

A. I. Nº. - 284119.0031/08-4
AUTUADO - ALL PARTS DO NORDESTE LTDA.
AUTUANTE - JURACI LEITE NEVES JÚNIOR
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 10. 08. 2009

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0246-01/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. É nulo o lançamento fiscal, pois lavrado em desacordo com o disposto no art. 39, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99, tendo em vista que o método de apuração do modo como conduzido pelo fisco se mostrou prejudicial ao sujeito ativo, não podendo ser objeto de correção por meio de diligência. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 15/12/2008, foi atribuída ao contribuinte a falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (peças para veículos) provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 [constantes do inciso II do art. 353 do RICMS/97], nos exercícios de 2003 e de 2004, exigindo imposto no valor de R\$16.023,79, acrescido da multa de 60%.

O autuado ingressou com impugnação às fls. 244 a 246, salientando que tem como atividade o comércio de peças automotivas e que distribui, por concessão, os produtos da empresa Delphi Diesel Sistems do Brasil Ltda.

Aduz que os Srs. Rogério Gama Moraes e Genivan Gama Moraes adquiriram parte das cotas do Sr. Célio Faccioli, sócio da All Parts Equipamentos e Peças Diesel Ltda. - RJ, visando atingir as condições estabelecidas pela Delphi Diesel para concessão da distribuição, passando a integrar o quadro societário em 06/02/2003, apenas como cotistas, sem ocupar qualquer cargo comercial ou financeiro, de acordo com o instrumento contratual, registrado na JUCEB/RJ – Junta Comercial do Rio de Janeiro (Doc. 1-6 – fls. 247 a 252), jamais tendo recebido qualquer valor a título de pró labore.

Afirma que a Delphi Diesel firmou contrato de concessão com a All Parts do Nordeste Ltda. e que os Srs. Rogério e Genivan Gama Moraes, por terem que administrar o seu próprio negócio, perderam o interesse na sociedade com a All Parts - RJ, a qual já enfrentava problemas com o fisco Federal, sendo este um dos motivos que os levaram a perder a concessão de distribuição da Delphi Diesel (Doc. 7-10 – fls. 253 a 256). Acrescenta que os referidos sócios somente conseguiram efetivar a sua retirada do quadro societário da All Parts - RJ em 17/12/2004 (Doc. 11-15 – fls. 257 a 261), após processo longo, que inclusive contou com a intermediação da Delphi Diesel, para pactuar a alteração societária na JUCEB/RJ (Doc. 16-17 – fls. 262/263).

Tratando sobre o mérito, frisa que quase todas as notas fiscais foram emitidas pela empresa All Parts Equipamentos e Peças Diesel Ltda. - RJ, em período contínuo, entre janeiro de 2003 e fevereiro de 2004, nas quais consta que as mercadorias seriam transportadas via SEDEX-EBCT, independe de seu volume e peso. Diz que especificamente no caso da Nota Fiscal nº. 7.310 (Doc. 18 – fl. 264), consta como transportadora a empresa Águia Branca, porém não existe nenhum documento que comprove a efetivação do serviço de transporte e a entrega das mercadorias.

Alega que sendo distribuidor da Delphi Diesel, o que lhe garante preços diferenciados, não iria adquirir produtos dessa marca de terceiros, com custos maiores, além de não gozar da vantagem da devolução em garantia, intrínseca na relação de fidelidade comercial. Ressalta que este fato está bem caracterizado nas Notas Fiscais de nºs 153.908, 155.988 e 162.072, emitidas pela Delphi Diesel, e 7.311, 7.413, 8.002 e 8.003, emitidas pela All Parts-RJ (Doc. 19-25 – fls. 265 a 271), nas quais as mercadorias comuns apresentam preços com variações significativas.

Argumenta que embora a SEFAZ/BA tenha solicitado diligência à SEFAZ/RJ, visando a obtenção junto à All Parts - RJ das cópias das notas fiscais e do livro Registro de Saídas, além dos comprovantes de recebimento das mercadorias e de pagamento das faturas, apenas as cópias das notas fiscais e do referido livro foram apresentados. Salienta que não poderia ser diferente, uma vez que a emissão das notas fiscais e o seu registro no livro fiscal se constituem em obrigações acessórias, dependendo apenas do emissor dos documentos fiscais. Entretanto não há comprovação do recebimento das mercadorias nem do pagamento das respectivas faturas, pois que dependentes de efetivação da comercialização, com aceitação mútua, fato inexistente em relação às notas fiscais arroladas neste processo.

Assevera que os atos irresponsáveis e tendenciosos praticados pela All Parts - RJ, levaram o impugnante a registrar denúncia em boletim de ocorrência policial junto à Secretaria de Segurança Pública da Bahia, Departamento de Polícia do Interior, 1ª Coordenação de Polícia de Feira de Santana, em 26/03/2008, sob nº. 0032008005388 (Doc. 26 – fl. 272).

Entende ser compreensível que as informações obtidas induzissem o autuante a presumir que o impugnante tivesse incorrido em irregularidades, entretanto não se confirmando documentalmente essa presunção, por prudência, não deveria ter lavrado o Auto de Infração. Requer, desse modo, que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 275/276, salientando que durante a ação fiscal foi detectado, através do confronto de arquivos Sintegra que a empresa fornecedora, sediado no Estado do Rio de Janeiro, enviara mercadorias para o autuado no período de agosto de 2003 a fevereiro de 2004 (fls. 05 a 07). Acrescenta que o impugnante, sob a alegação de que desconhecia a existência das notas fiscais relativas às mencionadas operações, registrara o Boletim Policial nº. 32008005388, apresentando-o à SEFAZ/BA (fl. 12).

Esclarece ter sido solicitada diligência à SEFAZ/RJ, visando obter documentos comprobatórios das operações em questão (fl. 14), tendo sido disponibilizadas as cópias reprográficas das notas fiscais (fls. 24 a 177), do livro Registro de Saídas (fls. 178 a 223), onde constam as respectivas escriturações e as alterações do Contrato Social do fornecedor de nº. 18, de 27/01/2003 (fls. 228 a 233), nº. 20, de 01/10/2004 (fls. 234 a 238) e nº. 21, de 16/01/2008 (fls. 22/23).

Realça que o estabelecimento autuado foi constituído em 19/11/1996, tendo como sócios os Srs. Rogério Gama Morais e Genivan Gama Morais, os quais, entre os exercícios de 2003 e de 2004, período de emissão das notas fiscais objeto da autuação, tinham participação societária também na empresa fornecedora, de acordo com as alterações contratuais de nºs 18 e 20, que se referem à inclusão e à exclusão da sociedade.

Frisa que o autuado passou a operar no ramo de distribuição de peças automotivas, como fornecedor exclusivo de produtos da Delphi Diesel, segmento também operado de forma exclusiva pelo fornecedor, quando os referidos sócios participavam de forma concomitante da empresa situada no Rio de Janeiro.

Assevera restar evidente que o período de formação de estoques iniciais da Delphi Diesel/BA, início de 2003, refere-se ao mesmo período de emissão das notas fiscais objeto do lançamento, pois o

ingresso dos sócios baianos na empresa carioca coincide com a emissão da primeira Nota Fiscal de venda (nº. 6.796, de janeiro de 2003) até a última Nota Fiscal (nº 8.968, de fevereiro de 2004).

Corroborando esse entendimento se encontram nos autos as cópias do livro Registro de Saídas, que demonstra inequivocamente a regularidade das operações mercantis por parte do fornecedor, do Rio de Janeiro, que os sócios alegam desconhecer.

Argúi que a falta de comprovação do recebimento das mercadorias e do respectivo pagamento, não representam obstáculo para a *“presunção de irregularidades praticadas pelo impugnante”*, como alega a defesa, tendo em vista que se refere a empresas cuja parte do corpo societário é comum (Delphi/RJ e Delphi/BA), de sorte que tratando-se do mesmo “dono”, pode-se transacionar de diversas formas de recebimento ou pagamento das mercadorias.

Desta forma, estando as notas fiscais devidamente registradas em livro próprio da Delphi/RJ não é razoável admitir que os então sócios dessa empresa e que também eram sócios da Delphi/BA, não tivessem acesso a esses registros, tornando desacreditados os argumentos apresentados no sentido de desconsiderar a lavratura do Auto de Infração.

Mantém o Auto de Infração nos moldes como foi lavrado e sugere que seja julgado procedente.

VOTO

Observo que através do Auto de Infração em lide foi imputada ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária, correspondente a mercadorias enquadradas na substituição tributária, que se encontram relacionadas no inciso II do art. 353 do RICMS/97. O demonstrativo de cálculo do imposto não recolhido se encontra acostado às fls. 05 a 07, enquanto que as cópias reprográficas das notas fiscais se encontram juntadas às fls. 24 a 177.

Observo, entretanto, que o presente lançamento contém uma falha formal, que se mostra insanável, razão pela qual não adentrarei no mérito da imputação atribuída ao sujeito passivo. Ocorre que muito embora as notas fiscais correspondam a compras efetuadas no decorrer do exercício de 2003 e nos meses de janeiro e fevereiro de 2004, o autuante, ao invés de apurar o imposto devido mensalmente, para fins de atualização monetária e cálculo dos demais acréscimos legais, consignou tanto no demonstrativo como no próprio Auto de Infração como data de ocorrência o último dia de cada um dos exercícios fiscalizados.

Saliento que tendo em vista que os documentos fiscais que geraram a exigência tributária permitem que o levantamento do débito seja realizado por período mensal, não se pode aplicar ao presente caso as disposições contidas no § 2º do art. 39 do RPAF/99, como efetivado pela fiscalização, que considerou o tributo como devido no último mês do período fiscalizado. Certamente pretendeu o legislador preservar o direito do Estado, ao estabelecer no mencionado dispositivo que apenas nos casos nos quais não fosse possível discriminar o débito por períodos mensais, o tributo deveria ser considerado como devido no último mês do período fiscalizado. Porém não foi este o caso do levantamento conduzido pela fiscalização.

Considerando que esse método de apuração implica em prejuízo à Fazenda Estadual, e tendo em vista que esta incorreção contraria o disposto no art. 39, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99, não pode ser sanada por meio de diligência, não sendo possível, assim, se aplicar a hipótese do § 1º do art. 18 do mesmo diploma legal. Assim, a autuação não prospera, por inobservância do devido processo legal. Para um melhor entendimento, transcrevo, em seguida, os dispositivos mencionados:

“Art. 39. O Auto de Infração conterá:

IV - o demonstrativo do débito tributário, discriminando, em relação a cada fato:

a) a data da ocorrência do cometimento ou do fato gerador e a data em que deveria ocorrer o pagamento, se diferente daquela;

...

§ 2º Na lavratura do Auto de Infração, não sendo possível discriminar o débito por períodos mensais, considerar-se-á o tributo devido no último mês do período fiscalizado.

§ 3º O débito constante no Auto de Infração, para efeito de intimação, será expresso pelos valores do tributo e pela indicação das penalidades, ficando sujeito à apuração, no momento do pagamento, dos valores das multas, da atualização monetária e dos acréscimos moratórios incidentes.”

“Art. 18.

§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.”

Desta forma, o Auto de Infração apresenta vício insanável, nos termos do art. 39, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99. Nesse sentido vem decidindo o CONSEF, a exemplo dos Acórdãos JJF nº 0145-04/04, JJF nº. 0101-03/07, CJF nº 0634-11/03, CJF nº. 0649-11/03, CJF nº. 0686-11/03 e CJF nº 0194-11/04, sendo que deste último transcrevo abaixo a ementa e o voto:

“ACÓRDÃO CJF Nº 0194-11/04

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. É nulo o lançamento fiscal pois, lavrado em desacordo com o disposto no art. 39, IV, “a”, do RPAF/99. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

VOTO

Após análise dos autos, verifico que a 4ª JJF fundamentou corretamente sua Decisão em declarar nulo o presente Auto de Infração, uma vez que este fora lavrado em desacordo com o disposto no art. 39, IV, “a”, do RPAF/99.

Isto porque, embora as notas fiscais se reportem às compras efetuadas pelo contribuinte nos exercícios de 2000 a 2001, os autuantes, ao invés de apurar o imposto devido mensalmente, para fins de atualização monetária e cálculo dos acréscimos legais, consignaram no Auto de Infração como data de ocorrência, a data da sua lavratura. Outrossim, os autuantes exigiram imposto por antecipação das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (bebidas alcoólicas), quando nas notas fiscais constam também mercadorias sujeitas à tributação normal. Ora, tendo em vista que tais ocorrências implicaram em prejuízo à Fazenda Estadual e, por conseguinte, não podem ser sanadas através de diligências, conforme determina o § 1º, do art. 18, do RPAF/99, partilho do entendimento da 4ª JJF no sentido de que a autuação não deve prosperar.

Neste contexto, impõe-se à decretação da Nulidade, e com fundamento no artigo 21, do RPAF recomendo o refazimento do procedimento fiscal a salvo de falhas.

Ante o exposto, considerando que foi devolvida a questão concernente à infração 1, na forma de Recurso de Ofício, e por não constatar nos autos fatos ou fundamentos capazes de alterar o julgado, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter, na íntegra, a Decisão recorrida.”

Dianete do exposto, voto pela nulidade do Auto de Infração e represento à autoridade competente,

nos termos do art. 21 do RPAF/99, no sentido de programar nova ação fiscal junto ao estabelecimento autuado, para exigir o imposto efetivamente devido, a salvo de falhas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **284119.0031/08-4**, lavrado contra **ALL PARTS DO NORDESTE LTDA**. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas, a teor do art. 21 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR