

PROCESSO - A. I. Nº 022198.0211/05-6
RECORRENTE - UNIK ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0284-02/05
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 28/12/2005

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0475-12/05

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. REUTILIZAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não há provas nos autos de que tivesse havido o cometimento da infração descrita. Modificada a Decisão recorrida. Infração insubsistente. Recurso **PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 15/2/05, decorrente de utilização de documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação [sic]. ICMS lançado: R\$8.225,64. Multa: 100%.

O autuado apresentou defesa explicando que:

1. em 11/2/05, sua empresa adquiriu mercadorias do fornecedor Rondofrigo Comercial de Carnes Ltda., através da Nota Fiscal nº 40933;
2. em 12/2/05, adquiriu outras mercadorias do fornecedor Avenorte Avícola Cianorte Ltda., através da Nota Fiscal nº 6833;
3. em 12/2/05, sábado, às 14h, a empresa recebeu da Rondofrigo um “fax” da Nota Fiscal nº 40933 (anexo), com instruções para que fosse providenciado o pagamento da antecipação do ICMS, o que foi efetivado no dia 14/2/05, segunda-feira (DAE anexo);
4. ainda no dia 14/2/05, segunda-feira, a empresa foi contatada pelo Sr. Sílvio, lotado no Posto Fiscal Benito Gama, dizendo que se encontrava retido naquele Posto um veículo transportando mercadorias (carnes) destinadas à sua empresa, e, imediatamente, foi passado um “fax” do DAE referente à Nota Fiscal nº 40933, no qual foi destacado o número 40988, por ser este o que pareceu ser o correto através do “fax” enviado pelo fornecedor (documento anexo), uma vez que, não tendo o preposto fiscal identificado o fornecedor, se deduziu serem desta nota fiscal as mercadorias que se encontravam retidas no Posto Fiscal;
5. em 15/2/05, terça-feira, a empresa recebeu da Avenorte o fax (anexo) da Nota Fiscal nº 6833, para que fosse providenciado o pagamento da antecipação do ICMS, o que foi feito em 16/2/05;
6. nesse mesmo dia, a empresa voltou a ser contatada pelo preposto fiscal do Posto Fiscal Benito Gama, cobrando o ICMS do veículo retido, sob a alegação de que o DAE não correspondia às mercadorias ali apreendidas;
7. em face disso, a empresa buscou maiores informações, só então sendo informada de que o veículo retido no Posto Fiscal era o que transportava os produtos enviados pela Avenorte, correspondentes à Nota Fiscal nº 6833;
8. coincidentemente, o transportador das mercadorias enviadas pela Rondofrigo através da Nota Fiscal nº 40933 chegou ao Posto Fiscal, e então a empresa enviou, outra vez, “fax” do DAE da antecipação paga em 14/02/05, no valor de R\$ 3.931,04;
9. o preposto fiscal constatou que no referido DAE constava o número da Nota Fiscal nº 40988 e, em face dos argumentos da empresa, solicitou que fosse providenciada a cópia da Nota Fiscal 40988, e que fosse complementada a diferença do ICMS antecipado, que divergia do valor de pauta;
10. a empresa efetuou, em 16/2/05, o pagamento da diferença apurada, no valor de R\$143,97, e em 17/2/05 enviou “fax” do DAE (anexo) e da Nota Fiscal nº 40988 (anexa), quando então foram liberadas as mercadorias constantes na Nota Fiscal nº 40933;

11. a Nota Fiscal nº 40988 (anexa) tinha como destinatária uma empresa estabelecida no Estado do Paraná, e foi emitida em 15/2/05, data posterior à ação fiscal e ao pagamento do ICMS, feito em 14/2/05, a qual se encontrava cancelada;
12. em 16/2/05, a empresa enviou o “fax” do DAE da antecipação, no valor de R\$8.383,14, correspondente à Nota Fiscal nº 6833, emitida pela Avenorte (documentos anexos);
13. estranhamente, essa mercadoria não foi liberada, e só então a empresa foi informada de que seria autuado por reaproveitamento do comprovante de pagamento da Nota Fiscal nº 40933;
14. a presente autuação causou surpresa porque o veículo transportador das mercadorias constantes na Nota Fiscal nº 40933 transitou normalmente pelo Posto Fiscal em 15/2/05, ainda no plantão dos fiscais autuantes, que exigiram o pagamento da diferença apurada bem como a comprovação de que o número destacado no DAE foi fruto de erro de interpretação da cópia recebida via “fax”, ao passo que o veículo transportador das mercadorias constantes na Nota Fiscal nº 6833 já se encontrava retido no Posto Fiscal desde 14/2/05, ou seja, antes da chegada do outro veículo, aquele cujas mercadorias eram acobertadas pela Nota Fiscal nº 40933.

Feitos esses esclarecimentos, o autuado argumenta que os fatos expostos são bastante para afastar qualquer interpretação de reaproveitamento de DAE, pois não se pode falar em reaproveitamento de DAE quando os valores recolhidos são tão distantes entre si, haja vista que o DAE referente à Nota Fiscal nº 40933 gerou um ICMS no valor de R\$3.931,04, enquanto que o DAE referente à Nota Fiscal nº 6833 gerou um ICMS no valor de R\$8.383,14.

Pede que o Auto de Infração seja declarado improcedente.

A auditora designada para prestar a informação considera que não assiste razão ao autuado porque ele adquiriu mercadorias incluídas na substituição tributária e elencadas no anexo único da Portaria nº 114/04, obrigando-se a recolher antecipadamente o ICMS correspondente na primeira repartição fazendária do percurso da mercadoria no território deste Estado, e foi flagrado reaproveitando comprovante de pagamento do imposto referente a outra Nota Fiscal. Considera que carecem de comprovação as alegações da defesa, e não pode ser olvidado o fato de que, conforme documento à fl. 47, o ICMS correspondente à Nota Fiscal nº 6833, objeto da presente autuação, só foi recolhido em 16/2/05, portanto, após o início da ação fiscal, de acordo com o Termo de Apreensão, que é do dia anterior, estando, assim, descaracterizada a espontaneidade do recolhimento. Opina pela procedência do Auto de Infração e pela dedução do valor já pago.

A seguir, a íntegra do voto vencido do relator do Processo, José Bezerra Lima Irmão:

“O sujeito passivo é acusado de utilização de documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação.

O autuante descreveu o fato de forma irreal. Não foi isso o que aconteceu. Não é verdade que a autuação foi em virtude de utilização de documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação. Um documento fiscal considera-se utilizado mais de uma vez é quando, com o mesmo documento, é dada mais de uma saída de mercadoria ou é prestado mais de um serviço. Está patente nestes autos que o fato foi outro. O que ocorreu foi a suspeita de que o contribuinte teria tentado reaproveitar comprovante de pagamento do imposto referente a outra Nota Fiscal.

Uma coisa é documento fiscal, outra coisa é documento de arrecadação. Documentos fiscais são aqueles listados no art. 192 do RICMS: Nota Fiscal, Cupom Fiscal, Conhecimento de Transporte, etc. Os documentos de arrecadação – DAEs, GNRES, carnês de pagamento ou autorização de débito em conta –, previstos nos arts. 121 e 123 do RICMS, não são “documentos fiscais”.

É preciso ter em mente a nomenclatura correta de cada categoria de documentos: documentos fiscais, documentos de informações econômico-fiscais, documentos de arrecadação de tributos, etc. Como há no Regulamento um capítulo intitulado “Dos Documentos Fiscais”, somente se consideram documentos fiscais aqueles ali arrolados (art. 192).

Não há prova nos autos de que tivesse havido, concretamente, utilização de documento fiscal mais de uma vez para acobertar operação ou prestação.

Se a intenção do fisco era acusar outro fato, a descrição deveria ter sido precisa e clara, como manda o art. 39, III, do RPAF. Não é admissível, no julgamento, mudar o fulcro da autuação.

Infração constitui matéria de natureza penal, e, por isso, não comporta interpretação extensiva ou analógica.

O RPAF, no art. 18, IV, “a”, tem por nulo o lançamento tributário que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração.

Por esse vício, que implica prejuízo jurídico para o sujeito passivo, vejo-me, em princípio, impedido de adentrar no mérito da autuação. Decidindo a questão como preliminar, o meu voto seria pela NULIDADE do Auto de Infração, com fundamento no art. 18, IV, “a”, do RPAF.

No entanto, como fui vencido quanto a esse aspecto, e tendo em vista a regra do parágrafo único do art. 154 do RPAF, segundo a qual o julgador não se exime de votar a matéria principal, uma vez vencido na preliminar, adentro ao mérito.

Não houve, absolutamente, utilização de “documento fiscal” mais de uma vez para acobertar operação ou prestação, em face do conceito jurídico do que seja documento fiscal, nos termos do art. 192 do RICMS. Se a intenção do fisco era acusar a utilização de “documento de arrecadação” mais de uma vez, deveria ter sido dito isto no Auto de Infração, para que o contribuinte se defendesse de tal imputação. Aliás, nesse caso, seria necessário indicar onde é que está escrito que essa situação constituiria infração. Entendo que, no máximo, a multa aplicável seria de R\$ 50,00, conforme prevê o art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

O julgador José Franklin Fontes Reis, emitiu o voto vencedor, nos seguintes termos:

“Por entender que existe nos autos os elementos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator é que divirjo do voto do ilustre relator.

Depreende-se, claramente, da descrição dos fatos no termo de apreensão, fl. 09, que para comprovar o recolhimento do imposto, devido por aquisição de mercadorias incluídas na substituição tributária e elencadas na Portaria nº 114/04, discriminada na nota fiscal nº 6833, ao trafegar pelo Posto Fiscal Benito Gama, foi apresentada cópia do DAE, pago em 14/02/05, correspondente à operação com a nota fiscal de nº 40988, e pago em data anterior ao fato, ora apurado, mercadoria esta, que já havia transitado pelo aludido posto.

Este procedimento ensejou o entendimento, por parte da fiscalização, de que ocorrera o reaproveitamento do documento fiscal diverso do exigido para a operação, ora em lide.

Com base nos elementos do processo não é possível afirmar se houve intenção, ou não, da tentativa de reutilização, pelo contribuinte, do comprovante de pagamento referente à outra nota fiscal, ou se houve, efetivamente, engano de sua parte. A questão fática - independente de ter havido intenção ou equívoco, do contribuinte -, é se o contribuinte efetuou o pagamento antes da ação fiscal, já que, para o fiscal autuante, o que se afigurava, por ocasião da lavratura do auto, era a comprovação de pagamento do imposto com um documento relativo a uma operação pretérita. Examinando o DAE apresentado pela defesa, datado de 16/02/05, como sendo o relativo à nota fiscal em questão, ou seja, a de nº 6833, fl. 47, constatei que o autuado não recolheu o imposto devido, antes do início da ação fiscal. Ora, se o pagamento fora realizado após o início da ação fiscal, entendo que há consentaneidade na descrição dos fatos, objeto da infração, com o que efetivamente ocorrera. Verifica-se, nos autos, fl. 47, que somente no dia 16/02/05 fora procedido o pagamento.

Ademais manifesto a minha discordância com a tese defendida pelo relator, quanto à imperiosa necessidade de distinção entre documento fiscal e documento de arrecadação, que segundo sua linha de argumentação conduz a nulidade do presente auto. Senão vejamos, em que pese não figurar, literalmente, no elenco dos documentos fiscais explicitados pelo art. 192 do RICMS-BA, o documento de arrecadação, DAE, no caso, ora em lide, desempenha papel tão

importante, quanto a nota fiscal – definida, stricto sensu, no texto legal, como documento fiscal . Tanto é assim, que a legislação preceitua, para o caso em tela, que para o adimplemento da obrigação fiscal, o contribuinte deve apresentar, além da competente nota fiscal que acoberta a operação, a comprovação do pagamento da antecipação tributária, materializada, portanto, através do DAE, autenticado pela rede arrecadadora. Sob o esteio deste raciocínio entendo, que a utilização, pelo autuante, do termo documento fiscal, lato sensu, ou seja, em seu sentido amplo, para o documento de arrecadação, em nada ofendeu a aplicação do texto legal, a caracterização da infração, e, muito menos obscureceu a compreensão, por parte do infrator da matéria de fato. Cabe ressaltar que o contribuinte, em nenhum ponto de sua defesa, demonstrou dificuldade na compreensão e entendimento do teor da acusação fiscal que lhe fora imputada.

Desta forma, considero que restou caracterizado o cometimento, por parte do autuado, do quanto contido na acusação, ora em lide. Ou seja, quando solicitado pelo fisco, a comprovar pagamento do imposto devido, apresentou DAE relativo a operação pretérita, distinto, portanto, da necessária para cumprir a exigência legal, objeto do presente Auto de Infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com a modificação da multa para 60%, em razão da infração estar enquadrada no inciso II, “d” do art. 42, da Lei nº 7.014/96 devendo ser homologado o valor já pago”

O recorrente apresenta Recurso Voluntário, repetindo os argumentos defensivos, e pede a improcedência da autuação ou o cancelamento da multa, por entender que a infração não foi cometida por dolo, fraude ou simulação, nem implicou em falta de pagamento do tributo.

A PGE/PROFIS emitiu o seguinte Parecer:

“O contribuinte foi acusado de reaproveitamento de documento fiscal e para isso foi lavrado Auto de Infração aplicando-se multa correspondente, prevista no art.42, IV, “d”, da Lei nº 7.014/96 A Decisão recorrida, no entanto, trilhou caminho diverso, revelando, nas entrelinhas, que não se tratou de reaproveitamento de documento fiscal, mas sim de pagamento extemporâneo de ICMS com antecipação e alterou a multa para 60%, nos termos do art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Ocorre que o contribuinte foi acusado de fato diverso, qual seja, reaproveitamento de documento fiscal para acobertar operação ou prestação e não de pagamento extemporâneo de imposto por antecipação.

Essa alteração promovida pela Doutra JJF se mostra incorreta, na medida em que alterou os fatos imputados e com isso alterou o fundamento da autuação. A adequação da multa é dever de ofício do julgador, mas não foi o que ocorreu no presente caso. O que aqui se verifica é a mudança do fundamento da autuação, dos fatos imputados, o que caracteriza a ilegalidade da Decisão.

Contudo, vislumbro que a análise do mérito favorece o contribuinte e em sendo possível declarar-se a improcedência a favor de quem se tem a nulidade, é previsão regulamentar que assim se faça, senão vejamos.

Concordo com o voto divergente prolatado pelo julgador José Bezerra Lima Irmão quando afirma que “se a intenção do fisco era acusar outro fato, a descrição deveria ter sido precisa e clara, como manda o art. 39, III do RPAF. Não é admissível, no julgamento, mudar o fulcro da autuação.... Infração constitui matéria de natureza penal e por isso não comporta interpretação extensiva ou analógica”.

Entendo ainda que apesar da nulidade da Decisão da JJF, da nulidade da autuação, como bem observado no voto vencido, a autuação é improcedente.

*O fato acusado “reaproveitamento de documento fiscal” não foi demonstrado, pois o que houve foi um erro escusável por parte do contribuinte que em **contato telefônico**, ou seja, sem estar presente, sem ver o que se passava, julgou que estava o Fisco lhe exigindo um determinado documento e enviou outro, **também por fax**.*

Ora, o próprio meio utilizado (fax) não presta à prática de reaproveitamento de documento fiscal, que há de ser observado em flagrante tentativa de burlar o fisco, sem que restem dúvidas sobre a intenção do agente.

Intenção essa que foi afastada pelo voto vencedor quando se pronunciou que “não é possível afirmar se houve intenção ou não da tentativa de reutilização pelo contribuinte, do comprovante de pagamento referente à outra nota fiscal, ou se houve, efetivamente, engano de sua parte. A questão fática – independente de ter havido intenção ou equívoco do contribuinte – é se o contribuinte efetuou o pagamento antes da ação fiscal já que, para o fiscal autuante, o que se afigurava, por ocasião da lavratura do auto era a comprovação de pagamento do imposto com documento relativo à operação pretérita.....”.

E termina por concluir que o pagamento foi extemporâneo, pelo que aplica a multa de 60%.

Como visto, a própria Decisão recorrida afastou a certeza de inserção do contribuinte em reaproveitar o documento fiscal, o que é suficiente para que se decrete a improcedência da autuação, já que foi desse fato que o contribuinte foi acusado.

Uma vez ultrapassada a improcedência da autuação, ainda resta o pedido de cancelamento de multa de obrigação acessória ao apelo da equidade. Entendo que também assiste razão ao contribuinte, até por decorrência lógica de tudo que foi exposto anteriormente. Não houve dolo nem fraude na atitude do contribuinte, fato este reconhecido até pelo voto vencedor da JF, como demonstrado, e também não implicou em falta de recolhimento do tributo.

Diante disso, opino pelo Provimento do Recurso Voluntário para que se decrete a Nulidade da Decisão recorrida, ou se assim entenderem os julgadores, que sejam ultrapassadas as nulidades existentes nos autos (autuação e Decisão) e se julgue o mérito pela Improcedência da autuação, já que não restou comprovado o cometimento da infração, diante de erro escusável do contribuinte. Caso ultrapassada a improcedência, que se cancele a multa aplicada ao apelo da equidade.”

A Procuradora Assistente manifesta-se à fl. 105, acompanhando o Parecer da PGE/PROFIS e concluindo pelo Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Restou provado no processo que não houve reutilização de documento fiscal para acobertar operação ou prestação como alegado pelo Fisco. Assim entenderam o ilustre relator de Primeira Instância e a Douta procuradora fiscal, acompanhados pela Procuradora Assistente deste CONSEF. Adotando esses bem fundamentados subsídios como razão de decidir, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 022198.0211/05-6, lavrado contra **UNIK ALIMENTOS LTDA.**

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Fauze Midlej, José Antonio Marques Ribeiro, Nelson Antonio Daiha Filho e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: ConselheiroS Álvaro Barreto Vieira e Helcônio de Souza Almeida.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS