

PROCESSO - A. I. Nº 0931262500/04  
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECORRIDO - JESUS APARECIDO DA SILVA  
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
ORIGEM - IFMT - DAT/SUL  
INTERNET - 07/04/2008

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0052-12/08**

**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. Não satisfeito o crédito tributário e nem presentes as hipóteses previstas nos artigos 957 e 956 do RICMS-BA, que desobrigariam o sujeito passivo, deve 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 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. Representação **NÃO ACOLHIDA**. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

**RELATÓRIO**

Tratam os autos de Representação fiscal, proposta pela Douta Procuradoria Fiscal, com fundamento no art. 119, II § 1º da Lei nº 3.956/81 (COTEB).

A presente ação fiscal deu-se ao fato de ter sido encontradas diversas mercadorias em um depósito clandestino, desacompanhadas de documentação fiscal idônea.

Embora tenha sido intimada para apresentar defesa ou pagar o débito, no prazo de 30 (trinta) o autuado não o fez, sendo, destarte lavrado o termo de revelia e, posteriormente, o processo foi encaminhado à Comissão de Leilões para fins de intimação do depositário para que apresentasse os bens descritos 02/03, não sendo atendido tal requerimento.

Ao receber o presente PAF, a fim de que fossem tomadas medidas legais, a PGE/PROFIS solicitou a remessa do PAF à INFRAZ de origem, a fim de esclarecer a relação existente entre o autuado e a depositária infiel - MEGAFRUTY CIM. IMP. HORTIFRUTIGRANJEIROS LTDA, bem como se o depositário foi nomeado por solicitação do autuado ou por decisão do próprio autuante, bem como se houve liberação das mercadorias apreendidas.

O autuante, em resposta à diligência solicitada, informou que a nomeação da depositária ocorreu por solicitação do autuado; que não sabe informar se há relação entre o autuado e o depositário e que não houve liberação da mercadoria apreendida.

Após o cumprimento da diligência, a PGE/PROFIS no controle de legalidade representou a presente ação a este Egrégio Conselho aduzindo o que segue:

*"A PGE/PROFIS, no exercício de controle da legalidade, após verificar a existência de mercadorias depositadas em poder de terceiro, reconhece "flagrante ilegalidade na pretensão de se executar judicialmente" o crédito apurado no presente Auto de Infração,*

*entendendo dever ser declarada a sua extinção, com fulcro nos ditames legais prescritos nos arts. 940/958, do RICMS.*

*Ora, se o devedor abandonou as mercadorias apreendidas, assim permitindo que o Estado delas se utilizasse para satisfação do crédito tributário, não podendo ser novamente demandado pela mesma obrigação. Isso porque, prossegue, a relação jurídica travada com o Estado, assim como a sua responsabilidade patrimonial, extinguem-se no momento do abandono das mercadorias, e de sua ocupação pelo Estado. Vale ressaltar, que o devedor não escolhe ter as suas mercadorias apreendidas. Esta é uma opção do Estado, a qual ele se conforma, não decidindo, outrossim, o devedor, se as mercadorias apreendidas serão depositadas em seu próprio poder, em repartição fazendária ou em mãos de terceiro, como sói ocorrer no caso vertente. Trata-se de mais uma opção do Estado, que, em assim procedente por conveniência própria, assume os riscos daí decorrentes.*

*Daí porque o crédito tributário não só não é passível de execução, como também deverá ser extinto, pois dele se encontra inequivocadamente desobrigado o autuado, sendo iníquo sujeitá-lo, indevidamente, as conhecidas restrições negociais e cadastrais decorrentes da existência de créditos tributários não pagos.*

*A relação jurídica travada entre o Estado e o depositário infiel não tem natureza tributária, constituindo-se em liame de índole civil, razão pela qual extinção do crédito tributário em nada prejudicaria a aludida demanda, pois o que nela se exige do autuado não é o tributo, mas sim a entrega das mercadorias apreendidas ou a indenização, em valor a elas equivalente, pelo seu extravio.*

*Assim, com espeque no art. 113, § 2º, do RPAF, manifestamos nossa expressa discordância à inscrição do crédito objeto da presente autuação em Dívida Ativa, por flagrante ilegalidade na pretensão de se executá-lo judicialmente contra o próprio autuado, ao tempo em representamos ao CONSEF para apreciação do fato, pugnando pela extinção do crédito tributário decorrente da presente autuação.*

*Por fim, ressaltamos que, em sendo acolhida a presente representação, não deverão ser arquivados os presentes autos, mas sim encaminhados ao setor judicial desta Procuradoria Fiscal, posto que valerão como prova das alegações formuladas contra o depositário, na ação de depósito a ser contra si promovida.”*

A procuradora Maria Olívia Teixeira de Almeida revisora ratifica o Parecer de fls. 63/64, entendendo ser necessário representar ao CONSEF no exercício do controle da legalidade (art. 119, II, do COTEB), sendo que o autuado não é obrigado ao pagamento do débito. Após Decisão ser adotadas as providências administrativas com a exclusão da responsabilidade do autuado pelo débito questionado, devem os autos ser encaminhados ao setor judicial da PGE/PROFIS.

## **VOTO VENCIDO**

Tratam os autos de representação fiscal proposta pela PGE/PROFIS deste estado, com esteio no art. no art. 119, II § 1º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), pugnando pela anulação do auto de infração em epígrafe.

A análise dos requisitos processuais, observa-se que os presentes autos preenchem todos os requisitos.

Quanto ao mérito, observa-se que a Procuradoria deste Estado possui razão, conforme a representação de fls. 63/64.

Tendo em vista que o preposto da SEFAZ depositou os bens apreendidos em mão de terceiros (MEGAFRUTY COM. IMP. HORTIFRUTIGRANJEIROS LTDA), não há que se imputar a responsabilidade da guarda dos bens ao autuado, uma vez que este, em tese, não foi o responsável pela sua guarda.

É sabido que a apreensão da mercadoria é um direito/dever do órgão autuador, sendo que este deve se responsabilizar pela guarda dos bens apreendidos, ou nomear terceiros, os quais são chamados de depositário fiel.

Assim, tendo em vista, as razões expendidas pela Douta Procuradoria do Estado, voto no sentido de se ACOLHER a representação de fls. 63/64, para que seja decretada a anulação do Auto de Infração nº 9312625-00, devendo-se encaminhar os presentes autos à PGE/PROFIS para que tome as medidas legais em relação ao depositário infiel.

## VOTO VENCEDOR

Conforme descrito no Auto de Infração em epígrafe, no lançamento de ofício em tela, o recorrido foi acusado de ter sido encontrado na posse de diversas mercadorias, mantidas em depósito clandestino e desacompanhadas de documentação fiscal idônea.

As mercadorias foram apreendidas e depositadas em poder da empresa Megafruty Comércio Importação de Hortifrutigranjeiros Ltda. Intimada a entregar as referidas mercadorias, a empresa depositária não as apresentou. Assim, o processo foi encaminhado à PGE/PROFIS, para fins de inscrição em dívida ativa.

No exercício do controle da legalidade, as ilustres representantes da PGE/PROFIS emitem parecer propugnando pela extinção do processo administrativo fiscal, pois consideram que o autuado está desobrigado do pagamento do débito tributário, desvendo ser proposta ação de depósito contra a empresa Megafruty Com. Imp. Hortifrutigranjeiros Ltda.

Apesar de em processos semelhantes ter me posicionado pelo acolhimento de representações interpostas nos termos da que se encontra em apreciação, modifico o meu entendimento e passo a alinhar-me ao consenso contido em recentes decisões proferidas neste CONSEF, nas quais foi decidido o não acolhimento de tais representações. Esse meu novo posicionamento decorre da ausência de qualquer uma das situações previstas no art. 159 do Código Tributário Nacional (CTN), capaz de ensejar a extinção do crédito tributário. Ademais, na relação jurídico-tributária deve prevalecer a supremacia do interesse público sobre o privado, portanto, não pode o sujeito ativo da presente relação simplesmente renunciar ao crédito tributário sem uma expressa autorização legal.

Corroborando esse novo entendimento sobre a matéria em apreciação, ressalto que a representante da PGE/PROFIS presente à sessão de julgamento, doutora Ana Paula Tomaz Martins, externou que a sua opinião atual é contrária ao acolhimento da Representação interposta. Além disso, robustecendo esse entendimento, transcrevo a seguir trecho do voto proferido pelo ilustre conselheiro Fernando Antônio Brito de Araújo, da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF, proferido no PAF nº 299164.3003/05-5:

[...]

*Incialmente se faz necessário ressaltar que a relação jurídica tributária entre o Fisco e Contribuinte, regida pelo Direito Público, não se confunde com uma relação obrigacional, não sendo aplicados os princípios de direito privado. Logo, o Estado não é um mero credor de uma determinada obrigação. Assim, no caso concreto, não cabe ao sujeito ativo da relação jurídica tributária renunciar ao crédito tributário, como poderia fazer um credor de uma relação jurídica de natureza privada, pelo simples fato de que a relação tributária é de natureza diversa, especial, e que tem base na supremacia do interesse público sobre o privado, ressaltando, obviamente, a estrita obediência aos ditames legais.*

*Por outro lado, na situação sob análise, não há a ocorrência de qualquer das modalidades de extinção do crédito tributário, a que se reporta o art. 156 do Código Tributário Nacional, o que torna ainda mais claro a falta de lastro legal para a representação proposta pela PGE/PROFIS. Assim, ausentes tais hipóteses, remanesce a relação jurídica tributária e, em consequência, o crédito tributário, posto que não satisfeito.*

*Conclui-se, assim, 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, uma vez que o crédito tributário exigido no presente lançamento de ofício não foi satisfeito, e nem presentes as hipóteses previstas no art. 957 e 956 do RICMS, que desobrigariam o sujeito passivo, ou seja, no caso de ocorrido o leilão, o valor apurado seja insuficiente, ou caso não tenha havido a arrematação, seja a mercadoria distribuída a entidades de assistência social e de educação, o que não ocorreu.*  
[...]

Voto, portanto, pelo NÃO ACOLHIMENTO da Representação proposta, 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.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, NÃO ACOLHER a Representação proposta.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Álvaro Barreto Vieira, Helcônio de Souza Almeida, Fauze Midlej, Ivo Moraes Soares e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO - Conselheiro: Márcio Medeiros Bastos.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS - RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR

ANA PAULA TOMAZ MARTINS - REPR. DA PGE/PROFIS