

PROCESSO - A. I. Nº 02674628/92
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CINTRA & CIA. LTDA. (OLHEPREÇO)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS - Acórdão 2ª JJJ nº 0087-02/07
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 09/07/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0210-11/08

EMENTA: ICMS. REDUÇÃO DE MULTA. Representação proposta com base no artigo 119, II, § 1º c/c artigo 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a fim de que seja reduzido o percentual de multa indicado para as infrações 2 e 3. Em relação à infração 2, a multa de 70% indicada pelo autuante é aquela prevista na Lei nº 4.825/89 para os fatos narrados no lançamento. Quanto à infração 3, a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, pela nulidade do lançamento, tornou-se definitiva, não havendo que se falar em retificação de multa. Representação NÃO ACOLHIDA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação promovida pela PGE/PROFIS e encaminhada a este CONSEF, motivada pela Gerência de Cobrança (GECOB) em ocasião anterior precedente à inscrição em Dívida Ativa, através da qual solicita a alteração do percentual de multa, de 70% para 50%, referente aos itens 2 a 5 do Auto de Infração, nas quais se exige o ICMS em razão da falta de recolhimento decorrente de operação tributada declarada como não tributada, nos termos do artigo 61, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 4.825/89 – com a redação vigente à época dos fatos geradores.

Os requisitos autorizadores desta promoção, aduzem as ilustres procuradoras Dras. Ana Carolina Moreira e Leila Von Sohsten Ramalho, nos termos do art. 31-A, inciso I da Lei nº 8207/2002, com redação introduzida pela Lei Complementar nº 19/03, atribuem à PGE/PROFIS a competência para opinar no processo administrativo fiscal, procedendo ao controle da legalidade inclusive com vistas à inscrição na dívida ativa estadual. É que, ato contínuo, o art. 119, § 1º, do COTEB dispõe claramente que a PGE, por intermédio da Procuradoria Fiscal, representará ao CONSEF para apreciação de vício insanável ou ilegalidade flagrante em Auto de Infração, não autorizando ou cancelando, se já efetuada, a inscrição em dívida ativa.

Adentrando ao mérito, opinam que o autuado faz jus à redução da multa em comento, dado que os fatos geradores tiveram lugar nos anos de 1990/1992, e a legislação aplicável à espécie era a Lei nº 4825/89, a qual em seu art. 61, inciso II, alínea “a”, estipulava a multa de 50% para os casos de registro de operações ou prestações tributadas como não tributadas.

Apóiam seu opinativo citando o art. 144 do CTN o qual preceitua que a determinação do crédito tributário seja o montante do tributo devido, a identificação do sujeito passivo e se for o caso, a propositura da aplicação da penalidade cabível, se reportam à data da ocorrência do fato gerador da obrigação.

Disto tudo se deflui, seguem opinando as ilustres procuradoras, que o contribuinte de fato faz jus à alteração do percentual lançado a título de multa pelo não recolhimento do imposto, devendo ser removida a mácula da autuação fiscal, neste particular, e alterado o valor do débito remanescente em bases adequadas ao quanto ora expresso.

Despacho exarado às fl. 220 dos autos, pelo ilustre Procurador Assistente da PGE/PROFIS Dr. José Augusto Martins Júnior, em face do art. 46, II, da Lei nº 8.207/2002, acompanha os fundamentos expressos no opinativo de fls. 216/210 dos autos, acolhendo a efetiva interposição de Representação ao CONSEF, com o intuito de ver retificada a multa em testilha, reduzindo-a de 70% para 50%, conforme preconiza o art. 61, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 4825/89.

VOTO

Inicialmente, verifico que o presente lançamento de ofício foi lavrado em 30/10/92 e contém apenas três infrações.

Na infração 1, que não é objeto da Representação apresentada pela PGE/PROFIS, foi lançado o imposto estadual porque o contribuinte “*recolheu a menor o ICMS devido no valor de Cr\$33,97*”.

Na infração 2, foi exigido o ICMS em razão da “*omissão de saída de mercadorias tributáveis através de Máquinas Registradoras usando o artifício da redução da Base de Cálculo através de entradas de mercadorias ISENTAS com Notas Fiscais E/I sem o devido comprovante de pagamento com ICMS a recolher de Cr\$649.695,78*

Na infração 3, foi lançado o ICMS por “*diferença a recolher pelo Ajuste Final em Máquina Registradora, tudo conforme demonstrativo anexo, no valor de Cr\$221.111,55*”.

Como as infrações 2 e 3 se desdobraram em quatro fatos geradores (28/02/90, 30/06/090, 31/08/90 e 30/09/90, para a infração 2 e 31/03/92, para a infração 3) e existem apenas três infrações no presente lançamento de ofício, concluo que a Representação da PGE/PROFIS foi dirigida às infrações 2 e 3 do Auto de Infração, consubstanciadas pelos itens 2 a 5 do demonstrativo de débito do lançamento de ofício.

Acontece que, na infração 2, o preposto fiscal lançou o imposto estadual, após a realização de roteiro de auditoria desenvolvido nas máquinas registradoras utilizadas pelo contribuinte, detectando a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias não oferecidas pelo autuado à tributação, já que houve a constatação de emissão de notas fiscais de entradas de mercadorias supostamente isentas, mas sem a comprovação de seu pagamento, o que importa dizer que tais operações nunca se materializaram no mundo real. Nesta situação, a Lei nº 4.825/89 (vigente à época dos fatos geradores) previa a aplicação da multa de 70%, e não de 50%, como indicado Pela PGE/PROFIS, conforme transcrito a seguir:

Art. 61 - Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

IV -70% (setenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

a) que não tenha sido debitado no livro próprio, sendo apurado por meio de levantamento fiscal;

Em relação à infração 3, foi exigido o ICMS após a realização, pelo agente fiscal, de um roteiro denominado “Ajuste Anual de Máquinas Registradoras”, o qual era previsto à época para as empresas que utilizavam tais equipamentos para dar saída às mercadorias revendidas. Nessa situação, ficou constatado, no desenvolvimento do roteiro fiscal, que o método usado pelo autuado para efetuar o ajuste encontrava-se em desconformidade com a legislação. Neste caso, a multa indicada, de 70%, está correta, pois se subsume à situação prevista no artigo 61, inciso IV, alínea “a”, da Lei nº 4.825/89, como abaixo transcrito:

Art. 61 - Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

IV -70% (setenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

a) que não tenha sido debitado no livro próprio, sendo apurado por meio de levantamento fiscal;

Não obstante o que foi relatado acima, verifico, em relação à infração 3, o seguinte:

1. o item foi julgado NULO pela 5^a Junta de Julgamento Fiscal, consoante o Acórdão JJF nº 1569/99, acostado às fls. 141 a 143 dos autos, porque o órgão julgador entendeu que

“VOTO

(...)

Todavia, em relação ao ajuste anual de máquina registradora, (item 3), verifica-se que o autuante cometeu diversos equívocos, conforme ressaltado pelo primeiro diligente e, além disso, realizou o levantamento fiscal em desacordo com as regras da Instrução Normativa nº 78/85.

O segundo diligente opina pela correção dos números apresentados pelo autuante, mas comete um erro grave em sua avaliação. Ele afirma que conferiu os levantamentos anexados pelo autuante, às fls. 05, em confronto com os do autuado, às fls. 06 a 08, (...) chegando à conclusão que deve prevalecer os do autuante, em virtude dos erros constantes nos do autuado. Observe-se, todavia, que ele está se referindo aos levantamentos realizados apenas pelo autuante, porque o autuado não apresentou nenhum demonstrativo. Mais uma vez, comprova-se que o ajuste anual de máquina registradora foi efetuado pelo autuante com erros que não permitem concluir pela certeza do débito. Por essa razão, considero que esse item deve ser declarado nulo para que possa ser refeito livre de equívocos, a teor do artigo 427, inciso II do RICMS aprovado pelo Decreto nº 2.460/89.”

2. a 1^a Câmara de Julgamento Fiscal, ao apreciar os Recursos Voluntário e de Ofício interpostos, decidiu pela nulidade da Decisão recorrida, no que concerne à infração 3, por entender que os equívocos cometidos pelo autuante eram passíveis de correção (Acórdão CJF nº 1792/00 – fls 169 a 173);
3. em retorno à Primeira Instância, o PAF foi convertido em diligência (fl. 178) para que fiscal estranho ao feito refizesse o levantamento de ajuste de máquina registradora, ajustando o trabalho aos mandamentos da Instrução Normativa nº 78/85. Como a diligência não pôde ser cumprida, já que o autuado não apresentou os documentos e livros fiscais e contábeis necessários à realização da tarefa, a 2^a Junta de Julgamento Fiscal proferiu o julgamento pela NULIDADE da infração 3, aduzindo o seguinte:

“VOTO

(...)

A situação é esta: o Auto de Infração foi lavrado em 30/10/1992. Agora, passados quase 15 anos, chegam os autos às minhas mãos para julgamento, com valores imprecisos, sem possibilidade de correção.

É ocioso dizer que o lançamento tributário é ato administrativo. Sendo assim, o contribuinte não tem culpa no que concerne aos erros do lançamento. Nos termos do art. 142 do CTN, compete privativamente à autoridade administrativa “constituir” o crédito tributário mediante o lançamento, verificando a ocorrência do fato tributável, identificando o sujeito passivo da obrigação, calculando o valor correspondente. Ou seja, a responsabilidade pelo lançamento é inteiramente do fisco. Se a fiscalização não atua com o devido esmero para a perfeição da constituição do crédito, é o Estado que deve arcar com o prejuízo pela improficiência de seus prepostos.

Poder-se-ia dizer que o contribuinte seria obrigado a guardar os documentos para exibição ao fisco enquanto o processo estivesse pendente. Nesse sentido, observo que o atual Regulamento, que é de 1997, prevê, no art. 144, que os livros e documentos fiscais devem ser conservados, no mínimo, pelo prazo decadencial, e, quando relativos a operações ou prestações objeto de processo pendente, até sua Decisão definitiva, ainda que esta venha a ser proferida após aquele prazo.

No entanto, esta é a previsão contida no atual Regulamento. O Regulamento em vigor à época dos fatos em discussão nestes autos, aprovado pelo Decreto nº 2.460/89, não continha tal regra.

De acordo com o art. 18, IV, “a”, do RPAF, é nulo o lançamento que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a existência de infração. No caso presente, mesmo que tenha havido infração, não foi possível determinar o valor do imposto eventualmente devido. É nulo, portanto, o item 3º, por falta de liquidez.

Por tudo quanto foi exposto, concluo o que se segue:

1. quanto à infração 2, a Representação apresentada pela PGE/PROFIS não deve ser acolhida, tendo em vista que a multa de 70% indicada pelo autuante é aquela prevista na Lei nº 4.825/89 para os fatos narrados no lançamento;
2. relativamente à infração 3, como a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, pela sua nulidade, não foi modificada, mesmo porque não houve a interposição de nenhum Recurso, a Decisão tornou-se definitiva, não havendo que se falar em retificação de multa. Por essa razão, também não merece acolhimento a Representação proposta.

Em resumo, voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da Representação promovida pela PGE/PROFIS.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO ACOLHER** a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS