

PROCESSO - A. I. Nº 232939.0311/06-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - LENE DISTRIBUIDORA DE COSMÉTICOS E IMPORTADORA LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 27/08/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0220-11/09

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

Trata-se de Representação proposta pela PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 119, inciso II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), propondo que seja extinto o presente Auto de Infração, tendo em vista a desobrigação do contribuinte com relação ao pagamento do tributo nele consignado.

O Auto de Infração em comento tem por objeto a cobrança do ICMS devido em razão da falta de recolhimento do imposto na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com a inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa ou baixada.

Em razão da ação fiscal, a mercadoria objeto da transação comercial foi apreendida pelo agente competente, tendo o Fisco eleito a Transportadora como Depositária Fiel dos bens.

Devidamente intimado para apresentar impugnação ao Auto de Infração, o autuado deixou transcorrer *in albis* seu prazo de defesa, correndo, à sua revelia, o presente processo administrativo fiscal.

A fim de dar cumprimento ao art. 950, do RICMS, intimou-se o depositário da mercadoria, para proceder à sua entrega, no prazo de 10 (dias), após o que seria realizado o leilão para adimplemento da obrigação tributária.

Mais uma vez, transcorrido o prazo de lei, o Depositário não procedeu à entrega dos bens apreendidos pelo Fisco, muito menos apresentou qualquer manifestação à determinação contida nas intimações de fls. 28, 32, 35, 38 e 41.

Enviados os autos à PGE/PROFIS, representou, a ilustre procuradora, pela nulidade do PAF, sob os seguintes argumentos:

1. Tendo, o contribuinte, abandonado suas mercadorias apreendidas pelo Fisco, não poderá ser novamente demandado quanto ao mesmo crédito, em relação ao qual se desobrigou;
2. Não se pode pretender executar o contribuinte por auto cujas mercadorias já foram por ele perdidas ao Fisco, o que consistiria num *bis in idem*, ou seja, dupla apenação por um só fato;

3. Não é o contribuinte quem escolhe ter suas mercadorias apreendidas e, muito menos, como se dará o respectivo depósito, decisões estas que cabem ao Fisco, a quem compete arcar com os prejuízos daí decorrentes;
4. Ao apreender mercadorias e entregá-las em depósito a terceiro, o Fisco, imediatamente, renuncia à cobrança judicial do autuado, pois a responsabilidade patrimonial do contribuinte se encerra com a apreensão;
5. Salienta que a matéria tratada na representação proposta, em face de algumas divergências, foi objeto de estudo aprofundado realizado pelo Grupo de Trabalho instituído pela Portaria PGE nº 051/2008 que, após relatar o problema e oferecer respostas, fundamentadamente, às questões correlatas, formulou sugestões de *lege ferenda*, a fim de evitar problemas futuros. Afirma que o Procurador Geral do Estado aprovou o Parecer final, cuja cópia anexou à representação.
6. Por tais motivos, pugna pela nulidade do Auto de Infração e adoção das medidas cabíveis frente ao depositário infiel.

O Procurador Assistente, no despacho de fl. 58/62, referendou a representação, requerendo o seu encaminhamento para este Conselho de Fazenda, para fins de que seja declarada a nulidade do presente PAF.

VOTO

Inicialmente, urge salientar que o art. 950, §4º, II, do RICMS, é claro ao dispor que, se, no prazo estipulado, *“não for efetuado o pagamento do débito e nem entregue pelo depositário, ao Fisco, as mercadorias em seu poder, o funcionário competente lavrará termo acerca desse fato no processo, devendo este ser enviado à Procuradoria da Fazenda, para cobrança do débito tributário e demais providências”*.

A única exegese possível do dispositivo legal acima invocado é no sentido de que a obrigação do contribuinte que tivera suas mercadorias apreendidas só persistirá se o próprio contribuinte/autuado for eleito, pelo Fisco, depositário fiel das mercadorias apreendidas. Isto porque, acaso não promova a entrega dos bens objeto do termo de apreensão, em verdade, não terá a Fazenda conseguido invadir a esfera patrimonial do contribuinte para satisfazer a obrigação tributária objeto da lide administrativa.

É fato que a obrigação tributária e os deveres decorrentes do depósito não se comunicam, de forma alguma. Assim sendo, não se poderia entender pela ocorrência de *bis in idem*, caso o Fisco viesse a promover a cobrança do débito oriundo do presente Auto de Infração, se as mercadorias apreendidas tivessem ficado em poder do próprio autuado. Por um simples motivo: a dívida não foi quitada, seja diretamente pelo devedor, seja pelo parcelamento das mercadorias apreendidas e confiadas ao próprio sujeito passivo da obrigação tributária.

No caso em análise, entretanto, as mercadorias pertencentes ao autuado foram apreendidas pelo Fisco, que, por ato discricionário seu, entendeu pela conveniência de confiá-las à transportadora, eleita depositária fiel dos bens que serviriam de garantia à satisfação do crédito tributário. Por óbvio, o contribuinte não pode ser responsabilizado pela escolha do depositário, realizada diretamente por agente fiscal.

Emerge a efetiva invasão, pela Fazenda Pública, do patrimônio do contribuinte, desobrigando-o quanto ao imposto e à multa que lhe são cobrados, donde se concluiu pelo efetivo acerto da representação da PGE/PROFIS, pois não seria razoável, nem encontra amparo legal qualquer outra medida de cobrança porventura adotada pela Fazenda Estadual, no intuito de, mais uma vez, satisfazer a obrigação tributária em razão da qual o contribuinte já tivera bens seus apreendidos.

Por derradeiro, registre-se que o art. 949, do RICMS, com a redação dada pelo Decreto nº 11.523, de 06/05/2009, confere respaldo normativo à extinção do crédito tributário discutido nesse PAF, *in verbis*:

“Art. 949. As mercadorias apreendidas serão consideradas abandonadas, ficando desobrigado o devedor e extinto o crédito tributário, quando:

(...)

II – não ocorrer o pagamento do débito até 120 dias após a apreensão, salvo se houve impugnação do débito”.

O acatamento da representação, contudo, não poderá ensejar a declaração de nulidade do procedimento administrativo fiscal, pois, em primeiro lugar, não há qualquer vício de forma ou ilegalidade que contamine o feito administrativo de modo a torná-lo sem efeito. O que houve, na verdade, foi a falta de entrega da mercadoria por parte do depositário eleito pelo Fisco, ensejando a extinção do crédito tributário constituído em desfavor do sujeito passivo. Em segundo lugar, a declaração de nulidade implicaria na usurpação de todos os efeitos decorrentes dos atos administrativos praticados, inclusive da própria apreensão e do depósito, o que, por óbvias razões, prejudicaria a argumentação deduzida na representação sob exame.

Diante do exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta pela PGE/PROFIS, para concluir pela desobrigação do contribuinte quanto ao débito consignado no Auto de Infração em exame, com a extinção do processo fiscal, cabendo à Fazenda Estadual promover as medidas judiciais pertinentes, previstas em Lei, frente ao Depositário Infiel.

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 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, para extinguir o crédito tributário e, conseqüentemente, o presente procedimento administrativo fiscal. Encaminhem-se os autos à PGE/PROFIS para a adoção dos procedimentos que o caso requer.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de agosto de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – VOTO EM SEPARADO

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS