

A. I. N° - 210671.0301/10-0
AUTUADO - GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA.
AUTUANTE - LAÉRCIO ARNALDO TELES DE MELO
ORIGEM - INFRAZ PAULO AFONSO
INTERNET 14/12/2011

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0262-03/11

EMENTA: ICMS. ÁLCOOL ETÍLICO HIDRATADO COMBUSTÍVEL (AEHC) TRANSPORTADO A GRANEL. IMPOSTO RELATIVO À OPERAÇÃO PRÓPRIA. MOMENTO DO PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nos termos do art. 515-B do RICMS, o imposto relativo à operação própria nas saídas internas ou interestaduais de AEHC transportado a granel deve ser recolhido no momento da saída da mercadoria, devendo o comprovante do recolhimento acompanhar a mercadoria em sua circulação, a menos que haja autorização específica do fisco para que o tributo seja pago no prazo regulamentar. Na data da autuação o contribuinte encontrava-se descredenciado. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 8.3.10, diz respeito à “Falta de recolhimento do imposto [ICMS] devido pela operação própria”. Consta que se trata de 20.000 litros de AEHC (álcool etílico hidratado combustível) em trânsito acobertados por documentos emitidos por contribuinte “descredenciado junto ao COPEC” [sic], sem recolhimento do ICMS. Imposto lançado: R\$ 7.410,00. Multa: 50%.

O autuado apresentou defesa (fls. 19/30) suscitando duas preliminares. Na primeira, alega a ilegitimidade da autoridade coatora para atuar como Auditor Fiscal, quanto seu cargo efetivo na Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, adquirido através de concurso público, corresponde tão-somente ao de Agente de Tributos Estadual, o que não lhe garante competência para herdar atribuições pertinentes à lavratura de Autos de Infração. Assinala que, através de um provimento derivado interno da SEFAZ/BA, formalizado por meio da Lei nº 11.470/09, o mencionando Agente de Tributos transpôs de cargo sem o devido concurso público, passando a atuar, indevidamente, com algumas atribuições do cargo de Auditor Fiscal, conforme dispõem os incisos I e II o art. 2º da citada Lei nº 11.470/09, assim como o art. 24 e o anexo V da Lei nº 8.210/02, sendo que, com advento desta lei, o mencionado Agente lavrou este Auto de Infração, por ter passado a ter competência indevida para constituir créditos tributários na fiscalização do trânsito de mercadorias e de estabelecimentos de microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional. Observa que essa lei, que supostamente autorizou que os Agentes de Tributos atuassem fazendo as vezes do Auditor Fiscal, está sendo objeto da ADI sob nº 4.233, tendo em vista que 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 o art. 37, inciso II, da Constituição. Aduz que o parecer de autoria da Vice- Procuradoria Geral da República proferido nos autos da supracitada ADI considerou que a Lei nº 11.470, no art. 2º, incisos I e II, de fato modificou substancialmente as atribuições que pertenciam aos Agentes de Tributos, pois o nível de escolaridade exigido para realizar essas novas tarefas não condiz com

a condição escolar daqueles servidores, e por conseguinte essas novas atribuições caracterizam uma espécie de provimento derivado dos citados servidores para funções incompatíveis com aquelas em que foram investidos através de concurso público. Pontua que, de acordo com a doutrina e a jurisprudência, só é possível a investidura de novos quadros por servidores enquadrados se esses preencherem os requisitos da lei que alterou a situação de serviço do provido. Cita nesse sentido o administrativista Hely Lopes Meirelles. Transcreve a ementa do acórdão do plenário do STF no julgamento da ADI nº 3.857, quando foi reconhecida a inconstitucionalidade da lei do Estado do Ceará que reorganizou as carreiras na Secretaria da Fazenda, em situação que considera análoga à do caso em tela, haja vista tratar-se de provimento derivado. Conclui que, estando irregular a situação do Agente autuante, e estando demonstrada a sua incompetência, impõe-se a anulação do Auto de Infração, por força do art. 42 do RPAF, segundo o qual é privativa a competência dos Auditores Fiscais para lavrar Auto de Infração, estando, portanto, excluídos desse rol os Agentes de Tributos. Subsidiariamente, requer a este Órgão Julgador que, caso se considere legítima a competência do Agente de Tributos para lavrar Auto de Infração, se sobresteja o seu julgamento até decisão final da ADI nº 4.233, de modo a que, se a decisão a ser proferida na ADI for procedente, tornando inconstitucionais os dispositivos normativos impugnados, seja declarada a anulação do referido Auto de Infração.

Numa segunda preliminar, a defesa reclama que o descredenciamento da empresa foi efetuado de forma irregular, em virtude da ausência de ato formal em sua decretação. Toma por fundamento o princípio da publicidade.

Quanto ao mérito, questiona o lançamento alegando que a cobrança do imposto na forma efetuada neste caso contraria o critério constitucional da não-cumulatividade, e se a empresa viesse a atender à sistemática de recolhimento antecipado isso inviabilizaria sua continuidade empresarial, haja vista que essa situação fática enseja uma restrição ao direito subjetivo e constitucional do contribuinte de não cumular seus créditos, em face de uma exigência do fisco prevista no art. 515-B, § 2º, do RICMS, a qual não foi cumprida pelo próprio Estado, uma vez que se manteve inerte quanto ao deferimento ou indeferimento de autorização pleiteada pela empresa, e, diante da omissão da COPEC em conceder a referida autorização, o contribuinte vem sofrendo autuações arbitrárias que geram graves ofensas ao seu direito de compensar os débitos de ICMS com os valores já recolhidos em operações anteriores (créditos) mediante a efetivação do critério da não-comutatividade. Sustenta que, para poder utilizar-se do ICMS creditado, é necessário que haja o encontro de contas entre crédito e débito, porém, como o fisco exige que o ICMS próprio da empresa seja recolhido no momento da saída da mercadoria e que a alíquota seja calculada sobre o preço constante na Nota Fiscal, é impossível satisfazer o referido encontro de contas, bem como dar efetividade ao critério da não-cumulatividade. Acentua que, se os valores constantes nas Notas Fiscais não consideram os créditos de ICMS dos quais a empresa dispõe, há um óbice concreto para que haja a compensação no final no mês com o ICMS por ela devido. Ressalta que o ICMS foi calculado sobre o valor “cheio” da mercadoria, ou seja, sem qualquer desconto a título de não-cumulatividade, tendo a autoridade lançadora apenas somado os valores totais das mercadorias declarados nas Notas Fiscais, utilizando-os como base de cálculo do imposto. Alega que a COPEC se omitiu quanto à concessão do benefício do art. 515-B, § 2º, do RICMS, e isso trouxe inúmeros prejuízos à empresa, inclusive dando ensejo a este Auto de Infração, bem como ferindo o critério constitucional da não-cumulatividade. Aduz que por essas razões o Judiciário já vem se posicionando quanto à possibilidade de os contribuintes continuarem a recolher o imposto no início do mês subsequente ao da ocorrência do fato gerador, e em caso semelhante a 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador deferiu medida liminar no Mandado de Segurança nº 3218545-1/2010, impetrado pela Petromotor Distribuidora de Petróleo Ltda. contra a Superintendência de Administração Tributária do Estado da Bahia (SAT), em vista da inérvia da COPEC em autorizar o recolhimento do ICMS até o 9º dia do mês

subseqüente ao da ocorrência do fato gerador, conforme trecho da decisão que transcreve. Pergunta qual será o momento em que a empresa utilizará os créditos decorrentes da aquisição dos produtos por ela comercializados caso permaneça essa situação que considera absurda. Sustenta que o direito subjetivo que abarca os contribuintes sujeitos à sistemática de tributação do ICMS constitui categoria jurídica de hierarquia superior, da qual nenhuma lei, decreto, portaria, regulamento ou o que for pode vir a mitigá-lo, conforme entendimento do STF no Recurso Extraordinário 480603/MG, em que atuou como relator o ministro Carlos Britto, cuja ementa transcreve.

Pede que o lançamento seja declarado nulo, em face das preliminares suscitadas. Reitera o pedido já formulado subsidiariamente, no sentido de que, se afastadas as preliminares, se determine o sobrerestamento do julgamento até decisão final da ADI nº 4.233, e que, em caso de procedência da decisão proferida na ADI, tornando inconstitucionais os dispositivos normativos impugnados, se declare nulo o presente Auto de Infração. No mérito, pede a nulidade do Auto, por implicar restrição ao direito subjetivo e constitucional do contribuinte de não cumular seus créditos. Requer a realização de diligencia por fiscal estranho ao feito, para apurar todas as alegações inseridas na peça defensiva, e para informar a destinação dos créditos acumulados pela impugnante até a data da impugnação deste lançamento. Juntou documentos.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 53/56) explicando como foi verificado o fato: o autuado estava transitando com álcool etílico com as Notas Fiscais (DANFEs), porém sem os correspondentes documentos de arrecadação (DAEs) da operação própria, de saídas, conforme prevê o art. 515-B [do RICMS]. Considera evidente a obrigação do contribuinte de recolher o imposto referente a cada operação de saída, entendendo que quanto a esse aspecto não há o que questionar. Aduz que o autuado requereu autorização para recolhimento do imposto em data posterior, e apresentou cópia do requerimento dirigido à COPEC, bem como cópia de decisão judicial, datada de 12.4.10, concedendo medida liminar ao autuado para efetuar o recolhimento até o dia 9 do mês subsequente. A seu ver, isso demonstra que o autuado tinha conhecimento da legislação, porque requereu autorização para recolher o tributo em data posterior, e tinha também conhecimento da ausência de parecer, uma vez que impetrhou ação judicial para obter o recolhimento na data desejada. Indaga onde estaria a falta ao princípio da publicidade. Grifa que a determinação judicial está datada de 12.4.10, sendo portanto posterior à lavratura do Auto de Infração, que ocorreu a 8.3.10. Considera que a defesa é dúbia, pois ao mesmo tempo em que reconhece a existência da legislação pertinente se recusa a cumpri-la, considerando-a ilegal ou inconstitucional, de modo que a seu ver teria caráter meramente protelatório.

Observa que o representante do autuado demonstra ser grande conhecedor da Lei nº 11.470, seus desdobramentos e a ADIN que a questiona, porém, provavelmente por se considerar acima da lei, se recusa a aceitá-la e cumpri-la. Pontua que a referida lei está em vigor e cabe a todos cumpri-la. Considera equivocado o questionamento acerca da regra da não-cumulatividade. Observa que, de acordo com o art. 167 do RPAF, este Órgão Julgador não tem competência para apreciar a questão suscitada pela defesa. Quanto ao pedido de diligência, considera o pleito totalmente descabido, pois não foi fundamentada essa finalidade, e os documentos e dados necessários para apreciação estão nos autos.

Opina pela procedência do lançamento.

Foi pedida vista dos autos (fl. 58).

O processo foi remetido em diligência (fls. 60-61) a fim de que a COPEC informasse se houve pedido de credenciamento, e, em caso positivo, se houve resposta ao pedido do contribuinte, qual o teor da resposta, e se o contribuinte foi cientificado da resposta. Deveria ser informado também

se houve credenciamento e posterior descredenciamento do contribuinte, e, em caso positivo, as datas dos atos respectivos, e se o contribuinte foi cientificado de tais atos.

Foram juntadas as peças às fls. 66/77.

A COPEC (Coordenação de Fiscalização de Petróleo e Combustíveis) informou (fls. 79-80) que em 12.4.10, por força de decisão judicial, aquela Coordenação concedeu autorização para o contribuinte recolher o imposto relativo às operações internas até o 9º dia do mês subsequente ao da saída de AEHC. Ressalta que o credenciamento ocorreu em data posterior à lavratura do presente Auto de Infração.

Foi determinada nova diligência (fls. 84-85) para que a repartição de origem desse ciência dos resultado da diligência ao autuado.

VOTO

A infração imputada ao autuado foi descrita nestes termos: “Falta de recolhimento do imposto [ICMS] devido pela operação própria”, havendo no campo “Descrição dos Fatos” do Auto a informação de que se trata de 20.000 litros de AEHC (álcool etílico hidratado combustível) em trânsito acobertados por documentos emitidos por contribuinte “descredenciado junto ao COPEC” [sic].

Cumpre em primeiro lugar verificar se a questão se encontra “sub judice”. Conforme observou o fiscal autuante, o contribuinte requereu autorização para recolher o tributo em data posterior (dia 9 do mês subsequente), porém, de acordo com o instrumento à fl. 47, a Liminar concedida é datada de 12.4.10, sendo portanto posterior à lavratura do Auto de Infração, que ocorreu a 8.3.10. Há outra decisão às fls. 10/13, pela qual foi determinada a liberação do veículo e da carga apreendidos, datada de 5.3.10. Assim sendo, a lide relativa ao fato concretamente apurado nestes autos não se encontra “sub judice”.

Nota ainda que foram suscitadas pela defesa duas preliminares. Na primeira, o autuado alega a incompetência da autoridade fiscal que procedeu ao lançamento para lavrar Auto de Infração. A competência deste Órgão Julgador restringe-se à apreciação das lides de natureza fiscal-tributária. A Lei nº 11.470/09 entrou em vigor a 1º.7.09. O Auto de Infração foi lavrado em 8.3.10. Esta Junta não tem competência para apreciar a constitucionalidade do direito posto. Subsidiariamente, a defesa requer que, caso se considere legítima a competência do Agente de Tributos para lavrar Auto de Infração, se sobresteja o seu julgamento até decisão final da ADI nº 4.233. Indefiro o sobrerestamento do andamento do processo, pois tal procedimento não tem previsão no RPAF. Ultrapasso a primeira preliminar.

Na segunda preliminar, a defesa reclama que o descredenciamento foi efetuado de forma irregular, em virtude da ausência de ato formal em sua decretação. Tendo em vista que essa preliminar se confunde com a matéria de mérito, é nesse sentido que a aprecio.

O contribuinte encontrava-se descredenciado em relação à faculdade de recolher o imposto relativo às operações internas até o 9º dia do mês subsequente ao das saídas de AEHC. Por força de decisão judicial, a COPEC concedeu o credenciamento no dia 12.4.10. Essa é a data da Liminar. O Auto de Infração foi lavrado no dia 8.3.10. Portanto, ao ser lavrado o Auto, o contribuinte estava descredenciado. Os efeitos da Liminar não retroagiram neste caso.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210671.0301/10-0**, lavrado contra

GASFORTE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 7.410,00**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de novembro de 2011

ARIVALDO DE SOUSA - PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA - LIMA IRMÃO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA