

PROCESSO - A. I. Nº 299689.0061/06-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - JOÃO BATISTA SILVA
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 13/04/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0082-12/10

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 a comprovação do valor arbitrado pelo fisco para determinação do preço atribuído às 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

De acordo com o instrumento de fls. 27 a 35 as ilustres procuradoras lotadas na PGE/PROFIS Paula Gonçalves Morris Matos, Maria Dulce Baleeiro Costa e Ângeli Maria Feitosa encaminham representação pugnando pela declaração de extinção do débito consignado no Auto de Infração em tela, com supedâneo no art. 119, II, da Lei nº 3.956/81 – COTEB.

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 LA SANTÉ AGRO ALIMENTOS LTDA, 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 pela 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 respei*

Conclui aduzindo que *“a ora sugerida extinção do Auto de propositura de ação do depósito contra a depositária infiel, pois a esta e o Fisco não tem natureza jurídico-tributária, constitu*

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 a representação, seja o PAF remetido à Coordenação Judicial da PGE/PROFIS para fins de propositura da ação de depósito.

Informam, por derradeiro, que a posição acima que defendem representa o entendimento oficial consolidado na PGE/BA acerca do assunto, posto quer homologada pelo Procurador Geral do Estado, por ocasião da análise do Parecer proveniente do Grupo de Trabalho especificamente constituído para estudar tal questão, doc. fls 36 a 71.

O ilustre procurador assistente José Augusto Martins Júnior, através de manifestação às fls. 72 a 76, após alinhar sua fundamentação a respeito do assunto em pauta, ratifica os termos da representação e determina seu encaminhamento ao CONSEF para apreciação da pretensão de declaração de extinção do débito objeto do Auto de Infração epigrafado.

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. Assim é que, no campo da descrição dos fatos no Auto de Infração, consta o que segue: ***“Tratam-se de quinze mil quilos de maracujá azedo em veículo interceptado na entrada da indústria de sucos La Santé Agroalimentos Ltda., que figura como fiel depositária, destinados a industrialização, desacompanhados de documentação fiscal. Preço praticado na operação, conforme outras aquisições da empresa destinatária = R\$0,75 o quilo”***. Já no Termo de Apreensão de Mercadorias, fl. 05, está consignado que esse valor refere-se ao “preço praticado na operação”.

Ora, a fixação do valor da base de cálculo deve obedecer, sempre, aos critérios previstos em lei. No caso que ora se examina, a autuante informa que chegou ao valor da base de cálculo, tomando como parâmetro o preço praticado em outras operações pelo destinatário das mercadorias enquanto que no Termo de Apreensão afirma que utilizou o preço praticado na operação. Em ambas as situações há total ausência de provas de como se apurou esse valor e qual o meio legal utilizado, inexistindo nos autos qualquer documento que confirme o preço arbitrado para a operação. Este fato, sem dúvida, torna insegura a exigência do crédito tributário.

Neste contexto, entendo que o vício constatado na ação fiscal contamina todo o Auto de Infração e dentro desse quadro factível fica evidente a insegurança na fixação do *quantum debeatur* da infração imputada, hipótese prevista na legislação, Art. 18, inciso IV, “a” do RPAF/BA, como determinante da nulidade da autuação.

Isto posto, *in casu*, como já dito, infere-se situação de nulidade absoluta, a qual, 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, destarte, a necessidade de novo incidente para reapreciação da questão. A este respeito, invoco a Súmula nº 1 do CONSEF, abaixo transcrita:

“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, NÃO ACOLOHO a representação proposta, e, de ofício, pelo RPAF/BA, voto pela NULIDADE do Auto de Infração epigrafado e, por consequente, insanável acima indicado, o que implica, consequentemente, na inextinção da ação de depósito.

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, declarar **NULO** o Auto de Infração nº 299689.0061/06-0, lavrado contra **JOÃO BATISTA SILVA**.

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

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS