

PROCESSO	- A. I. N° 128859.0212/08-9
RECORRENTE	- TRAPICHE-ADELAIDE COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF n° 0144-01/23-VD
ORIGEM	- DAT METRO / INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 10/01/2025

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0452-12/24-VD

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO. Nos termos do Art. 156, I do CTN, o pagamento total do débito extingue o crédito tributário, ficando, consequentemente, também extinto o Processo Administrativo Fiscal, em conformidade com o Art. 122, I e seu parágrafo único do RPAF/99. Efetuado o pagamento do valor remanescente do julgamento de Primeira Instância. Mantida a Decisão recorrida. Considerada **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/12/2007, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 02.11.02: Descumpriu obrigação principal se constatando ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei, nos meses de janeiro a junho de 2006 e fevereiro, maio, junho e setembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 37.649,46, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, IV, "j", da Lei n° 7.014/96.

Consta que a omissão ou supressão de tributo foi constatada mediante a 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.

Consta adicionalmente no campo “Descrição dos Fatos” que a omissão de saídas de mercadorias tributáveis foi apurada através de perícia em HDs apreendidos de computadores de propriedade do Autuado, quando a perícia técnica foi realizada pela Polícia Civil e pela Secretaria da Fazenda.

A 1ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0144-01/23-VD (fls. 383 a 398), com base no voto do Relator a seguir transscrito:

“Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado decorrente de descumprimento de obrigação principal se constatando ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei.

No caso a supressão de tributo foi constatada mediante verificação de 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.

Consta no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração o registro de que a omissão de saídas de mercadorias tributáveis foi apurada através de perícia em HDs apreendidos de computadores de propriedade do contribuinte, quando a perícia técnica foi realizada pela Polícia Civil e pela Secretaria da Fazenda, conforme demonstrativos constantes das planilhas anexadas.

Inicialmente, no tange as arguições de nulidades suscitadas pelo impugnante, não vislumbro nos autos como possa prosperar a pretensão defensiva, haja vista a inexistência de qualquer ofensa ao devido processo legal, direito à ampla defesa e ao contraditório, registre-se, exercido em sua plenitude pelo autuado.

No presente caso, além da Defesa vestibular apresentada pelo impugnante e suas Manifestações posteriores, assim como Informações Fiscais prestadas pelos autuantes, esta Junta de Julgamento Fiscal, na busca incessante da verdade material, converteu o feito em diligência em diversas oportunidades para que Auditor Fiscal estranho ao feito realizasse revisão fiscal em face às alegações defensivas, inclusive concedendo o prazo de 60 (sessenta) dias para que o autuado se manifestasse sobre os resultados apresentados, conforme se

manifestou.

Observo que a alegação do autuado quanto ao Laudo Pericial não trouxe qualquer prejuízo ao seu direito à ampla defesa e ao contraditório, haja vista que lhe foi entregue o CD contendo as planilhas e demonstrativos elaborados pela Fiscalização.

Diante do exposto, não acolho as nulidades suscitadas pelo impugnante, haja vista que todos os elementos constantes nos autos, levam à segurança quanto à identificação da infração, do infrator, do montante exigido, tendo sido observados os ditames previstos no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, especialmente no seu art. 39 relativo ao conteúdo do Auto de Infração, inociorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do referido diploma regulamentar processual capaz de invalidar o lançamento de ofício em questão.

Em face às diligências realizadas, considero neste momento desnecessária a realização de uma nova diligência, haja vista que os elementos existentes nos autos permitem se chegar à solução da lide, consoante o art. 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/BA/99.

Do mesmo modo, com fundamento no art. 147, II, “a”, do RPAF/BA/99, indefiro o pedido de realização de perícia, haja vista a desnecessidade de participação de perito técnico no presente caso, considerando que a matéria é de conhecimento dos julgadores que compõem esta JJF.

No mérito, conforme dito, o autuado 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 do Estado da Bahia, 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, sendo exigido imposto relativo aos valores de vendas não oferecidos à tributação, conforme planilhas juntadas aos autos. Assim sendo, o imposto exigido foi apurado 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.

No presente caso, após um longo caminho percorrido pelo presente processo, considero que os ajustes e correções feitos nas revisões fiscais realizadas pelos Auditores Fiscais estranhos ao feito que cumpriram as diligências solicitadas por esta JJF, abordando todos os aspectos aduzidos pelo impugnante, especialmente as inconsistências apontadas, resultaram no valor do ICMS efetivamente devido.

Assim é que, na primeira diligência revisional solicitada por esta JJF, o Auditor Fiscal estranho ao feito que realizou a revisão fiscal, trouxe como resultado a redução substancial do valor originalmente exigido no Auto de Infração de R\$ 37.649,46 para R\$ 6.132,60, conforme demonstrativos que elaborou acostados às fls. 287 a 292 dos autos.

Por outro lado, em face ainda às alegações defensivas, esta JJF converteu o feito em nova diligência para que Auditor Fiscal estranho ao feito se pronunciasse sobre as referidas alegações, sendo que o segundo Auditor Fiscal estranho ao feito designado para cumprimento da diligência abordou todas as questões aduzidas pelo impugnante, cujas respostas concordo, inclusive com a necessidade de aplicação da proporcionalidade entre as receitas isentas/não tributáveis e as receitas tributáveis.

Assinalo, apenas, que descabe a aplicação da proporcionalidade com fundamento na Instrução Normativa n. 56/2007 - conforme aduzido pelo diligenciador - haja vista que a aplicação da proporcionalidade prevista na referida Instrução Normativa somente é admitida nos casos de presunção, sendo certo que, no presente caso, não se trata de presunção, pois o levantamento fiscal decorreu de descumprimento de obrigação tributária principal, em face à ação ou omissão fraudulenta de natureza grave, diversa das especificadas em lei. Apesar de resultar do 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, previstas no art. 4º, § 4º, Lei nº 7.014/96.

Na realidade, a jurisprudência desse CONSEF aponta no sentido de admissibilidade de utilização da proporcionalidade sempre que a receita omitida apurada não permitir a identificação segregada de sua origem, devendo ser aplicada a proporcionalidade entre as receitas isentas e as tributáveis.

Diante disso, aplicada a proporcionalidade nos percentuais apurados pelo Auditor Fiscal estranho ao feito que cumpriu a segunda diligência, no caso 92.2506075% referente ao período de 28/02/2006, 92,4463839% referente ao período de 31/03/2006, 92,2070356% referente ao período de 30/04/2006, 93,9675773% referente ao período de 30/09/2007, o valor do ICMS após a primeira revisão fiscal realizada passa de R\$ 6.132,60 para R\$ 5.690,72, conforme o terceiro demonstrativo que elaborou de fl. 363, ficando o demonstrativo de débito com a seguinte conformação:

Data de Ocorrência	ICMS julgado (R\$)
--------------------	---------------------

28/02/2006	1.775,89
31/03/2006	1.369,52
30/04/2006	855,89
30/09/2007	1.689,42
TOTAL	5.690,72

Cabível consignar que a matéria de que cuida o presente Auto de Infração já foi objeto de diversas decisões no âmbito desse CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF Nº. 0050-11/20 cuja ementa reproduzo abaixo a título ilustrativo:

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0050-11/20**

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. Rejeitadas às preliminares de nulidades suscitadas. Indeferidos os pedidos de revisão fiscal e diligência. Acolhida a alegação de proporcionalidade. Infração parcialmente elidida. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PROVÍDIO EM PARTE. Decisão por maioria.

Diante do exposto, a infração é parcialmente procedente, pois restou demonstrada a omissão ou supressão de tributo mediante utilização de software que permitiu ao autuado a desativação do ECF, possibilitando que uma operação de venda fosse registrada em seu banco de dados sem o correspondente envio ao software básico do ECF do comando de impressão do cupom fiscal.

No tocante à conversão da multa de 100% para 70% ou mesmo sua redução para 20%, conforme pretendido pelo impugnante, 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, falecendo competência a esta JJF à sua apreciação.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 408 a 416), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual, após uma breve síntese, defendeu o reconhecimento de nulidade do Auto de Infração ou, em ordem de subsidiariedade, o reconhecimento de inexistência de qualquer ação ou omissão fraudulenta pela escorreita operacionalização do ECF ou, em último lugar, a minoração da multa aplicada.

Suscitou a nulidade da autuação por cerceamento do direito de defesa e por insuficiência de elementos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, nos termos do Art. 18, II, e IV, “a” do RPAF/99, pois não foram fornecidas informações suficientes à elaboração de sua defesa, já que não são estas extraíveis do Auto de Infração e dos deficientes resumos planilhados de números organizados aleatoriamente.

Acrescentou que o Auto de Infração impugnado não continha “ocorrências ou informações consideradas úteis para esclarecimento da ação fiscal” nem fora acompanhado “das provas necessárias à demonstração do fato arguido”, conforme previsto nos Arts. 39, VI e 41, II do RPAF/99, além de que, à época da autuação, o laudo da perícia realizada pela polícia técnica, objeto central do trabalho que culminou no lançamento enfrentado, sequer havia sido concluído, segundo afirmação das autoridades que formalizaram o Auto de Infração.

Disse que inexistiu qualquer ação ou omissão fraudulenta por sua parte, tendo, a todo momento, procedido com a escorreita operacionalização do ECF, realizando corretamente os registros no sistema utilizado, e que os Autuantes:

- 1) ao buscar os dados constantes nos seus HDs, acabaram somando o “faturamento líquido” da empresa ao valor total que entendiam ser o “preço do serviço”, sendo que os valores referidos no demonstrativo como “saídas totais”, nada mais são do que o faturamento bruto, onde foi incutido os 10% do preço do serviço — ou seja, não foram excluídas as chamadas “saídas não tributadas”, decorrentes do pagamento antecipado de tributos como, por exemplo, bebidas alcóolicas. Logo, as saídas totais mencionadas são iguais aos seus faturamentos brutos mensais, sendo que, saídas totais, em verdade, deveriam ser calculadas através do abatimento

dos valores correspondentes às saídas não tributadas dos faturamentos brutos, mês a mês.

- 2) somaram ao “faturamento bruto” da empresa duas vezes o valor atinente ao “preço do serviço”, o que configura verdadeira duplicidade na utilização de valores para a fixação de base de cálculo do ICMS.
- 3) não consideraram os cancelamentos e as transferências efetuadas pelos seus clientes, os quais não podem compor o montante atinente ao “valor total” do seu faturamento, sendo que tanto os cancelamentos promovidos por clientes, como a transferência de contas diante de migração de clientes para diferentes áreas/mesas, são eventos absolutamente comuns em qualquer estabelecimento comercial, especialmente bares e restaurantes, de modo que seu computo é absolutamente indevido.
- 4) utilizaram, no somatório do “valor total” com o “valor do serviço”, não o valor do serviço efetivamente recolhido, o qual é facultativo, mas 10% do faturamento bruto de cada mesa, como se pudesse ter a certeza de que todos os seus clientes pagaram, e integralmente, o 10% correspondente ao preço do serviço que lhes fora prestado.
- 5) não consideraram as situações em que foram emitidas Notas Fiscais D-I, em razão do esgotamento de memória da máquina de impressão, o que, naturalmente, requereu a respectiva substituição.

Discorreram sobre a confiscatoriedade da multa aplicada no percentual de 100%, violando princípios constitucionais do não-confisco, da proporcionalidade e da capacidade contributiva, alegando a necessidade da sua minoração para o percentual de 20%.

Requeru o provimento do Recurso Voluntário para reconhecer a nulidade do Auto de Infração ou, subsidiariamente, reconhecer a inexistência de qualquer ação ou omissão fraudulenta pela escorreita operacionalização do ECF, com a consequente reforma da decisão recorrida para julgar improcedente o Auto de Infração, ou ainda reduzir a multa aplicada para o percentual de 20%.

Pugnou para que sejam todas as intimações feitas exclusivamente em nome dos seus advogados, os quais indicou, sob pena de ofensa ao Art. 272, §§ 2º e 5º do CPC, e consequente nulidade dos atos processuais subsequentes àqueles publicados sem a observância do requerimento ora formulado.

O Autuado protocolou manifestação (fl. 424), na qual informou que efetuou o pagamento integral do débito remanescente, após a Decisão de piso, em que não houve Recurso de Ofício, discutido nos presentes autos, através do Programa de Pagamento e Parcelamento Incentivado de débitos fiscais relacionados ao ICMS, instituído pela Lei Estadual nº 14.761/24, desistindo do Recurso Voluntário, eis que houve a perda do seu objeto, bem como requereu a extinção do presente Processo Administrativo e o consequente arquivamento definitivo dos autos, à luz do Art. 156, I do Código Tributário Nacional.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa em razão da constatação de ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente em lei, mediante verificação de 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.

Conforme consta do Relatório, o Autuado atravessou petição pela extinção do presente Processo Administrativo, em razão do pagamento integral do débito remanescente, após a Decisão de piso, em que não houve Recurso de Ofício, e, portanto, o valor discutido nos presentes autos, conforme previsto no Art. 156, I do CTN.

O Autuado, ao reconhecer o débito indicado no presente Auto de Infração e efetuar o respectivo

pagamento, desistiu do Recurso Voluntário apresentado, tornando-a ineficaz, conforme previsto pelo Art. 122, I e seu parágrafo único do RPAF/99. Em consequência, fica extinto o Processo Administrativo Fiscal, nos termos do Art. 156, I do CTN, e PREJUDICADO o Recurso Voluntário apresentado, devendo os autos serem encaminhados à DAT METRO / INFRAZ VAREJO para o fim de homologação do pagamento e arquivamento do Processo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário apresentado e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº 128859.0212/08-9, lavrado contra **TRAPICHE-ADELAIDE COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, no valor de **R\$ 5.690,72**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Devendo o recorrente ser cientificado desta Decisão e os autos serem encaminhados à DAT METRO / INFRAZ VAREJO para o fim de homologação do pagamento e arquivamento do Processo.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de novembro de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS