

PROCESSO - A. I. Nº 054829.0048/07-5  
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECORRIDO - OTÁVIO MOACIR ZANETE  
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO  
INTERNET - 13/04/2010

## 2<sup>a</sup> CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0080-12/10

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INAPLICABILIDADE. PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO DESTINATÁRIO DA MERCADORIA ANTES DA DATA DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO. Não restou configurado o abandono na forma da lei, para fins de desobrigar o autuado, mesmo inexistindo impugnação, pois houve pagamento do imposto devido por antecipação tributária, na qualidade de contribuinte descredenciado, referente às mesmas mercadorias constantes da nota fiscal de aquisição de produtos comestíveis decorrentes do abate de aves, que originou a autuação, valor esse, comprovadamente ingressado aos cofres públicos. À vista disso, a hipótese que se apresenta é a de **improcedência** do Auto de Infração em face da existência de **ilegalidade flagrante** no lançamento. Representação NÃO ACOLHIDA. Decretada, de ofício, a **IMPROCEDÊNCIA** da autuação. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

De acordo com o instrumento de fls. 54 a 62 a ilustre procuradora lotada na PGE/PROFIS Ana Carolina Moreira, no exercício do controle da legalidade e com arrimo no artigo 119, II e § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), encaminha representação propondo que seja extinta a autuação consignada no Auto de Infração epigrafado, o qual exige imposto no valor de R\$9.050,55, acrescido da multa de 100%.

Destaca que os presentes autos cuidam de processo em que houve a apreensão de mercadorias cuja circulação irregular provocou a autuação e que tais mercadorias foram depositadas em poder de UNIFRIGO PARTICIPAÇÕES LTDA. (fl. 06), pessoa totalmente alheia à autuação, que nada se relaciona com o autuado e que sendo posteriormente intimada a entregar as mercadorias à Comissão de Leilão, quedou-se inerte, não tendo apresentado, observando, ainda, a condição de revel do autuado, encerrando-se, assim, a instância administrativa de julgamento.

Adentra em considerações acerca do posicionamento anterior da própria PGE/PROFIS inaugurado no PAF nº 8854441103040, discorrendo a respeito de suas linhas mestras para, em seguida, fundamentar suas divergências em relação ao entendimento ali consignado, no sentido de não lhe Parecer que a parcela de poder de polícia outorgada à Fiscalização de Trânsito da SEFAZ se revista da amplitude que se lhe quer atribuir, citando o Art. 945 do RICMS/BA para consubstanciar seu entendimento, na medida em que essa norma regulamentar demarca os lindes do poder de polícia atribuído à fiscalização, ao explicitar que a “*apreensão de mercadorias ou documentos constitui procedimento fiscal destinado a documentar a infração cometida, para efeito de prova material do fato*”, nada mais.

Neste sentido, cita o Art. 947, I “a” do mesmo regulamento, observar cessar imediatamente a apreensão de mercadoria, sendo estas entre

Termo de Libertação, “quando se concluir, ainda na fase de averiguação, em face dos elementos exibidos à fiscalização, que não há imposto ou multa a cobrar”. Após outras considerações, menciona o Art. 950 do RICMS/BA, o qual, na sua literalidade, preconiza que as mercadorias apreendidas, uma vez abandonadas, serão levadas a leilão público, para quitação do imposto devido, patenteando, destarte a vinculação existente entre o débito tributário e as mercadorias tidas por abandonadas.

Reporta-se, ainda, aos Arts. 949, 956 e 957 do mencionado regulamento, dos quais ressalta que qualquer que seja o resultado do leilão o Auto de Infração respectivo será homologado e arquivado, considerando-se o contribuinte desobrigado em relação ao débito, citando, neste sentido, o regramento do Art. 107, § 7º do COTEB. Após tecer outros argumentos inerentes ao seu posicionamento, destaca que, contrariamente ao quanto sustentado no opinativo do PAF acima mencionado, entende que “o abandono, na forma da lei, das mercadorias apreendidas, desobrigando o devedor quanto ao débito, redonda na extinção deste, razão pela qual vedada a sua exigência por conduto de execução fiscal a ser promovida contra o autuado, mesmo naquelas hipóteses em que não entregues, pelo terceiro depositário, as mercadorias em seu poder”, para adiante reafirmar que “na específica hipótese sobre a qual se debruça o presente escrutínio, a via da execução fiscal contra o autuado não se apresenta como opção aberta ao Estado, dada a extinção, por desoneração do devedor, do crédito tributário respectivo”.

Conclui aduzindo que “a ora sugerida extinção do Auto de Infração em nada obsta a propositura de ação do depósito contra a depositária infiel, pois a relação que se instaura entre esta e o Fisco não tem natureza jurídico-tributária, constituindo-se em liame de índole notadamente civil”, solicitando, ainda, que mesmo extinto o Auto de Infração, o processo não deverá ser arquivado já que servirá como prova das alegações a serem formuladas contra a depositária. Por este motivo solicita que, acaso acolhida a representação, seja o PAF remetido à Coordenação Judicial da PGE/PROFIS para fins de propositura da ação de depósito contra o depositário das mercadorias.

O ilustre procurador assistente José Augusto Martins Junior, em pronunciamento às fls. 63 a 67 dos autos, acolhe, sem reservas, os termos da representação e após alinhavar a respectiva fundamentação, determina o encaminhamento ao CONSEF para apreciação da pretensão de extinção do débito objeto do Auto de Infração epigrafado.

## VOTO

A presente representação propondo a extinção do crédito tributário concernente ao Auto de Infração sob análise, foi encaminhada ao CONSEF em decorrência de entendimento firmado no âmbito da PGE/PROFIS com fulcro na conclusão a qual chegou o Grupo de Trabalho instituído pela Portaria nº 051/08 da PGE, e que foi homologada pelo Procurador Geral do Estado, cuja matéria relaciona-se aos procedimentos inerentes à apreensão de mercadorias em situação irregular, nos casos onde não ocorre a solicitação da liberação da mercadoria apreendida e não ocorre o pagamento ou impugnação do débito no prazo legal.

Com efeito, a autorização legal que confere poderes à Administração Fazendária para apreender mercadorias em situação irregular tem por objetivo assegurar a satisfação do crédito reclamado numa eventual sucumbência do sujeito passivo na esfera administrativa ou em caso de revelia, quando, então, se configuraria a desistência tácita, com o consequente abandono das mesmas.

No presente caso, entendeu a PGE/PROFIS que restando esgotadas as medidas regulares de cobrança do crédito tributário lançado mediante Auto de Infração, deverá o Estado providenciar o leilão público das mercadorias para fazer face à quitação do débito. Neste particular, o RICMS/BA dispõe expressamente:

“Art. 950. As mercadorias apreendidas serão levadas a leilão público, para e acréscimos tributários correspondentes, tidas como abandonadas e com

*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, do 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 depositário, 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.

É certo 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 que, em princípio, perfeitamente correta a pretensão da PGE/PROFIS de impor a sua desobrigação através da extinção do crédito tributário correspondente, inclusive porque o art. 949 do RICMS/BA em vigor, com a redação dada pelo Decreto nº 11.523 de 06/05/2009, confere respaldo normativo à extinção do crédito tributário em exame, *in verbis*:

*“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 de até 48 horas, a contar do momento da apreensão;*
- II - não ocorrer o pagamento do débito até 120 dias após a apreensão, salvo se houver impugnação do débito”.*

Na apreciação do fato narrado no Auto de Infração, observei, entretanto, que no presente caso, a autuação foi levada a efeito ao considerar a existência de mercadorias acompanhadas de Passe Fiscal, cujo veículo foi interceptado no Posto Fiscal Honorato Viana e, sendo acompanhado na sua rotina para a entrega no destino da nota fiscal que seria na empresa COFRISA Comércio de Carnes Salvador Ltda., estabelecida no bairro de São Cristóvão em Salvador, se constatou que a mercadoria estava sendo descarregada na empresa UNIFRIO Participações Ltda., localizada no município de Simões Filho/BA.

Vejo que o próprio autuante juntou aos autos os documentos de fl. 10 e 11, indicando que o destinatário da mercadoria, COFRISA COMÉRCIO DE CARNES SALVADOR LTDA., efetuou em 03/01/2008, antes, portanto, da lavratura do Termo de Apreensão da Mercadoria e do Auto de Infração, o pagamento do imposto relativo à Nota Fiscal nº 341211, devido a título de antecipação tributária por aquisição interestadual de produtos comestíveis resultante do abate de aves, no valor de R\$7.188,44, conforme se vê, com clareza, no DAE emitido via posto fiscal, fls. 10 e 11, e cujos mesmos produtos indicados no referido documento fiscal, com imposto já pago por antecipação tributária, foram objeto da autuação. Note-se, ainda, que o referido recolhimento foi efetivamente recepcionado pela SEFAZ, conforme extratos ora juntados às fls. 70 a 73 dos autos.

De acordo com o previsto nos arts. 949, inciso II, do RICMS/BA e 109, §§ 6º e 7º, do COTEB, as mercadorias serão consideradas abandonadas e, assim, ficando desobrigado o devedor e extinto o crédito tributário, quando não ocorrer o pagamento do débito até 120 dias após a apreensão, salvo se houver impugnação.

Na espécie concreta versada, ao apreciarmos os fatos narrados configurado o abandono na forma da lei, para fins de desobrigar

impugnação, pois houve pagamento do imposto devido por antecipação tributária, referente às mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 341211, valor esse, comprovadamente ingressado aos cofres públicos. Ora, se o imposto relativo às mercadorias indicadas no mencionado documento fiscal, já havia sido pago antecipadamente, estava encerrada a fase de tributação dessas mercadorias, e o fato de terem sido descarregadas em outra empresa não autoriza o fisco a exigir novamente imposto sobre estas mesmas mercadorias.

À vista disto, a hipótese não seria de extinção do crédito tributário, e, sim, para julgamento pela Improcedência do Auto de Infração, em face da presença de ilegalidade flagrante no lançamento de ofício.

Ante o exposto, voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da Representação encaminhada, porém, em face da ilegalidade flagrante no lançamento, ou seja, no fato apreciado, de ofício, declaro IMPROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO ACOLHER a Representação, porém, em face da ilegalidade flagrante no lançamento, de ofício, declarar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 0054829.0048/07-5 lavrado contra OTÁVIO MOACIR ZANETE.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de março de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÉDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS