

**PROCESSO** - A. I. Nº 947885021/09  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDA** - EDSON SANTOS DE MEDEIROS  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/NORTE  
**INTERNET** - 14/03/2012

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJF Nº 0019-12/12**

**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 de lide tributária perante o contribuinte autuado.

O Auto de Infração foi lavrado em 07/12/2009, imputando-se ao autuado o trânsito de mercadorias desacompanhadas de nota fiscal. Consta no Termo de Apreensão de Mercadorias nº 106465 (fl. 2) que a mercadoria (10.000 blocos de cerâmica) estava sendo transportada desacompanhada do respectivo documento fiscal. Foi exigido imposto no valor de R\$459,00, acrescido da multa de 100%. A mercadoria permaneceu em mãos de Pedro de Souza Sacerdote (fiel depositário), identificado como “proprietário”.

O Auto de Infração correu à revelia, sendo lavrado o respectivo termo (fl. 07) e encaminhado à CAREG/Leilão para que fosse efetuada a notificação do depositário das mercadorias apreendidas, objetivando a sua devolução (fls. 09). Não logrando êxito, a CAREG/Leilão o encaminhou a DARC/GEFOB para saneamento e inscrição em Dívida Ativa, que, por sua vez o enviou à PGE/Profis.

Em Parecer (fls. 20/22), o procurador Antonio Luiz Sampaio Figueira, 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 Pedro de Souza Sacerdote,

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, ficou-se inerte, não as tendo apresentado. Observou, ainda, a condição de revel do autuado, encerrando-se, assim, a instância administrativa de julgamento.

Observa que as mercadorias foram depositadas em mãos de terceiro por escolha da fiscalização, 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. Em assim sendo, deve o fisco assumir os riscos daí decorrentes, qual seja, *se o terceiro depositário, intimado a apresentar as mercadorias que se encontram em seu poder, não o faz, este é um ônus que Estado deve suportar sozinho, sendo impossível transferi-lo para o contribuinte, que, como já visto, não mais responde pelo débito*. Portanto, uma vez abandonadas as mercadorias, o contribuinte não pode ser demandado em relação ao qual se desobrigou, ainda que o terceiro depositário não tenha, quando intimado, apresentado as referidas mercadorias à fiscalização. Neste sentido, ressalta que a regra expressa do art. 109, 7º, do COTEB, segue no sentido de, em tais hipóteses, uma vez desobrigado o devedor, seria inviável pretender executá-lo por Auto de Infração, pois as mercadorias já tendo sido por ele perdidas para o fisco, equivaleria, na hipótese autêntica *bis in idem*.

Ressalta, em seguida, que tal linha de conduta não implica em renúncia ao crédito tributário indisponível, já que a desoneração do devedor, com a consequente extinção do crédito tributário, não decorre da vontade da Administração, mas sim da regra insculpida no art. 109, § 7º, do COTEB. Assim, ***na específica hipótese 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.***

Portanto, diante da flagrante ilegalidade de manter, em nome do autuado, débito já extinto, com base no art. 119, II, do COTEB, representa a este CONSEF para que seja declarado extinto do débito através de Decisão administrativa irreformável, nos moldes do art. 156, IX, do CTN.

Porém, prossegue, a sugerida extinção do Auto de Infração em nada obsta a propositura de ação contra o depositário infiel já que a relação a ser instaurada não tem natureza jurídico-tributária, constituindo-se em liame de índole notadamente civil. A inexistência do Auto de Infração em nada prejudica a referida demanda já que do depositário infiel não se estará cobrando tributo, mas sim as mercadorias apreendidas ou a indenização, em valor a elas equivalente, pelo seu extravio.

Solicita, 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 o depositário infiel. 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.

A ilustre Procuradora Assistente da PGE/PROFIS, dentro de sua competência legal, acolhe sem reservas, o Parecer exarado e colacionado às fls. 20/23 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 Procurador que subscreveu a presente Representação. Em face do exposto, a encaminha 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 Procuradoria Fiscal, órgão da Procuradoria Geral do Estado para efetuar o controle de legalidade em momento anterior à 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 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 pelo trânsito de mercadorias desacompanhadas de nota fiscal. Consta no Termo de Apreensão de Mercadorias nº 106465 (fl. 2) que a mercadoria (10.000 blocos de cerâmica) estava sendo transportada desacompanhada do respectivo documento fiscal. A mercadoria permaneceu em mãos de Pedro de Souza Sacerdote (fiel depositário), identificado como “proprietário”. Foi exigido imposto no valor de R\$459,00, 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 apurado 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 e 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, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **947885021/09**, lavrado contra **EDSON SANTOS DE MEDEIROS**, devendo os autos retornar à PGE/PROFIS para conhecimento e posterior encaminhamento à INFAZ de origem para fim de arquivamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de fevereiro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS