

**PROCESSO** - A. I. Nº 0936136790/07  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDA** - ROBSON NEPOMUCENO  
**RECURSO** - REPRESENTAÇÃO PGE/PROFIS  
**ORIGEM** - IFMT - DAT/METRO  
**INTERNET** - 10/09/2010

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0266-11/10

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Representação proposta 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

Tratam os autos de Representação proposta pela d. PGE/PROFIS, em cujo PAF consta como autuado o Sr. Robson Nepomuceno, tendo havido a apreensão de mercadorias - cervejas e vinho -, conforme registro constante no termo de apreensão de fl. 3, mas que foram depositadas sob a guarda de COMERCIAL SOUZA LTDA, pessoa jurídica estranha à presente autuação, tendo o Auto de Infração sido lavrado em 15/09/2007, no modelo 4 – Trânsito, no valor total de R\$382,64, em face da ausência da documentação fiscal – nota fiscal –correspondente.

Intimado regularmente, o autuado não efetuou o pagamento do débito e nem impugnou o lançamento, tendo sido declarado revel através do Termo de Revelia de fl. 13, lavrado em 17/01/08, e a intimação para o autuado ter sido emitida em 21/09/07.

Posteriormente, foi também intimada a depositária, consoante intimação datada de 17/02/2009, com a ressalva de que, o descumprimento da convocação dentro do prazo do art. 950, § 3º, V, do RICMS-BA, a sujeitória às sanções previstas no art. 168, do Código Penal e art. 652 do Código Civil.

Instada a d. PGE/PROFIS para exercer o controle da legalidade e autorizar a inscrição do débito, na forma do art. 113, §§ 1º e 2º, do RICMS, foi proferido o Parecer de fls. 23/30, datado de 28/02/2010, que, após confrontar as peças residentes neste processo, formulou esta Representação ao CONSEF, com lastro no art. 119,II, da Lei nº 3.956/81- COTEB, propondo, em síntese, a decretação de nulidade do PAF e do débito correspondente, e que, se acaso for acolhida, devem os autos retornar para fins de propositura de ação de depósito contra a referida infiel depositária, ficando ressaltado ser este o entendimento consolidado pela i. Procuradoria.

Tal entendimento advém da constatação da presença de vício de ilegalidade, a comprometer o PAF, à luz das conclusões emanadas do Grupo de Trabalho constituído pela Portaria PGE nº 051/08, contidas no Parecer PAF nº 884441103040, cujas linhas mestras foram homologadas pelo Procurador Geral do Estado, no sentido de que a Administração Fazendária ao decidir-se pela via da apreensão e depósito em mãos de terceiros, renunciou automaticamente à cobrança judicial do próprio autuado, pois estas opções são inconciliáveis, reciprocamente excludentes. isto porque não poderia haver a apreensão das mercadorias e a execução já equivaleria a cobrar o mesmo imposto duplamente, daí, que o crédito movida contra a infiel depositária a competente ação de depósito, d

*“a’ dispõe que deve cessar imediatamente a apreensão da mercadoria, quando entregues ao interessado mediante Termo de Liberação, quando se concluir, ainda na fase de averiguação, em face dos elementos exibidos à fiscalização, que não há imposto ou multa a cobrar “ Ou seja, não constatada a prática de ilícito tributário, a relação efetivada deixa de ter lugar- independentemente – note-se, de qualquer outros fatores donde se conclui que o procedimento sob análise efetivamente traz em si finalidade exclusivamente fiscal, não logrando existência autônoma deste.”*

Submetido o Parecer à d. procuradora revisora, foi acolhido, sem ressalvas, no despacho de fls. 31, no qual finaliza pela declaração de extinção do débito objeto do presente Auto de Infração e o ajuizamento da ação de depósito.

## VOTO

A matéria submetida ao exame deste Colegiado cinge-se às hipóteses previstas nos arts. 940 e 950, do RICMS, que dispõem sobre o procedimento do Fisco quando da apreensão de mercadoria em situação irregular.

A presente Representação merece ser acolhida, considerando estar comprovado que houve o abandono das mercadorias apreendidas pela fiscalização do trânsito, seguindo-se ao silêncio da contribuinte autuado, que intimado regularmente para efetuar o pagamento ou apresentar defesa, não se manifestou, incidindo nos efeitos da revelia, tendo o Estado optado em manter os bens apreendidos sob a guarda de terceiros, como fiel depositário, conseqüentemente, retira-lhe o direito de exigir do sujeito passivo da obrigação tributária o pagamento do tributo, em face da renúncia, pelo contribuinte, do direito de propriedade, ao abandonar as mercadorias, seguindo-se a apropriação pelo Estado.

Logo, com acerto a d. PGE/PROFIS, ao propugnar contra pretensão do sujeito ativo de executar judicialmente o crédito apurado no Auto de Infração correspondente, e por isso propôs a este CONSEF, a declaração de extinção de lide tributária perante o sujeito passivo, com preservação do direito de promover, contra a depositária, a ação de depósito, para reaver a mercadoria.

Do exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da presente representação, determinando a EXTINÇÃO do crédito tributário contra o autuado, devendo os autos ser remetidos à d. PGE/PROFIS para adoção das diligências pertinentes contra a infiel depositária.

## 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

*consignar que o intuito de se levar a leilão a mercadoria apre*

Created with

*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-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.”*

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta, devendo o PAF ser remetido à Coordenação Judicial da PGE/PROFIS, para fins de propositura da ação de depósito contra o infiel depositário.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de agosto de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – VOTO EM SEPARADO

JOSÉ AUGUSTO MARTINS :