

PROCESSO - A. I. Nº 299133.0921/05-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - NAILSON ANDRADE CARDOSO
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL
INTERNET - 17/06/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0139-12/11

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Representação proposta com base no art. 119, § 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 depositário infiel tem natureza civil e não tributária, cabendo a propositura da competente ação de depósito. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação interposta pela PGE/PROFIS, com base no art. 119, inciso II, § 1º, da Lei nº. 3.956/81 (COTEB) que, no exercício do controle da legalidade, constatou a existência de mercadorias depositadas em poder de terceiro, estranho à autuação e reconheceu a *flagrante ilegalidade na pretensão de se executar judicialmente* o crédito apurado no Auto de Infração em epígrafe, propondo a este CONSEF a declaração da extinção da lide tributária perante o contribuinte autuado.

O Auto de Infração foi lavrado pela constatação de “*falta de antecipação tributária do ICMS na aquisição interestadual de fitas K-7, CD e DVD's diversos, para comercialização, por contribuinte não inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia do ICMS/BA, conforme nota fiscal 7487, e extrato do INC, em anexo*”. O lançamento impôs a cobrança de ICMS no valor de R\$ 1.702,32, além da multa por infração 60%.

Foi lavrado Termo de Apreensão e Ocorrências (fl. 05), sendo nomeada depositária das mercadorias a Transportadora Gertrans Ltda., localizada no município de Guarulhos.

Intimado por edital, diante das tentativas frustradas de intimação por via postal (fls. 13 a 19), o autuado não se manifestou ao curso do trintídio legal para interposição de defesa administrativa ou pagamento do débito, mantendo-se silente, razão pela qual em 05 de setembro de 2006 foi decretada a revelia, e o processo encaminhado à SAT/DAT/GECOB/DÍVIDA ATIVA, a fim de ser inscrito em dívida ativa (fl. 21), em 07 de dezembro de 2006 (fl. 20), tendo os autos sido remetidos à SAT/DAT/CAREG/LEILÕES, a fim de que o depositário fosse notificado a entregar à Administração Tributária as mercadorias mantidas em depósito, com vistas à realização do leilão fiscal, na forma preceituada no artigo 950, § 2º, II, do RICMS/BA (fl. 22).

Por sua vez, igualmente intimada, a transportadora que figurava como fiel depositária, bem como seu sócio (fls. 23 a 26, 28 a 32, e 35), não se manifestaram, logo, não houve a apresentação dos bens, tendo sido o processo encaminhado para a PGE/PROFIS, para exercício do controle da legalidade, procedimento prévio para inscrição em dívida ativa, na forma do art. 113, §§ 1º e 2º, do RPAF/99.

Parecer opinativo da PGE/PROFIS de fls. 43 a 45, no exercício do controle da legalidade, faz um breve relato do processo, oportunidade, na qual, conclui que, se o contribuinte abandonou as

mercadorias apreendidas, assim permitindo que o Estado delas se utilizasse para satisfação do crédito tributário, não poderá ser novamente demandado pela mesma obrigação. A relação jurídica travada com o Estado, assim como sua responsabilidade patrimonial, extinguem-se no momento do abandono das mercadorias, e de sua ocupação pelo Estado.

Frisa que a opção pela apreensão das mercadorias incumbe ao Fisco Estadual, não cabendo ao contribuinte decidir se serão elas depositadas em seu próprio poder, em repartição fazendária ou em mãos de terceiro, vez tratar-se de escolha do Estado, que, assim procedendo por conveniência própria, assume os riscos daí decorrentes.

Ao decidir-se pela via da apreensão e depósito em mãos de terceiros, a Administração Fazendária renuncia automaticamente à cobrança judicial do próprio autuado, pois estas são opções inconciliáveis, reciprocamente excludentes. De outra forma, não poderia ser, pois a apreensão das mercadorias e a execução judicial do crédito tributário equivaleriam a cobrar o mesmo imposto duas vezes, configurando autêntico 'bis in idem'.

Diante de tais razões, entende que o débito não deve ser inscrito em Dívida Ativa, por flagrante ilegalidade na pretensão de se executar judicialmente, contra o próprio autuado, o crédito tributário apurado no presente Auto de Infração.

A Procuradoria no Parecer retromencionado registra que a matéria tratada neste processo já foi objeto de estudo realizado pelo Grupo de Trabalho (GT) instituído pela Portaria PGE nº. 051/2008 que, após relatar o problema e oferecer respostas às questões correlatas, formulou sugestões, a fim de se evitar futuros problemas semelhantes, cujo teor anexa, para, a seguir, tecer considerações acerca da apreensão de mercadorias, e da necessidade de sua imediata liberação, quando se constatar que não há imposto ou multa a cobrar. Após citar artigos da legislação do ICMS, conclui que, havendo abandono ao fisco das mercadorias apreendidas, não pode o contribuinte ser demandado quanto ao crédito tributário, ainda que o terceiro depositário não tenha apresentado as mercadorias objeto da apreensão, quando intimado.

Dessa forma, lastreada no art. 119, II e § 2º, da Lei nº. 3.956/81, de 11 de dezembro de 1981 (COTEB), a ilustre procuradora representa ao CONSEF, pugnando pela extinção do débito em relação ao autuado, tendo em vista a impossibilidade de se exigir o pagamento do débito relativo a mercadorias apreendidas e que foram, à luz da interpretação do artigo 950 do RICMS-BA, tidas como abandonadas, tendo em vista a impossibilidade de se exigir o pagamento do débito relativo às mercadorias.

Ressalta que, em caso de acolhimento da Representação ora proposta, os autos não deverão ser arquivados, e sim remetidos ao setor judicial da Procuradoria Fiscal, para que sirvam como prova das alegações formuladas contra o depositário, na ação de depósito a ser contra si promovida.

Em despacho de fl. 47 dos autos, a Procuradora Paula Gonçalves Morris Matos acolhe, sem reservas, a Representação interposta, que recomenda a decretação de extinção do débito tributário apurado no Auto de Infração em tela.

VOTO

Na Representação em análise, a PGE/PROFIS propõe pela extinção do crédito tributário apurado no Auto de Infração, uma vez que a Administração Fazendária, ao decidir pela apreensão e depósito das mercadorias em mãos de terceiros, renunciou à cobrança do crédito tributário do próprio autuado.

Considerando que a fiel depositária não entregou à Administração Fazendária os bens colocados sob sua guarda após intimada, caberia à Fazenda Pública Estadual providenciar, mediante a ação prevista para o caso, o recebimento das mercadorias, para que fossem levadas a leilão público e, desse modo, quitado o crédito tributário em comento.

Ressalte-se que a relação jurídica estabelecida entre o Estado (sujeito ativo) e o depositário dos bens apreendidos é de natureza civil, e não tributária, vez que a matéria concernente a depósito encontra-se devidamente disciplinada no Código Civil Brasileiro.

Note-se que a matéria tem sido exaustivamente analisada por este Conselho, o qual tem firmado entendimento de que, uma vez que as mercadorias objeto de apreensão não foram apresentadas à Fazenda Pública para a satisfação do débito constituído pela lavratura do Auto de Infração, deva ser extinto o crédito tributário, e efetivada a competente ação civil contra o depositário infiel, a rigor do entendimento firmado, inclusive, no seio da própria PGE, conforme, inclusive, menciona a Representação proposta.

Assim, entendo que, no caso ora em exame, cristalino está o abandono pelo autuado, das mercadorias apreendidas pela fiscalização do trânsito, decorrente de sua conduta em não se manifestar, em qualquer momento, quer pela liberação das mercadorias apreendidas, quer pela apresentação de defesa administrativa, quer pelo recolhimento do imposto que lhe foi cobrado, o que caracteriza a situação descrita no parágrafo 6º do art. 109 da Lei nº. 3.956/81 (COTEB), segundo o qual as mercadorias são consideradas abandonadas quando: “(i) não se é solicitada a liberação das mercadorias; (ii) não há o pagamento ou impugnação do débito no prazo legal”..

Em tal situação, em consonância com o posicionamento da PGE/PROFIS, vejo que o sujeito passivo do lançamento não poderá ser demandado pela obrigação tributária que se exauriu no momento do abandono das mercadorias, resultando na sua posterior apropriação pelo fiel depositário, que, de igual sorte, se manteve silente, ainda que intimado a devolvê-las ao Estado, nos termos do artigo 109, parágrafo 7º do COTEB, combinado com o art. 957, II do RICM/97, ficando, pois, o sujeito passivo desobrigado frente ao débito fiscal e extinto o crédito tributário, uma vez que as mercadorias foram abandonadas.

Por isso, necessário o acolhimento da Representação, tal como proposta, para que seja EXTINTO o crédito tributário contra o autuado, em face da manifesta impossibilidade de o mesmo ser executado judicialmente, e a propositura da respectiva ação civil contra o depositário..

Dessa forma, entendo que, por tais razões, a Representação deva ser ACOLHIDA.

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 à Coordenação Judicial da PGE/PROFIS para fins de propositura da ação de depósito contra o infiel depositário.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de maio de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

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