

PROCESSO - A. I. Nº 0935991530/07
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - HAMILTON GALDINO DA SILVA
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 26/08/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0237-12/09

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Representação proposta com fulcro no art. 119, inciso II, 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 de um 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 a **NULIDADE** do Auto de Infração, com apoio do representante da PGE/PROFIS, bem como, com fulcro no Art. 20 do RPAF/BA e na Súmula nº 1 do CONSEF. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

De acordo com o instrumento de fls. 23 a 31 as ilustres procuradoras lotadas na PGE/PROFIS Maria Dulce Baleeiro Costa, Paula Morris Matos e Angeli Guimarães Feitosa encaminham ao CONSEF representação pugnando pela declaração de extinção do débito consignado no Auto de Infração em tela, através de Decisão administrativa irreformável, nos moldes do art. 156, IX do CTN.

Destacam que os presentes autos cuidam de processo em que houve a apreensão de mercadorias cuja circulação irregular provocou a autuação e que tais mercadorias foram depositadas em poder de Márcia Ferrão Borges, pessoa totalmente alheia à autuação, que nada se relaciona com o autuado e que sendo posteriormente intimada a entregar as mercadorias à Comissão de Leilão, quedou-se inerte, não as tendo apresentado, observando, ainda, a condição de revel do autuado, encerrando-se, assim, a instância administrativa de julgamento.

Adentram em considerações acerca do posicionamento anterior da própria PGE/PROFIS inaugurado no PAF nº 8854441103040, discorrendo a respeito de suas linhas mestras para, em seguida, fundamentar suas divergências em relação ao entendimento ali consignado, no sentido de que *“o abandono, na forma da lei, das mercadorias apreendidas, desobrigando o devedor quanto ao débito, redundando na extinção deste, razão pelas qual vedada a sua exigência por conduto de execução fiscal a ser promovida contra o autuado, mesmo naquelas hipóteses em que não entregues, pelo terceiro depositário, as mercadorias em seu poder”*, para adiante reafirmarem que *“na específica hipótese sobre a qual se debruça o presente escrutínio, a via da execução fiscal contra o autuado não se apresenta como opção aberta ao Estado, dada a extinção, por desoneração do devedor, do crédito tributário respectivo”*.

Conclui aduzindo que *“a ora sugerida extinção do Auto de Infração em nada obsta a propositura de ação do depósito contra a depositária 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”*, solicitando, ainda, que mesmo extinto o Auto de Infração, o processo não deverá ser arquivado, já que servirá como prova das alegações a serem formuladas contra a

depositária. Por este motivo solicita que, acaso acolhida à representação, seja o PAF remetido à Coordenação Judicial da PGE/PROFIS para fins de propositura da ação de depósito.

O ilustre procurador assistente José Augusto Martins Júnior ratifica os termos da representação e determina seu encaminhamento ao CONSEF para apreciação da pretensão de nulidade veiculada pela PGE/PROFIS.

Entretanto, na assentada do julgamento no dia 05 de agosto de 2009, o ilustre procurador assistente da PGE/PROFIS Dr. José Augusto Martins Júnior, presente à sessão, aderiu à tese da discussão relativa à proposição, de ofício, da nulidade do Auto de Infração em face da flagrante insegurança na fixação do valor da base de cálculo, posicionando-se favoravelmente à decretação da nulidade do Auto de Infração.

VOTO

Antes do exame dos termos iniciais da representação proposta pela PGE/PROFIS, emergiu da análise dos autos uma questão prejudicial que antecede essa análise, decorrente de um 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.

Com efeito, a acusação posta na inicial refere-se a “transporte de mercadorias sem documentação fiscal” e indica uma base de cálculo no valor de R\$3.327,84. Já no instrumento intitulado “Memória de Cálculo”, fl. 3, assinado por preposto fiscal diverso do autuante, foi atribuído ao valor das mercadorias apreendidas a quantia de R\$2.773,20 que foi acrescida do percentual de lucro na ordem de 20% para atingir o mencionado valor de base de cálculo. Ocorre, entretanto, que não consta nos autos como se encontrou esse valor e qual o meio legal utilizado, fato este que torna insegura a exigência fiscal.

Diante do exposto e em consonância com os argumentos do ilustre Procurador Assistente da PGE/PROFIS acima expostos, bem como, com fulcro no Art. 20 do RPAF/BA e na Súmula nº 1 do CONSEF, abaixo transcrita, entendo que deve ser julgado **nulo** o Auto de Infração objeto da representação.

“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”.

Em conclusão, ACOLHO a representação proposta, para julgar NULO o Auto de Infração em tela, em face da existência do vício insanável acima indicado, o que implica, consequentemente, na impossibilidade de propositura da ação de depósito.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a representação proposta e julgar **NULO** o Auto de Infração nº **0935991530/07**, lavrado contra **HAMILTON GALDINO DA SILVA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de agosto de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS