

PROCESSO - A. I. Nº 118973.1818/07-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - D & W COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. (RISTORANTE ALFREDO DI ROMA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0184-02/15
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11/03/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0017-11/16

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, no período de 2006 a 2007. Acolhido o pedido de nulidade relativo ao período de 2002 e 2005, 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 aos exercícios de 2006 e 2007. A realização de diligências acarretou em redução do valor autuado. Infração parcialmente elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração que exige ICMS no valor de R\$289.089,74, acrescido de multa de 100%, decorrente da falta de cumprimento da obrigação principal, constatada ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei, sendo a omissão de receita apurada através do levantamento das vendas totais existentes no HD (Arquivo magnético) do computador da empresa, apreendido pela ocasião da operação tesouro, conforme Auto de Exibição e Apreensão do Departamento de Crimes Contra o Patrimônio – DCCP, apurada também através das máquinas ECF, fraude detectada através da Inteligência Fiscal – IFIP, onde ficou demonstrado a bifurcação do PROGRAMA COLIBRI, numa arquitetura de fraude fiscal entre duas CPU's (uma fiscal e outra não fiscal), mediante utilização de aplicativo não homologado pela SEFAZ, onde todo o material foi obtido mediante Mandado de Busca e Apreensão do Poder Judiciário.

Em Primeira Instância, os ilustres julgadores da 2ª JJF concluíram pela procedência parcial da autuação fiscal, tendo a redução do crédito tributário decorrido, em síntese, de dois motivos: a) exclusão dos fatos geradores anteriores à prova da instalação do sistema colibri; e b) outras inconsistências na autuação fiscal reconhecidas em diligência fiscal.

Segue a fundamentação quanto dos ilustres julgadores da 2ª JJF quanto à exclusão dos fatos geradores anteriores à instalação do sistema colibri.

Restou comprovado nos autos que o aplicativo que estava sendo utilizado pelo estabelecimento, quando da apreensão, não atendia às determinações contidas no Regulamento do ICMS, pois 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 53/05 estabeleceu normas e procedimentos quanto ao cadastro de aplicativos e credenciamento de órgãos técnicos para análise dos mesmos, estendendo a outros órgãos a avaliação de aplicativos que antes era feito apenas pela Secretaria da Fazenda, não

estabelecendo nenhuma regra que fosse de encontro ao que já estava regulamentado.

Portanto, no período fiscalizado (janeiro de 2002 a junho de 2007) a legislação existente (RICMS/97) amparava o enquadramento da infração cometida, independentemente da publicação da portaria citada.

Entretanto, no que se refere ao argumento de que o laudo pericial afirma que o software Colibri foi instalado nos computadores em 02 de janeiro 2006 e não há possibilidade de exigir imposto em período retroativo, após análise dos documentos acostados ao processo, constato que:

- a) O Laudo Pericial, fls. 643 a 655, só foi juntado ao processo após a apresentação da defesa;*
- b) Na sessão de julgamento, na fase de sustentação oral, o autuado, mediante advogado, asseverou que não havia recebido parte do Laudo Pericial;*
- c) À folha 743, o PAF foi convertido em diligência;*
- d) Na manifestação defensiva, fls. 752 a 754, a defesa questionou como um aplicativo supostamente irregular instalado em 02 de janeiro 2006, segundo afirmativa do perito, pode justificar uma omissão de receita do período de janeiro de 2002 a dezembro de 2005.*

Pelo exposto, constato que assiste razão ao recorrente quando afirma que o “Quesito 9” do Laudo Pericial da Polícia Técnica responde que “...a data que foi instalado o software encontrado no equipamento...” foi “02/01/06”.

Devo frisar que 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 02/01/06, 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 2002 a 2005. Assim, nesta situação específica, 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 2002 e 2005, como argumentado pelo recorrente.

Assim sendo, declaro nula as exigências fiscais relativas aos exercícios de 2002 a 2005.

Cabe registrar que esse entendimento foi manifestado pela 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL, mediante ACÓRDÃO CJF Nº 0303-11/14, conforme Ementa abaixo transcrita:

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. Grifei.

A 2ª JJF reconheceu as demais inconsistências da autuação fiscal em razão do seguinte:

Na peça defensiva o impugnante apontou uma série de possíveis inconsistências (faturamento anterior, soma de faturamento de matriz e filial, empresas diversas, possibilidade de uso de dados de outra empresa, duplicidade de lançamento e receitas de serviços de hotel), entretanto não apresentou nenhuma prova do que foi alegado.

Ressalto que, além do prazo legal para apresentação de defesa (30 dias), o contribuinte foi intimado para se manifestar (mais 10 dias) após a informação fiscal. Posteriormente, o PAF foi convertido em diligência para reabertura do prazo de defesa (mais 30 dias), pós a entrega do Laudo Pericial. Posteriormente, o PAF foi convertido em nova diligência à ASTEC, sendo o autuado novamente intimado sobre o prazo de legal para se manifestar.

Portanto, o autuado foi intimado e se manifestou em diversas oportunidades, todavia, apenas comprovou parcialmente suas alegações, o que resultou no pedido de diligência realizada pela ASTEC, para que fossem adotadas as seguintes providências:

- 1- Em relação aos Autos de Infração lavrados anteriormente:*

1.1- Verificar se aos Autos de infração indicado pela defesa, lavrados anteriormente, foram em decorrência de omissão de saídas;

1.2- Verificar se houve duplicidade de lançamento, ou seja, se existe coincidência de data dos fatos geradores;

1.3- Em caso positivo dos dois itens acima, excluir da autuação os valores efetivamente pagos nos referidos autos, os valores não pagos não devem ser excluídos, entretanto deverão ser indicados.

2 - Em relação ao “relatório gerencial”, folhas 142 a 196:

2.1- Excluir da autuação os valores das receitas relativas aos serviços de hotel, por exemplo, “CAFÉ DA MANHÃ” e “ROOMSERVICE”;

2.2- Excluir da autuação os valores das receitas relativas a outra empresa do grupo, D&W ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA., constante do relatório como “A&B”, por exemplo, fls. 178/179: CREDICARD-A&B; REDE SHOP A&B; VISA A&B;

3- Elaborar novo demonstrativo de débito.

Consta do PARECER TÉCNICO Nº 0020/2010, fls. 683 a 688 dos autos, que os dois autos de infração lavrados anteriormente são decorrentes de presunção de omissão de saída de mercadorias tributadas apuradas por meio de levantamento de vendas com cartão de crédito. Quanto ao pagamento dos seus valores, acrescenta que o AI Nº 170623.0026/05-1, conforme extrato do INC, fl. 689, está na Situação BAIXADO POR PAGAMENTO. Por outro lado, o AI Nº 120208.0077/04-2, conforme extrato do sistema INC, 689, está na situação de ajuizado, apresentado os demonstrativos de débitos dos dois autos à folha 684. Às folhas 685 e 686, elaborou planilhas com os valores relativos “CAFÉ DA MANHÃ”, “ROOMSERVICE”, D&W ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA, constante do relatório como “A&B”, por exemplo, fls. 178/179: CREDICARD-A&B; REDE SHOP A&B; VISA A&B.

Conclui, elaborando novo demonstrativo de débito excluindo os valores relativos ao AI Nº 170623.0026/05-1, “CAFÉ DA MANHÃ”, “ROOMSERVICE”, D&W ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA, constante do relatório como “A&B”, por exemplo, fls. 178/179: CREDICARD-A&B; REDE SHOP A&B; VISA A&B, resultando na redução do valor autuado para R\$ 207.380,53, conforme planilha à folha 688.

O PAF foi convertido em nova diligência, fl. 710, considerando que durante o julgamento do PAF, na fase de sustentação oral, o advogado do sujeito passivo requereu a realização de diligência para que fosse revisado o levantamento do imposto devido na forma do Art. 504, inciso V, alínea “c”, item I, do RICMS/BA, para que fosse ajustada a base de cálculo conforme o dispositivo acima citado.

Em atendimento ao pedido de diligência acima, o auditor estranho ao feito, à folha 712, informa que:

1. Elaboramos novos demonstrativos, referentes aos exercícios de 2002 a 2007, tomando como base aqueles originais acostados ao processo às fl. 51 a 56, onde foram consideradas as determinações da 2ª JF (fl. 710) e as correções propostas no Parecer Astec nº 20/2010, (fl. 683 a 688).
2. Todos os demonstrativos por nós elaborados, na forma requerida na diligência, estão acostados ao processo às fl. 713 a 718, inclusive o novo demonstrativo de débito (fl. 719).
3. Evidenciamos que todos os demonstrativos estão anexados em meio eletrônico conforme CD acostado às fl. 720 e com cópia que deverá ser entregue ao autuado ou seu representante, mediante recibo de fl. 721.

Às folhas 713 a 718, foram acostadas novas planilhas do levantamento fiscal e à folha 719 foi acostado o demonstrativo de débito revisado na diligência, mês a mês, reduzindo o valor autuado para R\$84.707,30.

O autuado recebeu cópia do pedido de diligência, do resultado da diligência e seus anexos, conforme recibo à folha 725, sendo intimado para se manifestar.

Acolho os resultados das Diligências realizadas, observando a nulidade acima acolhida para os exercícios de 2002 a 2005, uma vez que foram excluídas das receitas relativas aos serviços de hotel, as receitas de outra empresa do grupo e os valores relativos ao Auto de Infração já quitada, não podendo abater da presente autuação os valores relativos ao Auto de Infração Nº 120208.0077/04-2, por encontrar-se pendente de definição judicial, pode o Poder Judiciário concluir pela improcedência do mesmo, fato que excluiria qualquer alegação de duplicidade de pagamento. Bem como, na última diligência foram elaborados novos demonstrativos, “referentes aos exercícios de 2002 a 2007, tomando como base aqueles originais acostados ao processo às fl. 51 a 56, onde foram consideradas as determinações da 2ª JF (fl. 710) e as correções propostas no Parecer Astec nº 20/2010, (fl. 683 a 688).”

A JF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

VOTO

Como somente houve interposição de Recurso de Ofício, o cerne da lide reside exclusivamente nos motivos que levaram os ilustres julgadores de primeira instância a reduzir o crédito tributário, são eles: a) exclusão dos fatos geradores anteriores à prova da instalação do sistema colibri; e b) outras inconsistências na autuação fiscal reconhecidas em diligência fiscal.

Restou comprovado mediante o laudo pericial apresentado pelo Instituto de Criminalística Afrânio Peixoto, do Departamento de Polícia Técnica da Secretaria de Segurança Pública, fls. 643-655, que o sistema colibri somente foi instalado nas máquinas do contribuinte em janeiro de 2006, conforme informa o quesito 9 do referido laudo, fls. 649-650. Frise-se que o laudo analisa todas as versões e atualizações do sistema colibri instaladas pelo contribuinte e atesta que a primeira delas somente foi instalada em janeiro/2006.

Destarte, a Decisão recorrida está correta em excluir os fatos geradores anteriores à prova da instalação do sistema colibri, conforme reconhece a jurisprudência desta Colenda Câmara:

*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. Grifos adotados.***

Quanto às reduções decorrentes das diligências fiscais, observo que na diligência solicitada às fls. 680/681, foi determinado à ASTEC que analisasse a existência de duplicidade de lançamento dos créditos tributários exigidos na presente autuação fiscal com os exigidos em Auto de Infração anterior. No Parecer ASTEC nº 020/2010, fls. 683-688, foi informado que a autuação anterior decorreu de presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas por meio de levantamento de venda com pagamento de cartão de crédito e débito em valor inferior ao fornecido pela administradora do cartão de crédito e débito. Na fl. 686 a ASTEC informa que excluiu os valores referentes ao Auto de Infração nº 170623.0026/05-1, mantendo os créditos tributários em coincidência com o Auto de Infração nº 120208.0077/04-2, pelo argumento de que esta autuação fiscal estava sendo discutida na justiça e que, por isso, não poderia ser excluída.

De fato, se já houve exigência de ICMS decorrente dos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito, não o que se exigir novamente o imposto pela utilização do sistema colibri, haja vista que a sua utilização está intrinsicamente ligada às operações com cartão de crédito e débito. Neste ponto, observo que a não exclusão dos fatos geradores coincidente com o Auto de Infração nº 120208.0077/04-2 não será analisada na presente Decisão porque não houve interposição de Recurso Voluntário pelo contribuinte.

Note-se, ainda, que posteriormente, foi solicitada nova diligência fiscal, às fls. 710, desta vez à INFAZ de origem, para que auditor fiscal estranho ao feito para que fosse feito o ajuste da base de cálculo ao art. 504, V, “c”, item “1”, do RICMS vigente à época. Nas fls. 712/719 foi realizada a diligência solicitada.

Note-se que o referido dispositivo determina que serão excluídos da apuração da receita bruta os valores decorrentes das operações não sujeitas ao imposto por isenção ou não-incidência, bem como das operações tributadas pelo regime de substituição tributária por antecipação, salvo os referentes às mercadorias utilizadas como insumos ou ingredientes no preparo dos produtos

fornecidos. Esta revisão decorreu da aplicação da Instrução Normativa nº 56/2007, conforme requerido pelo contribuinte.

Face ao exposto, entendo que a Decisão não pode ser reformada pelo presente Recurso de Ofício, haja vista que ela adotou o demonstrativo de fls. 719, resultado das exclusões decorrentes das diligências fiscais acima relatadas, excluindo ainda os fatos geradores anteriores à prova da instalação do sistema colibri.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

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 homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **118973.1818/07-9**, lavrado contra **D & W COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. (RISTORANTE ALFREDO DI ROMA)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.086,60**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de fevereiro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO - RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS