

PROCESSO - A. I. Nº 000093.7066/85-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - LUVANIR DA SILVA DUTRA
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 27/12/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0417-12/11

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 óbices intransponíveis concernentes à questão prejudicial e que antecede a análise dos termos iniciais da representação. Presença de vícios jurídicos que atentam contra o princípio da estrita legalidade tributária: **a)** 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. **b)** autuação feita em nome de pessoa ilegítima para figurar na relação jurídica tributária, a qual, na condição de motorista, não poderia figurar no pólo passivo da obrigação tributária. 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. 23 a 30 a ilustre procuradora lotada na PGE/PROFIS Leila Von Söhsten Ramalho, encaminha 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.

Destaca 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 DISTRIBUIDORA DE MADEIRA DO PARÁ 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.

Observa que o breve relato acima se reveste de situação corriqueira na fiscalização de trânsito de mercadorias, que há muito vem suscitando polêmica não apenas no seio da SEFAZ, mas, também, da própria PROFIS, principalmente no que toca à seguinte indagação: *“em casos que tais, permanece aberta, para o Estado, a via da execução fiscal contra o autuado, ou apenas lhe resta demandar o depositário infiel pelas mercadorias não entregues?”*

Menciona que diante de tais questionamentos um “sem-número” de posições foram, ao longo do tempo, defendidas para, em seguida, adentrar em considerações acerca do posicionamento

anterior da própria PGE/PROFIS inaugurado no PAF nº 8854441103040, recorrendo a respeito de suas linhas mestras para, em seguida, fundamentar sua divergência 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 reafirmar 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 a representação, seja o PAF remetido à Coordenação Judicial da PGE/PROFIS para fins de propositura da ação de depósito.

Informa, por derradeiro, que a posição acima que defende 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.

A ilustre procuradora Paula Gonçalves Morris Matos, através de despacho à fl. 31, 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, emergiram da análise dos autos questões prejudiciais decorrentes de vícios jurídicos que atentam contra o princípio da estrita legalidade tributária.

O primeiro deles se relaciona a determinação do valor da base de cálculo indicada pelo Fisco na “Memória de Cálculo”, doc. fl. 3. Vê-se, neste documento, que o autuante inseriu a seguinte observação: *“Preço fornecido pelo autuado. 200 Portas a 35,00”*(sic). Adiante, à fl. 4, existe um rascunho manuscrito, sem qualquer assinatura, indicando o valor total da base de cálculo consignada no Auto de Infração. Ora, não há comprovação neste documento que este valor tenha sido realmente fornecido pelo autuado, pois além da falta de assinatura pelo mesmo, não há nos autos qualquer documento comprobatório da autenticidade do valor unitário atribuído pelo autuante. Ademais, as mercadorias (portas) apreendidas, conforme nota fiscal à fl. 7, referem-se a produtos de bitolas diferentes, portanto, teriam que ter, também, valores unitários compatíveis com cada mercadoria, diferentemente como indicado pelo autuante.

A fixação do valor da base de cálculo deve obedecer, sempre, os critérios previstos em lei. No caso que ora se examina, o autuante não indica, de forma segura, como chegou ao valor da base de cálculo, tomando como parâmetro, a meu ver, valor totalmente aleatório e carente de comprovação.

Neste contexto, entendo que este 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.

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”.

A segunda questão prejudicial se reveste na ilegitimidade passiva do autuado para figurar no pólo passivo da obrigação tributária, tanto o documento fiscal acima mencionado, quanto o próprio Termo de Apreensão, fl. 5, indicam que o Sr. Luvanir da Silva Dutra se trata apenas do motorista que conduzia o veículo que transportava as mercadorias apreendidas, enquanto o real transportador, devidamente identificado no Termo de Apreensão, nota fiscal e Certificado de Registro de Veículo, fl. 6, é o Sr. Jorge Luiz Sfredo, contra quem deveria ter recaído a autuação.

Nesta ótica, este segundo vício constatado na ação fiscal também o contamina no seu todo, vez que, no presente caso, deveria ser atribuído ao transportador, à responsabilidade por solidariedade, nos termos do art. 6º, III, “d” da Lei 7.014/96, *in verbis*:

Art. 6º. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

III - os transportadores em relação às mercadorias

d) que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;

Isto posto, *in casu*, como já dito, os vícios acima delineados inferem-se situações 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.

Em conclusão, NÃO ACOLHO a representação proposta, e, de ofício, com fulcro no Art. 20 do RPAF/BA, voto pela NULIDADE do Auto de Infração epigrafiado em face da existência dos vícios insanáveis acima indicados, o que implica, conseqüentemente, 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, NÃO ACOLHER a representação proposta e, de ofício, julgar NULO o Auto de Infração nº 000093.7066/85-0 lavrado contra LUVANIR DA SILVA DUTRA., devendo o PAF ser encaminhado à PGE/PROFIS para o devido conhecimento.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS