

**A. I. N°** - 299689.0130/08-9  
**AUTUADO** - AQUILINO CANAL  
**AUTUANTE** - ALBA MAGALHÃES DAVID  
**ORIGEM** - IFMT-SUL  
**INTERNET** - 31/03/2009

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N°.0044-03/09

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO. DESISTÊNCIA DA DEFESA. Nos termos do art. 156, inciso I do CTN extingue-se o crédito tributário com o pagamento total do débito pelo sujeito passivo, ficando, conseqüentemente, também extinto o processo administrativo fiscal em conformidade com o inciso I do artigo 122 do RPAF/99. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão não unânime.

#### RELATÓRIO

O auto de infração em epígrafe foi lavrado por funcionária fiscal lotada na Inspetoria de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito da DAT/SUL e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 1.677,10, acrescido de multa de 60% a partir da verificação de mercadorias destinadas ao autuado e constantes da nota fiscal nº. 5124, emitida em 16 de maio de 2008 por Tokyo Tratores Ltda. empresa localizada na Rua André de Melo e Castro, 242, Bairro Nova Cachoeirinha, Belo Horizonte, Minas Gerais, CNPJ 71.167.779/0001-82 e constante às fl. 06, seriam destinadas a comercialização por contribuinte não inscrito no cadastro do ICMS do Estado da Bahia, devido às quantidades nela informadas, *usque* Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº. 138074 acostado às fl. 05, datado de 27 de maio de 2008.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante de fl. 12, na qual, argui em sua defesa ser produtor rural, possuindo dois tratores de esteira antigos em seu nome e adquire peças reservas para eventuais trocas, quando necessário, vez que não pode parar os serviços que presta, sob pena de multa.

Que as peças adquiridas não se destinam a revenda, e sim, aplicação nos mesmos, acostando nota fiscal de aquisição de um deles, na fl. 13.

Requer decisão favorável, no sentido do auto de infração ser julgado improcedente.

Informação prestada às fls. 17 e 18, por preposto fiscal estranho ao feito argumenta que diante dos fatos, não há como se duvidar da existência dos tratores, nem sua propriedade, sequer duvidar da necessidade de manutenção e reparo nos mesmos, sendo razoável e compatível com este objetivo as peças adquiridas, caracterizadas pela espécie e quantidade como destinadas a consumo, e como tal, o auto de infração há de ser julgado improcedente, pela comprovação das alegações do autuado.

Consta, ainda, do processo extrato de recolhimento de R\$ 1.677,10, e multa de R\$ 1.006,26, além de acréscimo monetário de R\$ 142,05 (fl. 24), realizado em 12 de janeiro de 2009.

#### VOTO

Inicialmente, verifico que não há preliminar de nulidade suscitada pelo autuado; observo, ainda, que foram obedecidas as determinações legais para o lançamento, diante da juntada à fl. 05, de via do Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº. 138074, o qual foi assinado pelo transportador, e que comprova a regularidade do procedimento fiscal.

Passo, pois, à análise do mérito. O Auto de Infração foi lavrado diante da constatação da entrada no Estado da Bahia de mercadorias destinadas supostamente para comercialização por contribuinte não inscrito no Cadastro do ICMS.

Quanto à base de cálculo do lançamento fiscal, embora não tenha sido contestada pelo defendente, conforme descrito no Termo de Apreensão à fl. 05, foi corretamente calculada.

Entretanto, o autuado, ao proceder ao recolhimento do débito apurado consoante documento de fl. 24, desistiu tacitamente da defesa apresentada, tornando-a ineficaz, conforme previsto no artigo 122, inciso I, do RPAF/99:

*Art. 122. Extingue-se o processo administrativo fiscal:*

*I - com a extinção do crédito tributário exigido;*

Por outro lado, o artigo 156 do Código Tributário Nacional, estipula em seu inciso I:

*Art. 156. Extinguem o crédito tributário:*

*I- o pagamento;*

Em consequência, julgo extinto o processo administrativo fiscal, nos termos do artigo 156, inciso I, do Código Tributário Nacional retro mencionado, e, conseqüentemente, PREJUDICADA a defesa apresentada, devendo o presente processo ser remetido à repartição fiscal de origem para as medidas administrativas cabíveis, inclusive homologação do pagamento.

#### **VOTO DISCORDANTE**

A autuação diz respeito à aquisição de mercadorias em quantidades que caracterizariam intuito comercial, por contribuinte não inscrito no cadastro de contribuintes.

O autuado foi preciso e claro em sua defesa, ao justificar-se dizendo que é um produtor rural e possui 2 (dois) tratores de esteira e precisa comprar peças para eles, deixando patente que as peças não se destinam a revenda.

Mesmo que o autuado não dissesse isso, é mais que evidente que nada indica que os bens se destinariam a comercialização.

O que decerto induziu a nobre auditora a supor que as mercadorias teriam sido adquiridas “para comercialização” e seriam destinadas a “contribuinte não inscrito” devem ter sido as quantidades de parafusos e porcas.

No entanto, o que se vê na Nota Fiscal é a compra de apenas 1 (um) conjunto coroa/pinhão, 1 (uma) garrafinha e 1 (um) pinhão, que constituem partes ou peças de trator, e as quantidades que impressionaram a auditora dizem respeito a 100 (cem) porcas, 106 (cento e seis) parafusos, 6 (seis) lâminas e 18 (dezoito) segmentos. Não entendo nada de trator, porém o senso comum é bastante para indicar que, para fixar componentes como um conjunto coroa/pinhão, lâminas e segmentos são necessários muitos parafusos e porcas, mas essa quantidade de parafusos e porcas, nesse contexto, não indica absolutamente intuito comercial, e sim uso ou consumo.

Ao prestar a informação, o auditor Silvio Chiarot foi taxativo, ao destacar que não há por que duvidar de que os materiais se destinam a reparo de trator pertencente ao autuado, pois o trator é usado, foi fabricado em 1991, e após anos de uso é razoável a necessidade de manutenção. O auditor aduz que as peças em questão são compatíveis com o trator de esteira pertencente ao autuado,

conforme consulta por ele realizada a um mecânico de oficina da região. Conclui dizendo que “não ficou comprovado o intuito de comercialização presumido pela fiscalização”.

Ou seja, de forma expressa e inequívoca, a fiscalização considera que o tributo lançado é indevido, pois o fundamento do lançamento seria a destinação dos bens a futura comercialização, e não ficou comprovado o intuito comercial neste caso.

Ora, se o tributo é indevido, não se pode em hipótese alguma cogitar da manutenção do lançamento. A lei coíbe o excesso de exação. A exigência do pagamento de tributo quando a própria fiscalização reconhece ser indevido ofende não somente o princípio da estrita legalidade tributária, mas também, e principalmente, o princípio da moralidade, que diz respeito à ética, à justiça, à retidão no trato da coisa pública (art. 37 da Constituição).

Discordo do entendimento de que o processo esteja extinto. Como estaria extinto, se há uma defesa e o contribuinte não manifestou sua desistência dela?

Demonstrarei que o pagamento do crédito tributário somente extingue o crédito tributário cujo lançamento esteja sendo discutido caso haja desistência de defesa ou recurso, e a desistência tem de ser expressa, não se presume.

Poder-se-ia dizer que o contribuinte pagou o débito, e “quem paga consente”. Será?

Vejo a coisa assim:

- 1) o autuado adquiriu essas mercadorias porque certamente precisava delas;
- 2) a fiscalização do trânsito apreendeu as mercadorias e lavrou o Auto em 30.5.08;
- 3) as mercadorias ficaram apreendidas;
- 4) o autuado impugnou o lançamento – a impugnação é datada de 17.6.08;
- 5) e as mercadorias continuaram apreendidas;
- 6) em 12.1.09 o Auto foi pago;
- 7) será que o contribuinte pagou porque desistiu da defesa? Ele disse isso? Se não disse, concluo que ele pagou porque precisava das mercadorias, e não havia como dispor delas, a não ser que o depositário, por confiança, as entregasse, correndo o risco de vir a ser considerado depositário infiel.

Uma pessoa adquire as coisas porque precisa delas. Tendo os seus bens apreendidos, sem saber quando a lide será decidida, é natural que efetue o pagamento do crédito tributário em discussão para reaver os seus bens, e não porque desista da defesa. Em tal situação – estou falando em termos hipotéticos –, o que posso supor não é que a pessoa desistiu da defesa, mas sim que ela foi constrangida a efetuar o pagamento, pois do contrário seus bens continuariam retidos.

Não há nos autos nenhum instrumento ou circunstância que configure desistência da defesa. É preciso, por conseguinte, que a defesa seja apreciada em seu mérito.

Não concordo com o entendimento de que, ao pagar o débito, o contribuinte teria desistido da defesa. E digo por que não concordo: é que desistência de defesa constitui renúncia a um direito – e *renúncia a um direito não se presume*. Ou o contribuinte declara expressamente sua desistência, ou não há desistência.

*Não existe renúncia tácita a direito.*

Também se poderia argumentar que, nos termos do inciso I do art. 122 do RPAF, o processo administrativo se extingue com a extinção do crédito tributário, e, como o crédito tributário se

extingue com o pagamento, como prevê o inciso I do art. 156 do RPAF, uma vez extinto o crédito, não há mais o que julgar, por falta de objeto.

No entanto, não se pode interpretar a legislação lendo apenas um dispositivo de lei ou decreto, no caso, o inciso I do art. 122 do RPAF. A interpretação normativa tem de levar em conta o ordenamento jurídico como um todo. No caso destes autos, nem é preciso esforço hercúleo para abarcar a visão de todo o ordenamento – basta concentrar a atenção no art. 122 do RPAF, pois, se é verdade que o inciso I indica como uma das causas da extinção do processo a extinção do crédito, o inciso IV do mesmo art. 122 prevê que a extinção se dá com a desistência da defesa e o inciso V se reporta à decisão administrativa irrecorrível. Desse modo, o art. 122 do RPAF deve ser interpretado conjugando-se os três incisos destacados.

Um artigo é dividido em incisos apenas para efeitos “didáticos”, para maior clareza do enunciado geral.

Fazendo a interpretação sistemática das regras dos dispositivos assinalados, concluo que, de fato, o processo administrativo fiscal se extingue com a extinção do crédito tributário exigido (inciso I), desde que haja desistência da defesa ou recurso (inciso IV), pois, do contrário, tendo havido impugnação e dela não tendo o interessado desistido, o processo somente se extingue com a decisão administrativa irrecorrível (inciso V).

Como não consta nos autos que o sujeito passivo desistiu da defesa, é preciso que se julgue o mérito da lide.

E, ao apreciar o mérito, o que se vê é que o fiscal designado para prestar a informação deixou claro que “não ficou comprovado o intuito de comercialização presumido pela fiscalização”, o que significa dizer que o tributo lançado é indevido, haja vista que o fundamento do lançamento seria a destinação dos bens a futura comercialização, e não ficou comprovado o intuito comercial neste caso.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por maioria, com voto discordante do julgador José Bizerra Lima Irmão, considerar **PREJUDICADA** a defesa apresentada e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº. 299689.0130/08-9, lavrado contra **AQUILINO CANAL**, devendo os autos ser encaminhados à repartição fiscal de origem para fim de homologação do pagamento e o arquivamento do processo.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de março de 2009.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE