

PROCESSO - A. I. Nº 0897250800/06  
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECORRIDO - MARCELO DALVAN VELOSO  
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL  
INTERNET - 30/11/2010

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJP Nº 0393-12/10

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Representação proposta com base no art. 119, § 1º, da Lei nº. 3.956/81 (COTEB), tendo em vista que não se pode exigir novamente do autuado o valor do tributo, considerando que as mercadorias apreendidas foram por ele abandonadas em favor da Fazenda Estadual. A relação jurídica existente entre o Estado (sujeito ativo) e o depositário infiel tem natureza civil e não tributária, cabendo a propositura da competente ação de depósito. Existência de óbice intransponível concernente à questão prejudicial que antecede à análise dos termos iniciais da representação, decorrente de vício jurídico que atenta contra o princípio da ampla defesa, vez inexistir nos autos qualquer elemento que indique a forma de apuração da base de cálculo do imposto cobrado através do Auto de Infração, tornando inseguro o valor da base de cálculo do lançamento. Decretada, de ofício, a **NULIDADE** do Auto de Infração, com fulcro no artigo 20 do RPAF/99. Representação **NÃO ACOLHIDA**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Representação interposta pela PGE/PROFIS proposta com base no art. 119, § 2º, da Lei nº. 3.956/81 (COTEB) que, no exercício do controle da legalidade, constatou a existência de mercadorias depositadas em poder de terceiro, estranho à autuação e reconheceu a *flagrante ilegalidade na pretensão de se executar judicialmente* o crédito apurado no Auto de Infração em epígrafe, propondo a este CONSEF a declaração da extinção da lide tributária perante o contribuinte autuado.

O Auto de Infração foi lavrado pela constatação de “...843 sacas de milho em grãos, conforme TAO 120161 em anexo. Mercadoria desacompanhada de documentação fiscal”. O lançamento, impôs a cobrança de ICMS no valor de R\$ 885,15, além da multa por infração 100%.

Foi lavrado Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos (fl. 06), sendo nomeada depositária das mercadorias a “Fazenda Nossa Senhora da Aparecida”, representada pelo Sr. Marco Antônio Campanelutti.

Decorrido o trintídio legal para interposição de defesa administrativa ou pagamento do débito, e mantendo-se o autuado silente, foi decretada a revelia em 24 de maio de 2007 (fl. 13), e os autos foram remetidos à SAT/DAT/GEFOB/DÍVIDA ATIVA, a fim de ser inscrito em dívida ativa (fl. 14), tendo este setor encaminhado os autos para a SAT/DAT/CEREG/LEILÕES, a fim de que o depositário fosse intimado a entregar à Administração Tributária depósito, com vistas à realização do leilão fiscal, na forma preceit RICMS/BA (fl. 15).

Diante do fato da extinção do leilão na Secretaria da Fazenda, conforme informação de fls. 16, o feito foi encaminhado para a DAT/SUL, “*para as devidas providências*”.

Intimado (fl. 17), o depositário não foi localizado pelos Correios, sendo a correspondência devolvida à SEFAZ (fls. 18). Repetida a intimação (fl. 19), mais uma vez não logrou sucesso a sua entrega ao destinatário/depositário (fl. 20), o que motivou o retorno do processo para a SAT/DAT/GECOB, para “*as providências cabíveis*” (fl. 21), sendo o processo devolvido para a DAT/SUL, para que fosse realizada a intimação do depositário, através de edital (fl. 22), sendo a intimação realizada através do Edital de Intimação 09/2010, publicado no Diário Oficial do Estado do dia 28 de janeiro de 2010 (fl. 25).

Logo, não ocorreu a devolução das mercadorias postas sob a guarda do depositário, sendo o processo encaminhado para a PGE/PROFIS, para exercício do controle da legalidade procedimento prévio para inscrição em dívida ativa, na forma do art. 113, §§ 1º e 2º, do RPAF/99.

Parecer opinativo de fls. 30 a 38 faz um breve relato do processo, oportunidade na qual percebe ter restado “*configurada, nos presentes autos, a hipótese em que, depositadas as mercadorias apreendidas em mãos de pessoa diversa do autuado, esta, conquanto intimada a entregá-los com vistas a realização do respectivo leilão fiscal, não as apresenta. Trata-se de situação corriqueira na fiscalização de trânsito, que há muito vem suscitando polêmica no seio da SEFAZ e desta 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?*”.

A procuradora registra que a matéria tratada neste processo já foi objeto de estudo realizado pelo Grupo de Trabalho (GT) instituído pela Portaria PGE nº. 051/2008 que, após relatar o problema e oferecer respostas às questões correlatas, formulou sugestões, a fim de se evitar futuros problemas semelhantes, cujo teor transcreve, para, a seguir, tecer considerações acerca da apreensão de mercadorias, e da necessidade de sua imediata liberação, quando se constatar que não há imposto ou multa a cobrar. Após citar artigos da legislação do ICMS, conclui que havendo abandono ao fisco das mercadorias apreendidas, não pode o contribuinte ser demandado quanto ao crédito tributário, ainda que o terceiro depositário não tenha apresentado as mercadorias objeto da apreensão, quando intimado.

Dessa forma, lastreada no art. 119, II e § 2º, do COTEB, a ilustre procuradora representa ao CONSEF, pugnando pela extinção do débito em relação ao autuado, tendo em vista a impossibilidade de se exigir o pagamento do débito relativo a mercadorias apreendidas e que foram, à luz da interpretação do artigo 950 do RICMS-BA, tidas como abandonadas.

Ressalta que, em caso de acolhimento da Representação ora proposta, os autos não deverão ser arquivados, e sim remetidos ao setor judicial da Procuradoria Fiscal, para que sirvam como prova das alegações formuladas contra o depositário, na ação de depósito a ser contra si promovida.

Em despacho de fl. 39 dos autos, a procuradora assistente da PGE/PROFIS, doutora Aline Solano Souza Casali Bahia, acolhe, sem reservas, a Representação interposta, que recomenda a decretação de nulidade do lançamento tributário.

## VOTO

A Representação em análise, a PGE/PROFIS propõe pela extinção do crédito tributário apurado no Auto de Infração, uma vez que a Administração Fazendária, ao decidir pela apreensão e depósito das mercadorias em mãos de terceiros, renunciou à cobrança do crédito tributário do próprio autuado.

Considerando que a fiel depositária não entregou à Administração sob sua guarda após intimado, cabe à Fazenda Pública Estadual

prevista para o caso, o recebimento das mercadorias, para que sejam levadas a leilão público e, desse modo, quitado o crédito tributário em comento.

Ressalte-se que a relação jurídica estabelecida entre o Estado (sujeito ativo) e o depositário dos bens apreendidos é de natureza civil, não tributária, vez que a matéria concernente a depósito encontra-se devidamente disciplinada no Código Civil Brasileiro.

Todavia, preliminarmente, da análise das peças do processo, verifico em primeiro lugar que a autuação foi realizada, sem que o autuante indicasse ou atentasse em elaborar o demonstrativo de apuração de base de cálculo do imposto dimensão material do tributo, a qual deve se apresentar de forma clara e baseada em provas materiais, sob pena de tornar ilíquido o *quantum* a ser exigido e a acusação sem elementos suficientes para se determinar, com segurança, o ilícito tributário atribuído ao sujeito passivo.

Tal abordagem já ocorreu e foi objeto de manifestação em diversas decisões anteriores, não só desta Câmara, como, igualmente da totalidade de órgão, sendo bastante significativa a quantidade de decisões neste sentido.

Estando as mercadorias transitando desacompanhadas de documentação fiscal, teríamos presente a hipótese prevista no artigo 937, inciso VII do RICMS/97, o que ensejaria o arbitramento da base de cálculo da operação, nos termos do artigo 938, inciso V, alínea “b” do mencionado diploma.

Dessa forma, entendo que na ausência do indicativo por parte do autuante da forma pela qual alcançou o valor a ser cobrado do sujeito passivo, tal omissão contamina todo o processo por vício insanável, colocando a autuação numa situação de insegurança quanto ao valor a ser cobrado, caracterizando, pois, a hipótese contida no RPAF/99, art. 18, inciso IV, alínea “a” RPAF/BA, que traz como consequência a nulidade do procedimento

Assim, à vista de tal argumentação, e estribado no artigo 20 do RPAF/99, NÃO ACOLHO a Representação proposta e, de ofício, voto pela NULIDADE do Auto de Infração em face da existência do vício insanável, que prejudica a apreciação de propositura da ação de depósito, objeto da representação proposta.

## 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 0897250800/06, lavrado contra MARCELO DALVAN VELOSO, devendo os autos ser encaminhados ao setor competente para o devido arquivamento.

Sala de Sessões do CONSEF, 11 de novembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. DA PGE/PROFIS