

PROCESSO - A. I. Nº 0538723904/90
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - FRANCISCO CAETANO DA SILVA
RECURSO - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET 21/12/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0364-12/09

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Representação proposta com base no art. 119, II e § 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, que manteve os bens abandonados sob sua guarda, na condição de fiel depositário. Representação **ACOLHIDA**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Representação interposta pela PGE/PROFIS que, no controle da legalidade, após verificar a existência de mercadorias depositadas em poder da Administração Fazendária, e desaparecida, reconheceu a flagrante ilegalidade de se manter, em nome do autuado, débito do qual já se encontra legalmente desobrigado. Assim, propõe a este CONSEF a declaração de extinção de lide tributária perante o contribuinte autuado.

O Auto de Infração foi lavrado em 16/11/1990, imputando-se ao autuado (Francisco Caetano da Silva) o cometimento da infração referente ao transporte de mercadorias - 726 peças de enxoval para bebê) desacompanhadas de documentação fiscal, sendo exigido imposto no valor de Cr\$45.000,00, acrescido da multa de 150%.

Em seu Parecer, a procuradora Rosana Maciel Bittencourt Passos destacando que o autuado foi cientificado da lavratura do Auto de Infração na mesma data de sua lavratura, passou a relatar os fatos ocorridos no presente lançamento fiscal, como a seguir se relata.

1. Em 23/4/92 o processo foi encaminhado à Procuradoria da Fazenda para emissão de Parecer (fl. 3). Na ocasião, o Procurador competente encaminhou os autos à origem para que o autuante informasse acerca da localização das mercadorias apreendidas (despacho de 23/7/92 - fl. 4). Em resposta o fiscal autuante informou (fl. 5 verso) de que *“em caso da não quitação, por parte do contribuinte as mercadorias eram transferidas através de caminhonete do órgão para o depósito da DFMT”*.
2. Após essa manifestação, sem data, o supervisor da Infaz Simões Filho, decorridos quase seis anos da lavratura do Auto de Infração, sugeriu o retorno do processo à PROFAZ (Despacho datado de 17/7/96 – fl. 6).
3. O processo foi encaminhado à extinta DEREF Simões Filho, lá permanecendo até 30/7/98, quando foi encaminhado à DFMT, conforme despacho de fls. 6 verso, cuja data, todavia, encontra-se rasurada. Em 4/11/98, a DFMT/SECAR remeteu o PAF à Comissão de Leilões Fiscais, para verificar se as mercadorias apreendidas se encontravam no depósito da DFMT (fl. 7).
4. Em 10/11/1998, a Comissão de Leilões Fiscais solicitou informação à DFMT/SEDEP em relação à localização das mercadorias, conforme Comunicação Interna de fl. 8. Esse órgão, em 20/3/2001, portanto transcorridos mais de dez anos da lavratura do Auto de Infração, prestou o

seguinte esclarecimento: “À Comissão de Leilões Fiscais, em resposta a C.I. n° 266/98, informamos que após verificação efetuada em nosso depósito (Sedep) não encontramos mercadorias pertencentes ao processo em questão e nem registro em nossos livros das mesmas.”

5. O processo retornou à Comissão de Leilões Fiscais e seguiu para o Supervisor Fernando Boulhosa Gonzalez, visando à análise e providências cabíveis, tendo em vista não terem sido localizadas as mercadorias apreendidas conforme o Termo de Apreensão n° 038913 (fl.. 10). Àquele despacho, seguiu-se outro, do qual não se pode precisar nem a data, nem a autoria, encaminhando o processo à Comissão de Leilões Fiscais para análise e Parecer (fl.10).
6. Em despacho de 26/03/07 (mais de 16 anos da lavratura do Auto de Infração), a Comissão de Leilões Fiscais remeteu o processo ao gabinete do Inspetor da IFMT/Metro, que, por seu turno, informou de que as mercadorias não se encontravam no depósito da IFMT Metro. Que, segundo o termo de apreensão, ninguém assinou como depositário. O Termo de Apreensão foi assinado pelo agente de tributos Carlos Lázaro de Andrade e o Auto de Infração pelo auditor fiscal Erlane Bizerra. Não consta no processo qualquer informação quanto ao destino das mercadorias (fl. 11).
7. Muito embora o Inspetor tivesse determinado a remessa do feito à DAT/Metro, fato é que o despacho subsequente, é da lavra do Coordenador de Leilões Fiscais, que, em 12/2/09 (mais de dezoito anos da lavratura do Auto de Infração) devolveu o processo ao Inspetor da IFMT, pela impossibilidade de realização do leilão, tendo em vista que as mercadorias se encontravam desaparecidas (fl. 12).
8. Por seu turno, o Sr. Inspetor (fl.. 13) encaminhou, em 20/3/2009, o processo ao Gabinete do Diretor da DAT/Metro, para análise e Decisão, uma vez que: 1) pelas informações constantes do processo, não foram localizadas as mercadorias no depósito da antiga DFMT; 2) segundo informação do auditor fiscal, Erlane Bizerra, as mercadorias foram entregues no depósito, sem comprovar a entrega e sem informação adicional; 3) o Agente de Tributos, Carlos Lázaro, que preencheu o termo de apreensão, trabalha no Posto Fiscal Honorato Viana.
9. O Diretor da DAT/Metro, com fundamento no art. 134 do RPAF, encaminha o PAF à SAT/DARC para que aquele órgão, por competência, represente à PGE/PROFIS acerca de irregularidade processual ou irregularidade na autuação fiscal (fl. 14). A DARC devolveu o processo à DAT/Metro, entendendo que a hipótese dos autos não configurava irregularidade processual ou de autuação fiscal (fl. 14 verso). O Diretor da DAT/Metro remeteu os autos à Corregedoria, para as providências que se fizessem necessárias “no tocante às responsabilidades funcionais dos servidores envolvidos” (fl. 14 verso).
10. A Corregedoria, em 27/3/2009, instaurou procedimento administrativo preliminar, com vistas à apuração do fato. Todavia, após as formalidades de praxe, a servidora responsável pela apuração concluiu pela impossibilidade de se identificar os responsáveis pelo fato, após quase duas décadas de sua ocorrência. Por conta disto, o sr. Corregedor determinou o arquivamento do processo de apuração, e a devolução do processo à DAT/Metro, para conhecer e dar continuidade à tramitação do Auto de Infração (fls. 15/53).
11. O Diretor da DAT/Metro determinou a remessa dos autos à Procuradoria Fiscal para análise e Parecer quanto a extinção do crédito tributário.

Após este relato, passa a examinar o feito.

Preliminarmente, informa de que o processo diz respeito à apreensão de mercadorias que foram depositadas em repartição pública, e posteriormente extraviadas pela Administração Fazendária. Ressalta que uma vez intimado da lavratura do Auto de Infração, o contribuinte não efetuou o pagamento do débito, não apresentou defesa, nem solicitou a liberação das mercadorias.

Que nos termos do art. 109, § 6º, do COTEB, considera-se ocorrido o abandono das mercadorias pelo contribuinte quando: a) não é solicitada a respectiva liberação, e; b) não haja pagamento ou impugnação do débito no prazo legal, hipótese em que a lei autoriza a Administração Fazendária a levar as mercadorias a leilão fiscal, para nelas saciar seu crédito.

Por sua vez, o COTEB prescreve que, havendo doação das mercadorias, ou se, havendo leilão, o valor arrecadado não for suficiente para quitar o crédito tributário, ou ainda se houver abandono das mercadorias, em qualquer dessas hipóteses, o devedor ficará desobrigado. Ou seja, o simples ato de abandonar as mercadorias apreendidas já tem o condão de tornar desobrigado o contribuinte em relação ao débito tributário, nos termos do art. 109, § 7º, do COTEB, que transcreve, sendo irrelevante, portanto, o que venha a ocorrer posteriormente, pois, para o contribuinte, a situação já se tornou definitiva, com o esgotamento de sua responsabilidade patrimonial, a partir do momento da renúncia (tácita) à propriedade das mercadorias apreendidas, e de sua ocupação pelo Estado. Os dispositivos regulamentares, seguindo a mesma orientação, estabelece que, não ocorrendo impugnação do débito, nem o respectivo pagamento em até 120 dias após a apreensão, *“as mercadorias apreendidas serão consideradas abandonadas, ficando desobrigado o devedor e extinto o crédito tributário”* (art. 949, com a redação introduzida pelos Decretos nº 11523/09 e 11576/09).

Indo adiante, o RICMS disciplina os procedimentos a serem adotados, em caso de doação das mercadorias a instituições de educação ou de assistência social, reconhecidas como de utilidade pública (arts. 949-A), de incorporação ao patrimônio do Estado e destinação segundo as normas constitucionais e administrativas, tratando-se de bens passíveis de imobilização ou utilização no serviço público (949-B, I) e de alienação em leilão, tratando-se de mercadorias cuja imobilização ou utilização não seja de interesse do estado (949-B, II). E, para quaisquer dessas três possibilidades, a norma regulamentar determina que o Inspetor Fazendário arquive o Auto de Infração, após nele anexar o recibo assinado pela instituição de educação ou de assistência social, quando se tratar de doação (art. 949-A, II), ou o recibo de entrega das mercadorias à Secretaria de Administração do Estado da Bahia, nas hipóteses de incorporação ou de leilão (art. 949-B, parágrafo único, II).

Entretanto, prossegue, mesmo não restando dúvidas de que o abandono das mercadorias sempre enseja, em todo e qualquer caso, a exoneração do devedor e a extinção do crédito tributário, a legislação tributária estadual não especificou o procedimento a ser seguido em caso como o presente em que as mercadorias apreendidas se extraviaram em poder da própria Administração Fazendária, bem como, não estabeleceu a autoridade competente para promover a baixa do Auto de Infração. Neste momento observa que esta omissão legislativa é plenamente justificável, pois o legislador jamais poderia prever, e muito menos admitir a tal ponto de tornar legalmente positivado, que a Administração Fazendária pudesse agir com semelhante desídia no trato de mercadorias apreendidas.

Porém, mesmo com tais omissões, considerando a flagrante ilegalidade de se manter, em nome do autuado, débito do qual já se encontra legalmente desobrigado, entende que a Procuradoria Fiscal deve representar ao CONSEF, no exercício do controle de legalidade, para que, por Decisão administrativa, seja extinto o crédito tributário, como e inclusive, já vem fazendo em hipótese análoga, quando as mercadorias apreendidas são depositadas em mãos de pessoa diversa do autuado, e esta, conquanto intimada a entregá-las com vistas à realização do respectivo leilão fiscal, não as apresenta.

Pelo exposto, com supedâneo no art. 119, II e § 1º, da Lei nº 3.956, de 11/12/1981 (COTEB), representa ao egrégio CONSEF, a fim de que, com fundamento no art. 109, § 7º, do COTEB e art. 949 do RPAF, extinga o crédito tributário apurado no presente Auto de Infração, através de Decisão administrativa irreformável, nos moldes do art. 156, IX, do CTN.

Submete a Representação à apreciação superior.

O ilustre procurador assistente da PGE/PROFIS, dentro de sua competência legal, acolhe sem reservas, o Parecer exarado pela procuradora do Estado Dra Rosana Maciel Bittencourt Passos, colacionado às fls. 54/59 dos autos, que concluiu pela interposição de Representação ao egrégio CONSEF propugnando pela declaração de extinção do débito objeto do presente lançamento de ofício com 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, cujo teor, o transcrevendo, é a seguinte:.

Diante das observações anotadas ao longo deste trabalho, podemos extrair as seguintes conclusões, perfilhando a ordem de análise dos diversos aspectos do problema relativos à constituição do depósito em matéria fiscal, à sua natureza jurídica, aos seus efeitos sobre o crédito tributário, à ação de depósito e o seu procedimento:

a) é constitucional e lícita a apreensão (retenção temporária) de mercadoria de particular pela fiscalização tributária, nos limites do art. 109 do COTEB e regulamentado pelo art. 940 do RICMS/BA, na esteira do art. 84, IV da CF;

b) a apreensão de mercadoria, nos termos do art. 109 do COTEB, decorre do regular exercício do poder de polícia da fiscalização tributária, não se confundindo com as hipóteses das súmulas 323 e 547 do eg. STF, conforme asseverado pelo eg. STF no julgamento da ADI-395-DF;

c) cabe ao Ente Federativo legislar sobre as relações jurídicas decorrentes da apreensão de mercadoria de sujeito passivo de obrigação tributária, através de lei ou, havendo autorização deste veículo normativo, por meio de decreto regulamentar, que é a hipótese do Estado da Bahia, sem, contudo, alterar princípios e institutos de direito privado (CTN, arts. 109 e 110);

d) a constituição do depósito de mercadorias apreendidas nas mãos do autuado não gera polêmica jurídica, pois se este, uma vez intimado, voluntariamente as apresenta, proceder-se-á, dada a inequívoca manifestação de renúncia que tal ato encerra, ao leilão fiscal dos bens, presumindo-se haver o contribuinte aderido à possibilidade de desobrigar-se do débito tributário pelo valor das mercadorias, independentemente do resultado pecuniário da sua alienação em leilão, conforme a regra estatuída nos arts. 109, § 7º do COTEB, e 957, II, do RICMS;

e) a renúncia das mercadorias apreendidas e objeto de depósito ensejam a extinção do crédito tributário, de acordo com os arts. 109, § 7º do COTEB, e 957, II, do RICMS, devendo a PROFIS/PGE representar ao CONSEF em tal sentido;

f) a representação pela extinção do crédito tributário deve, todavia, ser precedida de criteriosa análise, verificando-se a presença das seguintes condições, devidamente documentadas (i) conforme dicção do § 6º do mesmo art. 109 do COTEB, não foi “solicitada a liberação das mercadorias” e não houver “o pagamento ou impugnação do débito no prazo legal”, ainda que parcial ou parcelado; (ii) o devedor, efetivamente, não promoveu a impugnação administrativa ou judicial do Auto de Infração; (iii) não se identificam, nos autos, outros aspectos fáticos que contrariam a hipótese de abandono, como, por exemplo, quando depositário e autuado têm os mesmos sócios, é o depositário sócio do autuado, ou é o depositário expressamente indicado pelo próprio autuado (situações, enfim, que evidenciem a existência de relação de proximidade íntima entre autuado e depositário, induzindo à conclusão de que as mercadorias encontrar-se-iam, na verdade, em poder do próprio autuado).

g) nos casos em que, sendo depositário terceiro, não são devolvidos os bens ao fisco, é cabível a ação de depósito, de que cuida o CPC (arts. 901 a 906), para garantir a tutela jurisdicional em favor do Ente Público, sujeito ativo da relação jurídico-tributária originária, da qual resultou a apreensão e o depósito administrativo;

h) não há que se falar em cumulação de ação de depósito e execução fiscal, inteligência dos arts. 109, § 7º, do COTEB, e 957, II, do RICMS,

i) é do juízo privativo da fazenda pública tributária, onde houver, a competência para processar e julgar a ação de depósito oriundo do art. 109 do COTEB, regulamentado pelo art. 940 do RICMS/BA;

j) a ação de depósito deve ser acompanhada de prova literal da instituição do depósito, o que equivale à cópia do próprio PAF, especialmente do termo de apreensão e depósito, da nota fiscal ou relação dos bens apreendidos, da intimação administrativa para devolução dos bens pelo depositário e do termo que atesta o seu insucesso;

k) deverão constar como pedidos da petição inicial da ação de depósito, nos termos do procedimento especial disciplinado pelos arts. 901 a 906 do CPC, os seguintes pedidos: citação do réu para, em cinco dias, (i) entregar a coisa, depositá-la em juízo ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro; (ii) contestar a ação e (iii) sendo julgada procedente a demanda, consignar a sentença a condenação do Réu a pagar ao Autor soma em dinheiro, equivalente ao valor do objeto do depósito, acrescido de correção monetária e juros legais; (iv) a

prisão civil do depositário - art. 902, § 2º, (v) a expedição de mandado de busca e apreensão da coisa depositada — art. 905, e, (vi) a conversão da ação em execução por quantia certa — art. 906;

l) o principal da dívida na ação de depósito é o valor dos bens depositados, acrescido de correção monetária e juros legais, hoje representados exclusivamente pela taxa SELIC, nos termos do art. 406 do Código Civil, secundado por jurisprudência dominante do eg. STJ, a contar da configuração da infidelidade do depositário (i.e., escoamento do prazo de dez dias estabelecido para a devolução dos bens, após a respectiva intimação no âmbito do processo administrativo fiscal);

m) é cabível, a princípio, a decretação da prisão civil do depositário infiel, na hipótese de não haver a devolução da coisa, objeto do depósito, ou a consignação do seu equivalente em dinheiro, acrescido da correção monetária e juros legais (STF, súmula 619);

n) sugere-se, de lege ferenda, a previsão legislativa de:

n.1) intimação do autuado para receber as mercadorias apreendidas, e manifestar, se for o caso, sua intenção expressa de renunciar à propriedade dos bens, beneficiando-se da regra do art. 109, § 7º do COTEB;

n.2) prazo certo para a manifestação do contribuinte, em decorrência da acima referida intimação, sendo tal prazo compreensivelmente mais curto nos casos de mercadorias perecíveis,

n.3) advertência legal de que a falta de comparecimento/manifestação do autuado no prazo assinalado conduz à presunção de abandono dos bens apreendidos, e conseqüente início do procedimento do leilão administrativo.

Em face do exposto, encaminha a Representação ao CONSEF para a apreciação da pretensão de declaração de extinção do débito objeto do Auto de Infração com esteio na fundamentação acima transcrita.

VOTO

Nos termos do art. 113 do RPAF, que indica a competência da Procuradoria Fiscal, órgão da Procuradoria Geral do Estado para efetuar o controle de legalidade em momento anterior à inscrição do crédito tributário em Dívida Ativa, veio ela representar a este CONSEF, com supedâneo no art. 119, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), a fim de que seja julgado extinto o presente Auto de Infração por estar comprovada flagrante ilegalidade de se manter em nome do autuado débito já virtualmente extinto e em relação ao qual este deve estar desobrigado.

Na presente lide o abandono das mercadorias apreendidas pela fiscalização do trânsito operou-se em decorrência da conduta do contribuinte autuado, que após ser cientificado do Auto de Infração, no mesmo dia de sua lavratura, não mais se manifestou. Consolidada essa situação, optou o Estado em manter os bens apreendidos sob sua guarda, na condição de depositária. Durante quase vinte anos buscou a Administração Fazendária, de forma infrutífera, localizar as mercadorias, dando-se por vencida após estes longos anos.

Configurando-se esta situação e em concordância com a PGE/PROFIS, entendo que o sujeito passivo do lançamento não poderá ser demandado pela obrigação tributária que se exauriu no momento do abandono das mercadorias, resultando na posterior apropriação pelo Estado dos bens objeto da ação fiscal.

Diante da situação posta nos autos e considerando, em especial, as conclusões esboçadas no Parecer de fls. 54/59, devidamente homologado pelo Procurador Assistente, faz-se mister o acolhimento da mesma, para que seja EXTINTO o crédito tributário contra o autuado, em face da manifesta impossibilidade de o mesmo ser executado judicialmente.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à Prescrição – Prejudicial de Mérito)

Divirjo do entendimento manifestado pela insigne Conselheira Relatora, tendo em vista que no caso vertente existe um obstáculo intransponível – prejudicial de mérito - que impede a análise da matéria invecivada na Representação apresentada pela Douta PGE/PROFIS, qual seja, a **prescrição do direito** da Fazenda Pública Estadual exigir o crédito tributário.

Isso porque, a despeito de ter sido devidamente intimado acerca do Auto de Infração contra si lançado em 16/11/90, quedou-se inerte o autuado em apresentar defesa ou promover o pagamento do valor do tributo exigido, razão pela qual o crédito tributário restou definitivamente constituído desde o **final de dezembro** daquele ano de 1990, passando, desde então, a transcorrer o prazo prescricional de 05 (cinco) anos para que o Fisco Estadual intentasse a competente ação executiva, o que não ocorreu até a presente data, ou seja, quase **19 (dezenove)** anos depois.

Nesse sentido, eis o que preceitua o art. 174, *caput*, do Código Tributário Nacional, *in litteris*:

“Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva”.

Outrossim, impende salientar que durante o lapso temporal decorrido não ocorrera nenhuma das hipóteses de interrupção do prazo prescricional indicadas nos quatro incisos do parágrafo único, do artigo de lei supra invocado.

Daí porque, inegavelmente, aplica-se *in casu* o comezinho brocardo latino “*dormientibus non succurrit jus*” ou o “*direito não socorre aos que dormem*”.

Ademais, é de corriqueira sabença que a prescrição – prejudicial de mérito que é – pode ser invocada, de ofício, pelo julgador, à luz do quanto disposto no art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil, soto reproduzido:

“Art. 219. (...)

§ 5º - O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição;”

Destarte, antes de adentrar no mérito da Representação interposta pela Douta PGE/PROFIS, por entender que o crédito tributário se encontra extinto, invocando, de ofício, a prescrição, voto no sentido de NÃO ACOLHER a Representação interposta para julgar improcedente o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **ACOLHER** a Representação proposta, devendo os autos ser encaminhados ao setor competente para arquivamento.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros (as): Mônica Maria Roters, Álvaro Barreto Vieira e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros: Nelson Antonio Daiha Filho e Márcio Medeiros Bastos.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2009.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – VOTO DIVERGENTE

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR. DA PGE/PROFIS