

PROCESSO - A. I. Nº 0936512520/06
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - LINDBERG BARBOSA SILVA (MERCADINHO POPULAR)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 26/09/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0294-12/11

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Representação proposta com base no art. 119, II e § 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 depositadas em poder do autuado e pretensamente abandonadas, por falta de defesa administrativa e manifestação quando intimado para entrega das mesmas. Não reconhecimento do abandono. Falta de pagamento. Primazia do crédito tributária e suas garantias e privilégios, afastamento da ação de depositário infiel. Representação **NÃO ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Representação interposta pela PGE/PROFIS que, no controle da legalidade, após verificar a existência de mercadorias depositadas em poder do autuado e desaparecidas, reconheceu a flagrante ilegalidade de se manter em nome do autuado débito do qual já se encontra legalmente desobrigado. Assim, propõe a este CONSEF a declaração de extinção de lide tributária perante o contribuinte autuado.

O Auto de Infração foi lavrado em 27/07/2006, imputando-se ao autuado a falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial em aquisição de mercadorias para comercialização por contribuinte descredenciado, sendo exigido imposto no valor de R\$406,43, acrescido da multa de 60%. As mercadorias permaneceram em mãos do autuado (fl. 3) como seu fiel depositário.

O Auto de Infração correu à revelia, sendo lavrado o respectivo termo de revelia (fl. 21) e encaminhado à Coordenação de Mercadorias Apreendidas para que fosse efetuada a notificação do depositário das mercadorias apreendidas, objetivando a sua devolução. Não logrando êxito, a Coordenação de Mercadorias Apreendidas o encaminhou à DARC/GECOB para saneamento e inscrição em Dívida Ativa (fl 36), que, por sua vez o enviou à PGE/PROFIS.

Em Parecer (fls. 37/39), o ilustre procurador José Olavo de Almeida Moura Senna, preliminarmente ressalta que o presente processo cuida da apreensão de mercadorias cuja circulação irregular provocou a autuação e que tais mercadorias foram depositadas em poder do autuado, sendo, posteriormente, intimada a entregar as mercadorias à Comissão de Leilão, quedou-se inerte, não as tendo apresentado. Observou, ainda, a condição de revel do autuado, encerrando-se, assim, a instância administrativa de julgamento.

Após menção aos arts. 940 e 958 do RICMS e o cotejo com o caso em tela, aponta que as mercadorias são tidas como abandonadas, podendo o Estado dispor livremente das mesmas para a satisfação do seu crédito tributário, levando-as a leilão administrativo, sendo o contribuinte desobrigado da relação ao crédito exigido no Auto de Infração, qualquer que seja o resultado do leilão.

Ou seja, afirma que a relação jurídica do contribuinte travada com o Estado, assim como a sua responsabilidade patrimonial, extinguem-se no momento do abandono das mercadorias e de sua ocupação com pelo Estado.

Aduz que a inércia do depositário em apresentar as mercadorias que estavam em sua guarda caracteriza a sua infidelidade, autorizando propositura de ação de depósito e que a extinção do crédito tributário, ora pretendido, em nada prejudicaria a referida demanda, pois a relação entre Estado e Depositário infiel de natureza civil.

Conclui aduzindo que seja extinto crédito tributário, sugerindo que os autos não devam ser arquivado, para que se verifique se já foi ajuizada a respectiva ação de depósito.

A ilustre procuradora assistente da PGE/PROFIS, através de manifestação à fls. 41/42, acolhe integralmente os termos da representação e determina seu encaminhamento ao CONSEF para apreciação da pretensão de declaração de extinção do débito objeto do Auto de Infração epigrafado.

VOTO

Com a devida *venia*, entendo que não deve ser acolhida a presente Representação.

Explico que o principal motivo para afastar os argumentos da PGE/PROFIS é de que se trata de apreensão e depósito de mercadorias em poder do próprio autuado, ou seja, no presente caso, existe a confusão entre o sujeito passivo da obrigação tributária e do depositário infiel, tornando imprescindível a rediscussão da questão da primazia da constituição do crédito tributário ao pedido de restituição das mercadorias apreendidas.

Entendo que diferentemente da situação em que as mercadorias embargadas são depositadas em poder de terceiros, ocorrência varias vezes julgadas neste CONSEF e com orientação já pacificada, o caso em questão merece outra solução.

Nos casos de depositários infieis e sujeitos passivos diversos, geralmente há a extinção do crédito tributário e o envio dos autos ao setor judicial da Procuradoria Fiscal para o ajuizamento da respectiva ação de depósito. Tais medidas são acertadamente embasadas nos seguintes pontos: (I) na vedação ao *bis in idem*, (II) ao fato da escolha do depositário ser do Estado, (III) pelo abandono da coisa pelo sujeito passivo da obrigação e (IV) pelo fato da relação jurídica com o depositário infiel ser de natureza civil, e não tributária.

No cotejo com a situação vivida nos autos, só encontro similaridade no fato da escolha do depositário ter sido feita pelo Estado/Autuante, no mais, o caso afasta todas as outras hipóteses de cabimento da orientação da PGE e o posicionamento habitual do CONSEF.

Primeiramente entendo que não haveria *bis in idem* visto que não houve nem o pagamento da obrigação tributária lavrada no Auto de Infração e nem o perdimento das mercadorias, pois elas foram depositadas com o próprio autuado, neste caso, o destinatário das mesmas?.

Quanto ao abandono das mercadorias, lembro que isto também não ocorreu. A posse direta e a posse indireta dos bens continuaram sendo do autuado, logo, por se tratar de itens fungíveis, na sua maioria perecíveis, estas devem ter sido rapidamente comercializadas. Assim, não haverá satisfação do crédito do fisco por meio de leilão das mercadorias apreendidas e porventura revendidas, mas tão somente a busca de produtos similares, que podem ser de difícil enquadramento, haja vista o tempo decorrido desde a lavratura do Auto de Infração. Fora isso, corre-se o risco de deságio no preço as ser levantando em eventual leilão judicial ou até mesmo, na falta de compradores, da inutilidade do seu resultado, sem mencionar a perda de tempo de toda a máquina estatal na busca da consecução da ação de depósito.

Já no aspecto da natureza da infração, entendo ter sido nítida a configuração da obrigação tributária, o reconhecimento do inadimplemento do autuado quanto aos ditames legais pela

fiscalização, e a correta aplicação da multa, portanto, é ululante a necessidade de se constituir regularmente o crédito tributário, com suas garantias e privilégios, conforme os art. 139 a 140 do CTN, para se adquirir o quê é devido ao Estado.

Advirto que não enxergo no presente PAF nenhuma das hipóteses de cancelamento ou não efetivação do crédito tributário em Dívida Ativa, conforme disposto nos incisos do art. 114 do RPAF.

Portanto, neste caso, não vislumbro ser necessário que o Estado deixe a esfera tributária e enverede no campo civil para satisfazer o crédito tributário.

Por fim, ressalto que a própria peça da PGE/PROFIS faz menção, em nota de rodapé, ao Parecer da ilustre procuradora Dr^a Flávia Almeida Pita relativo à impropriedade de depósito de bens em mãos do próprio proprietário.

Voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da Representação proposta e mantenho o débito no valor de R\$406,43.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO ACOLHER** a Representação proposta e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **936512520/06**, lavrado contra **LINDBERG BARBOSA SILVA (MERCADINHO POPULAR)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$406,43**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios..

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de setembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

CLAUDIA MAGALHÃES GUERRA - REPR. DA PGE/PROFIS