

PROCESSO - A. I. Nº 894391550/07
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - JOSÉ RUFINO DE SANTANA NETO
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 04/09/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0228-11/09

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 do “*transporte de mercadorias sem documentação fiscal*”.

Em razão da ação fiscal, a mercadoria objeto da transação comercial foi apreendida pelo agente competente, tendo o Fisco eleito a empresa “INOVAPLAST IND. COM. EMB. LTDA.”, sem, contudo, esclarecer qual a relação dessa pessoa jurídica com o fato gerador noticiado na autuação.

Devidamente intimado para apresentar impugnação ao Auto de Infração, o autuado, que dirigia o veículo no qual a carga foi encontrada, 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. 11 e 13.

Enviados os autos à PGE/PROFIS, representou, a ilustre procuradora, pela extinção 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. 28/32, 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 foram apreendidas pelo Fisco, que, por ato discricionário seu, entendeu pela conveniência de confiá-las à empresa “INOVAPLAST IND. COM. EMB. LTDA.”, eleita depositária fiel dos bens que serviriam de garantia à satisfação do crédito tributário. Registre-se que não ficou esclarecido o motivo pela qual dita pessoa jurídica foi eleita a depositária. Por óbvio, o autuado, que apenas dirigia o veículo no qual foi encontrada a carga apreendida, 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, 18 de agosto de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – VOTO EM SEPARADO

ANGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS