

PROCESSO - A. I. N° 128859.0312/07-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e GIANCARLO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.-EPP
RECORRIDOS - GIANCARLO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.-EPP e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0010-01/13
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 16/10/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0303-11/14

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, cujos valores foram oferecidos à tributação. Mantido o débito remanescente decorrente de exclusão de valores que correspondia à multiplicação de quantidades de itens comercializados. Não aplicado o critério de proporcionalidade, por não se enquadrar na situação prevista na IN 56/07. Não excluído valores de gorjetas face à não comprovação de sua existência. Acolhido o pedido de nulidade relativo ao período de 2005 e 2006, dado a incerteza na constituição da base de cálculo, tendo como suporte a resposta de quesitação contida no Laudo Pericial. Mantida a exigência fiscal relativa ao exercício de 2007. Rejeitadas às demais preliminares de nulidade suscitadas e indeferido o pedido de redução ou cancelamento da multa por falta de amparo legal. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal em razão de ter desonerado parte do débito, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, com vistas ao reexame da Decisão proferida e de Recurso Voluntário interposto, nos termos do art. 169, I, “b”, tudo do RPAF/BA.

O Auto de Infração lavrado em 31/12/2007, exige ICMS no valor de R\$108.536,94, acrescido da multa de 100% em decorrência de ter constatado ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei (2005 a 2007). Consta na descrição dos fatos que a supressão de tributo foi constatada através da verificação de utilização de *software* que permitia ao usuário a desativação do ECF, possibilitando que a 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, o que foi apurado durante a Operação Tesouro com a apreensão de computadores, cujo banco de dados foi degradado, obtendo-se o faturamento real do contribuinte, mediante perícia em HDs realizada pela Polícia Civil e Secretaria da Fazenda, conforme demonstrativos

constantes das planilhas em anexo.

A 1ª JJF na Decisão proferida (fls. 310/325) inicialmente afastou as nulidades suscitadas sob o argumento de falta de segurança e cerceamento de defesa, fundamentando que os computadores foram apreendidos com a devida autorização judicial (Mandado de Busca e Apreensão do Poder Judiciário - fl. 57), e os valores apurados decorreram de degravação dos HD dos computadores, cujas cópias periciais foram fornecidas ao contribuinte o que possibilitou certificar-se dos demonstrativos de vendas e sendo detentor do mesmo, poderia juntar provas quanto às possíveis divergências apontados pela fiscalização.

Também afastou a nulidade suscitada quanto ao argumento de que o imposto foi exigido com base em presunção não autorizada pela Lei 7.014/96, e sim com base nos valores registrados no sistema Colibri que apresentou um faturamento superior ao oferecido à tributação pelo contribuinte.

Ressaltou ainda que o sujeito passivo foi cientificado dos atos administrativos fiscais, concedidos prazos e manifestação posteriores, obedecendo às formalidades legais, o que possibilitou exercer o seu direito de defesa e obedecido ao devido processo legal e exercício do contraditório.

No mérito apreciou que:

Com relação à alegação de que a Fiscalização pretende aplicar retroativamente a Portaria nº 53/2005, a fatos anteriores à sua vigência - o que é vedado no ordenamento jurídico pátrio -, constato que também não procede este argumento defensivo, haja vista que a autuação não diz respeito à utilização de programa não certificado – matéria de que cuida a referida Portaria -, mas sim de omissão de saídas de mercadorias com utilização do programa Colibri. Portanto, descabe falar-se em retroatividade da Portaria nº 53/2005.

No que concerne à alegação de ausência de prova documental de fraude, constato nos autos que o contribuinte teve seus computadores apreendidos e dele foram extraídos dados degravados do seu HD. Estes dados foram consolidados e gravados num CD, cuja cópia foi entregue ao autuado. Os dados registrados no HD 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.

No tocante à argumentação de utilização incorreta do roteiro de fiscalização em razão do ramo de atividade do autuado, pois ao invés de exigir o ICMS diretamente sobre o total da “receita apurada” a Fiscalização deveria ter adotado o critério da proporcionalidade, excluindo da base de cálculo as mercadorias já tributadas (substituição) e isentas, observo que não há como prosperar este argumento defensivo, haja vista que a aplicação da proporcionalidade somente é admitida nos casos de presunção, conforme previsto na Instrução Normativa nº 56/2007 que, conforme visto linhas acima, não é caso da presente autuação.

Verifico que o sujeito passivo está sendo acusado de deixar 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 no HD apreendido do estabelecimento autuado que foi realizada por peritos da Policial Civil e da Secretaria da Fazenda. Tendo sido constatado que o software utilizado pelo autuado, 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 no HD do computador do estabelecimento autuado, e o próprio enquadramento da infração denota isso (arts. 824 e 940 do RICMS/BA).

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

No presente caso, após um longo caminho percorrido pelo processo, o derradeiro pronunciamento da Inspetora da INFIP trouxe os esclarecimentos necessários para solução da lide.

Assim é que, nos esclarecimentos prestados pela referida Inspetora Fazendária foi dito que os valores apresentados na planilha do Auto de Infração divergem dos apresentados no CD, porque a fiscalização somou a coluna “SomaDeTotal” e “SomaDeValor”, sendo que, a “SomaDeTotal” corresponde a “SomaDeValor” multiplicado pela quantidade de itens vendidos.

Consignou que foi realizada uma nova análise no arquivo HD, tendo sido apurados os valores que apresenta atinentes aos exercícios de 2005 e 2006, no total de R\$2.156.213,40 e R\$2.489.150,10, respectivamente.

Em verdade, constato que os autuantes incorreram no equívoco identificado pela Inspetora da INFIP ao elaborarem a planilha acostada à fl. 05 dos autos, haja vista que somaram os valores constantes na coluna “SomaDeValor” com os valores da coluna “SomaDeTotal”, apresentando como “Saídas Totais” nos demonstrativos de fls. 06 e 07, um valor efetivamente incorreto, que inclusive foi transportado para o Auto de Infração.

Na realidade, a própria planilha de fl. 05, traz na coluna “SomaDeTotal” os valores corretos, conforme identificado pela INFIP, razão pela qual a correção do equívoco pode ser feita utilizando-se os valores identificados na coluna “SomaDeTotal”, dos quais devem ser diminuídos os valores das saídas totais identificadas pelos autuantes nos demonstrativos de fls. 06 e 07, que denominaram de “Saídas Tributadas”, resultando nos valores das “Saídas Omitidas”, sobre os quais deve ser aplicada a alíquota de 4% - por se tratar o autuado de restaurante optante pelo regime de apuração pela receita bruta, previsto no art. 504 do RICMS/97/BA.

Assim sendo, com as correções realizadas na forma acima aduzida, o valor do ICMS devido nos exercícios de 2005 e 2006, fica reduzido para R\$22.228,54 e R\$21.701,04, respectivamente, conforme demonstrativo abaixo:

Mês	Saídas totais “SomaDeTotal”	Saídas declaradas(DMAs)	Saídas omitidas	ICMS a recolher (R\$)
jan/05	170.030,40	142.484,30	27.546,10	1.101,84
fev/05	153.040,70	122.734,17	30.306,53	1.212,26
mar/05	155.250,40	124.175,32	31.075,08	1.243,00
abr/05	161.335,40	124.681,14	36.654,26	1.466,17
mai/05	156.505,40	76.251,06	80.254,34	3.210,17
jun/05	169.654,80	111.546,40	58.108,40	2.324,34
jul/05	186.875,80	144.903,28	41.972,52	1.678,90
ago/05	156.878,50	132.239,12	24.639,38	985,58
set/05	174.039,90	113.705,32	60.334,58	2.413,38
out/05	198.216,20	144.410,33	53.805,87	2.152,23
nov/05	220.011,90	170.489,92	49.521,98	1.980,88
dez/05	254.374,00	192.879,44	61.494,56	2.459,78
TOTAL	2.156.213,40	1.600.499,80	555.713,60	22.228,53
jan/06	206.062,30	148.637,20	57.425,10	2.297,00
fev/06	184.078,30	132.810,77	51.267,53	2.050,70
mar/06	208.147,10	159.118,05	49.029,05	1.961,16
abr/06	213.601,30	164.105,50	49.495,80	1.979,83
mai/06	226.158,70	172.557,32	53.601,38	2.144,06
jun/06	199.864,90	141.307,58	58.557,32	2.342,29
jul/06	230.035,20	185.232,81	44.802,39	1.792,10
ago/06	183.838,80	150.654,18	33.184,62	1.327,38
set/06	188.005,70	155.272,59	32.733,11	1.309,32
out/06	190.141,00	161.221,41	28.919,59	1.156,78
nov/06	203.902,10	170.409,79	33.492,31	1.339,69
dez/06	255.317,70	205.299,91	50.017,79	2.000,71
TOTAL	2.489.153,10	1.946.627,11	542.525,99	21.701,02
TOTAL GERAL				43.929,55

Quanto ao exercício de 2007, cumpre observar que os valores mensais apontados originalmente pelos autuantes na planilha de fl. 09 permanecem inalterados, haja vista que foram apurados corretamente, merecendo reparo, apenas, o valor total consignado na referida planilha de R\$12.165,43, pois o valor total correto é de R\$21.530,67. Relevante registrar que os valores mensais corretos da planilha foram apontados no Auto de Infração, razão pela qual não houve agravamento da infração.

Dessa forma, o valor do ICMS originalmente apontado no Auto de Infração de R\$108.536,94, fica reduzido para R\$65.460,22.

A título de esclarecimento, devo registrar que os valores das saídas totais utilizados pelos autuantes foram obtidos nas declarações apresentadas pelo próprio autuado através das DMAs, (Declaração Mensal de Apuração do ICMS), conforme se verifica às fls. 22 a 54 dos autos.

Relevante ainda registrar que os valores apontados pelos autuantes são os mesmos apontados pelo autuado em sua última manifestação – após a ciência do pronunciamento da INFIP -, conforme demonstrativos de fls. 229 a 231.

Com relação às gorjetas, verifico que nos demonstrativos elaborados pelo próprio autuado (fls. 229 a 231) nenhum valor foi apontado, constando na coluna indicativa da gorjeta zero.

Diante do exposto, restou demonstrado que está correto o procedimento fiscal que lançou de ofício o crédito tributário, decorrente de apuração de 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, obviamente, que com as correções acima aduzidas. Infração parcialmente subsistente.

Quanto à conversão da multa de 100% para 70% requerida pelo autuado, certamente que por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, a sua dispensa ou redução ao apelo da equidade, é de competência da Câmara Superior deste CONSEF.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

A 1ª JJF recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 I, “a”, do RPAF/BA.

O sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 338/375) no qual historia os fatos e repete na sua quase totalidade os argumentos contidos na defesa inicial (fls. 70/97), motivo pelo qual resumo:

- a) Suscita a nulidade sob o argumento de que os valores contidos nos HDs “foram degradados sem a presença do responsável legal do contribuinte”, o que constitui cerceamento do direito de defesa. Transcreve a ementa do Acórdão JJF 0094-04/11 que decidiu pela Nulidade da autuação;
- b) Suscita a nulidade alegando que foi aplicada presunção não autorizada pela Lei 7.014/96.
- c) Suscita a nulidade afirmando que há insegurança na ação fiscal, o que foi reconhecido pela própria Inspetoria de Investigação e Pesquisa (INFIP), que em atendimento a diligência solicitada pelo CONSEF admitiu que os valores constantes da planilha relativa à soma da coluna “SomaDeTotal e SomaDeValor”, estava errados, visto que a primeira corresponde a multiplicação da segunda pela quantidade de itens vendidos (fls. 211/212). Transcreve parte do texto do voto fundamentando que foram corrigidos o que resultou na redução do débito de R\$108.536,64 para R\$65.460,22. Entende que configurou incerteza na constituição da base de cálculo, a exemplo da Decisão contida no Acórdão JJF 0119-04/12, cuja ementa transcreveu (fl. 350).

No mérito, afirma que a Decisão recorrida afastou a aplicação da proporcionalidade prevista na IN 56/07, por entender que o critério se aplica quando o imposto for exigido por presunção legal (art. 4º da Lei 7.014/96), mas que de fato se baseia numa presunção ilegal de omissão de receitas (banco de dados), visto que não foram segregadas as receitas tributáveis das não tributáveis, exigindo o ICMS sobre o valor global apurado, tributando valores que já tinham sido tributados (*bis in idem*).

Requer que o processo seja baixado em diligência, invocando o princípio da isonomia, visto que os Autos de Infração de nºs 206837.0035/07-0 e 206837.0036/07-7 cujos lançamentos decorreram da Operação Tesouro, estão sendo revisados aplicando a proporcionalidade.

Caso não acatada, requer diligência para excluir da base de cálculo as mercadorias isentas, não tributáveis e substituídas, por exercer a atividade de restaurantes e similares previsto no art. 504, V, “c” do RICMS/97, ou sejam acatados os demonstrativos protocolizados no dia 28/08/12 (fls. 229 a 231).

Requer ainda realização de diligência a ASTEC/CONSEF para demonstrar “como foi apurada a base de cálculo do ICMS exigido no lançamento fiscal”, visto que a degravação dos HDs foram feitas de forma unilateral, sem a sua presença o que demonstra ser arbitrário e inseguro.

Colaciona trechos de diversas diligências realizadas em processos a exemplo do 088299.0010/07-0 (Parecer ASTEC 0179/2011); 088299.0009/07-1 (0180/2011); 128859.0112/07-6 (119-04/12); 118973.1812-07-0 (459/2012), Acórdãos JJF 0119-01/12, nos quais foram constatados inconsistências na constituição da base de cálculo, “bem como quais os métodos aplicados para a apuração do imposto”.

Destaca que a acusação fundamenta-se na utilização de software considerado irregular, mas que a Portaria nº 53/2005 que “dispõe sobre normas e procedimentos relativos ao cadastro de programa aplicativo e do credenciamento de órgãos técnicos para análise do mesmo”, ou seja, até 21/01/05, data de publicação dessa portaria, não havia qualquer regulamentação exigindo que os aplicativos fiscais fossem certificador por uma autoridade certificadora.

Também, que não pode ser alegado aplicação do disposto no art. 824-D do RICMS/97, porque nesse próprio dispositivo (§ 2º) consta a exigência de regulamentação, que somente ocorreu em 2005. Já o § 1º é dirigido ao “interessado em cadastrar programa”, que se refere ao vendedor do aplicativo.

Entende que não pode ser aplicado retroativamente a Port. 53/2005 a fatos anteriores à sua vigência, o que é vedado em nosso ordenamento jurídico, cita posicionamento dos doutrinadores Washington de Barros Monteiro e citação de Pontes de Miranda.

Manifesta que há ausência de prova de fraude, fundamentando tudo com base em um computador apreendido, inexistindo prova documental de fraude, apenas a presunção de que utilizava um programa não certificado e que possibilitaria a não emissão de cupom fiscal, devendo ser afastada a multa aplicada de 100%, aplicável quando comprovado a existência de fraude.

Admite que quando muito, poderia ser aplicada multa de R\$27.600,00 prevista no art. 42, XIII-A, “b”, 1.3 da Lei nº 7.014/96, prevista para a situação em que o contribuinte utilize programa aplicativo que possibilite omitir o lançamento de dado ou do documento.

Na pior das hipóteses, afirma que a multa aplicada deveria ser de 70%, prevista para os casos de “atos fraudulentos”, como a omissão de receitas tributáveis (art. 42, III da mesma Lei). Pugna pela conversão da multa para o valor de R\$27.600,00 ou, de 70%, na hipótese de o lançamento ser mantido.

Discorre mais uma vez sobre o ramo de atividade (restaurante e bar), que ao apurar supostas receitas decorrente de utilização de software irregular, deveria cobrar o ICMS com exclusão da base de cálculo os valores das mercadorias que já tinha sido tributadas antecipadamente, nos termos do art. 356 do RICMS/97 (bebidas alcoólicas, água mineral, refrigerantes, cigarros, sorvete) ou isentos (frutas, verduras, pescados). Transcreve parte do conteúdo contido no Acórdão JF 0383-03/07, que acatou a aplicação do índice de proporcionalidade previsto na IN 56/07.

Por fim, argumenta que há necessidade de excluir as gorjetas (10%) da base de cálculo lançada, o que já foi adotado em outras autuações, por se configurar receita de natureza salarial que são repassadas aos empregados e não configura fato gerador do ICMS. Requer declaração de nulidade ou improcedência da autuação, reformando a Decisão contida no Acórdão JF 0010-01/13.

A PGE/PROFIS no Parecer às fls. 379/380, observa que a lavratura do Auto de Infração decorreu da apreensão de equipamentos por força de ordem judicial, que tiveram os HD degradados e constatado instalação de software que permitia suprimir receitas que deveriam ser tributadas.

Ressalta que o recorrente suscita às mesmas nulidade apresentadas na impugnação inicial e que foram corretamente afastadas na Decisão da primeira instância e que da análise das razões expandidas não vislumbra a ocorrência de nulidades.

No mérito, destaca que foi realizada diligência fiscal, na qual os cálculos foram refeitos e que os valores apontados são os mesmos indicados pela empresa nos demonstrativos às fls. 229/231. Atenta que as gorjetas não integram os demonstrativos elaborados pelo recorrente e opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

Na assentada do julgamento em 13/02/14, o patrono do autuado argumentou que o laudo afirma que foi encontrado o software Colibri, instalado em 01/01/2007 e 31/12/2006 e não haveria como omitir receitas utilizando o mencionado software do período de janeiro de 2005 a dezembro de 2006.

Sustentou que tal argumento não foi apreciado na Decisão ora recorrida.

Na assentada de julgamento em 18/02/14, a 1ª CJF por Decisão da maioria, vencido o posicionamento contrário do Relator, converteu o processo em diligência elaborada pela Conselheira Rosany Nunes de Mello Nascimento (fls. 383/384), para que fosse:

- a) Identificado na base de dados do Software Colibri decodificado a mercadoria vendida e código que estivessem submetidas ao regime de substituição tributária ou as que “não devam compor a base de cálculo do imposto”;
- b) Elaborar novo demonstrativo de débito evidenciando o faturamento bruto e operações não tributáveis, relativo ao período de janeiro a julho/07.

A diligente da ASTEC no Parecer 068/14 (fls. 387/389) informou que após análise dos arquivos contidos no CD à fl. 209 (SFN61335.sv2i e SFN1335_E_drive.v2i; chechsens.exf e test files), além do arquivo excell contendo planilha resumo com valores do faturamento mensal, “*tais produtos não se correlacionam com a descrição de produtos*”. Ressalta que se referem aos exercícios de 2005 e 2006.

Afirma que considerando que a determinação é para adoção de procedimento relativo ao exercício de 2007, os arquivos contidos no CD não se prestam para atender ao solicitado.

Esclarece que a IN 56/07 tem sido aplicada pelo CONSEF, para excluir da base de cálculo do ICMS as operações com mercadorias isentas, não tributadas ou sujeitas à substituição tributária, das omissões de saídas presumidas nos termos do art. 4º, §4º da Lei 7.014/96. E que, no presente caso, o imposto exigido decorre de ter sido constatado “ações fraudulentas”.

Conclui que diante da inexistência no CD de demonstrativo com descrições de produtos no exercício de 2007, que não foram declaradas pelo autuante e da inadequação da aplicação da IN 56/07, não foi realizado nenhum ajuste nos demonstrativos originais.

Cientificado do resultado da diligência, a empresa se manifestou comentando o seu teor e resultado, afirmando ser inconclusiva e que não há dúvida que nos casos de atividade de restaurante o CONSEF tem diligenciado para fazer a exclusão das mercadorias não sujeitas a tributação.

Transcreve o art. 504 do RICMS/97 e ressalta que prevê a exclusão da base de cálculo as operações com bebidas submetidas ao regime de substituição tributária e questiona se há dúvida que nos novos valores apresentados existem mercadorias isentas, substituídas e/ou não tributadas.

Requer que sejam acatados os demonstrativos apresentados pelo recorrente (período de janeiro a julho/07), com respaldo em seus livros e documentos fiscais conforme docs. de fls. 229/300.

Alternativamente, por medida de isonomia e razoabilidade, que seja excluído da base de cálculo o percentual aproximado de receita de mercadorias isentas, substituídas ou não tributadas que gira em torno de 30% dos demonstrativos apresentados relativos aos exercícios de 2005 e 2006.

Reitera o pedido de nulidade ou improcedência total dos valores exigidos no período anterior e posterior ao período de janeiro a julho/07.

Os autuantes (no caso o Supervisor Fazendário – fl. 398) foram cientificados do resultado da diligência, mas não se manifestaram.

VOTO

Inicialmente cabe apreciar o Recurso de Ofício interposto pela 1ª JJF, face à desoneração de parte do débito o que reduziu o valor exigido de R\$108.536,94 para R\$65.460,22.

Verifico que em atendimento a manifestação do contribuinte argumentando existência de inconsistências nas planilhas elaboradas pela fiscalização (fl. 202), a 1ª JJF determinou a realização de diligência fiscal à INFIP (fl. 206), tendo aquela Inspetoria informado que ao elaborarem a planilha acostada à fl. 05, os autuantes somaram os valores da coluna “SomaDeValor” com “SomaDeTotal”, porém a coluna “SomaDeTotal”, corresponde a coluna SomaDeValor multiplicado pela quantidade de itens vendidos.

Pelo exposto, na Decisão proferida pela 1ª JJF, foi considerado apenas o valor da “SomaDeTotal”,

tomando como base os dados contidos na planilha original à fl. 5, com relação aos exercícios de 2005 e 2006, conforme planilha às fls. 323/324, o que reduziu o débito de R\$87.006,27 para R\$43.929,55, permanecendo inalterado os valores exigidos no exercício de 2007 totalizando R\$21.530,67, cuja planilha original à fl. 9 utilizou os valores constantes da coluna SomaDeTotal acostada à fl. 8.

Assim sendo, restou comprovado que as desonerações promovidas na Decisão da primeira instância tiveram como suporte erros materiais apontados pelo sujeito passivo na impugnação inicial, que após análise da INFIP se confirmaram, razão pela qual não merece qualquer correção à Decisão recorrida. Nego Provimento ao Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário interposto, verifico que não foi trazido qualquer fato novo ou razão de direito, em relação à impugnação inicial, cujos argumentos não foram acolhidos.

No que tange às nulidades suscitadas sob os argumentos de: (i) cerceamento do direito de defesa (ausência na degravação do HD); (ii) exigência do imposto por presunção não autorizada por lei; (iii) incerteza na constituição da base de cálculo.

Verifico que a Decisão da primeira instância fundamentou que:

- (i) a apreensão do computador foi feito com autorização judicial e a perícia efetuada por perito qualificado (fl. 57) e sendo detentor dos arquivos existentes no seu HD, diante das planilhas elaboradas pela fiscalização poderia juntar provas quanto às possíveis divergências, inexistindo insegurança, nem cerceamento de defesa;
- (ii) o levantamento fiscal foi feito com base no banco de dados do contribuinte (sistema Colibri) que divergia da base de cálculo escriturada e oferecido à tributação, concluindo que não foi exigido o imposto com base em presunção (art. 4º, §4º da Lei 7.014/96).
- (iii) Com relação à nulidade suscitada sob o argumento da incerteza na constituição da base de cálculo, verifico que a 1ª JFJ diante da indicação de dados incorretos nos demonstrativos originais, promoveu a realização de diligência fiscal à INFIP, tendo aquela Inspetoria indicado os valores corretos, os quais já constavam na planilha original à fl. 5, cujo resultado foi cientificado o contribuinte e oportunizando manifestar se, o que ocorreu.

No que se refere ao argumento de que o laudo pericial afirma que o software Colibri foi instalado nos computadores no fim do ano de 2006 e início de 2007 e não há possibilidade de exigir imposto em período retroativo, após análise dos documentos acostados ao processo, constato que:

- a) O Laudo Pericial (fls. 113/128) só foi juntado ao processo após a apresentação da defesa;
- b) Na manifestação acerca da informação fiscal, a empresa questionou (fl. 155) como um aplicativo supostamente irregular instalado em “31/12/06 e 01/01/07”, segundo afirmativa do perito (fl. 122 e 124). O autuante não contestou tal argumento na informação fiscal (fl. 164/165). Foi objeto da diligência (fl. 171), mas não atendido (fl. 176/177), também em segunda diligência (fls. 183/184) e terceira diligência (fl. 206), na qual foi excluído os valores da “Soma de Valor” (fl. 211).
- c) Na Decisão ora recorrida, esta alegação foi relatada à fl. 318:

Como um aplicativo fiscal instalado em 31/12/2006 e 01/01/2007 pode justificar uma omissão de receita do período de janeiro de 2005 a dezembro de 2006, que representa mais de 80% do valor cobrado na autuação? Responde que não há como e conclui que o Laudo Policial demonstra que não há segurança na acusação, pois o aplicativo que permitiria a venda sem emissão de cupom fiscal foi instalado após o período em que são imputadas omissões de receita.

- d) Porém, não foi constatado apreciação deste fundamento no conteúdo do voto (fls. 321/325).

Pelo exposto, constato que assiste razão ao recorrente quando afirma que o quesito 9 (fl. 122) do Laudo Pericial da Polícia Técnica responde que “...a data que foi instalado o software encontrado no equipamento...” foi “01/01/07 para o COLIBRI da máquina 2 e 31/12/06 para o COLIBRI da

máquina 3” de acordo com o detalhamento dos HDs recuperados (fls. 124/125).

Ressalto que em julgamento de processo que ocorreram situação similares (Operação Tesouro/Colibri), foram constatado valores omitidos nos HDs degradados decorrentes da implantação do software Colibri. Porém, nesta situação específica, concluo que, pelo confronto dos demonstrativos elaborados pela fiscalização com a resposta da quesitação formulada ao perito, há ausência de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, quanto à constituição da base de cálculo (art. 18, IV, “a” do RPAF/BA), relativo à exigência fiscal do período autuado de 2005 e 2006, como argumentado pelo recorrente.

Ou seja, se o perito afirma que o software Colibri que possibilitava desativar o envio da informação de venda ao comando de impressão do cupom fiscal só foram instalados nos computadores apreendidos em 31/12/06 e 01/01/07, deveria ter sido esclarecido se foi uma atualização do software já instalado ou de um novo software. Como não há prova, nem esclarecimentos, por uma questão de lógica temporal e de dúvida, concluo que tais irregularidades não ocorreram nos exercícios de 2005 e 2006.

Assim sendo, declaro nula a exigência fiscal contida no demonstrativo à fl. 324, com valores de R\$22.228,53 no exercício de 2005 e R\$21.701,02 no exercício de 2006, totalizando R\$43.929,55.

Portanto, no tocante às outras nulidades suscitadas, não merecem qualquer reparo, como fundamentado.

Quanto aos pedidos de realização de diligência: (i) para aplicar a proporcionalidade; (ii) excluir da base de cálculo as mercadorias isentas, não tributáveis e substituídas (restaurantes) e (iii) demonstrar “como foi apurada a base de cálculo do ICMS exigido”, observo que:

- A) Com relação à proporcionalidade, fica indeferido tendo em vista que conforme apreciado na preliminar de nulidade, o imposto não foi exigido por presunção legal (art. 4º, §4º da Lei 7.014/96);
- B) No que se refere à exclusão da base de cálculo das mercadorias isentas, não tributadas ou com pagamento do imposto antecipado, verifico que no demonstrativo apresentado pela empresa às fls. 229/230, foi indicado o faturamento bruto segregando as receitas tributadas e outras, com base no que foi registrado no livro RAICMS (fls. 236/300). Pelo confronto do demonstrativo da empresa com os valores remanescentes da autuação percebe-se que a exemplo do mês de janeiro/05, a empresa indicou faturamento bruto de R\$186.339,69 tendo indicado saídas “isentas” de R\$30.480,39 cuja base de cálculo oferecida à tributação foi de R\$155.859,33. Entretanto a degravação do HD indicou receita de R\$170.030,40 naquele mês (fl. 5), enquanto a DMA indica saídas de R\$142.484,30 (fl. 22) que corresponde a saídas tributadas com base de cálculo de R\$114.862,60 e saídas “outras” de R\$27.621,70. Portanto, a exigência fiscal recaiu sobre a diferença entre o valor apurado no HD degradado e o indicado na DMA que já inclui o valor das saídas outras (fl. 323). Consequentemente, não se pode deduzir das receitas omitidas, que corresponde à diferença entre o valor apurado no HD do computador e o oferecido à tributação, visto que já contempla as saídas tributadas, isenta e outras. Logo, além de não se aplicar a citada IN 56/07, não acolho o pedido.
- C) Quanto ao pedido formulado para demonstrar como foi apurada a base de cálculo, trata-se de questão do mérito e depende da convicção do julgador, motivo pelo qual fica indeferida a diligência, nos termos do art. 147, I, “b” do RPAF/BA por entender que os elementos contidos no processo são suficientes para formar a convicção do julgador. E que, a diligência realizada mesmo sem a anuência do Relator, demonstrou impossibilidade de tal verificação.

No mérito, dado a repetição quase integral do teor da defesa, faço um resumo das alegações:

1. Aplicação da proporcionalidade prevista na IN 56/07.

Na Decisão recorrida foi apreciado que a “aplicação da proporcionalidade somente é admitida nos casos de presunção, conforme previsto na IN 56/2007”. Conforme fundamentado na

preliminar de nulidade, não é caso da presente autuação que tem suporte em dados degradados de sistema de processamento de dados (Colibri) que suprimia o envio de dados para o Emissor de Cupom Fiscal.

2. Diligências realizadas em outros processos constataram inconsistências e métodos incorretos.

Observo que a Operação Tesouro fez apreensão de computadores de empresas que utilizavam o sistema Colibri (versão que permitia suprimir envio de operações para o ECF). Se trata de inúmeros processos, nos quais em algumas situações não foram demonstrados com clareza a situação de materialização da infração. Na situação presente, diante da indicação do montante do faturamento identificado no computador apreendido confrontado com o que foi oferecido à tributação, o contribuinte comprovou apenas que o faturamento apontado pela fiscalização não correspondia a “SomaDeValor” e “SomaDeTotal”, visto que a coluna “SomaDeTotal”, corresponde a coluna SomaDeValor multiplicado pela quantidade de itens vendidos. Neste caso, foi feito o devido saneamento no processo com a correção desta inconsistência, motivo pelo qual não devem ser aplicadas como paradigma as decisões relativas a outros processos.

3. Regularidade do software utilizado (Port. 53/05).

Verifico que na Decisão recorrida a 1ª JJF fundamentou que *“a autuação não diz respeito à utilização de programa não certificado – matéria de que cuida a referida Portaria -, mas sim de omissão de saídas de mercadorias com utilização do programa Colibri”* e que descabe falar-se em retroatividade da mencionada Portaria. Logo, a materialização do fato decorre da apuração de valores armazenados no sistema (Colibri) que não foram enviados ao ECF, gerando omissão de operações que deveriam, mas não foram tributadas e não de irregularidade da autorização do sistema, como alegado.

Consequentemente, não pode ser acolhido o argumento de que houve descumprimento de obrigação acessória e conversão de multa no valor de R\$27.600,00 (art. 42, XIII-A, “b”, 1.3 da Lei nº 7.014/96), prevista para a situação de utilização de programa aplicativo irregular.

4. Conversão da multa de 100% em multa de 70%.

Ressalto que a 1ª JJF fundamentou que em se tratando de descumprimento de obrigação tributária principal, o pedido de redução deveria ser encaminhado à Câmara Superior do CONSEF (art. 159 do RPAF/BA). Constato que o AI foi lavrado em 31/12/07 antes da vigência da Lei 11.899 de 30/03/10, que elevou o percentual da multa de 70% para 100% prevista no art. 42, III do RICMS/97. Em alguns casos defendi que a multa relativa a estes fatos (suprimento de operações que deveriam ser enviadas ao ECF) deveria ser de 70%, mas o entendimento manifestado por esta 1ª CJF é de que “quando se constatar qualquer ação ou omissão fraudulenta”, que é a situação da infração apontada neste processo, deve ser aplicada a multa de 100% prevista no art. 42, IV, “j” do RICMS/BA. Portanto, a multa de 100% deve ser mantida.

5. Em função da atividade de restaurante/bar, fazer a exclusão da base de cálculo dos valores das mercadorias tributadas antecipadamente.

Constato que conforme apreciado anteriormente nas preliminares de nulidade, o arquivo degradado identifica suprimento de operações que deixaram de serem enviadas ao ECF, mas não há prova de que tais operações sejam isentas ou já tiveram pagamento do imposto por antecipação, motivo pelo qual não pode ser acatada. Ressalte-se que foi aplicada a alíquota de 4% prevista no regime de Receita Bruta, correlata com a comercialização de alimentos (art. 504 do RICMS/97) sobre os valores omitidos, o que considero correta.

6. No que tange às gorjetas (10%), constato que na Decisão ora recorrida, não foi identificado o registro destas operações no CD degradado, além de que o próprio demonstrativo juntado às fls. 229/231 não constam valores de gorjetas, motivo pelo qual não pode ser acolhida tal pretensão.

Conforme apreciado nos itens anteriores, fica mantida a exigência fiscal relativa ao exercício de

2007, conforme demonstrativo à fl. 9 e itens 25 a 30 do demonstrativo de débito (fl. 3/verso), totalizando R\$21.530,67.

Por tudo que foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à nulidade dos valores exigidos no exercício de 2007)

Em que pese voto do Relator, peço venia para discordar do seu entendimento quanto ao período de janeiro a julho do exercício de 2007.

Na busca da verdade material, a 1ª CJF por Decisão da maioria, converteu o feito em diligência para que fosse identificado na base de dados do Software Colibri decodificado dos HDs apreendidos as tabelas de parametrização que correlacionam os códigos dos produtos informados na coluna E com as respectivas mercadorias.

Após, que fosse inserida na referida planilha uma nova coluna que identifique o nome da mercadoria vendida ao lado do respectivo código, selecionando o montante das operações mensais relativas às mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária ou as que, por qualquer outra razão, não devam compor a base de cálculo do imposto.

Por fim, que fossem elaborados novos demonstrativos onde conste a demonstração analítica da base de cálculo do imposto objeto do lançamento – faturamento bruto e operações não tributáveis – bem assim o valor do tributo devido e não recolhido se aplicável.

Em cumprimento à diligência a ASTEC concluiu que diante da inexistência no CD de demonstrativo com descrições de produtos para os meses de janeiro a julho de 2007, visto que estas receitas não foram declaradas pelo autuante e da inadequação da aplicação da IN 56/07, não foi realizado nenhum ajuste nos demonstrativos originais.

O cerne da divergência consiste no fato da diligência não ter sido cumprida corretamente.

A solicitação foi para que os dados fossem identificados na base de dados do Software Colibri decodificado dos HDs apreendidos e não no CD colacionado à fl. 209, posto que a conselheira que elaborou a diligência já havia verificado que tais informações não constavam no CD de fl. 209, daí porque solicitou que fosse feita na base de dados do Software Colibri.

Restou constatado pela nobre conselheira que nos demonstrativos que lastreiam o lançamento, os valores informados como faturamento bruto do estabelecimento correspondem ao total das operações consolidadas mensalmente e que nenhum valor foi excluído a título de saídas de mercadorias isentas ou com fase de tributação encerrada.

No meu entendimento, está patente que o lançamento contém dúvidas quanto a determinação da base de cálculo, haja vista não terem sido excluído nenhum valor relativo às saídas de mercadorias isentas ou com fase de tributação encerrada.

Neste contexto, considerando que a diligência que deveria ser saneadora foi inconclusiva, vislumbro, com clareza, a insegurança em relação a acusação fiscal, suficiente para nulidade da autuação, no que diz respeito ao exercício de 2007, na forma do artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, *in verbis*:

Art. 18. São nulos:

...

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

Portanto, por tudo acima exposto, entendo que o presente lançamento com relação ao exercício de 2007, não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, razão pela qual voto pela NULIDADE do lançamento daquele período.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **128859.0312/07-5**, lavrado contra **GIANCARLO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$21.530,67**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário) – Conselheiros (as): Eduardo Ramos de Santana, Edmundo José Bustani Neto, Osmira Freire Carvalho R. Silva e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE (Recurso Voluntário) – Conselheiras: Rosany Nunes de Mello Nascimento e Raísa Catarina Oliveira Alves Fernandes.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de setembro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – VOTO DIVERGENTE

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