

A. I. N° - 938459-600
AUTUADO - JOSELYN BLANCO
AUTUANTE - EDUARDO ARAÚJO CAMPOS
ORIGEM - IFMT/METRO
INTERNET - 23.04.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0065-02/09

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. ESTOCAGEM DE MERCADORIA EM DEPÓSITO CLANDESTINO DESACOMPANHADA DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado que o local onde foram encontradas as mercadorias não se encontrava devidamente inscrito no cadastro fazendário e que as mercadorias estavam desacompanhadas de documentos fiscais. Infração caracterizada. Rejeitada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 28/05/2008 pela fiscalização de mercadorias em trânsito, para exigência de ICMS no valor de R\$18.954,00, acrescido da multa de 100%, tendo em vista que foi constatado o estoque de mercadoria desacompanhada de documentação fiscal (Álcool Hidratado) em estabelecimento clandestino, conforme Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 073887, à fl. 02.

Foi apresentada defesa tempestiva às fls. 25 a 48, onde o autuado, por seu advogado, procuração fl.51, de início apresenta preliminar de nulidade por ilegitimidade passiva, alegando que o Auto de Infração foi lavrado em face do autuado, Josedyl Blanco, ser diretor da A.D.O.T.A. Associação para Desenvolvimento e Otimização do Trabalhador Autônomo, por isso entender ser parte ilegítima para figurar o pólo passivo da cobrança, arguindo que não agiu com nenhuma das discriminantes dispostas no art. 135 do Código Tributário Nacional, ou seja, com a prática de atos com excesso de poder ou que infrinjam a lei ou o estatuto social, transcrevendo o referido artigo em seguida.

O autuado além da nulidade, pede a sua exclusão do pólo passivo do Auto de Infração, alegando que não havia no auto de infração em epígrafe dispositivos fundamentando sua inclusão no pólo passivo da obrigação tributária.

Pontua que a ADOTA, demonstrando a sua boa fé, apesar de não constar do Auto de Infração, com base no art. 4º da lei estadual nº. 7629/99, vem também apresentar defesa.

Aduz que a ADOTA é associação civil, sem fins lucrativos e econômicos, que possui como atividade principal o desenvolvimento e otimização de seus trabalhadores autônomos taxistas.

Diz que para a persecução de seu fim social possui Ponto de Abastecimento situado na Rua Antonio da Silva Coelho, nº. 126, Jardim Armação, Salvador – BA e recentemente foi autorizada pela ANP – Agência Nacional de Petróleo a instalar novo Ponto de Abastecimento no estabelecimento sito à Rua Gerino de Souza Filho, nº. 02, Itinga, Lauro de Freitas.

Argumenta que o conceito de “Ponto de Abastecimento” pode ser extraído do art. 2º, V, da resolução 12/07 da ANP, que transcreve.

Narra que através desses pontos, é possibilitada a compra de combustível em maior quantidade e em consequência efetuar o repasse aos associados – taxistas – por um menor preço, atingindo, dessa forma, o objetivo social para que a associação fora criada.

Informa que em 20 de maio de 2008 a Associação, efetuou a compra de 43.000 litros de álcool hidratado, destinados para uso automotivo, conforme (doc. 03).

Quadra que no caso em tela, o recolhimento de ICMS é efetuado através da substituição tributária, podendo constatar na fatura anexa (doc. 03) que o recolhimento foi feito.

Salienta que, em 29/05/2008, foi surpreendido pela lavratura de Auto de Infração (doc. 02), na pessoa de seu diretor, em que lhe é cobrado valor a título de ICMS relativo à 39.000 litros de álcool hidratado, no valor integral do imposto, armazenados em seu Ponto de Abastecimento em Lauro de Freitas, com multa de 100% do valor do imposto, dizendo que o autuante entendeu tratar-se de estabelecimento clandestino.

Argumenta que a cobrança é indevida, um vez que o ICMS já fora recolhido no momento da compra do combustível, como é estipulado pela legislação baiana quando trata da substituição tributária. Fala que no presente caso, ocorreu transferência de insumos de um estabelecimento para outro, ambos de mesma titularidade da associação.

Alega que foi considerado pelo autuante que se tratava de estabelecimento clandestino, entendimento, segundo o autuado, que não merece prosperar, tendo em vista que não é condizente com a realidade dos fatos.

Destaca, que o estabelecimento “Ponto de Abastecimento” não se confunde com o estabelecimento “Distribuidor de Combustível”.

Defende que enquanto o primeiro compreende a “instalação dotada de equipamentos e sistemas destinados ao armazenamento de combustíveis, como registrador de volume apropriado para o abastecimento de equipamentos móveis, veículos automotores terrestres, aeronaves, embarcações ou locomotivas”, o segundo caracteriza-se “pela aquisição de produtos a granel e sua revenda a granel (por atacado) para a rede varejista ou grandes consumidores”.

Fala que a associação, na qualidade de detentora de ponto de abastecimento, é mera adquirente de mercadoria (álcool hidratado) da distribuidora.

Transcreve o art. 8º, III e o 9º, Parágrafo Único da Lei 7.014/96 para defender que a distribuidora de álcool é a responsável pela retenção do imposto devido na operação realizada pela adquirente, bem como relativo aos serviços prestados, e que as operações sucessivas que ocorreram após o pagamento do imposto por substituição ou antecipação tributária serão classificadas como não tributadas, há a saída sem débito do imposto. Cita os Acórdãos da 4ª. JF nº 0102-04/02, e da 1ª. CJF nº 0218-11/02, alegando seguirem o mesmo sentido de sua tese. Aduz que no presente caso é indevida a cobrança dos valores relativos ao ICMS, uma vez que o referido imposto já foi recolhido antecipadamente pela Distribuidora de Combustíveis, conforme seu doc. 03.

Prega que seria ineficaz que os profissionais autônomos se reunissem em uma associação, sendo que neste caso eles seriam mais tributados – pela dupla incidência do ICMS – do que prestando serviços isoladamente.

Assevera que a cobrança veiculada neste auto de infração se reveste de afronta à Constituição Federal, cita o seu art. 5º, transcrevendo o inciso XVIII, para falar de criação de associações e cooperativas. Traz à baila, os ensinamentos do professor Roque Antonio Carrazza, esclarecendo da importância desse dispositivo constitucional, no que diz respeito à associação.

Registra que o autuante alegou que o estabelecimento – ponto de abastecimento sito à Rua Gerino de Souza filho, s/nº, Itinga, Lauro de Freitas – é clandestino, uma vez que não estava no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia.

Ressalta que, nos casos de ponto de abastecimento a Resolução 12/2007 da ANP (doc.05) é clara ao dispor da regulamentação para operação e desativação das instalações de ponto de abastecimento e os requisitos necessários à sua autorização, transcrevendo grande parte dessa resolução, para dizer que encontrava-se em situação regular, e que não era “estabelecimento clandestino” porque cumpriu todos os seus deveres.

Garante que não houve prejuízo ao Erário Estadual, porque todo o imposto devido foi recolhido antecipadamente em decorrência do regime de substituição tributária.

Argumenta quanto à obrigação acessória de inscrição da associação, no cadastro estadual de contribuintes, se faz desnecessária conforme disposto em legislação específica da ANP e face o regime de substituição tributária, tendo em vista, que suas operações com as mercadorias adquiridas são classificadas como não tributadas.

Informa que no dia 12 de junho (sem falar o ano) a associação teve a efetivação do seu pedido de inscrição no cadastro de contribuintes. Diz que atualmente está inscrito no referido cadastro sob o nº 77.334.299EP (doc.06).

Salienta, que, se apesar dos argumentos trazidos à baila, ficar entendido que a multa é devida, acha que a mesma pode ser dispensada pelo CONSEF, com fundamento nos arts. 918 e 918-A do RICMS- BA, decreto nº 6.284 de 14 de março de 1997, transcrevendo o primeiro artigo.

Diz que no presente caso uma das razões de autuar foi a da remessa de combustível de ponto de abastecimento situado no bairro do jardim Armação, no município de Salvador para o ponto de abastecimento situado no bairro de Itinga, no município de Lauro de Freitas , tendo configurado, segundo o autuado, “na opinião do autuante, estabelecimentos da mesma associação”, dado que, nos termos do art. 11, § 3º, inciso II, da Lei Complementar nº 87/69, é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular.

Cita o jurista José Eduardo Soares de Mello para dizer que este nega a possibilidade de tributação das transferências de mercadorias de um para outro estabelecimento da mesma empresa, associação, transcrevendo suas palavras sobre o tema.

Faz referências à Constituição de 1967, o DL 406/68, a Lei Complementar 87/96 e transcreve o inciso II do art.24 da Constituição Federal de 1967 e o art. 6º, § 2º do Decreto-Lei nº 406/68, para falar sobre operações de circulação de mercadorias e sobre contribuinte do imposto. Finalizando o tema para dizer que de conformidade com a Constituição em vigor de 1967, contribuintes eram os comerciantes, industriais e produtores e não o estabelecimento da associação.

Acrescenta que, nos termos do art. 110 do código tributário Nacional, já em vigor ao tempo da edição do decreto-lei nº 406/68, a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e forma de direito privado, utilizados expressa ou implicitamente, pela Constituição para definir ou limitar competências tributárias.

Defende que o patrimônio da empresa é um só. E a simples movimentação de bens de um estabelecimento para outro não constitui fato gerador do ICMS. Mais um motivo, pelos quais o presente auto de infração não merece prosperar.

Pede a nulidade do auto de infração e, quando menos, a exclusão de Josedy Blanco do pólo passivo, por entender que nos termos do art. 135 do CTN, não foi configurada nenhuma das hipóteses que permitiram atribuir-lhe responsabilidade, bem como não dispõe o Auto de Infração de fundamentos legais para sua inclusão no pólo passivo da obrigação tributária.

Argumenta que se não atendido o pedido de nulidade, seja o presente Auto de Infração e imposição de multa julgado improcedente, excluindo-se, a cobrança do imposto, qualquer aplicação de multa, bem como a exclusão dos juros e que seja arquivado o processo.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, para demonstrar a veracidade dos fatos alegados na presente defesa, como a apresentação de novos documentos, realização de diligências, perícia técnica e outras análises que se fizeram necessárias.

O autuante em sua informação fiscal alega que o início da ação fiscal se deu em 27 de maio de 2008, quando a equipe da IMF METRO encontrou em Lauro de Freitas, na Rua Gerino de Souza Filho, s/nº, bairro de Itinga, um depósito de combustível sem inscrição estadual. Cita e transcreve o § 1º do art.150, RICMS/97, para dizer que o estabelecimento não inscrito no Cadastro de contribuintes do ICMS será considerado clandestino.

Frisa que como o estabelecimento era clandestino foi lacrado, doc. fl.05, lavrado o termo de apreensão do estoque existente, de 39 mil litros de álcool hidratado e o presente Auto de Infração. Sendo o responsável pelo estabelecimento, a pessoa física, Josedyl Blanco.

Expõe que o autuado e o depositário fiel, ADOTA-Associação para Desenvolvimento e Otimização do Trabalhador Autônomo, juntos impugnam o lançamento de ofício, alegando em primeiro plano que a ADOTA, não possui fins lucrativos e econômicos, tendo como atividade principal o desenvolvimento e otimização de seus associados – taxistas, e por essa razão instalou um ponto de abastecimento de combustível no bairro Jardim Armação, com o fim de consignar preços mais em conta aos seus associados e instalou um ponto de abastecimento em Lauro de Freitas, no bairro de Itinga, Rua Gerino de Souza Filho, nº 02. Diz que alegam ainda que em 20 de maio de 2008, a associação efetuou a compra de 43.000 litros de álcool hidratado, anexando as notas fiscais fls.67 e 68 e em maio de 2008 efetuou a transferência para o ponto de abastecimento, em Lauro de Freitas (fl. 69).

Registra que os impugnantes requereram nulidade do Auto de Infração e a exclusão de Josedyl Blanco do pólo passivo ou que seja julgado improcedente o Auto de Infração.

Informa, nessa ordem, que no dia 27/05/2008, a equipe da IFMT METRO encontra um estabelecimento clandestino, lavra termo de apreensão (fl. 02) e lacra do imóvel (fl. 05); em 28/05/2008 lavrou o Auto de Infração; em 29/05/2008 o autuado tomou ciência da Peça Acusatória; em 03/06/2008 houve a obtenção da inscrição estadual nº 77.334.299 EP; em 06/06/2008 – Autorização de funcionamento pela ANP (fl. 71) e em 07/06/2008 ocorreu a deslacre do imóvel.

Observa que o estabelecimento teve o seu “registro de nascimento” em 15 de fevereiro de 2007 (fl. 55) e só obteve a inscrição estadual em 03 de junho de 2008, após a intervenção do Fisco. Diz que a responsabilidade tributária foi atribuída à pessoa física, Josedyl Blanco, em virtude de ter se apresentado como proprietário do estabelecimento.

O autuante informa que a equipe da UMF, no dia da lavratura do termo de apreensão, ficou no estabelecimento aguardando o seu responsável das 09 horas até meio-dia, quando apareceu o Sr.Josedyl. Aduz que no dia 28 de maio, fez outro contato para a lavratura do Auto de Infração, e em 29 de maio, para a ciência, em nenhum desses momentos, o autuado fez qualquer menção sobre a existência de nota fiscal. Alega que só tomou conhecimento da mesma (fl. 69) quando da apresentação da defesa. Conclui transcrevendo o § 5º do art. 911 do RICMS/97, para dizer que o trânsito irregular de mercadoria não se corrige pela ulterior apresentação de documentação fiscal.

Ressalta que o estabelecimento ADOTA está cadastrado na SEFAZ na condição de Especial. Afirma que apesar de figurar como não contribuinte, o estabelecimento pratica atos de comércio, vende combustível para veículos filiados à associação, consoante confirmada pela defesa às fls. 28.

Finaliza dizendo que a nota fiscal apresentada, ainda que com data retroativa, foi emitida após a ação fiscal e pede que o Auto de Infração seja julgado procedente.

O processo foi convertido em diligência para o autuante elaborar demonstrativo com memória de cálculos, identificado o método utilizado para a apuração da base de cálculo do imposto lançado, inclusive especificando como foi encontrado o valor unitário da mercadoria (álcool hidratado).

Foi solicitado à INFAZ de origem que fizesse a entrega ao autuado das cópias dos demonstrativos mencionados acima, elaborados pelo Auditor Fiscal Diligente, mediante recibo a ser juntado aos autos e que feito isso reabrisse o prazo de defesa 30 (trinta) dias, para que o autuado pudesse se manifestar, se quisesse.

A diligência foi atendida, tendo a repartição fazendária juntado aos autos comunicação de encaminhamento de cópias da diligência requerida e dos novos documentos acostados ao PAF pelo autuante (fl. 92), com reabertura do prazo de defesa.

O AR juntado à fl. 93, consta assinatura do recebedor, datado de 22/12/08.

Decorrido o prazo de 30 dias o contribuinte não se manifestou.

VOTO

Inicialmente rejeito o pedido de diligência formulado pelo autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos formadores de minha convicção, de acordo com o art. 147, inciso I, do RPAF/99. A mesma deve ser realizada para trazer aos autos elementos que possam dirimir dúvidas entre a acusação e as provas apresentadas na defesa. No presente caso, o procedimento fiscal decorreu da apreensão de mercadorias encontradas em depósito sem inscrição estadual desacompanhadas de documentação fiscal idônea. O próprio contribuinte juntou 2 notas fiscais (fls.67 e 68) pertencentes a estabelecimentos com endereço de destinatários distintos do autuado. E a nota fiscal nº0043 à fl.69, consta o nome da ADOTA, com o endereço do autuado, sem inscrição estadual, demonstrando que à época da apreensão e da autuação não se encontrava cadastrada junto ao Estado. Saliento que não tem qualquer sentido o seu pedido, visto que a ulterior diligência não corrige a sua condição de estabelecimento clandestino previsto na norma, à época da ação fiscal, face à falta de inscrição, nem regulariza a situação da mercadoria apreendida sem documentação fiscal.

Não acato também o pedido de perícia, porque a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnico, sendo a mesma desnecessária visto as provas produzidas nos autos.

Da mesma forma não acolho o pedido de nulidade feito pelo autuado, a infração foi descrita de forma satisfatória, o Auto de Infração foi fundamentado no competente Termo de Apreensão, e consta a indicação dos dispositivos infringidos e o contribuinte apresentou sua impugnação aos fatos narrados, juntou documentos, não contestou os valores da base de cálculo, à alíquota aplicada e o valor do imposto apurado. Ademais, o processo foi convertido em diligência, o autuado tomou conhecimento dos novos elementos produzidos pelo autuante, demonstrando a apuração da base de cálculo do imposto lançado, e lhe foi concedido novo prazo para defesa, que tomando conhecimento não se pronunciou. Ficou evidente que não houve nenhum cerceamento de seu direito de defesa ou prejuízo ao princípio do contraditório. Além do mais, a nulidade suscitada não se encontram elencadas nas situações previstas no art. 18 do RPAF/99.

Quanto as alegações de inconstitucionalidades, ressalto que, acorde o artigo 167, incisos I e II, do RPAF-BA, não se incluem na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade e questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

Observe que a lavratura do Auto de Infração em nome do sujeito passivo Josedyl Blanco ocorreu posto que, consoante Termo de Apreensão fl.02, no dia 27 de maio de 2008, a fiscalização de mercadorias em trânsito no endereço à Rua Gerino de Souza Filho, s/nº, encontrou o depósito de combustível sem inscrição estadual, com 39.000 litros de Álcool Hidratado, desacompanhado de

notas fiscais, sendo informado pela fiscalização que naquele ato apresentou-se como responsável pelo estabelecimento à pessoa física Josedyl Blanco, que assinou o referido Termo de Apreensão de Mercadoria.

Considerando que no momento que se deu início a ação fiscal o local onde se encontrava o combustível não possuía a inscrição estadual e se fez presente o autuado durante a ação fiscal inclusive assinando o Termo de Apreensão, e não comprovou a inscrição estadual do estabelecimento e a regularidade das mercadorias que se encontravam sob sua responsabilidade. À luz do RICMS/97 está correto o procedimento fiscal ao considerá-lo no pólo passivo da Autuação Fiscal, visto que neste caso específico é responsável solidário a pessoa física autuada por deter mercadorias (álcool hidratado) em estabelecimento não inscrito e desacompanhada de documento fiscal idônea. (Art. 39 V, e 150, § 1º do RICMS/97). Portanto, não procede à alegação de ilegitimidade passiva.

Quanto à alegação defensiva de que aplica-se ao caso presente os trechos transcritos dos Acórdãos 4ª. JJF nº 0102-04/02 e 1ª. CJF nº 0218-11/02 não acato, posto que os textos reportam-se a mercadorias sob regime de substituição tributária adquiridas e acompanhadas de Nota Fiscal idônea, mas as mercadorias objeto da autuação foram encontradas em depósito clandestino, estavam desacompanhadas de documentação fiscal.

No mérito, verifico que o Auto aponta como infração a estocagem de mercadorias em estabelecimento não inscrito no cadastro de contribuintes do Estado, e, desacompanhada de documentação fiscal. O autuado alegou que a sua à inscrição no cadastro estadual de contribuintes, se fazia desnecessária face legislação específica da ANP e face o regime de substituição tributária, tendo em vista, que suas operações com as mercadorias adquiridas são classificadas como não tributadas.

Ao contrário do que alegou acima, de acordo com o art. 150 do RICMS/97 o sujeito passivo estava obrigado à inscrição estadual antes de iniciar as suas atividades. Da mesma forma, à luz do art. 201, I do mencionado regulamento, o contribuinte é obrigado a emitir o competente documento fiscal, sempre que realizar operações ou prestações de serviço sujeito à legislação do ICMS.

Portanto está correto o procedimento fiscal do autuante ao encontrar mercadorias em poder do autuado não inscrito no momento de início da ação fiscal desacompanhado de documentação fiscal. O processo foi convertido em diligência, o autuante, com base no preço médio de “Álcool Hidratado”, praticado por J.A. Sobral e Cia Ltda. - Posto Bonocô (doc.fl. 90), elaborou demonstrativo com memória de cálculos, identificado o método utilizado para a apuração da base de cálculo do imposto lançado, (consoante art.56 do RICMS/97), (doc. fl. 91). Foi reaberto o prazo de 30 dias para defesa, e em nenhum momento o sujeito passivo contestou os cálculos do valor do imposto apurado.

Quanto ao pedido de dispensa da multa, devo dizer que, não é da competência desta Junta de Julgamento Fiscal dispensar a multa aplicada sobre o valor do imposto exigido decorrente da ação fiscal.

Por tudo quanto exposto, está devidamente comprovado que no momento da apreensão das mercadorias as mesmas estavam estocadas em estabelecimento clandestino, e sem qualquer documento fiscal, o que caracteriza a ocorrência da infração apontada na autuação. Confirmada a regularidade do procedimento fiscal.

Diante do exposto, 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 **938459-600**, lavrado contra **JOSEDYL**

BLANCO, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento imposto no valor de **R\$18.954,00**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de abril de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR