

A. I. N° - 206887.0128/08-6
AUTUADO - FEDERAL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - JOELSON ROCHA SANTANA
ORIGEM - IFMT NORTE
INTERNET - 17/04/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0065-03/09

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO. 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 IV, do artigo 122, do RPAF/99. Defesa **PREJUDICADA**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/06/2008, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, exige o imposto decorrente da falta de retenção do ICMS em virtude de convênio ou protocolo, e conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no estado da Bahia, no valor de R\$3.888,15, acrescido da multa de 60%, conforme Termo de Apreensão n° 206887.0052/08-0, fl. 05 e 06.

O sujeito passivo, por seu representante legal, fls. 17/19, solicita a extinção do crédito tributário em virtude de ter efetuado o pagamento total do crédito reclamado, através de GNER no valor de R\$3.888,15, fl.12 e DAE no valor de R\$2.332,89, fl.51.

Na sustentação oral, a advogada do autuado solicita dispensa da multa em razão do pagamento efetuado no prazo, previsto no artigo 45-A da Lei 7.014/96.

VOTO

O autuado ao reconhecer o lançamento tributário indicado no presente Auto de Infração e efetuar o respectivo pagamento, reconheceu o crédito tributário, ficando extinto o processo administrativo fiscal, nos termos do artigo 156, inciso I, do CTN, ficando **PREJUDICADA** a defesa apresentada.

Como se trata de extinção do PAF, que não se discute o mérito da autuação, cabe ao contribuinte requerer a repartição fiscal a alegada dispensa da multa.

VOTO DISCORDANTE

A autuação diz respeito à falta de retenção de ICMS em virtude de convênio ou protocolo, na qualidade de sujeito passivo por substituição.

Há nestes autos uma questão legal que, embora não tenha sido suscitada pela defesa, tenho, na condição de julgador, o dever de levantá-la de ofício. Os aspectos relativos à estrita legalidade não precisam ser impugnados pelo autuado. O julgador tem o dever de conhecer e aplicar a lei. O que cabe ao autuado impugnar, caso considere que deva fazê-lo, são os fatos, sob pena de se ter como verdadeiro aquilo de que é acusado. Já no tocante ao direito aplicável, a vontade do autuado não tem a menor influência, sendo irrelevante se ele concorda ou discorda, de modo que, verificado o fato, o preceito legal incide, independentemente de haver ou não impugnação.

No presente caso, a mercadoria apreendida é álcool hidratado.

A mercadoria é procedente do Estado de São Paulo.

Há acordos firmados entre a Bahia e o Estado de São Paulo para fins de substituição tributária nas operações com álcool etílico. Refiro-me ao Convênio ICMS 110/07 e ao Protocolo ICMS 17/04.

A autuação neste caso não foi feita em nome do remetente, estabelecido em São Paulo, como prevêem os acordos interestaduais, mas sim em nome do destinatário na Bahia.

Os referidos acordos foram incorporados ao texto do RICMS/97, que tem uma seção denominada “Da Substituição ou Antecipação Tributária nas Operações com Lubrificantes, Combustíveis e Produtos Químicos Derivados ou Não de Petróleo”, compreendendo os arts. 512-A e 512-B, e outra seção denominada “Das Operações com Álcool Etílico Hidratado Combustível e Álcool Não Destinado ao Uso Automotivo”, composta dos arts. 515-A a 515-F.

O art. 512-A, no que concerne às operações com álcool hidratante, prevê o seguinte:

“Art. 512-A. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS relativo às operações internas subsequentes com as mercadorias abaixo especificadas, na condição de sujeito passivo por substituição, os contribuintes a seguir indicados (Lei 7.014/96 e Conv. ICMS 110/07):

I - nas *operações internas*:

.....

b) o distribuidor de combustíveis, como tal definido e autorizado pelo órgão federal competente, tratando-se de:

1 - *álcool etílico não desnaturado*, com um teor alcoólico em volume igual ou superior a 80% vol. (*álcool etílico hidratado combustível*) - NCM 2207.10.00;

.....

III - nas *saídas interestaduais* de mercadorias destinadas ao território deste Estado:

a) o remetente, em relação às mercadorias listadas no inciso I, *excetuadas as operações com álcool hidratado*, observado o disposto no § 3º;

b) *o distribuidor de combustíveis, situado na unidade Federada de origem*, como tal definido e autorizado pelo órgão federal competente, nas operações com *álcool hidratado*” (grifei expressões).

Note-se que, de acordo com o inciso III, “b”, nas operações interestaduais com álcool hidratado a responsabilidade recai sobre o distribuidor situado na unidade federada de origem. Por conseguinte, é indevida a autuação do destinatário, tal como ocorreu no caso em apreço.

Os demais dispositivos a que fiz alusão não têm importância para o deslinde da questão destes autos. O art. 515-A manda que nas operações com álcool etílico hidratado combustível (AEHC) e com álcool não destinado ao uso automotivo, além das demais disposições regulamentares inerentes às operações do gênero, sejam observadas as regras dos arts. 515-B a 515-F.

O art. 515-B não interessa neste caso porque ele cuida do ICMS relativo às operações próprias, ou seja, não tem nada a ver com a sistemática da substituição tributária.

O art. 515-C também não interessa aqui, pois cuida da chamada “antecipação parcial”: ele atribui a condição de sujeito passivo por substituição ao estabelecimento localizado em unidade Federada signatária do Protocolo ICMS 17/04 que promover saída interestadual destinada ao território deste Estado de álcool etílico hidratado combustível (AEHC) ou de álcool não destinado ao uso automotivo, transportado a granel, quanto à antecipação parcial do imposto.

Os arts. 515-D e 515-E também cuidam da chamada “antecipação parcial”.

E o art. 515-F é um dispositivo-índice, que remete o leitor a outros dispositivos nas situações que indica, de modo que nesse artigo interessa apenas o inciso IX, “b”, o qual manda que no tocante à antecipação ou substituição tributária, em se tratando de álcool carburante, se observem as regras dos arts. 353, IV, e 512-A.

Voltando ao art. 512-A, já assinalei que, nos termos do inciso III, “b”, nas operações interestaduais com álcool hidratado a responsabilidade recai sobre o distribuidor situado na unidade federada de origem. Como no caso presente o Auto de Infração foi lavrado em nome do destinatário, é flagrante a sua ilegitimidade para figurar na relação jurídica em discussão.

É nulo, portanto, o lançamento, por ilegitimidade passiva. Tomo por fundamento o preceito do art. 18, IV, “b”, do RPAF.

Consta nos autos que o débito foi pago.

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

Demonstrarei que o pagamento 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 autuado pagou o débito, e “quem paga consente”. Porém penso de modo diferente. Ele apresentou defesa dentro do prazo legal porque não se conformava com a exigência fiscal. Desistência de defesa constitui renúncia a um direito – *e renúncia a um direito não se presume*. Ou o autuado 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 CTN, 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, não considero extinto o processo.

Tendo em vista os fundamentos já expostos, o presente lançamento é nulo, por ilegitimidade passiva, nos termos do art. 18, IV, “b”, do RPAF.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, considerar **PREJUDICADA** a defesa apresentada e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº 206887.0128/08-6, lavrado contra **EMPRESA FEDERAL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de março de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE