

tica de ilícito tributário, de que resulta que a elcs também deverá ser assegurada ampla defesa.

Quanto à primeira, pôde ela apresentar defesa de primeira instância, mas não o recurso, porque não notificada da decisão de primeiro grau.

Quanto à segunda, o processo corre com seu completo desconhecimento, eis que sequer ciente da lavratura do auto ficou.

Em razão do exposto, declaro nula a decisão de primeira instância, para que seja aberta a oportunidade para a pessoa física pronunciar-se com relação à imputação que lhe é feita.

Daf por diante todos os envolvidos deverão estar cientes das decisões e do andamento do processo, para que possam exercer o direito de defesa que constitucionalmente têm.

Salas das Sessões, em 27 de novembro de 1992.

a) Sérgio Mazzoni, Relator.

**RESUMO DA DECISÃO:** recurso ordinário. Anulada a decisão de primeira instância. Decisão unânime. 2ª Câmara Especial. Proc. DRT-1 n. 36897/88.

## EMENTAS

**5421 — PADARIA —** Levantamento fiscal específico — Não comprovada pelo contribuinte a alegada doação de pães amanhhecidos a entidades beneficentes — Fator não considerado no lucro bruto, tampouco declarado — Negado provimento ao recurso nesta parte — Decisão unânime.

Não vejo em que assista razão à recorrente, pois trata-se de levantamento fiscal específico de padaria efetuado dentro dos parâmetros indicados pela legislação e endossado pelo entendimento do Tribunal de Impostos e Taxas. O critério da proporcionalidade tem sido admitido e a quebra já é fator implicitamente acolhido no levantamento. Demais, "in casu", não fez a recorrente qualquer prova no sentido de que os pães adormecidos foram realmente doados a entidades beneficentes; e se o tivesse feito por certo que teria sido considerado no lucro bruto ou declarado, o que importaria imposição a menor, obviamente. Também, os ingredientes estão aferidos dentro do critério adotado pela fiscalização, sendo certo, outrossim, que as atividades secundárias a que alude a defesa foram consideradas segundo o fator custo, igualmente placitado pelo TIT. Aliás, a informação prestada a fls. pela fiscalização se ajusta

perfeitamente ao adotado pelo Colegiado, em mais de um decisório, e até pelo entendimento pretoriano. Assim, em face de todo o exposto, hei de manter íntegro o auto no que tange ao item 1.1, tudo na conformidade do decidido pela instância do primeiro grau.

Proc. DRT-11 n. 3864/91, julgado em sessão da 1ª Câmara de 20.10.92 — Rel. José Manoel da Silva.

**5422 — CAPITULAÇÃO INFRA-CIONAL INCORRETA —** Autuação por vício ou adulteração de livro fiscal, quando a ocorrência foi de falta de pagamento do imposto por valores lançados a menor — Anulado o processo "ab initio", procedendo-se à correção do lançamento com seus consectários — Decisão unânime.

Inobstante a conformação da parte quanto ao fato captado pelo fisco, e admitido pela parte, de ofício se há de reconhecer o equívoco contido no lançamento. O que fez o contribuinte, e com isso desafeiçou-se à lei, foi lançar no livro fiscal valores menores que os contidos nas notas fiscais emitidas, e não adulterado ou viciado em si. Não há rasuras, substituição de folhas ou outras fraudes atinentes ao livro ou sua escrituração. A modalidade infracional confessada implica falta de pagamento do imposto, capitulada, à época do fato, no art. 492, inc. I, alínea "a", cuja penalidade era de 100% do valor do imposto, e não 50% do valor da operação, como considerou o fisco. O erro na determinação da dosimetria penal traz implicações várias e carece ser corrigido. Noto, outrossim, que, aparentemente, não se fez a representação sobre crime de sonegação fiscal, como previsto na Lei n. 4.729/65 e art. 496 do Regulamento aprovado pelo Dec. n. 17.727/91. Voto no sentido de anular-se o processo "ab initio" procedendo-se à correção do lançamento com seus consectários.

Proc. DRT-1 n. 6295/91, julgado em sessão da 2ª Câmara de 21.1.93 — Rel. Adermir Ramos da Silva.

**5423 — MÁQUINA REGISTRADORA —** Utilização sem a devida autorização do fisco para concessão de regime especial — Negado provimento ao recurso nesta parte — Decisão unânime.

A acusação estampada na primeira parte do AIIM, embora em princípio pudessem sugerir que se revista de natureza meramente regulamentar, portanto, favorecida pela anista da Lei n. 7.646/91, entendendo estar atrelada à apuração do tributo decorrente do incorreto uso do controle das saídas de mercadorias. Com

efeito, não se pode ignorar que a autorização de uso de máquina registradora em estabelecimentos de auto-serviço, de forma especial em supermercados, pressupõe a concessão de regime especial para que sejam identificadas as operações que não devam ser alcançadas pela tributação. É um processo que exige algum estudo, visando à perfeita definição das regras que deverão ser observadas, com o objetivo de se fazer a apuração do ICMS devido. O contribuinte, em casos semelhantes, só tem dois caminhos a seguir: ou adota as normas gerais do Regulamento do ICMS, emitindo notas fiscais para operações tributadas e não tributadas, ou pleiteia um tratamento especial para controle de todas as saídas por máquinas registradoras, com o consequente regime especial, para excluir das operações diárias as saídas não sujeitas a tributação. Não há como admitir-se que o regime especial seja adotado sem oitiva do fisco, nas condições operadas pela recorrente.

Proc. DRT-11 n. 3641/91, julgado em sessão da 3ª Câmara de 11.2.93 — Rel. Albino Cassiolatto.

**5424 — FALTA DE ESTORNO DE ICM —** Creditado, por empresa fornecedora de refeições coletivas, nas entradas de mercadorias, posteriormente fornecidas como alimento a seus próprios funcionários — Desprovido o recurso — Decisão unânime.

Quanto ao mérito, verifica-se que toda a prova dos autos, inclusive as alegações da própria parte, deixam bem claro que os funcionários dessa empresa consomem alimentos no local em que atuam como mão-de-obra na sua preparação para venda. Embora a recorrente tenha tentado minimizar esse evento, com afirmação de que somente fornece aos seus funcionários as sobras, as quais normalmente seriam eliminadas, o que não se mostra razoável, na medida em que tais saídas correspondem a mais de 10% das refeições vendidas, é irrefutável que os funcionários da autuada consomem alimentos no local em que trabalham, pois tal fato é admitido, expressamente, pela própria recorrente. Se as operações em questão estariam, realmente, incluídas em contrato celebrado com a empresa destinatária, competia à recorrente isto comprovar e de forma absolutamente categórica. E essa prova não foi produzida. O fornecimento de alimentos a empregados, por sua vez, é fato gerador do ICM. Contudo, tal operação está isenta do imposto, a teor do art. 5º, inc. XXXIV, letra "a" do RICM. E havendo saída não tributada, é evidente que devem