

PROCESSO - A. I. Nº 0937256390/08
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - AGNALDO PEREIRA DOS SANTOS
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 10/09/2010

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0251-11/10

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Representação proposta tendo em vista que não se pode exigir do autuado o valor do tributo quando as mercadorias apreendidas foram depositadas em mãos de terceiro, infiel, por Decisão da Administração Fazendária. 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

Tratam os autos de Representação proposta pela d. PGE/PROFIS embasada no art. 119, II , da Lei nº 3.956/81, e do art. 114, II, § 1º, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, ao constatar a inocorrência do fato gerador do ICMS, posto que inexistentes quaisquer das hipóteses preconizadas nos incisos I a III do artigo 1º da Lei nº 7.014/96.

Consta do Auto Infração de fl. 01, datado de 25.11.2008, modelo 4- Trânsito, que o autuado *deixou de realizar operação ou prestação sem documento fiscal ou com documento fiscal inidôneo*, tendo havido a apreensão das mercadorias conforme Termo de Apreensão de fl. 2, constando às fl. 03, uma Declaração de Estoque /Preço, identificado como contribuinte a FERRAGENS SÃO MARCOS, e às fls. 04 a relação de mercadorias apreendidas.

À fl. 09 reside uma declaração manuscrita da empresa “ E. da S. Marins”, CNPJ nº 06204233/0001-9, com Inscrição Estadual nº 64080474-ME, cujo nome de fantasia é o acima referido, constituindo o Sr. Wellington Ramos de Almeida como fiel depositário.

Intimado regularmente, o autuado não efetuou o pagamento do débito e nem impugnou o lançamento, tendo sido declarado revel através do Termo de Revelia de fl. 13, lavrado em 30/12/2008, e a intimação para o autuado sido emitida em 27/02/2009.

Seguiram os autos à SAT/DARC/GECOB, para inscrição do débito na Dívida Ativa (fl. 26), com os relatórios fiscais de fls. 30/32, que instou a d. PGE/PROFIS a exercer o controle da legalidade e autorizar a inscrição na forma do art. 113, §§ 1.^º e 2.^º, do RICMS.

A d. Procuradoria, após o exame dos autos, confrontando as peças neles residentes, posicionou-se às fls. 24/32, formulando, 20/05//2010, esta Representação ao CONSEF, propondo a decretação de extinção do PAF e do débito correspondente.

Os doutos procuradores assim posicionam, por constar vício de ilegalidade, a comprometer o PAF. Reporta-se sobre as conclusões emanadas do Grupo de Trabalho constituído pela Portaria PGE nº 051/08, contidas no Parecer PAF nº 884441103040, cujas linhas mestras foram homologadas pelo Procurador Geral do Estado, e assim fundamenta, em síntese, salientando que, a Administração Fazendária ao decidir-se pela via da apreensão e de renunciou automaticamente à cobrança judicial da próprio autuado, inconciliáveis, reciprocamente excludentes, isto porque não podem ser

mercadorias e a execução judicial do crédito, posto que equivaleria a cobrar o mesmo imposto duplamente, daí que o crédito tributário deve ser extinto e movida contra a infiel depositária a competente ação de depósito, de índole civil.

Menciona que, à luz do art. 947, I, ‘a’, do RICMS//BA, no seu art. 947, I, ‘a’ dispõe que deve cessar imediatamente a apreensão da mercadoria, quando entregue 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.

E afirma:

“Ou seja, não constatada a prática de ilícito tributário, a retenção efetivada deixa de ter lugar – independentemente, note-se, de quaisquer outros fatores, donde se concluir que o procedimento sob análise efetivamente traz em si finalidade exclusivamente fiscal, não logrando existência autônoma fora desta.

Evidencia-se, assim, não ser correto afirmar que o encadeamento apreensão/depósito/leilão não guarda qualquer vinculação para com a relação obrigacional tributária, posto que, como visto, somente restou instituído por causa dela e para fins de guarde-la.

Por outro lado, igualmente inconsistente, em face das conclusões acima acolhidas, o argumento de que a incorporação ao patrimônio estatal, das mercadorias apreendidas e tidas como abandonadas seria indiferente para fins fiscais, não sendo capaz de alcançar, de nenhuma maneira, o crédito tributário, quiçá induzir à sua extinção.

Ora, a própria legislação tributária encarrega-se de fazer derrocar tal argüição.

É o que se vê, por exemplo da literalidade do art. 950, do RICMS, que ao preconizar que as mercadorias apreendidas, uma vez abandonadas, ‘serão levadas a leilão público, para quitação do imposto devido (grifamos), termina por patentear a vinculação inegavelmente existente entre o débito tributário e as mercadorias tidas por abandonadas, afetadas que estas foram, por destinação regulamentar, ‘a satisfação daquele’”

E prosseguiu :

“Finalmente, como que a ‘jogar uma pá de cal’ sobre a discussão, convoca-se o regramento do art. 109, § 7º do COTEB, que, do auto de sua autoridade de lei em sentido formal, com absoluta prevalência sobre quaisquer disposições regulamentares, dispõe, a não deixar dúvidas.”

Feita essa digressão, remeteu este processo fiscal ao CONSEF, propondo a extinção da autuação em comento, e que, uma vez acolhida a Representação, que o PAF deverá ser remetido à Coordenação Judicial da PGE/PROFIS, para fins de ajuizamento de ação de depósito nos termos do art. 901 a 906 do CPC, para garantir a tutela jurisdicional em proteção dos direitos do ente público, sujeito ativo da relação jurídico-tributária originária.

Fez a ressalva de que, não comunga do entendimento do dito Parecer proferido no PAF N° 884441103040, que o abandono, na forma da lei, das mercadorias apreendidas, desobrigando o devedor quanto ao débito, redonda 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.

E arremata que na específica hipótese sobre a qual se trata o presente escrutínio, a via de execução fiscal contra o autuado não se apresenta como opção aberta, dada a extinção, por desoneração do devedor, do crédito tributário respectivo. E que, mesmo extinto o Auto de Infração, o PAF não deverá ser arquivado, ficando como prova das alegações a serem formuladas contra a depositária.

E, como lastro no art. 119, II, da Lei nº 3.9556/81- COTEB-, representa esta Procuradoria Fiscal ao egrégio CONSEF, a fim de que seja extinta a autuação ora versada e que, posteriormente, acaso seja acolhida a presente Representação, seja o processo remetido à Coordenação Judicial da Procuradoria, para propositura de ação de depósito contra a empresa FERRAGENS SÃO MARCOS e que esta posição representa o entendimento oficial da PGE/BA sobre que, expressamente como acima dito, homologada que foi pelo Prc

Submetido o Parecer ao d. Procurador Assistente, este o acolheu, sem reservas, no despacho de fls. 33/37, datado de 25/05/2010, no qual finaliza pela declaração de extinção do débito objeto do presente Auto de Infração.

VOTO

A matéria submetida ao exame deste Colegiado cinge-se às hipóteses previstas nos arts. 940 e 950, do RICMS, que dispõem sobre o procedimento do Fisco quando da apreensão de mercadoria em situação irregular.

A presente Representação merece ser acolhida, considerando estar comprovado que houve o abandono das mercadorias apreendidas pela fiscalização do trânsito, seguindo-se ao silêncio do contribuinte autuado, que intimado regularmente para efetuar o pagamento ou apresentar defesa, não se manifestou, incidindo nos efeitos da revelia, tendo o Estado optado em manter os bens apreendidos sob a guarda de terceiros, como fiel depositário, consequintemente, retira-lhe o direito de exigir do sujeito passivo da obrigação tributária o pagamento do tributo, em face da renúncia, pelo contribuinte, do direito de propriedade, ao abandonar as mercadorias, seguindo-se a apropriação pelo Estado.

Logo, com acerto a d. PGE/PROFIS, ao propugnar contra pretensão do sujeito ativo de executar judicialmente o crédito apurado no Auto de Infração correspondente, e por isso propôs a este CONSEF, a declaração de extinção de lide tributária perante o sujeito passivo, com preservação do direito de promover, contra a depositária, a ação de depósito, para reaver a mercadoria.

Do exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da presente representação, determinando a EXTINÇÃO do crédito tributário contra o autuado, devendo os autos ser remetidos à d. PGE/PROFIS para adoção das diligências pertinentes contra a infiel depositária.

VOTO EM SEPARADO

Em que pese termos votado com o Relator pelo acolhimento da Representação em epígrafe, entendemos necessário pontuarmos 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 defendida pela procuradoria, “*que impossibilitado o leilão pela não entrega das mercadorias pelo depositário ou por não ter sido o débito tributário pago pelo sujeito passivo, o processo deverá ser inscrito em dívida ativa, pois não satisfeito o crédito tributário. Apenas estará desobrigado o sujeito passivo, por força de norma da legislação baiana, se, ocorrido o leilão (ou seja, tenha havido a entrega da mercadoria pelo depositário), o valor apurado seja insuficiente, ou caso não tenha havido a arrematação, seja a mercadoria distribuída a entidades de assistência social e de educação*”.

Nos referidos votos também ressaltamos que “*não satisfeito o crédito tributário exigido no presente lançamento de ofício, e nem presentes as hipóteses previstas no art. 957 e 956 do RICMS, que desobrigariam o sujeito passivo, devendo o Auto de Infração ser inscrito em dívida ativa e ajuizada a competente ação de execução, sem prejuízo da ação cível contra o depositário infiel que, como bem frisou a PGE/PROFIS, tem natureza diversa da relação tributária entre o Fisco e o sujeito passivo, e onde se busca tão somente indenização pelo descumprimento do dever de bem guardar o que lhe foi confiado*”.

Também frisamos que, diante da norma expressa no inciso II, §4º do art. 950, “...é necessário consignar que o intuito de se levar a leilão a mercadoria apreendida, nada mais é do que a busca da satisfação do crédito tributário através da sua quitação, não satisfeito pelas vias normais, o que extinguiria o referido crédito pelo pagamento. Não satisfeito o crédito pela via alternativa do leilão, remanesce a relação jurídica tributária, ca tributário não satisfeito ao sujeito passivo desta relação. E pagamento do débito pelo sujeito passivo e nem seja entregue à

mercadorias em seu poder, o lançamento de ofício deve ser encaminhado à Procuradoria da Fazenda para cobrança do débito tributário e demais providências”.

Ocorre que através da Alteração nº 119 ao RICMS/BA – processada através do Decreto nº 11.523, de 06/05/09, DOE de 07/05/09 – inseriu-se regra no seu art. 949, abaixo transrito, 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.

Registre-se que foram ainda revogados os artigos 957 e 956 do mesmo diploma regulamentar e os demais dispositivos que tratavam do leilão efetuado pela SEFAZ, inclusive o inciso II, §4º do art. 950.

Assim, muito embora o regramento acima transrito 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 transrito, a negar vigência a tal ato normativo, o que nos levou a votar pelo acolhimento da Representação proposta nos seus termos, embora, frise-se, discordemos frontalmente da mesma.

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.”

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta, devendo o PAF ser remetido à Coordenação Judicial da PGE/PROFIS, para fins de propositura da ação de depósito contra **FERRAGENS SÃO MARCOS**.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de agosto de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – VOTO EM SEPARADO

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