

PROCESSO - A. I. N° 233166.0137/06-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - FABRÍCIA RODRIGUES DA MOTA (TICA MODA FASHION)
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT – DAT/NORTE
INTERNET - 17/11/2009

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0303-11/09

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Representação proposta com base no art. 119, inciso II 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 PGE/PROFIS, com vistas a promover a devida Ação de Depósito.

O Auto de Infração, modelo “4” – Trânsito de Mercadorias, atinente a “*Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da federação, por contribuinte não credenciado*”, foi lavrado após apreensão de mercadorias, as quais foram depositadas em poder de terceiro estranho à pessoa do autuado, no caso a CIA. SÃO GERALDO DE AVIAÇÃO, conforme Termo de Depósito, às fls. 5 e 6 do PAF.

O autuado, no decorrer do processo administrativo fiscal, não efetuou o pagamento do débito nem apresentou defesa no prazo regulamentar, ensejando a decretação de sua condição de revel, consoante Termo de Revelia, fl. 16, encerrando a instância administrativa de julgamento e os autos remetidos à Comissão de Leilões Fiscais, fl. 17.

O Fiel Depositário, mesmo depois de devidamente intimado, fls. 19 e 20, não devolveu no prazo regulamentar, as mercadorias sob sua guarda, sendo remetidos os autos à PGE/PROFIS para adoção das 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/96, a devolver as mercadorias, mas não se manifestou no prazo estabelecido, caracterizando assim a condição de infiel depositário, conforme despacho à fl. 21 dos autos.

Remetidos os autos à GECOB-Dívida Ativa, foi elaborado o “Relatório de Espelho da Inscrição do PAF na Dívida Ativa”, fl. 24 e 25, saneamento prévio, procedimento indispensável para inscrição do débito em dívida ativa, ou acionamento do infiel depositário.

No exercício do controle da legalidade e autorização da inscrição, em conformidade com o art. 113, §§ 1º e 2º a Procuradoria Fiscal - PGE/PROFIS, através de Parecer circunstaciado, da lavra dos Procuradores do Estado, Dr. Nilton Gonçalves de Almeida Filho e Drª Maria Olívia Teixeira de Almeida, fls. 26 a 30, depois de minudente análise - alicerçada nas conclusões delineadas pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria PGE nº 051/08, e devidamente homologadas pelo competente despacho do Procurador Geral do Estado, fls. 31 a 69, - apresentou Representação, fls. 26 a 30, pugnando pela extinção do crédito tributário, sob o fundamento de 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.

Esclarece 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*.

Destaca ainda 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.

Em sua conclusão o Parecer, 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, representando ao CONSEF para apreciação do fato, pugnando para que seja declarada extinção do presente Auto de Infração, 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.

À fls. 70 a 74 dos autos, foi apensado “DESPACHO”, subscrito pelo Procurador do Estado, Dr. José Augusto Martins Junior, Procurador Assistente da PGE/PROFIS, no qual ratifica o Parecer exarado pelos ilustres procuradores que concluem pela necessidade de Representação ao CONSEF, no exercício do controle da legalidade, com fulcro no art. 119, II, da Lei nº 3.956/81, para que seja decretada a extinção do Auto de Infração, com a remessa do processo para o setor judicial da PGE/PROFIS, com vistas à propositura da competente ação de depósito.

Conclusivamente, o despacho do Procurador Assistente determina o encaminhamento dos autos ao CONSEF para a apreciação da pretensão de declaração de extinção ofertada pela PGE/PROFIS, com arrimo na Legislação de Regência do Processo Administrativo Fiscal.

VOTO

Na presente Representação a PGE/PROFIS propõe a extinção do crédito tributário apurado no Auto de Infração, modelo 4 [trânsito], lavrado para exigir do autuado, Fabrícia Rodrigues da Mota, contribuinte descredenciado localizado neste Estado, o ICMS referente à antecipação parcial, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias apreendidas para comercialização, procedentes de outra unidade da federação, cujas mercadorias apreendidas foram depositadas em poder da Cia. São Geraldo de Aviação, consoante Termo de Depósito, às fls. 5 e 6 dos autos.

Lavrado o Termo de Revelia, após regular intimação do autuado sem êxito, foi o PAF destinado à Comissão de Leilão, a qual intimou o depositário para entrega das mercadorias sob sua guarda, cuja inércia caracterizou o descumprimento da obrigação, e ensejando, assim, a remessa dos autos à PGE/PROFIS para providências cabíveis em relação ao Depositário das mercadorias.

Assim, fica patente que a matéria, ora em foco, diz respeito aos procedimentos atinentes à apreensão de mercadorias em situação irregular, nos casos onde não ocorre a solicitação da liberação da mercadoria apreendida e não é sucedido pelo pagamento ou impugnação do débito no prazo legal.

Convém salientar que a autorização legal que confere poderes à Administração Fazendária para apreender mercadorias em situação irregular tem por objetivo assegurar a satisfação do crédito reclamado na Ação Fiscal numa eventual sucumbência do sujeito passivo na esfera administrativa ou em caso de revelia, quando, então, se configuraria a desistência tácita, com o consequente abandono das mesmas.

Ao serem esgotadas as medidas regulares de cobrança do crédito lançado mediante Auto de Infração, como no presente caso, o Estado providencia o leilão público das mercadorias para fazer face à quitação do débito, consoante expressa determinação do art. 950 do RICMS/97.

Quando o Fisco transfere a guarda das mercadorias apreendidas para uma terceira pessoa, na qualidade de fiel depositário, desloca para ela, igualmente, os riscos e as responsabilidades da sua atuação, já que inegavelmente existe a vinculação entre o débito tributário e as mercadorias confiscadas, sendo certo que, com esse ato, provoca uma significativa alteração na relação jurídico-tributária.

Ademais, quando não ocorre o pagamento do débito até 120 dias após a apreensão, salvo se houver a sua impugnação, as mercadorias apreendidas serão consideradas abandonadas, ficando desobrigado o devedor e extinto o crédito tributário, a teor do art. 949 do RICMS/97, a seguir reproduzido:

"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.

Influi também, sobremaneira, na apreciação desta matéria, o mandamento do art. 109, § 7º, do COTEB – Código Tributário do Estado da Bahia, que prevalece como Lei sobre quaisquer disposições regulamentares:

"Art. 109. As mercadorias em situação irregular e os documentos fiscais inidôneos serão apreendidos pela Fiscalização, com o fim precípua de documentar a infração cometida.

[...]

§ 7º Do produto do leilão, a Fazenda Estadual reterá apenas o valor suficiente para cobrir as despesas e o débito tributário, considerando-se desobrigado o devedor em caso de doação, se o valor arrecadado não foi suficiente ou se abandonou as mercadorias." (destaques do Relator).

Portanto, deve ser exigida a devolução das mercadorias do fiel depositário, nos moldes expressamente definidos no dispositivo supra aludido, e no caso de descumprimento da exigência, a ele devem ser atribuídas as responsabilidades inerentes ao inadimplemento.

Ressalto, ainda, que comungo com as razões apresentadas no parecer da PGE/PROFIS, por entender que não pode o autuado continuar figurando no polo passivo da relação jurídico-tributária instaurada com a lavratura do Auto de Infração, pelo que se impõe a sua desobrigação, através da extinção do crédito tributário correspondente, descaracterizando, assim, a figura do *bis in dem*.

Ante o exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação proposta, para extinguir o crédito tributário lançado através do Auto de Infração em análise, devendo os autos deste processo retornar à Coordenação Judicial da PGE/PROFIS para fins de propositura de ação de depósito contra o depositário das mercadorias apreendidas.

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 transcrita, 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 transcrita 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 - encontramo-nos impedidos, por força da determinação contida no art. 167, III do RPAF/BA, abaixo transcrita, 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.”

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 encaminhados ao setor judicial da PGE/PROFIS para adoção dos procedimentos que o caso requer.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2009.

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – VOTO EM SEPARADO

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS