

essa por unanimidade, com divergência apenas no voto do Dr. Scartezini, quanto ao alcance da anulação dos atos processuais. Das retificações, resultaram valores maiores das penalidades. Efetuadas as retificações preconizadas, voltaram os processos a julgamento, em 7.10.81, que concluiu pelo desprovisionamento dos respectivos recursos.

8. Embora notificada, a autuada não ofereceu contra-razões.

VOTO

Por estar evidenciada a divergência de critério de julgamento e presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso e aprecio, a seguir, quanto ao mérito.

Ousadamente, nesse particular, porém, com o máximo respeito e a devida vênia, permito-me discordar do preclaro Dr. Antônio Pinto da Silva, que lidera a corrente que tem como certa a tese adotada pela decisão revisanda, sobre a coincidência que, segundo aquele ilustrado Juiz, deve existir, dos termos iniciais de incidência da correção monetária aplicável sobre o valor básico para cálculo da penalidade sobre a importância indevidamente creditada, exigida na peça acusatória vestibular.

Pacífica é, nestas Colendas Câmaras e na Administração desta Secretaria, a orientação de que a atualização do valor básico da multa deve ocorrer a partir do mesmo mês a partir do qual é feita a atualização do imposto, quando a infração for a de falta de seu pagamento.

Nesse caso, como se disse, a infração é a própria falta de pagamento do imposto, e, se não houver a identidade do termo inicial para a atualização monetária daquelas parcelas, fatalmente teremos uma distorção do que prescreve o texto legal.

Vale recordar, nesse passo, o que estabelecia o então Regulamento do ICM, em seu item 2, do § 5.º, do art. 554, hoje item 3, do § 5.º, do art. 558:

“§ 5.º — Para efeito do disposto no § 8.º, do artigo 491, utilizar-se-ão os coeficientes estabelecidos nos termos do parágrafo anterior, na seguinte conformidade:

2 — a atualização dos valores far-se-á a partir do mês seguinte àquele em que foi praticada a infração;” (g.m.)

Ora, se a infração é a “falta de pagamento do imposto”, nada mais correto, e em consonância com o texto legal, que haja a perfeita identidade dos termos ini-

ciais de atualização daquelas parcelas, o valor básico para cálculo da multa e o valor do imposto não recolhido, que é o centro da infração.

Diversamente, entretanto, com a devida permissão, ocorre com o crédito indevido, como é o caso destes autos.

Nesse caso, a infração é o creditar-se de determinada importância em hipótese que a legislação impõe sua vedação. A prática da infração se consuma exatamente no momento em que tal importância é escriturada no livro fiscal próprio. Independe, portanto, de que disso resulte falta de pagamento do imposto. Este fato tornar-se-á relevante para se atualizar o valor da importância indevidamente creditada, que a legislação determina seja exigida do contribuinte. Tal exigência nada mais é do que a exclusão de determinada importância do livro fiscal, ou melhor, da escrita fiscal do estabelecimento e que ali está como um elemento estranho e, porque tal, deve dela ser banida, para que se torne límpida a escrituração fiscal.

De um crédito indevido pode ou não advir, imediatamente, falta de pagamento de imposto, porém, com ela não se confunde. Se o recolhimento da importância indevidamente creditada der-se antes que dela tenha resultado falta de pagamento do imposto, é natural que nenhuma atualização monetária tenha lugar, já que, como se viu, está ocorrendo um mero estorno, está-se fazendo um saneamento na escrituração fiscal do estabelecimento. Está ela ficando isenta de vício. Entretanto, se se constatar que, se não houvesse aquele crédito indevido, teria ocorrido saldo devedor do imposto, é natural que, do período em que se constatar falta de pagamento do imposto, ou seja, quando se apurar que teria surgido o saldo devedor no respectivo livro de apuração do estabelecimento, até a data do recolhimento da importância indevidamente creditada, ou seja, a exclusão, o estorno daquele elemento estranho na escrita fiscal do estabelecimento, deva ser feita a atualização monetária da parcela do imposto que teria surgido como passível de recolhimento e não o foi. Neste caso há um real prejuízo para o Erário, enquanto, não tendo resultado falta de pagamento do tributo, configurando-se, portanto, mera exclusão daquela importância da escrita fiscal, não chegou a existir um prejuízo, razão pela qual o descabimento da correção monetária.

Fácil é concluir-se, com efeito, que no crédito indevido a infração nada tem a ver com a falta do pagamento do imposto.

Convém lembrar que um dos objetivos do legislador, ao instituir a obrigatoriedade de atualização do valor básico

para o cálculo da respectiva penalidade, foi o de punir, igualmente, as mesmas infrações. Tal objetivo veria-se frustrado se vencedora se tornasse a tese contida na decisão revisanda, e que ora remanesce em discussão nestes autos. Senão vejamos: se dois estabelecimentos lançam em sua escrita fiscal, como crédito, indevidamente, determinada importância, exemplificando, poder-se-á ter: um deles, já no período em que lançou o crédito indevido, apurou um saldo devedor de imposto no livro próprio de apuração, enquanto o outro sempre manteve um saldo credor em importância superior à indevidamente creditada. Vê-se que no primeiro caso houve falta de pagamento do imposto desde o período do lançamento do crédito indevido e no segundo não foi constatada falta de pagamento do tributo. Um ano após, ambos os estabelecimentos sofreram a lavratura do auto de infração por crédito indevido. A prevalecer a tese adotada na decisão revisanda, teríamos duas multas diferentes punindo a mesma infração, e de valores idênticos. Onde está a justiça pretendida pela legislação? A falta de pagamento do imposto verificada em relação a um dos contribuintes é mera consequência e não a infração em si. A infração, em ambos os casos, é a de ter havido o lançamento de determinada importância, vedada pela legislação, como crédito do ICM. Aliás, a peça acusatória atesta o que aqui se afirma, quando aponta “creditou-se indevidamente no Registro de Apuração do ICM”. Não diz aquele ato vestibular que o contribuinte “deixou de pagar o devido imposto”.

Assim, se a infração se vê consumada com a escrituração indevida de determinada importância, é a partir do mês seguinte ao dessa escrituração que deve ser corrigido o valor básico da penalidade.

De todo o exposto e por tudo o mais que dos autos consta, entendo que a melhor tese está consubstanciada no pedido de revisão interposto pela d. Representação Fiscal, entretanto, dela discordo quanto à necessidade de anulação da respeitável decisão de primeira instância, com a devida permissão. Com efeito, voto pelo provimento parcial do recurso, para que se fixe o valor da multa em Cr\$ 1.525.510,00, adotado o coeficiente de atualização vigente no mês da lavratura do auto de infração, sem prejuízo da reposição da importância indevidamente creditada, ressalvada a aplicação do disposto no § 6.º do art. 514, do Regulamento do ICM, aprovado pelo Dec. n. 17.727, de 25 de setembro de 1981.

Sala das Sessões, em 5 de dezembro de 1983.

a) Odair Paiva, Relator.