

**PROCESSO** - A. I. Nº 299689.0229/07-7  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - GILMAR LOIOLA DE SOUZA  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/SUL  
**INTERNET** - 13/04/2010

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0074-12/10

**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

Trata o presente de Representação interposta pela PGE/PROFIS que, no controle da legalidade, após verificar a existência de mercadorias depositadas em poder de terceiro, reconheceu a *flagrante ilegalidade na pretensão de se executar judicialmente* o crédito apurado no presente Auto de Infração, propondo a este CONSEF a declaração de extinção de lide tributária perante o contribuinte autuado.

O Auto de Infração foi lavrado imputando-se ao autuado o cometimento da infração referente à “*Transporte de mercadorias sem documentação fiscal*”, sendo exigido imposto no valor de R\$306,00, acrescido da multa de 100%.

Foi lavrado Termo de Apreensão e posterior Termo de Depósito, no qual é designada a empresa “E. DOS REIS SILVA”, como fiel depositária das mercadorias apreendidas (fl. 4).

Tendo em vista que o autuado não apresentou defesa, sendo declarado revel (fl. 11), nem efetuou o pagamento do valor objeto de autuação, os autos foram remetidos à Comissão de Leilões Fiscais, a quem compete intimar o depositário a entregar à Administração Tributária as mercadorias mantidas em depósito, com vistas à realização do leilão fiscal (art. 950, § 2.º, II, do RICMS).

O depositário não devolveu, no prazo regulamentar, as mercadorias postas sob sua guarda, tendo o servidor competente lavrado termo acerca desse fato (art. 950, § 4.º, II, do RICMS), e remetido o feito à Gerência de Cobrança, para saneamento com vistas à inscrição o saneamento, os autos aportaram na PGE/PROFIS, para exercício autorização da inscrição, na forma do art. 113, §§ 1.º e 2.º, do RICMS.

No controle da legalidade, os representantes da PGE/PROFIS, após fazerem referência ao posicionamento inaugurado no Parecer exarado no PAF nº 884441103040, na linha de que é possível o concomitante manejo da ação de execução fiscal contra o autuado e a ação de depósito contra o depositário infiel, com vistas à restituição das mercadorias não apresentadas após regular intimação, defendem a revisão desse posicionamento, a partir das conclusões esboçadas no Parecer jurídico elaborado pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria PGE nº 051/08, homologado pelo Procurador Geral do Estado.

Com base nesse estudo, defende a PGE/PROFIS que o ato de apreensão se reveste de plena constitucionalidade se inserindo nas categorias dos atos de poder de polícia conferidos à administração tributária. Sustenta ainda ser este ato de retenção de mercadorias um procedimento de natureza eminentemente fiscal, estando enquadrado dentre as ações fiscais voltadas a viabilizar a apuração e cobrança do crédito tributário, tendo por premissa, a necessidade do fisco documentar as práticas infracionais dos contribuintes à legislação tributária.

Com apoio nas disposições do RICMS, que regem os procedimentos de fiscalização do trânsito de mercadorias, em especial os arts. 945, 947, 949, I, “a” e 950, 956 e 957, todos do RICMS c/c com o art. 109, § 7º, do COTEB, sustentam os signatários da representação em exame, que o abandono das mercadorias se configura, conforme prescreve o § 6º, do art. 109, do COTEB, nas situações em que o contribuinte autuado, após devidamente intimado do lançamento, não efetua o pagamento do imposto ou deixa de apresentar defesa, mantendo-se silente também quanto à liberação das mercadorias apreendidas. Nessas situações o ato omissivo do contribuinte importaria em renúncia tácita à propriedade dos bens se extinguindo contra este a pretensão tributária, passando o Estado a titularizar outro direito, junto ao depositário, concernente à devolução dos bens para satisfação do imposto devido.

Defende a PGE/PROFIS, portanto, a extinção da relação jurídico-tributária junto ao autuado, concluindo ser a via da execução fiscal imprópria para o Estado, posto que o abandono dos bens apreendidos na ação fiscal importa em ato de renúncia que opera a transferência da titularidade patrimonial ao credor, realizando-se, por outro lado, *ipso facto*, a desoneração do devedor.

No caso em exame, como as mercadorias foram depositadas em nome de terceiro, mais especificadamente, em nome da transportadora, que após a regular intimação, não procedeu à devolução à Fazenda Estadual dos bens apreendidos, tornando-se assim depositário infiel, postula a PGE/PROFIS que seja extinta a autuação perante o contribuinte que figura na relação jurídico-tributária, com a decretação de nulidade do Auto de Infração. Em seguida, caso seja acolhida a Representação, requer que o CONSEF encaminhe o presente feito à Coordenação Judicial da Procuradoria do Estado para fins de proposição da ação cível prevista no Código de Processo Civil - CPC (arts. 901 a 906) perante o depositário das mercadorias.

O procurador-assistente acolhe, sem reservas, a Representação interposta recomendando, em consequência, a decretação de extinção do lançamento tributário.

## VOTO

Não merece acolhida a representação interposta pela Douta PGE/PROFIS.

Isso porque, antes da análise, propriamente dita, daquela peça, verifico que existe questão prejudicial que impede a apreciação da Representação proposta, decorrente da existência de vício jurídico insanável que inquina de nulidade o presente Auto de Infração.

No caso vertente, não há nos fólios processuais elementos que indiquem como foi encontrado o valor utilizado para fixação da base de cálculo para lançamento do imposto.

É de corriqueira sabença que a fixação do valor da base de cálculo deve obedecer aos critérios previstos em lei. Como já esposado acima, o autuante i

valor da base de cálculo, inexistindo nos autos qualquer documento que confirme o preço arbitrado para a operação. Este fato, sem dúvida, torna insegura a exigência do crédito tributário.

Entendo que o vício constante da ação fiscal inquina de vício insanável todo o Auto de Infração, ficando flagrante a insegurança na fixação do *quantum debeatur* da infração imputada, hipótese prevista na legislação vigente - art. 18, inciso IV, “a” do RPAF/BA, como ensejadora da nulidade da autuação.

Daí porque, por se tratar de hipótese de nulidade absoluta, matéria, pois, de ordem pública que pode e deve ser conhecida por este CONSEF, independentemente de provocação das partes e dos limites da representação proposta, 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 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, NÃO ACOLHER a representação proposta e, de ofício, declarar NULO o Auto de Infração nº 299689.0229/07-7 lavrado contra GILMAR LOIOLA DE SOUZA.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de março de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS