

PROCESSO - A. I. N° 118973.1815/07-0
RECORENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BELLA BRASA RESTAURANTE LTDA.
(BELLA BRASA RESTAURANTE E PIZZARIA)
RECORRIDOS - BELLA BRASA RESTAURANTE LTDA. (BELLA BRASA RESTAURANTE E
PIZZARIA) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJJ n° 0308-05/11
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 06/10/2014

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0285-11/14

EMENTA: ICMS. EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). UTILIZAÇÃO IRREGULAR DE SOFTWARE QUE PERMITE DESATIVAÇÃO DO ECF. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado que o débito exigido decorre da diferença entre os valores registrados em banco de dados constante do HD do computador apreendido no estabelecimento autuado sem o correspondente envio ao software básico do ECF do comando de impressão fiscal e os valores oferecidos à tributação. Retificados os valores exigidos no exercício de 2006, por conta de Auto de Infração anteriormente lavrado, o que diminui o valor originariamente exigido. Negado o pedido de perícia. Infração elidida em parte. Rejeitadas as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **PREJUDICADO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 5^a Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/12/2007 para cobrar ICMS no valor de R\$ 224.781,97, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01. - Descumpriu obrigação tributária principal se constatando ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei.

Consta na descrição dos fatos as seguintes explicações:

“a) supressão de tributo mediante utilização de software que permite o usuário a desativação do ECF, possibilitando que uma operação de venda seja registrada em seu banco de dados (HD) sem o correspondente envio ao software básico do ECF do comando de impressão do cupom fiscal. Assim, foram apreendidos os computadores na Operação Tesouro, cujo banco de dados (HD) foi degravado, obtendo-se o faturamento real do contribuinte;

b) omissão de receita, a partir do levantamento da receita total existente no HD (Arquivo Magnético) dos computadores da empresa apreendidos pela ocasião da Operação Tesouro, conforme Auto de Exibição e Apreensão do Departamento de Crimes Contra o Patrimônio – DCCP, apurado também através das máquinas de ECF, fraude detectada através da inteligência fiscal, onde mostrou no programa Colibri, uma arquitetura de fraude fiscal, constatando uma bifurcação entre os CPUs fiscal e não fiscal, utilização de software (aplicativo) diverso ao homologado pela SEFAZ. Todo material foi resgatado através de um mandado de busca e apreensão do Poder Judiciário, expedido pelo Exmo. Sr. Juiz de Direito. Valor Histórico: R\$224.781,97 – Multa de 100%”.

Foram apresentadas Defesa tempestiva as fls. 77 a 92 e diversas manifestações, pugnando pela nulidade ou improcedência da infração, como também Informação Fiscal pelos Autuantes, às fls. 492 a 503 e fl. 531, rebatendo quase todas as justificativas defensivas e ratificando o entendimento da procedência parcial do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 5ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela Procedência Parcial da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

“VOTO”

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

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

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

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

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

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

Quanto à alegação de que houve obtenção de documentos junto à empresa diversa do contribuinte fiscalizado, o Termo de Apreensão expedido pelo DPT-BA deixa claro e seguro que os equipamentos encontrados e apreendidos nas dependências pertencem à empresa. Mais, os procedimentos adotados relacionam os CPUs por número “de equipe da DECECAP que procedeu a apreensão dos computadores”, onde cada numero de equipe refere-se a uma empresa. Ou seja, ainda nos estabelecimentos das empresas envolvidas na operação, os computadores receberam números que identificam a empresa, distinguindo-se os computadores de outros

contribuintes alvo da Operação Tesouro, e as equipes que realizaram a apreensão dos computadores e documentos pertencem aos quadros da Polícia Civil e não do fisco estadual. Por outro lado, a Operação Tesouro pelos procedimentos adotados, dificilmente incorreria em erros grosseiros como troca de computadores. Além disso, foram identificados os HDs individualmente, unindo a cada computador o HD correspondente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Quanto à impugnação relativa as quesitações contidas no Laudo Pericial de fls. 422 a 428, em resumo, foram examinados três microcomputadores, identificados e descritos no corpo deste Laudo, que no momento do exame estavam funcionando normalmente. A questão se esclarece que no disco rígido HD: “Foi encontrado o software Colibri para a versão do sistema operacional Windows instalado nas três CPUs examinadas. As versões do programa Colibri para o sistema Windows foram determinadas, através da restauração dos respectivos executáveis e verificação de versão do referido arquivo no gerenciador de arquivos do Windows XP

Professional. Vide abaixo versões encontrados no colibri nas respectivas máquinas (CPUs) e diretórios de instalação:

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

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

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

Equipe 28 Maq 01

1 – VERSÃO 6.0 COMPILAÇÃO 6.0.2.48

Diretório: C:/Colibri Millennium

Data de Instalação: 14/09/2007

Equipe 28 Maq 02

1 – VERSÃO 6.0 COMPILAÇÃO 6.0.2.48

Diretório: C:\Colibri Millennium

Data de Instalação: 02/02/2007

2 – VERSÃO 6.0 COMPILAÇÃO 6.0.2.22

Diretório: C:\Col2000\Colibri Estação\Colibri Millennium

Data de Instalação: 02/03/2007

Equipe 28Maq03

1 – VERSÃO 6.0 COMPILAÇÃO 6.0.2.48

Diretório: C:\Colibri Millennium

Data de instalação: 13/02/2007

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

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

Explico: de modo geral, o sistema Colibri instalado pode sofrer alterações nas versões motivadas, por exemplo, por mudanças nas legislações, mudanças no sistema operacional, por ter passado a trabalhar no ambiente de Internet, etc; nesses casos muda a plataforma, o que leva à mudança na versão do aplicativo para adaptação ou atualização tecnológica. Neste último caso, para trabalhar, por hipótese, com Recursos gráficos, sofisticar a versão, modernizar. Além disso, podem existir novas versões que chegam para corrigir erros de versões anteriores, ou para atender os usuários em suas demandas.

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

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

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

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

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

A Junta de Julgamento Fiscal interpôs Recurso de Ofício nos termos do artigo 169, I, "a", item 1, do RPAF/99.

Inconformado com a Decisão, a empresa interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 136 a 122, objetivando a revisão do julgamento. Em sua peça recursal, repisa todos os argumentos já apresentados em defesa, sem anexar novos documentos fiscais ou demonstrativos.

Inicia o seu Recurso com um breve relato dos fatos ocorridos neste PAF.

Passa a discorrer sobre o seu cerceamento do direito de defesa, baseado na “injustificada negativa da produção de prova técnica, consistente na realização de perícia sobre os valores obtidos pela fiscalização que redundou no lançamento ora discutido e os valores obtidos em outra fiscalização anterior, na qual se utilizou o método de quebra de sigilo bancário, obtendo informações de movimentação de operações realizadas com cartão de crédito/débito”.

Justifica a realização da perícia contábil em função da insubsistência dos valores apontados como base de cálculo e devido a aplicação indevida da alíquota de 17% em vez e 3%, aliada a inexistência de realização da dedução de 8% (oito por cento) respeitante ao crédito presumido e a inexistência de dedução do montante do tributo a pagar pela manutenção de empregados.

Relembra os quesitos formulados ...

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

para após transcrever trecho do voto do Relator de piso referente ao indeferimento.

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

Em seguida, diz que as razões e o objeto da prova não foram devidamente apreciados pela Decisão recorrida, visto que a prova requerida apresentava três motes, ao passo que a Decisão apenas abordou um deles, de modo equivocado. Assevera que o direito à prova titularizado pelo contribuinte foi desrespeitado, implicando invalidade processual por violação aos princípios do contraditório, ampla defesa, direito à prova e devido processo legal assentes no art. 5º, incisos LIV e LV, da CF/88.

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

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

documentos indicados no Auto de Exibição e Apreensão.

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

Diz que a ação fiscal padeceu de vícios que a acoimaram de invalidade, assim como ao lançamento tributário dela resultante. Aponta as irregularidades acima descritas, e reitera que examinou cada uma das alegações descritas anteriormente, primeiro quanto à obtenção de documentos junto à empresa diversa do contribuinte, pois a operação policial e a diligência de busca e apreensão foram realizadas quando o contribuinte não mais estava em operação e no endereço em que não mais funcionava, comprova-se através de documentos anexos, sobretudo o comprovante de baixa da inscrição do contribuinte no cadastro nacional da pessoa jurídica, a empresa encerrou formalmente suas atividades em 17/08/2007. Salientou que a rigor, desde 20/06/2007 já não mais operava no endereço em que se deu a busca e apreensão dos equipamentos e documentos (Alameda Praia Camboriú, nº 198, Loteamento Alameda da Praia, Stella Mares, Salvador/BA). Com efeito, nesta data, Bella Brasa Restaurante e Pizzaria Ltda., celebrou contrato de compra e venda de estabelecimento empresarial com o Sr. Francisco Edmilson da Silva, transferindo-lhe todo o mobiliário e equipamentos, respeitante à atividade de restaurante por ela exercida, operação realizada em 02/10/2007, no endereço em que não mais operava a empresa contribuinte, mas a firma individual de Francisco Edmilson da Silva - ME.

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

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

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

Ressalta também que a extração de dados ocorreu sem a presença do representante legal do contribuinte. Propala que, para a lisura do procedimento era necessária que a degravação do conteúdo do equipamento se desse com a presença de representante do contribuinte, sob pena de violação ao contraditório e ao devido processo legal, uma vez que “*tal extração dos supostos dados se deu à revelia do contribuinte, circunstância esta que vicia em absoluto a prova colhida na ação fiscal e, por consectário lógico, do lançamento tributário efetuado com base nessas informações*”.

Em seguida, passa a discorrer sobre aspectos materiais da infração.

Sustenta que não há comprovação de ocultação de fatos geradores por intermédio de utilização do *software* “Colibri”. Fala que a administração da SEFAZ partiu do pressuposto de que a utilização do *software* denominado “Colibri” dar-se-ia pelo contribuinte autuado com intuito fraudulento ocultando a ocorrência de parte dos fatos geradores. Afirma que inexiste qualquer comprovação no sentido de que o sistema tenha sido utilizado de modo fraudulento e que o “*relatório de fls. 12/15 é absolutamente inconclusivo e frágil nesse particular, sem produzir prova robusta no sentido de que o software era utilizado pela contribuinte de forma a ocultar a*”.

ocorrência de fato gerador”.

Argumenta que, a princípio, a utilização desse software é absolutamente regular e legal, incumbindo ao Fisco a comprovação inequívoca de fraude. Diz que, com base no laudo de exame pericial realizado pelo Departamento de Polícia Técnica da Polícia Civil do Estado da Bahia nos hardwares apreendidos, chega-se à conclusão de que inexiste fraude, sendo que tal laudo seria o único elemento probatório em que se calcou a fiscalização para realização do lançamento tributário, mas que se revela um “documento absolutamente frágil e inservível”.

Nesta mesma toada, relata que o exame pericial solicitado pela Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública — DECECAP — realizados sobre os hardwares apreendidos na “Operação Tesouro” e atribuídos à empresa contribuinte, tentaram comprovar que o software instalado nas máquinas efetivamente serviria para ocultar da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia operações tributáveis realizadas pelo restaurante.

Entretanto, o Recorrente entende que tal laudo pericial corrobora com a tese de que não fora cometida qualquer fraude pela contribuinte.

Passa a descrever toda a metodologia empregada pelos peritos, para então a citar alguns dos quesitos que entende serem relevantes. Aborda o quesito 4 do laudo pericial (“No(s) Disco(s) rígido(s) (HDS) do(s) equipamento(s) questionado(s) foi encontrado instalado o aplicativo ou software MDC? Em caso positivo, indicar a(s) versão(ões) encontrada(s) desse aplicativo”), cuja resposta foi NÃO; Lembra que os dois quesitos subsequentes (5 e 6) - se o aplicativo MDC poderia ser utilizado no modo treinamento e se, neste caso, permitia que uma operação de venda ou prestação de serviço seja registrada no banco de dados sem a emissão do correspondente cupom fiscal - restaram prejudicados devido a resposta do quesito 4.

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

Registra que a pergunta diz respeito ao aplicativo COLIBRI, ao passo em que a resposta diz respeito ao sistema Windows, alegando que é de conhecimento de qualquer pessoa que opera computadores, que tal sistema permite desativar hardwares e acessórios (“trabalhar off line”).

Anotou também que, mesmo com a resposta dos peritos de que “[a] versão Windows encontrada (6.00) permite desativar o Emissor de Cupom Fiscal e registrar as respectivas operações comerciais”, tal situação significa dizer que a autora se valeu desse mecanismo para se furtar ao pagamento do tributo eventualmente devido, ou seja, que o fato de o sistema utilizado em larga escala permitir a operação com desativação do Emissor de Cupom Fiscal (ECF), não implica dizer que o contribuinte se tenha valido desse Recurso.

Neste ponto, ressalta que há de se fazer prova robusta da efetiva ocorrência do fato gerador.

Também alega com base nos laudos periciais que “o programa colibri foi instalado nas máquinas 02 e 03 apenas em 13/02/2007, ao passo em que, na máquina 01, a instalação somente ocorreu em 14/09/2007”. Em seguida propala que “a operação de busca e apreensão ocorreu em 02 de outubro de 2007, para apurar fatos geradores ocorridos entre setembro de 2005 e junho de 2007”. Diante dessas premissas, sustenta a aponta que os programas somente foram instalados em duas das máquinas nos últimos cinco meses do período fiscalizado e, na outra máquina, a instalação foi três meses depois do período fiscalizado, para então indagar “como poderia o programa encontrado servir para ocultar fato gerador ocorrido muito antes de sua instalação, e consequentemente já registrado no sistema fazendário?”.

Aduz que o Auto de Infração utilizou como elemento de prova do fato gerador o simples fato de o sistema operacional encontrado em hardwares apreendidos em estabelecimento que não mais pertencia ao contribuinte permitir operar desconectado da impressora fiscal (emissor do cupom

fiscal), o que levaria a invalidação do Auto de Infração impugnado.

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

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

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

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

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

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

Fala que não foi efetuada a devida dedução na informação fiscal.

Alega que houve o reconhecimento do pedido por parte do auditor que efetuou o lançamento em sua segunda informação fiscal, mas que incorreu novamente em equívoco ao proceder à retificação dos valores conforme se verifica pelo simples exame das planilhas que acompanharam a segunda informação fiscal que as bases por ele indicadas conflitam nos meses de março, julho e dezembro de 2006 com aquelas indicadas no Auto de Infração tombado sob o n.º 118973.1815/07-0, ora impugnado, conforme quadro que elabora

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

Aponta que o valor da infração 1 do Auto de Infração nº 206956.0005/07-3, em termos históricos e sem a multa aplicada, foi de R\$ 28.867,78 e o valor da infração 1 do Auto de Infração 206956.0005/07-3(ora discutido), em termos históricos e sem a multa aplicada, foi de R\$ 224.781,97 e o valor a que chegou o auditor após promover as deduções foi de R\$ 209.073,85, também em termos históricos. Em suma, alega que se está a abater da base tributária o que já foi tributado, o valor final do tributo em valores históricos e sem a multa deveria ser resultado da dedução do valor do primeiro Auto do quantum do segundo Auto, isto é: 224.781,97 – 28.867,78 = R\$ 195.914,19 (cento e noventa e cinco mil novecentos e catorze reais e dezenove centavos). Daí já deflui que o procedimento apontado nesta segunda informação fiscal não se afigura totalmente correto, pois ainda indica uma diferença no valor do tributo de aproximadamente R\$ 14.000,00 (catorze mil reais).

Assevera que o contribuinte ratifica todos os argumentos expendidos em sua defesa, concernentes a este ponto, máxime quanto à circunstância de que as bases de cálculo encontradas em fiscalização anterior o terem sido por intermédio de quebra de sigilo de dados de cartão de crédito indica elemento de prova muito mais próximo do real do que o apontado pelo Fisco no lançamento ora atacado, o que significa dizer que o lançamento anterior foi feito por intermédio de quebra de sigilo bancário, mecanismo de fiscalização mais próximo da realidade do que aquele utilizado pela segunda fiscalização, na chamada “Operação Tesouro”.

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

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

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

Transcreveu os arts. 20 a 23 da Lei Estadual nº 7.357, de 04 de novembro de 1998, quanto ao regime de exclusão. Cita ainda no RICMS (Decreto Estadual nº 6.284/1997), nos arts. 408-L e 915,

incisos III, IV, e V, alíneas *a* e *c*, também regulamenta as situações de desligamento do SimBahia.

Fala que o RICMS é claro ao exigir deliberação do Inspetor Fazendário para que se possa, legalmente, aplicar ao contribuinte submetido ao SimBahia, o regime comum de tributação do ICMS. No caso concreto, entremes, essa deliberação não houve, quer expressa, quer tacitamente. Ao invés de aplicar a alíquota no importe de 3% (três por cento), aplicou-se a alíquota de 17% (dezessete por cento). Declarou que, a não efetuação da dedução prevista no art. 8º da Lei Estadual nº 7.357/98, em função da admissão e manutenção de mais de 5 (cinco) empregados, a fiscalização não percebeu que deixou de observar um benefício fiscal, previsto na legislação que disciplina o SimBahia, conforme se determina o dispositivo citado.

Ressalta que a Decisão de piso não enfrentou esse argumento, sendo ela totalmente silente.

Passa a discorrer sobre a não efetuação prevista no art. 8º da Lei Estadual nº 7.357/1998, em função da admissão e manutenção de mais de 5 empregados. Diz que sempre possuiu, ao longo dos exercícios de 2005, 2006 e 2007 (neste até o encerramento das atividades, ao cabo do primeiro semestre), ao menos cinco empregados, conforme demonstram os extratos anexos do CAGED, devendo ser efetuada a dedução sobre o valor do tributo correspondente ao número de empregados da contribuinte autuada, nos exercícios de 2005, 2006 e 2007, também para os créditos apurados sob o regime de antecipação parcial de ICMS.

Em seguida, aponta a ausência de aplicação da redução de 8% (oito por cento) respeitante ao crédito presumido dos contribuintes optantes pelo SimBahia (art. 19, § 1º, da Lei Estadual nº 7.357/98). Aduz também que o art. 15, a rigor, trata das hipóteses de perda do direito ao tratamento do tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS — SimBahia. Noutros termos, mesmo o contribuinte que for desenquadrado do regime especial do SimBahia, tem direito à aplicação da redução de 8% (oito por cento) respeitante ao crédito fiscal, em substituição a qualquer outro, cumprindo a cumpre a esse órgão administrativo de julgamento efetuá-la, caso não sejam acolhidos os argumentos relativos à invalidade total do lançamento.

Discorre sobre o caráter confiscatório da multa aplicada, com base no art. 42, inciso IV, alínea ‘j’, da Lei Estadual nº 7.014/1996. Propala que o STF tem prestigiado o entendimento segundo o qual as sanções pecuniárias consubstanciadas nas multas fiscais estão também submetidas ao princípio constitucional do não-confisco, da proporcionalidade e da capacidade contributiva. Transcreve ementa da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1075 do Distrito federal para embasar a sua tese. Fala que pouco importa se a confiscatoriedade opera-se por meio da exigência do tributo em si ou mediante multas tributárias importante é ter em mente que é vedada a invasão desarrazoada do patrimônio do particular. Cita o professor Roque Antônio Carrazza para embasar a sua argumentação e jurisprudência do STF.

Diz que não há um critério razoável para justificar a imposição ao contribuinte de uma multa de infração que representa 100% do próprio valor do imposto, pois tal ato lhe representa um ônus pecuniário exacerbado, caracterizando a sanção como um mero instrumento de apossamento, pelo Estado, de bens do particular sem que haja fundamento constitucional que o justifique. Relembra que a multa é uma sanção aplicada em razão do descumprimento de um dever imposto pela norma tributária. Fala que a multa não visa à recomposição patrimonial, mas apenas sancionar. Repisa a ideia de que a regra constitucional de vedação ao confisco através da tributação (art. 150, IV, da CF/88 c/c art. 5º XXII, também da CF/88) não se confina à exigência de tributo, protegendo o contribuinte das exações levadas a cabo tanto com o intuito de exigir tributo, como com o intuito sancionador, em função do descumprimento de deveres tributários (principais ou acessórios).

Pede pela exclusão da multa.

Lança subsidiariamente a tese da aplicação da multa de 70% ao invés da multa indevida de 100%, com base no art. 42, III da Lei nº 7.014/96. Após transcrever o citado dispositivo, afirma que a tipificação da conduta à qual se comina a sanção no importe de 100% é subsidiária; caso a ação ou omissão fraudulenta constatada não se subsuma às especificadas na lei estadual.

Alega que, no caso em exame, a legislação comina multa pecuniária de “70% (setenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em razão da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, apurando-se a prática de atos fraudulentos, tais como suprimento de caixa de origem não comprovada, saldo credor de caixa, passivo fictício ou inexistente, entradas ou pagamentos não contabilizados, ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque” (art. 42, inciso III, da Lei Estadual n.º 7.014/96). Fala que ao confrontar a descrição fática feita pela fiscalização com a previsão normativa, tem-se a aplicação da sanção pecuniária de 70%.

Sustenta que essa conclusão pode-se chegar meio de dois raciocínios: a) a subsunção estrita do fato descrito à hipótese do art. 42, inciso III, da Lei Estadual n.º 7.014/1996 (que prevê a sanção de 70%); b) a aplicação da regra prevista no inciso I do art. 112 do CTN , caso se considere, pois, ao menos, a existência de dúvida quanto à norma incidente.

Ao final de seu arrazoado, pede para:

- a) invalidar a Decisão por cerceamento do direito de defesa (art. 5.º, incisos LIV e LV, da CF/88), consistente no indeferimento da produção de prova pericial;
- b) reformar a Decisão administrativa e decretar a INVALIDADE do Auto de Infração tombado sob o n.º 118973.1815/07-0, pelos argumentos trazidos nesta defesa;
- c) invalidar parcialmente o Auto de Infração tombado sob o n.º 118973.1815/07-0, eis que aplicada indevidamente a alíquota de 17% (dezessete por cento), quando, em verdade, deveria ser aplicada a alíquota de 3% (três por cento), por força de estar a contribuinte submetida ao regime SimBahia, conforme explicado alhures;
- d) invalidar parcialmente o Auto de Infração tombado sob o n.º 118973.1815/07-0 a fim de que seja determinada a dedução sobre o valor do tributo devido em cada período de apuração, correspondente ao número de empregados da contribuinte autuada nos exercícios de 2005, 2006 e 2007, conforme norma prevista no art. 8.º da Lei Estadual n.º 7.357/1998.
- e) invalidar parcialmente o Auto de Infração tombado sob o n.º 118973.1815/07-0 a fim de que seja determinada a dedução sobre o valor da base de cálculo de 8% (oito por cento), na forma preconizada pelo § 1.º do art. 19 da Lei Estadual n.º 7.357/1998.
- f) invalidar parcialmente o Auto de Infração tombado sob o n.º 118973.1815/07-0 a fim de determinar a exclusão da multa aplicada haja vista seu caráter confiscatório; ou caso não seja este o entendimento, invalidar parcialmente o Auto de Infração tombado sob o n.º 118973.1815/07-0 a fim de determinar a redução da multa aplicada para 70% (setenta por cento), com base no art. 42, inciso III, da Lei Estadual n.º 7.014/1996.

Em seguida, os autos foram encaminhados a PGE/PROFIS para análise.

No Parecer de fls. 605 e 606, a i. procuradora Maria José Coelho Sento-Sé, após um breve histórico dos fatos ocorridos, opina, em homenagem ao princípio da verdade material, pelo encaminhamento do feito para ASTEC/CONSEF para emissão de parecer técnico sobre a insubsistência da base de cálculo e a ausência da aplicação da redução de 8% respeitante ao crédito presumido dos contribuintes optantes pelo SIMBAHIA. Além disso, aponta que o coto exarado pela JJF “tece considerações pouco conclusivas acerca da divergência entre os valores apontados pelo autuado nos meses de março, maio e julho de 2006 e os resultantes do presente lançamento tributário”.

Em Sessão do dia 23 de agosto de 2012, a. 2ª CJF indeferiu a diligência solicitada pois, “os demonstrativos de fl. 30 (Receitas de 2005), fl. 35 (Receitas de 2006) e fl. 41 (receitas de 2007) apontam claramente que foi computado o crédito de 8% previsto na Lei 7.357/98, art. 19, §1º no lançamento de ofício”.

Em termos, os autos novamente seguiram para PGE para emissão de parecer conclusivo.

No Parecer de fls. 611 a 615, o n. procurador José Augusto Martins Júnior, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

Alega que o recorrente elabora os seguintes argumentos: a) cerceamento do direito de defesa; b) irregularidade da ação fiscal; c) insubsistência da base de cálculo apurada; d) aplicação indevida da alíquota de 17%; e) da ausência de aplicação da redução de 8%.

Quanto ao cerceamento do direito de defesa quanto ao não deferimento de uma prova técnica suplicada pelo autuado, fala que tal argumento não merece suporte fático pois, entende que “a produção da prova é um ato processual ínsito à atividade do julgador, sendo este soberano na definição da necessidade da produção ou não do ato diligencial, escorado no princípio do livre convencimento motivado”. Retrata que está presente no feito, de forma clara, a presença de todo lastro probatório necessário à livre convicção dos julgadores inclusive provas oriundas de perícia técnica.

Em relação a irregularidade da ação fiscal, pois a investigação engendradora do lançamento teria ocorrido sem a presença de prepostos da empresa, atesta que tal súplica não merece sufrágio, vez que firmada em base equivocada.

Lembra que o lançamento foi derivado de uma operação investigativa conjunta realizada entre autoridades da polícia judiciária, militar e prepostos da Fazenda Estadual, intitulada “Operação Tesouro”. Fala que as informações extraídas nas máquinas periciadas foram produzidas no bojo de um inquérito policial, de natureza inquisitiva, não sendo obrigatória ou indispensável a presença de advogados do investigado, devendo, portanto, ser afastada a tese recursal.

Quanto a insubsistência da base de cálculo apurada e a aplicação indevida de alíquota de 17%, afirma mais uma vez que não merecem guarida tais argumentações pois, a base de cálculo objeto da constituição do crédito é fruto da extração das máquinas periciadas no inquérito policial e, a aplicação da alíquota de 17%, tendo em vista o disposto no art. 15, V da Lei nº 7.357/98 que preconiza a perda do direito ao regime simplificado nas hipóteses de cometimento de faltas graves.

Quanto a ausência de redução de 8%, alerta que “*carece de verdade a tese recursal, pois, conforme observado nos demonstrativos de fls. 30, 35 e 41, o crédito presumido foi devidamente lançado na apuração do imposto*”.

Ao final, ratifica o seu entendimento pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

Na sessão de julgamento do dia 03 de julho de 213, a e. 2ª CJF, decidiu encaminhar o presente processo à ASTEC/CONSEF para que se tomasse as seguintes providências:

1. *intimasse o autuado a apresentar os documentos que comprovem as bases de cálculo dos valores de ICMS recolhidos mensalmente pelo regime do SimBahia, no período de janeiro de 2005 a dezembro de 2007, conforme indicado pelo autuante no demonstrativo de fls. 30, 35 e 41;*
2. *verificasse, no sistema de processamento de dados da Secretaria da Fazenda, se os montantes fornecidos pelo contribuinte coincidem com os informados à SEFAZ;*
3. *apurada a base de cálculo mensal do imposto estadual pelo regime do SimBahia, o diligente deveria deduzi-la do valor mensal da “base de cálculo” indicada nos demonstrativos originais;*
4. *após a dedução, o diligente deveria calcular o ICMS à alíquota de 17% e diminuir o crédito de 8% (artigo 19 e seu § 1º, da Lei nº 7.357/98), apurando o imposto devido pelo contribuinte, em novo demonstrativo de débito.*

Em resposta a essa Diligência, foi confeccionado o Parecer ASTEC nº 0126/2013 que assim informou que foram adotados os seguintes procedimentos:

“Devidamente intimada a fls 623/624, a empresa, através de seu procurador, gez juntada ao processo fls. 625/628, de Declaração, afirmado que: “o documentário fiscal foi apreendido em operação policial, conforme demonstram os documentos anexos e não foram devidamente devolvidos ao contribuinte. Por essa razão, e considerando já decorridos mais de seis anos dos referidos fatos, não dispõe dos elementos para a elaboração da memória de cálculo.”

Adiante, transmite as seguintes conclusões:

“Ante ao exposto, registro a impossibilidade em se realizar qualquer ajuste no Auto de Infração e encaminho o PAF à Coordenação da ASTEC para os devidos fins.”

Intimado do resultado da diligência, o Recorrente junta aos autos nova Manifestação (fls. 633 a 645) onde faz uma breve síntese do pedido de diligência e dos fatos vividos no presente PAF. Em seguida expõe as seguintes ponderações, *in verbis*:

- a) todo documentário fiscal foi apreendido em operação policial, conforme demonstraram os documentos anexados na resposta da contribuinte à diligência fiscal, e não foram devidamente devolvidos ao contribuinte;
- b) esses documentos jamais foram devolvidos ao contribuinte;
- c) o documentário fiscal não foi coligido aos autos pela fiscalização, embora tivesse sido intimada posteriormente para esse finalidade, a fim de embasar o lançamento e a apuração da base de cálculo;
- d) já distam mais de sete anos desde a ocorrência do fato gerador até a realização da diligencia fiscal, quando foram solicitados documentos;
- e) a i. Representante da PGE ressaltou que (1) a insubsistência da base de cálculo; (2) ausência de aplicação da redução de 8% (oito por cento) respeitante ao crédito presumido dos contribuintes optantes pelo SIMBAHIA; (3) considerações pouco conclusivas no voto contido no acórdão recorrido, acerca da divergência dos valores apontados pelo autuado nos meses de março, maio e julho de 2006 e os resultantes do presente lançamento tributário ao tempo em que o recorrente insiste nas divergências de valores conforme planilha de fl. 587;
- f) O relator do Recurso, reconhece também o presente vício de materialidade, quando solicita que a Auditora Fiscal Alexandrina Natália Bispo dos Santos, da ASTEC, nos seguintes termos: “intimar o sujeito passivo para apresentar os documentos que comprovem as bases de cálculos dos valores de ICMS” (fl. 618). Em confirmação da inexistência, até àquele momento, de quaisquer documentos fiscais que sirvam como os “elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração”. Esta é uma exigência de validade entendida, subentendida e compreendida pelo inciso IV, alínea “a”, do artigo 18 do RPAF/BA. De igual maneira, comprova a insubsistência de elementos fundamentais para o embasamento das planilhas que possibilitaram a elaboração do Demonstrativo de Débito da presente autuação, quando, em seu pedido de Parecer, solicita: “o diligente deve calcular o ICMS [...], apurando o imposto devido pelo contribuinte, em novo demonstrativo” (fl. 618).
- g) Há outro motivo de invalidade do lançamento, em consonância com o inciso II, do artigo 18 do RPAF/BA, comprovado na manifestação do autuado, no termos: “o documentário fiscal foi apreendido em operação policial, conforme demonstram os documentos anexos, e não foram devolvidos ao contribuinte”. Aqui resta perguntar: Como entender planilha de Demonstrativo de débito de autuação ou elaborar uma melhor defesa administrativa sem acesso à documentação probante? Como conseguiu o autuante elaborar assertivamente tais planilhas, sem igualmente acesso ao documental apreendido e jamais devolvido? Resta, destarte, corroborar a afirmativa da Auditora Alexandrina Natália, segundo a qual: “a impossibilidade de se realizar qualquer ajuste no Auto de Infração”.

Ao término de sua manifestação, volta a clamar pelo Provimento do seu Recurso, devido a nulidade do lançamento, ante a “*absoluta insuficiência de prova material quanto à ocorrência do fato gerador e sua extensão, aplicando-se, pois, a regra do art. 18, incisos II, e IV, alínea “a”, do Decreto Estadual nº 7.629/99 (RPAF)*”.

Em termos, os autos foram novamente encaminhados à PGE/PROFIS para análise.

No Parecer de fls. 651 a 652, o n. Procurador José Augusto Martins Júnior, manifesta pelo Improvimento do Recurso Voluntário, reiterando as razões anteriormente esposadas na manifestação de fls. 611 a 615, “uma vez que o Parecer ASTEC de fls. 622 não trouxe qualquer esclarecimento ou situação capaz de modificar as razões retromencionadas”.

VOTO VENCIDO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 5ª JJF que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe que fora lançado para cobrar ICMS e multa de 100% no valor de histórico de R\$224.781,97 pelo descumprimento de obrigação tributária devido a ação ou omissão fraudulenta, apurada em procedimento conjunto da Polícia Civil, Polícia Militar e Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Em síntese, o Recorrente sustenta em seu Recurso:

- a) invalidade do Auto de Infração por desrespeito ao devido processo legal;
- b) o cerceamento do direito de defesa pela negativa de produção de prova técnica sobre os valores obtidos pela fiscalização;
- c) inexistência de comprovação dos fatos geradores ilícitos;
- d) dedução dos valores lançados em outro Auto de Infração no mesmo período fiscalizado;
- e) aplicação indevida da alíquota de 17%;
- f) falta de redução de 8% do art. 8º da Lei 7357/98;
- g) confiscatoriedade da multa de 100%, e;
- h) aplicação subsidiária da multa de 70%.

Início a análise das questões preliminares do Recurso.

O Recorrente alega preliminarmente a invalidade do Auto de Infração devido: I) obtenção de documentos junto a empresa diversa da contribuinte fiscalizada; II) ausência de mandado de extração de conteúdo dos hardwares apreendidos; III) extração de dados sem a presença do representante legal da contribuinte.

Ab initio, devo esclarecer que a competência desse Tribunal administrativo está adstrita ao Processo Administrativo Fiscal, não podendo transbordar os limites estabelecidos pela legislação tributária, em especial aqueles delineados no COTEB, no RPAF/BA e na Lei nº 7.014/96. Dessa feita, vejo que não é cabível a esse Colegiado apreciar a correção do procedimento de colheita e produção de prova no campo do direito penal, seja na fase de inquérito, seja na fase processual.

Destarte, não tenho competência para me pronunciar sobre a referida ausência de mandado de extração de conteúdo dos hardwares apreendidos e a falta do representante legal do contribuinte no momento da extração dos dados. Tais insurgências devem ser levadas ao Judiciário para que este órgão aprecie o possível desrespeito ao devido processo legal. Cabe a mim, apurar tão somente a correção dos aspectos formais da fiscalização, consoante os artigos 39 e 18 do RPAF/BA, que serão analisadas no decorrer desse voto.

Quanto à questão de obtenção dos dados de empresa diversa ao contribuinte fiscalizado, vejo que, conforme a ficha de identificação do contribuinte junto a essa SEFAZ (fl. 49), está indicado no cadastro da companhia o mesmo endereço do mandado de busca e apreensão emitido pela 1ª Vara Especializada Criminal (fl. 16) e do Auto de Exibição e Apreensão (fl. 17 e 18).

Por seu turno, não está presente nos autos qualquer prova de que houve comunicação a SEFAZ de alteração dos dados cadastrais da empresa autuada até o período da investigação mencionada. Portanto, carece de sustentação fática o argumento de que os dados colhidos são de empresa diferente da fiscalizada nos presentes autos.

Preliminar de ilegitimidade passiva afastada.

Quanto à nulidade em face da negativa do pedido de perícia, entendo que a Decisão da JJF é irretocável, uma vez que, as provas produzidas nestes PAF são suficientes para o convencimento do julgador. Assim, não vejo necessidade de perícia no trabalho realizado pela fiscalização por considerar que o conjunto probatório acostado aos autos é claro e abrangente e as questões suscitadas foram devidamente explicadas nas informações fiscais ou no próprio laudo pericial elaborado pelo Departamento de Polícia Técnica da Polícia Civil do Estado da Bahia, Instituto Afrânio Peixoto, elaborado na Operação Tesouro.

Devo lembrar que todos os dados levados em consideração foram extraídos dos computadores apreendidos da empresa, conforme atesta o Auto de Exibição e Apreensão (fl. 17 e 18). Também é necessário dizer que tais elementos apurados no inquérito policial são considerados verdadeiros por essa SEFAZ e foram analisados conforme o boletim para fiscalização da SEFAZ/SAT/INFIP de fl. 11 e seguintes, acostados no presente processo.

Assim, não vislumbro nenhuma ofensa ao direito de defesa quando da correta negativa de

produção de perícia efetuado pelos n. julgadores de piso, com base no art. 147, II, b do RPAF/BA.
Nulidade de cerceamento de defesa igualmente afastada.

Adentro a análise do mérito.

Quanto a pretensa falta de comprovação dos fatos ilícitos, entendo que todo o inquérito policial realizado dá subsídios para que se comprove a utilização de aplicativo não homologado que registrava a venda sem transmitir os dados à fiscalização. Resta comprovado nos autos que foi descoberto por meio da operação Tesouro a existência de software não homologado nos computadores do recorrente, contendo movimentação da empresa com listagem de produtos que realmente eram vendidos, com valores unitários e totais de venda por mesa.

Como bem apontou o Auditor Fiscal, o banco de dados encontrado nos computadores da empresa mostra que o faturamento real da empresa foi superior ao informado a SEFAZ, motivo pelo qual foi lançado o presente Auto de Infração. Assim sendo, vejo que a prova do cometimento do ilícito, com a ocultação de operação pela desativação do programa homologado foi demonstrada pelo Fisco nos presentes autos.

Com base nos dados obtidos dos três computadores pertencentes ao estabelecimento autuado, os autuantes elaboraram os demonstrativos, “planilha da receita total constante nos arquivos do MD/DOS COLIBRI”, relativo ao exercício de 2005, fl. 30, exercício de 2006, fl. 35 e referente a 2007, fl. 41, e exigem o ICMS no montante de R\$ 224.781,97, que correspondem às operações de vendas não oferecidas à tributação do ICMS, por meio de desativação do ECF.

Entretanto, impende ressaltar que, com base no laudo pericial do Departamento de Perícia Técnica acostado aos autos à fl. 424 e seguintes, restou apontado no quesito 9 da perícia que o programa que manipulava as informações do ECF, estava instalando nos computadores da Empresa Autuada somente a partir de fevereiro de 2007, conforme abaixo transcrito, *in verbis*:

“9) Quesito: Em que data foi instalado o software encontrado no equipamento questionado, bem com duas eventuais alterações?

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

Equipe28 Maq01

1- Versão 6.0 compilação 6.0.2.48

Diretório: C:\Colibri_Millennium\

Data de instalação: 14/09/2007

Equipe28 Maq02

1- Versão 6.0 compilação 6.0.2.48

Diretório: C:\Colibri_Millennium\

Data de instalação: 02/03/2007

2- Versão 6.0 compilação 6.0.2.22

Diretório: C:\Col2000\Colibri_Estacao\Colibri_Millennium

Data de instalação: 02/03/2007

Equipe28 Maq03

1- Versão 6.0 compilação 6.0.2.48

Diretório: C:\Colibri_Millennium\

Data de instalação: 13/02/2007”

Sendo assim, em que pese os indícios de manipulação em todo o período levantado, restou materializado pela fiscalização apenas as operações ocorridas após fevereiro de 2007, data em que fora comprovada a instalação do programa manipulador nas máquinas da empresa, no valor de R\$ 51.007,76.

Diante deste fato, remanescem as seguintes operações, conforme o quadro abaixo:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Aliq %	Multa(%)	Valor Histórico	Valor em Real
09/02/2007	09/03/2007	68.077,00	17,00	100,00	11.573,09	11.573,09
09/03/2007	09/04/2007	58.022,94	17,00	100,00	9.863,90	9.863,90

09/04/2007	09/05/2007	57.058,35	17,00	100,00	9.699,92	9.699,92
09/05/2007	09/06/2007	55.698,23	17,00	100,00	9.468,70	9.468,70
09/06/2007	09/07/2007	61.189,11	17,00	100,00	10.402,15	10.402,15
Total						51.007,76

Em relação às demais perguntas respondidas no laudo pericial do Departamento de Perícia Técnica, entendo que a interpretação dada pelo Contribuinte às respostas obtidas não é a mais correta. Primeiro, em relação a indagação de nº 04, entendo que o programa MDC também permite a ativação ou não do EFC, conforme se viu em outras empresas que foram investigadas na operação Tesouro, sendo que o fato de não ter encontrado nos computadores da empresa recorrente não indica em absoluto que não houve a fraude, pois foram encontrados outros programas não homologados pelas SEFAZ que realizam o mesmo efeito de ludibriar o Fisco. Na questão 07, o laudo responde que havia a presença de programas não homologados nos computadores do recorrente e a questão 08 esclarece que os programas Colibri na versão Windons existentes nos computadores do Recorrente (outros Contribuintes investigados possuíam a versão DOS) permitiam a desativação do ECF. Por fim, a indagação nº 09 aponta que a data de instalação da última atualização do software Colibri de cada computador foi em 2007, mas os registros encontrados na base de dados de todos os programas são de 2005.

Portanto, a leitura de todo o laudo realizado pela Polícia Técnica é claro e preciso em apontar que havia softwares não homologados pela SEFAZ nos computadores do recorrente durante o período fiscalizado.

Deste modo, entendo comprovada parcialmente a infração lançada, devendo ser mantida as ocorrências a partir de março de 2007.

O Recorrente também aduz que não houve a dedução dos valores lançados no AI 206956.0005/07-3 ao montante apurado nesse Auto de Infração. Conforme informação fiscal de fl. 492 e seguintes, o Auditor considerou pertinente a argumentação arguida pela empresa e teria procedido a diminuição dos valores que considerou como sendo corretos. Houve a insurgência referente a três meses (março, julho e dezembro de 2006), sendo que tais divergências foram abordadas no demonstrativo de fl. 533, explicando que da diferença apontada decorre da alteração do ICMS recolhido, lançado na planilha original da autuação, e aquele constante no INC da Secretaria da Fazenda, perfazendo outro montante. Trata-se, na verdade, de uma depuração dos cálculos iniciais que, com a indicação do valor correto de recolhimento, alterou o resultado da revisão fiscal efetuada, não cabendo razão ao contribuinte quanto aos três períodos questionados.

Passo a análise da suposta aplicação indevida da alíquota de 17%, entendo que a JJF andou bem ao analisar e explicar a questão. Consoante a dicção do art. 15, V da Lei nº 7.357/98 e Lei nº 8.534/02, com o cometimento de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento (art. 408-L, V do RICMS/97) está prevista a perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia).

Depreendo que a aplicação do Regime Normal de Apuração está correta, eis que, estamos diante de umas das situações ensejadoras da perda do direito ao tratamento diferenciado. Deve-se também deixar claro que a perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia) independe da exclusão de ofício do SimBahia, conforme previsto na legislação do imposto, sendo correto o procedimento fiscal ao exigir o imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos, sendo concedendo crédito presumido de 8% sobre o valor da saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais, conforme prevê claramente a regra do art. 19, § 1º, da Lei nº 7.357/98, e os demonstrativos anexados aos autos, fornecidos à empresa (fls. 30, 35 e 41).

Dessa forma, não se sustenta a tese de falta de dedução relativo à geração e manutenção de empregos prevista no art. 8º da Lei nº 7.357/98, por ser inaplicável também pelos motivos de cometimento de falta grave, vez que não há direito à aplicação do tratamento tributário previsto no SimBahia em tais casos.

Em relação a confiscatoriedade da multa de 100%, e a possibilidade de aplicação subsidiária da multa de 70% é importante ressaltar que a penalidade de 100% indicada no Auto de Infração está prevista no artigo 42, inciso IV, alínea "j", da Lei nº 7.014/96, aplicável à situação relatada neste lançamento de ofício, quanto ao uso de *software* que possibilitava o não envio de valores de operações de saídas de mercadorias à impressora de cupom fiscal.

Quanto a alegação de inconstitucionalidade devido ao caráter confiscatório da multa cobrada, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal apontada na situação vivida neste processo está prevista no artigo 42, inciso IV, "j" da Lei nº 7.014/96, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não podem ser apreciadas por essa e. CJF em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Recurso Voluntário Parcialmente Provedo.

Passo a análise do Recurso de Ofício.

Verifico que a dedução ocorrida no valor de R\$ 63.270,07 foi menor do que aquela prevista no art. 169 do RPAF para interposição do Recurso de Ofício, conforme a nova redação dada pelo art. 3º do Decreto nº 13.537 de 17 de maio de 2012, *in verbis*:

"Art. 3º - Não deverá ser apreciado Recurso de ofício de Decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal, referente a débito exonerado com montante em valor inferior a R\$100.000,00 (cem mil reais), interposto antes da vigência do Decreto nº 13.537, de 19 de dezembro de 2011, em tramitação para julgamento na Câmara de Julgamento do CONSEF, sendo considerada definitiva a Decisão de primeira instância.".

Recurso de Ofício Não Conhecido.

Em face do todo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário e NÃO CONHECIMENTO do Recurso de Ofício, julgando Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

VOTO VENCEDOR

Data maxima venia, uso divergir parcialmente do brilhante voto do digno Conselheiro Relator.

Entendo não merecer provimento o Recurso Voluntário.

A imputação objeto da lide é descrita da seguinte forma no Auto de Infração, tal como exposto no Relatório deste Acórdão:

Infração 01. - Descumpriu obrigação tributária principal se constatando ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei.

Constando ainda, na descrição da acusação, à letra "a", o seguinte:

a) supressão de tributo mediante utilização de software que permite o usuário a desativação do ECF, possibilitando que uma operação de venda seja registrada em seu banco de dados (HD) sem o correspondente envio ao software básico do ECF do comando de impressão do cupom fiscal. Assim, foram apreendidos os computadores na Operação Tesouro, cujo banco de dados (HD) foi degravado, obtendo-se o faturamento real do contribuinte;

Ou seja, degravados os HDs por peritos técnicos, com todas as medidas de segurança necessárias à garantia da incolumidade dos dados nos mesmos contidos, constatou-se que o contribuinte havia inserido em tais HDs dados relativos a vendas de mercadorias.

Comparados os dados destas vendas com os dados dos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte, o Fisco apurou que havia operações de vendas sem a devida emissão de documento fiscal, caracterizando assim omissão de receita tributável pelo ICMS, ou seja, falta de pagamento deste imposto, incidente sobre tais operações de circulação de mercadorias.

Assim, embora a operação fiscal tenha sido deflagrada pela detecção de uso do programa de informática denominado "Colibri", uma vez que a comparação direta entre os dados dos HDs e os dados dos documentos fiscais comprovam a ausência de emissão de documento fiscal, materializa-se a situação descrita na letra "a" da acusação, que não especifica uma denominação para o programa utilizado.

Por outro aspecto, observo que independe, a denominação, do fato de existir, e ter sido utilizado pelo sujeito passivo, o programa de computador que permitiu-lhe a desativação do sistema de emissão de cupom fiscal. A infração é a falta de cumprimento da obrigação principal em razão de uso de um programa de informática que permite a desativação da emissão do referido cupom. Este fato está provado nos autos.

Ainda por outro ângulo, observo que, como dito no voto do Acórdão de base, a data de instalação do programa de informática, constante no momento da degravação dos HDs, não significa necessariamente que este programa foi instalado, pela primeira, segunda ou quinta vez, naqueles equipamentos de informática. Significa apenas que a instalação do programa encontrado, naquela ocasião, deu-se na data registrada no conteúdo do HD. Assinalo que quando um programa de informática é instalado, e em seguida atualizado, permanece também no banco de dados a data da instalação originária, independentemente das atualizações/retificações ocorridas no software. Porém se um programa de informática é deletado do HD, e em seguida reinstalado, fica registrado no sistema apenas o momento em que o programa foi reinstalado, o que não significa que antes da reinstalação o programa já não houvesse sido utilizado naquela máquina.

Pelo exposto, do estudo dos autos verifico estender-se a todo o período objeto da autuação a prática objeto da lide.

Neste sentido, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração no valor histórico de ICMS de R\$209.073,85, acrescido da multa de 60%.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso de Ofício interposto, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **118973.1815/07-0**, lavrado contra **BELLA BRASA RESTAURANTE LTDA. (BELLA BRASA RESTAURANTE E PIZZARIA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$209.073,85**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTOS VENCEDOR– Conselheiros(as): Osmira Freire Carvalho Ribeiro Silva, Eduardo Ramos de Santana e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Rodrigo Lauande Pimentel, Raisa Catarina Oliveira Alves Fernandes e Rosany Nunes de Mello Nascimento.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de setembro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES– PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR/VOTO VENCIDO

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - VOTO VENCEDOR

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