

PROCESSO - A. I. Nº 232340.0026/09-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ROZINALDO AZEVEDO DA SILVA
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/MATRO
INTERNET - 27/12/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0429-12/11

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 óbices intransponíveis concernentes à questão prejudicial e que antecede a análise dos termos iniciais da representação. Presença de vício jurídico que atenta contra o princípio da estrita legalidade tributária: autuação feita em nome de pessoa ilegítima para figurar na relação jurídica tributária, a qual, na condição de motorista, não poderia figurar no pólo passivo da obrigação tributária. Decretada, de ofício, a **NULIDADE** do Auto de Infração, com fulcro no Art. 20 do RPAF/BA e na Súmula nº 1 do CONSEF. Representação **NÃO ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

De acordo com o instrumento de fls. 36 a 39 o ilustre procurador lotado na PGE/PROFIS José Augusto Martins Júnior, encaminha representação pugnando pela extinção do crédito tributário consignado no Auto de Infração em tela, com supedâneo no art. 119, II, da Lei nº 3.956/81 – COTEB.

Destaca, inicialmente, que o Auto de Infração, no valor de R\$6.054,72, mais multa de 100%, fora lavrado para imputar ao autuado “*a conduta infracional de entrega de mercadoria em local ou a usuário diverso do indicado no documento fiscal*”, tendo sido, após o lançamento, apreendida a mercadoria e que tais mercadorias foram depositadas em poder de terceiro estranho à relação obrigacional, isto é, a empresa MARCAPEIXE COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.

Observa que o autuado não efetuou o pagamento do débito e nem apresentou defesa e que, sendo posteriormente, intimado o depositário a entregar as mercadorias à Comissão de Leilão, quedou-se inerte, não as tendo apresentado, observando, ainda, a condição de revel do autuado, encerrando-se, assim, a instância administrativa de julgamento.

Ao adentrar no exame do processo, com fulcro nos arts. 940 a 958 do RICMS/BA, destaca inicialmente, que as mercadorias são tidas como abandonadas, se o autuado não solicitar a respectiva liberação, não pagar o débito ou não promover sua discussão administrativa ou judicial, nos prazos regulamentares. Neste passo, o Estado poderá dispor livremente das mercadorias para a satisfação do crédito tributário.

Adiante, enumera que, qualquer que seja o resultado do leilão, isto é: a) sejam as mercadorias arrematadas, ainda que em valor insuficiente para quitar o débito; b) por falta de arrematante, sejam elas imobilizadas ou aplicadas no serviço público; ou c) ainda por falta de arrematante, sendo impassíveis de imobilização ou de aplicação no serviço público, sejam elas doadas a

instituições filantrópicas ou de educação, - em qualquer dessas hipóteses considera-se o contribuinte desobrigado em relação ao crédito exigido no Auto de Infração. Concluindo, destarte que, se o contribuinte abandonou as mercadorias apreendidas, assim permitindo que o Estado delas se utilizasse para satisfação do crédito tributário, não poderá ser novamente demandado pela mesma obrigação, extinguindo-se a relação jurídica travada com o Estado, assim como sua responsabilidade patrimonial.

Aduz que o contribuinte não escolhe ter suas mercadorias apreendidas, sendo esta uma opção do Estado, que também decide se as mercadorias apreendidas serão depositadas em seu próprio nome ou em mãos de terceiro, sendo que, neste caso, depósito em nome de terceiro, a Administração Fazendária renuncia automaticamente a cobrança judicial do próprio autuado, pois estas são opções inconciliáveis, reciprocamente excludentes.

Pontua que o crédito tributário ora analisado não apenas é insuscetível de execução, como também deve ser extinto, pois dele se encontra inequivocamente desobrigado o autuado, conforme já explicitado e salienta que a inércia do depositário em apresentar as mercadorias postas sob sua guarda caracteriza sua infidelidade, autorizando seja contra ele promovida a competente ação de depósito.

Destaca, ainda, que a relação jurídica travada entre o Estado e o depositário infiel não tem natureza tributária, constituindo-se em liame de índole civil. 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, sim, a entrega das mercadorias apreendidas ou a indenização, em valor a elas equivalentes, pelo seu extravio.

Concluí pugnando que, vindo ser acolhida a presente representação, os Autos não deverão ser arquivados, e sim remetidos ao setor judicial da PGE/PROFIS para que seja ajuizada a respectiva ação de depósito contra o infiel depositário.

À fl. 40, a procuradora assistente da PGE/PROFIS/NCA ratifica os termos da representação e a encaminha ao CONSEF para fim de julgamento.

VOTO

Antes do exame dos termos iniciais da representação proposta pela PGE/PROFIS, emergiu da análise dos autos uma questão prejudicial decorrente de vício jurídico que atentam contra o princípio da estrita legalidade tributária.

A aludida questão prejudicial se reveste na ilegitimidade passiva do autuado para figurar no pólo passivo da obrigação tributária, visto que, o próprio Termo de Apreensão, fl. 4, indica que o Sr. Rozinaldo Azevedo da Silva, o autuado, se trata apenas do motorista que conduzia o veículo que transportava as mercadorias apreendidas, enquanto o real transportador, devidamente identificado na Nota Fiscal nº 000902, fl. 5 dos autos, é o Sr. Marinaldo Tavares da Silva.

Observo que o Termo de Apreensão identifica incorretamente a empresa Safra Leasing S/A – Arrendamento Mercantil como sendo a transportadora da mercadoria, quando, em verdade, de acordo com o Certificado de Registro de Veículo, fl. 7, ela figura apenas como a arrendadora mercantil do veículo que transportava as mercadorias apreendidas, constando como arrendatário à empresa R C M Indústria e Comércio Ltda.

Assim, na situação em que se constate o transporte de mercadorias sem documentação fiscal idônea, não sendo possível a identificação do contribuinte de direito, porém sendo identificado o transportador das mercadorias em situação irregular, o transportador deve ser o sujeito passivo escolhido pela fiscalização para exigência do tributo devido, pelo fato de que este aceitou para transporte as mercadorias desacompanhadas de nota fiscal, aceitando, conseqüentemente, o risco de ser responsabilizado pelo pagamento do imposto devido na operação.

Ressalto que o motorista do veículo onde são encontradas as mercadorias em situação irregular é apenas um preposto do transportador e que, como empregado de alguém, não pode ser responsabilizado pelas decisões tomadas pelo seu empregador.

Vejo, ainda, que não há como se argumentar que, no caso presente, caberia a lavratura do Auto de Infração contra o motorista, à vista do disposto no Art. 6º, inciso IV da Lei nº 7.014/96, que autoriza o lançamento contra o detentor das mercadorias, vez que, encontrando-se perfeitamente identificada na operação a figura do transportador, a ele também se deve atribuir a condição de detentor, já que, naquele momento, o motorista se apresenta como mero preposto, não detendo as mercadorias em nome próprio, mas em nome e por conta do transportador que o contratou para realizar o transporte.

Nesta ótica, entendo que este vício constatado na ação fiscal contamina o lançamento no seu todo, vez que, no presente caso, repito, deveria ser atribuído ao transportador, à responsabilidade por solidariedade, nos termos do art. 6º, III, “d” da Lei 7.014/96, *in verbis*:

Art. 6º. São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

III - os transportadores em relação às mercadorias

d) que conduzirem sem documentação fiscal comprobatória de sua procedência ou destino, ou acompanhadas de documentação fiscal inidônea;

Isto posto, *in casu*, como já dito, o vício acima delineado infere-se situação de nulidade absoluta, a qual, por se tratar de matéria de ordem pública, pode e deve ser conhecida por este CONSEF, independentemente de provocação das partes e dos limites da representação proposta, até mesmo em atenção aos princípios da celeridade processual e eficiência, evitando-se, destarte, a necessidade de novo incidente para reapreciação da questão.

Em conclusão, NÃO ACOLHO a representação proposta, e, de ofício, com fulcro no Art. 20 do RPAF/BA, voto pela NULIDADE do Auto de Infração epígrafado em face da existência dos vícios insanáveis acima indicados, 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 232340.0026/09-0 lavrado contra ROZINALDO AZEVEDO DA SILVA, devendo o PAF ser encaminhado à PGE/PROFIS para o devido conhecimento.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS