

A. I. N° - 206948.0001/04-7
AUTUADO - POSTO BEIRA RIO LTDA
AUTUANTE - MARCO AURÉLIO DUTRA DE REZENDE
ORIGEM - INFAZ CAMAÇARI
INTENET - 31.08.04

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0327/01-04

EMENTA. ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA. A multa deve ser aplicada pelo fato em si, não por exercício. Infração parcialmente caracterizada. **b)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **c)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Não foi comprovado o pagamento do imposto devido por antecipação nas aquisições das mercadorias. Abatidos os créditos das operações anteriores (item precedente). Infrações caracterizadas. Rejeitada a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/01/2004, imputa ao autuado as seguintes infrações:

1. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2002 e 2003, aplicando multa no valor de R\$ 100,00;
2. Falta de recolhimento de imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2002 e 2003, exigindo ICMS no valor de R\$ 34.253,77;

3. Falta de recolhimento de imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2002 e 2003, exigindo ICMS no valor de R\$ 9.053,02;

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 47 a 51), na qual alegou ter transferido a operação do posto e a posse do imóvel para o “Grupo Torres” em 05/08/2002, mediante contrato de locação inicialmente celebrado com as pessoas físicas dos Srs. Rustenis Rodrigues de Carvalho e Osmar Rodrigues Torres Júnior, enquanto estava em processo de constituição a firma Torres e Carvalho – Comércio de Derivados de Petróleo Ltda., que em 09/12/2002 assumiu todos os direitos dos locatários, retroagindo estes efeitos à sua data de constituição, ocorrida em 06/09/2002.

Afirmou que, com a solicitação de baixa de sua inscrição estadual, a SEFAZ/BA efetuou fiscalização no posto, entendendo válido o citado contrato de locação e lavrando o Auto de Infração nº 206948.0009/03-0 contra a empresa Torres e Carvalho. Disse ainda que a SEFAZ/BA alterou o entendimento firmado, anulando o referido Auto de Infração para transferir a responsabilidade ao ora autuado no período de 05/08/2002 a maio de 2003, admitindo as alegações do patrono da empresa Torres na sua defesa. Relatou que o patrono da empresa Torres utilizou na defesa do citado Auto de Infração duas cartas do autuado para a Agência Nacional do Petróleo – ANP, prestando o favor de assumir a posição de adquirente de derivados de petróleo, tendo em vista que o posto estava fechado por falta de registro da empresa Torres, conforme carta anexada (fl. 52).

Anexou também cópia de documento produzido pela Torres (fls. 52), onde seus representantes declararam que, a partir de 05/08/2002, a comercialização de produtos e derivados de petróleo no posto é de inteira responsabilidade de sua empresa e que as referidas cartas dirigidas a ANP tinham o fim único de propiciar a reabertura do posto, que havia sido fechado por falta de registro junto àquela agência, não se atribuindo às mesmas qualquer outra consequência jurídica. Informou que não tem elementos para se defender quanto ao mérito da autuação por não possuir controle sobre a operação e os livros contábeis do posto e que é apenas proprietário de um posto de gasolina operado por outra empresa. Ao final, pede que o Auto de Infração seja julgado nulo para ser transferida a responsabilidade à empresa Torres.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 64 e 65), informou que, inicialmente, foi lavrado o Auto de Infração nº 206948.0009/03-0 contra a empresa Torres e Carvalho, que se defendeu sob a alegação de que a responsabilidade no período era do ora autuado, a qual foi acatada pela 2ª CJF em seu julgamento (fls. 66 a 69). Afirmou que toda a documentação fiscal, os Livros de Movimentação de Combustíveis - LMC e as notas fiscais de compras e vendas, está em nome do autuado, que emitiu declaração a ANP de que a data de encerramento de suas atividades foi 01/05/2003, aduzindo que o contrato de aluguel é um instrumento particular, não servindo para definição de responsabilidade tributária. Relatou que o débito já veio transferido de um Auto de Infração, lavrado contra Torres e Carvalho Ltda., para o presente, pelo que opinou pela manutenção da autuação, sugerindo que o autuado solicite a quitação do débito às pessoas que assumiram a responsabilidade junto ao mesmo, já que entende não ser relevante de quem o Estado vai receber.

O autuado, em nova manifestação (fls. 72 a 75), invocou o princípio da legalidade para reclamar a relevância da origem do pagamento para o Estado, transcrevendo doutrina de Hely Lopes

Meirelles e o art. 37 da Carta Magna, reafirmou não ter realizado operação que constituísse fato gerador do ICMS, não podendo, por conta disso, ser reconhecido como sujeito passivo da incidência do imposto, e requereu a nulidade da autuação.

O autuante se manifestou novamente (fls. 78 e 79), reafirmando as suas alegações, e opinou mais uma vez pela manutenção da autuação.

Em terceira manifestação (fls. 82 a 84), o autuado reiterou o pedido de nulidade da autuação, dizendo que o autuante não considerou a renúncia aos argumentos da defesa apresentada na autuação anterior, proferida pelos representantes da empresa Torres através de carta.

O autuante reafirmou (fl. 88) que a definição da responsabilidade perante a SEFAZ/BA, à luz da legislação vigente, é do autuado, pois todas as folhas do LMC e todas as notas fiscais de compra e venda no período estão em seu nome.

VOTO

O presente Auto de Infração imputa ao autuado as infrações de ter omitido saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis sem a emissão de documentos fiscais e não ter recolhido imposto, na condição de responsável solidário e por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal.

O autuado se manifestou três vezes requerendo a nulidade do Auto de Infração, alegando não ter efetuado as operações que foram objeto da autuação, já que seu estabelecimento estava alugado, e solicitando que a responsabilidade fosse transferida para a empresa Torres e Carvalho Ltda., anexando documento no qual os representantes desta declararam ser os responsáveis pela administração do posto no período. Afirmou não possuir elementos para contestar o mérito da autuação, sob a alegação de que os livros e documentos fiscais não estavam em seu poder.

O autuante opinou pela manutenção da autuação, informando que o presente Auto de Infração resulta de autuação anterior, lavrada contra a empresa Torres e Carvalho Ltda. e julgada nula pela 2ª CJF com o fundamento de que a responsabilidade é do ora autuado. Afirmou que a declaração da empresa Torres e Carvalho Ltda., assumindo a responsabilidade das operações do posto, só possui validade entre as partes, tendo em vista que a defesa impetrada pelos seus representantes no Auto de Infração anterior se baseou exatamente no contrário – a empresa declarou que não era a responsável pelas operações no período. Ressaltou que a autuação se baseou na carta enviada pelo autuado a ANP, informando ser o responsável pelas operações do posto no período, e no fato de que toda a documentação fiscal, os Livros de Movimentação de Combustíveis - LMC e as notas fiscais de compras e vendas, está em nome do autuado.

Quanto à nulidade do presente por ilegitimidade passiva, entendo que esta não deve prosperar, pois os livros e documentos fiscais que serviram de base para a autuação estão em nome do autuado, o qual também efetuou comunicação a ANP informando ser o responsável pelas operações no período. Reforça este entendimento o julgamento da 2ª CJF pela nulidade do Auto de Infração nº 206948.0009/03-0 lavrado contra a empresa Torres e Carvalho Ltda., baseado na responsabilidade do ora autuado pelas operações do posto. Entendo também que a declaração efetuada pelos representantes da empresa Torres e Carvalho Ltda. só possui validade entre as partes, não devendo ser admitido para definição de responsabilidade tributária.

Constato que, em nenhum momento, foi questionado o mérito da autuação e, considerando que as infrações estão bem demonstradas nos autos, entendo que estão caracterizadas as Infrações 02 e 03.

Em relação à Infração 01, onde o autuante aplicou multa por descumprimento de obrigação acessória nos exercícios de 2002 e 2003, esta não deveria ter sido aplicada por exercício, mas pela ocorrência do fato em si, devendo ser reduzida para R\$ 50,00.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206948.0001/04-7**, lavrado contra **POSTO BEIRA RIO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 43.306,79**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 9.053,02 e 70% sobre R\$ 34.253,77, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, e da multa no valor de **R\$ 50,00**, prevista no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de agosto de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR