

PROCESSO - A. I. Nº 0936196009/07
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - JOSÉ SANTOS DA PAIXÃO
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 13/04/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0075-12/10

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Representação proposta com fulcro no art. 119, II, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), tendo em vista que não se pode exigir do autuado o valor do tributo, considerando que as mercadorias apreendidas foram depositadas em mãos de terceiro infiel, por Decisão da Administração Fazendária. Existência de óbice intransponível concernente à questão prejudicial que antecede a análise dos termos iniciais da representação, decorrente da existência de vício jurídico que atenta contra o princípio da estrita legalidade tributária: não consta nos autos o critério empregado para determinação do valor das mercadorias apreendidas, tornando inseguro o valor da base de cálculo do lançamento. Decretada, de ofício, a **NULIDADE** do Auto de Infração com fulcro no Art. 20 do RPAF/BA e na Súmula nº 1 do CONSEF. Representação **NÃO ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação interposta pela PGE/PROFIS que, no exercício do controle da legalidade, ao verificar a existência de mercadorias depositadas em poder de terceiro, reconheceu a *flagrante ilegalidade na pretensão de se executar judicialmente* o crédito apurado no presente Auto de Infração, propondo a este CONSEF a declaração da extinção da lide tributária perante o contribuinte autuado.

O Auto de Infração foi lavrado imputando-se ao autuado o “*transporte de mercadorias sem documentação fiscal*”. Foi lançado imposto no valor de R\$ 1.789,80, acrescido da multa de 100%.

Em dezesseis de outubro de 2007, foram lavrados os Termos de Apreensão e de Depósito, tendo sido designada a empresa “MAZZAFERA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E PADARIA LTDA.”, como fiel depositária das mercadorias apreendidas (fl. 3). Nessa mesma data, as mercadorias apreendidas foram liberadas para o depositário por se tratar de produtos perecíveis, conforme consta no Termo de Liberação (fl. 3v) e Nota Fiscal Avulsa nº 1560472007 (fl. 20).

Tendo em vista a não apresentação de defesa e nem o pagamento do débito tributário, o autuado foi declarado revel (fl. 24). Os autos foram remetidos à Comissão de Leilões Fiscais, a quem compete intimar o depositário a entregar à Administração Tributária as mercadorias mantidas em depósito, com vistas à realização do leilão fiscal (art. 950, § 2.º, II, do RICMS).

Considerando que o depositário manteve-se silente, os autos foram remetidos à Gerência de Cobrança para inscrição em dívida ativa e, em seguida, à PGE/PROFIS para o exercício do controle da legalidade, na forma do art. 113, §§ 1º e 2º, do RPAF/99.

No exercício do controle da legalidade, a representante da PGE/PROFIS, doutora Ana Carolina Moreira, Procuradora do Estado, faz uma síntese do processo, transcreve dispositivos do RICMS-BA e, em seguida, explica que o autuado abandonou as mercadorias apreendidas, permitindo que o Estado delas se utilizasse para satisfação do crédito tributário. Salienta que o devedor não escolheu ter as suas mercadorias apreendidas, pois essa foi uma opção do Estado que, ao assim proceder, assumiu os riscos daí decorrentes.

Com fulcro no art. 119, II e § 2º, do COTEB, a ilustre procuradora representa ao CONSEF, pugnando pela extinção do débito em relação ao autuado, tendo em vista a impossibilidade de se exigir o pagamento do débito relativo a mercadorias apreendidas e que foram, à luz da interpretação do artigo 950 do RICMS-BA, tidas como abandonadas.

Ressalta que, caso seja acolhida a Representação, os autos não deverão ser arquivados, e sim remetidos ao setor judicial da Procuradoria Fiscal, para que sirvam como prova das alegações formuladas contra o depositário, na ação de depósito a ser contra si promovida.

A Procuradora registra que a matéria tratada neste processo já foi objeto de estudo realizado pelo Grupo de Trabalho (GT) instituído pela Portaria PGE nº 051/2008 que, após relatar o problema e oferecer respostas às questões correlatas, formulou sugestões a fim de se evitar futuros problemas semelhantes.

Com base nesse estudo, a PGE/PROFIS defende que o ato de apreensão se reveste de plena constitucionalidade e se insere na categoria dos atos de poder de polícia conferidos à administração tributária. Sustenta a PGE que esse ato de retenção de mercadorias é um procedimento de natureza eminentemente fiscal e se enquadra como uma ação fiscal destinada a viabilizar a apuração e a cobrança do crédito tributário, em virtude da necessidade de o fisco documentar as práticas infracionais dos contribuintes à legislação tributária. Prega que o abandono das mercadorias se configura, conforme prescreve o § 6º, do art. 109, do COTEB, nas situações em que o contribuinte autuado, após devidamente intimado do lançamento, não efetua o pagamento do imposto ou deixa de apresentar defesa, mantendo-se silente também quanto à liberação das mercadorias apreendidas. Diz que nessas situações o ato omissivo do contribuinte configura uma renúncia tácita à propriedade dos bens, o que extingue contra ele a pretensão tributária, passando o Estado a ser titular de outro direito junto ao depositário, referente à devolução dos bens para satisfação do imposto devido. Defende a tese da extinção da relação jurídico-tributária junto ao autuado, concluindo ser a via da execução fiscal imprópria para o Estado, uma vez que o abandono dos bens apreendidos caracteriza a sua renúncia e opera a transferência da titularidade patrimonial ao credor e, em consequência, a desoneração do devedor. Às fls. 43 a 79, foram acostadas ao processo cópias do trabalho realizado pelo GT e do despacho do Procurador Geral.

Às fls. 80/84 dos autos, o procurador assistente da PGE/PROFIS, doutor José Augusto Martins Junior, acolhe sem reservas a Representação interposta, que recomendara a decretação de extinção do crédito tributário.

VOTO

Na presente Representação, a PGE/PROFIS pugna pela extinção do crédito tributário apurado no presente Auto de Infração, uma vez que a Administração Fazendária, ao decidir pela apreensão e depósito das mercadorias em mãos de terceiros, renunciou à cobrança do crédito tributário do próprio autuado.

Antes de adentrar no mérito da Representação da PGE/PROFIS, observo que há no lançamento tributário um vício capaz de nulificar o Auto de Infração, conforme

A acusação consignada no Auto de Infração foi o “*transporte de mercadorias sem documentação fiscal*”, tendo sido lançado ICMS no valor de R\$ 1.789,80. Todavia, não há nos autos como foi apurado o valor da base de cálculo do imposto, uma vez que não se sabe como foi determinado o preço das mercadorias apreendidas sem a devida documentação fiscal. Esse vício torna insegura a exigência fiscal, bem como cerceia o direito de defesa do contribuinte, maculando de nulidade o Auto de Infração, nos termos do disposto no artigo 18, II, IV, “a”, do RPAF/99.

Essa nulidade absoluta do lançamento, que por se tratar de matéria de ordem pública, pode e deve ser conhecida por este CONSEF, independentemente de provocação das partes e dos limites da representação proposta, até mesmo em atenção aos princípios da celeridade processual e eficiência, evitando-se, assim, a necessidade de novo incidente para reapreciação da questão.

Dessa forma, com fulcro no artigo 20 do RPAF/99, assim como na Súmula nº 1 do CONSEF, abaixo transcrita, impõe-se a decretação, de ofício, da nulidade do Auto de Infração.

“SÚMULA CONSEF Nº 01

ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA.

FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.

É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo”.

Voto, portanto, pelo NÃO ACOLHIMENTO da Representação da PGE/PROFIS e, de ofício, julgo NULO o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO ACOLHER** a Representação proposta, e de ofício, decretar a **NULIDADE** do Auto de Infração nº 0936196009/07, lavrado contra **JOSÉ SANTOS DA PAIXÃO**, devendo os autos ser encaminhados à PGE/PROFIS para conhecimento e adoção das providências pertinentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de março de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS