

A. I. N° - 088299.0011/07-6
AUTUADO - LUCIANA ÂNGELA DESIRÉE NAPRAVNIK
AUTUANTES - DJALMA BOAVENTURA DE SOUZA, PAULO APARECIDO ROLO e FRANCISCO CARLOS DE SANTANA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 02.052011

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0094-04/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO, DA LEGALIDADE, DA TIPICIDADE CERRADA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Fatos geradores do ICMS só podem decorrer da realização de todos os aspectos previstos e tipificados na norma de incidência, uma vez que as relações jurídicas devem pautar-se pelos critérios de segurança e certeza, sendo defesos os lançamentos tributários que não observem os direitos à ampla defesa e ao contraditório ou louvados em simples suposições, em virtude dos princípios da tipicidade cerrada e da legalidade. Auto de Infração NULO. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/12/2007, traz a exigência de ICMS no valor histórico total de R\$ 107.145,68, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/96, em razão de descumprimento de obrigação tributária principal, com a acusação de ação ou omissão fraudulenta, diversa das especificadas em Lei.

Consta do campo “*Descrição dos fatos*” – de fl. 01 - ter sido verificada a omissão ou supressão de tributo, mediante utilização de software que permite a desativação do equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), possibilitando que uma operação de venda seja registrada em seu banco de dados sem o correspondente envio do comando de impressão de cupom fiscal.

Foram apreendidos computadores na denominada “*Operação Tesouro*”, cujos bancos de dados restaram degravados, obtendo-se 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*” (07/2004 a 04/2006). Colhidas também informações no arquivo “*Vendas 2006 2007.xls*”, proveniente de HD (disco rígido) utilizado pelo sujeito passivo, como consequência do mandado de busca e apreensão expedido nos autos da ação judicial cujo processo leva o número 1676152-1/2007 (cópias em anexo). Tudo isso foi cotejado com as vendas oferecidas à tributação pelo contribuinte.

Está dito e ressaltado – no mesmo campo – que os documentos utilizados nos procedimentos de fiscalização, inclusive aqueles em meio magnético, estão acostados ao processo, cujas cópias “*serão fornecidas*” ao autuado.

À fl. 262, consta um Recibo de Arquivos Eletrônicos, datado de 28/01/2008, assinado por prepostos do fisco e do fiscalizado, discriminando o material devolvido e, no item 03, informando que o CD (disco compacto) foi aberto na presença do contribuinte ou de seu representante legal, para conferência da quantidade de arquivos recebidos.

Às fls. 263/264 consta 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, Bacharel 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 na mencionada repartição pública.

A impugnação foi colacionada às fls. 285 a 320, através de advogado regularmente constituído, nos termos da procuração de fl. 321.

Assevera o defendant 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.

Eleita a premissa de que os possuidores do Programa Colibri eram sonegadores, pelo fato de o mesmo possibilitar burla ao comando de impressão do cupom fiscal, de posse dos computadores apreendidos, partiu-se para uma dedução perigosa (presunção não amparada em Lei), de que as quantias constantes dos discos rígidos refletiriam o valor real do faturamento. Insurge-se contra isso também em virtude de as degravações terem sido levadas a efeito sem a presença de seus prepostos ou de algum representante, o que atinge sua garantia ao contraditório.

Em prosseguimento, diz ter absoluta certeza de que a acusação é fruto de falhas ocorridas nas análises dos discos rígidos – perpetradas sem a sua presença – pelo que, por falta de segurança, inobservância do devido processo legal e cerceamento de direito de defesa, o ato administrativo deve ser declarado nulo.

Constata mais uma vez a desobediência 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.

Em seguida, 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 (suspendeu as atividades entre 1º de maio e 21 de julho) etc. A receita acima citada, de R\$ 159.832,27 em 10 dias, é seis vezes maior do que a do mês anterior, de R\$ 28.280,63.

Aliás, 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.

Uma das explicações plausíveis para tais equívocos é a utilização de dados de discos rígidos de outros contribuintes investigados, visto que foram inúmeras as sociedades empresárias autuadas nesta operação conjunta.

Pede que o fisco comprove que os dados constantes dos seus demonstrativos são originários de seus computadores, sob pena de nulidade (art. 18, II e IV, “a”, RPAF/BA).

Outro vício a reclamar a nulidade – na sua concepção – é 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 INFIP (fl. 293, item 31).

Questiona se existe autorização legal para presumir omissão de saída sem pagamento do imposto, com base tão somente em dados obtidos de computador, e responde que não, visto que vigora no direito tributário o princípio da tipicidade cerrada, que exige correspondência entre o fato da vida e a hipótese descrita na norma jurídica. Assevera 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.

A seu ver, não poderia ter sido cobrado o ICMS com base no regime normal de apuração, visto que inscrito no Programa SIMBAHIA no período fiscalizado. Havendo infração grave, deve o auditor propor ao inspetor fazendário o desenquadramento do contribuinte.

A ação fiscal, segundo alega, está baseada na utilização de software irregular, sob a premissa de que utilizava versão não certificada do programa Colibri, a exemplo da DOS 3.4 e Millennium 6.0 (Windows). Afirma que, apesar de terem sido exigidos valores relativos aos exercícios de 2004 a 2007, o programa aplicativo só foi regulamentado pela Portaria 53 SF 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.

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

Aduz que a fiscalização 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 53/2005.

Para amparar a acusação de fraude de utilização de aplicativo não certificado foi aplicada a multa “elevadíssima” de 100%, não passível de redução, a teor do art. 45 da Lei nº 7.014/96. Afirma 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 (pessoal) de omissão de saída não autorizada em Lei. Conclui que não existe evidência documental da prática de fraude. Tendo diligenciado para obter cópia integral dos autos, após sua análise, não identificou efetiva utilização fraudulenta de aplicativo fiscal.

O fato de ter usado um programa com uma versão “não certificada” ensejaria a aplicação da penalidade de R\$ 27.600,00, prevista no art. 42, XIII-A, “b” da Lei nº 7.014/96, ou ainda daquela de R\$ 46.000,00, prevista na alínea “a” do mesmo dispositivo legal, com eficácia em outras situações.

Na pior das hipóteses, entende que a multa deveria ser de 70% (art. 42, III, Lei nº 7.014/96).

Como responsável pela atividade de bar e restaurante, comercializa mercadorias já antecipadas (bebidas alcoólicas, água mineral, refrigerantes, cigarros, sorvete) ou isentas (frutas, verduras, pescados).

Na apuração do imposto decorrente de suposta omissão de receita por uso de software irregular, deviam ser excluídas da base de cálculo as quantias correspondentes às mercadorias substituídas ou isentas, nos termos da Instrução Normativa 56/2007.

Alega que se faz necessária a exclusão do valor das gorjetas (manobristas, “couvert artístico”) da base de cálculo lançada, que são de natureza salarial, caracterizando-se o estabelecimento autuado como mero depositário dos montantes repassados aos empregados. Requer revisão do lançamento, para fazer a exclusão das mesmas da base de cálculo.

Por fim, pleiteia a nulidade ou a improcedência do lançamento de ofício.

Na informação fiscal, de fls. 328 a 331, um dos autuantes discorre sobre a acusação e as alegações defensivas e esclarece 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 deste órgão público (SEFAZ).

Não há presunção, mas “certeza e validade dos dados contidos no HD apreendido”, além de segurança de que houve descumprimento dos comandos do RICMS/97 (art. 408-S, § 1º). As regras aplicadas foram as do Regime SIMBAHIA, não há que se cogitar redução de multa ou conversão da infração em penalidade por descumprimento de obrigação acessória, todos os valores foram extraídos dos documentos apreendidos e excluídos aqueles referentes a serviços.

Nos itens 01 a 04 do tomo IV da informação fiscal, apresenta os nomes e conteúdos dos novos demonstrativos e documentos juntados, pelo que solicita a redução do valor lançado para R\$ 84.225,05, com a procedência parcial do Auto de Infração.

Devidamente intimado, o impugnante se manifesta às fls. 1.446 a 1.459, aduzindo que os documentos colacionados junto com a informação fiscal são a prova cabal de que não há certeza alguma nos dados supostamente degravados do HD, visto que contém valores absolutamente discrepantes da base de cálculo originalmente apurada (item 06, fl. 1.447).

No seu entendimento, não é concebível que após a lavratura do Auto de Infração, sem explicação detalhada, simplesmente juntando planilhas, o autuante apresente dados discrepantes, que variam em até 80% relativamente àqueles supostamente degravados dos discos rígidos. Pergunta qual o motivo de 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 degravada.

Quem acompanhou de perto o cumprimento dos mandados de busca e apreensão, segundo informa, reconhece a alta probabilidade de perda ou troca do material apreendido, inúmeros documentos e equipamentos envoltos em sacos plásticos, em regra de lixo, retirados dos estabelecimentos investigados. No transporte, os sacos se rompiam e se amontoavam nas caçambas das viaturas policiais. Na delegacia, situação ainda pior, documentos e computadores espalhados ao chão, misturados com tantos outros materiais depositados por policiais. Cada mandado cumprido representava mais acúmulo.

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.

Às fls. 1.463 a 1.467, um dos autuantes esclarece que a apuração dos novos valores apresentados na informação fiscal se deu com a 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*”.

Ainda, consoante o que está registrado no item 15 da fl. 1.467, para provar o vínculo entre as informações dos discos rígidos e a dos documentos listados no item 14 da fl. 1.467, elaborou demonstrativos detalhando todas as comandas relativas aos dados de fechamento de conta e recibos de pagamento emitidos por meio do Sistema Colibri em janeiro de 2007.

Nessa toada, confeccionou Relatório de Vendas Diárias de 02/01/2007 e 22/07/2007, degravado de 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.

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

Novamente intimado (fls. 1.482 a 1.484), o sujeito passivo se manifesta 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.

Informa desconhecer o Laudo Pericial, transcreve o art. 36 da Lei Federal 9.430/1996, 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 53/2005, que não há prova de fraude, que é preciso observar a proporcionalidade e que somente se manifestará após receber a documentação faltante.

Na peça de fls. 1.492/1.493, um dos autuantes elabora um índice do processo e diz que às fls. 1.463 a 1.467 não juntou qualquer documento novo, apenas se refere aos que já tinham sido anteriormente entregues ao impugnante (fl. 1.443).

Mantém os termos da informação fiscal.

VOTO

É obrigação do julgador, antes de adentrar no mérito da lide, investigar se o ato administrativo preenche os seus requisitos de validade, de forma a obter certeza da inexistência de máculas insanáveis que eventualmente estejam a reclamar a sua nulidade.

Tal investigação será levada a efeito, especialmente em obediência aos princípios do devido processo legal e das garantias à ampla defesa e ao contraditório (art. 2º do RPAF/99), de acordo com a fundamentação exposta linhas abaixo, destacando a inquestionável idoneidade moral e as boas intenções dos servidores públicos que intentaram as investigações sob exame.

Estatui o art. 5º, LV, CF que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O lançamento tributário de ofício, como ato administrativo vinculado, deve ser efetuado nos estritos limites da Lei, não existindo margens legítimas para a atuação discricionária da autoridade pública. Nesse passo, é necessário que estejam presentes os seus requisitos e pressupostos (de existência e de validade), como sujeito (competência), finalidade, motivo, objeto, causa e forma (procedimento válido).

Requisitos procedimentais são pressupostos de validade da atuação do Poder Público, etapas que devem, por imposição normativa, preceder a um determinado ou a determinados atos administrativos. Consistem em atos jurídicos sem os quais os procedimentos administrativos, fiscais ou não, não podem ser efetivados. Assim, por exemplo, a nomeação de um servidor para cargo efetivo só poderá ser expedida após a série de fases que compõem o concurso público.

Na situação em comento, em observância aos preceptivos acima citados (art. 2º, RPAF/99 c/c art. 5º, LV, CF), inclusive por se tratar de uma sucessão de atos coercitivos tendentes a atingir o direito de propriedade do contribuinte, mais do que nunca devem ser rigorosamente observados os requisitos procedimentais (pressupostos de validade), de modo a restarem intocados os direitos à ampla defesa e ao contraditório do acusado.

Muito bem, dispõe o art. 28, § 4º, II, RPAF/99, que o Auto de Infração far-se-á acompanhar dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido.

Ocorre que as autoridades fiscais, à fl. 01, em inobservância ao artigo acima mencionado, dispuseram expressamente que os documentos utilizados nos procedimentos de fiscalização, inclusive aqueles em meio magnético, estão acostados ao processo, cujas cópias “serão fornecidas” [no futuro] ao autuado.

Tal vício de procedimento seria sanável, não fosse a situação abaixo explanada.

Embora seja Lei com eficácia no âmbito da União, em uma interpretação sistemática das normas que regem a matéria em debate, cabe transcrever o que dispõe o art. 36 da Lei Federal 9.430/1996.

Art. 36. A autoridade fiscal encarregada de diligência ou fiscalização poderá promover a lacração de móveis, caixas, cofres ou depósitos onde se encontram arquivos e documentos, toda vez que ficar caracterizada a resistência ou o embaraço à fiscalização, ou ainda quando as circunstâncias ou a quantidade de documentos não permitirem sua identificação e conferência no local ou no momento em que foram encontrados.

Parágrafo único. O sujeito passivo e demais responsáveis serão previamente notificados para acompanharem o procedimento de rompimento do lacre e identificação dos elementos de interesse da fiscalização.

A ação fiscal e policial se deu em 02/10/2007 (fls. 263/264), nas condições descritas pelo autuado, não refutadas pelos autuantes, o Auto de Infração foi lavrado no dia 28/12/2007 e o contribuinte assinou Recibo de Arquivos Eletrônicos no dia 28/05/2008 (fl. 262).

No momento da apreensão dos equipamentos com seus respectivos arquivos e informações, para garantir a incolumidade do material apreendido, em obediência aos princípios do art. 2º, RPAF/99, seria imprescindível a presença de um preposto do autuado, gerando-se, assim, uma chave ou código, semelhante àqueles de fl. 262 (campo “ARQUIVOS RECEBIDOS”), cujo documento respectivo deveria ser entregue ao mencionado preposto, mediante recibo assinado pelo mesmo e juntado ao processo.

Uma vez adotadas as mencionadas medidas (requisitos de validade), não restaria espaço para equívocos e dúvidas por eventuais modificações nos arquivos ou alegações de modificações, que podem ocorrer até por fatos da natureza (chuvas, inundações, oxidação, fogo, variações de temperatura, umidade, pancadas etc.).

Acontece que isso não ocorreu, a metodologia foi falha, os requisitos não foram observados. A apreensão dos materiais que continham as informações tomadas por base para lançar o imposto se deu sem a chancela do sujeito passivo. As chaves foram geradas no dia 28/01/2008 (fl. 262), apenas por ocasião da devolução do material, quando as degravações já haviam sido efetivadas.

Igualmente, por imperativo lógico e legal, em razão dos mesmos motivos concernentes à apreensão, seria essencial a presença do contribuinte quando das degravações, o que não ocorreu. Mais um equívoco no “iter” processual, a demonstrar a inexistência de requisito de validade no encadeamento de atos administrativos sob julgamento.

Os documentos colacionados aos autos não comprovam a invulnerabilidade dos arquivos magnéticos apreendidos na ação fiscal e policial, sequer se os mesmos são os contidos nos computadores correlatos. Esta situação traduz fragilidade procedural e agressão aos princípios jurídicos acima citados, bem como insegurança na determinação da infração e na constituição da base de cálculo (art. 18, II e IV, “a”, § 1º do RPAF/99), tendo-se em vista não ser possível atestar, de forma inequívoca, a veracidade dos dados contidos nos mesmos. Repito: por não ter sido tomada a adequada metodologia de gerar a (s) chave (s) no instante exato da apreensão, na presença de preposto do autuado, e por não ter o sujeito passivo presenciado as degravações.

Cabe ao Estado, na posição de quem acusa, comprovar que os dados coletados pertencem ao autuado, e isso só se faria adotando o procedimento correto, acima citado, fato que não ocorreu. Não se deve imputar ao acusado a responsabilidade de desconstituir uma prova que sequer foi trazida de forma pertinente ao processo (prova negativa). É importante deixar sublinhado que não se está a tratar de presunção, onde o ônus de provar resta invertido.

Conforme nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, no seu “*Curso de Direito Administrativo*” (2010:505), devem ser observados, em qualquer procedimento, os princípios da audiência do interessado e da ampla instrução probatória. O primeiro significa fornecer ao indivíduo, no caso, ao contribuinte, a oportunidade de se manifestar durante o desenrolar de todos os atos e seus incidentes. O segundo revela que, quanto ao administrado, deve ser observada a faculdade de fiscalizar amplamente a produção de provas, isto é, a de estar presente, se necessário, a fim de verificar se efetivamente foram efetuadas com correção e adequação técnica devidas. Acrescenta o autor, mencionando as prerrogativas de representação e assistência, que ao administrado deve ser concedido o direito de que perito de sua confiança assista à análise, ao exame e à averiguação levados a efeito pelos prepostos da Administração Pública.

Hugo de Brito Machado Segundo, em sua obra “*Processo Tributário*” (2009:152), assevera que, “*nesses casos, o exame do conteúdo dos disquetes e discos rígidos somente pode ser feito se oferecida ao contribuinte, ou a pessoa por ele indicada, a oportunidade de presenciá-lo. Os disquetes e discos rígidos devem ser apreendidos e de alguma forma lacrados, com a posterior abertura do lacre e exame de seu conteúdo ocorrendo sob as vistas do contribuinte, a fim de evitar divergências quanto às informações correspondentes*”.

O número chave acima citado é uma espécie de lacre, pois qualquer intervenção no equipamento / arquivo o modifica.

Para Paulo de Barros Carvalho, “*as reproduções depois feitas dos dados contidos nos computadores e disquetes são passíveis de alterações, às vezes profundas e radicais, dando ensejo a deturpações irreparáveis e a montagens que consubstanciam modificações substanciais da realidade. É óbvio que a apreensão de mercadorias nessas condições, suscetíveis a manipulações de toda ordem, não outorgam veracidade às conclusões que deles venham a ser*

extraídas" (A prova no processo administrativo tributário, parecer publicado na Revista Dialética de Direito Tributário número 34, SP: Dialética, julho de 1998, p. 113).

Mais uma vez, registro que não se coloca em questionamento a idoneidade e a intenção de bem servir daqueles que trabalharam na Operação Tesouro, embora as ações perpetradas tenham maculado o processo de uma série de vícios insanáveis.

O tipo penal do ilícito está capitulado no art. 2º, V, Lei Federal 8.137/1990. No que se refere ao lançamento tributário, tendo-se em vista o princípio da tipicidade cerrada, só pode ocorrer em conformidade com a legislação que o regula, e não se mostra legal a adoção de presunções pessoais com o fim de exigir ICMS ou qualquer tributo.

Fatos geradores só podem decorrer da realização de todas as situações previstas e tipificadas na norma de incidência, uma vez que as relações jurídicas devem pautar-se pelos critérios de segurança e certeza, sendo defesos os lançamentos tributários que não observem os direitos à ampla defesa e ao contraditório ou louvados em simples suposições, em virtude dos princípios da tipicidade cerrada e da legalidade.

Prejudicados os pedidos relativos às multas e as alegações de mérito.

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

VOTO DISCORDANTE

Em que pese à boa fundamentação apresentada pelo nobre Relator, discordo sobre o seu posicionamento quanto à nulidade pretendida, conforme fatos constantes do processo resumido.

De acordo com seqüência dos fatos ocorridos denota-se que:

1. Tendo identificado indícios de irregularidades com a utilização do sistema *Colibri* a administração fazendária solicitou autorização judicial para apreensão de equipamentos, tendo como parte o Ministério Público do Estado da Bahia e foi legalmente autorizado pelo Poder Judiciário, conforme documento à fl. 278 em que a Juíza de Direito Titular da Primeira Vara Criminal, que acompanhou sua execução;
2. Com a devida autorização judicial, O Departamento de Crimes Contra o Patrimônio (DCCP), por meio da Delegacia de Crimes Econômicos Contra a Administração Pública cumpriu o Mandado de Busca e Apreensão, mediante Auto de Exibição e Apreensão, cuja cópia foi juntada às fls. 263/264, no qual relacionou e identificou os bens apreendidos. Os computadores e documentos apreendidos por determinação judicial, devidamente identificados conforme documentos às fls. 265/271.
3. Os computadores apreendidos foram encaminhados para o Instituto de Criminalística Afrânio Peixoto, tendo sido periciados por Perito Criminal Oficial que expediu o Laudo Pericial ICAP 2007/026555-01, cujas cópias foram juntadas às fls. 1472/1481 do processo e entregues mediante recibo ao estabelecimento autuado. O Laudo Pericial nos computadores pertencentes ao estabelecimento autuado identificou que os HDs possuíam software "Versão Windows encontrada (6.0) [que] permite desativar o Emissor de Cupom Fiscal e registrar as respectivas operações comerciais";
4. Os dados degravados do HD, cujas cópias foram impressas e juntadas às fls. 79/89, inclusive por operação individualizada conforme documentos às fls. 89/260, foram entregues mediante recibo ao estabelecimento autuado. Comparado as receitas acumuladas registradas nos HDs com as registradas na contabilidade, restou comprovado que não correspondiam às receitas declaradas ao Fisco a exemplo do demonstrativo comparativo às fls. 11/14.
5. O impugnante recebeu cópia dos dados extraídos do HD do seu computador apreendido, cópia do Laudo Pericial que identificou sistema que possibilitava registrar dados de vendas com supressão de envio ao ECF, tendo a fiscalização feito levantamento dos dados registrados e não registrados na contabilidade, recebeu de volta seus computadores com os dados originais

mantidos, sendo, portanto, detentor dos equipamentos nos quais foram coletados os dados, documentos e livros fiscais. Ressalte-se que o autuado na sua defesa apontou inconsistências de parte dos dados levantados pela fiscalização (vide fls. 312/313), tendo o mesmo acatado em parte e refeito os demonstrativos originais (vide fls. 330/338).

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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **088299.0011/07-6**, lavrado contra **LUCIANA ÂNGELA DESIRÉE NAPRAVNIK**.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/VOTO DISCORDANTE

PAULO DANILÓ REIS LOPES – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR