

PROCESSO - A. I. Nº 232951.0116/08-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - LOBINI INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.
RECUSRO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 17/11/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0305-11/09

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 conduzida a este CONSEF pela PGE/PROFIS, na qual o procurador Assistente Dr. José Augusto Martins Júnior apresenta em Despacho para apreciação, a declaração de extinção do presente feito, dado ter acolhido, sem reservas, o Parecer exarado às fls. 20 a 27 dos autos pelas ilustres procuradoras Dras. Maria Helena Cruz Bulcão e Rosana Maciel B. Passos.

Referido Parecer é pertinente ao Auto de Infração em tela, o qual consoante Termo de Apreensão nº 149054 (fl. 04), foi lançado de ofício por constatar-se irregularidade na movimentação de mercadorias.

Na oportunidade da lavratura do Auto de Infração em tela, foram as mercadorias apreendidas e depositadas em poder da empresa Projetos e Negócios Produções e Eventos Ltda., pessoa totalmente estranha ao feito, em nada se relacionando com o autuado, e que, posteriormente intimada à entrega das mesmas à Comissão de Leilões, manteve-se inerte não atendendo ao pleito.

Destacam em sua narrativa que, depois de intimado, o contribuinte manteve-se inerte, e o fiel depositário não tendo devolvido no prazo regulamentar as mercadorias objeto da apreensão, foram os autos remetidos à PGE/PROFIS para o exercício do controle da legalidade e a inscrição na Dívida Ativa do Estado.

Consoante apontado no referido Parecer, é promovida Representação a este CONSEF, com supedâneo no art. 119, II, § 1º da Lei nº 3956 de 11 de dezembro de 1981 (COTEB), aventando o art. 113 do RPAF/99 o qual consigna competência na efetuação do controle da legalidade em momento que antecede a inscrição do crédito tributário na Dívida Ativa do Estado.

Apontam as ilustres procuradoras os arts. 940 VI, e 950, I e II do RICMS/BA, da leitura dos quais enseja entender como abandonadas às mercadorias se o contribuinte não solicitar a respectiva liberação, ou não pagar o débito, ou ainda não impugnar a autuação nos prazos regulamentares, seja em sede administrativa ou judicial.

Em seguida a estas fases, caberá ao Fisco dispor livremente das mercadorias para saldar o crédito tributário, podendo levá-las a leilão.

Na apreciação da ocorrência compreendida nestes autos, opinam as is. Procuradoras que se o contribuinte abandonou as mercadorias apreendidas, não poderá ser novamente demandado pela

mesma obrigação, e que o Estado ao decidir-se pela apreensão e manutenção dessas mesmas mercadorias, automaticamente renuncia à cobrança judicial do autuado, dadas essas opções serem inconciliáveis e reciprocamente excludentes. Caso contrário, estar-se-ia cobrando o indébito por duas vezes, autêntico “*bis-in-idem*”.

Emitem em seu Parecer que o crédito aludido é insusceptível de cobrança pela via do executivo fiscal, não se podendo compelir o autuado a pagar o débito, atendo-se às seguintes considerações:

- 1) O depósito das mercadorias em poder de terceiro ocorreu sem a anuência do autuado;
- 2) A relação jurídica travada com o Estado extinguiu-se quando as mercadorias foram abandonadas, restando, assim, o autuado desobrigado ao pagamento do débito;
- 3) A desobediência do depositário à entrega das mercadorias autoriza propor competente ação de depósito pela PGE/PROFIS com vistas à solução da questão ora proposta.

Isto posto, relevam que a posição supra especificada, representa o entendimento global e consolidado da PGE/BA acerca do assunto em pauta, dado que expressamente homologado pelo Procurador Geral do Estado por ocasião da análise de Parecer proveniente do Grupo de Trabalho, especificamente constituído para esse mister, e submetem o Parecer à superior apreciação do chefe da Procuradoria Fiscal da PGE/PROFIS antes do encaminhamento ao Conselho de Fazenda.

Em Despacho às fls. 64 a 68 dos autos, o ilustre procurador assistente da PGE/PROFIS, Dr. José Augusto Martins Júnior, em face da nomeação conferida, conforme art. 46, II da Lei nº 8207/2002, acolhe, sem reservas, o supracitado Parecer que concluiu pela interposição de Representação ao CONSEF, em face da expropriação de bens do autuado, originado conforme Termo de Apreensão e Ocorrências nº 149054.

Observa que a propugnação pela declaração de extinção do lançamento de ofício tem arrimo nas conclusões tracejadas pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria PGE nº 051/08, cuja conclusão foi devidamente homologada pelo Procurador Geral do Estado.

E destaca as conclusões aventadas, de conformidade à itemização posta nas conclusões do Grupo de Trabalho citado, destacando dentre outras:

- e) Renúncia das mercadorias objeto de depósito, de acordo com art. 109, §7º do COTEB, e art. 957, II do RICMS/BA, enseja a extinção do crédito tributário, competindo à PGE/PROFIS representar ao CONSEF nesse sentido, dadas as seguintes observações:
- g) No caso em que sendo depositário terceiro, e não devolvidos os bens ao fisco, é cabível a ação de depósito;
- h) Não há que se falar em cumulação de ação de depósito com a execução fiscal, consoante COTEB e RICMS/BA citados acima e;
- n) Sugere-se cumprir a previsão legislativa de intimar o autuado para receber as mercadorias apreendidas e manifestar, se for o caso, sua renúncia aos bens, de conformidade ao art. 109, § 7º do COTEB; dar prazo certo para essa manifestação, levando em conta a particularidade de quando tratar-se de produtos perecíveis; promover advertência legal de que, na falta de manifestação dentro do prazo concedido, conduzirá à presunção do abandono dos bens apreendidos e consequente processo do leilão administrativo.

Em face do exposto, com esteio na fundamentação descrita, encaminha a presente Representação para apreciação da pretensa extinção da autuação ora versada.

VOTO

Observo à fl. 04 dos autos, a materialização do presente lançamento de ofício, que é o Termo de Apreensão nº 149054, emitido pela Inspeção de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito Região Metropolitana, em 24/09/2008, acusando da promoção irregular de circulação de mercadorias.

Trata-se da apreensão de diversos artigos de confecções, mercadorias destinadas à comercialização encontradas no Centro de Convenções da Bahia, vindas de fora do Estado desacompanhadas das necessárias Notas Fiscais.

O autuado manteve-se silente, e por Decisão unilateral do Estado, as mercadorias foram dadas em mãos da empresa Projetos e Negócios Produções e Eventos Ltda., situada nesta Capital, constituindo essa pessoa estranha ao feito, como fiel depositária.

Restou patente nos autos o perdimento das mercadorias por Decisão do fisco, não podendo o Estado intentar ação de execução fiscal contra o autuado, pois que ao alvitre do mesmo foram as mesmas entregues a terceiro o qual figura como fiel depositário. Em potencial, essa execução 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 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 serem 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, com destaque para a não restituição das mercadorias apreendidas, concluo que resta intentar ação de depósito pela infidelidade do depositário, de conformidade ao expressado na representação em análise.

Portanto, ACOLHO a Representação promovida, para fins de declarar a EXTINÇÃO do crédito tributário 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 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.”

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 à Coordenação Jurídica da PGE/PROFIS para adotar os procedimentos que o caso requer.

Sala das Sessões do CONSEF 27 de outubro de 2009.

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – VOTO EM SEPARADO

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS