

PROCESSO - A. I. N° 944788130/09  
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECORRIDO - CELSO CONCEIÇÃO DA SILVA  
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS  
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO  
INTERNET - 27/12/2010

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

### ACÓRDÃO CJF N° 0454-11/10

**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 da PGE/PROFIS no que tange à extinção da autuação, ora *sub examine*, em razão do abandono das mercadorias apreendidas.

O Auto de Infração em questão foi lavrado em 02/12/2009, para exigir ICMS no valor total de R\$358,90, com aplicação de multa no importe de 100%, por transitar com mercadorias tributadas sem documentação fiscal.

Foi nomeada como depositária fiel das mercadorias apreendidas a Empresa Luiz Celson Ribeiro de Assis, cujo nome fantasia é Laticínios Long Life, pessoa estranha à autuação, que intimada, pela Comissão de Leilões (fls. 21/22), para entregar as mercadorias sobre sua guarda, não compareceu.

O Autuado deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar sua defesa, ou efetuar qualquer pagamento, sendo decretada a sua revelia, encerrando-se, dessa forma, a instância administrativa de julgamento, com o envio dos autos à Procuradoria Fiscal para adoção das providências cabíveis.

A ilustre procuradora fez referência ao Parecer exarado no PAF de nº 884441103040 que entende que as apreensões efetivadas pela Fiscalização de Trânsito não estão vinculadas ao Poder de Tributar, teriam a sua razão de ser num amplo Poder de Polícia do Fisco, “*tanto do ponto de vista tributário como penal*”, não sendo, portanto, um poder acessório ao próprio Poder de Tributar, mas sim um poder-dever autônomo, instituído em prol de um interesse maior, que é o interesse geral de toda a coletividade. E que a partir dessa premissa seria possível afirmar que as mercadorias apreendidas e abandonadas incorporar-se-iam, na qualidade de coisas vagas, ao patrimônio do Estado, que delas poderia livremente dispor, sem que haja influência sobre a relação tributária adjacente, sendo descabida, portanto, qualquer pretensão de ver extinto o crédito tributário em consequência dos aludidos atos de retenção/expropriação, cuja cobrança, via execução fiscal contra o autuado seria possível, assim como o manejo de ação de depósito contra o depositário infiel, para serem restituídas as mercadorias não apresentadas.

Contudo, a ilustre procuradora discorda da posição adotada no referido Parecer proveniente de Grupo de Trabalho especificamente constit

entendendo que a parcela de Poder de Polícia outorgada à Fiscalização de Trânsito é “*um poder realmente acessório, instrumental ao Poder de Tributar e a ele inexoravelmente vinculado*”, baseando-se no art. 945, do RICMS/BA, arguindo que “*a apreensão de mercadorias é ato de natureza eminentemente fiscal, inserido, portanto, dentre os procedimentos voltados a viabilizar a apuração e cobrança tributária, e cuja única razão de ser reside na necessidade de documentação de infração à legislação tributária*”.

Afirmando, também, que não constatada a prática de ilícito tributário, as mercadorias apreendidas são liberadas, nos termos do art. 947, I, “a”, do RICMS/BA.

Alegando, ainda, com fulcro no art. 950, do RICMS/BA, que as mercadorias apreendidas, uma vez abandonadas “*serão levadas a leilão público, para quitação do imposto devido*”, o que demonstra a inegável vinculação existente entre o débito tributário e as mercadorias tidas por abandonadas.

Concluindo que o depósito de mercadorias apreendidas em mãos de terceiro é uma liberalidade da fiscalização, e, por isso, uma vez não apresentadas pelo depositário infiel este é um ônus que o Estado deve suportar, sendo impossível transferi-lo ao contribuinte.

Portanto, uma vez abandonadas as mercadorias apreendidas, o contribuinte não pode ser onerado, tendo em vista que as mercadorias já foram por ele perdidas, sob pena de cobrar o mesmo imposto duas vezes, “*configurando autêntico e intolerável ‘bis in idem’*”, devendo, assim, ser extinto o crédito tributário, por desoneração do devedor.

Ressalta-se que às fl. 37 consta despacho da ilustre procuradora assistente, Dra. Aline Solange Souza Casali Bahia, acolhendo o Parecer exarado anteriormente, encaminhando a presente Representação ao CONSEF.

## VOTO

Da análise do processo percebe-se que as mercadorias apreendidas, por ausência de documento fiscal, foram depositadas em mãos de terceiro estranho à lide, por Decisão do Estado, sem a participação do Autuado.

O Autuado ao ser revel abandonou as referidas mercadorias, enquadrando-se, assim, no art. 950, I, do RICMS/BA, abaixo transcrito:

*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;*

Dessa forma, ante a revelia do Autuado, as mercadorias apreendidas deveriam ser levadas a leilão público para a quitação do imposto e demais acréscimos devidos.

O fato do depositário, quando intimado, não ter comparecido para entregar as mencionadas mercadorias, não pode ensejar ao Autuado o ônus da perda da mercadoria combinada com o pagamento do tributo devido, sob pena, como bem ressaltou a ilustre procuradora, de *bis in idem*.

Portanto, com fulcro no dispositivo legal, percebe-se que, quanto ao Autuado não há mais cobrança a ser efetivada, devendo o Estado utilizar-se do remédio jurídico adequado para exigir do depositário infiel o cumprimento de sua obrigação.

Diante do exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da presente Representação para extinção desta autuação.

## 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 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 transcrita, 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 transscrito 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 transscrito, 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 frontalmer

*“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 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a Representação proposta, para extinguir o crédito tributário e, consequentemente, o presente procedimento administrativo fiscal. Encaminhem-se os autos à PGE/PROFIS para a adoção dos procedimentos que o caso requer.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

VANESSA DE MELLO BATISTA – RELATORA

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – VOTO EM SEPARADO

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS