

A. I. N° - 299166.0755/08-6
AUTUADO - SONOPRESS RIMO IND. E COM. FONOGRÁFICA S.A.
AUTUANTE - VALTER LÚCIO CARDOSO DE FREITAS
ORIGEM - IFMT METRO
INTERNET - 17/04/2009

JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0066-03/09

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, consequentemente, 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 29/12/2008, pela fiscalização de mercadorias em trânsito, exige o imposto decorrente da falta de retenção do ICMS e consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no estado da Bahia, no valor de R\$649,09, acrescido da multa de 60%, conforme Termo de Apreensão n° 303379, fl. 03.

O sujeito passivo, por seu representante legal, ingressou com impugnação ao lançamento do crédito tributário, fls. 22/27, entretanto, foi efetuado o pagamento total do crédito reclamado, consoante relatório SIGAT (fls.70/72), e documento de arrecadação estadual, com respectivo comprovante de pagamento à fl.16.

VOTO

O autuado ao reconhecer o lançamento tributário indicado no presente Auto de Infração e efetuar o respectivo pagamento, reconheceu o crédito tributário, tornando-se assim ineficaz a defesa apresentada, conforme previsto no artigo 122, inciso IV, do RPAF/99. Em consequência, fica extinto o processo administrativo fiscal, nos termos do artigo 156, inciso I, do CTN, e **PREJUDICADA** a defesa apresentada.

VOTO DISCORDANTE

A autuação diz respeito à falta de retenção de ICMS pelo autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuinte localizado no Estado da Bahia.

O autuado é estabelecido no Estado de Amazonas.

Amazonas e Bahia são signatários de protocolo para fins de substituição tributária: Protocolo ICM 19/85 (ao qual a Bahia aderiu mediante o Protocolo ICM 18/97).

Foi apresentada defesa pela destinatária das mercadorias, a empresa L.F. Eventos e Produções Artísticas Ltda., na qual explica que se trata de CDs promocionais, e reclama que as mercadorias foram confiscadas por entender a fiscalização que elas teriam sido adquiridas com intuito comercial. Fala do seu objeto social. Assegura que os CDs são destinados à promoção de uma banda para contratantes e curiosos. Comenta dispositivos regulamentares. Pede a nulidade do Termo de Apreensão e a liberação das mercadorias. Juntou documentos.

O fiscal autuante contrapôs que os CDs apreendidos não têm características de amostras ou de materiais promocionais, e a quantidade é muito grande.

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”. Será?

Vejo a coisa assim:

- a) a fiscalização do trânsito apreendeu as mercadorias em 19.12.08 e lavrou o Auto de Infração em 29.12.08;
- b) as mercadorias ficaram apreendidas, em poder da transportadora;
- c) em 13.1.09 o Auto foi pago;
- d) após o pagamento, mas ainda dentro do prazo legal, o autuado impugnou o lançamento, sendo a petição protocolada em 20.1.09 – a impugnação é datada de 16.1.09.

Como a defesa é posterior ao pagamento, não se pode dizer que o autuado “desistiu” da defesa.

Ele apresentou defesa dentro do prazo legal porque não se conformava com a exigência fiscal.

O autuado não declarou que tivesse desistido da defesa. Se não declarou isso, 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.

Quem vende ou compra mercadorias precisa delas para girar seus negócios. 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.

Reitero que não concordo com o entendimento de que, ao pagar o débito, o autuado 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 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 abranger 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 irrecorribel. 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.

Ao apreciar o mérito, o que noto é uma quantidade significativa de CDs circulando com uma Nota Fiscal acompanhada de um instrumento que tem por título “Atendimento de Pedido de Venda”. O fiscal autuante observou que neles não consta nenhuma observação de que não se destinariam a venda.

Na verdade, mesmo que os CDs se destinasse a distribuição a título de brinde, cumpre notar que a distribuição de brindes constitui uma modalidade de operação de circulação de mercadorias. O ICMS não incide apenas sobre “vendas”. O ICMS tem como um de seus fatos geradores a realização de operações relativas à circulação de mercadorias. Por conseguinte, o fato gerador não é apenas a venda, mas sim qualquer negócio do qual resulte a mudança da titularidade de mercadorias com habitualidade.

Considero caracterizada a infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a 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 299166.0755/08-6, lavrado contra **EMPRESA SONOPRESS RIMO IND. E COM. FONOGRÁFICA S.A.**

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 DIVERGENTE