

A. I. Nº - 161729,0688/12-2
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)
AUTUANTE - LUCIANO FREITAS AMARAL
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 11/10/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0162-05/13

EMENTA: ICMS. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Ausência do Termo de Início de Fiscalização e falta da ciência do sujeito passivo. Vício formal. Ineficácia da acusação fiscal. Recomendação para o refazimento do lançamento tributário. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 12/12/2012, reclama ICMS no valor de R\$11.286,00, acrescido da multa de 60%, apurado mediante acusação de *“Falta de recolhimento do imposto devido pela operação própria”*.

O autuado ao apresentar impugnação, em 03/04/2013, (fls. 20/29), inicialmente, ressalta que, de acordo com a SEFAZ/BA, o impugnante incorreu na falta de recolhimento do imposto devido pela operação própria. Contudo, o Auto de Infração não merece subsistir, uma vez que não houve qualquer infração à legislação tributária.

Explica que o ponto principal envolvido, no Auto de Infração, consiste na exigência desarrazoada para o recolhimento do ICMS normal da operação, no momento da entrada da mercadoria (combustíveis), por antecipação parcial. Esta prática imposta pelo Fisco impede o autuado de exercer o seu direito de compensar créditos e débitos, operação que garante a efetivação do princípio da não cumulatividade. Afirma, em razão desse princípio, o ICMS incidente nas etapas anteriores deve ser utilizado como crédito no momento de apuração do ICMS devido, mediante o encontro de débitos e créditos do ICMS, quando do procedimento denominado de “conta-corrente”. Assim, é concedido ao contribuinte o direito de apenas pagar o ICMS caso haja um saldo positivo remanescente. No entanto, para que seja possível a utilização do ICMS creditado pelo autuado, é necessário que se proceda ao encontro de contas entre créditos e débitos, mês a mês, em seus livros fiscais e em seus balanços financeiros.

Acrescenta que, no momento da exigência pelo Fisco, o ICMS próprio ao autuado seja recolhido quando da entrada da mercadoria (*“e que a alíquota seja calculada sobre o preço constante na nota fiscal, por consequência”*), é impossível obedecer ao princípio da não cumulatividade para a compensação de débitos com créditos, pelo fato do valor constante da nota fiscal, não considerar os créditos de ICMS, os quais deveriam ser cotejados com valores a débito no final do mês. devido por ela, posto que o preço “cheio” de seu produto considerado, sem qualquer desconto a título de não cumulatividade. Tal procedimento não segue a legislação tributária em vigente, v.g., art. 155, II, §2º, I da CF/88, art. 28 e 29 da Lei nº 7.014/96 e 114 do RICMS.

Frisa que a própria legislação estadual dispõe sobre a não cumulatividade do ICMS, sendo ilegal a restrição do Fisco a respeito do recolhimento prévio do ICMS. Assim, não cabe a exigência de recolhimento do ICMS da operação própria no momento da entrada da mercadoria, pois o recolhimento antecipado será um óbice à compensação de créditos com os débitos do imposto.

Pontua a respeito das planilhas constantes nos autos, referentes ao Auto de Infração, em decorrência da própria descrição da suposta infração, demonstrativos obscuros e em desacordo

com a realidade dos fatos, objeto da autuação. Pois não houve completa dedução dos valores, a título de ICMS – Antecipação Parcial, efetivamente recolhidos pelo contribuinte.

Dessa forma, assevera a improcedência o Auto de Infração, diante do julgamento administrativo, com exclusão da multa e dos juros imputados, tendo em vista a realização da antecipação parcial do recolhimento do ICMS, no momento da entrada da mercadoria, ocasiona ofensa ao direito do contribuinte a compensar valores a débito com os créditos relativos às operações anteriores.

Requer diligência fiscal, a fim de averiguar a procedência do montante devido e conformar a autuação à realidade dos fatos. Justifica a falta de recolhimento a menos do ICMS Substituição, vez que foi devido e corretamente recolhido quando da realização das operações de saída da mercadoria.

Ressalta, ainda, que não houve qualquer erro na determinação da base de cálculo do ICMS Substituição, não incluindo na base de cálculo do tributo o desconto incondicional, pelo fato do preenchimento dos campos das notas fiscais e do próprio *software* do Estado da Bahia gerar o cálculo. Tal ocorrência demonstra-se ao lançar qualquer desconto incondicional no *software* de emissão da NF-e, o qual se verificará a não inclusão dessa parcela na base de cálculo. Há campo à parte justamente para que não ocorra a diminuição da base de cálculo do ICMS e, conseqüentemente, a diminuição da arrecadação tributária, pois o programa de emissão de NF-e, impede que sejam lançados descontos incondicionais na base de cálculo do ICMS. Nesse ínterim, para o autuado, salta aos olhos a ilegalidade da cobrança no que diz respeito ao seu valor, tendo em vista a utilização como referência a Pauta Fiscal (PMPF).

Defende que de acordo com a Alteração nº 140 do RICMS, com vigência a partir de 23/11/2012 (Art. 512-B, §1º-A, do RICMS-BA), *“nas operações com AEHC, prevalecerá como base de cálculo o preço médio ponderado a consumidor final (PMPF) estabelecido através de Ato COTEPE, se maior que a base de cálculo prevista no inciso III do caput deste artigo”*. O referido inciso III do caput dispõe que: *“na falta do preço a que se refere o inciso I, nas operações realizadas por distribuidora de combustíveis, o montante formado pelo preço estabelecido por autoridade competente para o sujeito passivo por substituição tributária, ou, em caso de inexistência deste, o valor da operação acrescido dos valores correspondentes a frete, seguro, tributos, contribuições e outros encargos transferíveis ou cobrados do destinatário, adicionados, em ambos os casos, do valor resultante da aplicação dos percentuais de margem de valor agregado divulgados mediante Ato COTEPE, publicado no Diário Oficial da União, observado o disposto nos §§ 1º e 1º-A”*.

Esclarece, ainda, conforme disposto no Auto de Infração, que o valor da base de cálculo para a incidência do ICMS, será o valor encontrado através do PMPF (preço médio ponderado a consumidor final), valor da Pauta Fiscal. Para o autuado, o lançamento tributário jamais poderia ter sido baseado em uma Pauta Fiscal (PMPF), pois não reflete a realidade do mercado. Do contrário, o valor do PMPF não seria tão discrepante daquele praticado pelo impugnante. A autuação fiscal deve ser baseada em valores concretos, e não supostos e fictícios (como é o caso do PMPF), sob pena de ser cobrado do contribuinte valores muito além do quanto efetivamente devido.

Exemplificou fazendo referência com a *“base de cálculo do ICMS-ST = R\$ 0,5, é porque ocorreu a operação aritmética representada pela equação (R\$ 2,00 – R\$ 1,50), na qual “R\$ 2,00” é o valor da Pauta Fiscal e “R\$ 1,50” é o valor da base de cálculo do ICMS próprio. Contudo, se a base de cálculo do ICMS-ST = R\$ 1,00, é porque ocorreu a operação aritmética representada pela equação (R\$ 2,00 – R\$ 1,00), na qual “R\$ 2,00” é o valor da Pauta Fiscal e “R\$ 1,00” é o valor da base de cálculo do ICMS próprio”*.

Assim, a margem de lucro presumida pelo Estado da Bahia é de mais de 100% (cento por cento), fora da realidade do mercado. Ressalta a inexistência de preço próximo ao previsto na pauta fiscal baiana. Este fato *“torna a pauta fiscal (PMPF) um instrumento impróprio para aumentar a arrecadação do tributo, o que registra a sua ilegalidade e demanda, conseqüentemente, a revisão dos valores tidos como devidos, de forma a permitir que o débito seja calculado com*

base no valor da nota ao consumidor, uma vez que somente esta é capaz de fornecer parâmetros reais e adequados para que seja feito o cálculo do ICMS-ST”.

Para o impugnante, resta ilegal e totalmente sem critério a aplicação dessa margem. A aplicação dessa medida afasta a segurança e direitos do contribuinte, ao deixar de lado à realidade fática do negócio jurídico, para aplicar uma ficção jurídica, em proveito da “segurança” do montante da arrecadação, ainda que ocorra por base de cálculo fictícia.

Para ele, a aplicação da PMPF como base de cálculo para o ICMS-ST representa, inclusive, um caráter confiscatório da tributação, além de considerar um negócio jurídico fictício. Dessa forma, impõe um tributo que representa um valor muito superior ao existente, gerando um enriquecimento sem causa para o próprio Estado. Salienta, também, que a LC nº 87/96 (Lei Kandir), em seu art. 8º, II, jamais a previsão de base de cálculo do ICMS calculada a partir da “pauta fiscal” utilizada pelo Estado da Bahia. Sendo, a LC nº 87/96 responsável por dispor sobre normas gerais em matéria tributária, especialmente, sobre definição de base de cálculo com fulcro no art. 146, III, a, da CF/88, em momento algum tratou da pauta fiscal ou de instrumento sequer análogo a esta. Logo, jamais poderia o Estado da Bahia criar uma base de cálculo para o ICMS-ST com base naquela pauta. Tal atitude importa em uma verdadeira inovação legislativa, o que é vedado em relação à definição da base de cálculo dos tributos, por se tratar de matéria tributária de caráter geral - reservada, portanto, à Lei Complementar, segundo o artigo da CF/88 mencionado.

Diz que o próprio CTN, que é a LC responsável por estabelecer normas gerais de caráter nacional para a tributação, em seu art. 97, dispõe que “*Somente a lei pode estabelecer: (...) IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo (...)*”. Nesse sentido, registra que, além de violar a LC nº 87, a pauta fiscal do Estado da Bahia sequer está prevista em uma lei estadual, também demonstra a sua ilegalidade, mas em um ato normativo infralegal (Ato COTEPE). Destarte, resta objurgada a conclusão do Fisco em utilizar uma Pauta Fiscal, como referência para proceder com a cobrança, devendo o valor supostamente devido, caso confirmada a procedência da autuação, o que não se crê, ser calculado com base no preço real de mercado praticado pelos postos de combustível à época. Acrescenta Súmula nº 431 do STJ, cujo entendimento consiste em tornar ilegal a cobrança do ICMS, por meio da utilização de pauta fiscal.

Entende a utilização de uma pauta fiscal, como alheia à realidade do mercado baiano, sem correlação com o real valor comercial do produto tributado.

Nessa esteira, impugna a infração cominada não corresponde à realidade fática vivida pelo contribuinte. Quando do procedimento de instalação da empresa, houve diversos contratemplos referentes a problemas de erro de escrituração da contabilidade, de forma que o débito da empresa não alcança, nem de perto, os valores encontrados na autuação. Reproduz o art. 159, §1º, inciso II e/ou III do RPAF (Pedido de Dispensa de Multa – Câmara Superior). Roga pela exclusão da multa e dos juros imputados, tendo em vista a sua evidente boa-fé, que sempre procurou registrar e declarar adequadamente os seus débitos perante o Estado da Bahia.

Repete pedido de realização de diligência, com objetivo de “*apurar as reais bases de cálculo para o imposto*” e requer a improcedência do Auto de Infração.

O autuado novamente interpõe impugnação, em 12/04/2012, fls. 39/48, ao alegar a lavratura do presente Auto de Infração em substituição ao de nº 161729.0009/098-2, de 21/06/2011, modelo 4, do trânsito de mercadorias, declarado nulo pelo Acórdão nº 0190-11/11, de 21/06/2011, da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal.

Suscita preliminar de nulidade, pelo fato do presente Auto de Infração não substituir o anterior, nem o Termo de Apreensão possuir respaldo, tendo em vista que a mercadoria já não se encontra apreendida, para comprovar o ilícito supostamente cometido. Defende que a fiscalização ao invés de lavrar um Auto de Infração substituto, deveria ter lavrado o Termo de Início de Fiscalização, conforme estabelece o art. 26 do RPAF/BA, para que o contribuinte pudesse prestar esclarecimentos ou exhibir os elementos solicitados pela fiscalização (art. 28 do RPAF/BA),

conforme se consolida no Acórdão da JJF de nº 0121-03/12, fls. 56/59, no qual foi julgado nulo, tendo, assim, matéria idêntica *“a exigência do Termo de Início de Fiscalização representa um requisito essencial, e o seu descumprimento resulta em invalidade do procedimento, por inobservância do devido processo legal”*.

Quanto ao mérito, declara inexistência da infração arguindo as mesmas razões da defesa anterior, ao citar os mesmos dispositivos em relação à conta-corrente e quanto ao erro na utilização da base de cálculo para determinar ICMS devido, sendo que este erro utilizou como referência a pauta fiscal.

Por fim reitera o pedido da improcedência do Auto de Infração. Protesta, ainda, no caso de manutenção, que sejam abatidos os créditos decorrentes do ICMS Normal, já recolhido nas operações anteriores, bem como as multas e os consectários da mora, tendo em vista a evidente boa fé, demonstrado pelo autuado.

Junta nas fls. 49/53, Mandado de Segurança ao Superintendente da Administração Tributária da SEFAZ/BA, no qual o mesmo cumpre o solicitado e emite Comunicado SAT nº 001/2011, fls. 54, cujo documento refere-se à empresa autuada, com fito de suspender, em caráter liminar, a inclusão no Regime Especial de Fiscalização, no sentido de recolher o ICMS no mês seguinte da respectiva ocorrência do fato gerador.

O autuante, em sua informação fiscal de fls. 68/73, relata na descrição dos fatos a ação do autuado em transportar, pelo Posto Fiscal Honorato Viana, localizado no município de Candeias - BA; 30.000 (trinta mil lts.) de álcool carburante, acobertado pelos DANFE: 20658; 20668 e 20666, destinados a diversas empresas, todas no Estado da Bahia, no qual a “fiscalização constatou ICMS correspondente a Substituição Tributária foi devidamente calculado e recolhido, porém, não efetuou o recolhimento tempestivo do ICMS em suas operações próprias, conforme determina o art. 32 da Lei nº 7.014, c/c com o art. 332, V, alíneas “i” e “j”, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 do RICMS”. Tendo como fundamento os dispositivos legais citados, emitiu o Termo de Apreensão e Ocorrências sob nº 161729.0012/12-9, de 11/12/2012 nomeando a própria empresa autuada como fiel depositária e, conseqüentemente, constituiu o crédito fiscal, com a lavratura do o Auto de Infração 161729.0688/12-2, de 11/12/2012.

Observou a orientação da 3ª Junta de Julgamento do CONSEF que, *“preventivamente procurando evitar as longas demandas processuais, em respeito à Constituição Federal (CF) e ao próprio RPAF-BA, reabriu o direito a ampla defesa ao autuado”*, fls. 56 a 59.

Salienta a fundamentação da ação fiscal, art. 32 do RICMS, sendo concedido novo prazo defensivo, para apresentar seus questionamentos com base nos dispositivos citados, que disciplinam os procedimentos aplicados à tributação do Álcool Combustível. Menciona a regularidade da ciência ao impugnante, tendo sido apresentada nova defesa, por intermédio do seu representante legal de maneira inconsistente, inócua, sem exposição de qualquer fato novo aos autos, visto que foi aberto novo prazo para questionamento e nenhuma argumentação ou prova material foi oferecida para descaracterizar a presente ação fiscal.

Informa que o crédito fiscal tem como base nos dispositivos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, através do Protocolo ICMS 17/2004, RICMS do Decreto nº 6284/97, art. 515-B, alterado nº 57, via Decreto nº 9152/2004, combinado com o art. 126.

Quanto ao fato da operação estar amparada em Decisão Liminar determinando a imediata suspensão da exigibilidade do ICMS, cita o Parecer da PROFAZ de nº 626/01, constante do PAF de nº 206986.0011/00-1 de demanda similar, ressaltando os efeitos da ação de Mandado de Segurança, qual seja de suspender a exigibilidade do crédito tributário, mas não de seu lançamento, ao afirmar que *“Na realidade, o que a SEFAZ está impedida de fazer é a cobrar o imposto relativo a autuação firmada e não de constituí-lo”*.

Nesse sentido, menciona, também, o Parecer da PROFAZ, em 29/01/03, constante do PAF nº 917007301. Assim, afirma que *“nada impede que seja efetuado o lançamento de ofício do crédito, através do Auto de Infração pela autoridade fiscal, no sentido de assegurar sua exigibilidade no*

futuro, caso a decisão judicial, seja de fato desfavorável ao sujeito passivo da obrigação tributária". Esse entendimento está firmado nos julgados do STF, a exemplos do RE Nº 119.156-SP – 1997/0009833-8, Rel. Min. LAURITA VAZ; RE Nº 260.040-SP – 2000/0050002-0, Rel. Min. CASTRO MEIRA; RE Nº 216.298-SP – 1999/0045932-6, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA.

Por fim, requer a Procedência do Auto de Infração.

VOTO

Decorrente de substituição ao Auto de Infração nº 161729.0009/09-8, lavrado em 04/12/2009, devido à nulidade, conforme fl. 13, o presente processo não cumpre o disposto no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, notadamente, o art. 26.

A emissão do Termo de Ocorrência Fiscal de nº 161729.0012/12-9, de 12/12/20012, com destaque da falta de ciência do autuado, não é o previsto para iniciar o procedimento fiscal em tela, por não se configurar como atividade de fiscalização no trânsito de mercadorias, pela ausência do atributo da instantaneidade. Esse termo está indicado para documentar situação irregular de mercadorias, bens e equipamentos, livros ou documentos fiscais, quando for desnecessária a apreensão dos mesmos, conforme art. 28, inciso IV-A, da norma regulamentar em vigor, o que não ocorre na presente lide.

Registre-se, também, a falta de ciência do sujeito passivo, diante da lavratura do novo Auto de Infração, modelo 4, de 12/12/2012. Destarte, o instrumento para consubstanciar o devido procedimento fiscal seria o Termo de Início de Fiscalização ou o Termo de Intimação e o Termo de Arrecadação, observando, inclusive, os comandos dos art. 28, §1º e 29, do RPAF/99. Verifica-se, portanto, impedimento ao exercício do direito à ampla defesa inerente ao sujeito passivo.

No arcabouço demonstrado, percebe-se, então, a infringência do devido processo legal administrativo.

A questão posta possui entendimento, conforme julgados na 1ª Instância Administrativa do CONSEF, a seguir coligido no voto do Acórdão A-0141-05/13 – Rel. Tolstoi Nolasco:

“Analisando o processo, constato que o Auto de Infração em julgamento foi lavrado em 24/04/2012, e decorreu da nulidade de Auto de Infração anterior, lavrado em 08/01/2010(fl.08/10) com respectivo termo de apreensão à fls. 11/12. O autuante substituiu o Termo de Apreensão inicial, lavrando um novo à fls. 05/06, apenas com a sua assinatura, sem a ciência do autuado.

Vejamos o que diz o RICMS vigente à época dos fatos, a respeito da exigência formal do termo de apreensão de mercadorias:

Art. 945. A apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos constitui procedimento fiscal destinado a documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato.

Parágrafo único. Tratando-se de mercadorias, uma vez lavrado o Termo de Apreensão, este perderá a validade se no prazo de 30 dias não for lavrado o Auto de Infração correspondente, considerando-se encerrada a ação fiscal e podendo o sujeito passivo recolher o débito espontaneamente.

Assim, está configurado que a lavratura do termo de apreensão constitui prova material do fato apurado, sendo imprescindível no auto de trânsito de mercadorias para comprovação efetiva da ocorrência do fato gerador, constituindo-se em formalidade essencial ao lançamento tributário no trânsito de mercadorias.

Quanto aos requisitos formais do termo de apreensão, vejamos, entre outros, o que dizia a legislação vigente:

Art. 940. O fisco estadual poderá apreender, mediante lavratura de Termo de Apreensão:

I – (...)

§ 2º Quando o sujeito passivo, seu representante ou preposto se recusar a assinar o Termo de Apreensão, ou em caso de sua ausência, o termo deverá ser assinado por duas testemunhas.

Constato que o Termo de Apreensão não contém a assinatura do autuado, pois claramente se trata de refazimento de ação fiscal quase 03 anos depois da ocorrência do fato gerador. Assim, tanto em questão de fato, como também de Direito, não há mais comprovação efetiva da apreensão da mercadoria.

O termo de ocorrência e apreensão é elemento indispensável para caracterizar a materialidade do fato gerador e o termo aqui apresentado é desprovido de qualquer validade, e, portanto, desprovido também de eficácia jurídica, não podendo gerar efeitos. Tal situação equivale a não haver termo algum.

O Auto de Infração de trânsito se caracteriza pela sua instantaneidade, prova disso é que a legislação é clara quanto à inadmissão de ulterior apresentação de documentação fiscal em caso de mercadoria desacompanhada de documentos fiscais. Ou se apresenta no momento da ação fiscal ou não terá validade em momento posterior, e até a lavratura do termo de apreensão, que configura o início da ação fiscal de trânsito, possui eficácia limitada ao período 30 dias, nos termos do art. 945 do RICMS/BA 97. Ultrapassando-se este período, perde-se a validade. No caso presente, o termo foi lavrado novamente quase 03 anos depois do fato, em 17/11/2012, sem assinatura do autuado, como se a sua exigência no processo fosse mera formalidade e desprovida de feitos jurídicos.

A situação aqui presente, demanda ordem de serviço de fiscalização de estabelecimento, não podendo ser renovada a ação fiscal de trânsito, uma vez que os elementos probatórios da citada ação se encontram disponibilizados no estabelecimento da empresa, ao alcance de fiscalização, não podendo ser lavrado um auto de trânsito onde se procura reconstituir de forma fictícia, um fato que ocorreu em passado remoto.

Analizando a jurisprudência deste Conselho de Fazenda, constato que não há acolhida para o refazimento de ações fiscais de trânsito, pelas razões já apontadas neste voto, a exemplo do ACÓRDÃO JFJ Nº 0121-03/12, de lavra da eminente Relatora Alexandrina Natália Bispo dos Santos, do qual tiro o seguinte excerto:

Compulsando os autos, vejo que o citado termo de apreensão era parte integrante do Auto de Infração de nº 232278.0012/09-8, julgado nulo pelo CONSEF conforme acórdão da 3ª JFJ, com recomendação do julgador de refazimento do feito, com fundamento no artigo 156 do RPAF/BA.

Observe, portanto, que este Auto de Infração trata-se de um novo procedimento fiscal e como tal deveria obedecer aos ditames legais no que se refere às formalidades requeridas nos termos do art. 28 do RPAF/99. Embora o Auto de Infração tenha sido lavrado no modelo 4, relativo à fiscalização de mercadorias em trânsito, o presente lançamento não se trata mais de Auto de Infração de trânsito. O presente Auto de Infração de nº 232278.0014/11-2, não substitui o Termo de Apreensão nº 232278.0029/09-8, que deu respaldo ao Auto de Infração anterior julgado nulo, conforme registra o autuante na descrição dos fatos. Tampouco o termo de ocorrência, nº 232278.0020/11-2 o substitui, visto a mercadoria já não se encontra apreendida como prova do ilícito cometido pelo autuado”.

E segue.

“No ACÓRDÃO JFJ Nº 0121-05/13 de magnífica e esclarecedora lavra do Relator Ângelo Mário de Araujo Pitombo, ele assim expôs em seu voto, em caso similar ao que aqui está e discussão, do qual transcrevo também o núcleo do entendimento do julgamento no supracitado acórdão:

O exame dos elementos constantes dos autos permite se verificar que a renovação do procedimento fiscal contrariou o quanto recomendado pela aludida Decisão, pois repetiu a lavratura do Auto de Infração modelo 4 (trânsito de mercadorias), fundamentando-se em Termo de Ocorrência Fiscal, datado de 09/01/2010, relativo a fatos ocorridos em 02/01/2010, 04/12/2010, 08/01/2010, 08/01/2010, sem instaurar o novo procedimento fiscal, conforme decidido pela Câmara, no estabelecimento do contribuinte, ou seja, aplicando os procedimentos fiscais inerentes a infração em estabelecimentos.

O autuante renovando o procedimento fiscal lavrou um novo termo de Ocorrência Fiscal nº 210413.0007/12-9 onde não consta a ciência do contribuinte ou de seu representante legal, mencionando que o citado termo substitui o Termo de Apreensão nº 2109430003/10-3, lavrado em 04/01/2010. O citado termo de apreensão substituído pelo atual era parte integrante do Auto de Infração de nº 232267.0012/09-3, julgado nulo pelo CONSEF conforme acórdão da 1ª Câmara, nº 0179-11/11, já mencionado, com recomendação de instauração de novo procedimento fiscal no estabelecimento do contribuinte, a fim de verificar o recolhimento do tributo relativo à operação objeto do presente lançamento de ofício.

O refazimento do Auto de Infração, conforme decidido pela 1ª Câmara, não é possível através dos procedimentos fiscais adotados no trânsito de mercadorias, pois os fatos, alvo do lançamento nulo, não são mais tempestivos, já se esgotaram, na medida em que não há mais a circulação da mercadoria que gerou a sua anterior apreensão e a emissão de um novo Termo de Apreensão não reflete esta efetiva ação, que é a apreensão da mercadoria, não servido, assim, como prova material necessária”.

No mesmo sentido, tem-se a ementa do Acórdão A-0132-05/12, desta Junta de Julgamento Fiscal:

**“5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JFJ Nº 0132-05/13**

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DEVIDO NA OPERAÇÃO PRÓPRIA. Constatado que o termo de apreensão não contém a assinatura do autuado, pois claramente se trata de refazimento de ação fiscal quase 03 anos depois da ocorrência do fato gerador. Assim, tanto em questão de fato, como também de Direito, não há comprovação efetiva da apreensão da mercadoria. O termo de ocorrência e apreensão é elemento indispensável para caracterizar a materialidade do fato gerador na infração de trânsito de mercadorias, e o termo aqui apresentado é desprovido de qualquer validade, e,

*portanto, desprovido também de eficácia jurídica, não podendo gerar efeitos. Tal situação equivale a não haver termo algum. Infração nula. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime”.*

Dessa forma, resta evidenciado o descumprimento do devido processo legal na acusação fiscal adotada, pela ausência do Termo de Início de Fiscalização e, falta de ciência do sujeito passivo, fls. 1 e 2, motivos pelos quais decreto, de ofício, a NULIDADE do Auto de Infração, conforme art. 20 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999.

Recomendo o refazimento, pela fiscalização de estabelecimento, do feito a salvo dos vícios formais apontados, inclusive, em observância aos limites da Liminar em Mandado de Segurança concedida ao impugnante, em conformidade com o art. 21 do citado regulamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **161729.0688/12-2**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA. (PETROVALLE)**. Recomenda-se o refazimento, pela fiscalização de estabelecimento, do feito a salvo dos vícios formais apontados, inclusive, em observância aos limites da Liminar em Mandado de Segurança concedida ao impugnante, em conformidade com o art. 21 do citado regulamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2013.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO - RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR