

PROCESSO - A. I. Nº 299689.0266/08-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SANTANA SANTOS ALIMENTOS LTDA. (SANTANA SANTOS SUPERMERCADOS)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ/ILHÉUS
INTERNET - 26/09/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0287-12/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. IMPRECISÃO E INCERTEZA QUANTO AO VALOR DA MERCADORIA E DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO. SÚMULA CONSEF nº 01. Representação proposta com base no art. 119, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). É nulo o procedimento desprovido de elementos que determinem, com segurança, o valor das mercadorias e, conseqüentemente, a base de cálculo do ICMS. O levantamento da base de cálculo deve ser realizado com minúcia, apontando corretamente o valor dos objetos apreendidos, para que não ocasione incerteza quando ao valor da mercadoria. Representação **NÃO ACOLHIDA**. Decretada, de ofício, Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Representação interposta pela PGE/PROFIS que, no controle da legalidade, após verificar a existência de mercadorias depositadas em poder de terceiros e desaparecidas, reconheceu a flagrante ilegalidade de se manter em nome do autuado débito do qual já se encontra legalmente desobrigado. Assim, propõe a este CONSEF a declaração de extinção de lide tributária perante o contribuinte autuado.

O Auto de Infração foi lavrado em 11/11/2008, imputando-se ao autuado a falta de recolhimento do ICMS decorrente de estocagem de mercadorias em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, sendo exigido imposto no valor de R\$612,77, acrescido da multa de 100%. As mercadorias permaneceram em mãos da empresa FERREIRA & ARAÚJO LTDA. (fls. 6 e 7 do PAF) como seu fiel depositário.

O Auto de Infração correu à revelia, sendo lavrado o respectivo termo de revelia (fl. 18) e encaminhado à Coordenação de Mercadorias Apreendidas para que fosse efetuada a notificação do depositário das mercadorias apreendidas, objetivando a sua devolução. Não logrando êxito, a Coordenação de Mercadorias Apreendidas o encaminhou à DARC/GECOB para saneamento e inscrição em Dívida Ativa que, por sua vez o enviou à PGE/PROFIS.

Em Parecer (fls. 53/57), o ilustre procurador Nilton Gonçalves de Almeida Filho, faz a narrativa dos fatos da apreensão e que tais mercadorias foram depositadas em poder da FERREIRA & ARAÚJO LTDA., pessoa totalmente alheia à autuação, que nada se relaciona com o autuado e, sendo, posteriormente, intimada a entregar as mercadorias à Comissão de Leilão, ficou-se inerte, não as tendo apresentado. Observou, ainda, a condição de revel do autuado, encerrando-se, assim, a instância administrativa de julgamento.

Após transcrição dos arts. 940 e 958 do RICMS, segue a tese de que, uma vez abandonado ao Fisco as mercadorias apreendidas, o contribuinte/autuado não pode mais ser demandado quanto à exação pretendida, pois fica legalmente desobrigado, mesmo que o terceiro depositário nomeado pelo Estado, não apresente à fiscalização, quando intimado a fazê-lo, as mercadorias que se

tornou responsável, frustrando, assim, a possibilidade de sua alienação administrativa.

Segue sua explanação afirmando que pretender executar o Autuado após o abandono das mercadorias, equivaleria cobrar o mesmo imposto duas vezes.

Afirma que, além do crédito tributário ser insuscetível de execução, deve ser extinto, pois o autuado se encontra desobrigado, devido ao abandono, sendo iníquo sujeitá-lo “às conhecidas restrições negociais e cadastrais decorrentes da existência de créditos tributários não pagos”. Prossegue dizendo que a não apresentação das mercadorias pelo depositário caracteriza a infidelidade, autorizando a competente ação de depósito, de natureza civil.

Por fim, opina pela não inscrição deste crédito tributário em Dívida Ativa, aconselhando o que o CONSEF que declare a extinção do débito em relação à autuada e que os autos não sejam arquivados e sim remetidos ao setor judicial da PGE, já que servirão como prova das alegações a serem formuladas contra a depositária.

A ilustre procuradora assistente da PGE/PROFIS, através de manifestação à fls. 60/61, acolhe integralmente 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

Nos termos do art. 113 do RPAF, que indica a competência da Procuradoria Fiscal, órgão da Procuradoria Geral do Estado para efetuar o controle da legalidade em momento anterior à inscrição do crédito tributário em Dívida Ativa, veio ela representar a este CONSEF, com supedâneo no art. 119, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a fim de que seja julgado extinto o presente Auto de Infração por estar comprovada flagrante ilegalidade de se manter em nome do autuado débito já virtualmente extinto e, em relação ao qual, este deve estar desobrigado.

Entretanto, o artigo 20 do RPAF determina a decretação de ofício de nulidade pela autoridade competente para apreciar o ato. Assim deixo de apreciar o mérito da representação e passo a apontar os vícios insanáveis do Auto de Infração que o eivam de nulidade.

No caso em tela, a nulidade se fundamenta na frágil formação da base de cálculo do ICMS devido à falta de demonstrativos e levantamentos precisos e necessários para a formação do Auto de Infração, conforme disposto no artigo 28, §4º, II do RPAF e 940, §1º, III do RICMS.

É visível a falta de segurança na determinação do valor da mercadoria e consequente apuração da base de cálculo registrada no demonstrativo de cálculo do ICMS devido de fl. 05 dos autos. Não há indicação sólida quanto aos preços encontrados pela autuante no presente PAF. Não é válida como prova os valores indicados na planilha de Declaração de Estoque de fls 08 e 09. Nos autos, atenderia os ditames da lei se o autuante colacionasse Notas Fiscais de compra ou apontasse inequivocamente o valor de venda da mercadoria apreendida por valores praticados pela concorrência local, conforme marca e modelo.

O presente caso da Súmula CONSEF de nº 01 que determina ser 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.

Entendo também que o procedimento adotado neste PAF fere de morte o preceito constitucional da legalidade do art. 5º, II, da CF, ao não ser constituído segundo as leis de regência do termo de apreensão de mercadorias, da lavratura do Auto de Infração e da apuração da base de cálculo.

Entendemos que tais normas de regência começam pelo art. 3º do CTN, ao preceituar de forma lapidar que tributo “*é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir*”, e o art. 142 do mesmo texto legal, ao dispor sobre a constituição do crédito tributário pelo lançamento, “*assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar*

a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.”.

Outras normas de regência de observação obrigatória no caso em comento se encontram no art 17, I c/c o seu §3º, I da Lei Estadual nº 7.014/96, relativo à base de cálculo do ICMS, e os arts 410-A e 940, §1º, III e IV do RICMS, que dispõem sobre os requisitos de validade dos termos de apreensão. Explico, as normas citadas determinam que a base de cálculo do ICMS deve ter por alicerce o valor da mercadoria na saída ou transmissão de sua propriedade, sendo que na sua falta, deve ser utilizado o preço corrente da mercadoria no mercado atacadista local ou regional da operação e, que o termo de apreensão dessas mercadorias, necessita conter a descrição em síntese do motivo determinante da apreensão e dos demais termos esclarecedores da autuação.

Assim sendo, devido ao desrespeito das normas de regência acima mencionadas, aponto que o ICMS não foi corretamente expresso em moeda corrente, devido à falha de avaliação do preço da mercadoria, acarretando erro na base de cálculo da exação e nulidade do Auto de Infração.

Ex positis, voto no sentido de reconhecer, de ofício, a NULIDADE do Auto de Infração por falta de clareza e precisão na formação da base de cálculo do ICMS, conforme a Súmula CONSEF nº 01, e NÃO ACOLHER a Representação proposta.

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 **NULO** o Auto de Infração nº 299689.0266/08-8, lavrado contra **SANTANA SANTOS ALIMENTOS LTDA. (SANTANA SANTOS SUPERMERCADOS)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de setembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS