

**PROCESSO** - A. I. Nº 232340.0017/15-5  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - FERNANDO SODRÉ PINHO  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0001-02/16  
**ORIGEM** - IFMT-DAT/METRO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 13/07/2016

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0120-11/16

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. FALTA DE APRECIÇÃO DE MÉRITO. NOVA DECISÃO. Em sede de Recurso de Ofício, não é possível ingressar no mérito de questões não decididas pelo órgão “*a quo*”, passíveis de serem decididas, pois isto significaria supressão de instância. O PAF deverá retornar à Junta de julgamento Fiscal para novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício contra Decisão da 2ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal; Acórdão nº 0001-02/16), que julgou Nulo o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 13/04/2015 para exigir crédito tributário na cifra de R\$ 1.105.000,00, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d" da Lei nº 7.014/1996, sob a acusação de falta de recolhimento - antes da entrada da mercadoria no território deste Estado -, do ICMS referente à antecipação parcial incidente sobre operações efetuadas por contribuinte "*que não preenche os requisitos previstos na legislação fiscal*".

No campo destinado à descrição dos fatos está escrito o seguinte, *in verbis*: "*falta de recolhimento da antecipação parcial / total do ICMS, pelo contribuinte, quando da aquisição de mercadorias em outra unidade da Federação (Goiás). Danfes números 81.095 e 81.101. Mandado de Fiscalização nº 17914976000172-201548. Mandado desmembrado por orientação do Coordenador Washington*".

Consoante o documento de fl. 08, nas datas das operações fiscalizadas e da lavratura do Auto de Infração (28/03/2015 e 13/04/2015) o sujeito passivo apurava o imposto com base no Simples Nacional.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 02/02/2016 e decidiu pela Nulidade de forma unânime (fls. 34 a 37), nos termos abaixo reproduzidos.

#### “VOTO

*A acusação constante no Auto de Infração é de: “Infração 54.05.08 – Falta de recolhimento do ICMS referente à antecipação tributária – parcial, antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação, por contribuinte que não preenche os requisitos previstos na legislação.”*

*Foi utilizado o Auto de Infração modelo 4, neste PAF para a constituição do crédito tributário em lide, o qual é utilizado para formalizar lançamentos de ofício nas infrações apuradas pela fiscalização trânsito de mercadorias.*

*A ação fiscal foi determinada pela Central de Operações Estaduais da Secretaria da Fazenda, conforme Mandado de Fiscalização nº 17914976000172-201548 (docs.fl.s.09 e 10), cuja conclusão fiscal está baseada de que as mercadorias foram, adquiridas pelo autuado e tem origem no Estado Goiás através dos Danfes nºs 81095 a 81101 ( docs.fl.s.06 e 07).*

*Inicialmente vale consignar que cabe ao julgador, ao analisar um processo, em preliminar debruçar-se sob o mesmo do ponto de vista formal, somente adentrando no mérito se verificado que não há nenhum óbice daquela natureza que fulmine de pronto o referido processo por nulidade.*

*Neste processo, ao verificar se o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, ou seja, se enseja em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, constato que o processo apresenta vício insanável na consecução do lançamento de ofício, uma vez que, apesar de se tratar de um Auto de Infração, Modelo “4” – Trânsito, vislumbro que, o mesmo não se trata de “uma infração constatada no trânsito de mercadorias”, visto que não houve apreensão das mercadorias, e por via de consequência não foi lavrado o correspondente Termo de Apreensão, haja vista que o Termo de Ocorrência Fiscal às fls.04 e 05 apesar de constar a assinatura do autuado não houve apreensão das mercadorias.*

*A exação fiscal diz respeito aos DANFES 81095 a 81101 (docs.fl.s.06 e 07), os quais, estão datados de 28/03/2015, e não consta a indicação do transportador, sendo a suposta apreensão em 13/04/2015 sem a informação no Termo de Ocorrência Fiscal da Placa Policial do veículo transportador. Além disso, a ação foi determinada em 08/04/2015 pela Central de Operações Estaduais (COE), o que evidencia que as mercadorias não estavam em trânsito.*

*O débito lançado no auto de infração foi apurado com base no somatório dos DANFES, os quais foram emitidos em 28/03/2015. Portanto, por se tratar de operações pretéritas e não ter ocorrida qualquer apreensão de mercadoria, haja vista que a ciência do auto de infração ocorreu em 18/07/2015, conclui-se que não se trata de “uma infração constatada no trânsito de mercadorias”, apesar de o autuante exercer o cargo de Agente de Tributos Estaduais.*

*Reza o art. 107, § 3º da Lei nº 3.956/81 que “Compete aos Agentes de Tributos Estaduais a constituição de créditos tributários decorrentes da fiscalização de mercadorias em trânsito e nos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte que sejam optantes pelo Simples Nacional.”, dispositivo repetido no Decreto nº 7.629/99, adrede mencionado.*

*No caso, comprovado tratar-se de um Auto de Infração lavrado em consequência de uma ação fiscal ocorrida em um estabelecimento comercial, sob o regime Simbahia de apuração do ICMS, conforme consta no extrato do INC – Informações do Contribuinte no site da SEFAZ, fl.08, nos termos do art. 107, § 3º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), não falece de competência ao autuante para a lavratura de Auto de Infração em estabelecimento comercial.*

*Assim, apesar de o autuante ter competência para a lavratura de Auto de Infração em estabelecimentos comerciais optante pelo Regime do Simples Nacional, pelo fato de restar caracterizado que a ação fiscal não ocorreu no trânsito, sem a apreensão das mercadorias, concluo que ocorreu vício insanável na lavratura do presente auto de infração, o que leva à nulidade do lançamento de ofício, em estrita consonância com o artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o qual prevê tal medida quando o lançamento não oferecer segurança na imputação ou não for obedecido o devido processo legal.*

*Com fulcro no artigo 21 do RPAF/99, represento à autoridade fazendária, para que o ato administrativo de lançamento fiscal seja repetido a salvo de falhas, em ação fiscal no estabelecimento, merecendo ressaltar que o autuado acostou ao processo documentos representado por certidão policial de que não adquiriu as mercadorias objeto da lide.*

*Do exposto, voto NULO o Auto de Infração”.*

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite estatuído no art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), a 2ª JJF recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão nº 0001-02/16.

## VOTO

Com a devida licença, de início, cumpre ressaltar que o modelo utilizado para lavrar um Auto de Infração é de menor importância na determinação da sua validade jurídica. Em verdade, importa perquirir se o procedimento foi levado a efeito por agente competente, na forma determinada em

Lei (o que não depende modelo do formulário), com motivação de fato e de direito, assim como com finalidade e objeto, legal e claramente evidenciados.

No presente caso, o lançamento de ofício foi lavrado por agente de tributos, servidor público com atribuição para fazê-lo nas situações previstas no art. 107, § 3º da Lei nº 3.956/1981 (Código Tributário do Estado da Bahia), entre as quais a fiscalização de contribuintes optantes pelo Simples Nacional, no qual se enquadra o recorrido (fl. 08).

Relativamente à forma, constato, à fl. 02, que a exigência resultou de monitoramento, por meio de regime sumário de apuração do imposto, nos termos previstos no art. 318 do RICMS-BA/2012. Foi lavrado Termo de Ocorrência Fiscal no dia 09/04/2015 (fl. 11), assinado por auxiliar administrativo do fiscalizado, em obediência ao art. 28, IV-A do RPAF-BA/1999.

O contribuinte impugnou o lançamento e ingressou no mérito (fls. 18 a 21), inclusive asseverando com veemência não ter realizado as operações e que o fornecedor deveria "*pagar pelo crime praticado*", razão pela qual é forçoso concluir que não houve qualquer prejuízo à ampla defesa ou ao contraditório.

Os motivos de fato e de direito restaram devidamente consignados no corpo do Auto de Infração, na informação fiscal e nos demais documentos apensados aos autos. Se efetivamente correspondem à realidade é questão de mérito, no qual não adentrou a Junta de Julgamento Fiscal.

Quanto à finalidade e ao objeto, considero desnecessário tecer considerações de maior profundidade, porquanto observada a indisponibilidade do interesse público primário de exigir o tributo devido.

Portanto, no tocante à competência do agente público, ao objeto, à finalidade, à forma e à motivação, não existe vício neste Auto de Infração.

A doutrina e a jurisprudência de Direito Administrativo consagraram o postulado segundo o qual não há nulidade sem prejuízo, ou seja, o ato não será declarado nulo quando não causar dano. Assim, se o núcleo das garantias do administrado, tal como os princípios da ampla defesa, contraditório, devido processo legal etc. estiver assegurado, não é o caso de invalidade. De acordo com o referido postulado, apenas será expurgado o ato administrativo que causar lesão ao interesse público ou aos direitos e garantias fundamentais, em atenção ao princípio da segurança jurídica.

Em sede de Recurso de Ofício, não é possível ingressar no mérito de questões não decididas pelo órgão "*a quo*", passíveis de serem decididas, pois isto significaria supressão de instância. O PAF deverá retornar à Junta de Julgamento Fiscal para nova Decisão.

Em face do exposto, voto pelo PROVIMENTO Recurso de Ofício, julgo NULA a Decisão recorrida e remeto os autos à JJF.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e decretar **NULA** a Decisão recorrida, referente ao Auto de Infração nº **232340.0017/15-5**, lavrado contra **FERNANDO SODRÉ PINHO**, com a remessa dos autos à JJF para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de junho de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS