

**PROCESSO** - A. I. Nº 0931884403/05  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - PORTO MÓVEIS LTDA. (MODELAR)  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/SUL  
**INTERNET** - 27/12/2011

**2<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0411-12/11**

**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 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. 40 a 41, a ilustre procuradora lotada na PGE/PROFIS, Maria José Ramos Coelho, 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 desacompanhadas de documentos fiscais, estocadas em estabelecimento com inscrição estadual cancelada, e que tais mercadorias foram depositadas em poder da empresa LINCON'S MAGAZINE LTDA., pessoa totalmente alheia à autuação, que nada se relaciona com ao 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 fato do depósito das mercadorias em mãos de terceiro ter se dado por escolha da fiscalização, que, se assim procede por conveniência própria – a despeito de saber que, havendo o abandono das mercadorias, o contribuinte estará, na forma da lei (art. 109, § 7º do COTEB), desonerado de qualquer dívida, deve assumir os riscos daí decorrentes, e que, se o terceiro depositário, intimado a apresentar as mercadorias que se encontra em seu poder, não o faz, este é um ônus que o Estado deve suportar sozinho, sendo impossível transferi-lo para o contribuinte, que, como já visto, não mais responde pelo débito.

Expõe que a regra expressa do mencionado artigo do COTEB, segue no sentido de que, em tais hipóteses, uma vez desobrigado o devedor, seria, de qualquer sorte, inviável pretender executá-lo por Auto de Infração cujas mercadorias respectivas já foram por ele perdidas para o Fisco, pois

tal equivaleria a cobrar o mesmo imposto duas vezes, configurando autêntico *bis in idem*, penalizando duplamente o devedor, que já renunciou, por abandono, os bens a que faria jus.

Reafirma, em seguida 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.

A ilustre procuradora Aline Solano Souza Casali Bahia, em despacho à fl. 42, declara que procedeu a revisão do presente processo, cuja representação está de acordo com as conclusões do Grupo de Trabalho especificamente designado para estudo da matéria, conclusões estas que foram aprovadas pelo Procurador Geral do Estado. Sugere o encaminhamento do processo ao CONSEF para julgamento da representação, sendo tal sugestão acolhida pela Procuradora Assistente Paula G. Morris Matos.

## 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: “*Refere-se as mercadorias constantes do Termo de Apreensão nº 043921, estocadas no estabelecimento supra citado, com inscrição estadual cancelada no CAD ICMS/BA e desacompanhadas de doc. fiscal de origem*”.

Já no Termo de Apreensão de Mercadorias, fl. 03, estão consignados valores atribuídos a cada produto apreendido sem, contudo, constar qualquer documento que comprove ou indique a origem dos mesmos.

Ora, 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 informa como chegou ao valor da base de cálculo, resultando em 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 comprehensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo”.*

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 epigrafado em face da existência do víncio insanável acima indicado, o que implica, consequentemente, na impossibilidade de propositura da ação de depósito.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> 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 0931884403/05, lavrado contra PORTO MÓVEIS LTDA. (MODELAR), devendo os autos ser encaminhados à PGE/PROFIS para conhecimento.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS