

**A. I. N°** - 232608.0101/11-2  
**AUTUADO** - DELL COMPUTADORES DO BRASIL LTDA.  
**AUTUANTE** - DOMINGOS SÁVIO BRAITTE FIGUEIREDO  
**ORIGEM** - IFMT SUL  
**INTERNET** - 24/08/2011

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0186-03/11

**EMENTA:** ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA A INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. A escolha da via judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia à faculdade de discutir a lide na esfera administrativa ou a desistência da impugnação, nos termos do art. 117 do RPAF/99. Defesa do Auto de Infração **PREJUDICADA**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 24.3.11, acusa falta de recolhimento de ICMS antes da entrada no território deste Estado [de mercadorias] provenientes de outra unidade da Federação, relativamente a aquisições efetuadas através da internet ou por serviço de “telemarketing”. Imposto lançado: R\$ 15.601,29. Multa: 60%.

O autuado apresentou defesa (fls. 272/285) explicando que o seu estabelecimento realiza vendas de mercadorias para todos os estados da Federação de duas maneiras: na forma presencial, quando o consumidor se desloca até lojas que vendem seus produtos e retira as mercadorias imediatamente ou solicita a entrega futura em seu domicílio, ou na forma não presencial, através da internet, sendo que expressiva parte de suas vendas é realizada de forma não presencial, por meio de seu *website*, o “www.dell.com.br”, modalidade de venda inserido no contexto do *e-commerce* (comércio eletrônico).

Quanto ao mérito, alega que, nas vendas efetuadas diretamente a consumidores finais não contribuintes domiciliados no Estado da Bahia, as operações são tributadas regularmente pela alíquota interna do Estado em que se situa o seu estabelecimento vendedor, em cumprimento ao disposto no artigo 155, inciso VII, alínea “b”, da Constituição. Argumenta que não há dúvidas quanto à correção do seu procedimento, já que a Lei Complementar nº 87/06 *[sic]* prevê que somente é devida a diferença de alíquotas do ICMS nas operações interestaduais quando destinadas a contribuintes do imposto, nos termos dos arts. 12, XIII, e 13, IX, e § 3º. Aduz que, não obstante ter recolhido o ICMS devido, em 4 de abril de 2011, foi notificada da lavratura deste Auto de Infração, que cobra ICMS sob a alegação de que não teria sido recolhido o adicional de ICMS instituído pelo Decreto estadual nº 12.534, de 23 de dezembro de 2010, que acrescentou o art. 352-B ao Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, conforme consta no lançamento fiscal. Reclama que o citado dispositivo regulamentar, ao estipular tal adicional de ICMS devido por antecipação, teria criado, de forma escancarada, um mecanismo que estabelece exigência de uma diferença de alíquotas em situações nas quais tal diferencial não é devido. Argumenta que o ordenamento jurídico vigente não permite a cobrança de diferença de alíquotas nos casos de vendas interestaduais de mercadorias a não-contribuintes, nos termos dos artigos 155, inciso VII, alínea “b”, da Constituição, bem como dos arts. 12, XIII, e 13, § 3º, da Lei Complementar nº 87/96.

Passa a demonstrar que essa questão já foi levada ao Poder Judiciário, tendo sido suspensa a exigibilidade do crédito tributário ora lançado, pois em 30 de março de 2011, portanto antes da lavratura deste Auto de Infração, impetrou Mandado de Segurança, distribuído sob o nº 0028669-

65.2011.805.0001, perante a 2ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, para que fosse assegurado o seu direito de não submeter suas operações de vendas interestaduais a consumidores finais não-contribuintes localizados nesse Estado às exigências impostas pelo art. 2º do Decreto nº 12.354/10, que acrescentou o art. 352-B ao RICMS/BA, conforme instrumentos anexos, tendo obtido Medida Liminar, que transcreve. Pondera que, em razão de a empresa contar com decisão judicial suspendendo a exigibilidade do crédito tributário em questão, nos termos do artigo 151, inciso IV, do CTN, o curso deste processo administrativo deverá ser sobrestado até o julgamento definitivo do Mandado de Segurança, conforme prescreve o art. 117, § 2º, inciso II, do Decreto nº 7.629/1999.

Sustenta que a criação de novo fato gerador e de novo sujeito passivo constitui violação à estrutura do ICMS prevista pela Constituição relativamente às operações internacionais de venda a consumidor final.

Assinala ser impossível que mediante decreto sejam estabelecidas obrigações sem fundamento legal e constitucional.

Reclama que houve violação ao princípio da não-discriminação de que cuida o art. 152 da Constituição, e reporta-se à jurisprudência do STF sobre o tema.

Requer a suspensão do curso do presente processo administrativo, em razão do ajuizamento de Mandado de Segurança que discute o mérito da presente cobrança, e, alternativamente, pede que o Auto de Infração seja cancelado.

Requer por fim que todas as intimações e publicações relativas a este processo sejam efetuadas em nome dos advogados e nos endereços indicados ao final da petição. Juntou documentos.

O fiscal designado para prestar a informação observa (fls. 344/348) que a ação fiscal que originou este Auto de Infração foi realizada por unidade móvel fiscal (UMF), sendo verificada a falta de recolhimento do ICMS antes da entrada [das mercadorias] no território da Bahia, referentes a aquisições interestaduais efetuadas pela internet. O informante sugere que a defesa seja arquivada porque o Auto de Infração foi quitado no dia 25.3.11, conforme comprovantes às fls. 265 e 268, e ainda o termo de homologação à fl. 270. Frisa que, de acordo com o art. 156, I, do CTN, a primeira forma de extinção do crédito tributário é com o pagamento, e no art. 122, I, do RPAF é previsto que se extingue o processo administrativo fiscal com a extinção do crédito tributário lançado. Argumenta que não se paga aquilo que se desconhece, e como a data do pagamento foi 25.3.11, esta teria sido a “data da ciência”, e como a defesa, na sua opinião, teria sido apresentada no dia 27.6.11 [sic], ela seria intempestiva, e por isso deve ser arquivada.

Quanto ao mérito, o informante observa que a defesa está direcionada ao questionamento da legalidade do Decreto nº 12.534, mas o autuante buscou cumprir o RICMS, cujo art. 352-B, a seu ver, prevê a obrigatoriedade de recolhimento do ICMS antes da entrada das mercadorias neste Estado quando oriundas de outra unidade da Federação, nas compras pela internet ou “telemarketing”, devido por antecipação.

No que tange ao julgamento, o informante lembra que o art. 167 do RPAF define as situações que não estão compreendidas na competência dos órgãos julgadores.

Relativamente à ação judicial proposta pelo autuado, o informante assinala que ela foi impetrada em 30.3.11, sendo portanto posterior ao Auto de Infração, e foi impetrada de forma genérica, e não em relação ao procedimento do qual decorreu este Auto de Infração. Destaca que, nos termos da lei citada pela defesa, a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação.

Reitera que a defesa deve ser desconsiderada, e aduz que o Auto de Infração deveria ser remetido para inscrição em dívida ativa. Sugere que a defesa seja considerada intempestiva e arquivada, e

que o processo seja homologado em razão do pagamento efetuado, e, caso seja considerada a defesa, propõe que o lançamento seja julgado procedente.

#### **VOTO**

O lançamento em discussão refere-se à falta de recolhimento de ICMS antes da entrada no território deste Estado de mercadorias provenientes de outra unidade da Federação, relativamente a aquisições efetuadas através da internet.

A defesa requer em preliminar que o curso deste processo administrativo seja sobrestado até o julgamento definitivo de Mandado de Segurança que teria sido impetrado perante a 2ª Vara da Fazenda Pública de Salvador anteriormente a este Auto de Infração.

A Liminar concedida foi no sentido de que a autoridade apontada como coatora promovesse a imediata liberação da carga que foi apreendida em outra ação fiscal e não exigisse da impetrante o pagamento do ICMS antecipado do ICMS na situação que indica, com a conseqüente suspensão da exigibilidade da exação então contestada, bem como determinar a impossibilidade de eventual retenção de mercadorias pela fiscalização, em razão de não pagamento do tributo, assegurando-se a expedição de certidões CPDEN e a não inclusão em cadastros de proteção ao crédito, até julgamento final do processo.

Embora, ao contrário do que afirma a defesa, a ação judicial seja posterior a este Auto, haja vista que ela foi ajuizada em 30.3.11 e este Auto de Infração é de 24.3.11, a matéria de direito é a mesma, e portanto a questão está “sub judice”.

O fiscal que prestou a informação levantou duas questões. Uma é de que o autuado pagou este Auto no dia 25.3.11, e como não se paga aquilo que se desconhece, a data do pagamento deveria ser considerada como “data da ciência”, de modo que, tendo a defesa sido apresentada no dia 27.6.11, ela seria intempestiva, e por isso deveria ser arquivada.

Embora não concorde com essa tese, devo observar que a defesa não foi apresentada no dia 27.6.11, conforme diz o nobre autuante, mas sim no dia 4.5.11, de acordo com o protocolo à fl. 271.

A outra questão levantada pelo informante é de que a defesa deveria ser arquivada porque o Auto de Infração foi quitado no dia 25.3.11, e de acordo com o art. 156, I, do CTN, a primeira forma de extinção do crédito tributário é com o pagamento, e no art. 122, I, do RPAF é previsto que se extingue o processo administrativo fiscal com a extinção do crédito tributário lançado.

Discordo do entendimento de que o processo estivesse extinto por essa razão, haja vista que há uma defesa e o autuado não manifestou sua desistência dela. 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. A fiscalização do trânsito apreendeu as mercadorias em 22.3.11 e lavrou o Auto de Infração em 24.3.11. As mercadorias ficaram apreendidas, em poder da transportadora, conforme recibo datado de 24.3.11. Um dia depois da lavratura do Auto, este foi pago, em 25.3.11. O autuado efetuou o pagamento antes mesmo de tomar ciência formalmente do lançamento – a ciência foi efetuada a 13.4.11 (fl. 267). A defesa é de 4.5.11. O que teria levado o autuado a efetuar o pagamento do Auto assim tão rápido, um dia após a lavratura do Auto, antes mesmo da ciência formal? Teria pago por concordar com o lançamento? Claro que não, tanto assim que se defendeu em tempo hábil. Ele pagou porque queria a liberação das mercadorias apreendidas. 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 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, o processo subsiste sob o aspecto analisado.

Porém o processo está extinto por outra razão – a questão se encontra “sub judice”.

Os fatos não foram negados.

Não foram alegados vícios formais do procedimento.

Quanto aos aspectos jurídicos, estes se encontram sob apreciação do Poder Judiciário, nos autos do Mandado de Segurança nº 0028669-65.2011.805.0001, perante a 2ª Vara da Fazenda Pública de Salvador, de modo que este Conselho deve abster-se de apreciar a matéria de direito, haja vista que, nos termos do art. 117 do RPAF/99, com a redação dada pelo Decreto nº 8.001/01, a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao direito de defender-se na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso interposto. Assim sendo, em face do art. 122, IV, do RPAF/99, está extinto o presente processo administrativo, e os autos devem ser encaminhados à PGE/PROFIS para aguardar o desfecho final da lide no âmbito do Poder Judiciário, lembrando que o débito correspondente foi pago.

Recomendo que as intimações relativas a este processo sejam efetuadas em nome dos advogados e nos endereços indicados ao final da impugnação.

Voto pelo NÃO CONHECIMENTO da defesa, por se encontrar prejudicada, ficando extinto o presente processo administrativo.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a defesa e declarar **EXTINTO** o presente processo administrativo fiscal, relativo ao Auto de Infração nº **232608.0101/11-2**, lavrado contra **DELL COMPUTADORES DO BRASIL LTDA.**, devendo o mesmo ser encaminhado à PGE/PROFIS para

adoção das medidas cabíveis, haja vista que a matéria se encontra “sub judice”, embora o crédito tributário tenha sido pago.

Recomenda-se que as intimações relativas a este processo sejam efetuadas em nome dos advogados e nos endereços indicados ao final da impugnação.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de agosto de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – JULGADORA