

PROCESSO - A. I. N° 297745.0516/07-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SANDRO MURILO CANCIO GOMES (CANCIO GOMES COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE ALÇADOS)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS
ORIGEM - INFRAZ JUAZEIRO
INTERNET - 28/10/2009

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0289-11/09

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INAPLICABILIDADE. CONFESSÃO DO DÉBITO PELO SUJEITO PASSIVO MEDIANTE PARCELAMENTO. ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS PARA INSCRIÇÃO DO DÉBITO EM DÍVIDA ATIVA. Diante do reconhecimento do débito pelo sujeito passivo, mediante pedido de parcelamento do débito lançado, não cabe o entendimento de que houve abandono das mercadorias, fundamentação da PGE/PROFIS para pleitear a extinção do crédito tributário. Representação **NÃO ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através da presente Representação – fls. 55 a 63 - a PGE/PROFIS, com base no art. 119, inciso II, §1º, combinado com o art. 136, §2º da Lei n° 3.956/81 – COTEB – solicita que uma das Câmaras deste Conselho aprecie o lançamento de ofício com o fito de declarar a extinção do crédito tributário nele lançado.

O Auto de Infração epigrafado foi lavrado em virtude de falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira na aquisição de mercadorias para comercialização procedente de outra unidade da Federação por contribuinte com inscrição estadual no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia baixada.

Informam as procuradoras que subscreveram a Representação em comento que as mercadorias foram apreendidas quando da ação fiscal e depositadas sob responsabilidade da empresa transportadora dos bens – Transportadora Cometa S/A – . Informam, ainda, que não sendo pago o débito pelo sujeito passivo e nem apresentada defesa, foi decretada sua condição de revel, encerrando-se o contencioso administrativo e remetendo-se os autos à Comissão de Leilões Fiscais, órgão competente para promover a intimação do depositário para que entregasse as mercadorias mantidas em seu depósito, com vistas à realização de leilão fiscal, nos termos do art. 950, §2º, II do RICMS/BA. Não tendo ocorrido a devolução, embora intimado regularmente o depositário, foram os autos remetidos à Gerência de Cobrança para o saneamento com vistas à inscrição do débito em dívida ativa.

No entanto, entendem as referidas procuradoras que não deve o crédito tributário ser inscrito em dívida ativa, por flagrante ilegalidade na pretensão de se executar judicialmente o autuado pelo referido crédito.

Trazem como argumentos ao seu entendimento o que se segue:

- I. que se o contribuinte abandona as mercadorias apreendidas, como se verificou no presente caso, permitindo que o Estado delas se utilizasse para a 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, no momento do abandono das mercadorias e de sua ocupação pelo Estado;

- II. que o contribuinte não escolhe ter as suas mercadorias apreendidas, pois esta é uma opção do Estado, com o qual ele se conforma, já que não é o contribuinte quem decide se estes bens apreendidos serão depositados em seu próprio poder, em repartição fazendária ou em mãos de terceiros, devendo o Estado assumir os riscos decorrentes da sua opção;
- III. que o crédito tributário não só não é passível de execução, como também deve ser extinto, por se encontrar o autuado inequivocamente desobrigado, e que cabe ação de depósito contra o depositário das mercadorias por estar caracterizada sua infidelidade, sendo a relação jurídica travada entre o Estado e a depositária de natureza civil, e não tributária, não havendo prejuízo a esta demanda a extinção do crédito, pois o que nela se exige do depositário não é o tributo, mas sim a entrega das mercadorias depositadas ou a indenização, em valor equivalente, pelo seu extravio.

Concluem que discordam da inscrição do crédito tributário em dívida ativa, pelos motivos expostos, pugnando pela sua extinção e encaminhamento do processo para que seja movida a competente ação de depósito contra o depositário infiel, ressalvando que o entendimento ora expresso foi homologado pelo Procurador Geral do Estado.

Através de Despacho de fls. 66 a 70, o procurador-assistente da PGE/PROFIS - Dr. José Augusto Martins Júnior - acata a Representação pelos seus fundamentos.

VOTO

Inicialmente devemos ressaltar que nossa posição sempre foi contrária ao acatamento das representações interpostas pela PGE/PROFIS na hipótese dos autos, pois como ressaltamos nos votos que proferimos pelo não acolhimento da tese que vem sendo defendida pela procuradoria e que embasa a Representação em tela, não se pode olvidar que a natureza da relação jurídica tributária é inteiramente regida pelo Direito Público, não se confundindo com uma relação obrigacional e nem sendo a ela aplicados os princípios de direito privado.

Assim que, cabe ao Estado – no exercício do seu poder de império - com o intuito de fazer face às despesas públicas, impor ao cidadão contribuições correspondentes à sua capacidade econômica, muito embora este poder seja regulado pelo direito, já que, como sujeito ativo da relação tributária – representado pelo Fisco, “*deve exercer a sua função submetendo-se às mesmas leis a que estão sujeitos os contribuintes, cumprindo-as nos seus estritos termos, o que vem caracterizar a relação tributária como uma relação jurídica e não uma relação de poder.*”

No entanto, tal fato não o coloca como um mero credor de uma determinada obrigação. Como leciona Aurélio Pitanga de Seixas Filho, muito embora seja evidente o caráter patrimonial da relação tributária, o que a faz assemelhar-se com as obrigações regidas pelo direito privado, com estas não se confundem, “*sendo discutível, entretanto, que em decorrência deste fator patrimonial, seja a relação tributária enquadrável como pertencente ao gênero obrigacional, da espécie de obrigação ex lege de direito público*”.

Ainda leciona o mestre citado, em excelente artigo da sua lavra, onde trata da natureza jurídica da relação tributária, citando doutrinadores brasileiros de peso como Clóvis Beviláqua, Marçal Justen Filho e também doutrinadores estrangeiros que adotam a sua tese, que “*...tanto o lançamento tributário, (acertamento tributário de responsabilidade jurídica do Fisco), como as hipóteses de extinção do crédito tributário, são fenômenos jurídicos regidos por normas de direito público, em que o Fisco, como sujeito ativo da relação tributária, não tem como dispor livremente de sua vontade, nem para formalizar, através de um ato jurídico, a dívida tributária, (lançamento tributário), nem como dar quitação pelo integral cumprimento do dever jurídico tributário por parte do sujeito passivo. A vontade das partes na relação jurídica de natureza obrigacional, regida pelo direito privado, é fundamental para a formação e extinção do respectivo vínculo. O credor da relação jurídica obrigacional é dono de sua vontade, podendo dispor da mesma, livremente, inclusive para perdoar o devedor do cumprimento de sua*

obrigação ou dever jurídico, enquanto a relação tributária nasce, e se forma, sem depender diretamente da vontade dos sujeitos participantes da mesma, que devem cumprir, isto sim, a vontade da lei."

Ensina, ainda, que "...A indisponibilidade do exercício da função do Fisco tem sido amplamente apregoada, pois é uma qualidade própria da função administrativa, sendo bastante pertinente reproduzir a lição do mestre Hely Lopes Meirelles, que diz: 'Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'poder fazer assim', para o administrador público significa 'deve fazer assim'",

Diante de tudo acima exposto e nos filiando à doutrina nela exposta, de logo devemos consignar que não encontra qualquer amparo o entendimento da PGE/PROFIS de que "o Estado ao decidir pela via da apreensão e depósito das mercadorias em poder de terceiros renunciou automaticamente à cobrança judicial do próprio autuado" (sic). Ora, 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. E isto 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.

No entanto, passamos a acolher a tese da PGE/PROFIS, diante da Alteração nº 119 ao RICMS/BA – processada através do Decreto nº 11.523, de 06/05/09, DOE de 07/05/09 – que inseriu regra no seu art. 949, abaixo transcrito, determinando que as mercadorias apreendidas serão consideradas abandonadas, ficando desobrigado o devedor e **extinto o crédito tributário (sic)**, quando não for solicitada a liberação ou depósito de mercadoria de rápida deterioração ou perecimento no prazo previsto no § 2º do art. 947 (48 horas), regra que já existia anteriormente, ou, **esta regra nova**, quando não ocorrer o pagamento do débito até 120 dias após a apreensão, salvo se houver impugnação do débito.

"Art. 949. As mercadorias apreendidas serão consideradas abandonadas, ficando desobrigado o devedor e extinto o crédito tributário, quando:

I - não for solicitada a liberação ou depósito de mercadoria de rápida deterioração ou perecimento no prazo previsto no § 2º do art. 947;

II - não ocorrer o pagamento do débito até 120 dias após a apreensão, salvo se houver impugnação do débito." Grifos nossos.

Assim, muito embora o regramento acima transcrito inexoravelmente não se coadune com o ordenamento jurídico ao criar hipótese de extinção de crédito tributário não prevista no Código Tributário Nacional - ao qual compete, como lei complementar que é, disciplinar as normas gerais de direito tributário, nos termos do art. 146, III, da Constituição Federal - encontramo-nos impedidos, por força da determinação contida no art. 167, III, do RPAF/BA, abaixo transcrito, a negar vigência a tal ato normativo, o que nos levou a passar a acolher as referidas representações.

No entanto, no presente caso, verificamos que o sujeito passivo, na data de 07/12/2007, no dia seguinte à lavratura do referido Auto de Infração – pleiteou e obteve parcelamento do total do débito lançado no presente lançamento de ofício, conforme comprovam os documentos de fls. 14 e 15 a 34 dos autos, com pagamento da parcela inicial e, em momento subsequente interrompido o pagamento do parcelamento, conforme informa os documentos de fls. 35 a 40.

Ora, como determina o art. 949, inciso II, do RICMS acima transcrito, as mercadorias serão consideradas abandonadas, e assim ficando desobrigado o devedor e extinto o crédito tributário, quando não ocorrer o pagamento do débito até 120 dias após a apreensão, salvo se houver impugnação. No caso presente, não houve impugnação, mas houve pagamento do débito, ainda que parcial. Portanto, incabível a fundamentação da Representação em tela, já que o pagamento ainda que parcial do débito, não se constitui em hipótese de desoneração do devedor e nem

tampouco de extinção do referido crédito, já que não se caracterizou o abandono das mercadorias, ao contrário, ao solicitar o parcelamento do débito o sujeito passivo mostrou inequívoco interesse em regularizar a situação de apreensão das mercadorias, comportamento que evidencia sua intenção de resgatá-las.

Registre-se, por fim, que o Decreto nº 8.047/2001 – que disciplina o parcelamento de débitos tributários no âmbito estadual – expressamente determina em seu art. 1º, §1º, inciso I, que o parcelamento implica em confissão da dívida objeto do pedido, determinando, ainda, em seu art. 11, §§2º e 3º que o atraso por mais de 60 dias de qualquer uma das parcelas, implica na inscrição do saldo devedor em dívida ativa para a devida cobrança judicial, mediante execução fiscal:

“Art. 1º Os sujeitos passivos poderão pleitear a liquidação em parcelas de débitos tributários em atraso, exigidos com base em Auto de Infração, Denúncia Espontânea ou Notificação Fiscal.

§ 1º O pedido de parcelamento produzirá os seguintes efeitos:

I - confissão da dívida;”

“Art. 11. O atraso no pagamento de qualquer das parcelas por mais de 60 (sessenta) dias implicará na extinção do parcelamento e na exigência do pagamento integral e imediato do débito remanescente.

§ 2º Na hipótese de extinção do parcelamento será lavrado Termo de Extinção de Parcelamento, com demonstrativo do saldo devedor e discriminação das parcelas que componham o débito tributário.

§ 3º Decorridos 5 (cinco) dias úteis da ocorrência do prazo citado no caput deste artigo o processo será encaminhado para inscrição do débito em Dívida Ativa, ajuizamento ou prosseguimento da execução.”. Grifos nossos.

Nesta linha, somos pelo NÃO ACOLHIMENTO da Representação em apreço, devendo os autos ser encaminhados para imediata inscrição do débito em dívida ativa.

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, 13 de setembro de 2009.

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS