lançamento fiscal, com observância dos novos elementos trazidos autos na impugnação.

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

Consta à fl. 1.015, despacho do senhor Supervisor da INFIP/VAREJO, retornando o processo ao CONSEF, em face da impossibilidade de os autuantes atenderem a diligência, por não mais se encontrarem naquela repartição fazendária.

A 1ª JJF, considerando que o autuado ao impugnar o Auto de Infração nº 206837.0035/07-0, lavrado contra a empresa Crevettes Com. de Alimentos e Bebidas Ltda., alegara que o suposto faturamento apurado no HD daquela empresa é exatamente igual ao suposto faturamento apurado no HD da empresa Faizah Alimentos Ltda., contra a qual foi lavrado o Auto de Infração em lide, converteu o processo em diligência à IFEP COMÉRCIO (fls. 1.017/1.018), para que o senhor Inspetor Fazendário providenciasse o exame dos dois referidos processos de forma conjunta, a fim de que fosse esclarecido se a igualdade de valores apontados nos levantamentos, conforme suscitado pelo impugnante, decorreria de coincidência ou de degravação do mesmo HD para ambos os estabelecimentos.

Os Auditores Fiscais designados para cumprimento da diligência se pronunciaram (fls. 1.022/1.023), sugerindo que o processo fosse encaminhado à INFIP, já que os dados e informações arrolados durante a Operação Tesouro, ficaram sob a tutela daquela Repartição Fazendária.

Consta a fl. 1.025, despacho retornando o processo aos Auditores Fiscais, para que indicassem junto aos autuantes a origem dos dados constantes das planilhas impugnadas pelo autuado, bem como com relação ao Auto de Infração lavrado contra a Crevettes Com. de Alimentos e Bebidas Ltda.

Os Auditores Fiscais designados se pronunciaram (fl. 1.027), detalhando o atendimento das solicitações, a exemplo, de digitalização das planilhas; impressão das planilhas relativas ao Auto de Infração nº

206837.0035/07-0, lavrado contra a empresa Crevettes Com. de Alimentos e Bebidas Ltda.; anexação de cópia do referido Auto de Infração; e confecção de CD-ROM contendo itens e informações da Base de Dados relativos à empresa Crevettes Com. de Alimentos e Bebidas Ltda., identificado como OSAKA Equipe 05, permitindo a verificação e utilização das planilhas para dirimir as dúvidas elencadas pelo CONSEF.

O autuado se manifestou (fls. 1.057 a 1.061), registrando, inicialmente, que não recebeu cópia do CD-ROM de que trata o item 4 da Informação Fiscal encartada à fl. 1.027 dos autos.

Consigna que da análise dos documentos colacionados pela Inspetoria é possível se afirmar, que o resultado da diligência se constitui prova realística da nulidade de todos os Autos de Infração lavrados na Operação Tesouro, demonstrando inequivocamente toda a argumentação apresentada na peça defensiva.

Reporta-se sobre as informações prestadas pelo Auditor Fiscal diligenciador Raimundo Leal, para sustentar que, de fato, os documentos acostados pelo referido diligenciador comprovam a identidade de meses e valores entre os dois Autos de Infração acima referidos.

Assevera que não parece haver qualquer dúvida de que, neste caso, o mesmo HD foi degravado pela Policia Civil para os dois contribuintes, tendo sido elaboradas duas planilhas: AbudlVendas DOS 2001 a 2007.xls, entregue à equipe 26 e OSAKAVENDAS 2002 A 2007 DOS.xls, entregue à equipe 05.

Conclui afirmando que a diligência comprova definitivamente que foram violados os princípios da segurança jurídica, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, razão pela qual reitera o seu pedido de nulidade do Auto de Infração.

Cientificado sobre a manifestação do autuado, o diligenciador se pronunciou (fl. 1.065), sugerindo que o PAF retornasse à INFIP.

A Inspetora Fazendária da INFIP se pronunciou (fls. 1.069 a 1.072), consignando quanto à solicitação do CONSEF referente à igualdade de valores, que foram examinadas as imagens dos HD fornecidas pelo ICAP, tendo sido extraídas as pastas dos arquivos, com exceção das de sistemas e de programas, tendo em vista que a questão versa sobre os dados, assim como o fato de que o alvo das investigações foi a versão fraudulenta do Colibri, em DOS, o banco de dados buscado e onde estariam os dados sonegados à Fiscalização.

Esclarece que os resultados foram os seguintes: a) no HD apreendido na empresa Faizah, identificada com o nome de fantasia Abdul, foi localizado arquivo pertencente ao banco de dados do sistema Colibri, denominado //ABDUL/COLIBRI/BRVENHOR.DBF; b) no HD apreendido na empresa Crevettes, identificada como Osaka, foi localizado arquivo pertencente ao banco de dados do sistema Colibri, denominado //OSAKA/VOLUME1/COLIBRI PATURI ANTIGOS OLD SERVER/COLIBRI/BR/BRVENHOR.DBD.

Destaca que os dois arquivos apreendidos em ambas as empresas possuem exatamente as mesmas características, ou seja: data da última modificação – 01/08/07, às 22:27; tamanho – 18.371 KB; período de atualização do banco de dados – 13/08/01 a 01/08/07.

Assevera que os arquivos dos bancos de dados em sistemas diferentes são idênticos e contêm os mesmos valores, conforme consta do DVD anexo, donde se constata que os servidores estavam conectados e se atualizavam periodicamente. Acrescenta que fica claro que não houve a utilização pela Fiscalização, dos dados do mesmo HD, tanto da empresa Crevettes quanto da empresa Faizah, e que o ICAP não forneceu degravação do mesmo HD para as duas empresas.

Observa que a Crevettes foi incluída no sistema da SEFAZ/BA, a partir de 10/01/01, tendo como sócios Aleci da Silva Prado Junior, CPF 425.754.787-53, desde 21/11/00 e Daniella Gavazzi Lopes Prado, CPF 488.017.715-68, desde 21/11/00, e a empresa Faizah, inclusa no sistema da SEFAZ/BA desde 27/06/03, tem como sócios regulares os mesmos da empresa Crevettes, desde a sua inclusão no Sistema de Informações do Contribuinte – INC.

Registra que por opção dos contribuintes autuados e alvos da investigação, eram mantidas as informações de vendas das duas empresas no mesmo banco de dados do sistema Colibri, sendo este sincronizado, podendo ser visto e manuseado simultaneamente pelas duas empresas. Acrescenta que a diferença constatada na perícia pode ser observada pela denominação dos arquivos que se encontravam em diferentes HD – máquinas -, pois foram verificados valores idênticos, o mesmo tamanho e a mesma data de atualização, constatados pelos Autos de Exibição e Apreensão de fl. 23.

Assinala que a Crevettes foi constituída em 10/07/01 e a Faizah em 27/06/03, sendo os valores registrados constantes no banco de dados datados de 13/08/01 até 01/08/07. Assim, os registros até a data de constituição da Faizah são exclusivamente da Crevettes, contudo, a partir da data de constituição da Faizah os dados se confundem.

Sugere que, para sanar a duplicidade de lançamento, seja mantido o Auto de Infração nº 206837.0035/07, lavrado contra a Crevettes e excluído o Auto de Infração nº 118973.1812/07-0, lavrado contra a Faizah, por ser o mesmo responsável tributário pela fraude e sonegação de imposto.

Registra que está anexando aos autos um Blu-ray Disc (disco BD-R), contendo as imagens dos HD das referidas empresas e os arquivos utilizados pela Fiscalização gravados em DVD que, conjuntamente, deverá ser entregue ao contribuinte.

Por fim, sugere que os dois Autos de Infração sejam julgados em conjunto.

A 1<sup>a</sup> JJF considerando que não constava nos autos a comprovação de que o contribuinte fora cientificado sobre o resultado da diligência, inclusive do pronunciamento da INFIP, constando apenas o “Recibo de Arquivos Eletrônicos”, converteu o processo em diligência à IFEP/COMÉRCIO, a fim de que o órgão competente intimasse o autuado, entregando no ato, mediante recibo específico, cópia do resultado da diligência – Parecer da INFIP - e do termo de diligência.

Intimado o autuado se pronunciou (fls. 1.081 a 1.083), consignando que a própria SEFAZ/BA, por meio da INFIP, reconhece a confusão existente entre os valores lançados contra a Faizah e contra a Crevettes, sugerindo inclusive a exclusão do Auto de Infração em lide, entendendo que, como isto, sanaria a duplicitade dos lançamentos.

Afirma que tal conclusão evidencia a total falibilidade e insegurança dos dados que amparam o lançamento fiscal em tela.

Alega que a grande verdade de tudo isso é que os HD degravados pela SEFAZ/BA, podem ser de qualquer empresa investigada na Operação Tesouro, portanto, inexistindo qualquer segurança, tanto nos dados que amparam o lançamento fiscal em lide, quanto nos dados que amparam a autuação contra a empresa Crevettes, sendo, dessa forma, nulo o lançamento de ofício, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, cujo teor reproduz.

Salienta que muito embora discorde de que a anulação de apenas um Auto de Infração, possa sanar a irregularidade dos lançamentos fiscais, reitera o seu pedido de nulidade do Auto de Infração em lide.

Conclui requerendo a nulidade ou improcedência do Auto de Infração em discussão.

O Auditor Fiscal diligenciador se pronunciou (fl. 1.088), ratificando o entendimento da INFIP.

A 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide com fundamento no Voto abaixo transrito:

*"Inicialmente, cabe-me observar que em razão dos argumentos defensivos apresentados na defesa vestibular e manifestações posteriores, bem como pelas diversas contestações dos autuantes, o presente processo foi convertido em diligência por esta Junta de Julgamento Fiscal em diversas oportunidades, sempre no intuito de preservar o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte, bem como em respeito ao princípio do devido processo legal.*

*Ocorreu que, apenas em momento posterior quando apresentou impugnação contra o Auto de Infração nº 206837.0035/07-0, lavrado contra a empresa Crevettes Com. de Alimentos e Bebidas Ltda., cujos sócios são os mesmos da empresa Faizah Alimentos Ltda., o patrono do autuado alegou que o suposto faturamento apurado no HD daquela empresa era exatamente igual ao suposto faturamento apurado no HD da empresa Faizah Alimentos Ltda., o que se não se tratasse de coincidência decorreria de degravação do mesmo HD para ambos os estabelecimentos.*

*Em razão disso, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência a Repartição Fazendária, a fim de que fossem analisados conjuntamente os valores apontados no Auto de Infração lavrado contra a empresa Faizah Alimentos Ltda. com os apontados no Auto de Infração nº 206837.0035/07-0, lavrado contra a empresa Crevettes Com. de Alimentos e Bebidas Ltda.*

*A análise conjunta solicitada por esta JJF foi realizada, por pertinência, pela Inspetora Fazendária Sheila Meireles da Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa – INFIP, a qual emitiu Parecer no qual esclareceu que: a) no HD apreendido na empresa Faizah, identificada com o nome de fantasia Abdul, foi localizado arquivo pertencente ao banco de dados do sistema Colibri, denominado //ABDUL/COLIBRI/BRVENHOR.DBF; b) no HD apreendido na empresa Crevettes, identificada como Osaka, foi localizado arquivo pertencente ao banco de dados do sistema Colibri, denominado //OSAKA/VOLUME1/COLIBRI PATURI ANTIGOS OLD SERVER/COLIBRI/BR/BRVENHOR.DBD.*

*Destacou, ainda, que os dois arquivos apreendidos em ambas as empresas possuem exatamente as mesmas características, ou seja: data da última modificação – 01/08/07, às 22:27; tamanho – 18.371 KB; período de atualização do banco de dados – 13/08/01 a 01/08/07.*

*Asseverou que os arquivos dos bancos de dados em sistemas diferentes são idênticos e contêm os mesmos valores, conforme consta do DVD anexo, donde se constata que os servidores estavam conectados e se atualizavam periodicamente.*

*Salientou que fica claro que não houve a utilização pela Fiscalização, dos dados do mesmo HD, tanto da empresa Crevettes quanto da empresa Faizah, e que o ICAP não forneceu degravação do mesmo HD para as duas empresas.*

*Observou que a Crevettes foi incluída no sistema da SEFAZ/BA, a partir de 10/01/01, tendo como sócios Aleci da Silva Prado Junior, CPF 425.754.787-53, desde 21/11/00 e Daniella Gavazzi Lopes Prado, CPF 488.017.715-68, desde 21/11/00, e a empresa Faizah, inclusa no sistema da SEFAZ/BA desde 27/06/03, tem como sócios regulares os mesmos da empresa Crevettes, desde a sua inclusão no Sistema de Informações do Contribuinte -INC.*

*Registrhou que por opção dos contribuintes autuados e alvos da investigação, eram mantidas as informações de vendas das duas empresas no mesmo banco de dados do sistema Colibri, sendo este sincronizado, podendo ser visto e manuseado simultaneamente pelas duas empresas. Acrescentou que a diferença constatada na perícia pode ser observada pela denominação dos arquivos que se encontravam em diferentes HD – máquinas -, pois foram verificados valores idênticos, o mesmo tamanho e a mesma data de atualização, constatados pelos Autos de Exibição e Apreensão de fl. 23.*

*Informou que a Crevettes foi constituída em 10/07/01 e a Faizah em 27/06/03, sendo os valores registrados constantes no banco de dados datados de 13/08/01 até 01/08/07, portanto, os registros até a data de constituição da Faizah são exclusivamente da Crevettes, contudo, a partir da data de constituição da Faizah os dados se confundem.*

*Sugeriu que, para sanar a duplicitade de lançamento, fosse mantido o Auto de Infração nº 206837.0035/07, lavrado contra a Crevettes e excluído o Auto de Infração nº 118973.1812/07-0, lavrado contra a Faizah, por ser o mesmo responsável tributário pela fraude e sonegação de imposto.*

*A transcrição acima da Informação Fiscal prestada pela Inspetora Fazendária da INFIP se fez necessária, em razão de comprovar que efetivamente houve duplicitade de lançamento com relação aos dados das empresas Faizah e Crevettes. Ou seja, apesar de não se tratar de utilização do mesmo HD, conforme suscitado pelo impugnante, os arquivos apreendidos nas empresas Faizah e Crevettes, são idênticos e contêm os mesmos valores, conforme se verifica no DVD acostado aos autos.*

*Em verdade, conforme esclarecido pela INFIP, as informações de vendas de ambas as empresas – Crevettes e Faizah -, eram mantidas no mesmo banco de dados do sistema Colibri, por opção dos contribuintes.*

*O exame dos elementos acostados aos autos permite concluir que a exigência fiscal de que cuida o presente Auto de Infração não traz a segurança indispensável para validação do lançamento de ofício.*

*Isso porque, tendo a empresa Crevettes Com. de Alimentos e Bebidas Ltda. sido constituída em 10/07/01 e a Faizah em 27/06/03, e os valores registrados constantes no banco de dados datados de 13/08/01 até 01/08/07, resta claro que até a data de constituição da Faizah, tais valores, dizem respeito à Crevettes Ltda. Quanto ao período de 28/06/03 até 01/08/07, a análise conjunta dos valores lançados nos Autos de Infração, também permite concluir que tais valores são atinentes à Crevettes Ltda., haja vista que não existe uma variação significativa entre os valores anteriores à constituição da Faizah e os valores posteriores à sua constituição. Em síntese, não há como dizer que houve “confusão” de valores, haja vista que não houve uma variação que pudesse caracterizar o somatório das receitas dos dois estabelecimentos.*

*Desse modo, diante da incerteza e insegurança quanto à existência ou não da ilicitude apontada no Auto de Infração em lide, pelo menos nos valores apurados, haja vista que tais valores dizem respeito a outro contribuinte que também foi autuado, o lançamento de ofício é nulo, consoante determina o art. 18, inciso IV, alínea “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.*

*Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.”*

Da Decisão acima, a 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

## VOTO

Não carece de qualquer reparo a Decisão recorrida. Da análise das peças que integram os autos deste processo verifico que foram efetuadas diversas diligências, todas muito bem delineadas pela i.relator da instância *a quo* buscando um correto saneamento do feito, visto que, o recorrido, desde as razões de defesa iniciais questionou a falta de segurança do lançamento.

Efetivamente a questão envolvida nos autos deste processo foi solucionada através da última diligência realizada pela INFIP, fls. 1.069 a 1.072, através da qual, sua titular informa que das

análises efetuadas restou comprovado que houve duplicidade de lançamento, envolvendo os mesmos fatos geradores, e sugere, categoricamente, que "*para sanar a duplicidade de lançamento, fosse mantido o Auto de Infração nº 206837.0035/07, lavrado contra a Crevettes e excluído o Auto de Infração nº 118973.1812/07-0, lavrado contra a Faizah, por ser o mesmo responsável tributário pela fraude e sonegação de imposto*".

Isto posto, por restar claro que os valores consignados no Auto de Infração que ora se aprecia, são referentes a empresa Crevettes e já estão incluídos em outro Auto de Infração emitido contra esta empresa, e, ainda, diante do enfático pronunciamento da INFIP, acima mencionado, entendo que a Junta de Julgamento agiu corretamente ao anular o presente lançamento. Desta maneira, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo inalterada a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou NULO o Auto de Infração nº 118973.1812/07-0, lavrado contra FAIZAH ALIMENTOS LTDA. (ABDUL).

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de fevereiro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS