

PROCESSO	- A. I. N° 269114.1109/07-9
RECORRENTE	- RARQ BAR E RESTAURANTE LTDA. (PAST FAST)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0195-03/10
ORIGEM	- INFRAZ VAREJO
INTERNET	- 19/12/2013

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0407-12/13

**EMENTA:** ICMS. EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). UTILIZAÇÃO IRREGULAR DE SOFTWARE QUE PERMITE DESATIVAÇÃO DO ECF. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Os demonstrativos apresentados pela fiscalização e que serviram de suporte do lançamento não demonstram como foi apurada a base de cálculo do imposto exigido. Diligência realizada por auditor fiscal estranho ao feito demonstrou que os demonstrativos apresentados pela fiscalização não evidenciam qual a metodologia aplicada na apuração da base de cálculo utilizada na determinação do imposto lançado. Há incerteza quanto à constituição da base de cálculo do imposto lançado, o que configura ausência de elementos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Nulidade do procedimento fiscal. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0195-03/10) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 27/12/2007, para exigir ICMS no valor de R\$233.738,02, acrescido de multa de 100% relativo ao descumprimento da obrigação principal, constatada por ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei. Consta, na descrição dos fatos, que se trata da 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. Foram apreendidos computadores na ocasião da Operação Tesouro, cujo banco de dados foi degravado, obtendo-se o faturamento real do contribuinte.

Após manifestações, por parte dos autuantes e autuado e de saneamentos da condução processual, a JJF proleta a seguinte Decisão, após rejeitar as preliminares de nulidades arguidas e de diligência fiscal na forma requerida pelo impugnante:

[...]

*No mérito, este Auto de Infração trata de exigência de ICMS no valor de R\$233.738,02, acrescido da multa de 100%, em razão de descumprimento de obrigação tributária principal por constatação de ação fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei. A ação irregular, conforme explicitado nos autos, é a falta de recolhimento de imposto relativo a vendas de mercadorias com a utilização irregular de programa de informática que permite a desativação, no equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, do comando para impressão do cupom fiscal com os valores a serem oferecidos a tributação.*

*A irregularidade, conforme documentos deste processo, foi detectada em operação especial deflagrada pelo Governo Estadual, em ação conjunta do Ministério Público e das Secretarias de Segurança Pública e da Fazenda – Operação Tesouro.*

Quanto à alegação defensiva de que ele, sujeito passivo, não guarda relação com as demais empresas que utilizam o mesmo nome de fantasia Pasta Fast, observo que embora tal ponto tenha sido objeto de assinalação no documento de fl. 20 dos autos, este dado não é o fulcro do Auto de Infração em lide, e não interfere neste julgamento.

Embora o contribuinte afirme, à fl. 45 dos autos, que apenas começou a funcionar em 14/04/2005, à fl. 14 deste processo está anexada Relação de DAEs emitida pelo sistema INC/SEFAZ onde está registrado o recolhimento, em 24/03/2005, do ICMS sob código de receita 1.145 – ICMS devido por substituição tributária – no valor principal de R\$383,08, com mês de referência março/2005, dados que elidem tal assertiva defensiva, pelo que não a acato. Quanto ao fato de que o Fisco considerou o montante de faturamento de R\$154.149,72 relativo ao mês de julho/2005, e que tal valor não guardaria relação com a realidade da empresa, o contribuinte não comprova tal afirmativa.

Em relação à alegação defensiva de que o sistema Colibri é utilizado em todo o país, e que não estaria provado, nos autos deste processo, que o sujeito passivo teria utilizado a potencialidade, que este sistema possui, de desativar a emissão de cupons fiscais, o levantamento fiscal comprova, neste processo, que esta potencialidade foi concretamente utilizada pelo sujeito passivo em todo o período objeto da autuação.

Em relação à alegação defensiva de que o Fisco não teria cumprido a orientação da INFIP/SEFAZ no desenvolvimento da presente ação fiscal, o contribuinte não prova tal assertiva, que não condiz com a realidade das provas acostadas ao processo pelo Fisco.

Acerca da tributação pelo regime normal de apuração, o contribuinte estava, à época dos fatos geradores objeto da autuação, enquadrado no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SIMBAHIA. O artigo 19, combinado com o inciso V do artigo 15 da Lei nº 7.357/98, que regia o mencionado regime simplificado de apuração de ICMS, define que se trata de infração de natureza grave a prevista no inciso IV do artigo 915 do mesmo Regulamento, e este artigo 915, em seu inciso IV, em sua alínea “j”, prevê a constatação de qualquer ação, ou omissão, fraudulenta, diversa das especificadas expressamente no RICMS/BA.

O tratamento tributário dispensado às empresas enquadradas no Regime SIMBAHIA, e vigente à época dos fatos geradores do tributo lançado de ofício, previa, para o caso de infração de natureza grave praticada por contribuinte enquadrado naquele regime, a utilização da alíquota de 17% na apuração do imposto, devendo ser deduzido, no cálculo realizado pelo Fisco, o crédito presumido de 8%, procedimento este adotado no levantamento fiscal em foco, consoante demonstrativos do levantamento fiscal às fls. 09 a 11 dos autos, uma vez que o artigo 408-L, inciso V, do RICMS/BA.

Assim, está correta a aplicação da alíquota de 17% no cálculo do débito atinente à imputação em discussão.

Assim ressalto por oportuno que, contrariamente ao quanto dito na impugnação a respeito, o autuado não foi, até o momento da autuação, excluído do Regime SIMBAHIA para efeito da apuração do débito lançado de ofício para os meses de março/2005 a junho/2007, tanto assim que recebeu o tratamento dispensado às empresas naquela situação, com a concessão do crédito fiscal presumido de 8% que era previsto na Lei que regia aquele regime, tal como aqui exposto. O contribuinte também não foi excluído, por esta SEFAZ, até à data da autuação, do sistema de apuração do Simples Nacional.

Quanto ao pedido do contribuinte para que fossem excluídos da base de cálculo os valores relativos a produtos submetidos ao regime de substituição tributária, ou isentos, a multicitada Lei nº 7.357/98, em seu artigo 5º, previa que o tratamento simplificado de apuração do imposto em regime SIMBAHIA não se aplicava às operações com produtos sujeitos à antecipação, ou substituição tributária, o seu artigo 7º, inciso II, determinava que as empresas enquadradas na condição de EPP, situação do autuado à época dos fatos apurados pelo Fisco, teriam o imposto a recolher calculado sobre sua receita bruta. Portanto, tratando-se de apuração de receita bruta, inexistia previsão legal para que o Fisco deduzisse, do montante da receita a ser considerada como base de cálculo do imposto, parcelas porventura decorrentes de operações com produtos sob qualquer regime de apuração, pelo que não pode ser acatado o pleito defensivo neste sentido.

Por outro lado, mesmo que fosse devida a exclusão das parcelas relativas a operações com mercadorias isentas, ou não mais tributáveis, para realizar tal exclusão de valores o contribuinte deveria ter trazido provas da existência dos mesmos, e não o fez, até à presente sessão, mesmo após ter sido intimado neste sentido, em atendimento a sua solicitação de exclusão de tais montantes, conforme já exposto no Relatório que antecede este voto.

A possibilidade de fiscalizações anteriores não terem detectado, conforme afirma o contribuinte, irregularidades relativas a equipamento ECF, ou a qualquer ato praticado pelo contribuinte, não interfere no fato de ações fiscais ulteriores poderem constatar a ocorrência de atos do contribuinte que contrariem a legislação do ICMS. A ação fiscal pode, inclusive, antes de ocorrida a decadência do direito de constituição do crédito tributário, ser refeita nos mesmos moldes, e com os mesmos roteiros já aplicados, ou com roteiros diversos, relativamente a exercícios já fiscalizados.

*Embora o contribuinte alegue, à fl. 44, que pelo regime simplificado de apuração do imposto a diferença encontrada pelo Fisco seria pequena, portanto “sequer justificando a sonegação imputada.”, observo que o crédito tributário é receita indisponível, independentemente do seu valor monetário em dada situação, pelo que deve ser apurado pelo Fisco, sendo em seguida lançado de ofício o montante a recolher.*

*Outrossim, conforme já acatado pelos autuantes, devem ser excluídas do montante lançado de ofício os débitos tributários atinentes aos meses de julho (R\$6.486,74) e agosto (R\$5.618,96) do exercício de 2007, quando o contribuinte encontrava-se sob regime de apuração previsto para o Simples Nacional, e já não integrantes do SIMBAHIA.*

*Quanto à mudança, agora em fase de julgamento da lide, da forma como foi apurado o débito lançado no presente Auto de Infração, apuração de imposto esta que foi realizada aplicando-se a Lei que regia a forma de apuração de imposto pelo regime SIMBAHIA - , que foi o escolhido pelo contribuinte para enquadrar-se ao longo do período de janeiro/2005 a junho/2007 - não cabe a este Órgão julgador tal mudança de forma de apuração do imposto, porque contrariaria aquelas disposições Lei nº 7.357/98, previsões normativas que diziam respeito ao enquadramento cadastral prévia e formalmente escolhido pelo sujeito passivo. Portanto, não acato o pedido de que seja aplicado o teor do artigo 504 do RICMS/BA, estando correta a forma de apuração de imposto utilizada na presente ação fiscal.*

*Em relação à multa aplicada, esta encontra-se prevista no artigo 42, inciso IV, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, sendo vedado a este Conselho, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, a apreciação de constitucionalidade de dispositivo normativo em vigor. Outrossim, o pedido para redução de multa por descumprimento da obrigação principal, que é a imputação presente no Auto de Infração em foco, pode ser dirigido à Câmara Superior deste CONSEF, nos termos do artigo 159 do RPAF/99, inexistindo previsão normativa para sua apreciação nesta instância de julgamento administrativo fiscal, motivo pelo qual não o analiso.*

*Por tudo que foi exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$221.632,32.*

Inconformado com a Decisão, a empresa interpõe Recurso Voluntário (fls. 1129/1145). Reiterando todos os termos de sua defesa e demais pronunciamentos, em preliminar, argui a nulidade da Decisão recorrida por supressão de instância e consequente cerceamento do direito de defesa. Diz que da simples leitura das fls. 13, 14 e 15 do acórdão recorrido, percebe-se que a JJF não enfrentou integralmente as alegações contidas nos itens 01 a 13 da petição protocolada em 11/06/2010. Não fez ela qualquer menção, na fundamentação da Decisão, sobre os argumentos levantados acerca do “crime contra a ordem tributária” (item 01 a 03), do disposto no art. 5º, incisos II e XXXIX, da Constituição Federal Brasileira (item 04), da falta de afirmação de que houve uma efetiva desativação do ECF (porém simples possibilidade – itens 06 e 07), das questões pertinentes ao Boletim de Fiscalização de fls. 15 a 20 (itens 08 a 13) e sobre a Portaria 53/2005 (item 10). Afirma que a rejeição da nulidade levantada feita de forma “genérica”, sem a devida fundamentação sobre cada ponto abordado, provoca supressão de instância e cerceamento ao direito de defesa. Com tal argumento, afirma que deve ser decretada a nulidade da Decisão recorrida para que seja proferida nova Decisão a salvo dos vícios apontados.

Entende que a JJF ao enfrentar seus argumentos apresentados como questões prejudiciais na “fundamentação do mérito”, causou ainda mais distorção no acórdão. Que a JJF ao partir do pressuposto de que “Os dados registrados nos HDs demonstram que o contribuinte declarou determinados valores dos seus faturamentos mensais, e o programa aplicativo constante nestes HDs registrou determinadas operações de vendas, sem que os valores financeiros destas operações de vendas fossem enviados ao software (programa aplicativo) básico do comando de impressão do cupom fiscal, em seis equipamentos Emissores de Cupom Fiscal – ECFs.”, prejudicou a análise das questões prejudiciais, notadamente no que tange à “potencialidade e não efetividade de desativação do ECF”.

Em seguida, afirma que “ratifica todas as preliminares suscitadas na ação, as quais fazem parte do presente Recurso como se transcritas estivessem” e ressalta:

1. as “prisões e gravações de conversas telefônicas”, citadas pelos autuante, não constituem provas ou dados para apreciação no presente PAF, não podendo, por via conexa, gerar

interferência na formação do juízo de valor do Julgador, como, contraditoriamente, parece ter acontecido no Acórdão recorrido.

2. Discorda da JJF a respeito da validade do meio “magnético” apresentado como “prova”, pois entende que ela confundiu a entrega em mídia “de meros demonstrativos” e a “produção de provas”, conforme discorre. Em assim sendo, deve o lançamento fiscal ser nulo.
3. Que a JJF ao denegar o seu pedido de revisão fiscal, atropelou as razões prejudiciais apresentadas, ou seja, não existe segurança se os valores apresentados como “base de cálculo” realmente são relativos as vendas não levadas à tributação. Observa que se a PGE/Profis tivesse sido ouvida, como requereu, talvez esse vício não tivesse sido instaurado.
4. Que como o fulcro do lançamento é de que a empresa teria “*descumprido obrigação tributária*”, não se pode saber se por “*ação ou omissão*”, sendo o ato indefinido fraudulento, ainda que tal ato tenha sido “*diverso*” daqueles especificados em lei.” Afirma que embora conste na “Descrição dos Fatos” alguns esclarecimentos, a causa de pedir é genérica, insegura e não possui qualquer amparo legal. Portanto, não se pode atribuir qualquer validade jurídica ao lançamento. Neste sentido discorre sobre “*crime contra a ordem tributária*” e cita o art. 5º, incisos II e XXXIX, da Constituição Federal, para afirmar de que não se pode falar em “*ação ou omissão fraudulenta*”, sem expressa previsão legal quanto à sua caracterização e cominação da pena. Observa que a descrição dos fatos da autuação em momento algum assevera e prova que houve uma efetiva “*desativação do ECF*” ou uma efetiva “*venda sem a correspondente emissão de cupom fiscal*”, versando tão somente a respeito de uma possibilidade, sem apontar qualquer fato concreto que leva à conclusão de que essa “*possibilidade*” foi efetivamente constatada.
5. Relata que a autuação decorreu da denominada “Operação Tesouro”, que objetivou investigar o “software Colibri”, utilizado em todo o Brasil por estabelecimentos fornecedores de alimentação e bebida, tais como restaurantes, pizzarias, lanchonetes, bares e boates (conforme o próprio Boletim de Fiscalização da INFIP - fls. 15/20), e que tal *soft* foi aprovado pelos entes públicos, sendo disponibilizado para compra em todo o Brasil. Portanto, os adquirentes do “Colibri” não o compraram, necessariamente, com o conhecimento de que existiam “*falhas no sistema*” ou a “*possibilidade*” de desativação do ECF, caso do recorrente. E sobre a “*possibilidade de desativação do ECF*”, a Portaria 53/2005 obrigou a migração para outras versões do sistema somente a partir de 31/12/2005, não podendo, até então, ser imputada qualquer irregularidade aos usuários de versões anteriores, ainda mais quando não existe segurança para se afirmar que ele foi usado fraudulentamente, conforme ora resta acusado. Assim, qualquer apuração somente seria válida a partir de 01/01/2006. Ademais, a INFIP (fl. 19) determina a forma de condução da “Operação Tesouro”, conforme comenta, visando a alcançar o valor das vendas sonegadas. Portanto, a ação fiscal não seguiu as orientações da INFIP, pois a documentação da empresa, 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 que inquina de nulidade a ação fiscal já que nela não existe *qualquer relação de causa e efeito entre os fatos narrados na “descrição dos fatos” e na “descrição da infração”*.
6. Observa que a Lei nº 7.014/96, ao contrário do entendimento da JJF, 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. Em assim sendo, a ação fiscal é nula ou mesmo improcedente com o impedindo da aplicação da sanção de 100% sobre o “*imposto supostamente devido*”.

No mérito, afirma que a JJF proferiu Decisão carente de base legal, pois a autuação decorreu de absoluta inconsistência dos levantamentos utilizados na autuação, sem a avaliação de qualquer documentação, fiscal ou contábil e sem o confronto dos valores erigidos à condição de

“sonegados” com aqueles declarados pelo Contribuinte ou com as informações das administradoras de cartões. Por tal motivo e no mínimo, os seus valores devem ser revisados por fiscal estranho ao feito, objetivando esclarecer a origem dos montantes “levantados” e de se deduzir destes os valores declarados espontaneamente pela empresa (como orientado pela INFIP), sempre observado o regime de apuração do recorrente, ou seja – EPP. E, caso o lançamento fiscal seja validado devem ser observadas as disposições do art. 504, do RICMS/97, conforme decisões (apresentadas) deste CONSEF e não como se pucionou a JJF ao conceder “crédito presumido”, de 8%.

E sobre tal situação, observa de que a autuação se utiliza de “*dois pesos e duas medidas*”, deduzindo o “ICMS recolhido” na qualidade de EPP, e não as receitas declaradas, dentro do mesmo regime, o que implicava em irregular cassação do SimBahia, por agente incompetente, não se podemos falar, apenas, em “*perda do direito sobre os fatos geradores específicos*”.

Passa, em seguida, a discorrer sobre a “Operação Tesouro” e do sistema COLIBRI (ressaltando que a empresa já o havia mudando antes da Operação Tesouro, portanto fora do âmbito da referida operação) e que assim sendo, todas as investigações relacionadas ao Inquérito Policial e relativas à “Operação Tesouro” não tinham a ver com a empresa, que, em qualquer momento, procedeu a qualquer venda sem o devido registro no ECF.

Neste momento, discorre sobre “*alguns pontos relativos ao lançamento que devem ser reprimidos*”:

1. Os autuantes alegam que os dados da autuação estariam no HD da empresa, não indicando em que parte dele estaria a demonstração da base de cálculo utilizada. “*Não há, efetivamente, a mínima demonstração no presente Auto de Infração dos métodos previstos na legislação tributária para apuração da Base de Cálculo, pelo que, data venia, não se pode admitir como válida a autuação*”.
2. Os valores considerados na autuação não representam, efetivamente, o volume de vendas da empresa, não tendo sido demonstrado, pelos autuantes, como encontraram a base de cálculo constante no Auto de Infração. Que os documentos “Fundo de Caixa” e “Relatório de Vendas de Materiais por Grupos Analíticos” não representam prova de que os valores ali constantes teriam deixado de ser considerados pela empresa como receita no período autuado.
3. Não foi indicado o método pelo qual os autuantes teriam encontrado a base de calculo do imposto. O documento denominado “Fundo de Caixa” corresponde ao controle interno da empresa a partir da receita recebida em dinheiro dos clientes, espelhando o controle interno para pagamento em carteira de pequenas despesas, tais como: táxi para garçom, comissão, pão, etc. Suas receitas já haviam sido devidamente contabilizadas e integraram a base de cálculo do imposto recolhido.
4. Quanto ao “Relatório de Vendas de Materiais por Grupos Analíticos” é mero relatório dos produtos vendidos, utilizados para fins de controle de estoque, separando-se, por grupos, as mercadorias, tais como bebidas alcoólicas, cafés chás, saladas e sopas, etc. e possuíam finalidade de identificar a quantidade de itens vendidos, visando controle dos estoques.
5. Os valores consignados nesses relatórios não representam a receita efetiva da empresa, porque havia os descontos (cliente com cartão fidelidade, venda para sócios e funcionários (50%), erros de pedido, etc.), neles não consignados.
6. Portanto, os valores correspondentes as saídas de produtos e serviços foram devidamente contabilizados e submetidos a tributação pelo regime simplificado, e o que a autuação promoveu, e a JJF não atentou, foi a soma indevida de valores apenas separados para controles diversos.

7. Comenta acerca das provas dos autos acostadas às fls. 1053, 1054, 9, 10, 11 e “CD”, afirmando que elas não tão suporte ao lançamento, apenas denotam a absoluta ineficácia da autuação. Que os demonstrativos de fls. 9, 10 e 11, são, simplesmente, sintéticos e registram “Vendas Identificadas – Sistema Colibri”, sem qualquer indício da origem das importâncias ali lançadas. E afirma: “*não se pode atribuir segurança e validade aos valores, pois ainda não se sabe a ORIGEM dos resultados erigidos à condição de “Vendas Identificadas”, nem tampouco que os referidos valores refletem de forma efetiva operações de vendas sujeitas a incidência do ICMS e, por último, que seriam vendas não tributadas espontaneamente pelo autuado, dentro do regime a ela aplicável*”. E continua: (...) os demonstrativos registram: (1) Vendas com a inibição de emissão do cupom fiscal; (2) *Vendas com emissão de cupom fiscal*; (3) *Vendas totais identificadas. Para efeito de tributação, implicando, na prática, em cassação do regime vigente à época, e sem observação de vendas isentas, não tributadas e substituídas, a autuação considera o “total das vendas”, onde estão incluídas as vendas “com emissão de cupom fiscal”, ou seja, as vendas já tributadas, ocasionando o “bis in idem”*.
8. Que o “CD” não pode servir como meio de prova, por absoluta ausência de previsão legal e, notadamente, pela insegurança nos dados nele inseridos. Não existe no PAF qualquer indício que o sistema operado pela empresa realizava, de forma efetiva (e não potencial, do programa COLIBRI) a desativação do ECF. Os indícios, continua, levam a conclusão contrária, pois as vendas registradas encontram perfeita proporção com o histórico da empresa e do setor de alimentação e qualquer roteiro de auditoria, de forma auxiliar, poderia ter mostrado a impertinência do lançamento.
9. Observa de que as “informações fiscais” prestadas são inócuas, pois não prova de que os atos praticados pelo recorrente, e constantes da “Operação Tesouro”, restaram configurados.
10. Requer, ainda, a aplicação da proporcionalidade prevista na IN 56, apresentando, neste momento, relação das mercadorias sujeitas ao regime normal e à substituição tributária e colocando à disposição toda documentação necessária à conferência.
11. Insurge-se, novamente, quanto a alíquota aplicada, uma vez que para os bares e restaurantes a alíquota é de 5%, pois tais estabelecimentos não vendem apenas mercadorias, mas sim um conjunto entre mercadorias e serviços.

Requer o provimento o seu Recurso.

No seu opinativo, a PGE/Profis (fls. 1149/1150), em Parecer exarado pela n. Procuradora Dra. Maria Dulce Baleiro Costa, ressalta de que o Auto de Infração decorreu de uma operação conjunta entre a SEFAZ/MP/DECECAP, que apreendeu, com base em Decisão judicial, o ECF e computadores da empresa. Procedendo a degravação dos dados neles constantes, verificou que o software utilizado no ECF permitia a sua desativação, revelando o “*controle paralelo*” no computador. Assim, com base nos números encontrados na degravação do HD do computador, foi apurada a verdadeira base de cálculo que deveria ter sido oferecida à tributação, imputando-se a infração com multa de 100%, por ter decorrido de ação fraudulenta.

Diante destes fatos, a Decisão da JJF está devidamente fundamentada, inclusive no que diz respeito ao indeferimento da diligência solicitada e o recorrente não trouxe qualquer argumento para contradizer os números levantados pelo autuante, não havendo lide específica quanto a base de cálculo, a exceção da alegação de que deve ser reduzida por ser um restaurante que apura o imposto devido pelo faturamento.

E o que a 1<sup>a</sup> Instância observou foi de que durante um período a empresa era inscrita como SimBahia. Por esta razão foi concedido o crédito de 8%, sobre a alíquota de 17%, não havendo nos autos qualquer informação de que a empresa autuado era beneficiária de regime especial para apuração do ICMS pelo faturamento (5%).

Opina pelo improviso do Recurso interposto.

Esta 2<sup>a</sup> CJF, em pauta suplementar do dia 16/11/2011 (fl. 1156) considerando a necessidade de identificar os elementos utilizados pelo autuante na composição da base de cálculo do imposto lançado, encaminha os autos à ASTEC/CONSEF para que fiscal estranho ao feito tomasse as seguintes providências:

1. A partir dos papéis de trabalho constantes da autuação, verificasse como foi apurada a base de cálculo do imposto lançado, informando, sobretudo, se houve o confronto entre os dados extraídos dos equipamentos do sujeito passivo que foram apreendidos e os demais livros e documentos contábeis, fiscais e não-fiscais arrecadados e informações fornecidas por administradoras de cartões de crédito/débito, conforme procedimento sugerido pela INFIP no boletim da Operação Tesouro, voltado para a fiscalização (fls 15/20).
2. Informasse, também, se houve demonstração analítica dos valores considerados pelos autuantes como referentes às operações que não foram oferecidas à tributação nos períodos indicados nos demonstrativos de fls.09/11, apontando, em caso positivo, os elementos de prova que permitissem asseverar que os valores apurados referem-se, efetivamente, a fatos geradores do ICMS, ainda que por presunção.

Através do Parecer ASTEC/CONSEF nº 96/2012 (fls. 1159/1165), Fiscal estranho ao feito presta as seguintes informações, que entendo necessário transcrevê-las para melhor entendimento:

*"Inicialmente foi necessário examinar todo o processo, com as informações fiscais e as impugnações, dada a complexidade, a quantidade e o grau de dificuldade de entendimento dos demonstrativos. Assim, no CD da folha 29, os autuante na informação fiscal à fl. 126, informam tratar de "uma cópia do HD do contribuinte, que é a prova possível do ilícito" e que o segundo CD anexado pelos fiscais diligentes à fl. 1062, seria o demonstrativo dos valores lançados no Auto de Infração, em modo analítico. Assim, foi necessário fazer a análise dos dois CDs apresentados, na tentativa de se fazer uma conciliação, para entendimento dos lançamentos tributários.*

*Assim, para tentar entender como foi feito o levantamento da base de cálculo, faz-se necessário examinar todos os demonstrativos que estão nos dois CDs anexos a este processo, de forma a se tentar estabelecer uma lógica de raciocínio que leve à base de cálculo.*

*No primeiro plano do CD da fl. 29, há várias pastas e uma profusão de planilhas que não guardam correlação alguma com os fatos descritos no Auto de Infração, como as pastas ROYALTIES, RELATÓRIO MENSAL, RECEITAS E DESPESAS.*

*A pasta ROYALTIES contém cerca de 60 planilhas excell, denominadas "royalties de receitas/despesas" seguidas do mês de referência. Os demonstrativos são dos meses 04, 06, 07 e 08 de 2005, 01 a 12 de 2006, e de 01 e 02 de 2007. Tomando como exemplo, o demonstrativo ROYALTIES 04/2005, internamente o demonstrativo consta como sendo "faturamento líquido" – pasta fast pituba – faturamento líquido = faturamento bruto – 10% serviço( o valor total é de R\$56. 556,97). O de fevereiro de 2007 consta como faturamento líquido de R\$69.167,27. As demais planilhas dizem respeito a custos e receitas, mas de períodos compreendidos entre os dias 23 de um mês a 23 ou 25 do mês seguinte, como é o caso do período do mês de 23 de janeiro a 25 de fevereiro de 2007 que apresenta uma receita de R\$159.246,25.*

*A pasta RECEITAS E DESPESAS apresenta 11 demonstrativos de custos de mercadorias importadas e de despesas de luz, condomínio, IPTU, etc, não sendo estabelecida nenhuma correlação com os fatos relacionados aos lançamentos.*

*A pasta RELATÓRIO MENSAL, apresenta 40 planilhas com faturamentos mensais, inclusive do exercício de 1997 e 2002, que não guardam relação com o período investigado. Mas existem alguns, relativos ao período apurado neste processo, como o RELATÓRIO MENSAL DE 01 A 30 DE ABRIL DE 2007, cuja receita é de R\$86.425,21, o RELATÓRIO RESTAURANTE PASTA FAST SHOPPING, de 01 a 31/07/2007, no valor de receita igual a R\$110.748,38, sem no entanto configurar se trata-se do estabelecimento autuado, cujo endereço é na Av. Otávio mangabeira, a menos que esteja em algum shopping desta avenida.*

*Por fim, aparecem alguns demonstrativos em primeiro plano, no total de 16 planilhas em excell, uma em Access, e um arquivo Word com poucas palavras inscritas - "Relatório da Equipe 10 . Foram encontrados arquivos da versão DOS do período de 2005 a 2007, com o mapa de redução Z e vendas do período .Da versão millenium só foi encontrado do período de 2005 a 2007, foram emitidos as planilhas de vendas de ambos". Pelo conteúdo, tais informações aparentemente foram inseridas no CD pela equipe de investigadores.*

Assim, há algumas dessas planilhas que são estudos de viabilidade econômica de lojas no SHOPPING SALVADOR e até no IGUATEMI DE FEIRA DE SANTANA, restando duas planilhas de títulos “VENDAS 2005 a 2007 DOS”, e “VENDAS 2005 a 2007 MILLENIUM”, que como as informações do próprio arquivo WORD sugere, seriam as planilhas de vendas, que abaixo estão transcritas:

**VENDAS 2005 A 2007 DOS**

[...]

**VENDAS 2007 MILLENIUM**

[...]

**CONCLUSÃO**

A conclusão deste relatório visa dar uma resposta sucinta às duas questões levantadas no pedido de diligência. Cumpre informar que os autuantes anexaram ao Auto de Infração, apenas os demonstrativos de folhas 09, 10 e 11, onde consta a base de cálculo do lançamento, a partir do que se considerou como “vendas identificadas” do sistema “colibri”. Consta, além disso, uma relação de DAES do INC, exercício de 2005, 2006 e 2007 e cópia de relatório da “operação tesouro”. Nenhuma outra prova ou cópia de documento fiscal ou contábil da empresa foi anexado.

Assim, de imediato, nota-se que não houve cotejamento com livros fiscais e informações de administradoras de cartões de crédito/débito, pois não há qualquer impressão de relatório TEF(transmissão eletrônica de fundos) conforme procedimento sugerido pela INFIP(fls. 15 a 20) ou cópias de livros e documentos, nem mesmo referencia a possíveis documentos como estes.

Assim, infere-se que partir dos valores extraídos no HD, não há efetivamente nenhum confronto dos valores colhidos no HD, com livros e documentos contábeis fiscais e não fiscais arrecadados, nem com as informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito, pois não consta nenhum relatório neste sentido, retirado do sistema da SEFAZ. O lançamento se pautou apenas os relatórios que, segundo afirma o autuante, foram encontrados no próprio HD apreendido junto ao contribuinte.

Chamo atenção, para o fato de que de um total de 127 arquivos ou planilhas existentes no HD, que ao que consta foi apreendido com o contribuinte, apenas duas planilhas servem para o objetivo, que é a identificação dos valores de base de cálculo que foram considerados - os demonstrativos que acima foram transcritos – VENDAS 2005 a 2007 DOS e VENDAS MILLENIUM, pois os demonstrativos da pasta ROYALTIES apresentam valores mensais de “faturamento líquido” considerando-se o abatimento de 10% do serviço, mas tais valores, com ou sem o abatimento do serviço, não equivalem aos que foram lançados no demonstrativo do Auto de Infração, conforme se verifica pela cotejamento dos exemplos citados anteriormente neste relatório.

A pasta RELATÓRIO MENSAL contem demonstrativos que vão de meados de um mês a meados do outro, o que não dá para consolidar o movimento mensal. Há também relatórios diários mensais, que indicam ser o movimento de vendas diárias, que foram comparados com os demonstrativos analíticos feitos e anexados na diligência executada pelos próprios autuantes. Por fim, a pasta RECEITAS E DESPESAS contem dados completamente dissociados deste processo, como IPTU, aluguel, etc., e valores de receita dissociados dos que foram lançados.

Assim, do cotejo dos dois demonstrativos acima transcritos, verifica-se que do demonstrativo VENDAS 2005 a 2007 DOS, apenas os meses de março e abril de 2005, e dezembro de 2006, respectivamente R\$10.323,90, R\$74.268,65, R\$100.049,06 foram lançados nos demonstrativos da base de calculo às fls. 09 e 10 do processo.

Analizando a planilha seguinte, VENDAS 2005 a 2007 MILLENIUM, o mês de abril de 2005 tem valor de R\$57.787,04, mas o valor lançado no auto, foi baseado no da PLANILHA VENDAS 2005 a 2007 DOS(R\$74.268,65). Daí em diante, constata-se que os valores dessas planilhas foram lançados no demonstrativo das folhas, 09, 10, 11 à exceção dos meses de dezembro de 2006 e maio de 2007, cujos valores da planilha MILLENIUM foram respectivamente de R\$71.585,82 e R\$27.086.406,04,(sic) mas foram lançados os valores da planilha VENDAS 2005 a 2007 DOS, respectivamente R\$100.049,06 e R\$79.518,41.

Assim, não fica claro qual foi o critério utilizados pelos autuantes, pois utilizaram-se das duas planilhas para fazer o lançamento, não se sabendo ao certo qual a razão de ter-se utilizado no demonstrativo, dos valores de alguns meses da planilha VENDAS 2005 a 2007 DOS( meses de março e abril/2005,dezembro/2006 e maio/2007) e nos demais meses utilizaram a planilha VENDAS 2005 a 2007 MILLENIUM, destacando-se o fato de que esta planilha apresenta um valor astronômico e irreal no mês de maio de 2007(neste mês o autuante utilizou-se do valor da outra planilha, a VENDAS 2005 a 2007 DOS)

Foram analisados em seguida, os arquivos apresentados pelo autuante, na diligência à fl. 1062. Consiste nos demonstrativo que os autuantes apresentaram como comprovação do que seriam as vendas analíticas, e que se trata de uma das questões feitas pelo relator, no item 02 – “informar se houve demonstração analítica dos valores considerados pelos autuantes”.

Neste CD, falta o arquivo do demonstrativo analítico do mês de março de 2005, cujo valor lançado foi de R\$10.323,90. O arquivo do mês de abril de 2005 tem como venda identificada o valor total de R\$58.867,99, mas o valor lançado no demonstrativo do auto à fl. 09 é de R\$74.268,65. O demonstrativo do mês de maio/2007 tem valor de 86.406,04, mas foi lançado R\$79.518,41, não havendo correlação entre os valores encontrados nos demonstrativos e aqueles que foram lançados.

Nos demais meses, os valores de certa forma, estão compatíveis com os lançamentos, sendo o resultado do somatório de valores de vendas 01, vendas 02 e às vezes vendas 03. No entanto, esses demonstrativos, pretensamente analíticos do movimento diário, ao final, obtendo-se o valor do somatório das vendas ao longo do mês, é somado a outros valores sintéticos (sem demonstração analítica) e que são identificadas como vendas 02 ou vendas 03.

O somatório dessas vendas (01, 02 e às vezes, 03) foi lançado como vendas não identificadas no demonstrativo dos autuantes, adotando-as como base de cálculo. Por exemplo, tomando-se o relatório intitulado mês 06 de 2007 Pasta Fast, ao final de uma relação de movimento diário, que totaliza R\$60.626,01 como vendas 02, aparece em seguida, o valor sintético de vendas 03, em R\$77.984,17, sendo este o valor lançado no demonstrativo de fl.11, como sendo a base de cálculo desse mês. Não ficou claro o porque de se considerar uma relação analítica com total como vendas 02, e a este valor, foi adicionado um valor sintético de vendas 03 sem o correspondente analítico, sem explicar de onde foi retirado esse valor, que acresceu o somatório das vendas sem a explicação da origem destes valores. Assim, não se sabe ao certo o que significa vendas 01, vendas 02 e vendas 03, e a razão pela qual o somatório de determinadas vendas analíticas foram somadas a outros valores sintéticos de vendas, sem o respectivo analítico e sem explicar a origem de tais valores.

Sobre estes arquivos deve-se fazer algumas considerações: não foi encontrado correlação entre esses arquivos com valores analíticos diários e o arquivo que se considera como cópia do HD, cujos valores estão sintéticos nas planilhas VENDAS DOS E VENDAS MILLENIUM. Por exemplo, na PASTA RELATÓRIO MENSAL, do CD da fl. 09, o “relatório diário abril/2006”, apresenta um total de R\$97.644,92. No CD apresentado na diligência executada pelos autuantes, como sendo o relatório analítico, o mesmo mês apresenta um relatório analítico diário com total mensal de R\$92.129,61 e um valor sintético identificado como vendas 02 no valor de R\$113.475,85, e que foi lançado como base de cálculo do lançamento no demonstrativo da folha 10. Assim, não vejo correlação entre o relatório mensal analítico do mês de abril, na pasta do primeiro CD, com o relatório analítico apresentado pelos fiscais na diligencia da fl. 1062, e o valor que foi lançado no demonstrativo da folha 10.

A partir da base de cálculo de vendas tidas como omitidas, houve a aplicação da alíquota de 17% e do crédito presumido de 8%, chegando-se ao valor devido, que foi abatido dos valores recolhidos, que constam no sistema SEFAZ e está anexado o demonstrativo à fls. 12/14.

É forçoso concluir, que a partir dos elementos encontrados nesta diligencia não é possível atender ao pedido do relator, de apontar os elementos de provas que permitem asseverar que os valores apurados referem-se efetivamente a fatos geradores do ICMS, ainda que por presunção, pois como demonstrado acima, tais valores encontram-se contaminados de incoerências, seja porque às vezes se utiliza da planilha VENDAS 2005 a 2007 DOS, às vezes da planilha VENDAS MILLENIUM, seja porque apresenta o CD da diligência com os relatórios analíticos não são os mesmos encontrados no primeiro CD, na pasta RELATÓRIO MENSAL, seja porque esses relatórios apresentam vendas 01, vendas 02 e vendas 03, misturando-se somatório de valores analíticos e diários com valores sintéticos, retirados de alguma fonte não identificada que não foi possível identificar nesta diligencia, mesmo tendo-se investigado minuciosamente todos os demonstrativos inseridos nos CDs.

Em resumo, não há condição de se apontar com segurança, como foi encontrada a base de cálculo, a partir dos dados que foram coletados nos CDs apresentados.”

O recorrente manifesta-se a respeito do Parecer da ASTEC/CONSEF (fls. 1170/1171) reiterando todos os termos do seu Recurso e acrescenta de que a conclusão a que chegou o diligente fiscal corroborava a sua tese.

O autuante tomou ciência da diligência fiscal, porém não se manifestou (fl. 1173).

Em novo opinativo, a PGE/Profis, através da n. Procuradora subscritora do primeiro, após sintetizar, a autuação, a Decisão da JJJ e da conclusão a que chegou o fiscal diligente da ASTEC/CONSEF, exara o seguinte Parecer:

“Da análise dos autos, observo que a premissa utilizada pelo autuante de que os dados constantes do HD apreendido no estabelecimento autuado contém informações de vendas omitidas parece correta, uma vez que estamos tratando de infração por utilização de software que permite desativar o ECF. Portanto, o controle

*“paralelo” do autuado deve ser entendido como o valor sonegado. As divergências de valores apontadas pelo diligente me parecem passíveis de correção, devendo os valores da base de cálculo corresponderem efetivamente ao somatório das vendas encontradas nos controles “paralelos”. Diante disso, opino pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso para que o valor da autuação seja reduzido, com esses ajustes indicados pelo diligente”.*

O processo foi encaminhado à Procuradora Assistente da NCA/PROFIS/PGE que o ratificou o opinativo anterior e o encaminhou para julgamento (fl. 1178).

Os autos foram dirigidos a esta Relatora para instrução e julgamento, uma vez que o seu anterior Relator afastou-se deste CONSEF.

Em mesa, a n. procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, após discussão do PAF, opinou pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devido a não comprovação da degravação dos arquivos encontrados no equipamentos apreendidos e listados às fls. 22 dos autos.

O n. Presidente desta 2ª CJF propos a realização de diligência para que pudesse ser sanada a omissão apontada pela PGE/PROFIS. No entanto, tal proposta restou superada diante do decurso de prazo para produção de tal prova.

## VOTO

O Auto de Infração foi lavrado para a cobrança de ICMS devido pela constatação de omissão ou supressão de tributo mediante utilização de software que permitia ao usuário a desativação do ECF, possibilitando que uma operação de venda fosse registrada em seu banco de dados sem o correspondente envio ao software básico do ECF do comando de impressão do cupom fiscal. Foram apreendidos computadores de propriedade do estabelecimento autuado, pela ocasião da “Operação Tesouro”, cujo banco de dados foi degravado, para obtenção do faturamento real do contribuinte. Os materiais e documentos foram apreendidos mediante Mandado de Busca e Apreensão autorizado pelo Poder Judiciário.

Antes de adentrar em qualquer consideração a respeito do presente processo, trago a seguinte informação:

O “Colibri” é um software de gestão e um aplicativo fiscal. Com esta função, obrigatoriamente, deve enviar comandos ao software básico do ECF, equipamento de automação comercial dotado de dispositivo de controles fiscais que permite a emissão de cupons fiscais.

Fraudes começaram a ser detectadas. Foram denunciadas, a partir de 2003, ao MPE pelo Grupo de Apoio Especial de Combate à Sonegação Fiscal, aos Crimes contra a Ordem Tributária, à Ordem Econômica e às Relações de Consumo (GAESF). E este trabalho denunciatório envolveu equipes de inteligência das Secretarias Estaduais da Fazenda (SEFAZ) e da Segurança Pública (SSP), com autorização do uso de escuta telefônica pelo Poder Judiciário.

A fraude, em linhas gerais, se processava da seguinte forma: empresas de informática vendiam versão desatualizada do Colibri (não autorizadas) aos proprietários de estabelecimentos do ramo da alimentação, prestando serviço de manutenção mensal. Estas versões não certificadas (a exemplo DOS 3.4 e Millennium 6.0 (Windows) disponibilizavam ao usuário um *menu* de configurações que permitia desativar o ECF, permitindo que uma operação de venda fosse registrada no seu banco de dados sem ela ser dirigida ao software básico do ECF do comando de impressão do cupom fiscal.

Toda a arquitetura da fraude encontra-se claramente descrita na “Operação Tesouro - Boletim para a Fiscalização” (fls. 15/20 dos autos), onde se percebe que até nota fiscal sem cunho legal poderia ser emitida por tais versões de *software* que poderia funcionar, inclusive, simultaneamente com a versão do “Colibri” autorizada, através de aplicativo que comandava as duas versões.

Este tipo de fraude tecnológica causou prejuízo estimado ao Estado, à época, em torno de 40% de sonegação do imposto no ramo de bares e restaurantes.

Diante desta situação foi montada a “Operação Tesouro” que consistiu em uma ação integrada da SEFAZ (INFIP), do Ministério Público (GAESF) e SSP, através da DECECAP. E esta ação integrada é resultante de Convênio de Cooperação Técnica firmado entre o Governo do Estado (SEFAZ, SSP e PGE), Ministério Público e Tribunal de Justiça objetivando o combate aos crimes fiscais.

Após alinhavar tais considerações, passo a análise e Decisão da lide.

O recorrente apresenta duas questões iniciais para que seja decretada a nulidade da Decisão da JJF. Na primeira afirma que ela não enfrentou integralmente as alegações contidas nos itens 01 a 13 da sua defesa. Diz que a rejeição da nulidade levantada feita de forma “genérica”, sem a devida fundamentação sobre cada ponto abordado, provoca supressão de instância e cerceamento ao direito de defesa. Com segundo ponto, entende que a JJF ao enfrentar seus argumentos apresentados como questões prejudiciais na “fundamentação do mérito”, causou ainda mais distorção no acórdão.

Este é argumento que não tem qualquer base para se levar em consideração. Em primeiro, o julgador, necessariamente, não tem a obrigação de analisar todos os argumentos trazidos pela empresa desde que no conjunto de sua análise aborde de maneira clara e eficaz todos os aspectos (materiais e jurídicos) que o levaram a tomar sua Decisão. Inclusive este é entendimento sedimentado pelas Cortes Superiores, que exemplifico com o REsp Nº 896.412 - PB (2006/0225087-4) do STJ, sendo o relator o Min. PAULO GALLOTTI:

**DECISÃO: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. MULTA. EXCLUSÃO.** 1. Não ocorre omissão quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu crivo. 2. Esta Corte firmou compreensão de que o magistrado não está obrigado a se pronunciar sobre todos os pontos abordados pelas partes, máxime quando já tiver decidido a questão sob outros fundamentos. 3. Sendo os embargos declaratórios opostos com o nítido propósito de agitar questão federal, ausente o caráter protelatório, não é de se impor a multa a que se refere o art. 538 do CPC, incidindo o enunciado nº 98 de nossa Súmula. 4. Recurso parcialmente provido.

Em segundo, ao discorrer sobre a matéria posta, a JJF acabou por abordar todas as questões apresentadas pelo impugnante, não deixando qualquer brecha a ser analisada, mesmo que, acaso, o tenha feito, por entender que melhor assim poderia fazê-lo, nas questões de mérito, não havendo qualquer distorção na Decisão prolatada.

Em síntese, a JJF entendeu que a infração apontada encontrava-se plenamente 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 (excluídos os meses de julho e agosto de 2007 já que o recorrente encontrava-se enquadrado no regime do Simples Nacional) e que ficou provado 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%.

No mais, a JJF enfrentou cada um dos argumentos de nulidade apresentado pelo impugnante, rejeitando cada um de *per si*.

Desta forma, adentro naqueles argumentos de nulidade trazidos pelo recorrente no momento do seu Recurso ora em análise. Entre os diversos argumentos de nulidade da ação fiscal, afirma ele não existir segurança dos valores apresentados como “base de cálculo” relativos a vendas não levadas à tributação e base da exigência do imposto. Tal tema foi, de igual sorte, abordado nas suas razões de mérito, quando existe a afirmativa de que a autuação foi calcada em levantamentos inconsistentes e sem a avaliação de qualquer documentação, fiscal ou contábil, e sem o confronto dos valores erigidos à condição de “sonegados” com aqueles declarados pela empresa ou com as informações das administradoras de cartões, conforme discorre. Tal situação

deveria ser, no mínimo, revista por fiscal estranho ao feito, objetivando esclarecer a origem dos montantes apurados.

Estes argumentos motivaram esta CJF a encaminhar os autos em diligência à ASTEC/CONSEF objetivando de que fiscal estranho ao feito, a partir dos papéis de trabalho constantes da autuação, verificasse como foi apurada a base de cálculo do imposto lançado, informando, se houve o confronto entre os dados extraídos dos equipamentos do sujeito passivo que foram apreendidos e os demais livros e documentos contábeis, fiscais e não-fiscais arrecadados e informações fornecidas por administradoras de cartões de crédito/débito, conforme, inclusive, procedimento sugerido pela INFIP no boletim da Operação Tesouro, voltado para a fiscalização (fls 15/20). Informasse, também, se houve demonstração analítica dos valores considerados pelos autuantes como referentes às operações que não foram oferecidas à tributação nos períodos indicados nos demonstrativos de fls. 09/11, apontando, em caso positivo, os elementos de prova que permitissem asseverar de que os valores apurados referem-se, efetivamente, a fatos geradores do ICMS, ainda que por presunção.

Fiscal estranho ao feito, através do Parecer ASTEC/CONSEF nº 96/2012, que diante de sua importância ao deslinde da lide foi transscrito no Relatório do presente Acórdão, após minuciosa análise de toda a documentação existente nos autos, bem como, da metodologia empregada para elaboração dos levantamentos fiscais realizados - demonstrando, mês a mês, a origem ou o falta de identificação da origem dos valores de base de cálculo apurados pelo autuante, concluiu que, *in verbis*:

*“É forçoso concluir, que a partir dos elementos encontrados nesta diligencia não é possível atender ao pedido do relator, de apontar os elementos de provas que permitem asseverar que os valores apurados referem-se efetivamente a fatos geradores do ICMS, ainda que por presunção, pois como demonstrado acima, tais valores encontram-se contaminados de incoerências, seja porque às vezes se utiliza da planilha VENDAS 2005 a 2007 DOS, às vezes da planilha VENDAS MILLENIUM, seja porque apresenta o CD da diligência com os relatórios analíticos não são os mesmo encontrados no primeiro CD, na pasta RELATÓRIO MENSAL, seja porque esses relatórios apresentam vendas 01, vendas 02 e vendas 03, misturando-se somatório de valores analíticos e diários com valores sintéticos, retirados de alguma fonte não identificada que não foi possível identificar nesta diligencia, mesmo tendo-se investigado minuciosamente todos os demonstrativos inseridos nos CDs.”*

*Em resumo, não há condição de se apontar com segurança, como foi encontrada a base de cálculo, a partir dos dados que foram coletados nos CDs apresentados.”*

Diante desta conclusão da ASTEC/CONSEF, após a detalhada análise, somente com ela posso concordar, inclusive e mormente, por não ter sido contestada pelos autuantes, que se quedaram silentes do resultado da diligência.

Ao lado de todas estas considerações acima alinhavadas, ainda resta o fato de que não existe nos autos a efetiva prova de que os dados levantados pelos autuantes foram aqueles degravados dos computadores da empresa autuada. E pelo decurso de prazo, impossível, neste momento, este CONSEF agir na sua busca.

Ressalto que a atividade de fiscalização é ato vinculado, não podendo, em qualquer hipótese, fugir das determinações legais. Estas são as determinações expressas do art. 142, Parágrafo único do CTN – Código Tributário Nacional. Afora que base de cálculo é critério legal de determinação do que é devido, na medida exata, pois dimensão material do tributo. Assim, indispensável que seja demonstrada de forma compreensiva, apontando o critério adotado pelo fisco, a fonte e demais dados necessários ao entendimento, por parte do sujeito passivo, com fundamento na legislação. E, tudo isso decorre dos princípios da legalidade e da verdade material.

Diante de tudo que se expôs entendo não ser mais necessário se adentrar nas demais arguições de nulidades arguidas pelo recorrente, pois estas suplantam as demais.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto para julgar NULO o presente Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** o Auto de Infração nº 269114.1109/07-9, lavrado contra **RARQ BAR E RESTAURANTE LTDA. (PASTA FAST)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS