

A. I. Nº - 269610.0019/03-3
AUTUADO - AMÉRICA DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTE - GILSON GILENO DE SÁ OLIVEIRA
ORIGEM - INFRAZ IRECÊ
INTERNET - 01. 09. 2004

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0314-04/04

EMENTA. ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA Nessa situação, deve-se exigir o tributo do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável tributário. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Não foi comprovado o pagamento do imposto devido por antecipação na aquisição da mercadoria em questão. Abatido o crédito da operação anterior (item precedente). Após revisão do lançamento houve a diminuição da cobrança do imposto referente às duas infrações acima indicadas. 2. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE LIVROS FISCAIS (LIVRO DE MOVIMENTAÇÃO DE COMBUSTÍVEIS – LMC). MULTA. Infração não contestada Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/12/03, cobra ICMS no valor de R\$206.490,64 acrescido das multas de 70% e 60%, mais a multa de R\$460,00 em decorrência:

1. Falta de escrituração do Livro Registro de Combustíveis – LMC – Multa no valor de R\$460,00;
2. Falta de recolhimento do imposto, por responsabilidade solidária, pelas aquisições de mercadorias, de terceiros, desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias (exercício de 2002 e de 1/1/2003 a 7/11/2003) - R\$59.893,37;
3. Falta de recolhimento do imposto, por responsabilidade solidária, pelas aquisições de mercadorias, de terceiros, desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias (exercícios de 2000, 2001 e de 1/1/2003 a 7/11/2003) - R\$74.149,34;
4. Falta de recolhimento do imposto, por responsabilidade solidária, pelas aquisições de mercadorias, de terceiros, desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias (exercício de 2002 e de 1/1/2003 a 7/11/2003) - R\$976,76;
5. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio

sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria (exercício de 2002 e de 1/1/2003 a 7/11/2003) - R\$18.980,21;

6. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria (exercício de 2002 e de 1/1/2003 a 7/11/2003) - R\$391,92;
7. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria (exercícios de 2000, 2001 e de 1/1/2003 a 7/11/2003) - R\$52.098,64.

Impugnando o lançamento fiscal (fls. 534/538), o autuado requereu, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração por ter sido emitido sem a devida fundamentação legal. Requereu, também, a exclusão do ano 2000 por já ter sido fiscalizado, conforme Auto de Infração nº 298965.0101/03-0, cuja defesa foi apresentada em 5/5/2003 e quitada a parte que a empresa reconheceu como devida.

No mérito, informou que existem duas empresas pertencentes aos mesmos sócios com o mesmo ramo de atividade. Uma é a autuada e a outra a LAPEL - Lapão Derivados de Petróleo LTDA. Como a Lapel possuía uma carreta tanque com capacidade de transportar 30.000 litros de combustível e adquiria os produtos derivados de petróleo com a devida nota fiscal, descarregava parte do produto nos seus tanques e o restante era descarregado nos tanques da empresa autuada. Entendeu que este procedimento estava correto pois se tratava de produtos que estão no regime de substituição tributária, com o ICMS já recolhido. Para comprovar o que afirmou, anexou aos autos cópias das fichas de LMC das duas empresas citadas e as respectivas cópias das notas fiscais de entrada.

Continuou com sua argumentação, informando que, na verdade, o que houve foi o registro da entrada da mercadoria nas duas empresas acompanhada da mesma nota fiscal, não havendo qualquer tipo de sonegação, vez que, além do ICMS ter sido recolhido por antecipação, foram lançadas nas fichas do LMC das respectivas empresas as exatas quantidades dos produtos.

Em seguida atacou as quantidades das mercadorias apresentadas pelo autuante. Disse que no ano de 2000, o fiscal ao apurar a omissão de entradas do "óleo diesel" constatou uma omissão de 51.265 litros, porém não havia incluído a nota fiscal nº 035949, emitida em 31/7/2000, com um total de 20.000 litros. E, ao transportar as quantidades de entradas para a planilha de cálculo das supostas omissões de entradas, colocou o óleo diesel no produto "gasolina", aumentando consideravelmente o ICMS por ser maior a MVA do produto. Ainda apresentou uma relação de notas fiscais de entradas que não foram consideradas pela fiscalização.

Em relação ao ano de 2001, fez a mesma colocação quanto ao erro cometido pelo autuante em relação à transposição das quantidades de óleo diesel e de gasolina e, agora, no sentido inverso. De igual maneira, apresentou relação de notas fiscais de aquisições não consideradas. Além do mais, quanto à mercadoria "álcool", houve erro de transposição de quantidades com o "óleo diesel". Apresentou documentos fiscais não considerados pela fiscalização.

Quanto aos exercícios de 2002 e 2003 indicou os mesmos equívocos cometidos pelo autuante em relação à transposição das quantidades indicadas na planilha de entradas das mercadorias levantadas e na planilha do cálculo das omissões. De igual maneira apresentou notas fiscais de entradas não consideradas.

Requeru a improcedência da autuação.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 713/716) com o seguinte teor:

1. não acolhia a preliminar de que o exercício de 2000 já havia sido fiscalizado (AI 298965.0101/03-0), tendo em vista que o contribuinte não fez qualquer prova de que as infrações apontadas na autuação ora em lide corresponde àquela apontada no referido Auto de Infração;
2. que o contribuinte havia confessado o cometimento de infração fiscal capitulada como entrega de mercadoria a destinatário diverso, ao alegar a prática de entrada de mercadoria na empresa autuada e em outra empresa, acobertada pela mesma nota fiscal. Observou que este procedimento redundava em inidoneidade dos documentos fiscais e das operações por eles acobertadas, não sendo viável a aceitação das diversas notas fiscais destinadas à empresa diversa como correspondentes a entradas de mercadorias destinadas ao autuado. Neste sentido ressaltou que com este procedimento, jamais se saberia quando o contribuinte comprava em seu nome, e distribuía para si ou para a LAPEL e quando a LAPEL comprava em seu nome e distribuía para si ou para o contribuinte.
3. em algumas das suas verificações, o contribuinte tomava por base fichas avulsas de sua lavra, sem qualquer formalidade fiscal, chamando-as de LMC - Livro de Movimentação de Combustível. Ressaltou que o fisco tem o direito de utilizar documentos não fiscais produzidos pelo contribuinte ou por terceiros, quando entende que eles estão em consonância com outros elementos apurados, e, também quando eles são obtidos espontaneamente, no ato da fiscalização. Porém este enfoque não poderia ser dado quando estes mesmos documentos são apresentados pelo contribuinte na fase da defesa.

Refez os demonstrativos para incluir as Notas Fiscais indicadas pelo contribuinte, onde ele era o destinatário, e que não haviam sido consideradas (notas fiscais nº 035949 - fl. 580, 001314 - fl. 597, 188834 - fl. 664, 081919 - fl. 704, 082079 - fl. 705, 192142 - fl. 706, 082306 - fl. 707, 082475 - fl. 708 e 082587 - fl. 709), e corrigiu os equívocos na transposição de valores das planilhas de fls. 13, 14 e 15 para o demonstrativo de fl. 8 dos autos.

Chamado a tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 760), o autuado manifestou-se (fls. 764/765) ratificando o pedido de nulidade do Auto de Infração, pois as mercadorias levantadas se encontram, todas, enquadradas no regime da substituição tributária e o imposto recolhido pelas distribuidoras.

Ratificou seu pedido de exclusão do exercício de 2000, vez que já autuado.

Afirmou que o autuante havia agido de má fé ao informar que as fichas de LMC foram entregues somente na defesa, pois as havia recebido quando da fiscalização, conforme solicitação feita quando da intimação para apresentação de livros e documentos fiscais e as utilizou para elaboração do seu procedimento fiscal.

Salientou, novamente, que as mercadorias se encontravam enquadradas no regime da substituição tributária e que, por terem sido entregues em duas empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, com os mesmos sócios, onde existe a total e irrestrita responsabilidade solidária destes para com as obrigações geradas pelas empresas, especialmente as de natureza

fiscais, com o imposto devidamente recolhido na fonte, a presente cobrança se caracterizava em bi-tributação, vedada por lei. Além do mais, o fiscal ao ter calculado o ICMS por substituição tributária e também pelo regime normal e como o ICMS já havia sido pago por substituição quando da compra, realizou uma tri-tributação.

VOTO

Rejeito os pedidos de nulidade alegados pelo impugnante. No primeiro disse que o mesmo foi emitido sem fundamentação legal. Este é um argumento absolutamente genérico. Porém analisando o lançamento fiscal, não existe qualquer reparo de forma a ser feito. O auto está embasado em documentos colhidos no próprio estabelecimento do impugnante e seguiu as determinações legais, previstas em lei e regulamento.

Como segundo argumento à nulidade do lançamento, o sujeito passivo disse que como as mercadorias levantadas estão enquadradas no regime da substituição tributária, o imposto já havia sido pago pelas distribuidoras. Esta afirmativa me leva a concluir que o impugnante se considera não ser sujeito passivo da obrigação tributária. De fato, estando as mercadorias autuadas sujeitas ao regime da substituição tributária, o pagamento do imposto deve ser recolhido por antecipação tributária pelas distribuidoras, estando nos posto de combustíveis com o imposto quitado, ou seja, a fase de tributação se encontra encerrada. Porém este fato somente se comprova com os documentos fiscais. O que aqui se apurou foram entradas do produto desacompanhadas de notas fiscais, o que torna indeterminada sua origem, e, consequentemente, inexiste comprovação do pagamento do ICMS pelo fornecedor, sendo de responsabilidade do autuado o seu pagamento, em conformidade com as determinações do art. 6º, IV, da Lei nº 7.014/96. Não posso aceitar tal argumento. E, com esta posição, não posso, de igual maneira, acatar o argumento do deficiente de que aqui existe bitributação.

No mérito, o presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do imposto, por responsabilidade solidária e por antecipação tributária, apurada através de levantamento quantitativo dos estoques das mercadorias gasolina, óleo diesel e álcool carburante hidratado. Também foi cobrada multa pela falta de escrituração do Livro de Movimentação de Combustíveis – LMC.

A infração 1 trata da cobrança de multa no valor de R\$460,00 pela falta de escrituração do LMC. Não houve impugnação. Mantenho a autuação.

Quanto às demais infrações (2 a 7) que tratam da cobrança do ICMS por responsabilidade solidária e antecipação tributária, o impugnante trouxe algumas considerações que passo a analisar.

Na primeira, requereu a exclusão do ano 2000 do lançamento por já ter sido fiscalizado, conforme Auto de Infração nº 298965.0101/03-0. Embora o autuante não tenha aceitado este argumento, entendo válido, pois caso se constatasse a veracidade do fato, poderia haver duplicidade de lançamento. Assim, busquei a verdade. No citado auto de Infração foi cobrado o ICMS por responsabilidade solidária e por antecipação tributária no exercício de 1999, que não faz parte da presente autuação. No exercício de 2000 foi aplicada multa de uma UPF-Ba. Esta multa poderia ter sido aplicada pela constatação de omissões de saídas. Como não tinha em mãos o processo, não pude verificar se este fato é verdadeiro e, se for, sobre qual, ou quais mercadorias se constatou a omissão de saída. Esta situação implicava em diligência. Porém diante do meu convencimento sobre a lide deixo de solicitar.

Na segunda, informou que as omissões de entrada detectada pelo fisco aconteceram tendo em vista a existência de duas empresas pertencentes aos mesmos sócios com o mesmo ramo de

atividade: a autuada e a LAPEL – Lapão Derivados de Petróleo Ltda. Como esta última possuía uma carreta tanque com capacidade de transportar 30.000 litros de combustível, ao adquirir as mercadorias descarregava parte nos tanques da empresa e o restante era descarregado nos tanques da empresa autuada. Trouxe aos autos cópias do LMC da Lapel para consubstanciar seu argumento. Além do mais, como as duas empresas pertencem ao mesmo grupo econômico, onde existia a responsabilidade solidária destes para com as obrigações tributárias das empresas, o procedimento não estava incorreto.

Equivoca-se o contribuinte. O art. 14, da Lei nº 7.014/96 determina que é autônomo, para efeito do pagamento do ICMS, cada estabelecimento do mesmo titular (§ 2º) e que na impossibilidade de determinação do estabelecimento, considera-se como tal o local onde tenha sido encontrada a mercadoria (§ 1º). Além de não ter sido seguido os procedimentos regulamentares, tomando como verdadeira a alegação de que as aquisições foram divididas entre os dois postos de combustíveis, pois as anotações feitas no LMC da Lapel não podem ser consideradas, já que realizadas de maneira irregular e as mercadorias foram encontradas no estabelecimento do autuado, desacompanhadas de notas fiscais. Diante das normas tributárias, este argumento não é aceito. Quanto a responsabilidade dos proprietários, não é solidária e sim efetiva, dentro dos limites legais, por serem eles proprietários de duas empresas distintas.

Como terceiro argumento, invocou erros cometidos pela fiscalização. Estes foram considerados pela autuante, com exceção das notas fiscais pertencentes a Lapel, que, conforme explanado acima, não podem ser consideradas. O autuante, após saneamento, apresentou o Auto de Infração com a seguinte configuração.

	AI	REVISÃO		AI	REVISÃO
Infração 2 (RS)			Infração 3 (RS)		
2002 (Álcool)	31.044,18	389,49	2000 (Gasolina)	7.488,56	0,00
2003 (Álcool)	28.849,19	84,50	2001 (Gasolina)	11.202,80	0,00
			2002 (Gasolina)	0,00	31.044,17
			2003 (Gasolina)	55.457,98	19.105,16
TOTAL	59.893,37	473,99		74.149,34	50.149,33
Infração 4 (RS)			Infração 5 (ST)		
2000 (Diesel)	0,00	4.893,56	2002 (Álcool)	9.837,90	123,43
2001 (Diesel)	0,00	7.617,90	2003 (Álcool)	9.142,31	26,78
2002 (Diesel)	929,82	0,00			
2003 (Diesel)	46,94	18.928,64			
TOTAL	976,76	31.440,10		18.980,21	150,21
Infração 6 (ST)			Infração 7 (ST)		
2000 (Diesel)	0,00	2.725,22	2000 (Gasolina)	7.383,72	0,00
2001 (Diesel)	0,00	2.929,08	2001 (Gasolina)	11.423,50	0,00
2002 (Diesel)	386,43	0,00	2002 (Gasolina)	0,00	28.361,96
2003 (Diesel)	5,49	2.214,65	2003 (Gasolina)	33.291,42	11.468,83
TOTAL	391,92	7.868,95		52.098,64	39.830,79

Dante deste quadro, tenho as seguintes considerações a fazer:

1. O lançamento fiscal é ato vinculado. Neste sentido, não se pode aumentar o valor nele lançado. Este valor é por cada lançamento e não pelo total do Auto de Infração. Assim, nos exercícios que, após revisão, o débito aumentou esta diferença deverá ser cobrada através de Auto de Infração complementar ou mesmo, espontaneamente pelo contribuinte, antes de iniciada nova ação fiscal (óleo diesel em 2003).
2. Em relação à gasolina no ano de 2002 e o óleo diesel, anos de 2000, 2001, que não foram objeto da ação fiscal e que após revisão foram identificadas como mercadorias adquiridas sem notas fiscais, de igual maneira, no presente não podem ser cobradas. Tal situação somente poderia ser mantida se a infração tratasse das presunções legais, onde se cobra o imposto em razão de omissão de entradas ou de saídas, pelo valor de maior expressão monetária. Tais omissões dizem respeito às mercadorias que não se sabe qual, dentre as comercializadas pelo contribuinte, que saíram anteriormente sem emissão de documento fiscal. No caso presente se estar cobrando imposto das mercadorias enquadradas na substituição tributária e identificadas, que foram adquiridas sem nota fiscal (responsabilidade solidária e antecipação tributária). Dando um exemplo, para o óleo diesel no exercício de 2001 não foi apurada qualquer omissão. Ou seja, sobre esta mercadoria não houve qualquer lançamento de crédito tributário no período abordado.

Por estas razões é que deixei de buscar maiores verificações a respeito da alegação de defesa de que o exercício de 2000 já havia sido fiscalização através do Auto de Infração nº 298965.0101/03-0, pois nesta autuação no exercício de 2000 nada pode ser cobrado.

Diante das razões expostas, voto pela procedência parcial da autuação, conforme demonstrativo de débito a seguir.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

CÓDIGO DÉBITO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	IMPOSTO	MULTA (%)	MULTA
INFRAÇÃO 1					
61	30/12/2003	9/01/2003			460,00
TOTAL					
					460,00
INFRAÇÃO 2					
10	31/12/2002	9/01/2003	389,49	70	
10	07/11/2003	9/12/2003	84,50	70	
TOTAL					
			473,99		
INFRAÇÃO 3					
10	07/11/2003	9/12/2003	19.105,16	70	
TOTAL					
			19.105,16		
INFRAÇÃO 4					
10	07/11/2003	9/12/2003	46,94	70	
TOTAL					
			46,94		

CÓDIGO DÉBITO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	IMPOSTO	MULTA (%)	MULTA ACESSÓRIA
INFRAÇÃO 5					
10	31/12/2002	9/01/2003	123,43	60	
10	07/11/2003	10/12/2003	26,78	60	
TOTAL			150,21		
INFRAÇÃO 6					
10	07/11/2003	09/12/2003	5,49	60	
TOTAL			5,49		
INFRAÇÃO 7					
10			11.468,83	60	
TOTAL			11.468,83		
TOTAL AI			31.250,62		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269610.0019/03-3, lavrado contra **AMÉRICA DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$31.250,62**, acrescido das multas de 70% sobre o valor de R\$19.626,09 e de 60% sobre o valor de R\$11.624,53, previstas no art. 42, III e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, mais a multa no valor de **R\$460,00**, prevista no art. 42, XV, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2004

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR