

**PROCESSO** - A. I. Nº 0201761201/08-5  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - MARIO GONÇALVES DOS SANTOS JÚNIOR  
**RECUSRO** - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 13/08/2009

#### **1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0197-11/09**

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Representação proposta com fulcro no art. 119, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), tendo em vista que não se pode exigir do autuado o valor do tributo, considerando que as mercadorias apreendidas foram depositadas em mãos de terceiro, infiel, por Decisão da Administração Fazendária. 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 à apreciação deste CONSEF, a pretensão de nulidade do presente feito, dado ter acolhido sem reservas o Parecer exarado às fls. 19 a 24 dos autos pela ilustre procuradora Dra Maria Helena Cruz Bulcão.

Referido Parecer é pertinente ao Auto de Infração em tela, o qual acusou da falta de recolhimento do ICMS e da multa, na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, tendo-se verificado que as mercadorias adquiridas para comercialização e vindas de outra unidade da Federação foram destinadas a contribuinte com inscrição cancelada, baixada e/ou suspensa.

Na oportunidade da lavratura do auto em tela, foram as mercadorias apreendidas e depositadas sob responsabilidade da empresa transportadora Rodoviário Ramos Ltda., conforme Termo de Depósito firmado por preposto daquela empresa.

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 de legalidade em momento que antecede a inscrição do crédito tributário na Dívida Ativa do Estado.

Aponta a ilustre procuradora os arts. 940 VI, e 950, I e II do RICMS/BA, da leitura dos quais enseja entender como abandonadas as 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.

Destaca 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, os autos foram remetidos à PGE/PROFIS para o exercício do controle de legalidade e a inscrição na Dívida Ativa do Estado.

Na apreciação da ocorrência compreendida nestes autos, opina a ilustre procuradora 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 a cobrança judicial do autuado, dadas essas opções serem inconciliáveis e reciprocamente excludentes. Caso contrário, estar-se-ia cobrando o débito por duas vezes, autêntico “*bis-in-idem*”.

Emite 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 desobrigada 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, releva a ilustre procuradora que a posição supraposta, 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. 25 a 29 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 020176.1201/08-5.

Observa que a propugnação pela declaração de nulidade 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) Nos casos 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 em 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 nulidade veiculada pela PGE/PROFIS.

#### VOTO

Observo às fls. 05 e 06 dos autos, o objeto do presente lançamento constante do Termo de Apreensão e Ocorrências nº 020176.1201/08-5, emitido pela Inspeção de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito, Região Sul, em 05/12/2008, acusando da promoção de circulação de mercadorias, conforme Notas Fiscais nºs 002257 e 002263 datadas de 20 e 21/11/2008.

Vejo, embora destinadas à pessoa física, se tratarem de 38 itens de vestuário, mercadorias tributáveis vindas de fora do Estado sem antecipar o imposto devido, pois esse quantitativo revela o objetivo de comercialização.

O autuado manteve-se silente, e por Decisão unilateral do Estado, foram às mercadorias dadas em mão da empresa de transportes Rodoviário Ramos Ltda, situada em Itabuna-Ba, constituindo a mesma 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 mercadorias entregues a terceiro, o qual figura como fiel depositário. Essa execução em potencial caracterizaria *“bis-in-idem”*, dado que já satisfeito, pelo perdimento, o crédito tributário lançado contra o autuado.

As conclusões estabelecidas pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria PGE/PROFIS 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 que seriam reciprocamente excludentes, a 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 supra mencionadas, e observando 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 presente lançamento.

#### **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 extingiria 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. Encaminhem-se os autos à PGE/PROFIS para a adoção dos procedimentos que o caso requer.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de julho de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – VOTO EM SEPARADO

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS