

**PROCESSO** - A. I. Nº 206920.1209/08-8  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - CLEIVONETE SOUZA COMES  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JF nº 0138-03/10  
**ORIGEM** - IFMT – DAT/SUL  
**INTERNET** - 08/10/2010

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0317-12/10

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. Não se configura nos autos a ausência de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator. Destarte, cumpre afastar o julgamento pela nulidade, devendo os autos serem devolvidos à Junta de Julgamento para proferir nova Decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0138-03/10, ter desonerado o sujeito passivo do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99.

O Auto de Infração, lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias em 10/12/08, trata da falta de pagamento de ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, relativamente a mercadorias adquiridas em outro Estado, para comercialização, por contribuinte não inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia. Imposto lançado: R\$ 303,22. Multa: 60%.

Após análise das peças processuais, a 3ª JF, a unânime, prolatou a seguinte Decisão:

*O lançamento em discussão diz respeito à falta de pagamento de ICMS por antecipação na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso por contribuinte não inscrito no cadastral estadual de contribuintes, relativamente a mercadorias adquiridas em outro Estado para comercialização. O autuado alega que não solicitou as mercadorias.*

*Observo que a autuação se deu no posto fiscal da divisa entre a Bahia e Goiás. Sendo assim, a descrição do fato no corpo do Auto de Infração contém uma afirmação não condizente com a verdade, ao ser dito que teria havido falta de recolhimento de ICMS na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso. Essa descrição seria correta se o contribuinte tivesse deixado de pagar o tributo por antecipação no primeiro posto fiscal da fronteira ou do percurso, sendo o fato apurado em outro posto fiscal mais adiante. Porém está patente nestes autos que a ação fiscal se deu precisamente no primeiro posto fiscal deste Estado, na fronteira entre a Bahia e Goiás. Não houve, por conseguinte, a infração argüida.*

*O art. 125, II, “a”, do RICMS, prevê que neste caso o imposto seja pago “na entrada no território deste Estado”. Pagar o imposto “na entrada” não significa pagar “através de Auto de Infração”, pois não existe infração quando se faz o que o ordenamento jurídico determina. Infração haveria se a abordagem da fiscalização ocorresse em outro posto fiscal mais adiante, já tendo a carga passado pela primeira repartição fiscal.*

*A regra do art. 125, II, “a”, afina-se com a orientação do art. 426, que prevê como se deve proceder no caso de mercadorias procedentes de outro Estado destinadas a contribuinte não inscrito ou sem destinatário certo. O art. 426 manda que o imposto seja pago O art. 426 manda que o impostop seja pago na fronteira, no primeiro posto fiscal neste Estado, quando as mercadorias não tiverem destinatário certo ou quando se destinarem a empresa situada neste Estado não inscrita no cadastro de contribuintes. O imposto é calculado sobre o valor adicionado. Mas o pagamento no primeiro posto da fronteira é feito espontaneamente. Somente se o imposto não for pago no primeiro posto fiscal é que a carga fica sujeita a autuação. Também será feita a autuação quando, comprovadamente, o contribuinte se recusar a pagar o tributo espontaneamente no posto de fronteira. No presente caso, o Termo de Apreensão foi lavrado às 12h42min, e logo em seguida, às 13h2min foi emitido o Auto de Infração. Não consta no Auto nem no Termo de Apreensão que o*

*pagar o imposto espontaneamente. Sendo assim, não está configurada a infração. O procedimento é nulo, nos te*  
*A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação de*  
*interessado sanar alguma irregularidade porventura existente antes do inic*

Created with

sanções.

*Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.*

Como coube ao Estado da Bahia o ônus da sucumbência e não tendo a 3ª JJF recorrido, pois o lançamento fiscal não atingiu valor para a interposição de Recurso de Ofício, a Coordenação de Administrativa deste CONSEF (fl.36) o fez, com base no que dispõe o art. 169 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99). Entende que o resultado do julgamento proferido pela 3ª JJF configura Decisão manifestadamente contrária à legislação tributária, especificadamente quanto ao art. 125, II, “a”, item 2, do RICMS/BA, assim como, ao entendimento manifestado em julgamentos reiterados deste CONSEF. Sugere que o PAF seja submetido à nova análise, via Recurso de Ofício.

Manifestando-se, a Senhora Presidente do CONSEF ratificou o posicionamento do Coordenador Administrativo deste Colegiado.

## VOTO

A infração que gerou o Auto de Infração cuida da cobrança do ICMS, por antecipação tributária, em razão de contribuinte não cadastrado no Cadastro de Contribuintes deste Estado – CAD-ICMS ter adquirido mercadorias em volume que caracteriza a sua comercialização. O próprio autuado se identifica como “ambulante” (fl. 14 dos autos).

Ao analisar as peças processuais e confrontá-las com a Decisão exarada pela JJF, entendo haver equívocos na Decisão prolatada.

Mesmo admitindo todo o raciocínio desenvolvido pelo nobre relator, a Decisão não seria de nulidade do Auto de Infração com base no art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/BA (Dec. nº 7.629/99) como decidido pela JJF. O que este dispositivo legal determina é a nulidade do lançamento fiscal *que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator*. No caso, a Decisão recorrida entendeu não existir, no momento da apreensão das mercadorias e lavratura do Auto de Infração, o fato gerador do imposto, motivação que não se adequa à norma acima referida.

E, fato é, ao analisar os autos, a infração e o infrator restam caracterizados. O montante do imposto exigido, de igual sorte, encontra-se calculado. Por sua vez, o autuado exerceu plenamente o seu direito de defesa.

Assim, estando claro o equívoco da Decisão recorrida e, como não é possível ser suprida por esta Câmara de Julgamento Fiscal, sob pena de supressão de instância, ela é nula nos termos do disposto no art. 18, inc. III, do RPAF/BA, devendo o processo retornar à Primeira Instância para nova Decisão a salvo de falhas.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 206920.1209/08-8, lavrado contra **CLEIVONETE SOUZA COMES**, devendo o processo retornar à Primeira Instância para nova Decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de setembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ROSANA MACIEL BITENCOURT I