

A. I. Nº - 088299.0011/07-6
AUTUADO - YK COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA. (LUCIANA ÂNGELA
DESIRÉE NAPRAVNIK – ME)
AUTUANTES - DJALMA BOAVENTURA DE SOUZA, PAULO APARECIDO ROLO e FRANCISCO
CARLOS DE SANTANA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/08/2019

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0107-01/19

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 julho de 2002 a fevereiro de 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 período de março de 2006 a junho de 2007. Rejeitadas as demais preliminares de nulidade suscitadas. Diligências resultou em redução do valor autuado. Infração parcialmente elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 28/12/2007, exige crédito tributário no valor histórico de R\$107.145,68, acrescido da multa de 100%, pela constatação da infração seguir descrita.

INFRAÇÃO 01 – 02.11.02 – Descumpriu obrigação tributária principal se constatando ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei.

Omissão apurada após confronto entre as vendas identificadas nos relatórios diários do SISTEMA COLIBRI – FECHAMENTO DO MOVIMENTO – FATURAMENTO PERÍODO, relativo aos exercícios de 2004 a abril de 2006 e no arquivo VENDAS 2006_2007.XLS –, proveniente da leitura dos dados constantes no HD (HARDY DISC) utilizado pela empresa, todos apreendidos pela EQUIPE 16, como consequência do Mandado de Busca e Apreensão requerido pelo Ministério Público do Estado da Bahia nos autos nº 1676152-1/2007, cópias em anexo, e as vendas oferecidas à tributação pelo contribuinte, conforme documentos ora anexados, nos exercícios de 2004, 2005, 2006 e janeiro a junho de 2007.

Enquadramento legal: art. 708-B, 824-B, art. 824-C, §§ 1º e 2º, art. 824-D, inc. I e II, §3º e art. 940 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Multa tipificada no artigo 42, inciso IV, alínea “j” da Lei nº 7.014/96.

Na “OPERAÇÃO TESOURO” foram apreendidos computadores, cujos bancos de dados se obteve o faturamento real. A omissão foi apurada após o cômputo das vendas identificadas nos documentos correspondentes aos relatórios diários do “SISTEMA COLIBRI – FECHAMENTO DO MOVIMENTO – FATURAMENTO PERÍODO”, correspondente ao período de 07/2004 a 04/2006.

Foram obtidas informações no arquivo “VENDAS 2006 2007.XLS”, proveniente do disco rígido –

HD, utilizado pelo sujeito passivo, como consequência do mandado de busca e apreensão expedido nos autos da ação judicial – Processo nº 1676152-1/2007. Tudo isso foi considerado com as vendas oferecidas à tributação pelo contribuinte.

Consta no autos que os documentos utilizados nos procedimentos de fiscalização, inclusive aqueles em meio magnético, estão acostados ao processo, sendo verificado que à fl. 262, consta um Recibo de Arquivos Eletrônicos, datado de 28/01/2008, assinado por prepostos fiscais e representantes do autuado, discriminando o material devolvido e, no item 03, informando que a mídia – CD foi aberta na presença do contribuinte ou de seu representante legal, para conferência da quantidade de arquivos recebidos.

Consta às fls. 263 e 264 um AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO, do DEPARTAMENTO DE CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO DA SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA, dando conta de que o delegado de Polícia Civil, Sr. Antônio Fernandes Soares do Carmo, no dia 02/10/2007, compareceu à Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública e exibiu o material ali designado, que restou apreendido.

A autuada, através de seus advogados, impugna o lançamento consoante documentos apensos aos autos às fls. 285 a 320, onde assegura que a OPERAÇÃO TESOURO gerou grande repercussão social, inclusive devido ao seu ineditismo e ao caráter invasivo de coleta de informações, fazendo-se valer de aparato policial assemelhado aos utilizados pela União.

Relata que o Fisco partindo da premissa de que os usuários do PROGRAMA COLIBRI eram sonegadores, pelo fato de o mesmo possibilitar burla ao comando de impressão do cupom fiscal, de posse dos computadores apreendidos, se baseou na presunção não amparada em lei de que as quantias constantes dos discos rígidos refletiriam o valor real do faturamento, fato conta o qual se insubordina em razão das degravações terem sido levadas a efeito sem a presença de seus prepostos ou de algum representante, ferindo o princípio do contraditório.

Diz que a acusação é fruto de falhas ocorridas nas análises dos discos rígidos pelo que, por falta de segurança, inobservância do devido processo legal e cerceamento de direito de defesa, o ato administrativo deve ser anulado.

Reforça a inobservância aos princípios da ampla defesa e da segurança jurídica, na medida em que não lhe foi oportunizado o direito de presenciar as degravações, sendo que não há qualquer comprovação de que as informações coletadas se referem aos seus computadores.

Aponta falhas ocorridas na análise dos discos rígidos, como faturamento em período anterior ao início das atividades, soma de faturamentos de matriz e filial, empresas diversas com o mesmo faturamento, faturamento de R\$159.832,27 em julho de 2006, mês em que só funcionou durante 10 dias, tendo suspenso suas atividades entre 1º de maio e 21 de julho, sendo que, conforme relata, a receita acima citada, correspondente a 10 dias de funcionamento, é seis vezes maior do que a do mês anterior, de R\$28.280,63.

Acrescenta que após julho de 2006, quando os levantamentos passaram a se lastrear exclusivamente na “PLANILHA RELATIVA AOS DADOS COPIADOS DO HD DA EMPRESA”, o faturamento apurado quadruplicou, pelo que requer a nulidade, ao menos quanto a este período.

Infere que uma das possibilidades para a ocorrência de tais equívocos é a utilização de dados de discos rígidos de outros contribuintes investigados, visto que foram inúmeras as empresas autuadas nesta operação conjunta.

Requer que o fisco comprove que os dados constantes dos seus demonstrativos são originários de seus computadores, sob pena de nulidade, consoante art. 18, incisos II e IV, alínea “a”, RPAF/99.

Em outra arguição de nulidade refere-se a presunção pessoal, não prevista na legislação, de que houve falta de pagamento do imposto, pois, se ocorreu utilização de programa irregular, e um valor de arrecadação foi consignado em computador, há, em verdade, indício de fraude, que deve ser investigado de acordo com os roteiros de auditoria de praxe, o que inclusive foi sugerido pela

própria INSPETORIA FAZENDÁRIA DE INVESTIGAÇÃO E PESQUISA – INFIP, fl. 293, item 31.

Questiona se existe previsão legal que autorize a presumir omissão de saída sem pagamento do imposto, com base apenas em dados obtidos de computador, e em seguida, responde que não e assim fosse, não seria observado o princípio da tipicidade cerrada no direito tributário.

Como sustentação, argumenta que o art. 97, II do CTN estabelece restrições à aplicação de presunções em matéria tributária, que só devem ser validadas se estiverem autorizadas por lei, razão pela qual, entende que não poderia ter sido cobrado o ICMS com base no regime normal de apuração, visto que se encontrava inscrito no PROGRAMA SIMBAHIA no período fiscalizado. Lembra que havendo infração grave, deve o auditor propor ao Inspetor Fazendário o desenquadramento do contribuinte.

Explana que a ação fiscal, está baseada na utilização de *software* irregular, sob a premissa de que utilizava versão não certificada do programa COLIBRI, a exemplo do DOS 3.4 e MILLENIUM 6.0 WINDOWS, e que, apesar de terem sido exigidos valores relativos aos exercícios de 2004 a 2007, o aplicativo só foi regulamentado pela Portaria nº 53 da SEFAZ, de 20/01/2005, que dispõe sobre normas e procedimentos relativos ao cadastro de aplicativos e ao credenciamento de órgãos técnicos, sem que fosse exigida até então uma autoridade certificadora.

Lembra que o art. 824-D do RICMS/97, não pode ser trazido como suporte para a ação fiscal, pois tal dispositivo só veio a exigir a regulamentação a partir de 2005, com a inserção do § 2º. O §1º se dirige ao interessado em cadastrar programas, que no caso é o vendedor dos aplicativos.

Assim, deduz que a fiscalização adotando tal procedimento, pretende aplicar de forma retroativa a citada Portaria, o que é vedado no ordenamento jurídico, e requer sejam anuladas as exigências relativas ao período anterior a janeiro de 2005, quando não havia sido publicada a Portaria nº 53/2005.

Ressalta que a multa aplicada de 100%, é “elevadíssima”, não sendo passível de redução, conforme art. 45 da Lei nº 7.014/96.

Reforça que não há provas de que os dados foram extraídos do seu HD, ou de que refletem seu faturamento, já que, ao invés de aplicar roteiro de auditoria, o fisco suscitou presunção de omissão de saída não autorizada em Lei.

Conclui que não existe evidência da prática de fraude. Tendo analisado integralmente os autos não identificou efetiva utilização fraudulenta de aplicativo fiscal.

Defende que o fato de ter usado um programa com uma versão não certificada pela SEFAZ ensejaria a aplicação da penalidade de R\$27.600,00, prevista no art. 42, inc. XIII-A, alínea “b” da Lei nº 7.014/96, ou a prevista na alínea “a” do mesmo dispositivo legal.

Entende como devida a aplicação da multa de 70%, prevista no art. 42, III, Lei nº 7.014/9.

Explica que atuando na atividade de bar e restaurante, comercializa mercadorias como o ICMS antecipado ou com isenção. Dessa forma, diz que a apuração do imposto na exação fiscal, deviam ser excluídas da base de cálculo os valores correspondentes às mercadorias substituídas ou isentas, nos termos da Instrução Normativa nº 56/2007, assim como a exclusão do valor das gorjetas pagas a manobristas e *couvert* artístico por se tratarem de valores de natureza salarial, caracterizando-se o estabelecimento autuado como mero depositário dos montantes repassados aos empregados.

Por fim requer a nulidade ou a improcedência do lançamento de ofício.

Os autuantes prestam a informação fiscal às fls. 328 a 331, onde relatam a acusação e as alegações defensivas e esclarecem que o trabalho decorre da OPERAÇÃO TESOURO, executada após autorização judicial, por prepostos da Secretaria da Fazenda, Polícia Civil e Ministério Público, tendo sido apreendidos discos rígidos, que foram degravados por analistas da SEFAZ.

Afirma que não há presunção, e sim “certeza e validade dos dados contidos no HD apreendido”,

além da segurança de que houve descumprimento dos comandos do RICMS/97, art. 408-S, § 1º.

Explica que foram aplicadas as multas do REGIME SIMBAHIA, portanto, não há que se cogitar redução de multa ou conversão da infração em penalidade por descumprimento de obrigação acessória, sendo todos os valores extraídos dos documentos apreendidos e excluídos aqueles referentes a serviços.

Apresenta os nomes e o conteúdo dos novos demonstrativos e documentos juntados nos itens 01 a 04 do tomo IV da informação fiscal onde solicita a redução do valor lançado para R\$84.225,05, com a procedência parcial do auto de infração.

A autuada retorna aos autos às fls. 1.446 a 1.459, onde afirma que os documentos anexados são a prova de que não há certeza alguma nos dados supostamente degravados do HD, visto que o mesmo contém valores totalmente discrepantes da base de cálculo originalmente apurada, item 06, fl. 1.447.

Argumenta não ser cabível que após a lavratura do auto de infração, sem explicação detalhada, o autuante apresente dados divergentes, que variam em até 80% relativamente àqueles supostamente degravados dos discos rígidos.

Questiona por qual motivo a receita de julho de 2006 ter sido de R\$150 mil na degravação e de R\$29 mil na informação fiscal, bem como a razão da diminuição em mais de R\$254 mil da receita apurada na degravação.

Assevera que é reconhecida pelos participantes da operação a alta probabilidade de perda ou troca do material apreendido, tendo em vista a existência de inúmeros documentos e equipamentos envoltos em sacos plásticos, retirados dos estabelecimentos investigados. Relata que no transporte, os sacos se rompiam e se amontoavam nas caçambas das viaturas policiais. Já na delegacia, ocorreu situação ainda pior, pois documentos e computadores foram espalhados ao chão e misturados com tantos outros materiais depositados por policiais.

Complementa que a cada mandado cumprido, mais acúmulo de material ocorria.

Repete as alegações defensivas, discorre sobre os roteiros de auditoria fiscal que entende pertinentes ao caso e volta a se manifestar contra o fato de não ter estado presente quando da degravação do HD.

Em nova informação fiscal às fls. 1.463 a 1.467, a fiscalização esclarece que a apuração dos novos valores apresentados na informação fiscal se deu decorrente da preocupação de manter, em relação a maio a dezembro de 2006 e 2007, o mesmo critério de apuração utilizado no período de junho de 2004 a abril de 2006, ou seja, com base no SISTEMA COLIBRI – FECHAMENTO DO MOVIMENTO – FATURAMENTO PERÍODO.

Apresenta em demonstrativos detalhando todas as comandas relativas aos dados de fechamento de contas e recibos de pagamentos emitidos por meio do SISTEMA COLIBRI em janeiro de 2007, para provar o vínculo entre as informações dos discos rígidos e a dos documentos listados no item 14 da fl. 1.467.

Anexa Relatório de Vendas Diárias de 02/01/2007 e 22/07/2007, com base nos dados degravados do HD, e Demonstrativos dos Movimentos de 02/01/2007 e 22/07/2007, do Sistema Colibri, em confronto com a emissão de cupom fiscal, Relatório Diário TEF e Banco de Dados de HD apreendido, cujos valores coincidem, nos termos expostos no item 16, fl. 1.467.

Juntou Laudo Pericial, às fls. 1.471 a 1.481, datado de 09/05/2009.

O sujeito passivo volta a se manifestar às fls. 1.486 a 1.490, onde assevera que não recebeu cópias, que desde já requer, com reabertura de prazo de defesa, dos novos demonstrativos elaborados pelo auditor fiscal e informa desconhecer o Laudo Pericial.

Transcreve o art. 36 da Lei Federal nº 9.430/96 e afirma que computador não é livro fiscal, que o imposto não foi calculado com base nos critérios do REGIME SIMBAHIA, que não se pode aplicar

retroativamente a Portaria nº 53/2005, que não há prova de fraude, que é preciso observar a proporcionalidade e que somente se manifestará após receber a documentação faltante.

Em informação às fls. 1.492 e 1.493, os autuantes anexam um índice do processo e dizem que às fls. 1.463 a 1.467 não foi anexado qualquer documento novo, apenas há referência aos que já tinham sido anteriormente entregues ao autuado, fl. 1.443.

Mantém os termos da informação fiscal.

Em 19/04/2011, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal em decisão não unânime, julgou nulo o auto de infração com o voto discordante do julgador Eduardo Ramos de Santana, fls. 1.497 a 1.504.

No julgamento do Recurso de Ofício, ocorrido em 14/03/2012 os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, por unanimidade, deram provimento ao recurso e anularam a decisão recorrida, conforme Acórdão CJF nº 0049-12/12, fls. 1.528 a 1.534, determinando-se o retorno dos autos à primeira instância, cuja ementa transcrevo.

ACÓRDÃO CJF Nº 0049-12/12

EMENTA: ICMS. REFORMA DE JULGAMENTO. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NÃO ACATAMENTO DA NULIDADE. NOVA DECISÃO. Reformada a Decisão de primeira instância que concluiu pela nulidade do procedimento em virtude de vícios da autuação. Os vícios verificados não são substanciais. As eventuais incorreções ou omissões do Auto não acarretam sua nulidade, desde que sejam passíveis de saneamento na fase instrutória do processo. Destarte, cumpre afastar o julgamento pela nulidade, com base no princípio de que é dever do órgão de Primeira Instância determinar as providências saneadoras que configurem meras irregularidades fáticas. Devolvam-se os autos ao órgão prolator da Decisão reformada, para o saneamento que porventura ainda seja detectado pela instância de primeiro grau como necessário e a apreciação da imputação. Recurso PROVIDO. Decisão unânime.

Em 03/07/2012 a 4ª Junta de Julgamento Fiscal em novo julgamento, por unanimidade, decidiu pela procedência em parte do auto de infração restando a exigência do ICMS no valor de R\$84.225,05, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inc. IV, “j” da Lei nº 7.014/96, conforme Acórdão JJF nº 0183-04/12, fls. 1.548 a 1.554.

Inconformado com a decisão proferida, a autuada interpôs Recurso Voluntário às fls. 1.565 a 1.602, volume VII, onde preliminarmente argui a tempestividade, relata os fatos que culminaram no presente julgamento, frisando que o lançamento é fruto da OPERAÇÃO TESOURO, que causara forte comoção pública e “clamor midiático”, tendo sido lavradas dezenas de autos de infração, repisando todos os argumentos já apresentados em sede de defesa.

Em 18/12/2012 a 3ª Câmara de Julgamento Fiscal, por unanimidade, decidiu pelo provimento do Recurso Voluntário e declarou nula a decisão recorrida, determinando o retorno dos autos à Primeira Instância para serem adotadas as providências saneadoras apontadas e, somente após, submeter o feito a novo julgamento pela JJF, conforme Acórdão CJF nº 0129-13/12, fls. 1.606 a 1.615.

A Conselheira relatora Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva, preferiu o voto, cujo trecho transcrevo.

“Com a máxima vénia, observo a permanência da necessidade de implementação de algumas providências saneadoras ainda em sede de primeira instância, para a garantia do direito de ampla defesa do contribuinte, a exemplo das que enumero a seguir:

- Quando da entrega ao contribuinte, por ocasião da prestação da informação fiscal, das cópias dos Relatórios Diários por Operação TEF acostados aos autos às fls. 1390 e 1391, e às fls. 1428 e 1429 - relatórios estes enviados a esta SEFAZ não pelo contribuinte, mas por terceiros que se constituem em administradoras de cartões de crédito/débito contratadas pelo sujeito passivo - não foi reaberto o prazo de defesa do então impugnante, tendo sido então concedido, por duas vezes consecutivas (docs. a fl. 1443 e às fls. 1482 a 1484), apenas o prazo de dez dias para que o sujeito passivo se manifestasse no processo. Assinalo que embora na presente lide não se trate de roteiro de auditoria de cartões de crédito/débito, os dados de tais Relatórios TEF foram fonte de dados considerados pelo Fisco na análise realizada sobre a movimentação financeira do contribuinte, por conseguinte cópias destes relatórios forçosamente lhe deveriam ter sido entregues ainda na fase de abertura do prazo de impugnação, irregularidade procedural que agora pode ser sanada reabrindo-se o prazo inicial de contestação pelo sujeito passivo,

garantindo-se assim o perfeito cumprimento dos ritos processuais.

- Não localizo prova, nos autos, de que o contribuinte recebeu cópia do laudo pericial acostado às fls. 1472 a 1481. Embora tal laudo pericial não se constitua em peça da ação fiscal em si, o mesmo foi anexado a este processo por iniciativa desta SEFAZ, passando a compor este processo administrativo fiscal tendo sido, inclusive, mencionado em julgamento de primeiro grau e nas manifestações do contribuinte, e, portanto, uma vez que se trata também de documento originado por terceiros, e diz respeito ao autuado, uma cópia deveria ter sido entregue ao contribuinte, com a abertura de prazo para pronunciamento a respeito.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para que o processo seja devolvido à Primeira instância para novo julgamento, após tomadas todas as providências saneadoras que a digna Junta de Julgamento Fiscal considere indispensáveis à garantia de ampla defesa do sujeito passivo, inclusive a entrega, ao contribuinte, dos documentos mencionados neste voto, com a consequente reabertura do prazo de impugnação."

Distribuído ao julgador Jorge Inácio de Aquino, em 25/07/2013, à fl. 1.627, deliberaram os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal a conversão do processo em diligência à INFAT de origem para entrega de cópia do laudo pericial e reabertura do prazo de 30 dias para que a autuada apresente defesa.

A autuada se manifesta às fls. 1.633 a 1.638, onde afirma inicialmente que foi intimada para apresentar nova impugnação ao lançamento, quando na verdade trata-se de nova manifestação sobre o RELATÓRIO DIÁRIO POR OPERAÇÃO TEF e posterior manifestação sobre o Laudo Pericial ICAP nº 200702655501, fls. 1.472 a 1.481.

Esclarece que as cópias do RELATÓRIO DIÁRIO POR OPERAÇÃO TEF recebidos, não contem a totalidade dos relatórios do período autuado, contendo informações apenas de 02/01/2007 a 03/01/2007 e de 01/01/2006 a 31/12/2006.

Aduz que apesar de conter apenas parte dos relatórios, os dados conflitam aos valores resultantes da degravação do HD, comprovando a improcedência da exação, haja vista que os valores apresentados pelas administradoras de cartões de crédito e débito são incompatíveis com os dados extraídos do HD.

Apresenta como exemplo o exercício de 2006 onde os dados do HD, demonstram o valor de R\$863.020,23 enquanto o relatório mostra R\$4.633,89, denotando assim a distorção na proporção de vendas por cartão de crédito/débito onde no ramo de bares e restaurantes a proporção de vendas em dinheiro alcança no máximo 25% do total.

Aduz que este fato deve ser considerado com prova contrária a presunção adotada no lançamento.

Afirma que o Laudo Pericial comprova a nulidade de parte do lançamento, reportando-se como ponto importante para o esclarecimento da questão, a resposta dada ao quesito 09.

No citado quesito é indagado em que data foi instalado o *software* encontrado no equipamento questionado, bem como as eventuais alterações. A resposta foi: 16/03/2006, sendo que o auto de infração exige valores correspondentes ao período de julho de 2004 a junho de 2007, caracterizando assim a impossibilidade de justificar a omissão de receita que corresponde a mais da metade do total exigido no lançamento.

Assegura que o fato demonstra total insegurança na acusação fiscal, principalmente no período de julho de 2004 a fevereiro de 2006.

Questiona onde foi obtido o faturamento no citado período, se somente em março de 2006, segundo o Laudo Pericial, foi instalado o aplicativo o que caracteriza incongruência ensejando nulidade do auto de infração conforme art. 18, inc. IV, alínea "a" do RPAF.

Diz que o Laudo Pericial é inconclusivo, pois sequer aponta quais as versões do aplicativo estavam ativas no equipamento, não permitindo inferir se eram, ou não homologadas.

A despeito da afirmação da INFIP, não consta no laudo qualquer indicação da existência da "arquitetura da fraude", já que segundo a INFIP a fraude somente seria possível se o equipamento estivesse ligado em rede.

Apresenta às fls. 1.637 e 1.638, 11 quesitos aos peritos do ICAP.

Conclui requerendo a nulidade do auto de infração.

Um dos autuantes presta informação às fls. 1.641 a 1.643, onde inicialmente transcreve os argumentos apresentados pela autuada, reitera e ratifica suas informações fiscais anteriores, fls. 328 a 331, 1.463 a 1.467 e 1.492 a 1.493.

Esclarece que o RELATÓRIO DIÁRIO DE OPERAÇÕES TEF anexado às fls. 1390 a 1391 e 1428 a 1429, referem-se, respectivamente, às operações listadas em 02/01/2007 e 22/07/2007. Tais relatórios estão explicados no item 3 da informação fiscal, à fl. 330 e novamente citado no item 16 da informação fiscal de fl. 1.467.

Anexa mídia – CD contendo gravado os arquivos TEF LUCIANA 2006 e TEF LUCIANA 2007, onde constam todas as operações TEF, cujos valores são em 2006 – R\$524.027,25, 2007 – R\$462.305,07.

Diz que os dados comparavam que a proporção de vendas com cartão de no exercício de 2006, indicada pela defesa de 0,53% passa para 60,72%.

Quanto ao argumento da defesa de que os débitos anteriores a 16/03/2006 estariam fora do auto de infração, em razão do *software* encontrado, ter sido instalado nesta data, diz não proceder, pois o laudo pericial não pode ser analisado apenas sob um único quesito. O laudo pericial deve ser analisado num contexto bem maior, conforme explana.

Requer a procedência parcial da infração 01, com a redução do valor histórico do imposto de R\$107.145,68 para R\$84.225,05.

Em 10/04/2015, estando afastado o relator designado para o processo, a Coordenação Administrativa do CONSEF redistribuindo, encaminha o PAF, para o julgador José Carlos Bacelar.

Em 07/12/2016 os membros da 2ª JJF, em sessão de julgamento, decidiram converter o processo em diligência para que seja a autuada cientificada da última diligência fiscal e reabertura do prazo de defesa, por 60 dias.

A autuada se manifesta às fls. 1.662 a 1.665, onde registra que intimada para apresentar nova defesa, em verdade apresenta nova manifestação e reitera que as cópias do RELATÓRIO DIÁRIO TEF por ela recebido, não contem a totalidade dos relatórios do período autuado, contendo apenas dados de 2006 e 2007, que permanecem contrários aos valores supostamente degravados do HD, reforçando a improcedência do feito.

Atesta ser patente a distorção na proporção de vendas com cartões de crédito/débito no ramo que opera, cuja proporção não se observa menor que 25%, patamar que alcança em alguns casos a proporção de pagamentos à vista.

Argumenta que o Laudo Pericial comprova nulidade de parte do lançamento.

Reitera a importância para o esclarecimento da lide, de se responder à questão: “*Em que data foi instalado o software encontrado no equipamento questionado, bem como suas eventuais alterações?*”, cuja resposta dada é 16/03/2006.

Alega que não há segurança na acusação fiscal, tendo em vista a discrepância de datas, pois o lançamento compreende o período de julho de 2004 a fevereiro de 2006, tendo o aplicativo sido instalado na máquina em março de 2006.

Torna a questionar a origem dos dados do faturamento correspondente ao período de julho de 2004 a fevereiro de 2006, tendo em vista que o aplicativo somente foi instalado em março de 2006, fato que enseja a nulidade do auto de infração, que requer ao final.

Às fls. 1.668 e 1.669 um dos autuantes apresenta informação, onde afirma que nas fls. 11 a 14 constam planilhas com os valores exportados para o auto de infração, dados que não tem nenhum vínculo com os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

Anexa CD com gravação de arquivo contendo as informações de 2006 e 2007 e elabora um demonstrativo onde constam as vendas identificadas no arquivo copiado da HD e as informações fornecidas pela administradora de cartões de crédito/débito, onde entende está claro a coerência entre as vendas totais e as vendas com cartões crédito/débito, contrariando o argumento da defesa, fl. 1.663.

Quanto a arguição defensiva de que existe discrepância entre as datas dos fatos apurados como fraude e a instalação do aplicativo, os autores se mostram contrários informando que a data cingida no laudo, refere-se a instalação da última versão, sendo necessário para sustentar o argumento defensivo, que a autuada apresente documentos que comprove a referida data.

Anexa os demonstrativos dos valores identificados no HD e os informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

Período	Valores		Período	Valores	
	Vendas Identificadas no HD	Informados pelas Adm. de Cartões - Relatório TEF		Vendas Identificadas no HD	Informados pelas Adm. de Cartões - Relatório TEF
jan-06	33.346,15	23.404,64	jan-07	122.306,86	83.529,05
fev-06	25.458,24	18.023,31	fev-07	71.906,41	51.310,41
mar-06	38.802,68	29.143,54	mar-07	126.284,03	86.602,30
abr-06	28.380,63	21.314,73	abr-07	85.925,90	65.823,83
mai-06	0,00	509,87	mai-07	106.350,80	77.604,21
jun-06	0,00	0,00	jun-07	86.302,66	57.194,63
Jul-06	150.682,18	20.942,54	Jul-07	0,00	0,00
ago-06	106.154,40	77.058,05	ago-07	0,00	0,00
set-06	135.691,50	90.396,87	set-07	0,00	0,00
out-06	112.295,87	79.044,36	out-07	0,00	0,00
nov-06	115.146,60	81.161,35	nov-07	0,00	0,00
dez-06	117.061,98	83.027,99	dez-07	0,00	0,00
Total	863.020,23	524.027,25	Total	599.076,66	422.064,43

A autuada retorna aos autos em nova manifestação às fls. 1.676 a 1.682, onde reafirma todos os argumentos já apresentados anteriormente apresentando desta feita ementas de Acórdão do CONSEF, demonstrando o acolhimento da arguição de nulidade de lançamentos cujas acusações tratam da mesma matéria decorrente também da chamada OPERAÇÃO TESOURO, tendo como suporte a resposta do quesito formulado contida no Laudo Pericial.

Transcreve a ementa do Acórdão JJF nº 0184-02/15, confirmado em julgamento de 2ª instância – Acórdão CJF nº 0017-11/16. Também adiciona excertos do Acórdão CJF nº 0121-12/15, que julgou o auto de infração nº 207160.0013/07-3 nulo.

Volta a requerer a nulidade do auto de infração.

O mesmo autor repete à fl. 1.685, as mesmas informações anteriormente prestadas inclusive reforçando o argumento contrário a pretensão da defesa em anular o lançamento pela discrepância entre as datas da apuração da fraude e a data de instalação do aplicativo.

Em 25/04/2018, em função da aposentadoria do julgador José Carlos Bacelar, o processo mais uma vez é redistribuído, passando ao atual relator.

VOTO

O auto de infração em epígrafe exige o ICMS pela falta de cumprimento da obrigação principal, sendo constatada ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei.

A omissão de receita foi apurada através do levantamento das vendas totais existentes no HD – disco rígido, de equipamento de propriedade 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 dos equipamentos ECF, cuja fraude detectada através da Inteligência Fiscal – INFIP, onde ficou comprovado a utilização do PROGRAMA COLIBRI, numa arquitetura de fraude fiscal, aplicativo não homologado pela SEFAZ.

Preliminarmente analiso as nulidades suscitadas na defesa. Para tanto peço licença para transcrever trecho do voto discordante proferido pelo i. julgador Eduardo Ramos de Santana por ocasião do primeiro julgamento do presente PAF, às fls. 1.503 e 1.504, pois reputo totalmente pertinentes a cabíveis os argumentos aduzidos no Acórdão JJF nº 0094-04/11.

“Por tudo que foi exposto, discordo do posicionamento do nobre Relator de que foram atingidos direitos do contribuinte e que não foram observados os requisitos procedimentais de pressupostos de validade e cerceamento de direito. Entendo que como exposto na sequência dos fatos acima elencados, que a administração tributária levantou indícios de irregularidade na aplicação de sistemas utilizados em computador (Colibri), solicitou autorização do poder judiciário para apreender tais equipamentos, uma vez autorizado, juntamente com o Ministério Público foi feita a apreensão dos equipamentos pela Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública (DCCP), periciado os computadores foi confirmado por meio de Laudo Pericial a existência de software irregular que possibilitava lesar o Erário Público, tendo a fiscalização apurado a base de cálculo dos valores sonegados que foram entregues ao contribuinte, tendo o mesmo exercido o seu direito de defesa, apresentando contraprova e argumentos.

Ressalto ainda que, as 3^a e 4^a JJF apreciaram nulidades suscitadas em processos idênticos decorrentes da mesma ação fiscal (Operação Colibri) e negou, conforme Acórdãos JJF 0349/04-09; JJF 0318/04-09; JJF 0284/03-08 e JJF 362/01-09. Por sua vez a Segunda Câmara deste Conselho apreciou e não deu provimento a Recursos Voluntários, tendo apreciado e também negado os pedidos de nulidades conforme Acórdãos CJF 106/12-09 e CJF 298/12-09. Dessa forma, manifesto pelo não acatamento da nulidade suscitada e apreciação do mérito.”

Dessa forma afasto as nulidades suscitadas.

Importante registrar que a auto de infração foi submetido a quatro julgamentos administrativos no CONSEF, dois em primeira instância, cujas decisões foram ambas anuladas por decisão em segunda instância, conforme consta no relatório.

O último julgamento em segunda instância ocorrido na 3^a Câmara de Julgamento Fiscal – Acórdão CJF nº 0129-13/12, anulou a decisão da 4^a JJF constante do Acórdão JJF nº 0183-04/12.

Imprescindível abordar aos motivos que levaram à decisão da 3^a CJF em determinar o retorno dos autos à Primeira Instância para serem adotadas as providências saneadoras apontadas e, somente após, submeter o feito a novo julgamento pela JJF.

Conforme o voto condutor, de lavra da i. Conselheira Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva, as medidas saneadoras a serem adotadas para novo julgamento, quais sejam: reabertura do prazo de defesa com a entrega de cópias dos RELATÓRIOS DIÁRIOS POR OPERAÇÃO TEF acostados aos autos às fls. 1.390 e 1.391, e às fls. 1.428 e 1.429 e entrega de cópia do laudo pericial às fls. 1.472 a 1.481.

Quanto a reabertura do prazo de defesa de 30 dias, prazo este, previsto no RPAF/99 no art. 123, cuja redação original foi alterada pelo Decreto nº 15.807, de 30/12/2014, com efeitos de 01/01/2015, constato que a autuada foi regularmente notificada conforme termo às fls. 1.630 e 1.631, oportunidade que foram entregues: cópias da diligência, fl. 1.627, relatórios diários TEF dos períodos de 02/01/2007 a 03/01/2007 e 01/01/2006 a 31/12/2006, fls. 1.390, 1.391, 1.428 e 1.429, além da cópia do Laudo Pericial, fls. 1.471 a 1.481. Portanto, verifico que as providências determinadas no último julgamento da 3^a CJF, foram integralmente atendidas.

Verifico que posteriormente, em cumprimento a nova diligencia fiscal determinada pela 2^a Junta de Julgamento Fiscal, foi reaberto o prazo de defesa de 60 dias além da entrega de cópia da última informação fiscal produzida, cópias dos levantamentos fiscais gravados em mídia – CD, recibo dos arquivos eletrônicos e cópia da diligencia. Assim, foi procedido pela unidade responsável pelo preparo do processo, conforme termo de intimação, fls. 1.658 a 1.659.

Pelo exposto, o processo encontra-se devidamente instruído, tendo sido cumpridas todas as recomendações da 3^a Câmara de Julgamento Fiscal assim como, não existem omissões, obscuridades ou contradições que requeiram a necessidade de diligências ou perícias.

Adentrando nas questões de mérito, constato que foram observados todos os comandos constantes na legislação aplicáveis no caso.

Foi concedido o crédito presumido de 8% previsto no art. 408-S, §1º do RICMS/97, para os contribuintes enquadrados no regime SIMBAHIA, conforme demonstrativo às fls. 11 a 14, assim como foram deduzidas as quantias referentes a serviços de manobristas, *couvert* artísticos e outros, conforme fls. 15 e 79 a 89.

Não foi considerada nos levantamentos a proporcionalidade entre operações tributadas e não tributadas prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, por não ser aplicável no caso. O lançamento resultou de descumprimento de obrigação tributária principal, devido à ação ou omissão fraudulenta de natureza grave, diversa das especificadas em lei e apesar de referir-se ao confronto entre os valores capturados no equipamento do contribuinte e os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito/débito, não se trata de hipótese de presunção legal decorrente de omissões verificadas em auditoria de caixa ou de cartões de crédito/débito, prevista no art. 4º, § 4º, Lei nº 7.014/96.

Da análise dos autos, constato escorreito o procedimento adotado pelos autuantes quanto a apuração dos fatos geradores objeto do lançamento, assim como a apuração do imposto devido, pois, a infração constatada é considerada de natureza grave e foram seguidos os mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal de apuração do ICMS, consoante previsão do artigo 408-S do RICMS/97, vigente à época, tendo sido aplicada a alíquota de 17%, nos termos da alteração introduzida pelo Decreto nº 7.886/00, com efeitos a partir de 30/12/2000, e concedido o crédito presumido, calculado à alíquota de 8%, em conformidade com o §1º do mesmo artigo, alterado pelo Decreto nº. 8.413/02.

Na informação fiscal prestada pelos autuantes às fls. 328 a 331, foi procedida nova análise dos documentos apreendidos emitidos pela autuada através do SISTEMA COLIBRI, incluindo o FECHAMENTO DO MOVIMENTO, COMANDAS RELATIVAS A DADOS DO FECHAMENTO DE CONTAS E RECIBOS DE PAGAMENTOS, referentes ao período de julho de 2006 a junho de 2007 resultando no novo demonstrativo de débito gravado no CD à fl. 1.440, de forma que a exigência do auto de infração foi reduzida de R\$107.145,68 para R\$84.225,05, valor confirmado em sede da segunda informação prestada pelos autuantes às fls. 1.463 a 1.467, revisão que acolho.

Das peças anexas aos autos, restou comprovado que a autuada ao utilizar aplicativo em seu estabelecimento, quando da apreensão, não atendia às determinações regulamentares do ICMS, haja vista que as apurações indicaram que o citado aplicativo 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.

No início do período fiscalizado, julho de 2004, o Regulamento do ICMS já estabelecia normas a serem observadas, quanto ao uso de programa aplicativo para envio de comandos ao *software* básico do ECF, conforme o art. 824-D do RICMS/97, introduzido pelo Decreto nº 8.413/2002:

Art. 824-D. O programa aplicativo utilizado para envio de comandos ao Software Básico do ECF deverá estar previamente cadastrado na SEFAZ e atender aos seguintes critérios:

I - comandar a impressão, no ECF, do registro referente à mercadoria ou à prestação de serviço 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;

II - não possuir função que faculte ao operador a não emissão do documento fiscal relativo aos registros realizados.

A Portaria nº 53/2005 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, julho de 2004 a junho de 2007, a legislação amparava o enquadramento da infração cometida, independentemente da publicação da portaria citada.

A autuada argumenta em manifestações recentes que “...o Laudo Pericial demonstra que não há

qualquer segurança na acusação fiscal, em especial no período de julho de 2002 a fevereiro de 2006, pois o aplicativo fiscal (...) foi instalado após transcorrido parte do período em que estão sendo imputadas as pretensas omissões de receitas”.

Da análise dos documentos acostados aos autos, constato que o Laudo Pericial produzido pelo INSTITUTO DE CRIMINALÍSTICA AFRÂNIO PEIXOTO – ICAP, fls. 1.471 a 1.481, só foi juntado ao processo após a apresentação da defesa, tendo a autuada em manifestação, fls. 1.486 a 1.490, questionado que não havia recebido cópia do mesmo até aquela data, falta somente suprida após o cumprimento de diligência, conforme já relatado.

A questão a ser analisada se concentra no QUESITO 9 do Laudo Pericial. Em específico a este quesito, às fls. 1.477 a 1.480, consta a indagação: “*Em que data foi instalado o software encontrado no equipamento questionado, bem como suas eventuais alterações?*”. Na resposta, a perícia lista todas as datas de instalação do software, agrupadas por máquina, disco rígido e diretório.

A data mais antiga de instalação do software é 16/03/2006 na máquina 01 no disco “C”, diretório “C\Colibri_Millennium\vendas.exe (versão Windows 6.00 - compilação 6.0.2.48)”.

Pelo exposto, constato que assiste razão a autuada especificamente neste argumento.

Contestando o argumento defensivo os autuantes justificam que “*...qualquer aplicativo apresentar várias versões, quer sejam elas para corrigir quanto para atualizar dados e adicionar novas funcionalidades. (...) quando se lança uma nova versão, qualquer que seja o motivo, o aplicativo apresentará, sempre a data da atualização, ou seja, a data em que a última versão foi instalada. Acreditamos que a instalação deste famigerado Sistema Colibri não foi instalada gratuitamente, portanto, seria plausível que a autuada apresentasse documentos que comprove a referida data*”.

Cabe ressaltar que o perito deveria ter esclarecido se a data indicada como resposta ao questionamento, foi uma atualização do software já instalado ou de um novo software. A resposta não autoriza outras conclusões que não seja a literal, haja vista que não houve ressalvas quanto a data de instalação e atualizações.

Constatou não haver prova, nem esclarecimentos, que se relevante, deveria ter constado no Laudo Pericial, assim, não resta outra conclusão que não seja de que as irregularidades levantadas no período de julho de 2004 a fevereiro de 2006 estão contaminadas de incerteza.

Dessa forma, na situação específica, confrontando os demonstrativos elaborados pelos autuantes com a resposta da quesitação formulada ao perito, constato haver ausência de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, quanto à constituição da base de cálculo relativo à exigência fiscal no referido período autuado, como argumentado pelo contribuinte.

Destarte, com fundamento no art. 18, inc. IV, alínea “a” do RPAF/99, declaro nula as exigências fiscais relativas ao período de julho de 2004 a fevereiro de 2006, restando devido os valores exigidos a partir de março de 2006, conforme demonstrativo de débito a seguir.

Decisões do CONSEF demonstram o mesmo entendimento conforme Acórdão JJF nº 0184-02/15, confirmado em 2ª Instância conforme Acórdão CJF nº 0017-11/16 e Acórdão CJF nº 0121-12/15 que reformou o julgamento do Auto de Infração nº 207160.0013/07-3 - Acórdão JJF nº 0318-04/09.

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo - R\$	Alíquota %	Multa %	Valor Histórico - R\$
31/03/2006	09/04/2006	10.920,95	17,00	100,00	1.856,56
30/04/2006	09/05/2006	9.072,33	17,00	100,00	1.542,30
31/07/2006	09/08/2006	5.335,97	17,00	100,00	907,12
31/08/2006	09/09/2006	24.888,43	17,00	100,00	4.231,03
30/09/2006	09/10/2006	21.740,95	17,00	100,00	3.695,96
31/10/2006	09/11/2006	24.457,64	17,00	100,00	4.157,80

30/11/2006	09/12/2006	22.969,50	17,00	100,00	3.904,82
31/12/2006	09/01/2007	26.430,05	17,00	100,00	4.493,11
31/01/2007	09/02/2007	36.417,29	17,00	100,00	6.190,94
28/02/2007	09/03/2007	26.023,04	17,00	100,00	4.423,92
31/03/2007	09/04/2007	52.921,67	17,00	100,00	8.996,68
30/04/2007	09/05/2007	30.284,64	17,00	100,00	5.148,39
31/05/2007	09/06/2007	28.530,88	17,00	100,00	4.850,25
30/06/2007	09/07/2007	26.388,05	17,00	100,00	4.485,97
Total					58.884,84

Registro que anunciado o julgamento do presente processo, o julgador Paulo Danilo Reis Lopes se declarou suspeito por motivo de foro íntimo, sem declarar suas razões para participação no julgamento, com base no art. 145, §1º do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, haja vista que as regras do citado código aplicam-se subsidiariamente ao processo administrativo fiscal, conforme art. 180 do RPAF/99 c/c o art. 40, §3º do Decreto nº 7.592/99 - Regimento Interno do Conselho de Fazenda Estadual.

Pelo exposto, voto pela PROCEDENCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **088299.0011/07-6**, lavrado contra **YK COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA. (LUCIANA ÂNGELA DESIRÉE NAPRAVNIK – ME)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$58.884,84**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR