

PROCESSO - A. I. Nº 210943.0108/13-4
RECORRENTE - CASTROL BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0133-02/14
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 14/10/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0300-11/14

EMENTA. ICMS. NULIDADE PROCESSUAL. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. FALTA DE INTIMAÇÃO DO AUTUADO ACERCA DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO. Petição de impugnação apresentada pelo depositário fiel. Instauração irregular do Processo Administrativo Fiscal. Vício processual insanável. São nulos todos os atos praticados a partir da lavratura do Auto de Infração, devendo o PAF retornar à inspetoria de origem para regular intimação do sujeito passivo. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 2ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração de Trânsito em referência, lavrado em 29/06/2013, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário no valor histórico de R\$ 46.687,42, em razão da constatação de falta de retenção e recolhimento do imposto devido por substituição tributária, relativo à operação subsequente com óleo lubrificante não destinado à industrialização.

Após a apresentação de defesa por parte da Ford Motors Company do Brasil Ltda. (fls. 51 a 57) – empresa destinatária das mercadorias – e prestação de informações fiscais (fls. 76 a 89), a fase de instrução foi concluída tendo os autos sido submetidos à apreciação pela 2ª JJF que assim decidiu na assentada de julgamento datada de 10/07/2014.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado pela fiscalização do trânsito de mercadorias e exige ICMS em virtude de o remetente, ora autuado, ter deixado de proceder à retenção do ICMS em favor do Estado da Bahia, e ao consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações subsequentes, na venda de óleo lubrificante para contribuinte localizado na Bahia. Foram dados como infringidos o art. 10 da Lei nº 7.014/96 c/c a cláusula primeira do Convênio ICMS 110/07.

Inicialmente, há de se registrar que o Termo de Ocorrência Fiscal é o instrumento próprio ao caso concreto, pois, conforme previsto no art. 28, IV-A, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso, dentre outros, o Termo de Ocorrência Fiscal, para documentar situação irregular de mercadorias, bens e equipamentos, livros ou documentos fiscais, quando for desnecessária a apreensão dos mesmos, conforme, acertadamente, foi procedido pelo autuante, à fl. 38 dos autos, inexistindo a alegada apreensão de mercadorias, como aduz o defendente. No mérito, observa-se tratar de óleo lubrificante derivado de petróleo que, segundo o defendente, é integralmente consumido em seu processo industrial, não sendo, por isto, objeto de saídas subsequentes, única hipótese fática possível de sofrer a incidência da sistemática de substituição tributária.

Assim, na hipótese da utilização dos lubrificantes como consumidos no processo industrial, a cláusula primeira, § 1º, inciso IV, do Convênio ICMS 110/2007, determinava que:

Cláusula primeira – Ficam os Estados e o Distrito Federal, quando destinatários, autorizados a atribuir ao remetente de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, a seguir relacionados, com a respectiva classificação na Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM -, situado em outra unidade da Federação, a condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos, a partir da operação que o remetente estiver realizando, até a última,

assegurado o seu recolhimento à unidade federada onde estiver localizado o destinatário:

[...]

§ 1º O disposto nesta cláusula também se aplica:

[...]

IV – na entrada no território da unidade federada destinatária de combustíveis e lubrificantes derivados de petróleo, quando não destinados à sua industrialização ou à sua comercialização pelo destinatário.

Para melhor exegese desta norma, transcrevo parte do texto do artigo do Advogado José Carlos de Andrade, transcrita na informação fiscal às fls. 76 a 83 dos autos, a seguir:

“Percebemos, pois, na análise de cada um dos dispositivos normativos conveniados, que o atual dispositivo inovou o ordenamento, ao acrescentar o pronome possessivo “à sua” antes do substantivo “industrialização”. Essa inovação teve como consequência restringir a operação de industrialização a que se submete o lubrificante derivado de petróleo àquelas que transformam lubrificantes em outros lubrificantes. Isto é, a operação de industrialização que decorre do próprio produto – não se trata, enfatizamos, de lubrificantes como insumos na fabricação de qualquer outro produto, mas de lubrificante como matéria-prima de outro lubrificante.”

Em consonância com o Convênio ICMS nº 110/07, ainda que não ocorra à saída subsequente, como alegado pelo defendant, por imposição normativa a substituição também é devida no momento da entrada de combustíveis e lubrificantes derivados de petróleo amparados pela imunidade nas operações interestaduais, não destinados à industrialização ou à comercialização pelo destinatário, sendo o remetente o responsável pela retenção, e consequente recolhimento, do ICMS devido na operação, conforme previsto no art. 10, § 2º, da Lei nº 7.014/96, abaixo reproduzido, como também no §1º, inciso II, do art. 512-A do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, vigente à época.

Art. 10. Nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.

§ 1º A responsabilidade pelo pagamento do imposto, na condição de substituto tributário, é também atribuída:

I - ao contribuinte que realizar operação interestadual com petróleo e com lubrificantes e combustíveis líquidos ou gasosos derivados de petróleo, em relação às operações subsequentes;

II - às empresas geradoras ou distribuidoras de energia elétrica, nas operações interestaduais, na condição de contribuinte ou de substituto tributário, relativamente ao pagamento do imposto desde a produção ou importação até a última operação, sendo seu cálculo efetuado sobre o preço praticado na operação final, assegurado seu recolhimento à unidade da Federação onde deva ocorrer essa operação.

§ 2º Nas operações interestaduais com as mercadorias de que tratam os incisos I e II do parágrafo anterior, que tenham como destinatário consumidor final, o imposto incidente na operação será devido à unidade da Federação onde estiver localizado o adquirente e será pago pelo remetente, na condição de substituto tributário.

Assim, por não ter o autuado alegado a existência de qualquer equívoco no lançamento efetivado pelo autuante, considero caracterizada a infração.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Como é possível constatar da análise do voto do acórdão recorrido acima reproduzido, os membros integrantes da 2ª JJF, após apreciarem os fundamentos de fato e direito arguidos na peça defensiva decidiram pela Procedência do lançamento.

Intimado do teor do acórdão de Primeira Instância, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 115 a 138) se insurgindo contra a manutenção do lançamento.

Em sua peça recursal sustenta preliminarmente a nulidade dos atos praticados no curso do Processo Administrativo, em razão de nunca haver sido intimado acerca do Auto de Infração que teve contra si lavrado em 29/06/2013.

Aduz que a petição que os órgãos, preparador e julgador, de primeira instância recepcionaram como impugnação em verdade se trata de petição apresentada pelo seu cliente, destinatário das mercadorias, que inconformado com a lavratura do Termo de Ocorrência e Apreensão das Mercadorias contra ele se insurgiu, aproveitando a oportunidade para questionar o mérito da exigência. Argumenta, contudo, que a referida petição jamais poderia suprir a intimação pessoal

do autuado, único legitimado para impugnar o lançamento nos termos dos artigos 46, 108, 131 do RPAF.

Afirma que só tomou conhecimento da lavratura do Auto de Infração quando da intimação acerca do julgamento de primeira instância e que sequer recebeu cópia dos demonstrativos que instruíram o lançamento. Conclui que as irregularidades praticadas no transcorrer do presente PAF lhe cerceou o direito de defesa, além de provocar supressão de instância, situações que não podem ser concebidas nos termos da legislação processual em vigor.

Traz a colação diversas ementas de julgados administrativos e judiciais que corroboram as suas assertivas. Requer seja reconhecida a nulidade de todos os atos administrativos até aqui praticados e, por conseguinte, determinada a sua regular intimação acerca do lançamento de óleo lubrificante, de modo que lhe seja oportunizado o exercício do seu direito de defesa e garantida a regular tramitação do feito.

Alternativamente, na hipótese de a prejudicial suscitada não vir a ser reconhecida, requer que o lançamento seja julgado improcedente em razão dos seguintes fundamentos.

A exigência contraria resposta formal a Processo de Consulta formulado pela Ford Motors Company do Brasil S/A, seu cliente e destinatário das mercadorias, através da qual o órgão fazendário baiano manifestou entendimento no sentido de não ser aplicável às entradas de óleo lubrificante oriundas de outros Estados da Federação quando tal produto for aplicado como matéria prima na atividade fabril de montagem de veículos, reproduzindo a respectiva ementa.

No mérito, sustenta que a regra matriz de incidência do ICMS encontra-se fixada na Lei Complementar 87/96, reproduzindo o texto dos artigos 2º e 3º da referida norma para concluir que a expressão “quando destinados à comercialização ou à industrialização” ali contida não revela que o processo industrial deva ser o de óleo lubrificante como equivocadamente o fiscal autuante e os membros integrantes da 2ª JJF.

Em sustentação à sua tese reproduz excertos de julgados do Poder Judiciário e de órgãos julgadores administrativos de outros Estados no sentido da não incidência do ICMS em operações com energia elétrica e óleos lubrificantes aplicados na industrialização de outros produtos.

Questiona por derradeiro a constitucionalidade da aplicação da multa de ofício, sustentando ser o percentual previsto no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 abusivo e provido de nítido caráter confiscatório.

Sem Parecer da PGE/PROFIS em face de o valor da exigência ser inferior a R\$ 100.000,00.

VOTO

O Recurso é tempestivo merecendo ser conhecido. Passo a análise das razões de apelo.

Início a apreciação pela prejudicial suscitada atinente à nulidade dos atos administrativos praticados nos autos do presente PAF face à inexistência de intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração.

De fato, assiste razão ao Recorrente. Da análise dos autos não identifico qualquer assinatura no Auto de Infração nem mesmo intimação dirigida ao sujeito passivo contra o qual foi efetuado o lançamento de ofício.

Consta das fls. 4 e 5 o Termo de Ocorrência Fiscal que, dentre as providências de praxe, elegeu a Ford Motors Company Brasil Ltda. como depositária fiel das mercadorias objeto da apreensão no trânsito. Referido termo foi assinado pelo Sr. Edilson Felipe dos Santos, motorista da empresa SUA MAJESTADE TRANSPORTES E LOG. ARMAZENAGEM LTDA., responsável pelo transporte.

Contra a apreensão das mercadorias a depositária se insurgiu através da petição de fls. 51 a 55, oportunidade em que também adentrou nas questões de mérito relativas à exigência. Esta petição foi recebida pelo órgão preparador como impugnação, inaugurando indevidamente a tramitação

do processo administrativo.

Incorrendo no mesmo equívoco, o órgão julgador de primeira instância apreciou as razões apresentadas pelo depositário fiel e julgou Procedente o Auto de Infração.

Com efeito, assim dispõe o artigo 2º do Decreto nº 7.629/99 que aprovou o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF:

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e Decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

Como se pode constatar da simples leitura do dispositivo transscrito, todos os atos praticados no curso do Processo Administrativo devem guardar observância ao princípio da garantia à ampla defesa. No presente caso, ao deixar de cientificar o autuado da exigência contra si perpetrada a Fazenda Estadual lhe cerceou completamente o direito de defesa, impedindo-lhe de impugnar o lançamento ou mesmo reconhecer a exigência e quitar o débito com as reduções de penalidade previstas em lei.

O fato de o depositário fiel adentrar em sua petição nas questões atinentes ao mérito da exigência não tem o condão de suprir a falha cometida. Isto porque, não consta dos autos nenhum ato jurídico praticado pelo Recorrente que confira poderes de representação a Ford Motors Company Brasil Ltda. para defender seus interesses.

Ademais, mesmo que existisse um instrumento de mandado conferindo tais poderes, ainda sim não era possível prescindir da intimação dirigida ao autuado. Isto simplesmente porque, ao se insurgir contra o Termo de Apreensão e Ocorrência Fiscal o depositário fiel agiu em nome próprio e não em nome do sujeito passivo da obrigação que o Estado pretende ver adimplida.

Ante ao exposto, a teor dos artigos 2º e 3º do RPAF, declaro nulos todos os atos praticados a partir da lavratura do Auto de Infração, determinando o retorno dos autos à IFMT/METRO de modo que o sujeito passivo seja regularmente intimado acerca do lançamento de ofício, devendo lhe ser entregue cópia de todos os demonstrativos que o instruem, para que pague o débito ou, querendo, apresente impugnação no prazo previsto na legislação.

Adotadas tais providências instaure-se regularmente o PAF.

Em decorrência do reconhecimento da nulidade dos atos administrativos praticados, deixo de apreciar as demais razões de apelo atinentes ao mérito da exigência.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **NULO** todos os atos praticados a partir da lavratura do Auto de Infração nº **210943.0108/13-4**, lavrado contra **CASTROL BRASIL LTDA.**, devendo ser cientificado o recorrente sobre a regular intimação acerca da lavratura para que pague o débito exigido ou, querendo, apresente impugnação no prazo previsto na legislação.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de Setembro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – RELATORA

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS