

PROCESSO - A. I. Nº 299164.1221/06-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MINAS AÇÚCAR LTDA. (MINASAÇÚCAR S/A.)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 19/08/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJP Nº 0225-11/10

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 parcelamento do valor lançado no Auto de Infração, fica descaracterizado o abandono das mercadorias entregues ao fiel depositário, impedindo, destarte, a extinção do crédito tributário embasada neste fundamento. Representação **NÃO ACOLHIDA**. Necessidade de homologação dos pagamentos realizados. 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 retenção e de recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

A mercadoria objeto da transação comercial foi apreendida pelo agente competente, tendo o Fisco eleito como depositária fiel a empresa proprietária do veículo através do qual se efetivou o transporte, a saber 3M COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.

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. 17.

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, consoante se observa da intimação de fl. 19 e da promoção de fl. 21.

Às fls. 69/72 e 86, a empresa 3M COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. propugnou pela desconstituição do termo de fiel depositário, sob o argumento de que a mercadoria apreendida pela fiscalização destinava-se à ROUXINOUL COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA. e foi um funcionário desta última empresa quem assinou o referido termo.

Alega que, antes da intimação para entrega das mercadorias, sequer sabia da existência do Auto de Infração e que o Sr. CARLOS ANTÔNIO DE ASSIS ROSA, por ser funcionário da ROUXINOUL COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA., não poderia assinar o termo em nome da 3M COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.

Reafirma que a 3M COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. era somente a proprietária do caminhão que foi alugado pela ROUXINOUL COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA. para realizar o transporte da mercadoria adquirida.

Enviados os autos à PGE/PROFIS, o nobre Procurador Antônio Luiz Sampaio Figueira representou a este Conselho para que fosse extinto o presente processo administrativo fiscal. O ilustre Procurador Assistente, José Augusto Martins Júnior, em 21/05/2009, anuiu com o mencionado opinativo, pedindo, contudo, a nulidade do processo, 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*:

“Diante 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 mesmo 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 encontrar-se-iam, na verdade, em poder da próprio autuado).

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, no disciplinado pelos arts. 901 a 906 do CPC, os seguintes pedidos: citação

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 compreensivelmente 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.”

Às fl. 101, a Secretaria deste Conselho determinou o retorno dos autos à PGE/PROFIS, para verificar a conveniência de cancelar a representação proposta, tendo em vista que houve parcelamento do valor total do débito na data de 01/06/2009.

Através do despacho de fl. 102, o Procurador Antônio Luiz Sampaio Figueira informou que não mais subsistem os requisitos necessários ao prosseguimento da representação ao CONSEF, devendo os autos ser enviados à Inspeção para monitoramento.

Às fl. 114v., a Procuradora do Estado Dâmia Bulos determinou o encaminhamento dos autos ao CONSEF, para apreciação da representação, tendo em vista a interrupção do parcelamento.

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 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, requereu e obteve o deferimento do parcelamento do crédito tributário constituído por intermédio do presente lançamento de ofício, consoante informação consignada à fl. 101, do presente PAF, pela Secretaria deste Conselho Fazendário.

Inobstante tenha o referido parcelamento sido interrompido pela falta de pagamento regular das parcelas ajustadas, o fato é que ficou patente que o sujeito mercadorias que estavam sendo irregularmente transportadas, afa-

de extinção do crédito tributário com espeque no art. 949, II, do RICM

Com relação ao termo de depositário, revela-se correta a argumentação deduzida pela empresa 3M COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. É que o Fisco Estadual, ao atribuir à referida pessoa jurídica o encargo de fiel depositária da mercadoria apreendida, descuroou-se de verificar se o motorista do caminhão era, realmente, preposto seu. Ao assim agir, o Fisco contaminou de ilegalidade o termo de fiel depositário, pois, pelo que se depreende dos autos, há, no mínimo, uma forte dúvida quanto à empregadora do Sr. CARLOS ANTÔNIO DE ASSIS ROSA, se é a ROUXINOUL COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA. ou a 3M COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.

Registre-se que a condição de preposto é essencial para que se possa admitir a representação necessária à assunção do encargo do depósito; sem essa relação de preposição, não se pode dizer que a empresa 3M COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. foi regularmente investida no encargo de fiel depositária.

Ante o exposto, voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da representação proposta e declaro a invalidade do termo de depósito constante dos autos, possibilitando a persecução do crédito tributário, nas vias administrativa e judicial, mas impedindo que se acione judicialmente a empresa 3M COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA., por infidelidade no depósito, pois, como visto anteriormente, o termo respectivo não se reveste de legalidade.

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, em decisão unânime, **NÃO ACOLHER** a Representação proposta, determinando ao Órgão competente que homologue os pagamentos efetuados pelo contribuinte.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de julho de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

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