

PROCESSO - A. I. Nº 279466.5601/06-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CALIFÓRNIA HOSP MED LTDA.
REURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE
INTERNET - 24/08/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0216-11/09

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Representação proposta com fulcro no art. 119, § 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**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida o presente de apreciar as razões conduzidas no Despacho do ilustre procurador assistente da PGE/PROFIS, Dr. José Augusto Martins Junior, o qual acolheu sem reservas o Parecer exarado pela ilustre procuradora do Estado Dra. Leila Von Söhsten Ramalho, e concluiu pela interposição de representação ao CONSEF, propugnando pela declaração de nulidade do lançamento de ofício em tela, apoiado nas conclusões trazidas pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria PGE nº 051/08 e homologadas pelo Procurador Geral do Estado.

Descreve em seu Parecer a ilustre procuradora, ter havido a apreensão de mercadorias que circulavam irregularmente e a lavratura do Auto de Infração em destaque. Foram depositadas em poder da Transportadora Atlas Ltda., pessoa jurídica estranha à autuação e que em nada se relacionada com o autuado. Posteriormente depois de intimada a entregá-las à Comissão de Leilões (fls.17/20), manteve-se inerte, não as tendo apresentado (fl. 21).

A instância administrativa de julgamento foi encerrada, frente à figura de revel, e os autos foram remetidos à PGE/PROFIS para as providências cabíveis.

Frente a casos dessa natureza, corriqueiros, indaga a ilustre procuradora: resta aberta para o Estado a via de execução fiscal contra o autuado, ou apenas persiste demandar o depositário infiel pelas mercadorias não restituídas? E esclarece que a posição mais recente gestada no âmbito da Procuradoria Fiscal, consiste em julgar possível a cobrança executiva do crédito tributário, devendo inclusive ser cumulada com a chamada ação de depósito contra o infiel depositário.

Da análise da exposição de motivos que embasaram esse entendimento, a i. Procuradora aduz que a conclusão posta lhe parece equivocada. Tal entendimento decorre ou é colhido do próprio RICMS/BA, na medida em que em seu art. 945 demarca as lindes do poder de polícia atribuído à fiscalização, pois a apreensão de mercadorias e/ou documentos é procedimento fiscal destinado a documentar a infração cometida para provar materialmente o fato ocorrido.

Cita também que do art. 109, § 7º do COTEB, deve-se notar que exonerar o devedor seria, de qualquer sorte, inviável pretender executá-lo por Auto de Infração, cujas mercadorias já perdidas

para o fisco, equivaleriam cobrar o mesmo imposto duas vezes, configurando o inaceitável *bis in idem*, por penalizar o devedor que já renunciou por abandono, e a opção do Estado, às mercadorias a que faria jus.

Relata quesitos de procedimentos diversos, indica tópicos da legislação tributária, comenta ocorrências de natureza diversa nas conclusões da PGE/PROFIS, para apor seu entendimento de que contrariamente ao sustentado no opinativo proferido inaugurado no PAF 884441103040, o abandono na forma da lei, de mercadorias apreendidas, desobrigando o devedor, resulta na extinção do débito, razão pela qual é vedada a sua exigência por conduto de execução fiscal a ser promovida contra o autuado, ainda que naquelas hipóteses da não entrega de mercadorias pelo depositário. Reafirma que a via de execução fiscal não se apresenta como opção aberta ao Estado, dada a extinção, por desoneração do devedor, do crédito tributário respectivo.

Considerando a flagrante ilegalidade de manter, em nome do autuado, débito já virtualmente extinto e em relação ao qual se acha desobrigado, sujeitando-o às restrições cadastrais e negociais que seriam naturais se existente crédito tributário não satisfeito, assevera a i. Procuradora que necessário se faz que a PGE/PROFIS retome o procedimento que vinha sendo adotado anteriormente à emissão do referido Parecer no PAF de nº 884441103040, promovendo Representação ao CONSEF para com supedâneo no art. 119, II do COTEB, pugnar pela declaração de extinção do débito através de Decisão administrativa irreformável, nos moldes do art. 156, IX do CTN.

Realça que no caso de ser acolhida a presente Representação, o PAF deverá ser enviado à Coordenação Judicial da PGE/PROFIS para propositura de ação de depósito contra a Empresa de Transportes Atlas Ltda.

Releva que o entendimento acima expendido é o consolidado na PGE/BA acerca do assunto em referência, expressamente homologado pelo Procurador Geral do Estado na análise do Parecer proveniente do Grupo de Trabalho especialmente constituído para estudar a questão.

VOTO

A representação em apreciação teve por objeto a apreensão de mercadorias cuja circulação irregular ocasionou a autuação.

Conforme Termo de Apreensão e Ocorrências à fls. 06, referidas mercadorias foram depositadas em poder da Empresa de Transportes Atlas Ltda., terceiro totalmente estranho à autuação, em nada se relacionando com o autuado, o qual, posteriormente intimado para entregá-las à Comissão de Leilões (fls. 17/20), manteve-se inerte, não as apresentando.

Destaque-se que visto o autuado se manter silente, por Decisão unilateral do Estado foram as mercadorias dadas em mãos da transportadora acima citada, constituindo a mesma como fiel depositária.

Desta forma, resta patente nos autos o perdimento das mercadorias para terceiros, por Decisão do fisco, não podendo o Estado intentar ação de execução fiscal contra o autuado, pois que ao alvitre do mesmo, ressalve-se, foram às mercadorias entregues a terceiro o qual figura como fiel depositário. Esse potencial execução se promovida, caracterizaria “*bis-in-idem*”, dado que já satisfeito, pelo perdimento, o crédito fiscal lançado contra o autuado.

As conclusões estabelecidas pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria PGE nº 051/2008, aprovadas inteiramente pelo ilustre Procurador Geral do Estado, e adotadas no Despacho em análise consistiram em normatizar a execução das seguintes ações, que nos autos restaram satisfeitas:

- a) Intimar o autuado para receber as mercadorias apreendidas e se manifestar quanto ao propósito de renunciar às mesmas, beneficiando-se das regras contidas no art. 109, § 7º do COTEB;

- b) Conceder prazo certo para recepção dessa manifestação;
- c) Formalmente advertir que a inércia do autuado dentro do prazo estipulado enseja entender abandono dos bens com consequente instalação do processo de leilão administrativo.

Concordo seriam reciprocamente excludentes, leilão fiscal e propositura de execução fiscal contra o autuado, e a ação de depósito contra o depositário infiel, desobrigado que está o sujeito passivo pelo perdimento das mercadorias que constituíram o objeto da infração em comento.

A partir das considerações supramencionadas, e observando a não restituição das mercadorias apreendidas, concluo que resta intentar ação de execução fiscal pela infidelidade do depositário, de conformidade ao expressado na representação em análise.

Portanto, ACOLHO a Representação promovida, para fins de declarar a EXTINÇÃO do PAF em testilha.

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 às 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, 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 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. Os Autos devem ser devolvidos à PGE/PROFIS, visto que valerão como prova na ação de depósito a ser ajuizada.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de agosto de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – VOTO EM SEPARADO

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS