

PROCESSO - A. I. Nº 161310.0006/09-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TECHNO SYSTEM COMÉRCIO DE ELETRO-ELETRÔNICO LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 10/07/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0155-12/12

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Representação proposta com base no art. 119, II e § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), tendo em vista que não se pode exigir novamente do autuado o valor do tributo, considerando que as mercadorias apreendidas foram por ele abandonadas em favor de terceiro, que permaneceu como fiel depositário das mercadorias apreendidas. Representação **NÃO ACOLHIDA**. Decretado, de ofício, a **Improcedência** do Auto de Infração, tendo em vista que a Cláusula Quarta do Protocolo ICMS 41/08, impede de ser exigido o imposto retido por substituição tributária quando do transporte das mercadorias, pois o remetente tem até o dia nove do mês subsequente para recolher o imposto. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Representação interposta pela PGE/PROFIS que, no controle de legalidade, após verificar a existência de mercadorias depositadas em poder de terceiro 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 21/10/2009, imputando-se ao autuado a falta de recolhimento do imposto retido por substituição tributária relativa às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor do imposto: R\$1.299,44 com multa de 150%.

As mercadorias permaneceram em mãos do transportador – Expresso Mercúrio S/A (fl. 05 do PAF) como seu fiel depositário.

O Auto de Infração correu à revelia, sendo lavrado o respectivo termo (fl. 16) e encaminhado à CAREG/Leilão para que fosse efetuada a notificação do depositário das mercadorias apreendidas, objetivando a sua devolução (fls. 17/18). Não logrando êxito, a CAREG/Leilão o encaminhou à DARC/GECOB para saneamento e inscrição em Dívida Ativa, que, por sua vez o enviou à PGE/PROFIS.

Em Parecer (fls. 26/28), o nobre 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 da EXPRESSO MERCÚRIO LTDA., empresa transportadora totalmente alheia à autuação, que nada se relaciona com o 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, ainda, que se o depósito das mercadorias em mãos de terceiro foi 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, deve o fisco assumir os riscos daí decorrentes, ou seja, se o depositário, mesmo intimado, não apresentar as mercadorias que se encontram em seu poder, este é um ônus que Estado deve suportar sozinho, sendo impossível transferi-lo para o contribuinte, que não mais responde pelo débito tributário.

Observa que *“a regra expressa do art. 109, § 7º, do COTEB, segue no sentido de, em tais hipóteses, uma vez desobrigado o devedor, seria, de qualquer sorte, inviável pretender executá-lo por Auto de Infração cujas mercadorias respectivas já foram por ele perdidas para o Fisco, pois tal equivaleria a cobrar o mesmo imposto duas vezes, configurando autêntico e intolerável bis in idem, e penalizando duplamente o devedor, que já renunciou, por abandono, aos bens a que faria jus”*.

Diz, ainda, que tal posição não pode levar à conclusão de que se estaria renunciando ao crédito tributário indisponível, pelo fato da situação exposta não decorrer da vontade da Administração, mas de imperativo legal enunciado no art. 109, § 7º, do COTEB, de demais dispositivos normativos anteriormente invocados. O exposto é que, *“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. Considerando, pois, a flagrante ilegalidade de se manter, em nome do Autuado, débito já virtualmente extinto e em relação ao qual este está desobrigado, sujeitando-o indevidamente às conhecidas restrições negociais e cadastrais decorrentes da existência de crédito tributário não satisfeito, necessário se faz que esta PGE/PROFIS, utilize-se do instrumento da Representação ao Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF, para pugnar, com supedâneo no art 119, II, do COTEB, pela declaração de extinção do débito através de Decisão administrativa irreformável, nos moldes do art. 156, IX, do CTN”*.

No entanto, a extinção do Auto de Infração em nada obsta a propositura da ação de depósito contra o depositário 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. Assim, a inexistência de Auto de Infração em nada prejudica a aludida demanda, pois nela o que se cobra da depositária não é o tributo, mas sim as mercadorias apreendidas ou a indenização, em valor a elas equivalente, pelo seu extravio.

Ressalta, assim, que, mesmo extinto o Auto de Infração, o PAF não deverá ser arquivado, ficando como prova das alegações a serem formuladas contra a depositária. Por este motivo solicita que, se 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 Dra. Paula Gonçalves Morris Matos, através de Despacho à fl. 29 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 desobrigado.

Ao analisar as peças que constituíram o lançamento fiscal, deparei-me com situação que obsta a apreciação da Representação ora proposta.

A infração, conforme descrito no Auto de Infração, lavrado em 21/10/2009, diz respeito à falta de recolhimento do imposto retido por substituição tributária relativa às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

O fiscal autuante consignou que foram infringidas as Cláusulas Primeira e Quarta do Protocolo ICMS 41/08, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações autopeças, realizadas entre contribuintes situados nas unidades federadas signatárias do nominado protocolo, o qual a Bahia e São Paulo são signatários. Por tal determinação legal, *fica atribuída ao remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, relativo às operações subsequentes.*

E a Cláusula Quarta do referido Protocolo determina: *O imposto retido deverá ser recolhido, a favor da unidade federada de destino, até o dia 9 (nove) do mês subsequente ao da saída das mercadorias.*

No campo “Descrição dos Fatos” (fl. 01) foi dito que *a mercadoria está no regime de substituição tributária, sendo que o emitente da nota fiscal de nº 2660 de 14/10/2009, fez a retenção no corpo da nota, e não possui inscrição estadual especial para retenção da substituição do tributo. A nota fiscal está desacompanhada de qualquer comprovante de pagamento do imposto, seja GNRE ou DAE.* Esta mesma informação consta do Termo de Apreensão e ocorrências de fl. 05.

A multa indicada resta contida no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96 que trata da penalidade a ser aplicada quando for retido, e não recolhido, o imposto pelo sujeito passivo por substituição.

Analisando a norma legal em que se baseou o autuante para lavrara do Auto de Infração, a Cláusula Quarta do Protocolo ICMS 41/08, impede de ser exigido o imposto retido por substituição tributária quando do transporte das mercadorias, pois o remetente tem até o dia nove do mês subsequente para recolher o imposto retido. E, admitindo o fato do autuante não ter regime especial para retenção da substituição tributária, não seria ele o sujeito passivo tributário, pois a norma do Protocolo é clara (Cláusula Quarta), não havendo nele qualquer referência que o prazo de recolhimento do imposto deve ser na entrada das mercadorias no território baiano, nesta específica situação.

Por tudo exposto, voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da Representação proposta e, de ofício, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

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 **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 161310.0006/09-0, lavrado contra **TECHNO SYSTEM COMÉRCIO DE ELETRO-ELETRÔNICO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, em 14 de junho de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ROSANA MACIEL BIETTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS