

AÇÃO ANULATÓRIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Petições - Negócios e Atos Jurídicos

Anulatória de crédito tributário de ICMS sobre sacas de café furtadas, embasada na não ocorrência de fato gerador, ou seja, a não circulação de mercadorias.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA.....ª VARA DA FAZENDA, CONCORDATAS DE FALÊNCIAS DA COMARCA DE.....

..... (qualificação), pessoa jurídica de direito privado, estabelecida na Cidade de....., na Rua nº, por seu advogado constituído, conforme instrumento de mandato e demais documentos de representação, vem perante Vossa Excelência, promover a presente

ANULATÓRIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO,

E deferida em face do ESTADO....., isto fazendo pelas seguintes razões:

RESENHA FÁTICA

A Autora teve contra si lavrado o auto de infração nº..... em por Agentes Fiscais de Rendas, da secretaria da Fazenda, cuja proposição de lançamento exige o pagamento de ICMS, no valor histórico de R\$, multa e acréscimos regulamentares, pelo seguinte suporte-fático descrito na peça basilar:

"Através do Termo de conclusão de auditoria para conferência de estoque (xérox anexo), ficou constatado o "desvio" de..... sacas de café tipo arábica e sacas de café tipo conilon, das dependências da empresa acima qualificada, ficando, portanto, sujeito ao recolhimento do ICMS, na qualidade de "responsável" no valor de, incidente sobre o montante tributável de R\$, uma vez que na NP nº, determina que a pauta do café tipo conilon é de R\$, e arábica é de R\$, saca, para o dia"

Esta autuação, tendo como suporte-fático, como descrevem os autuantes, "desvio" de cafés, na verdade, foram decorrentes de furto, conforme evidencia a denúncia ofertada pelo Promotor Público à..... Vara criminal de..... (documentos de fls..... Do procedimento administrativo fiscal, em cópias reprográficas), onde um dos principais responsáveis, era fiel depositário, nos termos da lei que rege a atividade de armazéns gerais.

Segundo notícia a denúncia formulada pelo Promotor Público, embasada em inquérito policial precedente (vide documentos em cópias reprográficas), o ex-

empregado da Autora, em concurso de pessoas logrou ao longo de dois anos, furtar as quantidades de cafés descritas no referido procedimento administrativo fiscal, vendendo a terceiros, os quais foram denunciados na ação penal, como receptadores (art. 180, caput do CP).

Apresentada a defesa administrativa à autoridade fiscal de primeira fase (Delegado da Receita de.....), esta houve por bem em julgar improcedente a autuação, conforme se pode aferir pela decisão nº (fls..... do procedimento administrativo), pelo Delegado da DRR de, com a seguinte fundamentação:

"Na forma do item 26, parágrafo único, do art. 68 da Lei 8933/89 e face a delegação de competência outorgada pela port. 60/69 CRE, visto e examinadas as peças do presente processo, aprovo o relatório da IRT desta DRR, JULGANDO IMPROCEDENTE."

Desse ato, por força de lei, recorreu o Delegado da Receita ao Conselho de Contribuintes, que revendo a questão, houve por bem dar provimento ao recurso ex-officio e reformar a decisão.

O "parecer" que serviu de base para reforma de decisão de primeira fase, constante de fls....., uma verdadeira preciosidade, que sem fundamentar a materialidade de fato gerador do ICMS, sustentou a reforma e manutenção da autuação.

O Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais (fls.....), estribou sua decisão da seguinte forma:

"Súmula - ICMS - furto de mercadoria. Encerramento do diferimento. Tal situação implica na necessidade de regularização fiscal, ou seja, o recolhimento do tributo correspondente. Deve, porém ser abatido do valor do imposto o montante pago após a autuação."

Reduzindo apenas o que se considerou como pago, ou seja, para R\$..., de ICMS e permanecendo a mesma multa.

Armazém geral. Não detém a qualidade de comerciante. Mero auxiliar do comércio. Impossibilidade de ser sujeito passivo ou responsável. Ilegitimidade de parte.

O sujeito passivo do ICMS, como regra geral, requer um comerciante, industrial ou produtor (art. 1º, I, do Decreto-Lei 406/68), desta forma, armazém geral, que apenas presta serviço de locação de espaço, não detém essa qualidade.

O decreto 1.102 de 21 de novembro de 1903 (lei reguladora dos armazéns gerais) em seu art. 8º, § 4º, definindo o armazém geral como mero prestador de serviço,

por auxiliar do comércio (art. 35, IV do Código Comercial), está vedado de exercer o comércio de mercadorias idênticas as que se propõe a receber em depósito.

De forma que não pode ser considerada a Autora como sujeito passivo da obrigação principal (art. 113, I do CTN) e ainda mais por fato ilícito que não se constitui de uma operação relativa à circulação de mercadorias.

Não poderia também ser responsável pelo encerramento do diferimento, isto porque, a responsabilidade tributária, atualmente, diante do Texto Constitucional (art. 146, III, letras "a" a "c"), não admite que lei ordinária estadual possa definir responsáveis tributários.

Diante disso, sendo a lei estadual invocada, nessa parte, inválida e ineficaz, pois pretende criar responsáveis tributários à margem do art. 143, em relação à responsabilidade subsidiária, tem-se:

"... respondem solidariamente com este NOS ATOS EM QUE INTERVIEREM OU PELAS OMISSÕES DE QUE FOREM RESPONSÁVEIS":

Todavia, esse dispositivo não arrola como responsável o armazém geral. A única disposição que mais se aproxima seria o inciso III desse artigo:

"III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes."

Então, somente havia responsabilidade, por transferência, subsidiária, quando houver um fato gerador anterior e pertencente ao sujeito passivo principal e não tiver este adimplida essa obrigação, no tempo e na forma.

Portanto, quem deveria ser obrigado a responder pelo encerramento do diferimento - se fosse o fato ilícito desencadeador dessa obrigação - seriam os depositantes, jamais a Autora.

Ora, o fisco não exigiu das depositantes (as que seriam as obrigadas passivamente, para responder pelo encerramento do diferimento do ICMS), mas atribuiu diretamente à Autora, que, na qualidade de armazém geral, nunca teve a propriedade do café furtado.

Ademais, se a exigência não é feita diretamente das depositantes, fez com que o princípio de não-cumulatividade não fosse observado, considerando que poderiam elas ter créditos de ICMS, em conta gráfica, para deduzir no quantum debeaturn apontado.

O crédito tributário, do ICMS, não é feito pela aplicação tão-somente da alíquota sobre o valor da operação (no caso dos autos não existiu essa operação), mas devem ser considerados os créditos a serem compensados, existentes em conta gráfica ou na incidência direta, pelas entradas.

Por isso, na forma como que preferiu o fisco fazer a autuação, tentou-se contornar o princípio da não-cumulatividade e ainda buscar encerramento de diferimento por preço presumido de venda, quando deveria ser o de compra feita pelos produtores e atribuindo à Autora, que figura como parte ilegítima para responder a essa obrigação.

Quem adquiriu o café de produtores foram as depositantes e se houver alguém responsável, juridicamente, pelo encerramento do diferimento, são estas e nunca a Autora como mera depositária; mandatária.

Ademais, se houve furto de café, obviamente que esse café voltou ao mercado e sendo conhecidos os comerciantes que adquiriram a res furtiva, estes são responsáveis pela obrigação.

A ação penal instaurada e em desenvolvimento informa com precisão e segurança os adquirentes dessa mercadoria (comerciantes de cafés), que obviamente, como receptores, se for devido o imposto, devem ser responsabilizados.

Parece esdrúxulo que sem o fato negocial (onde a Autora tivesse realizado operações relativas à circulação de mercadorias), quer comprado de produtores, onde com muito esforço, ainda assim, não poderia ter responsabilidade pelo encerramento do diferimento, em face do ato ilícito sofrido, tenha de responder pelos tributos se nenhum fato material que corresponda à hipótese de incidência para subsumir e formar a obrigação tributária.

Mérito. Furto de mercadorias,

Inexistência de fato gerador.

Diferimento. Responsabilidade pelo encerramento em operações determinadas.

Inicialmente, tem-se de mostrar sua indignação por tal falta de conhecimento jurídico da questão fiscal, considerando que o fato gerador do ICMS requer um negócio mercantil (venda), onde todos aspectos desse fato gerador estejam presentes, principalmente aquele implícito, constituído e determinado pela Constituição Federal, como da capacidade contributiva.

Comprovado por documentos que tais mercadorias foram furtadas de dentro de armazém geral, figurando a Autora como vítima, onde inclusive foram identificados os receptores, indiscutivelmente, jamais poderia ter ocorrido o fato gerador ou o encerramento do diferimento, por conta e responsabilidade desta.

O diferimento de cafés, cru em grãos, nas operações dentro do Estado do...., somente é encerrado, como repete o artigo 496, do Decreto 1966/92, que na época era previsão de instrução da Secretaria da Fazenda, em três hipóteses:

I - saída para exterior;

II - saída para outro Estado;

III - saída de café torrado ou moído, de café solúvel, de café descafeinado, de óleo, de extrato e de outros produtos originários da industrialização do café de estabelecimento industrial que o tenha recebido como matéria prima.

Portanto, inexistindo previsão, na legislação tributária, que o furto de café em grão cru, de armazém geral, não constitui fase de encerramento do diferimento, é impossível ao Órgão Fiscal, considerar encerrada e exigir o recolhimento justamente da vítima de ilícito penal (furto).

É um paradoxo, mas é verdade!

A falta de conhecimento e sensibilidade para questão fiscal é enorme.

Primeiro porque se tivesse havido o encerramento do diferimento, quem deveria responder por esse fato seriam os receptadores e nunca a empresa vítima do ilícito penal sofrido.

Ora, os receptadores do produto furtado foram identificados pela autoridade policial e foram denunciados (fls.....), que serviram de provas no próprio procedimento fiscal.

Ademais, não existiria, para os receptadores ou até mesmo para os agentes principais do delito de furto, a ocorrência do fato gerador, considerando que este traduz num negócio lícito e ainda com aqueles aspectos componíveis efetivamente acontecidos.

Os fatos geradores, se ocorridos, foram posteriormente a venda do produto a terceiro, contudo, nulas essas vendas, pois decorrentes de ato ilícito.

Com efeito, a Constituição Federal ao desenhar o instituto do ICMS, o fez de forma a incidir somente nas operações relativas à circulação de mercadorias (núcleo material da hipótese de incidência), e o Código Tributário Nacional, ao dispor sobre as NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO, perfeitamente recepcionada pela atual Carta Magna, dispõe no artigo 3º o que se considera tributo.

Portanto, se o fato gerador de uma obrigação tributária somente decorre de atos negociais lícitos, obviamente que o furto de mercadoria não pode configurar esse fato jurígeno.

Mesmo porque, cabe ao próprio Estado buscar e encontrar os delinqüentes e devolver os bens a vítima, repondo o patrimônio do cidadão ao statu quo ante.

ALIOMAR BALEEIRO, esse grande tribuno que tantas luzes deu inclusive no STF, ao doutrinar a respeito do fato gerador do ICM, ainda no alvorecer do Código Tributário Nacional, assentou:

"De modo diverso do IVC que tinha como fato gerador especificamente um negócio jurídico de venda ou consignação, o ICM assenta sobre qualquer operação realizada com a mercadoria, isto é, qualquer negócio jurídico, ato jurídico relevante ou operação econômica, que ocasione a saída.

Natureza especificada da "operação", isto é, o negócio jurídico, que motiva ou se dá causa à saída, é irrelevante do ponto de vista fiscal. Quase sempre se prende a uma compra e venda mercantil ou consignação. Mas pode ser outro contrato ou ato jurídico.

Não pode ser em nossa opinião, fato material ou físico - a simples deslocação da mercadoria para fora do estabelecimento, permanecendo na propriedade e posse direta do contribuinte seja para depósito, custódia, penhor, comodato ou reparos. SE ADMITÍSSEMOS SOLUÇÃO CONTRÁRIA, ATÉ O FURTO DE MERCADORIA SERIA FATO GERADOR DO ICM"(COMENTÁRIOS AO CÓDIGO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO, forense 10^a, pág. 223).

Com efeito, inexistente operação jurídica ou econômica, onde haja a indicação precisa da capacidade contributiva, considerando que o furto revela a total ausência desse fato e informa contrariamente a perda da mesma.

Desvirtua o fato jurídico (operações relativas à circulação de mercadorias), onde o fato gerador do ICMS é componível inclusive do aspecto mensurável (base de cálculo), não há como entender que se possa atribuir às mercadorias furtadas uma base de cálculo para incidir a alíquota.

Nesse aspecto, ALFREDO AUGUSTO BECKER, na sua reputada obra, escreveu:

"Finalmente, já foi demonstrado que o único critério científico jurídico que permite aferir a natureza jurídica do tributo é o critério da base de cálculo (núcleo da hipótese de incidência). O núcleo (base de cálculo) confere gênero jurídico do tributo e os elementos adjetivos atribuem a espécie jurídica àquele gênero" (TEORIA GERAL DO DIREITO TRIBUTÁRIO, ed. Saraiva, pág. 399).

Se o fisco exigir o ICMS sobre um ato ilícito praticado onde houve o desapossamento da mercadoria, estar-se-ia exigindo outro tipo de imposto; um imposto sobre mero deslocamento físico da mercadoria e, ainda por cima, sobre uma base de cálculo que não informa a capacidade contributiva da vítima.

O próprio fato jurídico é que vai informar a natureza jurídica do tributo; se sobre o patrimônio; se sobre negócios mercantis ou civis.

Assim, quando se instituiu o ICMS, o legislador constituinte o fez e o conservou como incidente sobre negócios mercantis (operações relativas à circulação de mercadorias), mas nunca considerou que o furto pudesse traduzir em negócios.

Comumente tem-se, nas taxas, o desvirtuamento da natureza jurídica tributária, criando-se, na verdade, impostos.

Assim, se o Código Tributário ao conceituar o tributo o faz com atos ou negócios lícitos, jamais poder-se-ia exigir da vítima tributos, quando ocorrer furtos de mercadorias.

De outro lado, mesmo que fosse alguém obrigado a responder pelo imposto decorrente de mercadorias furtadas, apropriadas indevidamente ou desviadas, ou qualquer outra denominação que se dê ao Direito Penal, a Autora não poderia ser sujeito passivo, quer como responsável, quer como sujeito passivo.

Irrealizado pela Autora qualquer fato negocial ou jurídico, que torne ela obrigada a responder pelo ICMS como contribuinte (não vendeu), como também como responsável pelo encerramento do diferimento, a imputação feita é indevida, por consequência, o crédito tributário constituído é nulo.

DO PEDIDO

Por tais razões, requer a Vossa Excelência determinar a citação do Estado do..., na pessoa de seu Procurador Geral do Estado, para contestar, e após produzidas as provas que não de ser deferidas, indicadas e realizadas, seja finalmente julgada procedente a presente, declarando nulo o crédito Tributário, por faltar-lhe, no seu aspecto formal, Legitimidade da Autora em responder pelo encerramento do diferimento ou até mesmo pelo fato gerador principal, por não ter realizado nenhum fato negocial que a dê essa condição.

Ultrapassada esta, em remota hipótese, que não aceita e nem admite a Autora e por ela irá debater, no mérito, da mesma forma retro, reconheça a inexistência do fato gerador, por não caracterizar o furto de mercadoria ou outra figura delituosa penal, como fato gerador da obrigação tributária principal de pagar ICMS, pois irrealizadas operações relativas à circulação de mercadorias e, em qualquer hipótese, pela imposição do ônus de sucumbência.

Requerendo, por fim, sejam deferidas as provas periciais, testemunhais, requisições de informações a instituições públicas, financeiras, as quais serão indicadas e produzidas no momento processual adequado.

Termos em que, dando-se o valor de R\$ (....).

Termos em que,

Pede deferimento.....

....., de de

ADVOGADO OAB/....