

PROCESSO - A. I. Nº 018328.1113/08-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CMS FLORES AUTO PEÇAS
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
INTERNET - 06/10/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0265-11/09

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 o depositário infiel tem natureza civil e não tributária, cabendo a propositura da competente ação de depósito. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 119, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e no artigo 114, § 1º, do RPAF/99, pugnando pela extinção do Auto de Infração, e posterior remessa do PAF à PROFIS, com vistas a promover a devida Ação de Depósito.

O Auto de Infração, modelo “4” – Trânsito de Mercadorias, foi lavrado contra o remetente, localizado no Estado de São Paulo, para exigir o ICMS-ST, relativo às operações subsequentes, nas vendas para contribuinte localizado no Estado da Bahia, consoante Protocolo ICMS 49/2008, após apreensão de mercadorias, as quais foram depositadas em poder de terceiro estranho à pessoa do autuado, no caso a REIS TRANSPORTES E MUDANÇAS LTDA, conforme Termo de Depósito, às fls. 7/8 dos autos.

No decorrer do processo administrativo fiscal, o autuado não efetuou o pagamento do débito nem apresentou defesa no prazo regulamentar, ensejando a decretação de sua condição de revel, encerrando a instância administrativa de julgamento e remetendo-se os autos à Comissão de Leilões Fiscais.

Ocorre que, após devidamente intimado, o novo depositário não devolveu, no prazo regulamentar, as mercadorias sob sua guarda, sendo remetido os autos à PGE/PROFIS para adotar as providências cabíveis em relação ao Depositário das mercadorias apreendidas, objeto deste Auto de Infração, vez que o mesmo fora intimado, nos termos do art. 950 do RICMS, a devolver as mercadorias, mas não se manifestou no prazo estabelecido, caracterizando assim a condição de infiel depositário, conforme despacho à fl. 24 dos autos.

Depois de acurada análise, a Douta PGE/PROFIS, através da Dr^a. Maria Helena Cruz Bulcão, apresentou a Representação de fls. 25 a 33, pugnando pela extinção do crédito tributário, eis que o autuado, ao não solicitar a liberação das mercadorias, nem pagar o débito ou promover sua discussão administrativa ou judicial, nos prazos regulamentares, ensejou ao Estado dispor livremente das mercadorias apreendidas para satisfação do crédito tributário, levando-as a leilão administrativo. Assim, considera o contribuinte desobrigado em relação ao crédito exigido no Auto de Infração, não podendo ser novamente demandado pela mesma obrigação, pois a relação jurídica travada com o Estado extingue-se no momento do abandono das mercadorias, e de sua ocupação pelo Estado. Por fim, conclui que, ao decidir-se pela via de apreensão e depósito em mãos de terceiro, a Administração Fazendária renuncia, automaticamente, à cobrança judicial do

próprio autuado, pois estas são opções inconciliáveis, reciprocamente excludentes, pois equivaleria a cobrar o mesmo imposto duas vezes, configurando autêntico *bis in idem*.

Salienta que a inércia do depositário em apresentar as mercadorias postas sob sua guarda caracteriza sua infidelidade, autorizando seja contra ele promovida a competente ação de depósito, cuja relação jurídica travada entre o Estado e o depositário infiel não tem natureza tributária, constituindo-se em liame de índole civil. Logo a extinção do crédito tributário em nada prejudicaria a aludida demanda.

Do exposto, com espeque no art. 113, § 2º, do RPAF, manifesta discordância à inscrição deste crédito tributário em Dívida Ativa, por flagrante ilegalidade na pretensão de se executar judicialmente, contra o próprio autuado, do que, representa ao CONSEF para apreciação do fato, pugnando que seja extinto o crédito tributário, recomendando que, no caso do ACOLHIMENTO da Representação, seja o presente PAF encaminhado ao setor judicial desta Procuradoria Fiscal, visto que valerão como prova das alegações formuladas contra o depositário, na ação de depósito a ser contra si promovida.

Por derradeiro, aduz que a posição acima defendida, representa o entendimento oficial e consolidado da PGE/BA acerca do assunto em referência, posto que expressamente homologada pelo Procurador Geral do Estado, por ocasião da análise de Parecer proveniente de Grupo de Trabalho especificamente constituído para estudar tal questão.

Às fls. 34 a 38 dos autos, o Procurador Assistente da PGE/PROFIS, Dr. José Augusto Martins Júnior, acolhe, sem reservas, o Parecer exarado às fls. 25 a 33 do PAF, que concluiu pela interposição de Representação ao egrégio CONSEF propugnando pela declaração de nulidade do presente lançamento de ofício, com arrimo nas conclusões tracejadas pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria PGE nº. 051/08, as quais foram devidamente homologadas pelo Procurador Geral do Estado.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado após apreensão de mercadorias, as quais foram depositadas em poder da REIS TRANSPORTES E MUDANÇAS LTDA, consoante Termo de Depósito, às fls. 7 e 8 dos autos.

Lavrado o Termo de Revelia, após regular intimação do autuado, foi o PAF destinado à Comissão de Leilão, a qual intimou o depositário para entrega das mercadorias sob sua guarda, cujo descumprimento da obrigação, ensejou que os autos fossem enviados à PGE/PROFIS para providências cabíveis em relação ao Depositário das mercadorias.

Nos termos do art. 950, I, do RICMS, as mercadorias apreendidas serão levadas a leilão público, para quitação do imposto devido, multa e acréscimos tributários correspondentes, tidas como abandonadas e com manifestação tácita de renúncia à sua propriedade, se o contribuinte ou o responsável não providenciarem o recolhimento do débito correspondente, salvo se a matéria estiver sob apreciação judicial, no prazo estipulado na intimação do sujeito passivo relativa ao Auto de Infração, em caso de revelia.

Já o art. 957, incisos I e II, do RICMS, considera desobrigado o devedor na hipótese de o valor apurado em leilão ser insuficiente para quitar o débito tributário, relativamente ao saldo remanescente, ou no caso de distribuição das mercadorias a instituições de educação ou de assistência social, nas hipóteses e circunstâncias legalmente previstas.

Logo, pode-se inferir o acerto da Representação ora sob apreciação, pois se conclui da análise de tais dispositivos pela exoneração do devedor/autuado, quando da venda em leilão dos bens apreendidos ou da transferência da propriedade das mercadorias em favor do Estado.

Conforme bem fundamentado na Representação, ao optar o Estado pela apreensão das mercadorias, cuja propriedade já fora renunciada tacitamente pelo autuado, não pode o PAF

prosperar, sob pena de configurar-se o nefasto *bis in idem*, pelo que se impõe a desobrigação do devedor/autuado através da extinção do Auto de Infração em voga.

Vale ressaltar, em abono das razões de Representação, que a Decisão pela apreensão e depósito das mercadorias é atribuição soberana do Fisco, mesmo no caso do depósito em favor de terceiro. Daí atrai o Fisco, para si, e exclusivamente para si, o risco e responsabilidades da sua atuação, descabendo transferi-los ao contribuinte/autuado, ex-proprietário dos bens retidos.

Pelo exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação ora proposta, para julgar EXTINTO o Auto de Infração, devendo o respectivo PAF ser encaminhado ao setor judicial da PGE/PROFIS, para adoção das providências judiciais cabíveis.

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. Devolvam-se os autos à PGE/PROFIS, visto que valerão como prova na ação de depósito a ser ajuizada.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de setembro de 2009.

DENISE MARA DE ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE - VOTO EM SEPARADO

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. DA PGE/PROFIS