

A. I. Nº - 128983.1201/12-6
AUTUADO - PETRÓLEO DO VALLE LTDA.
AUTUANTE - GILMAR OLIVEIRA DIAS
ORIGEM - IFMT / METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 23.11.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0204-04/16

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. TRÂNSITO DE MERCADORIAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DEVIDO NA OPERAÇÃO PRÓPRIA. Constatado que não foi obedecida a recomendação para que o procedimento fiscal fosse instaurado no estabelecimento comercial do autuado. Termo de Ocorrência Fiscal inservível pois não contém a assinatura do detentor das mercadorias, do transportador e do depositário, sendo totalmente inócuo. Procedimento se trata de refazimento de ação fiscal ocorrida há mais de 02 (dois) anos após a data de ocorrência do fato gerador. Não há comprovação efetiva da apreensão da mercadoria. O Termo de Ocorrência Fiscal é elemento indispensável para caracterizar a materialidade do fato gerador na infração de trânsito de mercadorias. 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.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi expedido em 03/05/2012, às 20:28h no Posto Fiscal Honorato Viana, para reclamar crédito tributário na ordem de R\$16.929,00, acrescido de multa de 60%, tendo em vista a seguinte acusação: *“Falta de recolhimento do imposto devido pela operação própria”*.

Consta, na descrição dos fatos que: *“Em data, local e horário acima descrito, no exercício da função fiscalizadora constatei as seguintes ocorrências: Falta de recolhimento do ICMS nas suas operações próprias ref. Aos Danfs nº 22719, 22720, 22710, 22711, 22781, por não possuir autorização da COPEC. ESTE AUTO SUBSTITUI O A. INFRAÇÃO nº 128983.0002/10.3, LAVRADO EM 19/10/2010”*.

O Autuado ingressou com impugnação ao lançamento, fls. 25 a 31, arguindo que o Auto de Infração não merece subsistir, na medida em que a conduta apresentada como infração não ofende a legislação tributária.

Argui, em seguida, a nulidade da autuação fiscal tendo em vista que o procedimento de apuração do débito não possuiu qualquer esboço legal porque a quantificação do débito (ICMS-ST) foi realizada com base em pauta fiscal (PMPF), o que, ao seu entender, para que se proceda ao cálculo do valor devido a título de tributo é absolutamente ilegal, como recentemente reconheceu o Superior Tribunal de Justiça em maio de 2010, por meio da Súmula 431, a qual transcreveu.

Após citar a Lei Complementar nº 87/96, Art. 8º, pontua que quando do momento da retenção do ICMS a ser recolhido pelo substituído (posto de combustíveis) pelo substituto tributário (distribuidor de combustíveis), ainda não há condições de se aferir qual será o valor do litro cobrado ao consumidor final, na bomba de combustível, o Fisco é obrigado a criar, com base em critérios técnicos previstos em lei, uma presunção do preço pelo qual o produto será vendido ao consumidor final.

Acrescenta que a simples leitura do dispositivo citado permite inferir que, para efeitos de definição da base de cálculo no caso de substituição tributária para a frente, o único instrumento de presunção adequado para a quantificação desta base de cálculo é a Margem de Valor Agregado (MVA), sendo este, ao seu entender, ser o único instrumento de presunção que tem amparo legal.

Após tecer outras considerações acerca desta questão, sustenta não ser cabível a imposição da multa que lhe foi imputada em razão de ter sempre procurado agir imbuída de boa-fé, e em conformidade com a legislação tributária vigente de modo a facilitar a arrecadação.

Reconhece que apesar de ser devida a parcela que deixou de ser recolhida referente à diferença das alíquotas, devem ser compensados os valores dos créditos decorrentes de operações anteriores de entrada das mercadorias no estabelecimento da impugnante. Isso porque tal lógica de recolhimento, ou seja, o “encontro de contas”, provém do princípio constitucional da não-cumulatividade, previsto no art. 155, § 2º, I, CF.

Conclui pugnando pela Improcedência do Auto de Infração. Diante dos argumentos suscitados, roga a impugnante pela exclusão da multa e, conseqüentemente, requer seja o Auto de Infração julgado IMPROCEDENTE.

O Autuante prestou a Informação Fiscal, fls. 41 a 46, mencionando que a autuada fazia transportar pelo Posto Fiscal Honorato Viana, localizado no município de Candeias – BA, 45.000 (quarenta e cinco mil) litros de álcool carburante, acobertados pelos DANFES citados, destinados a diversas empresas, todas no Estado da Bahia.

Diz que, no exercício legal de sua função fiscalizadora, constatou que o 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 7.014/96, c/c com o Art. 332, Inc. V, Alíneas i e j, publicado pelo Dec. 13.780/2012 do RICMS/BA.

Neste sentido emitiu o Termo de Apreensão e Ocorrências sob nº 128983.0006/12-5 de 03.05.2012 nomeando a própria empresa autuada como fiel depositária, e conseqüentemente constituiu o crédito fiscal, com a lavratura do mencionado Auto de Infração.

Após sintetizar as alegações defensivas, adentra as razões de mérito da autuação, salientando que a ação fiscal foi fundamentada com base no Artº 32 do RICMS/BA, sendo concedido novo prazo para a Defesa, para apresentar seus questionamentos com base nos dispositivos citados, que disciplinam os procedimentos aplicados à tributação do Álcool Combustível, *“tendo a autuada sido regularmente cientificada, ocasião em que apresentou sua 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 oferecido que pudesse descaracterizasse a presente ação fiscal”*, enquanto que o *“credito fiscal ora constituído, tem como base legal os dispositivos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, através do protocolo 17/2004. RICMS Decreto 6284/97, Art. 515-B via alteração nº 57 Decreto 9152 de 28.07.2004, combinado com o Art. 126”*, os quais reproduziu.

Pontua que quanto ao fato da operação estar amparada em Decisão Liminar determinando a imediata suspensão da exigibilidade do ICMS o, Parecer da PROFAZ nº 626/01, constante do PAF de

nº 206986.0011/00-1 de demanda similar, ressalta que os efeitos da ação de mandado de segurança é de suspensão da 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” e que, neste sentido também foi prolatado Parecer da PROFAZ, em 29/01/03, constante do PAF nº 917007301.

Em conclusão diz que a ação fiscal questionada encontra-se amplamente amparada em lei, portanto com pleno substrato legal, não encontrando dentro do processo nenhuma procedência a pretensão da autuada. Requer que o Auto de Infração seja julgado Procedente.

VOTO

Consta da peça inicial que o Auto de Infração foi expedido em 03/05/2012 às 20:28h no Posto Fiscal Honorato Viana, enquanto que na descrição dos fatos, está registrado que o mesmo foi lavrado em substituição ao Auto de Infração nº 128983.0002/10-3, de 19/10/2010.

A este respeito vejo que por intermédio do Acórdão nº 0389-11/11 de 14/12/11, da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, o presente Auto de Infração foi julgado Nulo, constando de forma expressa no voto, a seguinte recomendação: *“Ante o exposto, voto pelo acolhimento da preliminar de nulidade e, consequentemente, pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, julgando NULO o presente Auto de Infração e, nos termos do art. 156 do RPAF, **represento à Autoridade Fiscal competente, objetivando a 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.**”* (grifo não original).

Assim, de início, vejo que não foi atendida a recomendação oriunda da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal no sentido de que o novo procedimento fiscal fosse instaurado no estabelecimento do autuado, já que não mais poderia ser lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias.

Por outro lado, o autuante tomou como base para lavratura do Auto de Infração o Termo de Ocorrência Fiscal nº 128983.0006/12-5, fls. 06 e 07, lavrado em 03/05/12, totalmente inócuo e sem qualquer validade, visto que não consta as assinaturas do detentor das mercadorias, do transportador e do depositário, existe apenas a assinatura do autuante. Ademais, a informação de que a ocorrência se deu em 03/05/2012, no Posto Fiscal Honorato Viana, não procede, tendo em vista que o fato ocorreu em 19/01/2010, conforme se verifica o Termo de Apreensão e Ocorrência de fls. 13 e 14, referente ao Auto de Infração que foi anulado.

Portanto, para a lavratura deste Auto de Infração não foi observado o devido processo legal para sua expedição, repetindo o erro que já se verificou em outras oportunidades em autos de infração lavrados contra o mesmo contribuinte, os quais foram julgados nulos, a exemplo dos Acórdãos nº 0135-05/13, 0175-04/14, 0121-05/13, 0195-02/13, 0069-05/14 e 0068-05/14, razão pela qual, peço licença para transcrever o voto proferido pelo julgador Tolstói Seara Nolasco, mediante o Acórdão 0069-05/14, que de forma brilhante e didática, retrata a questão ora sob análise:

“Analisando o processo, constato que o auto em julgamento foi lavrado em 03/01/2013, e decorreu da nulidade de auto de infração anterior, de nº 232278.0014/11-2, em decisão exarada no Acórdão nº 0121-03/12. O autuante substituiu o Termo de Ocorrências inicial, lavrando um novo à fls. 04/07, 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 Ocorrências 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.

Constatado que o Termo lavrado pelo autuante e juntado ao PAF, não contém a assinatura do autuado, pois claramente se trata de refazimento de ação fiscal quase 04 (quatro) 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 a 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 ocorrências/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 04 (quatro) anos depois do fato, em 04/01/2013, sem assinatura do autuado, como se a sua exigência no processo fosse mera formalidade e desprovida de feitos jurídicos. Observo que as notas fiscais em que lastreia a autuação foram emitidas estabelecimento autuado no exercício de 2009.

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 JF N° 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 JF, com recomendação do julgador de refazimento do feito, com fundamento no artigo 156 do RPAF/BA.

Observo, 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.

No ACÓRDÃO JF N° 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 o voto proferido pelo relator do PAF nº 124198.0529/12-9, de lavra do auditor fiscal Ildemar José Landim, que serviu de balizamento para a elaboração do presente Acórdão.

Pelo exposto, fica evidente o descumprimento pelo autuante do devido processo legal, razão pela qual decreto, de ofício, a NULIDADE do auto de infração.

Assim, à luz de tudo o quanto acima exposto, declaro a **NULIDADE** do presente Auto de Infração e recomento que seja examinada a possibilidade de renovação do procedimento fiscal junto ao estabelecimento do autuado, devendo ser observado o prazo decadencial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **128983.1201/12-6**, lavrado contra **PETRÓLEO DO VALLE LTDA**. Recomenda-se o exame da possibilidade de renovação da ação fiscal, mediante ordem de serviço para fiscalização de estabelecimento, devendo ser observado o prazo decadencial.

Sala das Sessões do CONSEF, em 03 de novembro de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR