

**PROCESSO** - A. I. Nº 020778.0945/08-5  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - CIBER EQUIPAMENTOS RODOVIÁRIOS LTDA.  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/SUL  
**INTERNET** - 02/10/2009

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0256-11/09

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Representação proposta com base no art. 119, II, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), tendo em vista que não se pode exigir do autuado o valor do tributo quando 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 à apreciação a pretensão de nulidade, por seu acolhimento, sem reservas, do Parecer exarado às fls. 36 a 44 dos autos pela ilustres procuradoras Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, relativo 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 retidas pela fiscalização de trânsito, em virtude da falta de retenção e do consequente recolhimento do imposto na condição de sujeito passivo pela substituição tributária, mercadorias estas enquadradas no Protocolo ICMS 41/08, anexo 1.

As mercadorias em comento foram apreendidas e depositadas sob responsabilidade da empresa Rapidão Cometa Logística e Transporte S/A.

Consoante apontado 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.

Aponta, citado Parecer, 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.

Aborda ilustre procuradora, restar Parecer-lhe equivocada a concepção há pouco gestada na PGE/PROFIS, de que a cobrança executiva do crédito tributário a ser encetada contra o autuado, seria de qualquer sorte possível, inclusive cumulando com a denominada ação de depósito contra o depositário infiel.

Relata entendimento extraído do próprio RICMS/BA, que em seu art. 945 demarca o poder de polícia conferido à fiscalização, o qual é limitado ao estrito sentido definido em *“a apreensão de mercadorias ou de documentos fiscais constitui procedimento fiscal destinado a documentar a infração cometida, para efeito da prova material do fato”*, somente isso.

Realça dignos de nota, também os arts. 949 956 e 957 do RICMS/BA dos quais se extrai que ***qualquer que seja o resultado econômico do leilão fiscal, o Auto de Infração respectivo será homologado e arquivado, considerando o contribuinte desobrigado em relação ao débito tributário.*** Finaliza esta questão citando como derradeiro o art. 109, § 7º do COTEB, ***“do produto do leilão, a Fazenda Pública reterá apenas o valor suficiente para cobrir as despesas e o débito tributário, considerando-se desobrigado o devedor em caso de doação, se o valor arrecadado não foi suficiente, ou se abandonou as mercadorias”***.

Ressalta a ilustre procuradora que o depósito das mercadorias apreendidas em mãos de terceiro, se dá por exclusiva opção do Estado, por conveniência própria, mesmo sabendo que o abandono de mercadoria consigna ao contribuinte desoneração de qualquer dívida. Assim o Estado deve suportar o ônus de sua Decisão, sendo impossível transferir a sujeição a quem, conforme já visto, não responde pelo débito.

Destaca em seu relato, a apreciação 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.

No discorrer da ocorrência compreendida nestes autos, conclui opinando 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 das 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”*.

É de 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, 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 face do exposto, por flagrante ilegalidade de se manter em nome do autuado débito virtualmente extinto em relação ao qual está desobrigado, pugna para que a PGE/PROFIS retome posicionamento anterior, e com esteio na fundamentação descrita, encaminha a presente Representação para declaração da extinção do débito através de Decisão administrativa irreformável, nos moldes do art. 156, IX, do CTN.

Em Despacho às fls. 81 a 85 dos autos, o ilustre procurador assistente da PGE/PROFIS, 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, 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 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.

E, em face da nomeação conferida, conforme art. 46, II da Lei nº 8207/2002, acolhe, sem reservas, o Parecer que concluiu pela interposição de Representação ao CONSEF, em face da expropriação de bens do autuado, originado conforme Termo de Apreensão nº 020778.0913/08-6.

#### VOTO

Observo a fls. 05 e 06 dos autos o objeto do presente lançamento de ofício que foi o Termo de Apreensão e Ocorrências, de nº 020778.0913/08-6, emitido pela Inspeção de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito da DAT/SUL, acusando da promoção de circulação de mercadorias tributáveis, conforme Notas Fiscais nºs 81388 e 81392 emitidas pelo autuado, situado em Porto Alegre, RS, destinadas ao contribuinte Requimaq Equipamentos e Máquinas Ltda. – EPP, situado em Lauro de Freitas, BA, vindas de fora do Estado, sem antecipar o imposto devido.

O Auto de Infração foi lavrado contra empresa não contribuinte no Estado da Bahia, e o Termo de Apreensão nomina contribuinte deste Estado, estranho à autuação.

Por ter o autuado mantido-se silente, por Decisão unilateral do Estado, as mercadorias foram dadas em mãos da empresa Rapidão Cometa Transportes e Logística S/A, situada em Itabuna, BA, constituindo a mesma como fiel depositária.

Resulta patente nos autos que o perdimento das mercadorias ocorreu em virtude de Decisão unilateral, não podendo o Estado intentar ação de execução fiscal contra o autuado, pois que ao alvitre do fisco 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, foram observadas neste PAF e consistiram em:

- 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.

A partir destas considerações, e observando que o fiel depositário não atendeu à restituição das mercadorias objeto da apreensão, concluo que, unicamente, resta intentar ação de depósito pela infidelidade do depositário, para a satisfação do crédito tributário, de conformidade ao expressado na representação em análise.

Concordo, também, que seriam reciprocamente excludentes, o leilão fiscal e a propositura de execução fiscal contra o autuado, pois este está desobrigado em virtude do perdimento das mercadorias que constituíram o objeto da infração em comento.

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, 10 de setembro de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – VOT EM SEPARADO

JOÃO REGO SAMPAIO NETO – REPR. DA PGE/PROFIS