

PROCESSO - A. I. N° 269114.1110/07-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CRS A COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA. (PASTA FAST)
RECORRIDOS - CRS A COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA. e (PASTA FAST)
FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4^a JJF n° 0394-04/10
ORIGEM - INF AZ VAREJO
INTERNET - 21/02/2013

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0027-11/13

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). UTILIZAÇÃO IRREGULAR DE SOFTWARE QUE PERMITE DESATIVAÇÃO DO ECF. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado que o débito exigido decorre da diferença entre os valores registrados em banco de dados constante do HD do computador apreendido no estabelecimento autuado sem o correspondente envio ao software básico do ECF do comando de impressão fiscal e os valores oferecidos à tributação. Refeitos os cálculos com dedução dos valores já recolhidos. Declarada a improcedência do lançamento relativo ao segundo semestre de 2007, tendo em vista a implantação do SIMPLES NACIONAL. Rejeitadas as preliminares de nulidade da Decisão recorrida e do lançamento de ofício. Não acatados os pedidos de “revisão fiscal” e de redução da multa aplicada. Decisão por maioria. Modificada a Decisão recorrida para deduzir as receitas declaradas das vendas identificadas. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra a Decisão da 4^a Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, por meio do qual o preposto fiscal apontou o cometimento da seguinte irregularidade:

“Descumpriu obrigação tributária principal se constatando ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei”.

Consta, na descrição dos fatos, o seguinte: “OPERAÇÃO TESOURO - *Omissão ou supressão de tributo mediante utilização de software que permite ao usuário a desativação do ECF, possibilitando que uma operação de venda seja registrada em seu banco de dados sem o correspondente envio ao software básico do ECF do comando de impressão do Cupom Fiscal*”, tendo sido apreendidos computadores, cujo banco de dados foi degravado, obtendo-se o faturamento real do contribuinte. Foi exigido o ICMS no montante de R\$91.882,75, acrescido da multa de 100%, com levantamento feito no período de maio a setembro de 2007, conforme o demonstrativo de fl. 7 do PAF.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide da seguinte forma, *verbis*:

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

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

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

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

No presente lançamento, com relação ao período de 01/07/07 a 30/09/07, foi revogada toda a legislação do SIMBAHIA com a implantação do SIMPLES NACIONAL (Lei 128/06), sendo que esta nova modalidade de tributo envolve impostos (IR, ICMS, IPI, ISS) e contribuições (PIS, COFINS, CSSL e Contribuição Patronal/INSS).

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

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

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

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

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

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

Entretanto, não pode ser acolhido o pedido de que seja deduzido da receita identificada a receita declarada e sim do valor do imposto apurado sobre a receita identificada, deve ser deduzido o valor do imposto apurado e recolhido pela empresa que corresponde à receita declarada. Com base neste critério, tomo como base o demonstrativo juntado pelo autuante (fl. 170) e deduzo os valores do ICMS recolhido nos meses de maio e

junho/07 pela empresa o que resulta em valor devido de R\$13.371,91 abaixo discriminado, inclusive concedido o crédito fiscal de 8%.

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

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

Como o imposto foi exigido com base em cometimento de infração de natureza grave, foi contemplado o crédito presumido de 8% previsto na legislação, o que atende a solicitação contida na defesa (fl. 48), mesmo porque a cópia do relatório de dados degravados do programa aplicativo instalado nos HDs dos computadores (sistema Colibri) identifica o montante de vendas diárias, sem identificar o tipo de mercadoria comercializada.

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

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

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

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

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

Foi proferido, ainda, um voto discordante com o seguinte teor:

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

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

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

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

Os documentos colacionados aos autos não comprovam a invulnerabilidade dos arquivos magnéticos apreendidos na ação fiscal e policial. Tal situação traduz agressão aos princípios jurídicos acima citados, bem como insegurança na constituição da base de cálculo (art. 18 do RPAF/99), tendo-se em vista não ser possível atestar, de forma inequívoca, a veracidade dos dados contidos nos mesmos. Repito: por não ter sido tomado o adequado procedimento de gerar a chave no instante exato da apreensão e na presença de preposto do autuado.

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

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

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

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

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

Por força do disposto no artigo 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, o órgão julgador de Primeira Instância submeteu o acórdão prolatado à apreciação de uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

O sujeito passivo, por sua vez, interpôs o Recurso Voluntário, ratificando o teor de suas manifestações anteriores e suscitando a nulidade da Decisão recorrida, por supressão de instância, “*eis que a Decisão recorrida não espelha a devida apreciação dos fundamentos contidos na petição datada de 22/07/2010, apresentada por ocasião da intimação do autuado acerca da diligência de fls. 168 a 172*”, e, além disso, “*os argumentos dos itens 02 a 14 (questões prejudiciais), assim como os itens 15 a 28 (mérito) da referida petição, não foram devidamente examinados e combatidos, ou não, pela JJF, devendo ser declarada a sua nulidade, a fim de que nova e completa Decisão seja proferida*”.

Sustenta a nulidade do Auto de Infração, “*por insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa, em consonância, inclusive, com o VOTO DISCORDANTE*”, porque “*o “fulcro” do lançamento seria de que o autuado teria “descumprido obrigação tributária”, não se sabendo se por “ação ou omissão”, sendo o ato indefinido “fraudulento”, ainda que tal ato, que não se sabe se praticado por ação ou omissão e não definido, tenha sido “diverso” daqueles especificados em lei*”, sendo a causa de pedir “*genérica, insegura e não possui qualquer amparo legal*”.

Aduz que “*a descrição dos fatos em momento algum assevera e prova que houve uma efetiva “desativação do ECF” ou uma efetiva “venda sem a correspondente emissão de cupom fiscal”, e “versa tão somente a uma possibilidade, sem apontar qualquer fato concreto que leva à conclusão de que essa “possibilidade” foi açãoada”*.

Salienta que nunca utilizou o software “Colibri”, investigado na Operação Tesouro, e que a presente ação fiscal não seguiu as orientações da INFIP, pois a documentação fiscal e contábil não foi analisada, nem se fez o natural confronto entre as vendas declaradas com aquelas “arbitradas”, nem com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito e débito. O resultado não poderia ser outro, em seu entendimento: a nulidade da exigência, por insegurança na determinação da infração e na apuração dos valores e consequente cerceamento do direito de defesa.

Alega que a Lei nº 7.014/96, na parte destinada à tipificação das infrações e das cominações das sanções, alinhada com a Constituição Federal, não ampara a caracterização da “infração fraudulenta” de forma genérica, sendo ilegal e insegura a “caracterização da infração”, o que determina a nulidade da autuação. Lembra que a própria Junta de Julgamento Fiscal, no voto vencedor, indica a existência de vícios insanáveis na condução da ação fiscal.

No mérito, diz que a exigência fiscal é improcedente, o que justifica a aplicabilidade do artigo 155, parágrafo único, do RPAF/99, pois a Junta de Julgamento Fiscal, apesar de admitir que “*não há certeza de que os valores das receitas identificadas no hard disk do computador apreendido no estabelecimento autuado excluíam as vendas que foram declaradas*”, não acatou o pleito de

dedução da receita declarada espontaneamente, optando, de forma ilegal, por deduzir o tributo recolhido.

Acrescenta que a impertinência da autuação decorre, também, da absoluta inconsistência dos levantamentos utilizados na autuação, sem a avaliação de qualquer documentação, fiscal ou contábil, do autuado, e sem o confronto dos valores erigidos à condição de “sonegados” com aqueles declarados pelo Contribuinte ou com as informações das administradoras de cartões, não se sabendo, sequer, a sua origem.

Prossegue dizendo que o Relator determinou que os autuantes identificassem e esclarecessem qual arquivo constante do CD de fl. 26 continha os dados transportados para o demonstrativo acostado à fl. 7, porém os prepostos fiscais, não apenas deixaram de atender de forma clara e convincente a diligência solicitada, como também acabaram por implementar uma superposição de valores e majoração da base de cálculo.

Discorda da base de cálculo apresentada na diligência, seja porque não se encontra em conformidade com o verdadeiro volume de operações realizadas, seja porque não há qualquer demonstração do método utilizado para encontrar os valores apontados, seja porque o documento apresentado como “vendas identificadas” está relacionado ao Sistema Colibri, já tendo sido constatado nos autos, pela prova pericial e pelos próprios autuantes (fl. 82) que se valeu, desde a sua inauguração no dia 22/06/07, do sistema denominado MDC.

Ressalta que o autuante somou os valores que seriam dos arquivos com aqueles nos documentos de fl. 172, mas que, no máximo, caberia uma dedução, pois não há qualquer indício de prova de que as importâncias listadas à fl. 171 já não estão incluídas nos numerários de fl. 172.

Finaliza afirmando que a simples concessão do “crédito presumido” de 8%, “*em relação a contribuinte autorizado a trabalhar com regime menos oneroso e que, inclusive, se utilizava de um grande percentual de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, adquiridas com a fase de tributação encerrada (bebidas, até 30/09/05), como também sujeitas a “redução de base de cálculo” (bebidas, a partir de 01/10/05), não possui fundamento legal, ainda mais diante da insegurança com que o lançamento foi realizado, no que concerne a qualificação e quantificação da infração e a colheita de provas*” e que, “*no mínimo, deveria a cobrança recair sobre a diferença entre as vendas declaradas e as supostamente omitidas, conforme acima explicado, aplicando-se a alíquota prevista no artigo 504 do RICMS/BA, o que, por cautela, novamente fica requerido, pedido que não foi enfrentado pela JJF*”.

Requer, por fim:

1. a revisão por fiscal estranho ao feito para confronto entre os valores declarados pelo autuado e aqueles apresentados pelo Fisco;
2. a decretação de nulidade da Decisão ou do lançamento;
3. ou ainda, adotando-se o disposto no artigo 155, parágrafo único, do RPAF/99, a improcedência do lançamento de ofício;
4. ou, no máximo, a procedência parcial, hipótese em que o ICMS deve ser cobrado sobre as bases apontadas acima pelo regime do artigo 504 do RICMS/97.

Na remota hipótese de manutenção de parcela pela alíquota de 17%, solicita a modificação do enquadramento legal, aplicando-se a sanção de 60%, ante a impossibilidade legal de se imputar “fraude” de forma inespecífica, como ventilado nas questões prejudiciais.

Renova o pedido para que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos advogados legalmente constituídos, como legítimos representantes legais na ação administrativa.

A PGE/PROFIS, por meio da Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, manifestou-se pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, sob o argumento de que a autuação foi lavrada com base em equipamentos apreendidos por ordem judicial os quais tiveram seus *hard disks* degravados pela Polícia Técnica e, além disso, os dados neles constantes “*indicam que foi instalado software que permitia a exclusão de receitas a serem oferecidas à tributação*”.

Diz que não pode ser aceita a argumentação recursal, pois o laudo pericial foi trazido aos autos e a motivação da infração está identificada permitindo o exercício pleno do direito de defesa e a Decisão recorrida abordou toda a matéria de defesa com fundamentação consistente com as alegações do contribuinte.

Afirma, ainda, que a legislação do SimBahia autoriza a adoção do sistema normal de apuração do ICMS, já que foi apurado ato fraudulento e, em relação à Instrução Normativa nº 56/07, aduz que somente deve ser aplicada em caso de constatação de “*presunções de saídas anteriores, quando não é possível atestar-se que operações foram omitidas, fazendo-se a proporção para que o valor apurado fique hipoteticamente mais perto da realidade*”.

Esta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal deliberou, em Pauta Suplementar, pela conversão do feito em diligência à ASTEC/CONSEF (fl. 228) para que fiscal estranho ao feito:

1. a partir dos papéis de trabalho, explicasse como foi apurada a base de cálculo, dizendo se houve o confronto entre os dados extraídos dos equipamentos apreendidos e os livros e documentos fiscais e contábeis do contribuinte e as informações fornecidas pela administradoras de cartões de crédito, como sugerido pela INFIP;
2. informasse se houve demonstração analítica dos valores considerados pelos autuantes como não oferecidos à tributação, apontando, em caso positivo, os elementos de prova que permitissem asseverar que as bases de cálculo referem-se a fatos geradores do ICMS, ainda que por presunção.

O diligente, após examinar todas as planilhas contidas no *hard disk* acostado à fl. 26 dos autos, resumiu o seu trabalho da seguinte forma:

“(...)

Assim, os autuantes trouxeram a cópia integral do HD, com cerca de 192 planilhas, onde apenas duas guardam alguma correlação com o lançamento tributário. Teria sido conveniente segregar as que se reportam ao motivo da autuação, para facilitar a análise por parte do autuado, pelo julgador e eventualmente, pelo fiscal diligente. Apenas as duas planilhas acima servem à autuação. A primeira é sobre vendas por meio de cartões de crédito e a segunda, com todas as modalidades, dinheiro, cartão, ticket e cheque.

Comparando-se o demonstrativo dos cartões nas duas planilhas, vê-se no de junho os valores são iguais (R\$84.893,23). No entanto, há uma inconsistência nos valores desse demonstrativo. A soma de TOTAL nos meses de maio e junho não corresponde à soma de dinheiro, cartão, ticket e cheque, que dá respectivamente R\$64.806,01 e R\$112.276,00, enquanto os totais da planilha estão em R\$65.069,12 e R\$112.641,20. Na planilha inicial do lançamento à fl. 07, os autuantes duplicaram estes valores, colocando a base de cálculo como sendo R\$130.138,23 e R\$225.282,40.

Encerrando o questionamento do item 01 do pedido, concluo que o autuante pegou o demonstrativo encontrado no HD do contribuinte, e considerou as planilhas acima, como sendo os registros de vendas que não foram contabilizados para efeito de apuração do ICMS. A partir da planilha VENDAS POR TIPO DE PAGAMENTO, foram considerados os totais de vendas, mas que efetivamente não tem consistência, quando somados aos valores parciais de vendas em cheque, ticket, cartão, etc, e inclusive na planilha VENDAS CARTÃO, o valor apurado em maio/2007, difere do que está lançado como vendas a cartão no mesmo período na planilha VENDAS POR TIPO DE PAGAMENTO.

A segunda parte da diligência, diz respeito ao item 02, que pede verificar se houve demonstração analítica nos demonstrativos das fls. 07 e 170/171, e apresentar os motivos de prova que permitam asseverar que os valores tributados referem-se efetivamente a fatos geradores do ICMS.

No demonstrativo de fl. 170, o fiscal diligente percebeu o equívoco dos autuantes, que duplicaram os valores de soma de vendas encontradas no HD do computador, ao invés de somar aos valores declarados pelo contribuinte. Assim, executou a correção e somou aos valores de vendas (receita do mês) declaradas, respectivamente R\$42.775,20 e R\$97.057,20, obtidas no sistema INC conforme extrato impresso e anexado à fl. 172, encontrando as chamadas VENDAS IDENTIFICADAS do relatório da fl. 170.
(...)"

O recorrente, cientificado do trabalho diligencial, afirma que o resultado serve apenas para amparar a tese da defesa, pois indica, de forma clara, que não há certeza que os valores das receitas identificadas no HD do computador apreendido no estabelecimento autuado excluam as vendas que foram declaradas, sendo absoluta a inconsistência dos valores apresentados nesta autuação, bem como a sua origem.

Ressalta que o diligente não apontou os elementos de prova que permitissem asseverar que os valores tributados referem-se a fatos geradores do ICMS, como solicitado pela então Relatora. Finalmente, pede a decretação de nulidade do Auto de Infração ou a sua improcedência, ou, no máximo, a cobrança do imposto pelos critérios do artigo 504 do RICMS/BA com a aplicação da multa de 60%, “*ante a impossibilidade legal de se imputar fraude de forma inespecífica*”.

A PGE/PROFIS, então, opina pelo provimento parcial do Recurso Voluntário, sob o fundamento de que a premissa utilizada pelos autuantes – de que os dados constantes no HD apreendido no estabelecimento autuado contêm informações de vendas omitidas parece correta -, uma vez que se trata de utilização de software que permite desativar o ECF e, portanto, “o controle paralelo do autuado deve ser entendido como o valor sonegado.”

Entretanto, entende que os valores apontados pelo diligente parecem passíveis de correção “*devendo os valores da base de cálculo corresponderem efetivamente ao somatório das vendas encontradas nos controles paralelos.*”

O Parecer foi ratificado pela Procuradora Assistente em exercício, Dra. Aline Solano Souza Casali Bahia, conforme o despacho de fl. 256 do PAF.

Na sessão de julgamento, o Conselheiro Eduardo Ramos de Santana declarou-se impedido de discutir e votar neste processo administrativo fiscal, tendo em vista que atuou como julgador na Primeira Instância, nos termos do artigo 40, §§ 1º e 3º, do Regimento do CONSEF, aprovado pelo Decreto nº 7.592/99.

VOTO

Cuidam os autos de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, por meio do qual o preposto fiscal exigiu o ICMS que deixou de ser recolhido, de forma fraudulenta, mediante a utilização de *software* que supostamente permitia ao usuário a desativação do equipamento de cupom fiscal - ECF, possibilitando que uma operação de venda fosse registrada em seu banco de dados sem o correspondente envio ao *software* de comando de impressão do cupom fiscal, após a apreensão de computadores da empresa na denominada “*Operação Tesouro*”.

Inicialmente, rejeito o pedido de revisão por fiscal estranho ao feito, porque considero que o trabalho realizado por auditor fiscal lotado na ASTEC/CONSEF foi elucidativo e as provas acostadas aos autos são suficientes para a formação do convencimento deste Colegiado. Ademais, não há razão para efetuar um levantamento dos percentuais de mercadorias enquadradas na substituição tributária e com base de cálculo reduzida, como requerido pelo recorrente, porque a autuação não é oriunda de presunção legal capaz de fazer incidir a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07.

Deixo de acatar também as preliminares de nulidade da Decisão recorrida, suscitadas pelo recorrente sob o argumento de que a Junta de Julgamento Fiscal não teria se manifestado sobre as alegações defensivas contidas “*na petição datada de 22/07/2010, apresentada por ocasião da intimação do autuado acerca da diligência de fls. 168 a 172*”, bem como sobre as alegações “*dos itens 02 a 14 (questões prejudiciais), assim como os itens 15 a 28 (mérito) da referida petição*”, pelas razões seguintes:

1. quanto às alegações de que a autuação não teria comprovado ação ou omissão fraudulenta por parte do autuado, uma vez que foi apontada apenas a possibilidade de desativação do ECF; de que o autuante deveria ter analisado a documentação da empresa e as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito ou débito e de que o lançamento era impertinente “*por absoluta inconsistência dos levantamentos*” fiscais, bem como pela ausência de comprovação do método usado para apurar a base de cálculo – pois a Junta de Julgamento Fiscal se manifestou da seguinte forma:

“*Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que foi juntado à fl. 26, cópia de um CD contendo dados degravados dos HDs de computadores apreendidos no estabelecimento autuado, cuja cópia foi fornecida ao mesmo de acordo com o documento juntado à fl. 31. Também, foi juntado às fls. 135/143 cópia de Laudo de Exame Pericial de microcomputadores apreendidos na empresa, cuja cópia foi fornecida ao*

corrente. Logo, sendo o defensor detentor dos arquivos existentes nos seus HDs, tendo recebido cópia dos demonstrativos de vendas identificando a diferença entre a receita total identificada no HD e deduzida do faturamento que foi oferecido à tributação, entendo que mesmo que não tenha presenciado a degravação dos HDs, o impugnante sendo defensor dos mesmos, poderia juntar provas quanto a possíveis divergências entre os valores apontados pela fiscalização e os registrados no programa aplicativo implantado em seus computadores.

(...)

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

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

2. quanto ao argumento defensivo de que o cálculo do imposto deveria ser feito com base no regime da receita bruta (artigo 504 do RICMS/97), haja vista que a Junta de Julgamento Fiscal, ao se pronunciar pela correção do cálculo do ICMS com base no regime do SimBahia e a consequente dedução do crédito de 8% (nos meses de maio e junho de 2007), rejeitou, por manifesta incompatibilidade, a alegação do impugnante.

Saliento que o órgão julgador administrativo não está obrigado a apreciar individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo autuado e sim, apresentar os fundamentos legais e fáticos para a sua tomada de Decisão, desde que, do teor do julgamento, se possa inferir que foram acatadas ou rejeitadas as pretensões do contribuinte impugnante.

Aliás, este é o entendimento assente de nossos Tribunais, como se observa das decisões judiciais a seguir transcritas:

Classe : Embargos de Declaração n.º 0114703-48.2008.8.05.0001/50000

Órgão : Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

Relator(a) : Edmilson Jatahy Fonseca Júnior

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. REQUERIMENTO DO EMBARGANTE DE APRECIAÇÃO E PRONUNCIAMENTO EXPRESSO SOBRE DISPOSITIVOS LEGAIS. DESNECESSIDADE DO ÓRGÃO JULGADOR SE PRONUNCIAR SOBRE TODOS OS ARGUMENTOS LEVANTADOS PELA PARTE. IMPOSSIBILIDADE DE SE REDISCUTIR A MATÉRIA JULGADA ATRAVÉS DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS. TENTATIVA DE REFORMA E REDISCUSSÃO DO ACÓRDÃO. VIA INADEQUADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 535 E INCISOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS REJEITADOS.

I – Não há na Decisão hostilizada qualquer obscuridade, contradição ou omissão sanáveis por via de Embargos Declaratórios, pois todas as matérias foram suficientemente tratadas pelo Acórdão embargado;

II – Observa-se que no Acórdão embargado houve a apreciação e enfrentamento sobre as questões suscitadas pelo Embargante.

III – Assim, não há vício de omissão a ser sanado, haja vista que os pontos indicados como omissos nos Embargos Declaratórios foram enfrentados e discutidos na Decisão recorrida, pretendendo, em verdade, o Embargante novo pronunciamento e rediscussão da matéria já discutida e fundamentadamente julgada, o que é inadequado na sede de Embargos de Declaração; Assim, inexiste a dita omissão apontada pelo embargante.

IV - Enfim, não se exige do órgão jurisdicional que se pronuncie sobre todas as questões suscitadas pelas partes, desde que os fundamentos utilizados, para embasar o Acórdão, tenham sido suficientemente claros e robustos, consoante jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça que acolheu e sedimentou esta tese;

V – Embargos de Declaração aviados com o fim de prequestionar determinada matéria, para posterior interposição de Recurso especial e/ou extraordinário, não podem ser acolhidos quando ausentes a omissão, contradição ou obscuridade na Decisão atacada.

VI – Embargos de Declaração rejeitados, posto que ausentes os requisitos do art. 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

AgRg nos EDcl no Ag 1132391 / SP

*AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
2008/0273938-0*

Relator: Ministro CASTRO MEIRA (1125) - STJ - SEGUNDA TURMA - Data do Julgamento: 03/11/2011

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS. INTERPOSIÇÃO ANTERIOR AO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. PRELIMINARES SUSCITADAS NAS CONTRARRAZÕES. DESNECESSIDADE DE APRECIAÇÃO.

1. É extemporâneo o agravo regimental interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, salvo se houver reiteração posterior, pois o prazo recursal somente se inicia após a publicação do acórdão integrativo.

2. É desnecessário apreciar todas as 15 (quinze) preliminares suscitadas nas contrarrazões do agravo de instrumento se a Decisão verificou, desde logo, que o Recurso não prosperaria.

3. No mesmo sentido, os EDcl no AgRg nos EREsp 884.621/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 04/05/2011: "O julgador, desde que fundamente suficientemente sua Decisão, não está obrigado a responder todas as alegações das partes, a ater-se aos fundamentos por elas apresentados nem a rebater um a um todos os argumentos levantados, de tal sorte que a insatisfação quanto ao deslinde da causa não oportuniza a oposição de embargos de declaração".

4. Agravo regimental do Instituto de Previdência do Estado de São Paulo - IPESP não conhecido e agravo regimental interposto por Alfredo Sotero de Oliveira César não provido.

Em sua Decisão, a Junta de Julgamento Fiscal entendeu que a infração apontada encontrava-se suficientemente demonstrada; que o ICMS deveria ser calculado pelo regime normal, deduzindo-se o percentual de 8% a título de crédito, como previa a legislação para as empresas inscritas no SimBahia; que restou comprovado o cometimento de ato fraudulento por parte do autuado, com a utilização de software que permitia o não envio dos dados relativos às operações de saídas para a impressora de cupom fiscal, razão pela qual aplicou a penalidade de 100%.

Considero que as questões aventadas pelo autuado, neste lançamento de ofício, foram enfrentadas e decididas pela Junta de Julgamento Fiscal, ainda que não tenha sido pontuado, de *per si*, cada um dos argumentos defensivos. Sendo assim, afasto as preliminares de nulidade da Decisão recorrida.

Também deixo de acatar a preliminar de nulidade do Auto de Infração, por insegurança na determinação da imputação, tendo em vista que constatei que a descrição dos fatos e os papéis de trabalho, com a posterior realização de diligências, permitem a exata compreensão da acusação feita ao contribuinte. Tanto isso é verdade que a impugnação foi feita de forma lógica e eficaz e, além do mais, o recorrente, em nenhum momento, negou que os dados constantes do *compact disk* anexado à fl. 26 refletem os arquivos encontrados nos *hard disks* dos computadores apreendidos por ordem judicial.

No mérito, verifico que foi informado, no presente Auto de Infração, que os valores de base de cálculo (fl. 7) foram obtidos após a degravação feita pela Secretaria da Fazenda no banco de dados do autuado, consoante o *compact disk* (CD) anexado à fl. 26 deste PAF. Como dito anteriormente, apesar de alegar que as informações apresentadas pelo autuante não possuíam consistência lógica, o recorrente jamais negou que os dados constantes no CD referido fossem, efetivamente, o espelho das informações contidas no *hard disk* dos computadores da empresa apreendidos por ordem judicial.

Sendo assim, tomo como verdadeira a informação do diligente da ASTEC/CONSEF (fls. 231 a 236), de que, nos meses de maio e junho de 2007, o contribuinte realizou operações de saídas de mercadorias nos valores respectivos de R\$64.806,01 e R\$112.276,00, após retificação dos montantes apontados pelo autuante (fl. 171), consoante os dados extraídos do CD acostado à fl. 26.

O problema, na situação em análise, é que a fiscalização não logrou comprovar que, nos valores acima mencionados, não estão contidos os montantes de operações de saídas de mercadorias realizadas pelo contribuinte e oferecidas à tributação, conforme o documento denominado "Detalhamento da Receita Bruta" extraído do sistema de processamento de dados da Secretaria da Fazenda (fl. 172), nos valores de R\$42.775,20 (maio/07) e R\$97.057,20 (junho/07).

Para isso, os autuantes teriam que demonstrar, após a degravação dos dados existentes nos computadores apreendidos, que existiam arquivos contendo as receitas tributadas pelo ICMS e

arquivos contendo outras receitas oriundas de operações de saídas de mercadorias sonegadas à tributação, o que não foi feito.

A própria Junta de Julgamento Fiscal chamou a atenção para esse fato no seguinte trecho do voto vencedor:

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

Ocorre que o órgão julgador de primeira instância cometeu um equívoco, pois, em vez de deduzir, das “vendas identificadas” pelos autuantes, a receita declarada ao Fisco pelo recorrente, deduziu o valor do ICMS recolhido pela empresa do valor do imposto apurado sobre a receita identificada. Ao agir dessa maneira, a Junta de Julgamento Fiscal utilizou uma metodologia para a apuração do imposto devido que não possui consistência lógica com seu próprio entendimento - de que não havia certeza de que as vendas identificadas no HD do computador apreendido excluam as vendas declaradas pelo contribuinte. Em outras palavras, ao comparar o ICMS apurado pela fiscalização à carga tributária de 9% (17% - 8%) com aquele ICMS calculado e recolhido pelo recorrente por meio do regime do SimBahia (2,5%), a Junta de Julgamento Fiscal considerou, de forma contraditória ao seu posicionamento, que as vendas identificadas no HD foram todas sonegadas à tributação.

O correto a ser feito, já que não se sabe com certeza se os valores encontrados nos computadores apreendidos englobam as importâncias das receitas oferecidas à tributação, é deduzir uma receita da outra. Sendo assim, refaço o demonstrativo apresentado neste lançamento de ofício apurando o imposto estadual nos moldes do SimBahia, já que era o regime de tributação a que estava submetido o contribuinte autuado à época dos fatos geradores, mas calculando o ICMS pelo regime normal como previsto no artigo 19 e seu § 1º, da Lei nº 7.537/98, da seguinte forma:

DATA	RECEITAS IDENTIFICADAS (fl.8) (A)	RECEITAS DECLARADAS (fl. 172) (B)	RECEITAS OMITIDAS (C=A-B)	ALÍQUOTA 17%	CRÉDITO 8%	ICMS DEVIDO (R\$)
mai/07	64.806,01	42.775,20	22.030,81	3.745,24	1.762,46	1.982,78
jun/07	112.276,00	97.057,20	15.218,80	2.587,20	1.217,50	1.369,70
TOTAL						3.352,48

Quanto à multa, o recorrente alegou que não houve a prova da realização de ação ou omissão fraudulenta e, por isso, a multa deveria ser de, no máximo, de 60%. Ocorre que as provas dos autos me levam à conclusão de que, embora o contribuinte não tenha utilizado o software chamado de “Colibri”, o software que usava (denominado MDC) também permitia o não envio de dados para a impressora fiscal, quando utilizado o equipamento no “modo treinamento”.

O Laudo de Exame Pericial elaborado pelo Departamento de Polícia Técnica da Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia e anexado às fls. 135 a 143 dos autos é bastante claro a esse respeito. Vejamos o quesito 6 abaixo transrito:

Pergunta: “*O aplicativo encontrado instalado no(s) HD(s) do equipamento questionado, quando configurado para ser utilizado no modo treinamento, permite que uma operação de venda ou de prestação de serviço seja registrada em seu banco de dados sem a emissão do correspondente cupom fiscal?*”

Resposta: “*Positivo. As versões encontradas permitem esta operação. A análise do arquivo ‘show3.mdf’ utilizando o software ‘Microsoft SQL Server Management Studio Express’ confirma que o sistema MDC em questão encontrava-se configurado para operar no modo de treinamento, sem haver a devida impressão do cupom fiscal. Vide abaixo as capturas de áreas das telas do arquivo ‘show3.mdf’ visualizado no ‘Microsoft SQL Server Management Studio Express’ que mostram as tabelas e parâmetros de configuração.*

(...)

Sendo assim, mantenho a penalidade de 100% indicada no Auto de Infração, como previsto no artigo 42, inciso IV, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, porque é a aplicável à situação relatada neste

lançamento de ofício, de uso de *software* que possibilitava o não envio de valores de operações de saídas de mercadorias à impressora de cupom fiscal.

Art. 42.

IV - 100% (cem por cento) do valor do imposto:

j) quando se constatar qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente nesta Lei;

Quanto ao Recurso de Ofício, entendo que não merece reparos a Decisão do órgão julgador de primeiro grau que excluiu deste lançamento de ofício os valores de débito relativos aos meses de julho a setembro de 2007, uma vez que a acusação fiscal foi toda baseada no SimBahia, regime de apuração extinto em 30/06/07 o que foi reconhecido pelos próprios autuantes.

Finalmente, entendo que não há nenhum óbice a que as intimações também sejam dirigidas ao procurador do recorrente no endereço constante do Recurso Voluntário.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, reduzindo o débito da autuação para R\$3.352,48, de acordo com o demonstrativo seguinte:

Data de Ocorrência	Base de Cálculo (R\$)	ICMS A EXIGIR (R\$)
31/05/07	20.994,16	1.982,78
30/06/07	30.850,41	1.369,70
TOTAL DO DÉBITO		3.352,48

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de nulidade)

Divirjo do entendimento firmado pela nobre Relatora, no que concerne à preliminar de nulidade do presente auto de infração, tendo em vista a inescondível fragilidade probatória em que se escora a gravíssima acusação de prática de fraude por parte do sujeito passivo.

Inicialmente, cumpre salientar que o contribuinte impugnou, sim, os valores que teriam sido obtidos através da degravação dos HD's dos computadores apreendidos pelos prepostos fiscais, conforme ordem judicial proferida por um dos Juízes Criminais desta Capital. Na verdade, apesar de a Relatora afirmar, na apreciação da preliminar, que o contribuinte, *"em nenhum momento, negou que os dados constantes do compact disk anexado à fl. 26 refletem os arquivos encontrados nos hard disks dos computadores apreendidos por ordem judicial"*, linhas após, fez constar de seu voto que o contribuinte sustenta que *"as informações apresentadas pelo autuante não possuían consistência lógica"*.

Fica, portanto, claro que os dados obtidos pela fiscalização foram, efetivamente, impugnados pelo sujeito passivo, devendo-se partir para a análise acerca da existência das provas da conduta ilícita noticiada nesta autuação e, também, da distribuição do ônus probatório.

Pois bem. Como cediço, o lançamento tributário é um ato administrativo fruto do exercício de uma atividade plenamente vinculada, cujo objetivo é verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível (art. 142, do CTN).

Por tudo isso e, ainda, por representar o exercício do poder estatal, em uma de suas vertentes mais severas, o lançamento tributário deverá se fazer acompanhar de todas as provas das acusações formuladas em face do sujeito passivo, independentemente de haver ou não impugnação quanto à exigência formulada. Assim dispõe o art. 28, §4º, II, do RPAF/99: *"(...) O Auto de Infração far-se-á acompanhar (...)dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido"*.

O ônus da prova, portanto, é da acusação; ao acusado, compete a prova dos fatos que argui em sua defesa, nada mais.

Na hipótese vertente, o preposto fiscal fez uso de dados supostamente obtidos a partir da degravação dos HD's do sujeito passivo e, com base neles, exclusivamente, constituiu o crédito tributário objeto do presente lançamento de ofício.

Entretanto, não há, nos autos, provas de que as informações utilizadas pelo preposto fiscal tenha sido, realmente, extraída dos computadores do sujeito passivo, sobretudo porque a abertura das máquinas e a alegada degravação foi feita na ausência do contribuinte, violando, assim, princípios constitucionais básicos, a exemplo da ampla defesa, do contraditório e da publicidade dos atos administrativos. A par disso, observa-se que o laudo da perícia realizada pelo Departamento de Polícia Técnica foi elaborado muitos meses após a apreensão e à própria lavratura do presente auto de infração, o que representa subversão à ordem processual, já que a perícia deveria ser realizada, necessariamente, antes, sobretudo quando a acusação possui tamanha gravidade.

Diante do lapso temporal entre a apreensão e a elaboração do laudo pericial, não se tem sequer certeza sobre a efetiva realização da perícia...

Enfim, do que se examina dos autos, extraí-se apenas dúvidas, estando o presente lançamento de ofício muito longe do enquadramento que lhe confere o Código Tributário Nacional e todas as demais normas que compõe a legislação tributária.

Vale salientar que a aquisição e utilização de software que permite a emissão de "cupons não-fiscais", sonegados à tributação, não contam com a chancela deste Conselheiro, nem de qualquer outro, classista ou fazendário; há de se ter plena segurança, contudo, do imposto que está sendo exigido, para que não se cometa o grave equívoco de lançar sobre um contribuinte, injustamente, a grave pecha de sonegador. E, *in casu*, a falta de provas infirma tal segurança.

Ante o exposto, amparado pelo art. 18, IV, "a", do RPAF/99, voto pelo acolhimento da preliminar suscitada, para decretar a nulidade do presente auto de infração, acompanhando, nos demais termos, o voto da nobre Relatora.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269114.1110/07-7, lavrado contra **CRSA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA. (PASTA FAST)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.352,48**, acrescido da multa de 100%, prevista no artigo 42, inciso IV, alínea "j", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Preliminar de nulidade)– Conselheiros(as): Denise Mara Andrade Barbosa, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE (Preliminar de nulidade)– Conselheiros(as): Valnei Sousa Freire, Alessandra Brandão Barbosa e Fábio de Andrade Moura.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – VOTO DIVERGENTE
(Preliminar de nulidade)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS