

PROCESSO - A. I. Nº 0938580000/08
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - FLN AÇOS REPRESENTAÇÕES LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 30/11/2010

2º CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0385-12/10

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Representação da PGE/PROFIS proposta com base no art. 119, parágrafo 1º, da Lei nº 3.956/81 do COTEB, em face do fato de não ser possível cobrar do autuado o valor do tributo, já que as mercadorias apreendidas foram por ele abandonadas em favor da Fazenda estadual. A relação jurídica entre o Estado, na condição de sujeito ativo, e o depositário infiel tem natureza civil e não tributária, cabendo a propositura da competente ação pela Procuradoria Fiscal. Representação PREJUDICADA. Decretada, de ofício, a NULIDADE do Auto de Infração. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação movida pela PGE/PROFIS em relação ao Auto de Infração em referência, lavrado em 19/06/2008, no qual o contribuinte foi autuado no valor total de R\$ 958,80, em face de constatação de transporte de mercadoria sem documentação fiscal correspondente, consoante consta na fl. 1 dos autos. O enquadramento dessa infração se deu de acordo com o artigo 201, Inciso I, combinado com o art.39, inciso I, alínea “d”, ambos do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97.

O autuado foi intimado para proceder à quitação do Auto de Infração supracitado ou apresentar defesa no prazo de 30 dias. Passado esse decurso de tempo, o contribuinte não se manifestou, logo gerou a consequência da revelia para si.

Houve a apreensão de mercadorias cuja circulação irregular provocou a autuação, sendo essas mercadorias depositadas em poder da empresa PROJETOS NEGÓCIOS PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA, nos termos constantes às fls. 03 a 05 dos autos, inclusive constando uma declaração assinada por CAROLINA DIAS FERREIRO como responsável, na qual firma o valor médio das mesmas para fins fiscais, declarando, ainda, que tais mercadorias seriam comercializadas na Feira Moda Brasil, que estava acontecendo no Centro de Convenções da Bahia, na Boca do Rio, em Salvador, no período de 18 a 22/06/2008. Inclusive a fiscalização e a apreensão se deram no Módulo da Secretaria da Fazenda instalado no Centro de Convenções naquele período da referida Feira.

A empresa autuada foi intimada da obrigação de quitar o débito fiscal constante no Auto de Infração em epígrafe, conforme reza às fls. 08 e 10 dos autos. Em seguida, foi lavrado o Termo de Revelia, acostado à fl. 11, para, posteriormente, ser lavrada intimação à empresa depositária PROJETOS NEGÓCIOS PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA, de modo que a mesma entregasse ao Fisco as mercadorias apreendidas (fl.12). A referida empresa depositária não atendeu à referida intimação. Diante disto, foi encaminhado à SAT/DARC/GECOB para inscrição do débito fiscal em dívida ativa, ou então acionar o infiel depositário, já que, até então, não tinha entregue as mercadorias que estavam sob sua guarda.

A PGE/PROFIS, em 25 de setembro de 2009, no exercício do controle da legalidade solicitou, que o PAF fosse encaminhado à GECOB/DA para diligenciar junto à INFRAZ de origem, visando verificar a devida regularidade da intimação (fl. 26). Em atenção à referida s intimação à empresa depositária, via Correios (fls.29/30) e, em segu Oficial, através do Edital de Intimação 02/2010. Não havendo mani

os autos foram reencaminhados à SAT/DARC/GECOB para inscrição do crédito tributário em DÍVIDA ATIVA, ou acionar o infiel depositário para devolver as mercadorias que estão em sua guarda, nos termos constantes à fl. 32. Na fl.32 consta ainda encaminhamento do PAF à PGE/PROFIS para seu parecer conclusivo.

A PGE/PROFIS, em 26 de julho de 2010, por meio da ilustre Procuradora Dra. Ana Carolina Moreira, procedeu Representação a respeito do caso em lide que, preambularmente, discorreu sobre os fatos ocorridos até então, para, após iniciar a sua argumentação.

No bojo de sua extensa análise, ressaltou ser correto afirmar que o encadeamento apreensão/depósito/leilão não guarda qualquer vinculação para com a relação obrigacional tributária, posto que, como visto, somente restou instituído por causa dela e para fins de guarnecer-la.

Citou o art. 950, do RICMS, onde consta a norma de que as mercadorias apreendidas, uma vez abandonadas serão levadas a leilão público, para quitação do imposto devido, assim como os arts. 949, 956 e 957 do RICMS/Ba, dos quais depreende-se que, independentemente do resultado final do leilão fiscal, o Auto de Infração respectivo será homologado e arquivado, considerando-se o contribuinte desobrigado em relação ao débito.

Embasou-se ainda no art. 109, parágrafo 7º, do COTEB, no qual fica expresso que do produto do leilão, a Fazenda Pública reterá apenas o valor suficiente para cobrir as despesas e débito tributário, “.....considerando-se desobrigado o devedor em caso de doação, se o valor arrecadado não foi suficiente ou se abandonou as mercadorias (grifou-se)”, extraído da fl. 37 dos autos. Citou ainda o parágrafo 6º do mesmo artigo, para expressar seu entendimento de que houve o abandono das mercadorias apreendidas, pois por este item é considerada a mercadoria apreendida como abandonada quando “(i) se não é “solicitada a liberação das mercadorias” e (ii) não há “o pagamento ou impugnação do débito no prazo legal”, nos termos transcritos da fl. 37.

Ressaltou a PGE/PROFIS, por oportuno, o fato de o depósito das mercadorias nas mãos de terceiro ocorrer por escolha da fiscalização, que, se assim procede por conveniência própria, deve assumir os riscos daí decorrentes.

Asseverou a ilegalidade de se manter o débito fiscal em nome do autuado, por entender que o mesmo está extinto, com fulcro na legislação citada na sua peça de Representação ao CONSEF, enfatizando o art. 119, II, do COTEB através de decisão administrativa irreformável, nos moldes do art. 156, IX, do CTN.

Alegou, ainda, que a ora sugerida extinção do auto de infração em nada obsta a propositura da ação de depósito contra o depositário infiel, pois a relação que se instaura entre esta e o Fisco não tem natureza jurídico-tributária, constituindo-se em liame de índole notadamente civil.

Aduziu que, mesmo extinto o Auto de Infração em epígrafe, o PAF não deverá ser arquivado, ficando como prova das alegações a serem formuladas contra a depositária.

Concluiu, representando contra o Auto de Infração, em favor da extinção da referida autuação e, posteriormente, uma vez acolhida a Representação, deverá o PAF ser encaminhado à Coordenação Judicial da PGE/PROFIS, a fim de propositura de ação de depósito contra a empresa PROJETOS NEGÓCIOS PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA.

À fl. 42 dos autos, a procuradora assistente, Dra. Aline Souza Solano Casali Baia acolhe e ratifica os termos da Representação e a encaminha ao CONSEF para julgamento.

Na assentada de julgamento, o ilustre Conselheiro Waltérlio Serpa, de ofício, arguiu a nulidade do Auto de Infração por entender que havia uma falha formal, ou seja, verificou, à luz dos autos, que o Termo de Apreensão foi lavrado posteriormente à lavratura do referido Auto. Em oposição a esta arguição de nulidade suscitada, a preclarra Dra. Aline Casali, na condição de procuradora assistente da PGE/PROFIS, se manifestou contrária a esta nulidade por entender que tal falha constitui-se uma mera irregularidade formal, não sendo capaz de afastar a validade da autuação em tela.

A nulidade foi colocada em votação e, por decisão não unânime, acolheu-se a aludida nulidade restando prejudicada a representação

VOTO (Vencido quanto à Preliminar de Nulidade)

Em relação à nulidade suscitada, de ofício, pelo conselheiro Valtércio Serpa Júnior, com a devida *venia* dos meus pares concordantes com a susomencionada nulidade, me insurjo contrariamente, por entender que a mesma está equivocada. Esta Decisão não contribui para busca da verdade material e justiça fiscal na esfera administrativa. Tal medida, a meu ver, beneficia indevidamente a empresa depositária infiel, ou seja, o Contribuinte ficou sem as mercadorias e o Fisco sem o direito de tentar reaver o valor equivalente ao seu crédito tributário através das mercadorias apreendidas, nos termos dispostos no Art. 109, § 6º, do COTEB.

O cerne da questão de nulidade colocada está no descumprimento da exigência formal, ou seja, houve uma oposição de horários nos procedimentos formais da autuação, vez que o autuante lavrou o Auto de Infração às 16h do dia 19/06/2008 e elaborou o Termo de Apreensão das Mercadorias às 18h deste mesmo dia.

Cumpre-me perquirir sobre qual a extensão das consequências da citada irregularidade apontada para a pretendida verdade material e justiça fiscal.

Da minha análise extraio que tal falha formal do procedimento fiscal não compromete o perfeito entendimento do teor da infração, ou seja, a identificação da natureza da infração, do infrator e do montante do débito tributário cobrado no bojo da infração. Portanto, tal falha formal é insuficiente para fulminar o Auto de Infração.

É de meridiana clareza, tomado como base o § 1º do Art. 18 do RPAF/99, que é possível a existência de incorreções ou omissões e a não observância de exigências meramente formais em um processo fiscalizatório, como é o caso em foco.

Todavia este dispositivo legal do RPAF deixa claro e patente que isto, por si só, não enseja a nulidade da autuação. Para que possa ser decretada a nulidade é mister que não seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, fatos que, no caso em discussão, não ocorreram. Para melhor elucidar este argumento, permito-me transcrever, *in verbis*, esta passagem do artigo supracitado:

"Art. 18. São nulos:

(...)

IV - o lançamento de ofício

§ 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,"

Por tudo exposto, voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da NULIDADE suscitada, de ofício, do referido Auto de Infração e pela apreciação da Representação interposta pela PGE/PROFIS.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Preliminar de Nulidade Suscitada de Ofício)

Permita-me o nobre relator, utilizar-me da prerrogativa contida no artigo 20 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o qual determina que a nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato, no sentido de propor a nulidade do presente lançamento, consubstanciado no Auto de Infração ora apreciado.

E tal proposição se justifica pela constatação de que a data de lavratura do Auto de Infração foi o dia 19 de junho de 2008 às 16h (fl. 1), ao passo que a lavratura do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos 145105 ocorreu no mesmo dia 18h, ou seja, após o Auto de Infração.

Rege o artigo 939 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97:

Artigo 939. Para efeito de arbitramento da base de cálculo do ICMS, o auditor fiscal ou agente de tributos estaduais, antes da lavratura do Auto de Infração, emitirá:

(...)

II - Termo de Apreensão, quando se tratar de irregularidade constatada ;

Por outro lado, o artigo 940 do mesmo diploma legal, estatui que:

Artigo 940. O fisco estadual poderá apreender, mediante lavratura de Termo

I - os bens móveis, inclusive semoventes, em trânsito ou existentes em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de cooperativa ou de responsável tributário, que constituam prova material de infração à legislação fiscal;

II - as mercadorias transportadas ou encontradas sem a documentação fiscal exigível;

E complementa em seu § 7º:

§ 7º: A lavratura do Termo de Apreensão será seguida, quando for cabível, após a fase de averiguação que porventura o caso requeira, da lavratura do Auto de Infração.

Dessa forma, a legislação determina que a lavratura do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos deve preceder a do Auto de Infração, sendo aquele um ato preparatório e preliminar deste.

Fica, também, bastante cristalino que a lavratura do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos tem como objetivo instaurar apuração fiscal para determinação, ou não, da existência de lesão ao Fisco. Em caso positivo, lavra-se o respectivo Auto de Infração.

Por outro lado, uma gama de princípios rege o Processo Administrativo Fiscal, dentre eles o da ampla defesa, exercida em sua totalidade pela Autuada, o do contraditório, igualmente exercido no presente processo, e o da legalidade objetiva, que nada mais é do que o processo administrativo fiscal deve ser instaurado com base e na preservação da lei.

Os elementos trazidos aos autos inegavelmente indicam que houve erro por parte do nobre autuante, ao lavrar o Auto de Infração anteriormente ao Termo de Apreensão, e que tal erro contaminou toda a sequência do processo, nos termos do § 3º do artigo 18 do RPAF/99, razão pela qual os atos processuais subsequentes, decorrentes do erro cometido encontram-se prejudicados, e, consequentemente, imprestáveis para qualquer fim, e à vista de tal fato, a prudência e segurança determinam que a ação fiscal deva ser anulada.

Este entendimento tem sido uma constante por parte deste órgão julgador, em situações semelhantes, estando o mesmo pacificado no seu entendimento.

De tudo exposto, considerando os vícios apontados quanto da lavratura do Auto de Infração, especialmente que o ato nulo foi aquele que desencadeou toda a ação fiscal, voto pela NULIDADE do Auto de Infração e, como consequência, fruto da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente, na forma do artigo 180 do RPAF, seja a Representação proposta julgada prejudicada, pela superveniência da decisão de nulidade.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, considerar **PREJUDICADA** a análise da Representação proposta e, de ofício, declarar **NULO** o Auto de Infração nº 0938580000/08, lavrado contra **FLN AÇOS REPRESENTAÇÕES LTDA**.

VOTO VENCEDOR (Quanto à Preliminar de Nulidade): Conselheiros (as): Valtercio Serpa Júnior, José Antonio Marques Ribeiro, Nelson Antonio Daiha Filho e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO VENCIDO (Quanto à Preliminar de Nulidade): Conselheiros: Carlos Henrique Jorge Gantois e Mônica Maria Roters.

Sala de Sessões do CONSEF, 08 de novembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR/VOTO
(Vencido quanto à preliminar de nulidade)

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – VOTO VENCEDOR
(Quanto à preliminar de nulidade)