

**PROCESSO** - A. I. Nº 2991641252/07-4  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - MOINHO CANUELAS LTDA.  
**REURSO** - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS – Acórdão 5ª JJF nº 0074-05/08  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 13/08/2009

#### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO C.JF Nº 0207-11/09

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Representação proposta com fulcro no art. 119, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). A apreensão das mercadorias no trânsito e a sua entrega a terceiro, em depósito, são escolhas feitas pela Fazenda Estadual, sem participação ou consulta prévia do sujeito passivo da relação jurídica tributária. Assim, quando o depositário deixa de atender à intimação para entrega dos bens apreendidos, fica caracterizado o abandono e, por via de consequência, opera-se a extinção do crédito tributário, impedindo o prosseguimento da cobrança. Representação **ACOLHIDA**, para declarar a extinção do crédito tributário. 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, veiculada pela PGE/PROFIS, apoiado na fundamentação emanada do Grupo de Trabalho constituído pela Portaria PGE nº 051/08, em inteiro teor apenso às fls. 101 a 136 dos autos, em cujo Despacho às fls. 137 e 138, se ocupa o ilustre Procurador Geral do Estado, Dr. Rui Moraes Cruz, a aprová-lo inteiramente, sugerindo sejam tomadas as medidas necessárias pelo Grupo de Trabalho, para encaminhamento da inovação legislativa.

Dentre as conclusões promovidas no Parecer emanado do Grupo de Trabalho referido, aprovadas em sua integralidade, sugeriu-se a previsão legislativa para o fim de determinar:

- 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 conseqüente instalação do processo de leilão administrativo.

O encaminhamento desta Representação pelo ilustre procurador assistente é precedido pelo seu acolhimento, sem reservas, no parecer exarado pelas ilustres procuradoras do Estado, Dras. Maria Dulce Baleeiro Costa, Paula Morris Matos e Angeli Guimarães Feitosa, apenso às fls. 92/100 dos autos.

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 ocasião da lavratura do auto em tela, as mercadorias foram apreendidas e depositadas sob responsabilidade da empresa Eclipse Transportes Ltda., em Porto Seco, Pirajá, Salvador-Ba, de conformidade ao Termo de Apreensão e Ocorrências, conforme Termo de Depósito firmado por preposto daquela empresa às fls. 05 e 06 do PAF.

Entendem em seu parecer, contrariamente ao quanto sustentado no opinativo proferido no PAF de nº 884441103040, que o abandono de mercadorias apreendidas, na forma da Lei, desobrigando o devedor quanto ao débito, redunde em extinção deste, razão pela qual vedada a sua exigência por conduto de execução fiscal a ser promovida contra o autuado, mesmo nas hipóteses em que terceiro depositário não entrega as mercadorias em seu poder. Concluem que a via de execução fiscal contra o autuado não é opção aberta ao Estado, dada a extinção, por desoneração do devedor, do crédito tributário respectivo.

Relevam as ilustres procuradoras que a posição acima defendida ora representa o entendimento oficial e consolidado da PGE/PROFIS-BA acerca do assunto em referência, pois expressamente homologado pelo Procurador Geral do Estado, por ocasião da análise do parecer proveniente do Grupo de Trabalho especificamente constituído para o estudo de tal questão.

Consoante apontado no referido parecer das ilustres procuradoras, é promovida Representação a este CONSEF, com supedâneo no art. 119, II, § 1º da Lei nº 3956 de 11 de dezembro de 1981 (COTEB), para pugnar pela declaração de extinção do débito através da decisão administrativa irreformável, nos moldes do art. 156, IX, do CTN.

Em havendo a extinção do Auto de Infração, o PAF não deverá ser arquivado, restando como prova das alegações a serem formuladas contra o depositário.

E se acolhida a presente Representação, deverão os autos ser remetidos à Coordenação Judicial da PGE/PROFIS para fins de proposição de ação de depósito contra a empresa Eclipse Transportes Ltda.

Apontam as ilustres procuradoras 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.

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

Na apreciação da ocorrência compreendida nestes autos, opinam 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 a autuada 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 a autuada 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/PROFIS-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. 120 a 124 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) No caso de em 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

O objeto do presente lançamento constante do Auto de Infração (fl. 1, 2 e 3) e Termo de Apreensão e Ocorrências (fls. 5 e 6) de nºs 2991641252074, emitidos pela Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito, Região Sul, em 12/12/2007, é a acusação da promoção de circulação de mercadorias, conforme Nota Fiscal nº 079821 datadas de 06/12/2007, vindas de outro Estado e destinadas a contribuinte com inscrição suspensa, baixada ou em processo de baixa regular, sem o pagamento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira.

O autuado manteve-se silente, e por decisão unilateral do Estado, foram as mercadorias dadas em mãos da empresa Eclipse Transportes Ltda., situada em Porto Seco Irajá, Salvador-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 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 no caso presente restaram satisfeitas:

- a) Intimação do 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, tendo o mesmo se mantido silente;
- b) Concedido prazo certo para recepção dessa manifestação;
- c) Formalmente advertido que a inércia do autuado dentro do prazo estipulado, enseja entender abandono dos bens com consequente instalação do processo de leilão administrativo.

Concordo seriam reciprocamente excludentes, leilão fiscal e propositura de execução fiscal contra o autuado, desobrigado que está 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 restar intentar ação de depósito pela infidelidade do depositário, para a satisfação do crédito tributário, de conformidade ao expressado na representação em análise.

Assim, 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 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 superior.*

## 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 PGE/PROFIS para adotar os procedimentos que o caso requer.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – VOTO EM SEPARADO

ANGELY MARIA FEITOSA GUIMARÃES - REPR. DA PGE/PROFIS