

A. I. N º - 210943.0058/09-9
AUTUADO - GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA.
AUTUANTE - CARLOS LAZARO DE ANDRADE
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 28.12.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0381-02/10

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. ICMS DESTACADO. ÁLCOOL HIDRATADO. OPERAÇÃO PRÓPRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Restou comprovado que o contribuinte destacou ICMS em notas fiscais e não realizou o recolhimento no prazo previsto no Art. 515-B, do RICMS/BA, relativo à operação própria nas saídas internas ou interestaduais de AEHC - álcool etílico hidratado combustível, transportado a granel, não possuindo autorização para recolhimento em data posterior ao momento da saída das mercadorias. Infração caracterizada. Corrigidos o dispositivo da multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado, em 19/12/2009, para exigir a falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saídas de mercadorias sujeitas à antecipação do imposto. ICMS no valor de R\$ 14.820,00, multa de 60%. Consta, na descrição dos fatos, bem como no Termo de Apreensão e Ocorrências, à fl. 05 dos autos, que se trata de falta de comprovante do ICMS das operações próprias, referente aos DANFE's 13429, 13433, 1345, 13437 e 13439, emitido por contribuinte descredenciado COPEC/SEFAZ.

O autuado, às fls. 19 a 30 dos autos, argumenta que o demonstrativo de débito está em consonância com a descrição dos fatos, todavia esses não correspondem com a tipificação legal apresentada pelo autuante, já que este último trata da obrigação do contribuinte de reter o imposto em vista da substituição tributária, enquanto os primeiros tratam da falta de recolhimento do imposto em operação própria.

Aduz que na descrição da infração a autoridade administrativa não identificou claramente qual imputação estava sendo aplicada, uma vez que suscitou tanto a questão da substituição tributária, quanto à falta de recolhimento em operação própria. Contudo, mesmo havendo essa duplicidade, o enquadramento assentou-se na falta de retenção do ICMS sujeitas à antecipação tributária, o que vai de encontro com a descrição dos fatos e com o demonstrativo de débito (operação própria). Nessa esteira, a presença de equívocos cometidos pela Autoridade Coatora impede que este lançamento converta-se em um título executivo extra judicial, posto que fere invariavelmente aos requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade, devidamente previsto no art. 39 do RPAF-BA.

Entende que, no caso em tela já está demonstrado que não houve o ajuste perfeito entre a descrição dos fatos, a norma infringente e o demonstrativo de débito, o Auto de Infração carece de segurança e certeza, devendo ser anulado de plano pela autoridade competente nos termos do artigo 18, IV, a, do RPAF-BA.

Trás o posicionamento que entende pacificado pela ilustre Câmara Superior desse Conselho de Fazenda através da Súmula nº. 01, trazendo trecho de decisão proferida pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda do Estado da
206865.0006/01-1

Conclui que há óbices a ampla defesa e ao contraditório, na constituição do crédito tributário previsto no, torna-o absolutamente nulo, haja vista o vício de conteúdo e forma é capaz de macular o ato jurídico material, requerendo a nulidade do Auto de Infração.

Argui a ilegitimidade da autoridade coatora de atuar como Auditor Fiscal, quanto seu cargo efetivo na Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, adquirido através de concurso público, corresponde a tão somente a Agente de Tributos Estadual, o que não lhe garante competência para herdar atribuições pertinentes à lavratura de Autos de Infração.

Entende que, através de um provimento derivado interno da SEFAZ/BA, formalizado por meio da Lei 11.470/2009, o mencionando Agente de Tributos transpôs de cargo sem o devido concurso público, passa a autoridade coatora a atuar, indevidamente, com algumas atribuições do cargo de Auditor Fiscal, conforme dispõe os incisos I e II do art. 2º da Lei 11.4701, de 8 de abril de 2009, assim como o art. 24 e o anexo V da Lei 8.2102, de 22 de março de 2002, ambas do Estado da Bahia.

Alinha que, com advento desta lei, o Agente em comento lavrou o Auto de Infração ora guerreado, tendo em vista que passou a ter a competência indevida para constituir créditos tributários, no que concerne ao trânsito de mercadorias e aos estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional.

Afirma que essa Lei que supostamente autorizou que os ATE atuasse às vezes do Auditor Fiscal está sendo objeto de ADI sob nº. 4.2333, haja vista incorreu em típico caso de provimento derivado, na medida em que possibilitou a servidores que prestaram concurso público para cargos de nível médio ou de nível superior genérico o exercício de funções para as quais se costumava exigir formação superior específica, ferindo de morte o art. 37, inciso II4 da Carta Magna de 1988.

Aduz que o Parecer de autoria da Vice- Procuradoria Geral da República proferido em sede da ADI nº. 4.233, considerou que a Lei 11.470 em seu art. 2º, incisos I e II de fato modificou substancialmente as atribuições que pertenciam aos ATE, de modo que o nível de escolaridade exigido para realizar essas novas tarefas não condiz com a condição escolar desses servidores. Logo, essas novas atribuições caracterizam uma espécie de provimento derivado.

Consigna que, se os ATE ingressaram com nível médio de escolaridade, e passaram a exercer cargo que exigem curso superior, houve, portanto, provimento derivado desses servidores para funções incompatíveis com aquelas em que foi investido através de concurso público.

Complementa que, conforme doutrina e jurisprudência pátria, só é possível a investidura de novos quadros por servidores enquadrados, desde que esses preencham os requisitos da Lei que altera a situação de serviço do provido.

Reproduz o posicionamento do grande administrativista Hely Lopes ao suscitar o seguinte: “Em razão do art. 37, II, da CF, qualquer investidura em carreira diversa daquela em que o servidor ingressou por concurso é, hoje, vedada. Acrescente-se que a única reinvestidura permitida sem concurso é a reintegração, decorrente da ilegalidade do ato de demissão.”

Destaca que, para ressaltar a plausibilidade do direito ora invocado, em julgado de 27.02.2009 da ADI nº. 3.857, o Plenário da Corte Suprema reconheceu a inconstitucionalidade da Lei do Estado do Ceará que reorganizou as carreiras na Secretaria da Fazenda.

Conclui que, em vista da incompetência da autoridade administrativa, é imprescindível a anulação do AI defendido, por força do inciso I do art. 18 do 5º, bem como do art. 42 ambos do RPAF/BA, em que determina ser *privativa a competência dos Auditores Fiscais em lavrar Auto de Infração*, estando, portanto, excluídos desse rol os Agentes de Tributos do Estado.

Subsidiariamente, requer aos Julgadores que, se entenderem legítima a competência do ATE para lavrar Auto de Infração, sobrestejam o julgamento do presente lançamento, até decisão final da ADI nº. 4.233, sendo que se a decisão proferida neste julgado for procedente – tornando inconstitucionais os dispositivos normativos impugnados – determinem a anulação do referido autos de infração.

No tange ao mérito, aponta que, apesar do esmero aplicado na lavratura do lançamento impugnado, o r. agente administrativo equivocou-se quanto a análise dos documentos fiscais. Encontra-se citado no auto de infração que os DANF's nº. 13429, 13433, 1345 (Não existe – pela lógica entende-se que a numeração é: 13435), 13437 e 13439 comprovam a ocorrência de violação ao art. 353, II d RICMS/BA pela ora impugnante.

Considera que através das Notas Fiscais supracitadas, que se encontram em anexo (Doc. 04), está devidamente demonstrada e confirmada a retenção do imposto devido pelo contribuinte no que pese sua condição de sujeito passivo por substituição.

Entende que não há que se falar em falta de retenção do imposto pelo sujeito passivo por substituição, conforme está fartamente comprovado pela descrição das notas fiscais utilizadas, não se aplicando o art. 353, II do RICMS/BA, tão pouco a multa incidente, uma vez que as notas fiscais comprovam que de fato houve a retenção do ICMS substituído.

Requer, caso não colhida a primeira preliminar, a nulidade do ato de lançamento que constituiu o crédito tributário ora impugnado, pelo descumprimento ao preceito legal do art. 18, IV da Lei 7.014/96, e em atendimento a Súmula 01 do CONSEF/BA, que condiz com a jurisprudência deste Conselho, no que tange a falta de obediência aos Princípios basilares do sistema tributário - a Legalidade e Verdade Material, decorrentes dos vícios materiais insanáveis e inaceitáveis em que incorreu a Fazenda Estadual no critério jurídico para lavrar o indigitado lançamento;

Amparado no princípio da eventualidade, requer a nulidade da presente autuação com fulcro nos arts. 18, inciso I e 42 do RPAF/BA, haja vista a incompetência dos Agentes Tributários do estado para lavratura de Autos de Infrações, mesmo quando essa competência é atribuída através de provimento derivado, fartamente sufragado pela doutrina e jurisprudência pátria, em face do descumprimento de preceito constitucional previsto no art. 37, II.

Ainda, em preliminar, subsidiariamente, se afastada as preliminares de nulidade *ut supra*, requer o sobrerestamento do julgamento do presente lançamento, até decisão final da ADI nº. 4.233, sendo que em caso procedência da decisão proferida em sede de ADI – tornando inconstitucionais os dispositivos normativos impugnados – determinem a anulação do referido Auto de Infração, por ser prejudicial à legalidade deste procedimento administrativo, por tudo que fora exposto.

Utilizando-se do princípio da eventualidade, sufragada as preliminares, requer a nulidade do Auto de Infração, pela desconfiguração da infração, tendo em vista que segundo enquadramento legal e tipificação da pena, a imputação fora imposta ao contribuinte em face da falta de retenção do imposto como substituto tributário, o que não ocorreu, conforme se denota pelas Notas Fiscais em anexo.

O autuante, às fls. 57 a 60 dos autos, apresenta a informação fiscal, alegando que a mercadoria (AEHC) tem que circular com o DAE da operação normal, pois o momento do recolhimento é a saída do álcool, conforme art. 515-B e o autuado não possui o benefício a que se refere o art. 126, IV, inciso II do RICMS de recolher até o dia 15 do mês subsequente ao das operações, uma vez que o mesmo não possui autorização da COPEC.

Enfatiza que a exigência se trata das operações normais do autuado, e afirma que não houve recolhimento do imposto, em suas operações normais, por livre vontade do contribuinte, uma vez que conhece a necessidade de autorização pela COPEC.

VOTO

Trata-se de auto de infração lavrado no trânsito da mercadoria, cuja infração foi descrita no Auto de Infração como “Falta de retenção do ICMS Substituição nas operações de saída de mercadorias sujeitas à antecipação tributária.”

Verifico que, apesar da infração conter a aludida descrição, após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que na descrição do fato o autuante consignou que lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto decorrente de falta de recolhimento do ICMS normal e/ou anexação do respectivo DAE, quitado, em sua operação própria com ÁLCOOL HIDRATADO CARBURANTE, referente DANFE constante dos autos, não possuindo o contribuinte autorização da COPEC para gozo de recolhimento no prazo normal.

Para embasar a infração foi lavrado o Termo de Apreensão, constando no campo “Descrição dos Fatos”, que foi apurada a seguinte irregularidade: “O contribuinte acima identificado não recolheu, no prazo regulamentar, o ICMS sobre a operação própria referente a venda de álcool combustível hidratado, conforme DANFEs números 13429, 13433, 1345, 13437 e 13439”.

A repetição do texto da acusação, constante nos Auto de Infração e Termo de Apreensão é oportuna para que não exista dúvida quanto à infração que foi imposta ao sujeito passivo, a qual trata, única e exclusivamente, do ICMS normal. Portanto, este fato não causou qualquer prejuízo à defesa do contribuinte, inclusive o valor lançado no demonstrativo de débito se refere ao valor do ICMS normal, destacado no documento fiscal, que deveria ter sido pago antes da saída da mercadoria, haja vista que o contribuinte não comprovou possuir autorização da COPEC para pagamento do tributo nesta operação em outro prazo. Assim, não tem nenhuma pertinência os argumentos defensivos relativos à substituição tributária, uma vez que, na ação fiscal em lide, nada foi imputado ao autuado em relação à substituição tributária, bem como não cabe a aplicação da Súmula 01 desse CONSEF/BA.

Quanto à alegação de que o auto de Infração foi Lavrado por Agente de Tributos Estaduais e que essa competência lhe foi atribuída através de um provimento derivada, formalizado por meio da Lei 11.470/2009, cuja questão está sendo apreciada pelo STF, através d ADI número 3.857, cabe lembrar que, no que pertine às alegações de inconstitucionalidade dos atos normativos ou leis estaduais, cabe consignar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167 I do RPAF/BA.

Na peça defensiva o impugnante trata de base de cálculo da substituição tributária, matéria totalmente diferente da que foi objeto da autuação.

Analizando os documentos fiscais, que embasaram a autuação, fica com clareza cristalina que o fiscal autuante efetuou o lançamento tributário de ofício do valor do ICMS calculado pelo próprio contribuinte, sendo os valores destacados nas Notas Fiscais pelo contribuinte autuado.

Os valores autuados foram os destacados nos documentos fiscais e foram indicados pelo contribuinte autuado nos DANFEs números 13429, 13433, 1345, 13437 e 13439”.

Conforme restou comprovado nos autos, em especial no Termo de Apreensão e nos aludidos DANFE's, o autuado transportava álcool carburante, destinados a diversos contribuintes, tendo despachado o produto com a devida substituição do ICMS, mas sem o recolhimento tempestivo do imposto em suas operações próprias (ICMS NORMAL, objeto da autuação), conforme determina o Art. 515-B o imposto relativo à operação própria nas saídas internas ou interestaduais de AEHC ou de álcool não destinado ao uso automotivo, transportado a granel, sórro recolhido no momento da saída das mercadorias, devendo o Documento de Transporte de Mercadorias (DTM) devidamente quitado, acompanhar a mercadoria na respectiva

constar o número da autenticação consta no corpo da própria nota fiscal, em conformidade com os incisos II e III do citado artigo, *in verbis*:

Art. 515-B. O imposto relativo à operação própria nas saídas internas ou interestaduais de AEHC ou de álcool não destinado ao uso automotivo, transportado a granel, será recolhido no momento da saída das mercadorias, observando-se o seguinte:

...

II - o Documento de Arrecadação Estadual, devidamente quitado, deverá acompanhar a mercadoria na respectiva circulação;

III - o número de autenticação bancária do documento de arrecadação deverá ser indicado no campo “Dados Adicionais” da Nota Fiscal de saída e o número desta no campo “Informações Complementares” do respectivo documento de arrecadação;

§ 1º Os contribuintes industriais poderão, mediante autorização do Diretor de Administração Tributária da região do domicílio fiscal do contribuinte, após parecer técnico da COPEC, recolher o imposto relativo às operações internas até o 9º dia do mês subsequente ao da saída.

Da interpretação dos dispositivos acima, sem sombra de dúvida, o ICMS Normal, operação própria, deve ser recolhido no momento da saída da mercadoria, salvo se o contribuinte possua autorização do Diretor de Administração Tributária, após parecer técnico da COPEC, para recolher o imposto relativo às operações internas até o 9º dia do mês subsequente ao da saída, o que não foi comprovado nos autos, o que demonstra o acerto da ação fiscal.

Pelo acima exposto, entendo que restou comprovado que o autuante apenas exigiu o pagamento do ICMS destacado nas notas fiscais emitidas pelo autuado e que não recolhido no prazo previsto no Art. 515-B, do RICMS/BA, relativo à operação própria nas saídas internas de AEHC- álcool etílico hidratado combustível, transportado a granel, não possuindo autorização para recolhimento em data posterior ao momento da saída das mercadorias.

Ressalto, igualmente, que o autuante se equivocou ao indicar na infração em tela o dispositivo da multa aplicada como sendo a alínea “e” do inciso II do Art. 42, quando o correto é a alínea “f” do mesmo inciso, mesmo art. 42 e mesma da Lei nº 7.014/96, pelo que fica retificado o inciso indicado, não havendo nenhuma alteração de valor, uma vez que a multa foi corretamente calculada no percentual de 60%.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 210943.0058/09-9, lavrado contra **GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$14.820,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR