

PROCESSO - A. I. Nº 03067010/93
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - EMPRESA DE TRANSPORTES SÃO LUIZ LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3^a JJF nº 0077-03/04
ORIGEM - INFAS BONOCÔ (INFAS PIRAJÁ)
INTERNET - 31.05.04

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0147-11/04

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE ATIVA FUNCIONAL DO AGENTE FISCAL AUTUANTE. É nulo o Auto de Infração lavrado por preposto fiscal cuja competência tornou-se ineficaz na origem, por ato formal do Poder Executivo publicado no Diário Oficial do Estado, conforme determina o art. 18, inciso I, do RPAF/99. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida o presente de Recurso de Ofício apresentado pela Egrégia 3^a Junta de Julgamento Fiscal, com fundamento no art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10.10.00, relativamente ao Acórdão nº 0077-03/04, que decidiu pela nulidade do Auto de Infração em referência.

A exigência fiscal no valor de Cr\$1.594.027.717,99 de imposto, mais multa, decorre das seguintes irregularidades imputadas ao contribuinte.

1. Escrituração irregular do livro Registro de Saídas, ao deixar de lançar, na ordem cronológica, os documentos fiscais emitidos - 1 UPF/BA;
2. Falta de emissão do Resumo de Movimento Diário (RMD) – 1 UPF/BA;
3. Erro na indicação da alíquota interestadual, quando o correto seria a alíquota interna, nas prestações de serviços de transporte de pessoas – fretamento de ônibus, no período de julho a dezembro de 1992 – Cr\$14.463.600,00;
4. Erro na indicação da alíquota interestadual, quando o correto seria a alíquota interna, nas prestações de serviços de transporte interestadual de passageiros, no período de setembro de 1991 a setembro de 1992 – Cr\$12.643.331,99;
5. Emissão e escrituração de notas fiscais no mês subsequente ao da prestação de serviço de transporte intermunicipal, no período de setembro de 1991 a novembro de 1992 – Cr\$252.025.119,24;
6. Falta de recolhimento do imposto, por diferença de alíquotas, em virtude da entrada de mercadorias oriundas de outros Estados e destinadas a consumo ou ativo fixo (maio, agosto e outubro de 1992) – Cr\$106.679.314,63;
7. Falta de recolhimento do imposto estadual nas prestações de serviço de transporte intermunicipal realizadas para a empresa Petróleo Brasileiro S/A, tendo em vista que destacou e recolheu o ISS à Prefeitura Municipal de Salvador, ao invés de pagar o ICMS ao Estado da Bahia (dezembro de 1992 a fevereiro de 1993) – Cr\$1.201.101.819,16;
8. Falta de recolhimento do imposto estadual nas prestações de serviço de transporte intermunicipal de jornais, revistas e livros, realizadas como se fossem isentas de

tributação, e, apesar de emitir os CTRCs não os escriturou nos livros Fiscais (agosto de 1991 a fevereiro de 1993) – Cr\$7.114.532,00.

O Ilustre relator da 3^a JJF elaborou o seu relatório destacando quanto aos argumentos do recorrido que: “À fl. 2 foi anexado um Termo de Abertura e Reconstituição de Processo Administrativo Fiscal, lavrado pela Procuradoria da Fazenda Estadual em 16/11/01, em que está consignada a informação de que o presente PAF foi extraviado e, por essa razão, está sendo reconstituído com as cópias do Auto de Infração e seu Demonstrativo de Débito e da Defesa apresentada pelo contribuinte.

Em sua peça de defesa (fls. 7 a 22) o autuado reconheceu, como devido, o valor correspondente às 2 UPFs/BA exigidas nas infrações 1 e 2 e o ICMS apontado na infração 4, solicitando a emissão do DAE para pagamento.

Impugnou, entretanto, a infração 3, aduzindo que a alíquota de 12% deve ser aplicada quando a prestação de serviço de transporte for efetuada entre dois Estados e o contratante for contribuinte. Afirma que não pode prevalecer a ótica da fiscalização, de que contribuinte é somente aquele inscrito no cadastro estadual, uma vez que tal obrigação é meramente acessória e, portanto, a falta de inscrição não muda a definição de contribuinte.

Assegura que as prestações de transporte que realizou foram interestaduais e se referiram a fretamentos de ônibus por pequenos empresários que se dedicam a transportar passageiros em excursões para outros Estados, especialmente para Foz do Iguaçu e, portanto, diz que está correta a alíquota do imposto destacado nos documentos fiscais.

Quanto à infração 5, alega que presta serviços de transporte para a empresa Petróleo Brasileiro S/A, recebendo por medições, as quais são sempre feitas no mês subsequente, juntamente com o recebimento dos valores de frete. Por essa razão, diz que lhe é impossível emitir notas fiscais dentro do próprio mês da prestação dos serviços, devido às dificuldades de medição, conferência, emissão de documento fiscal, fatura, duplicata e, finalmente, o cheque.

Ressalta que, pelo atraso no pagamento, a contratante lhe paga correção monetária, a qual é indicada numa nota fiscal de complementação de preço de serviço, com o correspondente destaque do ICMS, não havendo, assim, nenhum prejuízo para o Estado da Bahia.

Relativamente à infração 6, reconhece a sua procedência, mas entende que a multa deve ser de 30% e não 70%, como indicado na autuação, haja vista que todos os números encontram-se registrados em sua escrita fiscal.

Com referência à infração 7, aduz inicialmente que o próprio autuante, ao refazer seu livro Registro de Apuração, apurou saldo credor, o qual deveria ter sido deduzido dos saldos devedores encontrados. Retifica o levantamento fiscal e aponta que, em dezembro/92, houve saldo credor de Cr\$7.370.419,35 e, no mês de janeiro/93, um saldo de imposto a recolher de Cr\$465.598.606,98.

Quanto ao mérito da infração, argumenta que não prestou serviço de transporte à Petrobrás, mas promoveu locação de veículos para transporte coletivo rodoviário por meio de ônibus e microônibus, por preço unitário, como está provado pelo edital de concorrência nº 110.003.92-4 e pelo contrato celebrado entre as partes, datado de 30/11/92, os quais deixam clara a natureza da operação. Alega que, em se tratando de serviço de locação de veículo, o imposto incidente é o ISS e não o ICMS, como previsto no inciso IV do artigo 156 da Constituição Federal. Discorre sobre os aspectos jurídicos do contrato de locação de bem móvel para demonstrar o seu ponto de vista.

Quanto à infração 8, argumenta que seu procedimento foi correto, tendo em vista que o artigo 150, inciso VI, alínea “d”, da Constituição Federal determina que estão imunes de impostos os livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão.

Por fim, requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito, protesta pela produção de todas as provas em direito admitidas e pede a procedência parcial do Auto de Infração.

Às fls. 23 e 24 foi acostada uma petição do autuado à Diretora da PROFAZ em que ele, tomado conhecimento do extravio do PAF, requer a restauração do feito expondo que: a) possui cópias de algumas peças processuais, as quais entende suficientes para a sua reconstituição, pois ensejam a determinação do sujeito passivo, fato gerador, base de cálculo e imposto; b) interessado na solução da lide administrativa, declara que a restauração não lhe trará nenhum prejuízo e que renuncia, expressamente, à reabertura do prazo de defesa; c) o presente Auto de Infração foi lavrado por pessoa incompetente, que teve o ato de nomeação, como auditor fiscal, revogado pelo Governador do Estado, consoante publicação no Diário Oficial do Estado de 23/11/93, “por ter agido de má fé, não só com a administração pública, mas para com os administrados”; d) o CONSEF já se manifestou, nesse mesmo sentido, em Decisão unânime de sua Câmara Superior, consoante o Acórdão CS nº 0596/99; e) a Procuradoria da Fazenda Estadual proferiu, em processo análogo, “lavrado pelo mesmo sujeito incapaz”, Parecer “declinando pela absoluta invalidade dos efeitos da autuação”.

Finalmente, requer que a PROFAZ represente ao CONSEF, no sentido de que o presente Auto de Infração seja julgado nulo, a exemplo do Auto de Infração nº 02580567/90, lavrado pelo mesmo auditor fiscal.

Os autos foram enviados à Inspetoria da jurisdição do contribuinte e o auditor designado, em sua informação fiscal (fl. 35), rebate as alegações defensivas, aduzindo o seguinte:

Infração 3 – o autuado não provou que a prestação de serviço de transporte foi feita a contribuinte do ICMS.

Infrações 5, 6 e 7 – o sujeito passivo não conseguiu elidir a acusação fiscal.

Infração 8 – acata a alegação do autuado, consoante o artigo 6º, do RICMS/BA.

Por fim, pede a procedência parcial do lançamento.

O contribuinte acostou outra petição à Diretora da PROFAZ (fl. 37), solicitando a exclusão do presente Auto de Infração das propostas de pagamento de débitos via Dação em Pagamento. Na oportunidade, juntou cópias do Acórdão CJF nº 2101-11/01, do Parecer PROFAZ no Auto de Infração nº 25300066/90 e do Acórdão CS nº 0596/99 (fls. 39 a 57).

Em 21/03/03, 13/05/03, 21/05/03 e 23/07/03, o contribuinte, por meio de advogado, repetidamente se dirigiu à PROFAZ (fls. 59 e 60 e 86 a 93) relatando que apresentou no ano de 2001 um Pedido de Controle de Legalidade e consequente declaração de nulidade deste PAF, mas que, até o momento, aquele órgão jurídico ainda não havia se pronunciado a respeito e, sendo assim, requer que “se digne de manifestar a posição definitiva da PROFAZ sobre a matéria, apreciando o pedido, de CONTROLE DE LEGALIDADE, formulado pela empresa”.

Finalmente a PGE/PROFIS emitiu Parecer, através da Procuradora Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos (fls. 95 a 102), inicialmente historiando o PAF, discorrendo sobre a competência atribuída àquele órgão jurídico para efetuar Representação ao CONSEF, nos casos de vício insanável ou ilegalidade flagrante (artigo 119, inciso II e § 1º, do COTEB) e apresentando a disciplina legal sobre a extinção do crédito tributário por decadência e prescrição.

Quanto ao pedido de nulidade do lançamento formulado pelo sujeito passivo, entende que deve ser acatado, determinando-se à autoridade competente a realização de novo lançamento, imune ao vício que maculou o primeiro, diante da impossibilidade de se alegar a extinção do crédito

tributário por decadência, dada a regra do artigo 173, inciso II, do Código Tributário Nacional, que prescreve a reabertura do curso do prazo decadencial na hipótese de anulação do primeiro lançamento, por vício formal.

Por fim, conclui que, como o presente Auto de Infração ainda se encontra no curso do contencioso administrativo, não há que se falar em extinção do crédito tributário por prescrição e opina pelo indeferimento do pedido de representação ao CONSEF e o envio dos autos a este Conselho para julgamento do contencioso administrativo.

O Parecer acima aludido foi ratificado pelo Procurador Assistente Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho e, finalmente, pelo Procurador Chefe da PROFIS/PGE Dr. Jamil Cabús Neto (fls. 106 a 108), nos seguintes termos:

(...)

Com efeito, além do fato relativo ao pedido de controle de legalidade decorrente da incompetência do agente que praticou o ato de lançamento, o presente expediente contém a particularidade de que o Auto de Infração encontrava-se extraviado, tendo sido regularmente reconstituído.

Dessa forma, como asseverou a Dra. Rosana Passos, por incompatibilidade com a legislação, não caberia representação no exercício do controle de legalidade já que os autos foram extraviados antes do próprio julgamento pelo CONSEF, não havendo ainda pronunciamento daquele Eg. Órgão julgador acerca do lançamento.

Isto posto, apesar de no caso específico não ser pertinente a representação, deve o processo ser encaminhado ao Eg. CONSEF para julgamento do lançamento, vez que reconstituído os autos, devendo, para tanto, observar o pronunciamento da I. procuradora Rosana Maciel B. Passos que se manifesta pela nulidade do Auto de Infração nº 3067010, face à incompetência do agente, podendo, caso assim entenda, remeter posteriormente à Inspetoria de origem a fim de ser verificada a possibilidade de nova constituição do crédito tributário, não se lhe aplicando a decadência ou a prescrição.

A Decisão da 1^a Instância está fundamentada no Voto parcialmente reproduzido abaixo:

“Ocorre que foi publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia de 23/11/93, pelo Exmo. Sr. Governador do Estado, o Decreto s/n declarando a nulidade do ato de nomeação do autuante, tendo em vista a sua demissão, a bem do serviço público, efetivada pelo Governador do Mato Grosso do Sul, em 01/12/86.

Por provocação do autuado, a PGE/PROFIS se manifestou, às fls. 95 a 102 e 106 a 108, opinando pela nulidade deste lançamento, tendo em vista que o autuante era incompetente para praticar o ato de constituição do crédito tributário.

O próprio CONSEF já teve a oportunidade de declarar a nulidade de outros Autos de Infração lavrados pelo mesmo auditor fiscal, consoante os Acórdãos CJF nº 2101-11/01 e CS nº 0596/99 (apensados às fls. 39 a 49 e 55 a 57).

Pelo exposto, acompanho o Parecer exarado pela PGE/PROFIS para declarar nulo o presente lançamento, uma vez que foi lavrado por agente incompetente, e recomendo à autoridade fazendária que proceda à instauração de novo procedimento fiscal, se possível, a salvo de equívocos, nos termos do artigo 156, do RPAF/99.

Observo que, conforme o Parecer do órgão jurídico acima referido, não há que se falar em extinção do crédito tributário por decadência, dada a regra do artigo 173, inciso II, do Código

Tributário Nacional, que prescreve a reabertura do curso do prazo decadencial, nas hipóteses de anulação do primeiro lançamento por vício formal."

VOTO

Preliminarmente, cumpre-me registrar que o Auto de Infração sob exame foi reconstituído, tendo em vista o extravio do processo original.

Através de advogado o contribuinte se reportou a então PROFAZ, solicitando que fosse exercido o controle de legalidade, argüindo nulidade da autuação por ter sido lavrado por pessoa incompetente.

A PGE/PROFIS, relativamente ao pedido do autuado se manifestou no sentido da existência de incompatibilidade com a legislação, considerando que não caberia a representação no exercício do controle de legalidade por não ter havido o julgamento do Auto de Infração pelo CONSEF.

Concordo inteiramente com a posição da PGE/PROFIS.

No respeitante ao lançamento sob exame, a meu sentir não há muito o que se discutir, considerando a incompetência do agente.

Entendo que não há outro caminho a seguir senão o de declarar a nulidade da autuação, nos termos do art. 18, inciso I, do RPAF/99.

Existe ‘in casu’ a incompetência plena do agente, decorrente esta da anulação do ato de sua nomeação, através de Decreto s/n, publicado no DOE de 23/11/93.

Vale consignar que este CONSEF já se manifestara em julgamentos anteriores, declarando a nulidade de outros Autos de Infração lavrados pelo mesmo agente, conforme Acórdãos CJF nº 2101-11/01 e CS n. 0596/99.

Diante do exposto, sou pela NULIDADE do Auto de Infração, recomendando a autoridade fazendária que providencie a instauração de novo procedimento fiscal, afastada de logo qualquer arguição da ocorrência da decadência do direito do Estado em constituir o crédito tributário, tendo em vista o que estabelece o artigo 173, inciso II do Código Tributário Nacional.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **03067010/93**, lavrado contra **EMPRESA DE TRANSPORTES SÃO LUIZ LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de maio de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS- PRESIDENTE

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÉDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS