

PROCESSO - A. I. N° 213080.0061/13-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - HERVAL PEREIRA PASSOS
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 29/12/2017

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0364-11/17

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com fulcro no art. 113, I, § 5º, do RPAF/BA c/c o art. 136, §2º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), tendo em vista que a lavratura de Autos de Infração contra terceiros, na condição de responsáveis por solidariedade, só se mostra legítima na medida em que não se possa identificar o contribuinte de direito, o que, neste caso, foi possível reconhecer o contribuinte de direito do imposto, pois os autos em sua procedimentalidade se encontra eivada de vícios insanáveis que violam os princípios da legalidade e do devido processo legal. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS à luz do §5º, I, do art. 113 do RPAF c/c §2º do art. 136 do COTEB, da lavra da i. Procuradora Dra. Paula Gonçalves Morris Matos, referendado pela Procuradora Assistente Dra. Rosana Passos (DESPACHO PGE/PROFIS), visando o cancelamento do presente Auto de Infração, sendo as irregularidades que maculam o Auto de Infração de variadas ordens, conforme os fundamentos que seguem abaixo:

Foi imputada ao Contribuinte a exigência de ICMS em razão do transporte ou operação de mercadoria sem documentação fiscal.

O i. Procurador Dr. Álvaro Torres da Silva, apreciando a questão, entendeu pelo cancelamento do débito, uma vez que as mercadorias apreendidas foram consideradas abandonadas, ficando desobrigado o devedor e extinto o crédito tributário, razão porque não se pode falar em inscrição do crédito em Dívida Ativa.

Para o i. Representante, por se tratar de lançamento tributário efetuado mediante a modalidade de notificação fiscal, autorizou-se a DARC para proceder ao cancelamento do respectivo débito.

Em Despacho proferido pelo Procurador Geral do Estado, Dr. Paulo Moreno Carvalho, determinou-se que, por questão de competência para propositura da ação de depósito, já definida no Processo n° 186251/2015-5, encaminhado à Procuradoria Judicial, retorno este expediente à PROFIS, a fim de que todos os processos pendentes de propositura de ação de depósito sejam remetidos à PJ, para as providências pertinentes.

Conforme solicitado pela Procuradora Assistente do NER, o processo foi encaminhado para ao NCADM para cobrança administrativa no valor de R\$68.154,11.

Em 27/12/2006 o representante legal da empresa foi intimado a comparecer no Núcleo de Cobrança Administrativa (NCADM/PJ)

Em Controle de Legalidade interposto pelo Contribuinte, a matéria foi levada à apreciação da PGE/PROFIS.

No exercício do controle da legalidade, a representante da PGE/PROFIS, faz uma síntese do processo, e, em seguida, adentra às razões da Representação em comento.

Informa a i. Procuradora que foi lavrado Termo de Apreensão de Mercadorias/Documentos e Depósito nº 1046599 em face da empresa G2L2 Comércio de Bebidas Ltda. em 12/04/2013 e o Termo de Apreensão de Mercadorias/Documentos e Depósito nº 104600 em face de Herval Pereira Passos em 07/06/2013 (fl. 06 e 07), tendo ambos os termos, a firma G2L2 Comércio de Bebidas Ltda., como a indicada fiel depositária das mercadorias apreendidas.

Restou comprovado que o autuado trabalhava na função de encarregado de estoque na referida empresa, sendo que o autuado *“foi o único que se apresentou como responsável e que assinou todos os documentos relativos à ação fiscal”*, sendo colacionada aos autos pela fiscalização uma única nota fiscal inutilizada em nome da empresa G2L2 Comércio de Bebidas Ltda.

Ressalta que o crédito tributário consubstanciado no Auto de Infração foi cancelado indevidamente, uma vez que tal cancelamento foi realizado pela DARC com supedâneo no insculpido no art. 113, §5º, II c/c art. 114, II do RPAF/99.

Assevera que o cancelamento de crédito tributário, inscrito ou não em Dívida Ativa, deve ser efetuado pela DARC, mediante Parecer da PGE, em qualquer hipótese de vício insanável ou ilegalidade flagrante no lançamento mediante Débito Declarado ou Notificação Fiscal.

Ocorre que, conforme afirma a i. Procuradora, não se trata a hipótese dos autos de Débito Declarado ou Notificação Fiscal, mas de Auto de Infração, que impõe, para o seu cancelamento, Representação a ser apresentada ao Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF, na forma preconizada no art. 113, §5º, I do RPAF/BA.

Assim, com base no princípio da legalidade e o poder-dever de autotutela que a administração Pública tem sobre seus próprios atos e agentes, defende a representante da PGE/PROFIS a invalidação do ato por ela (o Estado) praticado eivado de vício, porque dele não se originam direitos, conforme Súmula 473 do STF.

Dessa forma, afirma que deve ser anulada a decisão que ordenou a extinção do crédito tributário, devendo este ser restabelecido e, ato contínuo, a presente Representação ser encaminhada ao CONSEF para apreciação das irregularidades que, efetivamente, contaminam o Auto de Infração em apreço.

Ressalta que em 12/04/2013 foi iniciada a ação fiscal com a lavratura do Termo de Apreensão de Mercadorias/Documentos e Depósito nº 1046599 em face da empresa G2L2 e, ultrapassados 30 (trinta) dias, não foi lavrado o competente Auto de Infração, tal qual estabelecido pelo §2º do art. 28 do RPAF vigente à época dos fatos geradores, encerrando-se, portanto, naquela oportunidade, a referida informação fiscal.

E mais, a autoridade autuante, em 07/06/2013, desconsiderando o quanto disposto na norma acima invocada, procedeu à lavratura do novo Termo de Apreensão de Mercadorias/Documentos e Depósito (nº 104600) em face de Herval Pereira Passos, após o que lavrou o Auto de Infração em referência em 01/07/2013.

Segundo entendimento da Procuradoria, explanado na Representação, em hipóteses tais como a presente, em que a ação fiscal se encontrava encerrada por disposição legal expressa, não estaria a preposta do Fisco sequer autorizada a lavrar o segundo Termo de Apreensão e Depósito, quiçá o subsequente Auto de Infração, muito menos contra pessoa diversa daquela inicialmente identificada como legitimada para figurar no polo passivo da autuação.

Outra questão observada é a de que, a lavratura de Autos de Infração contra determinados terceiros, na condição de responsáveis por solidariedade, só se mostrará legítima na medida em que não se possa identificar o contribuinte de direito. Assim, sendo possível reconhecer o contribuinte de direito do imposto – tal como ocorre no caso ora em análise-, é contra ele que, necessariamente, deve ser lavrado o Auto de Infração.

Nesta senda, assevera que ficou claramente definido, desde o início da ação fiscal, com a lavratura do Termo de Apreensão e Depósito nº 104599, que o autuado era tão somente um empregado da efetiva proprietária das mercadorias, a empresa G2L2 Comércio de Bebidas Ltda., concluindo que apenas contra esta poderia ter sido lavrado o Auto de Infração, padecendo de nulidade, por ilegitimidade passiva, o lançamento de ofício. (art. 18, IV, "b" do RPAF).

Cita jurisprudências deste CONSEF que adotam essa interpretação em processo semelhantes, como os Acórdão N^{os} CJF 0031-12/09, 0229-11/09, 0183-11/10, dentre outros.

Informa que a empresa G2L2 compareceu à Procuradoria, informando que apresentou à fiscalização referido termo que contém declaração de recebimento de DANFEs e carimbo apostado por funcionário da SEFAZ/DAT METRO/IFMT METRO (fl. 05), e que, instada a se manifestar, a autuante não se pronunciou sobre o teor de tal documento, que poderia, inclusive, elidir totalmente a ação fiscal.

Por tudo quanto exposto, reque a Procuradoria o cancelamento do presente Auto de Infração.

Ademais, esclarece que a presente Representação se faz necessária, uma vez que, cancelado o Auto de Infração e desobrigado o autuado, pelos motivos considerados, restará igualmente desobrigado o fiel depositário das mercadorias apreendidas no *mínus* assumido perante a Administração Pública, de modo que, não haverá mais fundamento para a propositura de ação de depósito contra a referida empresa.

Por fim, para efeito de operacionalização, requereu o encaminhamento dos autos à DARC com vistas a restauração do débito do sistema, bem como determinou o encaminhamento do processo para a Procuradora Assistente.

Em Despacho proferido, a Procuradora Assistente acolheu o pronunciamento da i. Procuradora Dra. Paula Morris Matos.

Conforme requerimento da Procuradoria, o processo foi encaminhado à DARC a qual alterou a situação atual do processo de "INICIAL/arquivado" para "2^a Inst – DISTRIBUICAO/Em Aberto".

Concluídas a determinações, o processo foi encaminhado para este CONSEF, distribuído para umas das Câmaras de Julgamento Fiscal, em respeito ao devido processo legal.

VOTO

Inicialmente, ressalta a i. Procuradora que o Auto de Infração foi cancelado indevidamente, uma vez que tal cancelamento foi realizado pela DARC com base no art. 113, §5º, II c/c art. 114, II do RPAF/99, sendo que, por se tratar de um Auto de Infração e não Débito Declarado ou Notificação Fiscal, de acordo com o precitado artigo, o meio legal correto é a Representação da PGE junto ao CONSEF.

Assim, a i. Procuradora, acertadamente, entendeu pela *nulidade da decisão que ordenou a extinção do crédito tributário, devendo este ser restabelecido e, ato contínuo, a presente Representação ser encaminhada ao CONSEF para apreciação das irregularidades que, efetivamente, contaminam o Auto de Infração em apreço.*

Deste modo, requereu o encaminhamento dos autos à DARC com vistas à restauração do débito do sistema, a qual alterou a situação atual do processo de "INICIAL/arquivado" para "2^a Inst – DISTRIBUICAO/Em Aberto".

Ora, após a correção procedural realizada pela i. Procuradora Dra. Paula Morris Matos, este CONSEF passa a decidir, como determina o art. 113, §5º, I do RPAF/BA.

Todavia, antes de adentrar a questão meritória do cancelamento do débito, nos cabe analisar as nulidades trazidas à baila em sede de Controle de Legalidade.

Na presente Representação, a PGE/PROFIS, em consonância com os pontos abordados no Controle de Legalidade, pugna pelo cancelamento do Auto de Infração, por entender que este encontra-se maculado por inúmeros vícios procedimentais, quais sejam:

1. A ação fiscal foi iniciada com a lavratura do Termo de Apreensão de Mercadorias/Documentos e Depósito nº 1046599 (iniciada em 12/04/2013) contra a empresa G2L2, tendo sido o Auto de Infração lavrado após os 30 (trinta) dias, numa total afronta ao disposto no art. 28, §2º do RPAF vigente à época dos fatos geradores.
2. Após a perda de validade do Termo de Apreensão lavrado em 12/04/2013, a autoridade fiscal lavrou em 01/07/2013 (cerca de 3 meses depois) o presente Auto de Infração contra o Sr. Herval Pereira Passos, e não contra a empresa G2L2 (legitima passiva, por ser o contribuinte de direito, inclusive conhecido pela autoridade fiscalizadora).

De fato, denota-se, de plano, a violação ao devido processo e os princípio da legalidade, uma vez que a norma que determinava que:

“§ 2º Tratando-se de apreensão de mercadorias, uma vez lavrado o Termo de Apreensão, este perderá a validade se no prazo de 30 (trinta) dias não for lavrado o Auto de Infração correspondente, considerando-se encerrada a ação fiscal e podendo o sujeito passivo recolher o débito espontaneamente.” (grifo nosso).

Assim, como se não bastasse o erro inicial, que por si só já fulminaria o presente Auto de Infração, a autoridade fiscalizadora, em 01/07/2013 lavrou o presente Auto de Infração contra o representante da empresa, o Sr. Herval Pereira Soares, sendo que o proprietário das mercadorias, aquele que descumpriu sua obrigação tributária, quando deixou de emitir as notas fiscais exigidas pela legislação, sempre foi conhecido pela fiscalização.

Assim, o Sr Herval Pereira Soares é parte ilegítima desta autuação, uma vez que a lavratura de autos de infração contra determinados terceiros, na condição de responsáveis por solidariedade, só se mostrará legítima na medida em que não se possa identificar o contribuinte de direito. Sendo possível reconhecer o contribuinte de direito do imposto, é contra ele que, necessariamente deve ser lavrado o Auto de Infração.

Por tudo quanto exposto, a Representação da PGE/PROFIS merece acolhimento, devendo ser considerado NULO o presente Auto de Infração, uma vez que a proceduralidade encontra-se eivada de vícios insanáveis que violam os princípios da legalidade e do devido processo legal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta e julgar **NULO** o Auto de Infração nº 213080.0061-13-5, lavrado contra **HERVAL PEREIRA PASSOS**.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS