

PROCESSO - A. I. Nº 088299.0011/07-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - LUCIANA ÂNGELA DESIRÉE NAPRAVNIK (YOKO)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0094-04/11
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 30/03/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

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.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 088299.0011/07-6, lavrado em 28/12/2007 para exigir ICMS no valor histórico de R\$107.145,68, acrescido da multa de 100% prevista no artigo 42, inciso IV, alínea “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.

Consta também que foram apreendidos computadores na denominada “*Operação Tesouro*”, cujos bancos de dados restaram degravados, obtendo-se o faturamento real. Que 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). Que foram 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), e que 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.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 285 a 320, pedindo o julgamento pela nulidade, ou pela improcedência do lançamento de ofício, pelas razões que expôs.

A informação fiscal foi prestada às fls. 328 a 331, na qual dentre outros pontos o Fisco apresentou nomes e conteúdos de novos demonstrativos e documentos juntados, solicitando a redução do valor lançado de R\$107.145,68 para R\$84.225,05, admitindo a procedência parcial do Auto de Infração.

Devidamente intimado, o impugnante se manifestou às fls. 1.446 a 1.459, pronunciando-se sobre a informação fiscal e também mantendo as alegações defensivas iniciais.

Às fls. 1.463 a 1.467, um dos autuantes esclareceu a apuração dos novos valores apresentados na informação fiscal.

Às fls. 1.471 a 1.481 foi colacionado Laudo Pericial datado de 09/05/2009.

Novamente intimado (fls. 1.482 a 1.484), o sujeito passivo se manifestou às fls. 1.486 a 1.490, asseverando que não recebera cópias, que requeria, com a reabertura de prazo de defesa, dos novos demonstrativos elaborados pelo Auditor fiscal, dentre outros aspectos informando desconhecer o Laudo Pericial.

Às fls. 1.492/1.493, um dos autuantes elaborou índice do processo aduzindo que às fls. 1.463 a 1.467 não juntara qualquer documento novo, apenas se referindo aos que já tinham sido anteriormente entregues ao impugnante (fl. 1.443), e mantendo os termos da informação fiscal.

O julgamento não unânime em primeira instância declarou nulo o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0094-04/11, às fls. 1497 a 1504. Em seus votos assim se expressam o digno Relator que emitiu o Voto Vencedor e o ilustre Julgador que emitiu Voto Discordante:

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 gravações 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 gravações, 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 procedimental 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 gravações.

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 degradados 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 3ª e 4ª 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.

A Junta recorreu de ofício da Decisão, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pelo 4ª Junta de Julgamento Fiscal.

Entendo merecer reparo a Decisão recorrida porquanto os fundamentos constantes no voto vencedor do julgamento realizado não ensejam a nulidade do lançamento de ofício.

Ademais ficou evidenciado, das manifestações do contribuinte acerca do lançamento de ofício, que o sujeito passivo entendeu a imputação, tendo recebido os demonstrativos atinentes à mesma, conforme seus recibos constantes nos autos, e exercido tempestiva e pontualmente seu direito de defesa, inclusive relatando o procedimento policial e o posterior procedimento fiscal, e em seguida pronunciando-se quanto ao mérito da imputação, neste processo. Ou seja, conforme dados de seu relato na impugnação ao lançamento de ofício apresentada nos autos, o contribuinte teve ciência dos fatos, internos e externos a esta Secretaria da Fazenda Pública Estadual, que levaram à lavratura do Auto de Infração objeto da lide.

Assinalo, para melhor compreensão dos fatos, que Disco rígido, ou disco duro, no Brasil comumente nomeado também de HD (abreviatura da expressão inglesa *hard disk*), "memória de massa", ou ainda de "memória secundária", é a parte do computador na qual são armazenados os dados que são utilizados nesse computador. O HD, ou disco rígido, é uma memória não-volátil do computador, ou seja, as informações contidas no HD não são perdidas quando essa máquina é desligada. Os dados inseridos no HD permanecem nele armazenados, para que se tenha um meio de executar novamente os programas que existem nesse computador, e para permitir que sejam utilizados os arquivos que contêm estes dados armazenados.

Registro, tal como está provado neste processo, que os microcomputadores do sujeito passivo foram apreendidos em obediência a ordem judicial, e a degravação foi realizada com cópia autenticada dos discos rígidos confeccionada por dois Peritos Criminais Oficiais, conforme documento constante dos autos deste processo administrativo fiscal.

Ressalto que assim, conforme explicitamente descrito nos recibos do contribuinte anexados aos autos deste processo, após a degravação o sujeito passivo voltou a ter a posse e guarda dos

arquivos existentes nos seus HDs (*Hard Disks*, ou discos rígidos) de seus microcomputadores; recebeu cópia de todos os arquivos degrevados e copiados pela Perícia Técnica a partir do exame pericial de seus HDs, bem como cópia dos demonstrativos do levantamento fiscal realizado na ação fiscal em foco, conforme já exposto neste voto, demonstrativos fiscais estes com base nos quais o Fisco relata que foi exigido ICMS sobre a diferença entre a receita total identificada nos HDs e o faturamento que foi oferecido à tributação.

Uma vez que o digno Relator de primeiro grau cita a degravação do HD do contribuinte, pela Perícia Técnica do Instituto de Criminalística Afrânio Peixoto - ICAP, órgão integrante do Departamento de Polícia Técnica – DPT da Secretaria de Segurança Pública – SSP deste Estado, como etapa que, a seu ver, estaria comprometida pela ausência do contribuinte no momento da degravação pela Perícia Técnica do mencionado ICAP-DPT, e que tal degravação assim realizada seria ato que o nobre Relator aduz que implicaria nulidade de procedimento fiscal posterior, com a devida vênia cumpre explicitar que, em primeiro lugar, quanto à realização do procedimento investigativo por dois Peritos Criminais que assinam o Laudo Pericial que emitem no âmbito da Secretaria de Segurança Pública, não cabe a este Conselho de Fazenda examinar a validade e/ou regularidade de tal procedimento pericial por outro órgão da Administração Pública estadual.

Obviamente se o contribuinte detinha, ou detenha, provas, indícios, ou lhe permaneçam dúvidas, quanto à possibilidade de ocorrência de quaisquer irregularidades e/ou fraudes quando da degravação de seu HD pela Perícia Técnica do Instituto de Criminalística Afrânio Peixoto – ICAP-DPT-SSP, cabia-lhe e cabe-lhe a Decisão quanto ao acionamento, ou não, da máquina judicial, sendo absolutamente descabidas quaisquer alegações a este respeito neste processo administrativo fiscal, conforme já discutido nesta sessão de julgamento em segunda instância administrativa.

Caso o contribuinte deseje contestar a regularidade do procedimento de degravação de seu HD, terá na área judicial o campo próprio de atuação.

Em segundo lugar, cumpre esclarecer o que seja a dita degravação, para evitar especulações inócuas quanto a este vocábulo. A palavra “degravação” significa tão-somente o ato de peritos técnicos copiarem arquivos, que estejam gravados em um meio físico, para outro meio físico. No caso em foco, tão-somente copiarem arquivos gravados em um disco rígido de computador para uma simples mídia CD (*compact disk*, ou disco compacto). É algo bem diferente da palavra “desgravação”, porque “desgravar” seria apagar no todo, ou em parte, e “degravar” significa apenas “copiar”.

Assim, ainda que o impugnante não tenha presenciado a degravação (procedimento da perícia técnica) de seus HDs, uma vez que é o detentor tanto dos HDs, quanto das cópias com os dados dos demonstrativos periciais e os dados dos demonstrativos fiscais que lastreiam a imputação, quanto a todos estes dados tem condição de pronunciar-se.

Por tudo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para declarar a NULIDADE da Decisão recorrida, retornando-se os autos à Primeira Instância para sejam determinadas as providências saneadoras que porventura os dignos Julgadores considerem necessárias para a apreciação da lide.

VOTO EM SEPARADO

Peço vênia para discordar do voto da nobre Relatora deste PAF, exclusivamente quanto aos fundamentos.

Primeiramente, reportando-me à decisão de piso, vejo que os julgadores de primo grau decidiram pela nulidade do Auto de Infração com fundamento em supostas falhas na operação policial denominada “*Operação Tesouro*”.

Ocorre que no processo administrativo fiscal, não é dado aos seus julgadores, quer de primeira, quer de segunda instância, a apreciação de matérias ou eventos que extrapolem a seara fiscal, ou que extrapolem os elementos juntados aos autos, lógico. Ou seja, não pode o julgador de um PAF analisar, discutir e muito menos decidir com fundamentos estranhos às matérias estritamente fiscais e presentes ao processo. No caso em tela, o que se vê é que a Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela nulidade do Auto de Infração em comento com o fundamento de que não foi permitido ao autuado acompanhar as “degravações” dos “HD’s” apreendidos na “**operação Tesouro**” – **operação policial**, o que implicaria em cerceamento do direito ao contraditório e à ampla defesa.

Sendo muito simplório e sem analisar qualquer questão atinente à referida operação policial, pela mais absoluta incompetência, entendo que a decisão recorrida é efetivamente NULA, entretanto, o único fundamento que pode sustentar esta decisão é o fato de que não poderia a Junta de Julgamento Fiscal, jamais, decidir com base em eventos ocorridos em uma operação policial, que em nada se assemelha ou se confunde com uma fiscalização. Por isso mesmo, entendo que não pode esta Câmara de Julgamento Fiscal incluir nos fundamentos da sua decisão qualquer outro motivo, elemento ou consideração que vá além da nulidade apontada, muito menos, pode esta 2ª Câmara avançar em qualquer matéria trazida pelo Auto de Infração em tela, dado que se assim o fizer, estará a suprimir instância de julgamento.

Ex positis, VOTO pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, declarando NULA a Decisão recorrida, devendo, pois, retornar os autos à Primeira Instância de Julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e declarar NULA a Decisão recorrida relativo ao Auto de Infração nº 088299.0011/07-6, lavrado contra **LUCIANA ÂNGELA DESIRÉE NAPRAVNIK (YOKO)**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para serem adotadas as providências saneadoras apontadas e, somente após, submeter o feito a novo julgamento pela JF.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de março de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – VOTO EM SEPARADO

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS