

PROCESSO - A. I. Nº 0944744001/09
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - JOSÉ EDMILSON ALVES DE OLIVEIRA
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 17/06/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO C.J.F Nº 0140-12/11

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.

RELATORIO

Trata-se de Representação interposta pela PGE/PROFIS, com espeque no art. 119, inciso II, 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, reconhecendo a flagrante *ilegalidade na pretensão de se executar judicialmente o crédito apurado no Auto de Infração epigrafado*, representando por via de consequência, a este CONSEF para apreciação da declaração da extinção do débito objeto do Auto de Infração epigrafado e da consequente lide tributária perante o contribuinte autuado, ressaltando que, mesmo extinto o Auto em comento, o PAF deverá ser remetido à Coordenação Judicial da PGE/PROFIS, para fins de propositura da competente Ação de Depósito contra a Empresa DISCARNES DISTRIBUIDORA DE CARNES E SEUS DERIVADOS LTDA., uma vez que, intimada para entregar as mercadorias que se encontravam sob a sua guarda, quedou-se silente (fls. 16 e 17), tornando-se depositário infiel.

O Auto de Infração foi lavrado pela constatação de que o contribuinte não inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia, JOSÉ EDMILSON ALVES DE OLIVEIRA, transportava animais pela rodovia BA.093, para abate sem a documentação fiscal, somente portando a guia de trânsito animal de nº 350802, tendo os animais apreendidos, vinte e dois bovinos, entregues através do competente Termo de Depósito, a Empresa Discarnes Distribuidora de Carnes e Derivados Ltda., devidamente qualificada, para guarda e responsabilidade, conforme se vê do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos insertos às fls. 01 e 02 do processo, o lançamento impôs a cobrança de ICMS no valor de R\$ 3.366,00, além da multa de 100% pela infração, pela tipificação e enquadramento nos artigos 1º, 201, inc. I, 218 inc. I c/c o art.39 Dec. 6284/97 e no tocante à multa, o art. 42 inc. IV alínea “b”, da Lei nº 7.014/96, dele tendo sido intimado o autuado, para proceder à quitação ou no prazo de trinta dias apresentar defesa administrativa (fls. 13 e 14), o que não o fez, sendo lavrado o termo de revelia, em 29 de junho de 2010 (fl 15), sendo os autos remetidos à SAT/DAT/CEREG/LEILÕES, a fim de que o depositário fosse intimado a entregar à Administração Tributária as mercadorias mantidas em depósito, com vistas à realização do leilão fiscal, na forma preceituada no artigo 950§§ 1 e 2, II do RICMS/BA.

Intimado, (fl. 16/17) o depositário não se manifestou, razão pela qual o processo em 09/08/2010, foi encaminhado à SAT/DAT/GECOB/DÍVIDA ATIVA, a fim de ser inscrito em dívida ativa (CDA) (fl 18), o que não ocorreu, tendo em vista tratar-se de pessoa física co-responsável.

Logo, não ocorreu a devolução das mercadorias postas sob a guarda do depositário, sendo 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.

O Parecer opinativo da PGE/PROFIS de fls. 23 usque 31, no exercício do controle da legalidade, faz um relato circunstanciado do processo, oportunidade na qual percebe ter restado configurada, nos presentes autos, que as mercadorias depositadas em mãos de pessoas diversas do autuado, conquanto intimada a entregá-las, com vistas à respectiva realização do leilão fiscal, não as entrega, dizendo tratar-se de uma situação corriqueira na fiscalização de trânsito, que vem suscitando polêmica no seio da SEFAZ e da própria PROFIS, no tocante se permanece aberta, para o Estado a via da execução fiscal contra o Autuado, ou apenas resta demandar o depositário infiel, pela via da ação de depósito, colocando esta concepção como dial do acontecimento a ser sanado. Faz referência ao posicionamento inaugurado pelo Parecer exarado no PAF de nº 884441103040, se posicionando contrário ao entendimento ali esposado, de que o abandono das mercadorias apreendidas, desobriga o devedor quanto ao débito, redundando na extinção do Auto de Infração, vedando a sua exigência pela via da execução fiscal, até mesmo naquelas hipóteses em que não devolve o terceiro depositário as mercadorias depositadas sob a sua guarda.

Ressalta a ilustre Procuradora, que mesmo extinto o Auto de Infração, o PAF não deverá ser arquivado, ficando como prova das alegações a serem formuladas contra a depositária, para fins de propositura da ação de depósito contra DISCARDES DISTRIBUIDORA DE CARNES E SEUS DERIVADOS LTDA, representando com escopo no art. 119, II, da Lei nº 3956, de 11 de dezembro de 1981 (COTEB), pela extinção da autuação, fazendo remissão ao entendimento consolidado do grupo de trabalho especificamente constituído para estudar tal questão.

Ao despachar a Representação, a Ilustre Procuradora Assistente, faz referência às conclusões do grupo de trabalho constituído pela Portaria PGE nº 051/08, devidamente homologada pelo Procurador Geral, *"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 relativos à constituição do depósito em matéria fiscal, à sua natureza jurídica, aos seus efeitos sobre o crédito tributário, à ação de depósito e o seu procedimento:

a) *é constitucional e lícita a apreensão (retenção temporária) de mercadoria 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 regulamentar, 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-inequívoca manifestação de renúncia que talato 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 estatuida 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, por exemplo, quando depositário e*

autuado têm os mesmos 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 autuado e 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 (arts. 901 a 906), para garantir a tutela jurisdicional em favor do Ente Público, sujeito ativo da relação jurídico-tributário 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, li, 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 termo 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, nos termos do procedimento especial disciplinado pelos arts. 901 a 906 do CPC, os seguintes pedidos: citação do réu para, em cinco dias, (i) entregar a coisa, deposita-la em juízo ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro; (ii) contestar a 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 a 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.”

A representação enfrenta a diversidade dos regimes jurídicos do Direito Tributário Penal e do Direito Penal Tributário.

“[...] o que se opõe às infrações e às sanções criminais são as infrações e as sanções administrativas, pois, enquanto aquelas são previstas no direito penal, aplicadas pelos juízes criminais, estas outras são previstas em Leis afetas à administração, aplicadas por autoridades administrativas, mediante procedimento administrativo.” AMARO, Luciano. Op.cit.p.409.

VOTO

Merece acolhida a Representação interposta pela Douta PGE/PROFIS.

Isso porque restou comprovado “*in casu*” que o Autuado tornou-se revel e o depositário não devolveu as mercadorias apreendidas pela fiscalização que lhes foram confiadas em guarda, tornando-se depositário infiel.

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, 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 animais apreendidos, tendo por escopo a satisfação do crédito tributário. Nesse sentido, a Fazenda Pública intimou o detentor das mercadorias para que este procedesse à devolução dos ditos animais que se encontravam sob a sua guarda, não tendo, porém, logrado êxito, 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 CJP 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 fis. 3 7/7], 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”.

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 devam ser arquivados, mas, sim, encaminhados ao setor judicial da Procuradoria Fiscal para servir como meio de prova da Ação de Depósito a ser ajuizada contra o depositário infiel, no caso a Empresa DISCARNES DISTRIBUIDORA DE CARNES E DERIVADOS LTDA.

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 competente da Procuradoria Fiscal, a fim de servir como meio de prova da Ação de Depósito a ser ajuizada contra o depositário.

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

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

IVO MORAES SOARES – RELATOR

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