

A. I. N° - 206920.1209/08-8
AUTUADO - CLEIVONETE SOUZA GOMES
AUTUANTE - MARCO ANTÔNIO MACHADO BRANDÃO
ORIGEM - IFMT/SUL
INTERNET - 18/03/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0016-03/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. DÚVIDA QUANTO À IDENTIFICAÇÃO DO INFRATOR. O autuado nega que tivesse solicitado ou recebido as mercadorias. O autuado, na condição de destinatário, não deu saída da mercadoria, não a transportou, não deixou de emitir documento algum, e portanto não cometeu nenhuma infração. Não pode uma infração ser cometida por determinada pessoa e outra ser punida em seu lugar. Está caracterizada a ilegitimidade passiva. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias em 10/12/08, diz respeito à 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%.

O autuado apresentou defesa alegando que não solicitou nem recebeu as mercadorias em questão, não podendo portanto assumir a pena de pagar multa por um fato a que não deu causa.

O autuante prestou informação observando que o autuado não discute o mérito da autuação. Diz que o art. 125 do RICMS é cristalino quanto à forma de tributação a ser aplicada quando o contribuinte não tem inscrição no cadastro estadual. Opina pela manutenção do lançamento.

O processo foi julgado nulo por esta Junta, mediante o Acórdão JJF 0138-03/10, com fundamento no art. 125, II, “a”, do RICMS, em consonância com o art. 426, os quais prevêem que o imposto seja pago na fronteira, no primeiro posto fiscal do percurso neste Estado, quando as mercadorias não tiverem destinatário certo ou quando se destinarem a pessoa situada neste Estado não inscrita no cadastro de contribuintes, para revenda, relativamente ao valor adicionado, porém o pagamento deve ser feito espontaneamente, somente devendo haver autuação se o tributo não for pago no primeiro posto fiscal ou se o contribuinte se recusar a efetuar o pagamento.

Houve Recurso de Ofício, com arrimo no § 2º do art. 169 do RPAF, considerando-se que o julgamento levado a efeito seria manifestamente contrário à legislação tributária, especificamente quanto ao art. 125, II, “a”, 2 [do RICMS], assim como ao entendimento manifestado em julgamentos reiterados deste Conselho.

A 2ª Câmara, mediante o Acórdão CJF 0317-12/10, deu provimento ao Recurso, e devolveu os autos para nova decisão. Na fundamentação do voto da nobre Relatora, é assinalado que, mesmo que prevalecesse o raciocínio que conduziu à nulidade do lançamento na primeira instância, a decisão não seria de nulidade com base no art. 18, IV, “a”, do RPAF, como concluiu esta Junta, haja vista que o que esse dispositivo prevê é a nulidade do lançamento que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, porém no caso da decisão recorrida o que a Junta entendeu foi não existir o fato gerador do imposto, de modo que esta motivação não se adequaria à norma acima referida.

VOTO

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 cadastro estadual de contribuintes, relativamente a mercadorias adquiridas em outro Estado para comercialização.

O autuado alega que não solicitou nem recebeu as mercadorias. Argumenta que não pode responder por um fato a que não deu causa.

Há um problema aqui quanto à identificação da pessoa do infrator. O Auto de Infração foi lavrado em nome do destinatário. A autuação teria de recair contra quem estivesse praticando o ato infringente: o contribuinte ou o responsável solidário. Noutras palavras, o Auto de Infração teria de ser lavrado contra o contribuinte (o remetente, a pessoa que realizou o fato gerador da obrigação, consumado no momento da saída) ou contra o transportador, este na condição de responsável solidário. Porém jamais contra o destinatário.

O § 3º do art. 39 do RICMS prevê:

“§ 3º A responsabilidade prevista neste artigo não exclui a do contribuinte, facultando-se ao fisco exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos.”

Observe-se que, literalmente, o texto regulamentar, repetindo a lei, prevê a faculdade de o fisco “exigir o crédito tributário de qualquer um ou de ambos os sujeitos passivos”. A chave da questão está na expressão “*ambos os sujeitos passivos*”. Não obstante a operação em lide haver envolvido *três pessoas* (o remetente, o transportador e o destinatário), a exigência do tributo somente pode ser feita ao *contribuinte* ou ao *responsável*.

Poder-se-ia aventar que o destinatário também é contribuinte do imposto.

Entretanto, quando o § 3º do art. 39 do RICMS, acima transcrito, se refere a *contribuinte*, não está tomando esse termo em tese, e sim em função do caso concreto: entenda-se por contribuinte a pessoa em cujo estabelecimento se verificou o fato gerador, ou seja, a pessoa que efetuou a saída da mercadoria de seu estabelecimento. Tendo em vista que o remetente (contribuinte) é de outro Estado, fica de plano afastada a possibilidade de a autuação recair em seu nome. Por conseguinte, a autuação teria necessariamente de ser feita em nome do transportador ou do detentor dos bens, na condição de responsável solidário. Cumpre assinalar que, nos termos do art. 632, VII, do RICMS, no caso de mercadorias sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea, mesmo havendo evidência de que elas procedem de outra unidade da Federação, presume-se que elas foram postas em circulação neste Estado, considerando-se ocorrido o fato gerador no local onde se encontrem no momento da apreensão.

De acordo com os elementos acostados aos autos pela fiscalização, o detentor dos bens era o transportador, isto é, a Comercial Ramos, conforme consta no campo próprio da Nota Fiscal. Era em nome dele que deveria ter sido lavrado o Auto de Infração.

Está caracterizada a ilegitimidade passiva. O autuado, na condição de destinatário, não deu saída da mercadoria, não a transportou, não deixou de emitir documento algum, e portanto não cometeu nenhuma infração. Não pode uma infração ser cometida por determinada pessoa e outra ser punida em seu lugar.

A repartição fiscal analisará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o interessado, antes do início de nova ação fiscal, sanar alguma irregularidade porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, exime-se de sanções.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com fundamento no art. 18, IV, “b”, do RPAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206920.1209/08-8**, lavrado contra **CLEIVONETE SOUZA GOMES**.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de fevereiro de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – JULGADORA