

PROCESSO - A. I. N° 232956.0039/07-5  
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECORRIDO - JOSE BISPO DOS SANTOS FILHO  
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO  
INTERNET - 10/11/2009

**1ªCÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF N° 0299-11/09**

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Representação proposta com base no art. 119, § 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. 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 interposta pela PGE/PROFIS que, no exercício do controle da legalidade, ao verificar a existência de mercadorias depositadas em poder de terceiro, reconheceu a *flagrante ilegalidade na pretensão de se executar judicialmente* o crédito apurado no presente Auto de Infração, propondo a este CONSEF a declaração de extinção de lide tributária perante o contribuinte autuado.

O Auto de Infração foi lavrado pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigência de ICMS no valor de R\$8.987,13, acrescido da multa de 100%, em decorrência da “*falta de recolhimento do ICMS, decorrente de estocagem de mercadorias em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia*”.

Foi lavrado Termo de Apreensão e posterior Termo de Depósito, no qual foi designada a firma “ANDERSON DE JESUS GOES ME”, como fiel depositária das mercadorias apreendidas (fl. 6).

Tendo em vista a não apresentação de defesa e nem o pagamento do débito tributário, o autuado foi declarado revel e os autos foram remetidos à Comissão de Leilões Fiscais, que intimou o depositário a entregar à Administração Tributária as mercadorias mantidas em depósito, com vistas à realização do leilão fiscal (art. 950, § 2.º, II, do RICMS).

Em razão do não atendimento da referida intimação, os autos foram remetidos à Gerência de Cobrança para saneamento, tendo em vista a inscrição em dívida ativa. Realizado o saneamento, os autos foram remetidos à PGE/PROFIS, para o exercício do controle da legalidade e autorização da inscrição em dívida ativa, na forma do art. 113, §§ 1º e 2º, do RPAF/99.

No exercício do controle da legalidade, o representante da PGE/PROFIS, doutor Nilton Gonçalves de Almeida, faz uma síntese do processo, transcreve dispositivos do RICMS-BA e, em seguida, explica que o autuado abandonou as mercadorias apreendidas, permitindo que o Estado delas se utilizasse para satisfação do crédito tributário. Salienta que o devedor não escolheu ter as suas mercadorias apreendidas, pois essa foi uma opção do Estado que, ao assim proceder, assumiu os riscos daí decorrentes.

Afirma o ilustre procurador que, “*ao decidir pela via da apreensão e depósito das mercadorias em mãos de terceiros, a Administração Fazendária renuncia automaticamente à cobrança*

*judicial do próprio autuado, pois estas são opções inconciliáveis, reciprocamente excludentes.”* Aduz que não há como executar o crédito consubstanciado no PAF, devendo o crédito tributário ser extinto, pois não seria lícito manter, em nome do autuado, débito tributário em relação ao qual este está inequivocamente desobrigado. Menciona que a extinção sugerida em nada embaraça a ação de depósito, pois a relação que se instaurará entre o fisco e o depositário não tem natureza jurídico-tributária.

Com fulcro no art. 119, II e §1º, do COTEB, o ilustre procurador representa ao CONSEF, pugnando pela extinção do débito em relação ao autuado, tendo em vista a impossibilidade de se exigir o pagamento do débito relativo a mercadorias apreendidas e que foram, à luz da interpretação do artigo 950 do RICMS-BA, tidas como abandonadas.

Ressalta que, caso seja acolhida a Representação, os autos não deverão ser arquivados, e sim remetidos ao setor judicial da Procuradoria Fiscal, para que sirvam como prova das alegações formuladas contra o depositário, na ação de depósito a ser contra si promovida.

O procurador registra que a matéria tratada neste processo já foi objeto de estudo realizado pelo Grupo de Trabalho (GT) instituído pela Portaria PGE nº 051/2008 que, após relatar o problema e oferecer respostas às questões correlatas, formulou sugestões a fim de se evitar futuros problemas semelhantes.

Às fls. 75/79 dos autos o procurador-assistente da PGE/PROFIS, doutor José Augusto Martins Júnior, ratifica os termos da representação, e recomenda a decretação de Nulidade do lançamento tributário.

## VOTO

Na presente Representação, a PGE/PROFIS propõe a extinção do crédito tributário apurado no presente Auto de Infração, uma vez que a Administração Fazendária decidiu pela apreensão e depósito das mercadorias em mãos de terceiros, renunciando à cobrança do crédito tributário do próprio autuado.

Considerando que a fiel depositária não entregou os bens colocados sob sua guarda, deverá o Estado providenciar o leilão público das mercadorias para fazer face à quitação do débito, conforme disposto no art. 950 do RICMS/BA:

*“Art. 950. As mercadorias apreendidas serão levadas a leilão público, para quitação do imposto devido, multa e acréscimos tributários correspondentes, tidas como abandonadas e com manifestação tácita de renúncia à sua propriedade, se o contribuinte ou o responsável não providenciarem o recolhimento do débito correspondente, salvo se a matéria estiver sob apreciação judicial:*

*I – no prazo estipulado na intimação do sujeito passivo relativa ao Auto de Infração, em caso de revelia;*

*II – depois de esgotado o prazo legal para pagamento, uma vez transitado em julgado a Decisão final na esfera administrativa, no caso de ser apresentada defesa ou Recurso pelo sujeito passivo.”*

Já o § 7º, art. 109 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, disciplina que “*Do produto do leilão, a Fazenda estadual 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”.*

Na situação sob análise, onde ocorreu a transferência da guarda das mercadorias apreendidas para uma terceira pessoa, na qualidade de fiel depositária, desloca para ele, igualmente, os riscos e as responsabilidades da sua atuação, sendo certo que com esse ato provoca uma significativa alteração na relação jurídico-tributária, sendo certo que do fiel depositário deve ser exigida a devolução das mercadorias, para o fim acima referido e a ele, por via de consequência, imputadas as responsabilidades pertinentes, em caso de descumprimento da exigência.

Considerando que não pode o autuado continuar figurando no polo passivo da relação jurídico-tributária instaurada com a lavratura do Auto de Infração, sob pena de se configurar *bis in idem*, vedado legalmente, entendo correta a pretensão da PGE/PROFIS de impor a sua desobrigação através da extinção do crédito tributário correspondente.

Pelo acima exposto e em consonância com o Parecer de fls. 75/79, homologado pelo Procurador Geral do Estado, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação, a fim de que seja declarado extinto o presente crédito tributário, devendo o processo ser encaminhado à PGE/PROFIS, a fim de servir como prova da Ação de Depósito a ser ajuizada contra o infiel depositário.

#### VOTO EM SEPARADO

Em que pese termos votado com a Relatora pelo acolhimento da Representação em epígrafe, entendemos necessário pontuar 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 sejam 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 - encontramo-nos 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."*

Por fim, não podemos deixar de ressaltar que a extinção do presente processo não teria ocorrido se não tivesse havido um equívoco na autuação ao ter sido depositada sob guarda de terceiro as mercadorias apreendidas, visto que os documentos acostados aos autos junto com a peça inicial da autuação – fls. 7 a 15 - demonstram que em verdade o contribuinte autuado era de fato o proprietário das referidas mercadorias e estava devidamente cadastrado na SEFAZ, em situação ativa, quando da ocorrência dos fatos geradores da presente autuação; portanto poderia ter assumido a condição de depositário das suas próprias mercadorias.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta, devendo os autos ser encaminhados ao setor judicial competente da Procuradoria Fiscal, a fim de servir como prova da Ação de Depósito a ser ajuizada contra o infiel depositário.

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

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – VOTO EM SEPARADO

ANGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS