

A. I. Nº - 210943.0121/13-0
AUTUADO - CHEM-TREND INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.
AUTUANTE - CARLOS LÁZARO DE ANDRADE
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 06.06.2014

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0104-02/14

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. TERMO DE OCORRÊNCIA FISCAL NÃO SUBSCRITO. FALTA DE VALIDADE. EXISTÊNCIA DE VÍCIO INSANÁVEL. O Auto de Infração far-se-á acompanhar de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais, obrigatoriamente, se fundamentará. Só é dispensada a lavratura do Termo de Ocorrência Fiscal, apenas, quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de: a) descumprimento de obrigação acessória; b) irregularidade constatada no trânsito de mercadorias, quando o sujeito passivo efetuar, de imediato, o pagamento do imposto e da multa e; c) irregularidade relativa à prestação do serviço de transporte, quando constatada no trânsito de mercadorias. Ausência de elemento, essencial nos autos, válido. Decretada, de ofício, a **NULIDADE** do procedimento fiscal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/07/2013, exige ICMS no montante de R\$ 9.838,57, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96, sob a acusação fiscal de “*Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia*” (sic), tendo como enquadramento o art. 10 da Lei 7.014/96 c/c o Convênio ICMS 110/07.

Consta, ainda, o seguinte texto no campo “Descrição dos Fatos”:

Não reteve, em favor do Estado da Bahia, o ICMS devido por substituição tributária relativo à subsequente operação de industrialização a ser realizada pelo destinatário da mercadoria (NCM 34039900) não sujeita ao ICMS sobre a operação própria que foi descrita no DANFE nº 45680, nos termos do Convênio ICMS 110/2007, especialmente as cláusulas primeira (incidência da ST em quaisquer operações), cláusula nona (que trata da ST quando há saída subsequente), décima primeira (estabelece a M.V.A. de modo genérico, mesmo quando integrar processo industrial) e décima terceira (base de cálculo quando destinada à uso/consumo, ou seja, quando não destinada à sua própria industrialização ou comercialização).

O autuado, na defesa apresentada às fls. 16 a 26 dos autos, preliminarmente, alega a ilegalidade das apreensões das mercadorias realizadas como meio de compelir contribuintes a pagar créditos tributários já formalizados. Cita doutrina e jurisprudência.

Em seguida, aduz que a matéria discutida se refere ao alcance do conceito do termo *industrialização*, a partir do qual é possível determinar a obrigatoriedade ou não da retenção e do recolhimento do ICMS-ST relativo ao diferencial de alíquotas nestas operações.

Diz que, de acordo com o art. 155 da CF, bem como com o art. 2º da LC nº 87/96, o ICMS devido nas operações interestaduais de lubrificantes seguirá a regra geral do ICMS, no sentido de que somente haverá obrigatoriedade de recolhimento de diferencial de alíquotas em favor do Estado de destino

no caso em que o destinatário, ainda que contribuinte do ICMS, as utilize como consumidor final. Aduz que, nestas operações, adotou como premissa lógica e correta, a partir das informações do próprio destinatário, que os lubrificantes seriam industrializados e não consumidos, como afirma a fiscalização, visto que o destinatário aplica os desmoldantes aos seus produtos finais, o que acaba por recoloca-los na cadeia comercial, sujeitando-os à tributação pelo ICMS.

Assim, a fiscalização incorre em equívoco ao afirmar que o destinatário é consumidor final dos lubrificantes, visto que os desmoldantes aplicados pelo adquirente “Bridgestone Firestone Indústria e Comércio Ltda.” se enquadram como materiais intermediários do processo produtivo, pois são diretamente absorvidos em contato direto com os produtos finais, sendo evidente a impossibilidade de se exigir qualquer valor do ICMS, devendo ser cancelado o Auto de Infração.

O autuante, na informação fiscal prestada às fls. 54 a 67 dos autos, preliminarmente, aduz que o procedimento inicial relativo ao depósito da mercadoria junto à transportadora coaduna-se com os ditames do art. 26 e seguintes do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, que prevê mecanismos de mediata entrega da mercadoria ao destinatário, de sorte que o resultado é a simples notícia da instauração do procedimento aos interessados.

No mérito, diz que os lubrificantes usados no processo industrial da destinatária como antiaderente dos pneumáticos aos respectivos moldes de vulcanização, nos termos da cláusula primeira do Convênio ICMS 110/2007, se sujeita ao regime de substituição tributária a partir da operação (a própria, efeito do art. 155, §2º, X, “b”) que o remetente estiver realizando, até a última (incluindo quaisquer operações futuras, exceção: inciso IV do §1º), assegurando o seu recolhimento à unidade federada onde estiver localizado o destinatário.

Transcreve artigo doutrinário e Acórdão CJF nº 0184-12/12 e, por fim, diz que considerando que o ajuste SINIEF 09/2003, separou, nos códigos fiscais de operações 6.51 e 6.53, a hipótese em que a mercadoria é destinada à própria industrialização ou comercialização de sua utilização como insumo industrial, que por se tratar de saída interestadual de preparação lubrificante derivada de petróleo (NCM 3403) não sujeita ao ICMS, que o Convênio ICMS 110/2007, no inciso IV do § 1º, estende a substituição tributária da cláusula primeira na entrada no território da unidade federada destinatária de combustíveis e lubrificantes derivados de petróleo, quando destinadas à sua industrialização ou à sua comercialização pelo destinatário e que a base de cálculo do imposto deve ser calculada nos termos da cláusula décima primeira (sem a subsequente saída da mercadoria, ao contrário da cláusula nona, incluiu na base de cálculo a M.V.A.), o autuante pleiteia que seja mantida a autuação.

VOTO

Inicialmente devemos 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.

Preliminarmente, 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, por se tratar de um Auto de Infração, Modelo “4” – Trânsito, cuja ação fiscal ocorreu quando as mercadorias estavam ainda transitando, caberia a lavratura do Termo de Ocorrência Fiscal em nome do autuado, devidamente subscrito por seu preposto ou representante habilitado, no qual deveria se fundamentar obrigatoriamente a ação fiscal, de forma a se constituir prova material da infração, consoante previsto no art. 28, inciso IV-A, combinado com o art. 41, inciso I, ambos do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, cuja dispensa da lavratura do Termo só ocorre, apenas, quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de: *a)* descumprimento de obrigação acessória; *b)* irregularidade constatada no trânsito de mercadorias, quando o sujeito passivo efetuar, de imediato, o pagamento do imposto e da multa e; *c)* irregularidade relativa à prestação do serviço de transporte, quando constatada no trânsito de mercadorias, consoante art. 29, I, do RPAF.

Contudo, apesar do crédito tributário, ocorrido através do Auto de Infração nº 210943.0121/13-0, consignar como autuado o contribuinte “CHEM TREN IND E COM DE PROD QUIMICOS LTDA.”, o Termo de Ocorrência Fiscal nº 210943.0080/13-2, que deveria fundamentar o citado Auto de Infração, não se apresenta devidamente válido e eficaz, visto não se encontrar subscrito pelo “Detentor das Mercadorias”, conforme se pode observar à fl. 6 dos autos, cujo campo encontra-se em branco, ou seja, sem assinatura do aludido detentor.

Assim, observo a existência de vício insanável na lavratura do Auto de Infração, por não ser acompanhado do respectivo Termo de Ocorrência Fiscal, válido e eficaz, para documentar situação irregular de mercadorias, quando for desnecessária a sua apreensão, de forma a fundamentar, *obrigatoriamente*, o lançamento de ofício, conforme determina o art. 41, I, do RPAF/99.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210943.0121/13-0**, lavrado contra **CHEM-TREND INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de junho de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - JULGADOR