

**PROCESSO** - A. I. Nº 299166.0484/06-6  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - BOMED COMERCIAL FARMACÊUTICA LTDA.  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 30/10/2007

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0379-12/07

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Representação proposta com base no art. 114, II, do RPAF-BA, fundamentada no fato da existência de ilegitimidade passiva do autuado. Representação **NÃO ACOLHIDA**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado após apreensão de mercadorias cuja circulação irregular provocou a autuação. As mercadorias foram depositadas em poder de terceiro estranho ao feito. Não tendo o autuado efetuado o pagamento do débito nem apresentado defesa, foi declarado revel remetendo-se os autos à Comissão de Leilões. Intimado, o depositário não devolveu as mercadorias, sendo o processo enviado à Procuradoria Fiscal.

O ilustre procurador, Dr. João Sampaio Rego Neto, após extensas e bem fundamentadas considerações, emite o seu opinativo, *“De todo o exposto, e com espeque no art. 113, § 2º do RPAF, manifestamos discordância à inscrição deste crédito tributário na Dívida Ativa, por flagrante ilegalidade na pretensão de se executar judicialmente, contra o próprio autuado, o crédito tributário apurado no presente Auto de Infração. Ato contínuo, com fundamento no art. 119, II e § 1º do RPAF, representamos ao Conselho de Fazenda Estadual para apreciação do fato, pugnando por que seja extinto o crédito tributário apurado neste feito. Ressalte-se que, vindo a ser acolhida a presente representação, os autos não deverão ser arquivados, e sim remetidos ao setor judicial desta Procuradoria Fiscal, visto que valerão como prova das alegações formuladas contra o depositário na ação de depósito a ser contra si promovida.”*

A Dra. Paula Gonçalves Morris Matos, Procuradora do Estado, designada como revisora do controle da legalidade, acompanha o citado parecer, por entender que o crédito em questão é insusceptível de cobrança pela via do executivo fiscal, pois a relação jurídica travada entre o Estado e a autuada extinguiu-se no momento em que esta abandonou as mercadorias apreendidas e depositadas em poder de terceiro (sem a anuência da autuada) e que deverão servir para a satisfação do crédito tributário. E, ainda, ressalta que a atitude do depositário, não atendendo à intimação de entrega das mercadorias, autoriza a propositura da conseqüente ação de depósito pela PGE/PROFIS, providência cabível a ser adotada *in casu*, com vistas à solução da questão apresentada.

Em despacho de fls. 24/25, o procurador chefe da PGE/PROFIS, José Augusto Martins Júnior, manifesta-se pelo acolhimento dos opinativos exarados às fls. 21/23 que concluíram pela REPRESENTAÇÃO a este Conselho de Fazenda para nulificar o presente lançamento de ofício, discordando, contudo, dos fundamentos jurídicos que estearam tais manifestações, pois a nulidade do indigitado lançamento deriva de uma evidente ilegitimidade passiva do autuado, restando intacta a relação obrigacional tributária por sucessão à empresa transportadora, conforme preconiza o art. 6º, IV, da Lei nº 7.014 transcrito. E prossegue: *“Destarte, tendo como premissa a incolumidade da existência de relação obrigacional tributária, devidamente individualizada pelo procedimento administrativo vinculado de lançamento fiscal (art. 142 do CTN), impede no presente caso a realização de novo lançamento, imputando-se à Empresa de Transporte ATLAS Ltda o dever do recolhimento do tributo, devendo ser aproveitados os atos administrativos não alcançados pela nulidade, conforme impõe os princípios da causalidade e da economia processual, abrindo-se ao imputado os prazos processuais atinentes ao seu ônus de*

*defesa. Em face do expendido, encaminhe-se a presente ao CONSEF para apreciação da pretensão de nulidade ofertada pela PGE/PROFIS, com esteio na fundamentação acima alinhavada, com arrimo na Legislação de Regência do Processo Administrativo Fiscal”.*

## **VOTO**

O despacho do procurador chefe acolheu os opinativos da PGE/PROFIS, discordando, contudo, dos fundamentos jurídicos que estearam tais manifestações, por entender que o lançamento deriva de uma evidente ilegitimidade passiva da autuada, restando intacta a responsabilidade da transportadora, imputando-se-lhe, pois, o dever do recolhimento do tributo, com aproveitamento dos atos administrativos não alcançados pela nulidade, com a devida reabertura dos prazos processuais atinentes ao seu ônus de defesa.

Tal manifestação importa, desde logo, em descon sideração dos citados pareceres, prejudicados pelo opinativo do procurador chefe da PGE/PROFIS, que passamos a examinar.

Pedimos *venia* ao ilustre procurador chefe para discordar de sua fundamentação, calcada na aplicação do disposto no art. 6º, IV da Lei nº 7.014, porque neste processo não se encontram os requisitos estabelecidos no citado inciso IV, já que as mercadorias, apreendidas no depósito da empresa transportadora, estavam devidamente acompanhadas de documentação fiscal idônea, descaracterizando, portanto, a alegada ilegitimidade passiva do autuado.

Ainda que, assim não fosse, o Auto de Infração está inquinado de nulidade absoluta, vez que não foi observada uma condição essencial, ou seja, a intimação da autuada, antes da sua lavratura, para pagamento do débito, ou prestar esclarecimentos, ou exibir elementos solicitados pela fiscalização, conforme art. 26 do RPAF.

Em face do exposto, NÃO ACOELHO a Representação do procurador chefe da PGE/PROFIS e, devendo o processo retornar à procuradoria para que promova a intimação do sujeito passivo para tomar conhecimento do lançamento e efetuar o pagamento do débito no valor de R\$357,38.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO ACOELHER a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. PGE/PROFIS