

PROCESSO - A. I. Nº 299164.3003/05-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - RHODIA S/A
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 13/03/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0064-11/08

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Representação proposta com base no art. 119, inciso II 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 da fazenda estadual. A relação jurídica existente entre o Estado (sujeito ativo) e o depositário infiel tem natureza civil e não tributária, cabendo a propositura da competente ação de depósito. Representação **NÃO ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 119, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e no artigo 114, § 1º, do RPAF/99, pugnando pela extinção do Auto de Infração, e posterior remessa do PAF à PGE/PROFIS, com vistas a promover a devida Ação de Depósito.

O Auto de Infração, modelo “4” – Trânsito de Mercadorias, foi lavrado após apreensão de mercadorias, as quais foram depositadas em poder de terceiro estranho à pessoa do autuado, no caso a EMPRESA DE CARGAS TRANSITAL LTDA., conforme Termo de Depósito, às fls. 5/6 do PAF.

No decorrer do processo administrativo fiscal, o autuado não efetuou o pagamento do débito nem apresentou defesa no prazo regulamentar, ensejando a decretação de sua condição de revel, encerrando a instância administrativa de julgamento e remetendo-se os autos à Comissão de Leilões Fiscais.

Ocorre que, após devidamente intimado, o Fiel Depositário não devolveu, no prazo regulamentar, as mercadorias sob sua guarda, sendo remetidos os autos à PGE/PROFIS para adotar as providências cabíveis em relação ao Depositário das mercadorias apreendidas, objeto deste Auto de Infração, vez que o mesmo fora intimado, nos termos do art. 950 do RICMS, a devolver as mercadorias, mas não se manifestou no prazo estabelecido, caracterizando assim a condição de infiel depositário, conforme despacho à fl. 21 dos autos.

Depois de acurada análise, a Douta PGE/PROFIS, apresentou a Representação de fls. 22 a 26, pugnando pela extinção do crédito tributário, eis que o autuado, ao não solicitar a liberação das mercadorias, nem pagar o débito ou promover sua discussão administrativa ou judicial, nos prazos regulamentares, ensejou ao Estado dispor livremente das mercadorias apreendidas para satisfação do crédito tributário, levando-as a leilão administrativo. Assim, considera o contribuinte desobrigado em relação ao crédito exigido no Auto de Infração, não podendo ser novamente demandado pela mesma obrigação, pois a relação jurídica travada com o Estado extingue-se no momento do abandono das mercadorias, e de sua ocupação pelo Estado. Por fim, conclui que, ao decidir-se pela via de apreensão e depósito em mãos de terceiro, a Administração Fazendária renuncia, automaticamente, à cobrança judicial do próprio autuado, pois estas são opções inconciliáveis, reciprocamente excludentes, pois equivaleria a cobrar o mesmo imposto duas vezes, configurando autêntico *bis in idem*.

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, cuja relação jurídica travada entre o Estado e o depositário infiel não tem natureza tributária, constituindo-se em liame de índole civil. Logo a extinção do crédito tributário em nada prejudicaria a aludida demanda.

Do exposto, com espeque no art. 113, § 2º, do RPAF, manifesta discordância à inscrição deste crédito tributário em Dívida Ativa, por flagrante ilegalidade na pretensão de se executar judicialmente, contra o próprio autuado, do que, representa ao CONSEF para apreciação do fato, pugnando para que seja declarada nulidade do presente Auto de Infração, recomendando que, no caso do ACOLHIMENTO da Representação, seja o presente PAF encaminhado ao setor judicial desta Procuradoria Fiscal, visto que valerão como prova das alegações formuladas contra o depositário, na ação de depósito a ser contra si promovida.

À fl. 27 dos autos, foi apensado “DESPACHO”, subscrito pelo Procurador do Estado, Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho, no qual ratifica o Parecer exarado pelas ilustres Procuradoras do Estado, Dr^{as} Maria Dulce Baleeiro Costa e Ângeli Maria Guimarães Feitosa, que conclui pela necessidade de Representação ao CONSEF, no exercício do controle da legalidade, com fulcro no art. 119, II, da Lei nº 3.956/81, para que seja decretada a extinção do Auto de Infração, com a remessa do processo para o setor judicial da PROFIS, com vistas à propositura da competente ação de depósito.

Às fls. 28 e 29 dos autos, o Procurador Chefe da PGE/PROFIS, Dr. José Augusto Martins Júnior, manifesta-se pelo acolhimento dos opinativos exarados, que concluíram pela Representação ao CONSEF para nulificar o presente lançamento de ofício, com arrimo no art. 114 do RPAF-BA, discordando, contudo, dos fundamentos jurídicos que estearam tais manifestações, pois, entende que a nulidade do indigitado lançamento de ofício deriva duma evidente ilegitimidade passiva do autuado, restando intacta a relação obrigacional tributária por sucessão quanto a empresa transportadora, conforme preconiza o art. 6º, III, da Lei nº 7.014/96.

Conclui que, tendo como premissa a incolumidade da existência de relação obrigacional tributária, devidamente individualizada pelo procedimento administrativo vinculado de lançamento fiscal (art. 142 do CTN), impede no presente caso a realização de novo lançamento, imputando-se à EMPRESA DE CARGAS TRANSITAL LTDA o dever do recolhimento do tributo, devendo ser aproveitados os atos administrativos não alcançados pela nulidade, conforme impõe os princípios da causalidade e da economia processual, abrindo-se ao imputado os prazos processuais atinentes ao seu ônus de defesa.

Em face do expendido, encaminha os autos ao CONSEF para a apreciação da pretensão de nulidade ofertada pela PGE/PROFIS, com esteio na fundamentação acima, com arrimo na Legislação de Regência do Processo Administrativo Fiscal.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração, modelo 4 (trânsito), lavrado para exigir do autuado, Rhodia S/A, localizado no Estado de São Paulo, o ICMS retido e não recolhido, na condição de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, uma vez que o mesmo se encontrava com sua inscrição de “Contribuinte Substituto” cancelada no CAD-ICMS/BA, conforme Edital nº 04/2002 e NF 131723, cujas mercadorias apreendidas foram depositadas em poder da EMPRESA DE CARGAS TRANSITAL LTDA, consoante Termo de Depósito, às fls. 5/6 dos autos. Logo, o autuado é sujeito passivo legítimo no lançamento de ofício.

Contudo, lavrado o Termo de Revelia, após regular intimação do autuado, foi o PAF destinado à Comissão de Leilão, a qual intimou o depositário para entrega das mercadorias sob sua guarda, cujo descumprimento da obrigação, ensejou que os autos fossem enviados à PGE/PROFIS para providências cabíveis em relação ao Depositário das mercadorias.

Inicialmente se faz necessário ressaltar que a relação jurídica tributária entre o Fisco e Contribuinte, regida pelo Direito Público, não se confunde com uma relação obrigacional, não sendo aplicados os princípios de direito privado. Logo, o Estado não é um mero credor de uma determinada obrigação. Assim, no caso concreto, não cabe ao sujeito ativo da relação jurídica tributária renunciar ao crédito tributário, como poderia fazer um credor de uma relação jurídica de natureza privada, pelo simples fato de que a relação tributária é de natureza diversa, especial, e que tem base na supremacia do interesse público sobre o privado, ressaltando, obviamente, a estrita obediência aos ditames legais.

Por outro lado, na situação sob análise, não há a ocorrência de qualquer das modalidades de extinção do crédito tributário, a que se reporta o art. 156 do Código Tributário Nacional, o que torna ainda mais claro a falta de lastro legal para a representação proposta pela PGE/PROFIS. Assim, ausentes tais hipóteses, remanesce a relação jurídica tributária e, em consequência, o crédito tributário, posto que não satisfeito.

Conclui-se, assim, que impossibilitado o leilão pela não entrega das mercadorias pelo depositário ou por não ter sido o débito tributário pago pelo sujeito passivo, o processo deverá ser inscrito em dívida ativa, uma vez que o crédito tributário exigido no presente lançamento de ofício não foi satisfeito, e nem presentes as hipóteses previstas no art. 957 e 956 do RICMS, que desobrigariam o sujeito passivo, ou seja, no caso de ocorrido o leilão, o valor apurado seja insuficiente, ou caso não tenha havido a arrematação, seja a mercadoria distribuída a entidades de assistência social e de educação, o que não ocorreu.

Do exposto, fundamentado no brilhante voto prolatado pela Conselheira Sandra Urânia Silva Andrade, relativo ao PAF de nº 298948.0018/05-7, inerente à mesma matéria, voto pelo Dívida Ativa e ajuizada a competente ação de execução, sem prejuízo da ação cível contra o depositário infiel que tem natureza diversa da relação tributária entre o Fisco e o sujeito passivo, e onde se busca tão-somente indenização pelo descumprimento do dever de bem guardar o que lhe foi confiado.

RESOLUÇÃO

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

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de março de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS