

**PROCESSO** - A. I. Nº 946770-00  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - LOGÍSTICA INTEGRADA DE TRANSPORTE IDEAL LTDA.  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/NORTE  
**INTERNET** - 13/04/2010

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJE Nº 0059-12/10

**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: No presente caso não existe, nos autos, qualquer documento, com exceção da descrição constante no Termo de Apreensão de Mercadorias, para provar o ilícito fiscal dito apurado. E, mais grave e, em decorrência deste fato, como foi apurada a base de cálculo do imposto, bem como, prova das quantidades das mercadorias indicadas no referido Termo, 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. 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 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 da lide tributária perante o contribuinte autuado.

O Auto de Infração foi lavrado em 14/12/2007, imputando-se ao autuado a falta de recolhimento do imposto pela entrega de mercadorias a destinatário diverso do indicado no documento fiscal de origem. Consta no Termo de Apreensão de Mercadorias nº 147754 (fl. 3) que as mercadorias estavam sendo transportadas acompanhadas pela Nota Fiscal nº 0000187, emitida por H. Farias Sacramento-ME, empresa estabelecida em Macapá/PA, e destinada a Vassouras Valença-ME, Inscrição Estadual nº 72530130 e CNPJ nº 084243391/0001-83, sendo descarregadas no Ind. E Com de Vassouras Valença Ltda. situada no Lot Angra dos Reis, s/n, Galpão, Valença/BA. Conhecimento de Transporte nº 0775 emitido pelo autuado. Foi exigido imposto no valor de R\$4.200,40, acrescido da multa de 100%. As mercadorias permaneceram em mãos da empresa Ind. e Com. Vassouras Valença Ltda. (fl. 3 do PAF) como seu fiel depositário.

O Auto de Infração correu à revelia, sendo lavrado o respectivo termo (fl. 10) e encaminhado à CAREG/Leilão para que fosse efetuada a notificação do depositário das mercadorias apreendidas objetivando a sua devolução (fls. 11). Não logrando êxito, a C/DARC/GECOB para saneamento e inscrição em Dívida Ativa, q

PGE/PROFIS.

Em Parecer (fls. 23/31), a procuradora Ana Carolina Moreira, preliminarmente ressalta que o presente processo cuida da apreensão de mercadorias cuja circulação irregular provocou a autuação e que tais mercadorias foram depositadas em poder de IND E COM VASSOURAS VALENÇA 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. Observou, ainda, a condição de revel do autuado, encerrando-se, assim, a instância administrativa de julgamento.

Do relato exposto, diz que ver restado configurada a hipótese em que, depositadas as mercadorias apreendidas em mãos de pessoa diversa do autuado, esta, conquanto intimada a entregá-las com vistas à realização do respectivo leilão fiscal, não as apresenta, situação corriqueira na fiscalização de trânsito que há muito vem suscitando polêmica na SEFAZ e na própria PGE/PROFIS, principalmente no que toca o 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?* Diante de tais questionamentos, posições foram defendidas, sendo que a mais recente, repousa na concepção de que a cobrança executiva do crédito tributário, a ser promovida contra o autuado, é, de qualquer sorte, possível, devendo, inclusive, ser cumulada com a chamada ação de depósito contra o depositário infiel.

Adentra 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 suas divergências 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 pela 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 reafirmarem 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, pois homologada pelo Procurador Geral do Estado, por ocasião da análise do Parecer proveniente do Grupo de Trabalho especificamente constituído para estudar tal questão.

O ilustre procurador assistente da PGE/PROFIS, dentro de sua competência legal, acolhe sem reservas, o Parecer exarado e colacionado às fls. 23/31 dos autos, que concluiu pela interposição de Representação ao egrégio CONSEF propugnando pela declaração de extinção do débito objeto do presente lançamento de ofício com arrimo nas conclusões tracejadas pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria PGE nº 051/08, cuja conclusão foi devidamente homologada pelo Procurador Geral do Estado, o transcrevendo.

Em face do exposto, encaminha a Representação ao CONSEF para a apreciação da pretensão de declaração de extinção do débito objeto do Auto de Infração com esteio na fundamentação acima transcrita.

## VOTO

Nos termos do art. 113 do RPAF, que indica a competência da I Procuradoria Geral do Estado para efetuar o controle de legalidade,

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.

Ao analisar o Auto de Infração objetivando o exame da representação proposta, deparei-me com uma questão prejudicial que atenta ao princípio da estrita legalidade tributária e que antecede a qualquer outra, inclusive ao pleito da PGE/PROFIS.

O Auto de Infração imputa ao autuado a falta de recolhimento do imposto pela entrega de mercadorias a destinatário diverso do indicado no documento fiscal de origem. Consta no Termo de Apreensão de Mercadorias nº 147754 (fl. 3) que as mercadorias estavam sendo transportadas acompanhadas pela Nota Fiscal nº 0000187, emitida por H. Farias Sacramento-ME, empresa estabelecida em Macapá/PA, e destinada a Vassouras Valença-ME, Inscrição Estadual nº 72530130 e CNPJ nº 084243391/0001-83, e sendo descarregadas na Ind. e Com de Vassouras Valença Ltda. situada no Lot Angra dos Reis, s/n, Galpão, Valença/BA. Foi exigido imposto no valor de R\$4.200,40, acrescido da multa de 100%.

Ressalto, preliminarmente, que a atividade de fiscalização está vinculada à lei (art. 142, do CTN). Assim, tem que, necessariamente, se basear em provas do ilícito fiscal cometido. E a demonstração da base de cálculo do imposto, dimensão material do tributo, deve ser demonstrada de forma clara e calcada em provas materiais, sob pena de tornar ilíquido o *quantum* a ser exigido e a acusação sem elementos suficientes para se determinar, com segurança, a irregularidade tributária atribuída ao sujeito passivo.

No presente caso não existe, nos autos, qualquer documento, com exceção da descrição constante no Termo de Apreensão de Mercadorias, para provar o ilícito fiscal dito apurado. E, mais grave e em decorrência deste fato, como foi apurada a base de cálculo do imposto, bem como, prova das quantidades das mercadorias indicadas no referido Termo.

Diante do exposto e da norma tributária posta, o presente Auto de Infração resta contaminado por vício insanável, já que resta clara a insegurança na fixação do *quantum debeatur* da infração imputada, inferindo-se daí a sua nulidade absoluta, prevista no art. 18, IV, “a” do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99).

E, como a questão ora posta se trata de matéria de ordem pública, pode e deve ser conhecida por este CONSEF, independentemente de provocação das partes e dos limites da representação proposta.

Diante do exposto, NÃO ACOLHO a representação proposta, e, de ofício, com fulcro no art. 20 do RPAF/BA, voto pela NULIDADE do Auto de Infração em face da existência do vício insanável, 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, declarar NULO o Auto de Infração nº 094677000/07, lavrado contra LOGÍSTICA INTEGRADA DE TRANSPORTE IDEAL LTDA.

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

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA.