

PROCESSO - A. I. Nº 232422.0806/09-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - OTÁVIO ALVES GUIMARÃES NETO (OTÁVIO COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 06/05/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0124-12/10

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 e Auto de Infração, 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 desaparecida, 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 28/09/2009, imputando-se ao o a falta de retenção do ICMS por substituição tributária (calçados), e o seu consequente recolhimento, destinadas a contribuinte descredenciado. As notas fiscais estavam relacionadas nas TFDS, conforme documentos anexados aos autos. Foi exigido o imposto no valor de R\$663,85 acrescido da multa de 60%.

Consta no Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos (fls. 04/05) que as mercadorias ficaram sob a guarda da Empresa de Transportes Atlas Ltda.

O Auto de Infração correu à revelia, sendo lavrado o respectivo termo (fl. 13) e encaminhado à CAREG/Leilão para que fosse efetuada a notificação do depositário das mercadorias apreendidas, objetivando a sua devolução. Não logrando êxito, a CAREG/Leilão o encaminhou à DARC/GECOB para saneamento e inscrição em Dívida Ativa, que, por sua vez o encaminhou à PGE/PROFIS.

Em Parecer (fls. 22/30), a procuradora Maria Helena Cruz Bulcão, p
presente processo cuida da apreensão de mercadorias cuja circ

autuação e que tais mercadorias foram depositadas em poder da EMPRESA DE TRANSPORTES ATLAS 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 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?* 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, percorrendo 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 de 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 defendem 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, conforme fls. 31/66 do PAF.

A ilustre procuradora assistente em exercício Sylvia Amoêdo, através de manifestação às fls. 67 verso acolhe integralmente os termos da representação e determina seu encaminhamento ao CONSEF para apreciação da pretensão de declaração de extinção do débito objeto do Auto de Infração epigrafado.

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 c

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 por substituição tributária, no primeiro posto de entrada das mercadorias no estado da Bahia, tendo em vista que elas se enquadravam no regime da antecipação tributária interna. Consta no Termo de Apreensão de Mercadorias nº 232422.0806/09-5 lavrado (fl. 4) que as mercadorias foram transportadas acompanhadas pelas notas fiscais relacionadas nas TFD'S, apensadas aos autos. Consta, ainda, que a Empresa de Transportes Atlas Ltda. Foi a transportadora das mercadorias e restou como fiel depositária das mesmas. Foi exigido imposto no valor de R\$663,85, acrescido da multa de 60%.

Ressalto, preliminarmente, que a atividade de fiscalização esta 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 é necessário, primeiramente, se atentar de como foi lavrado o Auto de Infração.

De posse de duas relações TFD's (fls. 7/8) emitidas pela Secretaria da Fazenda, o autuante observou que o imposto referente às notas fiscais nºs 153640, 162551 e 162708 se encontravam pedente de regularização. As mercadorias passaram pelos postos fiscais em 31/10/2008 (primeiro documento) e 14/11/2008 (dois últimos documentos). Por este fato, lavrou o Termo de Apreensão de Mercadorias, imputando à Empresa Atlas Transportes Ltda o transporte das mercadorias e a condição de fiel depositário. O Termo de Apreensão foi lavrado em 28/08/2009.

Após este breve relato, observo:

Em primeiro, as mercadorias não foram apreendidas através do Termo de Apreensão lavrado e parte integrante do Auto de Infração. Este Termo foi lavrado quase um ano depois da entrada das mercadorias no território do Estado da Bahia, nas dependências da Inspeção Fiscal de Mercadorias em Trânsito da Regional Metropolitana e não em um Posto Fiscal. Se, à época da ocorrência do fato gerador do imposto houve, ou não, apreensões das mercadorias, este fato não resta configurado nos autos. Por isto, não existe qualquer assinatura do contribuinte ou mesmo do fiel depositário no Termo de Apreensão anexado aos autos.

Em segundo, embora as TFD's indiquem que o transportador das mercadorias foi a Empresa de Transportes Atlas Ltda, em qualquer momento indicam que a mesma restou como fiel depositário das mesmas.

Em terceiro, não existe, nos autos, qualquer documento, com exceção da descrição constante no Termo de Apreensão de Mercadorias e no corpo do Auto de Infração para provar o ilícito fiscal dito apurado. As notas fiscais autuadas foram retiradas de uma listagem produzida pela Secretaria de Fazenda visando controlar a entrada de mercadorias neste Estado e o recolhimento do imposto nos postos fiscais. Esta listagem, entretanto, não faz prova material de qualquer infração. Ela somente se configura com os documentos fiscais.

E, mais grave e em decorrência destes fatos, foi apurada a base de cálculo do imposto através dos valores constantes nesses TFD's, sem qualquer averiguação, por exemplo de uma auditoria fiscal no estabelecimento do autuado, se, de fato, os valores ora apurados foram ou não recolhidos ao longo do tempo já decorrido.

Diante do exposto e da norma tributária posta, o presente Auto de Infração é nulo por vício insanável, já que resta clara a insegurança na fixação do

imputada, inferindo-se daí a sua nulidade absoluta e prevista no art. 18, IV, “a” do RPAF/BA (Dec. 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, consequentemente, 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 232422.0807/09-1 lavrado contra **OTÁVIO ALVES GUIMARÃES NETO (OTÁVIO COMÉRCIO REPRESENTAÇÃO)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS