

PROCESSO - A. I. Nº 281508.0054/08-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - FERLEX VIATURAS E EQUIPAMENTOS LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT - DAT/NORTE
INTERNET - 13/04/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0097-12/10

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Representação proposta com base no art. 119, II e § 1º, 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 **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Representação interposta pela PGE/PROFIS que, no controle da legalidade, após verificar a existência de mercadorias depositadas em poder de terceiro, reconheceu a *flagrante ilegalidade na pretensão de se executar judicialmente* o crédito apurado no presente Auto de Infração, propondo a este CONSEF a declaração de extinção de lide tributária perante o contribuinte autuado.

O Auto de Infração foi lavrado imputando-se ao autuado o cometimento da seguinte infração: *“Deixou de proceder a retenção a menor do ICMS e o consequente recolhimento, no sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuinte localizado no Estado da Bahia (Protocolo ICMS 49/08)”*, sendo exigido imposto no valor de R\$700,73, acrescido da multa de 60%.

Foi lavrado Termo de Apreensão e posterior Termo de Depósito, no qual é designada a empresa “EXPRESSO MERCÚRIO S/A”, como fiel depositária das mercadorias apreendidas (fl. 6).

Tendo em vista que o autuado não apresentou defesa, sendo declarado revel (fl. 16), nem efetuou o pagamento do valor objeto de autuação, os autos foram remetidos à Comissão de Leilões Fiscais, a quem compete intimar o depositário a entregar à Administração Tributária as mercadorias mantidas em depósito, com vistas à realização do leilão fiscal (art. 950, § 2.º, II, do RICMS).

O depositário não devolveu, no prazo regulamentar, as mercadorias postas sob sua guarda, tendo o servidor competente lavrado termo acerca desse fato (art. 950, § 4.º, II, do RICMS), e remetido o feito à Gerência de Cobrança, para saneamento com vistas à inscrição em dívida ativa. Realizado o saneamento, os autos aportaram na PGE/PROFIS, para exercício do controle da legalidade e autorização da inscrição, na forma do art. 113, §§ 1.º e 2.º, do RICMS.

No controle da legalidade, os representantes da PGE/PROFIS, após fazerem referência ao posicionamento inaugurado no Parecer exarado no PAF nº 884441103040, na linha de que é possível o concomitante manejo da ação de execução fiscal contra o autuado e a ação de depósito contra o depositário infiel, com vistas à restituição das mercadorias na intimação, defendem a revisão desse posicionamento, a partir de

Parecer jurídico elaborado pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria PGE nº 051/08, homologado pelo Procurador Geral do Estado.

Com base nesse estudo, defende a PGE/PROFIS que o ato de apreensão se reveste de plena constitucionalidade se inserindo nas categorias dos atos de poder de polícia conferidos à administração tributária. Sustenta ainda ser este ato de retenção de mercadorias um procedimento de natureza eminentemente fiscal, estando enquadrado dentre as ações fiscais voltadas a viabilizar a apuração e cobrança do crédito tributário, tendo por premissa, a necessidade do fisco documentar as práticas infracionais dos contribuintes à legislação tributária.

Com apoio nas disposições do RICMS, que regem os procedimentos de fiscalização do trânsito de mercadorias, em especial os arts. 945, 947, 949, I, “a” e 950, 956 e 957, todos do RICMS c/c com o art. 109, § 7º, do COTEB, sustentam os signatários da representação em exame, que o abandono das mercadorias se configura, conforme prescreve o § 6º, do art. 109, do COTEB, nas situações em que o contribuinte autuado, após devidamente intimado do lançamento, não efetua o pagamento do imposto ou deixa de apresentar defesa, mantendo-se silente também quanto à liberação das mercadorias apreendidas. Nessas situações o ato omissivo do contribuinte importaria em renúncia tácita à propriedade dos bens se extinguindo contra este a pretensão tributária, passando o Estado a titularizar outro direito, junto ao depositário, concernente à devolução dos bens para satisfação do imposto devido.

Defende a PGE/PROFIS, portanto, a extinção da relação jurídico-tributária junto ao autuado, concluindo ser a via da execução fiscal imprópria para o Estado, posto que o abandono dos bens apreendidos na ação fiscal importa em ato de renúncia que opera a transferência da titularidade patrimonial ao credor, realizando-se, por outro lado, *ipso facto*, a desoneração do devedor.

No caso em exame, como as mercadorias foram depositadas em nome de terceiro, mais especificadamente, em nome da transportadora, que após a regular intimação, não procedeu à devolução à Fazenda Estadual dos bens apreendidos, tornando-se assim depositário infiel, postula a PGE/PROFIS que seja extinta a autuação perante o contribuinte que figura na relação jurídico-tributária, com a decretação de nulidade do Auto de Infração. Em seguida, caso seja acolhida a Representação, requer que o CONSEF encaminhe o presente feito à Coordenação Judicial da Procuradoria do Estado para fins de proposição da ação cível prevista no Código de Processo Civil - CPC (arts. 901 a 906) perante o depositário das mercadorias.

O procurador-assistente acolhe, sem reservas, a Representação interposta recomendando, em concordância, a decretação de extinção do crédito tributário.

VOTO

Merece acolhida a Representação interposta pela Douta PGE/PROFIS.

Isso porque restou comprovado *in casu* que o abandono das mercadorias apreendidas pela fiscalização do trânsito ocorreu em face do silêncio do contribuinte autuado que, após ser regularmente intimado do Auto de Infração para efetuar o pagamento ou apresentar defesa, não se manifestou, incidindo, na hipótese, os efeitos da revelia.

Noutro giro, optou o Estado em manter os bens apreendidos sob a guarda da empresa transportadora, na condição de depositária, pelo que o sujeito passivo do presente lançamento tributário não poderá ser demandado pela obrigação, exaurida no momento do abandono das mercadorias, resultando na posterior apropriação pelo Estado dos bens objeto da ação fiscal.

Pari passu, passou o Estado da Bahia, perante o depositário, a ter o direito de reaver os produtos abandonados pelo devedor do tributo, tendo por escopo a satisfação sentido, a Fazenda Pública intimou o detentor das mercadorias devolução dos bens que se encontravam sob a sua guarda, não tei

readquirir a posse dos bens, emergindo, por consequência, outra pretensão, desta feita de natureza cível, a ser concretizada através do ajuizamento da respectiva ação de depósito.

Saliento, inclusive, que este tem sido, *neminem discrepante*, o entendimento deste CONSEF a respeito da matéria, invocando, apenas a título exemplificativo, a conclusão exarada no Acórdão CJF n. 0204-12/09, da lavra do ilustre Conselheiro Tolstoi Seara Nolasco:

“Diante da situação posta nos autos e considerando, em especial, as conclusões esboçadas no Parecer de fls. 37/71, devidamente homologado pelo Procurador Geral do Estado, que respalda juridicamente a Representação ora interposta, faz-se mister o acolhimento da mesma, para que seja EXTINTO o crédito tributário contra o autuado, em face da manifesta impossibilidade de o mesmo ser executado judicialmente.

Outrossim, os presentes autos não deverão ser arquivados, mas sim encaminhados ao setor judicial competente da Procuradoria Fiscal, a fim de servir como prova da Ação de Depósito a ser ajuizada contra o infiel depositário”.

Dest'arte, voto no sentido de ACOLHER a Representação apresentada pela PGE/PROFIS para que seja extinto o crédito tributário contra o autuado, ao tempo em que ressalto que os presentes fólios processuais não deverão ser arquivados, mas sim encaminhados ao setor judicial competente da Procuradoria Fiscal para servir como prova da Ação de Depósito a ser ajuizada contra o depositário infiel.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, ACOLHER a Representação proposta, devendo os autos ser encaminhados ao setor judicial competente da Procuradoria Fiscal, a fim de servir como prova da Ação de Depósito a ser ajuizada contra o infiel depositário.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de março de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS