

PROCESSO - A. I. Nº 0936116250/07
RECORRENTE - RODRIGO DA COSTA MATOS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 10/09/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0262-11/10

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Representação proposta com fulcro no art. 119, II, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). A apreensão das mercadorias no trânsito e a sua entrega a terceiro, em depósito, são escolhas feitas pela Fazenda Estadual, sem participação ou consulta prévia do sujeito passivo da relação jurídica tributária. Assim, quando o depositário deixa de atender à intimação para entrega dos bens apreendidos, fica caracterizado o abandono e, por via de consequência, opera-se a extinção do crédito tributário, impedindo o prosseguimento da cobrança. Representação **ACOLHIDA**, para declarar a extinção do crédito tributário. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Representação proposta pela d. PGE/PROFIS, com base no art. 119, II, § 1º, da Lei nº 3.956/81, COTEB, em cujo PAF consta como autuado o Sr. Rodrigo da Costa Matos, tendo havido a apreensão de mercadorias em situação irregular -100 unidades de detergente líquido e 170 de água sanitária marca Invicto mais 100 unidades de detergente em pó Bem-te-vi lavanda, conforme termo de fl. 3, mas depositadas sob a guarda de MDC COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA., pessoa jurídica estranha à presente autuação, cujo Auto de Infração foi lavrado em 04/07/2007, no modelo 4 – Trânsito, no valor total de R\$ 2.090,66, quantificado na memória de cálculo de fls. 9, originado da respectiva entrega ter sido o destinatário diverso do indicado na documentação fiscal.

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. 12, lavrado em 14/09/2007, e a intimação para o autuado sido emitida em 27/07/2007.

Posteriormente, foi também intimada a depositária, consoante intimação datada de 08/04/09, com a ressalva de que, o descumprimento da convocação dentro do prazo do art. 950, § 3º, V, do RICMS-BA, a sujeitaria às sanções previstas no art. 168, do Código Penal e art. 652 do Código Civil.

Instada a d. PGE/PROFIS para exercer o controle da legalidade e autorizar a inscrição do débito, na forma do art. 113, §§ 1º e 2º, do RICMS, foi proferido o Parecer de fls. 18/25, datado de 28/02/2010, que, após confrontar as peças residentes neste processo, formulou esta Representação ao CONSEF, com lastro no art. 119, II, da Lei nº 3.956/81- COTEB, propondo, em síntese, a decretação de nulidade do PAF e do débito correspondente, e que, se acaso for acolhida, devem os autos retornar para fins de propositura de ação de depósito contra a referida infiel depositária, ficando ressaltado ser este o entendimento consolidado pela ilustre Procuradoria.

Tal entendimento advém da constatação da presença de vício de ilegalidade, a comprometer o PAF, à luz das 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, no sentido de que a Administração Fazendária ao decidir-se pela via da apreensão e depósito em mãos de terceiros, renunciou automaticamente ao próprio autuado, pois estas opções são inconciliáveis, reciprocamente não poderia haver a apreensão das mercadorias e a execução judicial.

equivalaria 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 a lume do art. 947, I, 'a', do RICMS//BA, no seu art. 947, I, que: *‘a’ dispõe que deve cessar imediatamente a apreensão da mercadoria, quando 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. “Ou seja, não constatada a prática de ilícito tributário, a relação efetivada deixa de ter lugar- independentemente – note-se, de qualquer outros fatores donde se conclui que o procedimento sob análise efetivamente traz em si finalidade exclusivamente fiscal, não logrando existência autônoma deste.”*

Submetido o Parecer à d. procuradora revisora, esta o acolheu, sem reservas, no despacho de fl. 26, datado de 01/06/2010, no qual finaliza pela declaração de extinção do débito objeto do presente Auto de Infração e o ajuizamento da ação de depósito.

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, consequentemente, retira-lhe o direito de exigir do sujeito passivo da obrigação tributária o pagamento do tributo, face à 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 desguardar 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, cabendo a cobrança do crédito tributário não satisfeito ao sujeito passivo desta relação. E de fato, caso não ocorra o pagamento do débito pelo sujeito passivo e nem seja entregue pelo depositário, ao fisco, as 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 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.

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 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 - encontramos-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 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. Encaminhem-se os autos à PGE/PROFIS para a adoção dos procedimentos que o caso requer.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de agosto de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATOR

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – VOTO EM SEPARADO

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALI