

PROCESSO - A. I. Nº 299689.0053/08-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - FRANKLLYN EDUARDO DE JESUS ANDRADE
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 23/09/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0245-11/09

EMENTA: ICMS. IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO. Representação proposta com base no art. 119, II, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), tendo em vista não existir a conduta infracional imputada na autuação. Pleito acatado em face da existência de ilegalidade inequívoca, a qual consubstancia a improcedência. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação a este CONSEF encaminhada pela Procuradoria Geral do Estado, através de despacho da lavra do procurador assistente Dr. José Augusto Martins Junior, no exercício do controle da legalidade, com arrimo no artigo 119, II e § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), propondo que seja declarada a improcedência do presente Auto de Infração, o qual exige imposto no valor de R\$2.805,01, acrescido da multa de 100%.

O Auto infracional foi lavrado no modelo 2 – Trânsito, em razão do transporte de mercadorias sem documentação fiscal, ou com documentação fiscal inidônea.

As mercadorias, objetos da autuação, foram apreendidas e depositadas sob a responsabilidade da firma GESSO ACARTONADO DO BRASIL COMÉRCIO LTDA., segundo consigna o Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 000102 (fl. 02).

Como o autuado não pagou o débito nem impugnou o lançamento, foi lavrado o competente Termo de Revelia e, em seguida, expedida a Intimação (fl. 22), dirigida ao depositário, tendente a apresentação da mercadoria para leilão, incorrendo o atendimento.

Em face de tal procedimento, foi lavrado o Termo respectivo, em conformidade com o art. 950, § 4º, II, do RICMS, sendo os autos encaminhados à PGE/PROFIS, para exercício do controle da legalidade e autorização da inscrição na dívida ativa, de acordo com o art. 113, §§ 1º e 2º, do RPAF/BA.

Na Representação proposta, inicialmente, a ilustre procuradora da PGE/PROFIS, Dra. Maria Helena Cruz Bulcão examinou a hipótese dos autos, onde as mercadorias apreendidas foram depositadas em poder de terceiro, o qual, após intimado para entregá-las, objetivando a realização do respectivo leilão fiscal, não as apresentou, situação que conduz à indagação se permanece aberta, para o Estado, a via executória em relação ao autuado ou apenas resta demandar contra o depositário infiel pelas mercadorias não entregues?

Após análise do art. 950, do RICMS, asseverou a procuradora que a previsão do texto legal, no caso de mercadorias apreendidas e abandonadas, encaminha no sentido de serem elas levadas a leilão público, para quitação do imposto devido, confirmando a vinculação existente entre o débito tributário e as mercadorias tidas como abandonadas, aduzindo, ainda, que o regramento do art. 109, § 7º, do COTEB, com autoridade de lei, não deixa dúvidas ao afirmar que nesses casos se considera desobrigado o devedor.

Frisou, também, que a opção pela apreensão das mercadorias incumbe ao Fisco Estadual, não cabendo ao contribuinte decidir se serão elas depositadas em seu próprio poder, em repartição

fazendária ou em mãos de terceiro, e, por se tratar de escolha do Estado, o qual, assim procedendo por conveniência própria, assume os riscos daí decorrentes.

Desse modo, ao decidir pela via da apreensão e depósito em mãos de terceiro, a Administração Fazendária renunciou, automaticamente, à cobrança judicial do autuado, visto como as condutas apontadas (apreensão e depósito em mão de terceiro e cobrança judicial do próprio autuado) são inconciliáveis e reciprocamente excludentes.

De outra parte, aduziu que o crédito tributário sob comento não apenas é insuscetível de execução, como também deve ser extinto, pois dele se encontra, sem margem à tergiversação, desobrigado o autuado, sendo iníquo sujeitá-lo, indevidamente, às restrições negociais e cadastrais decorrentes da existência de créditos tributários não pagos.

Salientou, outrossim, que a inércia do depositário em apresentar as mercadorias postas sob a sua guarda caracterizou infidelidade, autorizando seja contra ele promovida a competente Ação de Depósito, averbando, ademais, que a relação jurídica travada entre o Estado e o depositário infiel não tem natureza tributária, constituindo-se em liame de índole civil e, sendo 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 a entrega das mercadorias apreendidas ou a indenização, em valor a elas equivalente, pelo seu extravio.

Pelas razões expostas, fundamentadas no art. 119, II e § 1º da Lei nº 3.956 (COTEB), propôs a presente Representação, objetivando a declaração da extinção do Auto de Infração, ressaltado o aspecto pelo qual, vindo esta a ser acolhida, o processo não deverá ser arquivado, porém remetido ao Setor Judicial da PGE/PROFIS, visto que valerá de prova contra o depositário, na Ação de Depósito a ser contra ele promovida.

No despacho de fls. 101/103 do PAF, o Procurador Assistente, Dr. José Augusto Martins Júnior, discordou, com a devida vênia, do Parecer da ilustre Procuradora, colacionado aos autos às fls. 56/64, o qual concluiu pela interposição de Representação ao egrégio CONSEF, propugnando pela declaração de nulidade do lançamento de ofício, em face da não devolução das mercadorias objeto de Termo de Depósito pela empresa Gesso Acartonado do Brasil Comércio Ltda., sustentando as seguintes razões:

Improcedência do Auto de Infração, diferente do opinativo ora rechaçado, não por conta da suposta ilegitimidade passiva, mas, sim, em razão da inexistência da conduta infracional imputada na autuação, transcrevendo o art. 6º, inciso III, da Lei nº 7.014/96, que dispõe sobre a responsabilidade solidária dos transportadores em relação às mercadorias, concluindo que a imputação de responsabilidade solidária ao transportador, ou terceiro detentor da mercadoria objeto do lançamento, *“sempre advirá de uma situação de inidoneidade documental, seja do ponto de vista formal, como no que tange ao conteúdo das informações descritas no documento.”*

Não se observa a conduta infracional imputada, de acordo com o documento fiscal de fl. 03, pois nele existe clara indicação do endereço de Camaçari, motivo que, por si só, destitui a senda de inidoneidade da documentação, não podendo se falar em existência de conduta infracional e nem tampouco de responsabilidade solidária.

Encaminhou, então, o ilustre procurador assistente, a presente Representação ao CONSEF, visando à declaração de Improcedência do Auto de Infração.

VOTO

A matéria objeto da presente Representação proposta pela PGE/PROFIS, no controle da legalidade, dentro da previsão do art. 119, II, §1º, do Código Tributário do Estado da Bahia, cinge-se à ação fiscal desenvolvida no trânsito, com a apreensão de mercadorias e documento, sendo imputada ao autuado a condução delas com documentação fiscal inidônea, imprestável para a operação.

Com efeito, a autorização legal que confere poderes à Administração Fazendária para apreender mercadorias em situação irregular tem por objetivo assegurar a satisfação do crédito reclamado na Ação Fiscal numa eventual sucumbência do sujeito passivo na esfera administrativa ou em caso de revelia, quando, então, se configuraria a desistência tácita, com o consequente abandono das mesmas.

In casu, constata-se que, no lançamento, o autuante ao descrever os fatos, se refere, expressamente: *“Mercadorias encontradas transitando na BA-093, Simões Filho, conduzidas pelo motorista Franklin Eduardo de Jesus Andrade no caminhão baú de placa JoF1216, quando abordado pela fiscalização apresentou a Nota Fiscal nº 1064 emitida pelo depositário fiel com destino a empresa Santana Martins e Cia Ltda, IE 51.180.708, natureza da operação vendas, endereço avenida Mario Leal Ferreira, 1254, Bonocô, entretanto, a mercadoria estava com destino à cidade de Camaçari, constituindo infração à legislação do ICMS, uma vez que o documento fiscal não serve para a operação.”*

Nesse quadro factível, observa-se que o autuante indicou como dispositivo legal infringido o art. 209, inciso I do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que dispõe:

“Art. 209. Será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que:

I - omitir indicações, inclusive as necessárias à perfeita indicação da operação ou prestação;”

Ocorre que, da análise da Nota Fiscal nº 1064 (fls. 03), documento suporte para a imputação por ter sido classificado como inidôneo, encontra-se claramente registrada, no seu corpo, a indicação de destino para *“Ob Camaçari. End. Av. Getulio Vargas próximo a Ricardo Eletro.”*, confirmando a aquisição pela empresa Santana Martins e Cia Ltda. de material destinado à obra no Município apontado, fato este ratificado pelo fornecedor (Gesso Acartonado do Brasil Comércio Ltda.) na sua manifestação de fls. 24/32 dos autos, afastando, sem margem à tergiversação, a senda de inidoneidade da documentação e, consequentemente, a existência de conduta infracional.

De outra parte, comungo com o entendimento do ilustre Procurador Assistente Dr. José Augusto Martins Júnior, quando, no seu Parecer, opina pela improcedência do Auto de Infração, amparado no Art. 6º, inciso III, da Lei nº 7.014/96, o qual dispõe sobre a responsabilidade solidária dos transportadores, sustentando que, na aludida norma legal, a imputação de responsabilidade solidária do transportador, ou terceiro detentor da mercadoria objeto do lançamento, sempre advirá de uma situação de inidoneidade documental, hipótese não configurada na espécie concreta versada.

Ante o exposto, evitando delongas desnecessárias, por considerar o posicionamento da douda PGE/PROFIS em plena consonância com os ditames legais vigentes, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta, para declarar a IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração e, por consequência, a extinção do crédito tributário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de setembro de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR -REPR. DA PGE/PROFIS