

PROCESSO - A. I. N° 207160.0013/07-3
RECORRENTE - TORTARELLI COMÉRCIO DE TORTAS LTDA. - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0318-04/09
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 18/05/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0121-12/15

EMENTA: ICMS. NULIDADE. EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). UTILIZAÇÃO IRREGULAR DE SOFTWARE QUE PERMITE DESATIVAÇÃO DO ECF. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O laudo pericial comprova que as exigências contidas no Auto de Infração se reportam às ocorrências, com exceção de alguns dias, quando ainda não havia sido implantado o mecanismo suspeito, o que acarreta insegurança e incerteza do lançamento de ofício. Modificada a Decisão recorrida. Auto de Infração *Nulo*. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário contra a Decisão contida no Acórdão 4ª JJF N° 0318-04/09, que julgou procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 20/12/2007 para exigir ICMS no valor de R\$ 246.837,62, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j” da Lei n° 7.014/1996, inerente ao período de janeiro de 2002 a março de 2007, sob a acusação de descumprimento de obrigação principal mediante ação fraudulenta, consistente no uso de “software” destinado a desativar o equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), possibilitando assim que vendas fossem computadas no banco de dados do contribuinte sem o correspondente envio ao comando de impressão de cupons.

Trata-se da “*Operação Tesouro*”, através da qual o banco de dados foi degravado, com o objetivo de obter o real faturamento do sujeito passivo.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 09/09/2009 (fls. 328 a 339), decidindo pela procedência por decisão não unânime, após concluir que não operou a decadência de parte do crédito tributário, como alegado pelo autuado, como também no lançamento de ofício não ocorreu falta de segurança como alegado ou cerceamento do direito de defesa, assim como os arquivos extraídos do HD do autuado pela perícia da Polícia Civil juntamente com os prepostos da SEFAZ constituem provas da infração apontada, inexistindo a alegada presunção não autorizada.

No mérito, após algumas considerações sobre as alterações das normas regulamentares, concluiu:

[...]

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

Este é o cerne da questão, visto que o aplicativo que estava sendo utilizado não atendia às determinações contidas no Regulamento do ICMS, porque possibilitava que uma operação de venda fosse registrada no banco de dados do ECF sem o correspondente envio ao software básico do ECF do comando de impressão do cupom fiscal. A Portaria 53/05 estabeleceu normas e procedimentos quanto ao cadastro de aplicativos e credenciamento de órgãos técnicos para análise dos mesmos. Ou seja, a mencionada Portaria estendeu a outros órgãos a avaliação de aplicativos que antes era feito apenas pela Secretaria da Fazenda, mas não estabeleceu regra alguma que fosse de encontro ao que já estava regulamentado, mesmo porque se tratava de uma Portaria

que não poderia ir de encontro a um Decreto.

Pelo exposto, concluo que a legislação existente em todo o período fiscalizado ampara o enquadramento da infração cometida por ter sido flagrado o estabelecimento utilizando programa aplicativo que não atendia às normas regulamentares.

Quanto ao argumento de que não há prova de que os HDs analisados pertencem ao estabelecimento autuado. Verifico que conforme Auto de Exibição e Apreensão juntado às fls. 21/22, mediante autorização judicial a Delegacia de Crimes Contra o Patrimônio fez apreensão de três CPUs marca Intel e uma CPU sem marca nº 000707081 entre outros equipamentos, incluindo impressoras fiscais e não fiscais.

Por sua vez, o Laudo do Exame Pericial/ICAP Nº 2007 026553 01, cuja cópia foi acostada às fls. 300/308 identifica às fls. 301/302 terem sido periciados quatro computadores pertencentes ao estabelecimento autuado, com suas respectivas identificações.

Também, confrontando os valores contidos nos dados degravados dos HDs periciados do estabelecimento autuado com os dos relatórios elaborados pela empresa PULSICON constato que os valores extraídos são iguais ou aproximados às “vendas totais” indicados pela citada Consultoria. Tomando como exemplo o mês de março/02 indicado no demonstrativo à fl. 12:

- 1) A receita identificada no HD é de R\$24.884,60;
- 2) O relatório da Pulsicom à fl. 258 indica para este mês vendas totais de R\$25.387,10 que deduzindo-se o valor de R\$248,20 indicado como “cortesias” resulta em valor de 24.838,90 valor este próximo do degravado no HD.
- 3) Para aquele mês as vendas declaradas ao Fisco foram de R\$4.795,10 totalizando faturamento anual de R\$79.364,74 conforme DME apensada à fl. 35.

Logo, os elementos contidos no processo provam que os dados que deram suporte à autuação são do computador do estabelecimento autuado e não foi trazido ao processo qualquer prova quanto ao que foi alegado, motivo pelo qual não acato tal alegação.

Quanto ao argumento de que estando inscrita no SimBahia e para ser exigido o ICMS com apuração pelo regime normal deveria ser precedido de desenquadramento, é correta a posição manifestada pelo defensor de que os fatos geradores ocorreram na vigência da legislação do regime simplificado SIMBAHIA e não carece de desenquadramento pelo Simples Nacional.

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

Portanto, a perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) independe da exclusão de ofício do SimBahia, conforme previsto na legislação do imposto e foi correto o procedimento fiscal ao exigir o imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos, concedendo crédito presumido de 8% sobre o valor da saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais (art. 19, § 1º, da Lei nº 7.357/98), conforme demonstrativos juntados às fls. 12 a 17, cujas cópias foram fornecidas ao impugnante mediante recibo ao estabelecimento autuado.

Relativamente ao pedido de que seja refeito o cálculo do ICMS com base na receita bruta acumulada, também não pode ser acatado, tendo em vista que conforme acima apreciado, em se tratando de exigência de imposto decorrente de prática de infração de natureza grave o imposto deve ser exigido com base no regime normal de apuração, concedendo o crédito fiscal de 8% o que foi feito, estando correto o procedimento fiscal.

Ainda, com relação à solicitação de que seja procedida revisão fiscal para refazer os cálculos do imposto devido previsto para o regime normal/receita bruta com aplicação do percentual de 4% (ou 5%), também não pode ser acolhida, tendo em vista que o estabelecimento autuado era optante do SimBahia (EPP) no período fiscalizado. Entendo que seria correto apurar o imposto com base na receita bruta se o estabelecimento autuado fosse optante daquele regime de apuração do imposto. Portanto, o ICMS foi exigido em conformidade com a natureza da infração e regime de apuração do contribuinte (grave/EPP), o que considero correto.

Com relação ao argumento de que a multa de 100% é elevada, não passível de redução ao teor do art. 45 e pedido que seja convertida em multa de 70% prevista no art. 42, III, ou convertido em multa fixa por ter usado um programa com uma versão “não-certificada” ou que possibilite omitir o lançamento de dados (R\$27.600,00 ou R\$46.000,00 previstas no art. 42, XIII-A, “a” ou “b”) tudo da Lei nº 7.014/96, não pode ser acatada pelos seguintes motivos.

Primeiro, a acusação é de que foi exigido ICMS em razão de omissão de saída mediante a utilização de software que possibilita que operação de venda não fosse registrada no banco de dados e também não fosse emitido o documento fiscal correspondente, o que constitui fraude. A multa de setenta por cento é prevista para a situação de imposto não recolhido pela falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, que resulte em omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal. Não se aplica ao caso, visto que não havia emissão de documento fiscal, adequando-se a multa de 100% prevista no art. 42, IV, "j" da Lei nº 7.014/96.

Segundo, a multa fixa prevista no art. 42, XIII-A, "a" é prevista para ser aplicada a "quem fornecer ou divulgar programa aplicativo..." e não se aplica a situação presente em que o autuado não é o fornecedor do aplicativo.

Já a prevista no "b - 3" do mesmo dispositivo e diploma legal, apesar de poder ser tipificada no caso concreto, em se tratando de multa de caráter acessório a mesma pode ser aplicada a juízo do preposto fazendário, principalmente quando não for possível apurar o imposto devido pertinente à obrigação principal. No caso concreto a multa de 100% vinculada à obrigação principal supera o valor estabelecido para a multa por descumprimento de caráter acessório e deve ser mantida.

Conforme apreciado anteriormente o imposto exigido decorre de levantamento fiscal no qual foi apurado diferença entre os valores registrados no ECF e os registrados nos livros próprios. Em se tratando de empresa que apurava o ICMS com base em regime simplificado (SimBahia) foi concedido crédito presumido de 8% sobre o valor omitido apurado que engloba todas as operações omitidas, mesmo que não exista previsão de utilização de crédito fiscal relativo às entradas no estabelecimento de mercadorias com ICMS pago por antecipação ou isentas.

Por fim, com relação à solicitação de resposta a quesitação formulada para que fosse respondida pelos peritos do ICAP, indefiro, tendo em vista a minha convicção de que as respostas são apresentadas no conjunto de elementos que se apresentam no processo. A exemplo do local de uso: O Auto de Exibição da DCCP às fls. 21/22 indica o local do estabelecimento autuado; Versão em uso do Colibri: item 7 do Laudo (fls. 304/305) indica versão 6.0.2.22 e 6.0.2.35 e versões que variam de 3.0 a 3.6 no item 8 ... indica as versões instaladas possibilitam desativar o ECF; Os arquivos de interesse pericial "foram coletados e gravados em um DVD que acompanha o Laudo", cuja cópia do CD à fl. 110, cópia do HD cuja cópia foi entregue ao autuado à fl. 111, mediante certificação digital.

Por tudo que foi exposto a seqüência dos fatos ocorridos denota que:

1. Identificado indícios de sonegação fiscal mediante utilização de programas aplicativos, a administração fazendária solicitou autorização judicial para apreensão de equipamentos;
2. Apreendido os computadores, perícia do HD identificou software que permitia registro da operação no ECF sem que fossem enviados dados ao comando de impressão do cupom fiscal;
3. Dados degravados do HD demonstraram que os valores das receitas acumuladas não correspondiam às receitas declaradas ao Fisco, porém corresponde às receitas constantes de relatórios gerenciais do estabelecimento autuado;
4. O impugnante recebeu cópia dos dados extraídos do HD do seu computador apreendido, cópia do Laudo Pericial, e sendo detentor do equipamento, documentos e livros fiscais, caberia ao autuado trazer ao processo outros elementos materiais que dispusesse, para demonstrar com certeza, que os valores acumulados no equipamento apreendido não constituíam vendas anteriores efetuadas por ele ou que os valores acumulados no equipamento tivessem sido oferecidos à tributação do ICMS, fato que não ocorreu.

Por isso, considero que os valores acumulados no equipamento ECF, apurado mediante degravação do HD, constitui prova de que foram efetuadas operações de vendas que não foram oferecidas à tributação e está correta a base de cálculo apontada na autuação. Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Por sua vez, o voto discordante exarado pelo julgador Paulo Danilo Reis Lopes, foi no sentido de:

Entendo que os documentos de fls. 111 e 250 não comprovam a invulnerabilidade dos arquivos magnéticos apreendidos na ação fiscal e policial, o que traduz insegurança quanto aos dados nos mesmos contidos e obsta o direito ao contraditório do autuado.

No momento da apreensão dos equipamentos com seus respectivos arquivos, e dos dados constantes dos mesmos, seria imprescindível a presença de um preposto do autuado, gerando-se assim uma chave ou código, semelhante ao gerado pela Receita Federal quando da entrega de declaração de imposto de renda, impossibilitando, assim, eventuais modificações.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Inconformada, com fundamento no art. 169, I, "b" do Decreto nº 7.629/1999, a sociedade

empresária interpõe Recurso Voluntário às fls. 351 a 397, no qual inicia sintetizando as ocorrências e mostrando-se inconformada contra o suposto fato de a degravação ter sido efetuada sem a presença de algum preposto seu. Alega que a simples existência de números divergentes no banco de dados, tomando-se equivocadamente e sem autorização legal um indício de fraude como se fosse fraude consumada, não é prova inequívoca de sonegação tributária, sem que o contribuinte pudesse exercer o seu direito à ampla defesa e sem que fossem realizados os mais elementares roteiro de fiscalização.

Pede a nulidade do Acórdão recorrido, pois toda a acusação fiscal está lastreada na chamada “arquitetura da fraude”, ou seja, uma rede de computadores interligada em rede que, rodando um aplicativo fiscal não homologado, possibilitaria a realização de uma venda sem a emissão do correlato cupom fiscal. Portanto, trata-se de uma acusação de cunho técnico, específica, que está materializada no corpo do Auto de Infração e ratificada no Relatório da INFIP, do que entende o recorrente que a prova técnica de tal acusação fosse carreada aos autos como suporte do lançamento de ofício. Diz que tal laudo técnico só foi carreado aos autos no final da etapa de instrução (fls. 300/308).

Aduz que, após ciência de tal laudo técnico, empreendeu quesitação (fls. 358/359) aos ilustres peritos, visando que eles esclarecessem a tal arquitetura da fraude, dentre outras questões, em respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, a fim de alcançar a verdade material, cuja diligência foi indeferida pela JJF. Assim, defende que, independentemente da convicção pessoal do Relator, as perguntas do contribuinte deveriam ter sido respondidas pelo Departamento de Polícia Técnica, antes da decisão de primeiro grau, sob pena de cercear o direito de defesa.

Suscita, ainda, preliminar de decadência do crédito tributário relativos aos fatos geradores anteriores a 28 de dezembro de 2002, uma vez que o sujeito passivo só foi notificado do Auto de Infração em 28 de dezembro de 2007, do que cita o art. 150, § 4º, do CTN, doutrina e jurisprudência.

Em preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa, uma vez que não há nos autos única prova da acusação fiscal, a exemplo de que os HD de fato foram da empresa autuada, tendo em vista que: “(não há “espelho” do HD, não há termo onde o contribuinte tenha assinado que a “degravação” do HD tenha sido feita na presença dele; ou seja, não há a mínima segurança na forma em que foi conduzida a ação fiscal)”, do que transcreve o texto do voto discordante

Diz que a decisão da JJF teria cometido erro ao supor que o recorrente estava de posse do HD periciado, quando na verdade o que recebeu foi uma cópia do mesmo com dados corrompidos, vício procedural que lhe coloca em uma situação de ter que produzir prova negativa (de que não usou o programa “colibri” com o objetivo de fraude).

Aduz que a acusação estaria fundamentada em presunção não autorizada na Lei nº 7.014/1996, uma vez que os levantamentos de auditoria devem tomar como fonte os livros e documentos contábeis e fiscais, ou seja, dados oficiais produzidos com o específico fim de informar as atividades empresariais. Divergências entre a escrita e as informações constantes dos seus computadores, embora configurem indícios, não dão ensejo à conclusão a que chegou a fiscalização.

Prosegue indicando outro motivo de nulidade: o fato de que estava inscrito no SIMBAHIA à época das ocorrências e de o tributo ter sido calculado com base no regime normal de apuração. A autoridade competente para o desenquadramento a que se refere o art. 15, V da Lei nº 7.357/1998 é o inspetor fazendário (Alteração 15 do RICMS/1997, através do Decreto 7.729/1999, que estabeleceu a redação do art. 408-L).

Quanto à multa, assegura que não foi corretamente proposta, pois, uma vez que não restou comprovada a fraude, eventual omissão de receita apurada por intermédio de levantamento fiscal remete ao art. 42, III da Lei do ICMS/BA (multa de 70%).

No caso de rejeição da preliminar de nulidade, pede que o imposto seja calculado de acordo com

as regras do SIMBAHIA.

No mérito, aduz que a questão em enfoque veio a ser regulada por meio da Portaria 53/2005, de 21/02/2005. Portanto, até tal data, não havia qualquer exigência de certificação por parte de autoridade certificadora.

Encerra reiterando o pedido de revisão e requerendo que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte ou nulo.

No Parecer de fls. 405 a 414, a PGE/PROFIS assinala que não operou a decadência de parte do crédito tributário, conforme previsto no art. 107-B, § 5º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e que as demais alegações acerca da nulidade da autuação restam, da mesma forma, vazias de fundamento legal, pois, os equipamentos foram apreendidos por força de ordem judicial requerida pelo Ministério Público Estadual e que, só após a degravação dos valores apurados nos HD apreendidos, realizada pelo polícia técnica, é que o fisco elaborou demonstrativos, que foram gravados em CD, exigindo ICMS sobre a diferença da receita identificada no HD e o do faturamento oferecido à tributação, cuja cópia foi fornecida ao autuado, não ocorrendo falta de segurança ou cerceamento de defesa, como alegado pelo autuado. Assim, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

A 2ª CJF (Câmara de Julgamento Fiscal), à fl. 417 dos autos, converteu o feito em diligência para a PGE/PROFIS se pronunciar sobre a matéria relativa à decadência, em razão das determinações expressas na Súmula Vinculante nº 8, tendo obtido como resposta, às fls. 422 e 423 dos autos, que a suposta decadência dos créditos constituídos não merece sufrágio, uma vez que, conforme exposto no art. 150, § 4º, do CTN, a constatação de atos fraudulentos, consoante certificado na autuação, não se aplica como linde decadencial dos fatos geradores.

Em seguida, na assentada de julgamento da sessão de 18/10/2012, o Representante da PGE/PROFIS, Dr. José Augusto Martins Junior, diante dos argumentos apresentados pelo patrono do recorrente e da documentação apensada às fls. 425 a 479 dos autos, propôs à 2ª CJF, a qual acolheu o pedido, que o PAF fosse diligenciado ao ICAP para que respondesse a quesitação elaborada pela empresa, conforme reproduzida à fl. 483 dos autos. Às fls. 487 a 489 dos autos, foi anexado ofício do ICAP, em atenção ao solicitado.

Em novo Parecer, às fls. 492 a 501 dos autos, a PGE/ROFIS, em minucioso Parecer, reitera seu opinativo pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

Às fls. 510 a 518 dos autos, o recorrente volta a se manifestar e reiterar todas as suas alegações recursais, do que ressalta a existência de pareceres ASTEC, relativos aos Auto de Infração nº 088299.0010/07-0 e 088299.0009/07-1, nos quais se concluiu que “...não houve demonstração analítica dos valores utilizados para se apurar com segurança a base de cálculo do imposto lançado...”. Também, o recorrente cita jurisprudência deste CONSEF, a exemplo dos Acórdãos JJF nºs 0119-04/12 e 0119-01/12, que julgaram Nulo os respectivos Autos de Infração, diante da incerteza e insegurança quanto à existência da ilicitude, por não ficar demonstrado como se chegou a base de cálculo do imposto lançado.

Por sua vez, à fl. 521 dos autos, um dos autuantes se manifesta entendendo que a nulidade cai por terra em razão do parecer exarado pela PGE/PROFIS, às fls. 492 a 501 dos autos.

Na assentada de julgamento o conselheiro Paulo Danilo Reis Lopes declarou impedido no julgamento devido ter participado da composição da Decisão de Primeira Instância deste PAF.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, conforme previsto no art. 169, I, “b”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância que julgou, por decisão não unânime, procedente o Auto de Infração, o qual foi lavrado para a cobrança de ICMS devido pela constatação de omissão ou supressão de tributo mediante utilização de software que permitia ao usuário 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.

Foram apreendidos computadores de propriedade do estabelecimento autuado, mediante Mandado de Busca e Apreensão autorizado pelo Poder Judiciário, cujo banco de dados foi degravado para obtenção do faturamento real do contribuinte.

Com efeito, uma vez comprovada, de forma inequívoca, a existência de valores de operações tributáveis do ICMS nos discos rígidos, manipulados por um programa sem dúvida alguma ilegal, não oferecidos à tributação, autoriza a utilização desses mesmos valores para constituir base de cálculo de ICMS. Assim, nesta linha se fundamentou o Acórdão recorrido em decisão não unânime, após rejeitar as preliminares de nulidade arguidas, conforme texto a seguir:

“Logo, sendo o recorrente detentor dos arquivos existentes nos seus HDs, tendo recebido cópia dos demonstrativos de vendas juntados às fls. 12 a 17, no qual foi exigido ICMS sobre a diferença entre a receita total identificada no HD e deduzido do faturamento que foi oferecido à tributação, devidamente registrada pela Contabilidade do estabelecimento autuado, entendo que mesmo que não tenha presenciado a degravação do HDs, o impugnante sendo detentor dos mesmos, poderia juntar provas quanto às possíveis divergências entre os valores apontados pela fiscalização e o registrado no programa aplicativo implantado em seus computadores.”

Contudo, há um óbice nos autos que fulmina todas as demais alegações recursais e define a lide. Trata-se do Laudo de Exame Pericial/ICAP nº 2007 026553 01, às fls. 301 a 308 dos autos, relativo ao exame nos quatro computadores da empresa Tortarelli Comércio de Torta Ltda - Amaralina, no qual, ao responder os quesitos sétimo ao nono, deixa patente que todo o mecanismo engendrado nos equipamentos apreendidos foi implantado a partir de 22 de março de 2007, conforme a seguir:

Os peritos em resposta ao sétimo quesito atestam que foram encontradas as versões do Colibri DOS e Windows nas máquinas (CPUs) e respectivos diretórios:

Máquina 01

- C:\Colibri\Colibri Servidor\Colibri_Millenium\venda.exe (versão Windows – 6.0.2.22);
- C:\Colibri_Millenium\venda.exe (versão Windows – 6.0.2.35)

Máquina 03

- C:\Colibri\Colibri Estação\Colibri_Millenium\venda.exe (versão Windows – 6.0.2.22);
- C:\Colibri_Millenium\venda.exe (versão Windows – 6.0.2.22)

Máquina 04

- C:\Colibri\Colibri Servidor\Colibri_Millenium\venda.exe (versão Windows – 6.0.2.22);
- C:\Colibri_Millenium\venda.exe (versão Windows – 6.0.2.35)
- C:\Colibri\Colibri.exe (versão DOS)

Observam, ainda, que foram identificados no arquivo (colibri.exe), indicadores de versão com variação da 3.0, 3.10, 3.20, 3.30, 3.40, 3.50 e 3.60.

Já ao responder o oitavo quesito, o laudo pericial afirma que:

“Segundo levantamentos realizados, as versões DOS 3.1, 3.2, 3.3 e 3.4 possuem o menu de configuração que possibilita desativar o Emissor de Cupom Fiscal e consequentemente efetuar os referidos registros, entretanto os peritos não podem realizar uma identificação segura da real versão do sistema (vide quesito anterior). As versões Windows encontradas (6.00) permitem desativar o Emissor de Cupom Fiscal e registrar as respectivas operações comerciais.”

Por sua vez, em resposta ao nono quesito, formulado no sentido de “*Em que data foi instalado o software encontrado no equipamento questionado, bem como suas eventuais alterações?*”, o laudo pericial assevera que:

Máquina 01

- C:\Colibri\Colibri Servidor\Colibri_Millenium, data de instalação (criação) – 15/08/07;
- C:\Colibri_Millenium, data de instalação (criação) – 15/08/07

Máquina 03

- C:\Col2000\Colibri Estação\Colibri_Millenium, data de instalação (criação): 03/08/07;
- C:\Colibri_Millenium, data de instalação (criação): 03/08/07

Máquina 04

- C:\Col2000\Colibri Servidor\Colibri_Millenium, data de instalação (criação): 22/03/07;
- C:\Colibri_Millenium, data de instalação (criação): 23/03/07
- C:\Colibri\Colibri.exe (versão DOS), data de instalação (criação): 28/03/07

Portanto, considerando que o laudo pericial assevera que a implantação do mecanismo de fraude que dá sustentação à acusação fiscal só ocorreu a partir de 22 de março de 2007 e apenas para os equipamentos 1, 3 e 4, apreendidos e enviados para perícia, como também, considerando que as exigências ínsitas no Auto de Infração se reportam às ocorrências relativas a fato gerador de janeiro de 2002 a 31 de março de 2007, quando ainda - com exceção de alguns dias - não havia sido implantado o dito mecanismo. Considerando, ainda, que em resposta ao oitavo quesito foi dito que “... *entretanto os peritos não podem realizar uma identificação segura da real versão do sistema...*”, acolho o argumento recursal de nulidade da ação fiscal de não existir segurança e certeza do lançamento de ofício.

Diante de tais considerações entendo prejudicadas as demais razões recursais.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para declarar NULO o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar NULO o Auto de Infração nº 207160.0013/07-3, lavrado contra **TORTARELLI COMÉRCIO DE TORTAS LTDA. - ME.**

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA – REPR. DA PGE/PROFIS