

PROCESSO - A. I. Nº 039300.1008/05-5  
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECORRIDO - MACIEL DOS SANTOS SOUZA  
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL  
INTERNET - 07/04/2008

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

### ACÓRDÃO CJF Nº 0048-12/08

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. DECISÃO *CITRA PETITA*. VÍCIO INSANÁVEL. Representação proposta com base no art. 119, II, § 1º, da Lei nº 3.956/81, COTEB, tendo em vista que a responsabilidade tributária solidária deve ser atribuída à transportadora, porquanto depositária das mercadorias apreendidas, de acordo com art. 6º, inc. III, “e” da Lei nº 7.014/96, acrescentada pela Lei nº 9159/04. Representação **ACOLHIDA**. Decisão não unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, no exercício do controle da legalidade, interposta com base no art. 119, II, § 1º do COTEB pugnando pela Nulidade do Auto de Infração (fls. 1 a 5) pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

Inicialmente as Sras. procuradoras M<sup>a</sup> Dulce Baleeiro Costa e Paula Gonçalves Morris Mattos fazem um relatório onde mencionam que a autuação fiscal foi efetuada em virtude de:

*“Falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte não inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS no Estado da Bahia”.*

As mercadorias foram apreendidas e depositadas sob responsabilidade de Silva Franca Transporte Ltda. Intimado, o contribuinte não apresentou defesa sendo considerado revel. Remetido à Comissão de leilões fiscais, esta procedeu à intimação ao depositário, porém não tendo logrado êxito lavrou o respectivo termo, enviando-o em seguida à Procuradoria Fiscal a fim de que fosse procedido o controle da legalidade e autorização para inscrição em dívida de acordo com o RPAF.

Em seguida, as Sras. procuradoras citam, transcrevem e comentam os artigos 940 e 950 do RICMS citando inclusive o Parecer sobre a matéria de autoria da procuradora Dra. Flávia Almeida Pita. Salienta que *“a inércia do depositário em apresentar as mercadorias postas sob sua guarda caracteriza sua infidelidade, autorizando seja contra ele promovida a competente ação de depósito. Válido averbar que a relação jurídica travada entre o Estado e o depositário infiel não tem natureza tributária constituindo liame de índole civil. Assim, a extinção do crédito tributário em nada prejudicaria a aludida demanda, pois o que nela se exige do depositário não é o tributo, mas sim a entrega das mercadorias apreendidas ou a sua indenização, em valor equivalente, pelo seu extravio”*

Entendem que não deve ser realizada inscrição do crédito em dívida ativa *“por flagrante ilegalidade na pretensão de se executar judicialmente, contra o próprio autuado, o crédito tributário apurado no presente Auto de Infração.”*

E concluem que, após o acolhimento da Representação, que a mesma seja enviada ao Setor Judicial da PGE/PROFIS “*visto que valerão de prova das alegações formuladas contra o depositário, na ação de depósito a ser contra si promovida*”

Submetido ao crivo do Chefe da Procuradoria, a Dra. M<sup>a</sup> Olívia Teixeira de Almeida sugere a manutenção da Representação e remete à consideração do Sr. Procurador Chefe.

O Sr. Procurador Assistente acolhe o Parecer de fls. 37, pela interposição da Representação, mas discorda dos fundamentos utilizados para “*dinamização do mecanismo de controle da legalidade, porquanto, com a devida vênia, inadeguado para o caso em tela*”.

Entende o Sr. Procurador Assistente que: “*a responsabilidade do caso em tela seria da transportadora SILVA FRANCA TRANSPORTE LTDA., porquanto depositária das mercadorias apreendidas*”. Cita e transcreve o art. 6º, III, “e” da Lei nº 7.014/96, acrescentado pela Lei nº 9.159/04.

E conclui o seu Parecer ratificando o seu encaminhamento, porém, como disse, discordando do seu fundamento “*tendo em vista que a pretensa nulidade do lançamento em epígrafe se deve pela ilegitimidade passiva do autuado e não, consoante deduzido no Parecer em análise, pela não dedução das mercadorias pelo depositário*”. Opina pela renovação da ação fiscal contra a transportadora.

## VOTO

A análise das peças processuais, bem como os Pareceres das Sra. procuradoras e do Sr. procurador nos levam a concluir que a representação da PGE/PROFIS deve ser acolhida, pois, como bem colocaram aqueles representantes, esgotadas as possibilidades de recuperação dos bens apreendidos, deve ser o depositário responsabilizado pelo ato.

O fato trazido, porém, como bem lembrou o Sr. Procurador Assistente, deve ser analisado a partir da ótica de que o lançamento foi realizado contra pessoa que não tinha inscrição estadual que não era aquela com a qual as mercadorias foram encontradas.

Desta forma, ouso concordar com o Sr. Procurador Assistente tanto quanto ao fundamento quanto ao acolhimento da Representação, pois, efetivamente o auto deve ser declarado nulo, e uma outra ação fiscal, desta vez contra a transportadora, deva ser desencadeada.

Voto pelo ACOLHIMENTO da Representação interposta, para que seja declarado NULO o presente Auto de Infração, independentemente das ações cíveis que possam ser interpostas pela PGE/PROFIS.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, ACOLHER a Representação proposta.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Helcônio de Souza Almeida, Ivo Moraes Soares, Álvaro Barreto Vieira e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO - Conselheiros: Fauze Midlej e Márcio Medeiros Bastos.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

ANA PAULA TOMAZ MARTINS – REPR. PGE/PROFIS