

PROCESSO - A. I. N° 933102607/04
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - AUTO GÁS COMÉRCIO LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 28/10/2009

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0282-11/09

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Representação proposta com fulcro no art. 119, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Tendo o contribuinte efetuado o pagamento do valor lançado no Auto de Infração, não pode ser acolhido o pedido de extinção do crédito tributário por abandono de mercadorias apreendidas confiadas a terceiro, sobretudo porque, na hipótese vertente, a liberação dos bens pela fiscalização do trânsito decorreu da comprovação do cumprimento da obrigação principal, e não de critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública. Necessidade de homologação dos pagamentos realizados. Representação NÃO ACOLHIDA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação proposta pela PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 119, inciso II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), propondo que seja declarada a Nulidade do presente Auto de Infração, tendo em vista a desobrigação do contribuinte com relação ao pagamento do tributo nele consignado.

O Auto de Infração em comento tem por objeto a cobrança do imposto devido em razão da “*falta de antecipação do ICMS incidente sobre operação interestadual com mercadorias elencadas no anexo único da Portaria n° 114/2004 destinadas a contribuinte sem regime especial*”.

A mercadoria objeto da transação comercial foi apreendida pelo agente competente, tendo o Fisco eleito como depositária fiel a transportadora “LDB TRANSPORTES”.

Devidamente intimado para apresentar impugnação ao Auto de Infração, o autuado, destinatário das mercadorias objeto da autuação, deixou transcorrer *in albis* seu prazo de defesa, correndo, à sua revelia, o presente processo administrativo fiscal, consoante termo de fl. 38.

A fim de dar cumprimento ao art. 950, do RICMS, intimou-se o depositário da mercadoria, para proceder à sua entrega, no prazo de 10 (dias), após o que seria realizado o leilão para adimplemento da obrigação tributária.

Mais uma vez, transcorrido o prazo de lei, o Depositário não procedeu à entrega dos bens apreendidos pelo Fisco, muito menos apresentou qualquer manifestação à determinação contida na intimação de fl. 51.

Enviados os autos à PGE/PROFIS, a nobre procuradora Ana Carolina Moreira representou a este Conselho para que fosse Extinto o presente processo administrativo fiscal. O ilustre procurador assistente, José Augusto Martins Júnior, anuiu com o mencionado opinativo, propugnando, contudo, pela nulidade da autuação, com arrimo nas conclusões tracejadas pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria PGE n° 051/08, cujas conclusões foram homologadas pelo Procurador Geral do Estado, *in verbis*:

“Dante das observações anotadas ao longo deste trabalho, podemos extrair as seguintes conclusões, perfilhando a ordem de análise dos diversos aspectos do problema relativo à constituição do depósito em matéria fiscal, à sua natureza jurídica, aos seus efeitos sobre o crédito tributário, à ação de depósito e seu procedimento:

- a) é constitucional e lícita a apreensão (retenção temporária) de mercadorias de particular pela fiscalização tributária, nos limites do art. 109 do COTEB e regulamentado pelo art. 940 do RICMS/BA, na esteira do art. 84, IV, da CF;
- b) a apreensão de mercadoria, nos termos do art. 109 do COTEB, decorre do regular exercício do poder de polícia da fiscalização tributária, não se confundindo com as hipóteses das súmulas 323 e 547 do eg. STF, conforme asseverado pelo eg. STF no julgamento da ADI-395-DF;
- c) cabe ao Ente Federativo legislar sobre as relações jurídicas decorrentes da apreensão de mercadoria de sujeito passivo de obrigação tributária, através de lei ou, havendo autorização deste veículo normativo, por meio de decreto regular, que é a hipótese do Estado da Bahia, sem, contudo, alterar princípios e institutos de direito privado (CTN, arts. 109 e 110);
- d) a constituição do depósito de mercadorias apreendidas nas mãos do autuado não gera polêmica jurídica, pois se este, uma vez intimado, voluntariamente as apresenta, proceder-se-á, dada a inequívoca manifestação de renúncia que tal ato encerra, ao leilão fiscal dos bens, presumindo-se haver o contribuinte aderido à possibilidade de desobrigar-se do débito tributário pelo valor das mercadorias, independentemente do resultado pecuniário da sua alienação em leilão, conforme a regra estatuída nos arts. 109, §7º, do COTEB, e 957, II, do RICMS;
- e) a renúncia das mercadorias apreendidas e objeto de depósito ensejam a extinção do crédito tributário, de acordo com os arts. 109, §7º, do COTEB, e 957, II, do RICMS, devendo a PROFIS/PGE representar ao CONSEF em tal sentido;
- f) a representação pela extinção do crédito tributário deve, todavia, ser precedida de criteriosa análise, verificando-se a presença das seguintes condições, devidamente documentadas (i) conforme dicção do §6º, do mesmo art. 109 do COTEB, não foi “solicitada a liberação das mercadorias” e não houver “o pagamento ou impugnação do débito no prazo legal”, ainda que parcial ou parcelado; (ii) o devedor, efetivamente, não promoveu a impugnação administrativa ou judicial do auto de infração; (iii) não se identificam, nos autos, outros aspectos fáticos que contrariam a hipótese de abandono, como, pro exemplo, quando o depositário e o autuado têm os mesmos sócios, é o depositário sócio do autuado, ou é o depositário expressamente indicado pelo próprio autuado (situações, enfim, que evidenciem a existência de relação de proximidade íntima entre o autuado e o depositário, induzindo à conclusão de que as mercadorias encontram-se-iam, na verdade, em poder da própria autuada).
- g) nos casos em que, sendo depositário terceiro, não são devolvidos os bens ao fisco, é cabível a ação de depósito, de que cuida o CPC (art. 901 a 906), para garantir a tutela jurisdicional em favor do Ente Público, sujeito ativo da relação jurídico-tributária originária, da qual resultou a apreensão e o depósito administrativo;
- h) não há que se falar em cumulação de ação de depósito e execução fiscal, inteligência dos arts. 109, § 7º, do COTEB, e 957, II, do RICMS;
- i) é do juízo privativo da fazenda pública tributária, onde houver, a competência para processar e julgar a ação de depósito oriundo do art. 109 do COTEB, regulamentado pelo art. 940 do RICMS/BA;
- j) a ação de depósito deve ser acompanhada de prova literal da instituição do depósito, o que equivale à cópia do próprio PAF, especialmente do termo de apreensão e depósito, da nota fiscal ou relação dos bens apreendidos, da intimação administrativa para devolução dos bens pelo depositário e do termo que atesta o seu insucesso;
- k) deverão constar como pedidos da petição inicial da ação de depósito, nos termos do procedimento especial disciplinado pelos arts. 901 a 906 do CPC, os seguintes pedidos: citação do réu para, em cinco dias, (i) entregar a coisa, depositá-la em juízo ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro; (ii) contestar ação e (iii), sendo julgada procedente a demanda, consignar a sentença a condenação do Réu a pagar ao autor soma em dinheiro, equivalente ao valor do objeto do depósito, acrescido de correção monetária e juros legais; (iv) a prisão civil do depositário – art. 902, § 2º; (v) a expedição de mandado de busca e apreensão da coisa depositada – art. 905, e, (vi) a conversão da ação em execução por quantia certa – art. 906;
- l) o principal da dívida na ação de depósito é o valor dos bens depositados, acrescido de correção monetária e juros legais, hoje representados exclusivamente pela taxa SELIC, nos termos do art. 406 do Código Civil, secundado por jurisprudência dominante do eg. STJ, a contar da configuração da infidelidade do depositário (i.e., escoamento do prazo de dez dias estabelecido para a devolução dos bens, após a respectiva intimação no âmbito do processo administrativo fiscal);

m) é cabível, a princípio, a decretação da prisão civil do depositário infiel, na hipótese de não haver a devolução da coisa, objeto do depósito, ou a consignação do seu equivalente em dinheiro, acrescido da correção monetária e juros legais (STF, súmula 619);

n) sugere-se, de lege ferenda, a previsão legislativa de:

n.1), intimação do autuado para receber as mercadorias apreendidas, e manifestar, se for o caso, sua intenção expressa de renunciar à propriedade dos bens, beneficiando-se da regra do art. 109, § 7º do COTEB;

n.2) prazo certo para manifestação do contribuinte, em decorrência da acima referida intimação, sendo tal prazo comprehensivelmente mais curto nos casos de mercadorias perecíveis;

n.3) advertência legal de que a falta de comparecimento/manifestação do autuado no prazo assinalado conduz à presunção de abandono dos bens apreendidos, e consequente início do procedimento do leilão administrativo.”

VOTO

Consoante se depreende do relatório acima, a extinção do crédito tributário propugnada pela PGE/PROFIS resulta da conduta do próprio Fisco de eleger terceiro para figurar como depositário das mercadorias apreendidas pela fiscalização de trânsito. É necessário, ainda, que fique caracterizado o abandono das mercadorias em favor do Fisco, o que depende não apenas da inércia diante da intimação para devolver os bens apreendidos, mas, também, da falta de pagamento do tributo lançado.

Sem um desses elementos, não há que se falar em extinção do crédito tributário seja porque a não entrega dos bens pelo próprio autuado, se ele é eleito depositário, não o exonera do pagamento do imposto devido, seja porque a falta de abandono obsta a configuração do ato de invasão do patrimônio do autuado pelo ente político.

No caso em comento, verifica-se que o contribuinte, após ter sido autuado, apresentou à autoridade competente o Documento de Arrecadação Estadual de fl. 09, devidamente vinculado a este Auto de Infração, com data de autenticação 27/07/04, no valor de R\$429,19, que corresponde à multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal noticiada no lançamento de ofício (demonstrativo de fl. 07). Esse valor foi apropriado pela Secretaria da Fazenda da seguinte maneira: R\$268,24 foram utilizados para abatimento do principal e R\$160,95 foram utilizados para abatimento da multa inicialmente fixada, *ex vi* do impresso “DETALHES DO PAGAMENTO” de fl. 108.

Após ser intimado para recolher a diferença apurada, inclusive mediante os benefícios da Lei de Anistia nº 9.650/05 (fls. 16, 17, 19 e 24), o contribuinte juntou aos autos o extrato de pagamento de fl. 31, datado de 12/07/04, no valor de R\$715,47, que corresponde ao principal do imposto lançado.

Sucede que esse pagamento foi feito sob o código “1145 – ICMS ANTEC TRIB PRODUTOS ANEXO 88 RICMS”, sem qualquer vinculação ao presente Auto de Infração, o que, ao que tudo indica, impediu a sua adequada homologação, fazendo Parecer que ainda havia imposto pendente de pagamento, quando, na verdade, segundo se extrai do processo, todo o débito já foi devidamente satisfeito.

Tanto o imposto foi integralmente pago, que o contribuinte conseguiu obter a liberação das mercadorias em 30/07/04, consoante se observa do termo de fls. 04v, onde foi apostila a seguinte informação: “LIBERADO MEDIANTE PAGAMENTO”.

Nesses termos, não pode o crédito tributário constituído por conduto do presente lançamento de ofício ser extinto sob a justificativa de abandono das mercadorias apreendidas e confiadas a terceiro, que não o sujeito passivo. O abandono, aqui, não aconteceu; o contribuinte compareceu à repartição competente e resgatou os bens que estavam sendo transportados mediante o pagamento do imposto e da multa lançados. Foi o pagamento que motivou a devolução das mercadorias apreendidas, e não uma escolha do agente do Fisco de liberá-las simplesmente por questões de conveniência e oportunidade.

Assim, voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da Representação proposta.

Por oportuno, esclareço que os pagamentos feitos pelo contribuinte devem ser devidamente homologados, observando-se, inclusive, se for o caso, as disposições da Lei de Anistia nº 9.650/05.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO ACOLHER** a Representação proposta, determinando ao Órgão competente que homologue os pagamentos efetuados pelo contribuinte.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de outubro de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. DA PGE/PROFIS