

PROCESSO - A.I. Nº 09344837/04
RECORRENTE - J.J.L. AUTOMAÇÃO COMERCIAL E SERVIÇOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JJF nº 0014/05-06
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 02/05/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0147-11/06

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Existência de vício insanável em razão de inobservância do devido processo legal, inquina de nulidade o Auto de Infração. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão da 5ª JJF, que, em Decisão unânime, julgou o presente Auto de Infração Procedente – Acórdão JJF n.º 0014/05-06 – lavrado contra a empresa credenciada, para cobrar multa no valor de R\$4.600,00, por ter sido constatado o uso de ECF em desacordo com a legislação (lacre com folga).

Segundo informou o autuante, a ação fiscal teve início em 16/9/2004 com a lavratura do Termo de Apreensão nº 122132 no estabelecimento da empresa Supercia Com. de Alimentos Ltda., sendo apreendido o equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) Yanco 6000-Plus com fabricação nº 520455, para posterior vistoria por técnico da GEAFI da Sefaz/BA e técnico representante da Yanco, fabricante do ECF apreendido. A vistoria ocorreu em 23/9/2004 contando com o comparecimento do representante do contribuinte.

Nesta vistoria foram constadas as seguintes irregularidades no ECF, conforme Relatório de Vistoria e Laudo Técnico (fls. 4 e 7):

1. lacre com folga no fio de aço;
2. sem que a tampa do visor do usuário e do consumidor estivessem soldados ao gabinete superior;
3. uso de programa de processamento de dados que possibilita efetuar, na escrita fiscal, lançamentos de dados divergentes dos registrados em documentos fiscais;
4. equipamento com a resina de fixação do dispositivo de armazenamento de dados da memória Fiscal violada ou adulterada.

Também foi dito pelo autuante que a alegação defensiva de que os lacres poderiam apresentar folga ao longo do tempo era incabível, pois uma lacração feita de forma correta não permite que haja folga posterior, por maior que seja o intervalo de tempo, a menos que seja por violação dos lacres, o que não foi constatado na vistoria do ECF. Qualquer ação de violação deixaria marcas neles e a vistoria feita por técnicos especializados indicaria prontamente. Ao contrário, as folgas apresentadas são aquelas que permitem ações fraudulentas no interior do ECF.

A vistoria havia sido realizada por técnico da Secretaria da Fazenda, Sr. Ednilton Meireles de Oliveira Santos, e por técnico representante e credenciado da Yanco, Sr. Elias Lima dos Santos.

O Auto de Infração foi baixado em diligência à GEAFI, em 22/8/2005, para que fossem respondidas as seguintes perguntas (fl. 50):

1. as irregularidades constatadas, tecnicamente, podem, sem qualquer dúvida, permitir o uso irregular do equipamento a ponto de haver sido constatada a multa aplicada (art. 42, XIII-A, “c”, da Lei nº 7.014/96)?

2. estas irregularidades somente poderiam ter sido permitidas, sem qualquer dúvida, pelo credenciado, no caso, o autuado?

Respondendo ao questionamento feito por esta JJF, o técnico desta Secretaria da Fazenda, Sr. Ednilton Meireles disse (fl. 57):

1. quanto ao primeiro quesito: o simples fato da vistoria indicar que o arame do lacre estava com folga não permitia afirmar, sem qualquer dúvida, que este motivo, por si só, permitiria o uso irregular do ECF e que as irregularidades de hardware encontradas no equipamento foram realizadas em razão dos lacres instalados.
2. para a segunda questão a resposta era não.

A relatora da Decisão recorrida esclareceu que a empresa credenciada para intervir no equipamento ECF irregular é o autuado e que, como dito pelo autuante, uma lacração corretamente realizada não permite folga ao longo do tempo, a menos que haja violação nos mesmos, sendo que esta violação não foi constatada. Como os lacres eram aqueles de números 0436133, 0436134 e 0436135, colocados pelo autuado, concluiu que a folga existia desde a intervenção feita por ele, e que tanto a folga quanto a falta de solda no visor podem permitir o acesso ao interior do ECF sem haver o rompimento dos lacres e, conseqüentemente, adulterar a memória fiscal.

O Auto de Infração foi julgado procedente porque a penalidade aplicada é a prevista no art. 42, XIII-A, “c”, 1, da Lei n.º 7.014/96, que impõe a multa de R\$4.600,00 ao credenciado a intervir em equipamento de controle fiscal que o lacrar ou propiciar o seu uso em desacordo com a legislação.

No seu Recurso Voluntário, o recorrente alegou que a intervenção técnica no equipamento foi feita no estabelecimento do cliente, lhe impossibilitando saber se os lacres estavam folgados, e que, se a resina da memória fiscal não é a original, somente técnico da YANCO poderia provar e em qual período foi feito serviço na mesma que alterou a resina e o checksum.

Questionou a possibilidade de se remover a resina da memória fiscal, alterar o checksum, colocar nova resina, reprogramar o equipamento para tirar novas leituras, devido ao tempo necessário para tal serviço, quando este foi executado no estabelecimento do cliente, sem que este tomasse conhecimento do que se estava fazendo com o seu equipamento, além da necessidade de um “apagador de EPROM” e um “gravador de EPROM”.

Pediu a nulidade do Auto de Infração.

O representante do PGE/PROFIS opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Neste processo o recorrente é acusado de ter efetuado intervenção em ECF-MR da marca YANCO 6000-PLUS n.º de fabricação 00520455 de propriedade de SUPERCIA COM. DE ALIMENTOS LTDA., em desconformidade com as exigências legais tendo em vista a constatação da existência de lacres com folga, fato tipificado como violação à legislação de regência, sendo, em conseqüência, aplicada a multa prevista no art. 42, III-A, “c” item 1 da Lei n.º 7.014/96.

Este colegiado tem firmado jurisprudência no sentido de que deve ser imputada ao credenciado a intervir no Equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF, a responsabilidade pela infração, em caso de constatação de equipamento com lacre folgado, que possibilite a alteração dos registros da memória fiscal. Isto porque, as condições técnicas de segurança dos lacres fornecidos pela SEFAZ aos credenciados, impedem que terceiros possam folgá-lo sem que haja o seu rompimento.

Todavia, mesmo estando o fisco autorizado a imputar a responsabilidade ao credenciado em havendo a constatação do fato acima descrito, é necessário, sob pena de nulidade do Auto de Infração, que seja obedecido o devido processo legal.

O recorrente vem argüindo a nulidade do procedimento fiscal por cerceamento ao seu direito de defesa, tendo em vista que todo procedimento de verificação das irregularidades constantes do equipamento emissor de cupom fiscal, inclusive a vistoria, foi desenvolvido à sua revelia.

De fato, compulsando os autos do presente processo, constatei que o mesmo está eivado de vícios que o inquinam de nulidade. Em que pese o louvável esforço do órgão julgador a quo, na tentativa de saneamento do PAF, constato que persiste a mácula que inibiu a ampla defesa e o contraditório. O recorrente foi surpreendido com procedimento fiscal instaurado contra si sem que tivesse sido comunicado formalmente. Não consta nos autos do processo nenhuma intimação ao recorrente para acompanhar os procedimentos de vistoria do equipamento apreendido. A ausência dessa providência não poderá ser suprida por nenhuma outra a posteriori, nem por intimação ao usuário do equipamento quando não seja o próprio, responsabilizado pelas irregularidades por ventura detectadas. As fls. 08 dos autos, consta intimação expedida ao contribuinte usuário do ECF para fins de acompanhamento da vistoria do equipamento. Tal fato, entretanto, não desobrigaria o fisco do seu dever de notificar também a empresa credenciada, responsável pela lacração do equipamento.

Ademais, a autoridade fiscal autora do feito, em uma das suas intervenções no processo afirma que a empresa usuária do ECF também foi autuada. É de se perquirir qual teria sido os fundamentos dessa nova exigência fiscal: os mesmos que serviram de base para a que ora se discute? Se positivo, estar-se-ia frente a uma situação de dupla penalização sobre um mesmo fato, o que revela uma exigência carente de respaldo legal.

O que mais impressiona neste processo é desprezo pelos aspectos formais do procedimento de formação e preparo do Auto de Infração, seja pela ausência de fornecimento ao autuado, das peças que embasaram o procedimento fiscal no momento da lavratura do auto, seja nas intimações posteriores por determinação do órgão julgador para saneamento dos vícios apontados. Sem embargo, não se nota a menor preocupação com as garantias constitucionais mínimas do cidadão contribuinte. Procedimento dessa natureza não pode passar incólume. Não se pode perder de vista que as garantias conferidas ao crédito tributário e a presunção de legitimidade da atuação do fisco, tem como corolário, o estrito limite da legalidade e o respeito ao direito do administrado.

Por tudo quanto exposto, considero que razão assiste ao recorrente quando argúi a nulidade do procedimento fiscal. De fato, entendo existir nos autos elementos suficientes para decretação da nulidade do lançamento de ofício, por inobservância do devido processo legal, razão pela qual dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 09344837/04, lavrado contra **J.J.L. AUTOMAÇÃO COMERCIAL E SERVIÇOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de abril de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS