

PROCESSO - A. I. Nº 089008.0903/06-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA FILHO
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 13/04/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0076-12/10

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 de extinção de 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\$ 722,50, acrescido da multa de 100%.

Foi lavrado Termo de Apreensão e posterior Termo de Depósito, no qual foi designada a empresa “CEREALISTA FORTALEZA LTDA.” como fiel depositária das mercadorias apreendidas (fl. 6).

Tendo em vista a não apresentação de defesa e nem o pagamento do débito tributário, o autuado foi declarado revel e 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).

O depositário não devolveu, no prazo regulamentar, as mercadorias postas sob sua guarda e, em consequência, foi lavrado termo acerca desse fato (art. 950, § 4º, II, do RICMS) e os autos foram remetidos à Gerência de Cobrança para saneamento, tendo em vista a inscrição em dívida ativa.

Conforme despacho à fl. 20, o processo foi encaminhado à INFAZ Teixeira de Freitas, para que fosse acostada ao processo a procuração da pessoa que tomou ciência da lavratura do Auto de Infração à fl. 2 dos autos.

Em informação fiscal à fl. 24, o autuante explicou que a pessoa que tomou ciência do Auto de Infração foi a senhora Valdinéia de Jesus Silva, na época sócia da Cerealista Fortaleza Ltda., que ficou como fiel depositária, bem como era a remetente das mercadorias. Afirmou o autuante que deixava *“de enviar a procuração solicitada, pois a pessoa que tomou ciência da lavratura do Auto de Infração, o fez apenas por se tratar de sócia da empresa, já que o motorista e autuado trabalhava para a empresa dela.”*

Conforme o despacho à fl. 25, os autos foram remetidos à PGE/PROFIS, *“para apreciação da possibilidade de representação ao CONSEF pela nulidade do presente Auto de Infração, uma vez que foi lavrado contra o motorista do proprietário das mercadorias, conforme informação do autuante, fls. 24 do PAF.”*

Na Representação PGE/PROFIS de fls. 26 a 34, a doutora Maria Helena Cruz Bulcão 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.

Afirma a ilustre procuradora que, *“ao decidir pela via da apreensão e depósito das mercadorias em mãos de terceiros, a Administração Fazendária renuncia automaticamente à cobrança judicial do próprio autuado, pois estas são opções inconciliáveis, reciprocamente excludentes.”* Aduz que não há como executar o crédito consubstanciado no PAF, devendo o crédito tributário ser extinto, pois não seria lícito manter, em nome do autuado, débito tributário em relação ao qual este está inequivocamente desobrigado. Menciona que a extinção sugerida em nada embaraça a ação de depósito, pois a relação que se instaurará entre o fisco e o depositário não tem natureza jurídico-tributária.

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.

Em despacho às fls. 38 a 42, o doutor José Augusto Martins Junior, Procurador Assistente da PGE/PROFIS, acolhe, sem reservas, a Representação interposta, que recomenda 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, o 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\$ 722,50. 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 089008.0903/06-8, lavrado contra JOSÉ MARIA DE OLIVEIRA FILHO, 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