

**PROCESSO** - N. F. Nº 9232893.003/06-9  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - JOSÉ FERNANDO DA HORA FILHO (J.F. DISTRIBUIDORA DE TECIDOS)  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/SUL  
**INTERNET** - 01/09/2010

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJE Nº 0244-11/10

**EMENTA:** ICMS. REPRESENTAÇÃO VISANDO À EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Representação proposta com fulcro no art. 119, II § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Tratando-se de notificação fiscal, a existência de vício insanável ou ilegalidade flagrante não enseja representação ao Conselho Fazendário, cabendo à própria PGE/PROFIS, se for o caso, autorizar o cancelamento ou a não inscrição em Dívida Ativa e a extinção do débito lançado. Representação **NÃO CONHECIDA**. Decisão não unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Representação proposta pela PGE/PROFIS, com fundamento no artigo 119, inciso II, § 1º da Lei nº 3.956/81 (COTEB), propondo a extinção do crédito tributário da presente Notificação Fiscal, tendo em vista a desobrigação do contribuinte com relação ao pagamento do tributo nela consignado.

O Auto de Infração em comento tem por objeto a cobrança do imposto devido em razão da *“falta de recolhimento do ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte com a inscrição estadual suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada”*.

A PGE/PROFIS, por intermédio do Parecer de fls. 34/38, representou a este Conselho para que fosse extinto o presente processo administrativo fiscal. O ilustre Procurador Assistente, José Augusto Martins Júnior, anuiu com o mencionado opinativo, pedindo, contudo, a nulidade da notificação, com arrimo nas conclusões tracejadas pelo Grupo de Trabalho constituído pela Portaria PGE nº 051/08, cujas conclusões foram homologadas pelo Procurador Geral do Estado, *in verbis*:

*“Diante das observações anotadas ao longo deste trabalho, podemos extrair as seguintes conclusões, perfilhando a ordem de análise dos diversos aspectos do problema relativo à constituição do depósito em matéria fiscal, à sua natureza jurídica, aos seus efeitos sobre o crédito tributário, à ação de depósito e seu procedimento:*

*a) é constitucional e lícita a apreensão (retenção temporária) de mercadorias de particular pela fiscalização tributária, nos limites do art. 109 do COTEB e regulamentado pelo art. 940 do RICMS/BA, na esteira do art. 84, IV, da CF;*

*b) a apreensão de mercadoria, nos termos do art. 109 do COTEB, decorre do regular exercício do poder de polícia da fiscalização tributária, não se confundindo com as hipóteses das súmulas 323 e 547 do eg. STF, conforme asseverado pelo eg. STF no julgamento da ADI-395-DF;*

*c) cabe ao Ente Federativo legislar sobre as relações jurídicas decorrentes da apreensão de mercadoria de sujeito passivo de obrigação tributária, através de lei ou, havendo autorização deste veículo normativo, por meio de decreto regular, que é a hipótese do Estado da Bahia, sem, contudo, alterar princípios e institutos de direito privado (CTN, arts. 109 e 110);*

*d) a constituição do depósito de mercadorias apreendidas nas mãos do ai pois se este, uma vez intimado, voluntariamente as apresenta, proceder-se-á, renúncia que tal ato encerra, ao leilão fiscal dos bens, presumindo-se*

Created with

 **nitroPDF** professional

download the free trial online at [nitropdf.com/professional](http://nitropdf.com/professional)

*possibilidade de desobrigar-se do débito tributário pelo valor das mercadorias, independentemente do resultado pecuniário da sua alienação em leilão, conforme a regra estatuída nos arts. 109, §7º, do COTEB, e 957, II, do RICMS;*

*e) a renúncia das mercadorias apreendidas e objeto de depósito ensejam a extinção do crédito tributário, de acordo com os arts. 109, §7º, do COTEB, e 957, II, do RICMS, devendo a PROFIS/PGE representar ao CONSEF em tal sentido;*

*f) a representação pela extinção do crédito tributário deve, todavia, ser precedida de criteriosa análise, verificando-se a presença das seguintes condições, devidamente documentadas (i) conforme dicção do §6º, do mesmo art. 109 do COTEB, não foi “solicitada a liberação das mercadorias” e não houver “o pagamento ou impugnação do débito no prazo legal”, ainda que parcial ou parcelado; (ii) o devedor, efetivamente, não promoveu a impugnação administrativa ou judicial do Auto de Infração; (iii) não se identificam, nos autos, outros aspectos fáticos que contrariam a hipótese de abandono, como, pro exemplo, quando o depositário e o autuado têm os mesmos sócios, é o depositário sócio do autuado, ou é o depositário expressamente indicado pelo próprio autuado (situações, enfim, que evidenciem a existência de relação de proximidade íntima entre o autuado e o depositário, induzindo à conclusão de que as mercadorias encontrar-se-iam, na verdade, em poder da próprio autuado).*

*g) nos casos em que, sendo depositário terceiro, não são devolvidos os bens ao fisco, é cabível a ação de depósito, de que cuida o CPC (art. 901 a 906), para garantir a tutela jurisdicional em favor do Ente Público, sujeito ativo da relação jurídico-tributária originária, da qual resultou a apreensão e o depósito administrativo;*

*h) não há que se falar em cumulação de ação de depósito e execução fiscal, inteligência dos arts. 109, § 7º, do COTEB, e 957, II, do RICMS;*

*i) é do juízo privativo da fazenda pública tributária, onde houver, a competência para processar e julgar a ação de depósito oriundo do art. 109 do COTEB, regulamentado pelo art. 940 do RICMS/BA;*

*j) a ação de depósito deve ser acompanhada de prova literal da instituição do depósito, o que equivale à cópia do próprio PAF, especialmente do termo de apreensão e depósito, da nota fiscal ou relação dos bens apreendidos, da intimação administrativa para devolução dos bens pelo depositário e do termo que atesta o seu insucesso;*

*k) deverão constar como pedidos da petição inicial da ação de depósito, nos termos do procedimento especial disciplinado pelos arts. 901 a 906 do CPC, os seguintes pedidos: citação do réu para, em cinco dias, (i) entregar a coisa, depositá-la em juízo ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro; (ii) contestar ação e (iii), sendo julgada procedente a demanda, consignar a sentença a condenação do Réu a pagar ao autor soma em dinheiro, equivalente ao valor do objeto do depósito, acrescido de correção monetária e juros legais; (iv) a prisão civil do depositário – art. 902, § 2º; (v) a expedição de mandado de busca e apreensão da coisa depositada – art. 905, e, (vi) a conversão da ação em execução por quantia certa – art. 906;*

*l) o principal da dívida na ação de depósito é o valor dos bens depositados, acrescido de correção monetária e juros legais, hoje representados exclusivamente pela taxa SELIC, nos termos do art. 406 do Código Civil, secundado por jurisprudência dominante do eg. STJ, a contar da configuração da infidelidade do depositário (i.e., escoamento do prazo de dez dias estabelecido para a devolução dos bens, após a respectiva intimação no âmbito do processo administrativo fiscal);*

*m) é cabível, a princípio, a decretação da prisão civil do depositário infiel, na hipótese de não haver a devolução da coisa, objeto do depósito, ou a consignação do seu equivalente em dinheiro, acrescido da correção monetária e juros legais (STF, súmula 619);*

*n) sugere-se, de lege ferenda, a previsão legislativa de:*

*n.1), intimação do autuado para receber as mercadorias apreendidas, e manifestar, se for o caso, sua intenção expressa de renunciar à propriedade dos bens, beneficiando-se da regra do art. 109, § 7º do COTEB;*

*n.2) prazo certo para manifestação do contribuinte, em decorrência da acima referida intimação, sendo tal prazo compreensivelmente mais curto nos casos de mercadorias perecíveis;*

*n.3) advertência legal de que a falta de comparecimento/manifestação do autuado no prazo assinalado conduz à presunção de abandono dos bens apreendidos, e consequente início do procedimento do leilão administrativo.”*

## VOTO

A hipótese é de não conhecimento da representação proposta.

Com efeito, tratando-se de notificação fiscal, dispõe o §4º, do art. 119, do COTEB, que a própria PGE/PROFIS, a constatar a existência de vício insanável ou ilegalidade flagrante, autorizará, se for o caso, o cancelamento ou a não efetivação da inscrição do crédito tributário na Dívida Ativa e a extinção do débito do contribuinte.

Assim, falece a este Conselho competência para apreciar a presente representação.

Diante do exposto, voto pelo NÃO CONHECIMENTO da Representação proposta pela PGE/PROFIS.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO CONHECER** da Representação proposta, devendo os autos ser remetidos à PGE/PROFIS, para adoção das providências que entender cabíveis.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS