

PROCESSO - A. I. Nº 206887.0118/06-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MINERAÇÃO SERRA PRETA DO BRASIL LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE
INTERNET - 13/04/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0058-12/10

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INAPLICABILIDADE. NÃO CONFIGURADO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PRINCIPAL QUANDO DA APREENSÃO DAS MERCADORIAS. Representação proposta com base no art. 119, II, § 1º da Lei nº 3.956/81 (COTEB) visando à extinção do crédito tributário. Representação **NÃO ACOLHIDA**. Entretanto, na espécie concreta versada, da apreciação dos fatos narrados na autuação, dois pontos importantes mereceram análise. O primeiro diz respeito ao Termo de Apreensão e Ocorrências juntado às fls. 05 e 06 dos autos, totalmente inócuo, pois ausentes as assinaturas do detentor das mercadorias, do transportador e do depositário. A declaração de fl. 26 é uma flagrante confissão do erro da autuação. Este fato resultaria na nulidade da autuação. Entretanto, foi ultrapassada essa nulidade, pois flagrante também é a improcedência do lançamento tributário. Tratando-se o contribuinte autuado de empresa submetido ao regime normal de apuração do imposto e em situação regular no cadastro de contribuintes da SEFAZ à época da ocorrência do fato que originou a autuação, e considerando que a autuação se refere à operação tributável considerada como não tributável, descabe a exigência do imposto na forma implementada pela fiscalização no trânsito de mercadorias, na medida em que o vencimento da obrigação tributária só ocorreria no mês subsequente e não no momento em que a mercadoria se encontrava em trânsito. À vista disso, a hipótese que se apresenta é a de **improcedência** do Auto de Infração em face da existência de **ilegalidade flagrante** no lançamento. Representação **NÃO ACOLHIDA**. Decretada, de ofício, a **IMPROCEDÊNCIA** do Auto de Infração. Decisão unânime.

RELATÓRIO

De acordo com o instrumento de fls. 43 a 50 a ilustre procuradora lotada na PGE/PROFIS Ana Carolina Moreira, no exercício do controle da legalidade e com arrimo no artigo 119, II e § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), encaminha representação propondo que seja extinta a autuação consignada no Auto de Infração epígrafado, o qual exige imposto no valor de R\$4.946,82, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f” da Lei 7.014/90, em razão da fiscalização no trânsito de mercadorias, de que o contribuinte declarada como não tributável.

Destaca que os presentes autos cuidam de processo em que houve a apreensão de mercadorias cuja circulação irregular provocou a autuação e que tais mercadorias foram depositadas em poder de TRANSPORTADORA RONDONASA TRANSPORTES LTDA. (fl. 26), pessoa 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, observando, ainda, a condição de revel do autuado, encerrando-se, assim, a instância administrativa de julgamento.

Adentra em considerações acerca do posicionamento anterior da própria PGE/PROFIS inaugurado no PAF nº 8854441103040, recorrendo a respeito de suas linhas mestras para, em seguida, fundamentar suas divergências em relação ao entendimento ali consignado, no sentido de não lhe Parecer que a parcela de poder de polícia outorgada à Fiscalização de Trânsito da SEFAZ se revista da amplitude que se lhe quer atribuir, citando o Art. 945 do RICMS/BA para consubstanciar seu entendimento, na medida em que essa norma regulamentar demarca os lindes do poder de polícia atribuído à fiscalização, ao explicitar que a *“apreensão de mercadorias ou documentos constitui procedimento fiscal destinado a documentar a infração cometida, para efeito de prova material do fato”*, nada mais.

Neste sentido, cita o Art. 947, I “a” do mesmo regulamento, observando que da sua leitura, deve cessar imediatamente a apreensão de mercadorias, sendo estas entregues ao interessado mediante Termo de Liberação, *“quando se concluir, ainda na fase de averiguação, em face dos elementos exibidos à fiscalização, que não há imposto ou multa a cobrar”*. Após outras considerações, menciona o Art. 950 do RICMS/BA, o qual, na sua literalidade, preconiza que as mercadorias apreendidas, uma vez abandonadas, serão levadas a leilão público, para quitação do imposto devido, patenteando, destarte a vinculação existente entre o débito tributário e as mercadorias tidas por abandonadas.

Reporta-se, ainda, aos Arts. 949, 956 e 957 do mencionado regulamento, dos quais ressaí que qualquer que seja o resultado do leilão o Auto de Infração respectivo será homologado e arquivado, considerando-se o contribuinte desobrigado em relação ao débito, citando, neste sentido, o regramento do Art. 107, § 7º do COTEB. Após tecer outros argumentos inerentes ao seu posicionamento, destaca que, contrariamente ao quanto sustentado no opinativo do PAF acima mencionado, entende que *“o abandono, na forma da lei, das mercadorias apreendidas, desobrigando o devedor quanto ao débito, redundará na extinção deste, razão pela qual vedada a sua exigência por conduto de execução fiscal a ser promovida contra o autuado, mesmo naquelas hipóteses em que não entregues, pelo terceiro depositário, as mercadorias em seu poder”*, para adiante reafirmar que ***“na específica hipótese sobre a qual se debruça o presente escrutínio, 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”***.

Aduz que *“a ora sugerida extinção do Auto de Infração em nada obsta a propositura de ação do depósito contra a depositária 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”*, solicitando, ainda, que mesmo extinto o Auto de Infração, o processo não deverá ser arquivado, já que servirá como prova das alegações a serem formuladas contra a depositária. Por este motivo solicita que, acaso acolhida a representação, seja o PAF remetido à Coordenação Judicial da PGE/PROFIS para fins de propositura da ação de depósito contra o depositário das mercadorias.

Informa que a posição acima que defende representa o entendimento oficial consolidado na PGE/BA acerca do assunto, posto que homologada pelo Procurador Geral do Estado, por ocasião da análise do Parecer proveniente do Grupo de Trabalho especificamente constituído para estudar tal questão.

Em conclusão, ressalta que não consta dos autos o termo de depósito face de equívoco cometido pela Administração Fazendária (vide fl. inviabilizará o ajuizamento da Ação de Depósito, todavia, recom

assim entender, converta o processo em diligência à INFAZ de origem, por dever de cautela, para proceder à juntada do referido Termo, caso exista.

A ilustre procuradora Sylvia Amoêdo Cavalcante, em pronunciamento às fls. 52 a 56 dos autos, acolhe, sem reservas, os termos da representação e após alinhar a respectiva fundamentação, determina o encaminhamento ao CONSEF para apreciação da pretensão de extinção do débito objeto do Auto de Infração epígrafado.

VOTO

A presente representação propondo a extinção do crédito tributário concernente ao Auto de Infração sob análise, foi encaminhada ao CONSEF em decorrência de entendimento firmado no âmbito da PGE/PROFIS com fulcro na conclusão a qual chegou o Grupo de Trabalho instituído pela Portaria nº 051/08 da PGE, e que foi homologada pelo Procurador Geral do Estado, cuja matéria relaciona-se aos procedimentos inerentes à apreensão de mercadorias em situação irregular, nos casos onde não ocorre a solicitação da liberação da mercadoria apreendida e não ocorre o pagamento ou impugnação do débito no prazo legal.

Com efeito, a autorização legal que confere poderes à Administração Fazendária para apreender mercadorias em situação irregular tem por objetivo assegurar a satisfação do crédito reclamado numa eventual sucumbência do sujeito passivo na esfera administrativa ou em caso de revelia, quando, então, se configuraria a desistência tácita, com o consequente abandono das mesmas.

No presente caso, entendeu a PGE/PROFIS que restando esgotadas as medidas regulares de cobrança do crédito tributário lançado mediante Auto de Infração, deverá o Estado providenciar o leilão público das mercadorias para fazer face à quitação do débito. Neste particular, o RICMS/BA dispõe expressamente:

“Art. 950. As mercadorias apreendidas serão levadas a leilão público, para quitação do imposto devido, multa e acréscimos tributários correspondentes, tidas como abandonadas e com manifestação tácita de renúncia à sua propriedade, se o contribuinte ou o responsável não providenciarem o recolhimento do débito correspondente, salvo se a matéria estiver sob apreciação judicial:

I – no prazo estipulado na intimação do sujeito passivo relativa ao Auto de Infração, em caso de revelia;

II – depois de esgotado o prazo legal para pagamento, uma vez transitado em julgado a Decisão final na esfera administrativa, no caso de ser apresentada defesa ou Recurso pelo sujeito passivo.”

Já o § 7º, do art. 109 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, disciplina que *“Do produto do leilão, a Fazenda estadual reterá apenas o valor suficiente para cobrir as despesas e o débito tributário, considerando-se desobrigado o devedor em caso de doação, se o valor arrecadado não foi suficiente ou se abandonou às mercadorias”*.

Na situação sob análise, onde ocorreu a transferência da guarda das mercadorias apreendidas para uma terceira pessoa, na qualidade de fiel depositário, desloca para ele, igualmente, os riscos e as responsabilidades da sua atuação, sendo certo que com esse ato provocam uma significativa alteração na relação jurídico-tributária, sendo certo que do fiel depositário deve ser exigida a devolução das mercadorias, para o fim acima referido e a ele, por via de consequência, imputadas as responsabilidades pertinentes, em caso de descumprimento da exigência.

É certo que não pode o autuado continuar figurando no polo passivo da relação jurídico-tributária instaurada com a lavratura do Auto de Infração, sob pena de se configurar *bis in idem*, vedado legalmente, entendo que, em princípio, perfeitamente correta a pretensão da PGE/PROFIS de impor a sua desobrigação através da extinção do crédito tributário correspondente, inclusive porque o art. 949 do RICMS/BA em vigor, com a redação dada pelo Decreto nº 11.523 de 06/05/2009, confere respaldo normativo à extinção do crédito tributário em exame, *in verbis*:

“Art. 949. As mercadorias apreendidas serão consideradas abandonadas, extinto o crédito tributário, quando:

I - não for solicitada a liberação ou depósito de mercadoria de rápida deterioração ou perecimento no prazo de até 48 horas, a contar do momento da apreensão;

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

Entretanto, na espécie concreta versada, ao apreciarmos os fatos narrados na autuação, dois aspectos importantes mereceram análise. O primeiro diz respeito ao Termo de Apreensão e Ocorrências juntado às fls. 05 e 06 dos autos, totalmente inócuo, pois ausentes as assinaturas do detentor das mercadorias, do transportador e do depositário. A declaração de fl. 26 é uma flagrante confissão do erro da autuação. Este fato resultaria na nulidade da autuação, porém, ultrapasso essa nulidade, pois flagrante também é a improcedência do lançamento tributário.

A autuação levada a efeito pela fiscalização no trânsito de mercadorias, apontou a prática de operação tributável, porém, declarada como não tributável. Tratando-se o contribuinte autuado de empresa submetido ao regime normal de apuração do imposto e em situação regular no cadastro de contribuintes da SEFAZ à época da ocorrência do fato que originou a autuação, e considerando que a autuação se refere à operação tributável considerada como não tributável, descabe a exigência do imposto na forma implementada pela fiscalização no trânsito de mercadorias, na medida em que o vencimento da obrigação tributária só ocorreria no mês subsequente, e não no momento em que a mercadoria se encontrava em trânsito. Também a multa tipificada no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96 não se coaduna com o fato na medida em que não houve falta de recolhimento tempestivo do imposto e, muito menos, descumprimento de obrigação principal naquele momento da autuação.

À vista disto, a hipótese não seria de extinção do crédito tributário, e, sim, para julgamento pela Improcedência do Auto de Infração, em face da presença de ilegalidade flagrante no lançamento de ofício.

Ante o exposto, voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da Representação encaminhada, porém, em face da ilegalidade flagrante no lançamento, ou seja, no fato apreciado, de ofício, declaro IMPROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO ACOLHER** a Representação proposta, porém, em face da ilegalidade flagrante no lançamento, declarar, de ofício, **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206887.0118/06-4** lavrado contra **MINERAÇÃO SERRA PRETA DO BRASIL LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de março de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS