

PROCESSO	- A. I. Nº 298942.0025/03-0
RECORRENTE	- COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS ELSHADAY LTDA. (COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS EMANUEL LTDA.)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJJ nº 0069-02/04
ORIGEM	- INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET	- 25.11.2004

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0316-12/04

**EMENTA: ICMS.** LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** MERCADORIA EXISTENTE FISICAMENTE EM ESTOQUE. Tratando-se de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária e estando ainda as mercadorias fisicamente em estoque ou saída sem tributação, é devido o pagamento do imposto pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário por ser detentor de mercadoria recebida de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. **b)** MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É devido o imposto por antecipação, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Inalterado o julgamento da 1ª Instância. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O contribuinte inconformado com a Decisão de 1ª Instância, que julgou Procedente o Auto de Infração, ingressou com Recurso Voluntário.

No lançamento fiscal foram imputadas ao sujeito passivo duas infrações.

1. Falta de recolhimento do imposto pela constatação da existência de mercadoria em estoque desacompanhada da respectiva documentação fiscal, atribuindo-se ao seu detentor a condição de responsável solidário decorrente da falta de contabilização das entradas.
2. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função de MVA, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentos fiscais, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária.

Na fundamentação apresentada no voto da Junta de Julgamento Fiscal consta que ... “*O Auto de Infração é decorrente de levantamento quantitativo de estoques, em exercícios de 1998 a 2002, sendo constatadas diferenças quantitativas de entradas de mercadorias tributáveis, e exigido o imposto relativamente às diferenças encontradas.*

*Inconformado com o levantamento fiscal, o autuado alegou em sua defesa que constatou inconsistências no levantamento fiscal, relativamente a notas fiscais não consideradas e não inclusão ou inclusão incorreta dos valores decorrentes da aferição, fatos que alteram a exigência fiscal, conforme demonstrativos que apresentou nas razões de defesa.*

*Da análise acerca das peças e comprovações que compõem o processo, especificamente, as notas fiscais alegadas pelo defensor, faço as seguintes observações:*

- Em relação às notas fiscais de números 1364, 1366, 1369, 1376, 1378, 1381, 1395, 1406, 1420, 1421, 1423, 1428, 1443 e 1393, está comprovado que o cancelamento da inscrição estadual do remetente das mercadorias ocorreu no mês 10/2000, sendo intimado para cancelamento desde 04/10/2000, conforme extrato SIDAT.
- NFs 1464 e 1474: além da emissão ter sido em data posterior à do cancelamento da inscrição estadual do remetente, foi apurado pelo autuante que esses documentos fiscais não foram autorizados pela SEFAZ, conforme descrição dos fatos à fl. 02 dos autos
- NF 0385 (fls. 65 e 126 dos autos): Data de emissão após o prazo de validade indicado no documento fiscal.

*De acordo com o art. 209 do RICMS/97, considera-se inidôneo o documento fiscal que não guarde os requisitos regulamentares, inclusive no caso de emissão após o prazo de validade nele indicado, e também, for emitido por contribuinte que não estiver mais exercendo suas atividades e com inscrição cancelada. Por isso, o autuante desconsiderou as notas fiscais acima citadas, não incluiu as respectivas quantidades no levantamento fiscal. Entendo que está correto o procedimento adotado pelo autuante.*

*Outra impugnação apresentada pelo autuado é quanto à NF 1626, de 18/11/2000, xerocópia à fl. 127 dos autos, sendo alegado que na movimentação de gasolina o autuante deixou de incluir a quantidade constante no mencionado documento. Entretanto, verifica-se pela cópia reprográfica acostada aos autos que não se trata de gasolina, e sim, de óleo diesel, estando consignado no levantamento fiscal à fl. 22 do PAF. Por isso, não procede a alegação defensiva.*

*Quanto à contestação do autuado referente às aferições, entendo que não se deve considerar as quantidades indicadas pelo autuado, tendo em vista que não foi comprovado pelo autuado o retorno do combustível ao tanque de origem. Assim, está correta a autuação nesse sentido.*

*As infrações apuradas e os respectivos impostos exigidos estão conforme discriminação a seguir:*

- Tratando-se de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, estando ainda as mercadorias em estoque ou saída sem tributação, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal (infração 01), conforme art. 15, inciso I, alínea “a”, Portaria 445/98 e RICMS/97, art. 39, V.
- É devido também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97 relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada e as mercadorias ainda encontravam-se em estoque (INFRAÇÃO 02), conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria 445/98.

*Vale ressaltar, que não foi constatada a necessidade de revisão fiscal, tendo em vista que os elementos acostados aos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, e por isso, fica indeferida a solicitação nesse sentido, formulado pelo autuado em seu Recurso”. A impugnação do contribuinte não foi acatada e o Auto foi declarado procedente.*

Intimado dessa Decisão, o contribuinte ao interpor Recurso Voluntário, subscrito por seu sócio gerente, afirmando que a empresa autuada opera no ramo de comércio de combustíveis e que por ocasião da defesa foi dito que 16 das 18 notas fiscais não arroladas pelo autuante foram emitidas pela empresa TRR - JUAZEIRO COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA., com Inscrição Estadual nº 24.239.857-NO e no CNPJ sob o nº 16.400.954/0001-21, e encontram-se lançadas no LMC.

Apresentou demonstrativo com faturamento de álcool no exercício de 2000, com total de 25.000 litros; no exercício de 2001 com a soma de 55.000 litros; e em 2002 a totalização de 10.000 litros. Com o faturamento de gasolina para o exercício de 2001, apresenta Nota Fiscal nº 1421 com total de 5.000 litros. Para o diesel no exercício de 2000 trouxe a Nota Fiscal nº 1423 com a soma de 10.000 litros.

Trouxe ao PAF também as cópias das notas fiscais e do LMC, apresentadas por ocasião da impugnação administrativa.

Aduziu que somente em 26 de outubro de 2002 é que o fornecedor do autuado, a empresa TRR JUAZEIRO teve sua inscrição baixada, consoante publicação do edital no Diário Oficial de 26 e 27 de outubro de 2002, conforme cópia acostada. E que se houve antes o cancelamento, não se tem notícia, transcrevendo o art. 160 do RICMS, que estabelecia que a anulação de inscrição só produz efeitos após a publicação do edital no Diário Oficial. Devido a este fato, é que não restou comprovada a existência de outra publicação anterior, sendo forçoso aceitar que somente em 26/10/2002 é que houve edital de anulação da inscrição, tornando-se público o expediente.

Em relação à Nota Fiscal nº 0385/98 da empresa COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS PRADOMARAZUL LTDA., a não aceitação da referida nota fiscal por parte do autuante, se prende ao fato de esta se encontrar com prazo de validade vencida, transcrevendo o art. 209 do RICMS, que trata do documento inidôneo para fins fiscais. Coloca que a nota fiscal em questão cumpriu sua finalidade, isto é, chegou ao destino e se encontra devidamente lançada nos livros Registro de Entradas e no LMC.

Com relação à Nota Fiscal nº 1626 de 2000, da empresa FIC DISTRIBUIDORA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA., vinculada ao levantamento da defesa como gasolina, reconhece a defendant sua inclusão errada no levantamento por se tratar de faturamento de óleo diesel.

Em relação à aferição dos bicos de álcool, gasolina e óleo diesel, trata-se de litros devidamente lançados no LMC, trazendo quadro demonstrativo.

Acredita o recorrente que no voto, o relator incorreu em imprecisões quais sejam, não constar no PAF cópia do Diário Oficial, relativo ao cancelamento da TRR JUAZEIRO; não constar a nota com prazo de validade vencida, Nota Fiscal nº 0385/98; quanto à Nota Fiscal nº 1626/2000, deveria ser deduzida do lançamento do levantamento de gasolina 15.000 litros, por se tratar de faturamento de óleo diesel, sendo corrigido o resumo correspondente à gasolina; acredita também que o entendimento do relator demonstra corporativismo e até mesmo falta de conhecimento das normas de proceder estatuídas pelo DNC.

Afirma o recorrente que o DNC exige aferição em todos os bicos de saídas de combustíveis, havendo lançamento no LMC, e tal órgão não exige documento de comprovação de retorno do produto ao tanque. Portanto não há razão de ser da apresentação da comprovação deste expediente.

Traz uma planilha de correção relativa à gasolina lançada indevidamente na Nota Fiscal nº 1626/2000, com faturamento de 15.000 litros.

Pede a reforma do julgamento da JJF a fim de ser julgado Parcialmente Procedente, consoante se demonstrou em novo levantamento quantitativo, sendo encontrado um débito de R\$ 16.288,10. Requereu a revisão do lançamento, via diligência, e a produção de provas admitidas em direito.

A Procuradoria Estadual ao exarar Parecer nos autos verificou que as inscrições estaduais dos remetentes das Notas Fiscais nºs 1364, 1366, 1369, 1367, 1378, 1395, 1406, 1402, 1421, 1423, 1428, 1443 e 1393 foram canceladas em outubro de 2002, segundo afirmativa do autuante, pelos Editais 41 e 43/2000. Em relação às notas fiscais emitidas após o prazo de validade, entendeu que caberia o autuado demonstrar a sua idoneidade, através, por exemplo, de comprovação de registro e pagamento do imposto respectivo pelo remetente. Quanto ao mérito verificou a necessidade de remessa dos autos à ASTEC para que analise o LMC e produza informação quanto à possibilidade de se considerar os lançamentos apontados pelo recorrente em seu levantamento quantitativo.

Aprovada a diligência pelo colegiado desta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal os autos foram remetidos à ASTEC. Na diligência, a ASTEC constatou que nos livros LMC, referentes ao período de 1998 a 2002, dos itens álcool hidratado, diesel comum e gasolina comum, foram verificados os lançamentos das notas fiscais alegadas pelo autuado, estando as mesmas lançadas nos respectivos livros LMC, bem como no livro de registro de entradas de mercadorias, conforme xerox dos mesmos às fls. 179 a 213.

Intimado a apresentar prova da idoneidade da operação, com relação às notas fiscais vencidas, o procurador e gerente da empresa alegou que não pode atender ao solicitado, tendo em vista que os pagamentos foram efetuados em espécie, e quanto ao recolhimento do imposto pelo remetente da mercadoria diz não ser possível informar, pois não teve acesso a esses dados. Verificados os documentos fiscais anexados pelo autuado, constantes a fls. 95 a 110, se constatou que os mesmos estão lançados no LMC e no livro de registro de entradas de mercadorias, conforme xerox em anexo a fls. 179 a 213. Observou-se que as notas fiscais emitidas pela empresa TRR – Juazeiro Comércio de Derivados de Petróleo Ltda, anexas ao processo, fls. 95 a 110, foram emitidas no período de 13/10/2000 a 13/08/2002, e os Editais de intimação para cancelamento e cancelamento nº 41/2000 e 43/2000, ocorreram em 04/10/2000 e 31/20/2000, respectivamente.

Outro fato que chama atenção, é que a empresa TRR, e a adquirente, que funciona em Caravelas/BA, distam aproximadamente 1.400 Km.

Foram elaborados dois demonstrativos a serem apreciados pelo senhor conselheiro, sendo o primeiro incluindo as notas fiscais e o segundo, excluindo as notas fiscais alegadas pelo autuado.

De acordo com a Portaria nº 283 de 02/06/1980 do Conselho Nacional de Petróleo, foi considerada a perda por evaporação de 0,6% (seis décimos por cento), sendo elaborados novos demonstrativos de estoque, tomando-se por base os demonstrativos de estoque constantes a fls. 10, 17 e 28, anexados pelo autuante, se considerando as aferições constantes dos LMC, as quais foram verificadas pelo diligente.

O diligente da ASTEC concluiu o Parecer afirmando que se o senhor conselheiro entender que os documentos fiscais alegados pelo autuado devem prevalecer, o débito será o apresentado nos demonstrativos de fls. 171 a 174, nos quais estão incluídas as notas fiscais alegadas pelo autuado. Caso contrário, se o senhor conselheiro não acatar as alegações do autuado, deverão prevalecer os demonstrativos de fls. 175 a 178, nos quais não estão incluídas as notas fiscais alegadas pelo autuado.

Remetidos os autos novamente à Procuradoria Estadual, para emissão do Parecer conclusivo foi manifestado o entendimento de que a diligência realizada pela ASTEC deu oportunidade ao contribuinte de produzir as provas que lhe cabiam. Não tendo sido trazidas aos autos as referidas provas de pagamento das operações e do imposto recolhido por antecipação, conclui pelo Não

Provimento do Recurso Voluntário, aduzindo que os valores de perda trazidos pelo fiscal diligente somente devem ser considerados se lastreados em registros feitos pelo contribuinte.

## VOTO

Inicialmente cabe apreciar a inconformidade do contribuinte em relação às notas fiscais emitidas pelas empresas TRR – JUAZEIRO COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO; COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS PRADOMARAZUL LTDA. e FIC DISTRIBUIDORA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA, não consideradas pela fiscalização no levantamento quantitativo de estoques. Em relação à primeira empresa consta que sua inscrição fora cancelada através do Edital nº 43/2000 publicada em 31/10/2000 e, posteriormente, baixada a inscrição, ou seja, excluída em definitivo do cadastro, em 26/10/2002. Assim, a partir de outubro de 2000 as notas fiscais emitidas pela TRR Juazeiro passaram a serem consideradas inidôneas para efeitos fiscais. Todavia, considerando a possibilidade de realização de operações mercantis por empresa cancelada, a Câmara de Julgamento Fiscal deliberou no sentido de que fosse dada ao autuado a oportunidade de demonstrar a efetiva compra das mercadorias constantes das notas fiscais emitidas pelo contribuinte cancelado, sendo solicitado que o mesmo provasse o pagamento das operações de compra do combustível e o recolhimento do ICMS pelo remetente. A providência foi tomada levando em conta o princípio da verdade material e da ampla defesa. O contribuinte ao ser intimado pela ASTEC/CONSEF se limitou a afirmar, através de seu procurador e gerente, o sr. Marcelino Novais Rodrigues, a impossibilidade de atendimento à solicitação, sob o argumento de que todas as aquisições foram pagas à vista e em espécie. A mesma argumentação foi apresentada em relação às demais empresas que emitiram notas fiscais se encontrando em situação irregular no cadastro do ICMS do Estado da Bahia. Considerando que o contribuinte não fez prova da efetiva aquisição dessas mercadorias, juntando documento que evidenciasse o pagamento das compras, inexistindo, também, nas notas fiscais acostadas ao processo prova da circulação do combustível através da aposição de carimbos dos postos fiscais que atestassem a circulação física dos produtos, além da ausência de documento que provasse o transporte das mercadorias, a exemplo de conhecimentos rodoviários de carga, não acato como prova que elida a infração as notas fiscais apresentadas pelo sujeito passivo, pois não há como se estabelecer a certeza de que as mesmas representam efetivo ingresso de mercadorias no estabelecimento autuado.

Em razão disso o quantitativo de estoques não sofre qualquer alteração, ainda que o contribuinte demonstre, nos autos, que as notas fiscais apresentadas no Recurso Voluntário estejam escrituradas. Era dever do sujeito passivo, ao adquirir mercadorias de terceiros se certificar da situação cadastral do vendedor contribuinte, e exigir do mesmo a prova da entrega da mercadoria, através, por exemplo, da assinatura do canhoto da nota fiscal demonstrando que a mesma foi efetivamente entregue ao comprador. Nenhuma prova veio ao processo que demonstrasse a efetividade das operações alegadas pelo recorrente.

Quanto às aferições constato que o autuante ao elaborar seus demonstrativos de apuração dos estoques, considerou as quantidades registradas no LMC, por bico de combustível, conforme atesta os documentos juntados às fls. 10, 17 e 28 do PAF. O mesmo se aplica às perdas, pois ao fazer o levantamento fiscal com base nos valores de abertura e fechamento dos encerrantes, a fiscalização considerou as quantidades vendidas já deduzidas as perdas escrituradas pelo contribuinte. Devem-se considerar provadas, portanto, as perdas escrituradas pelo sujeito passivo, razão pela qual afasto as conclusões do Parecer da ASTEC, quanto a este item, que aplicou uniformemente uma perda de 0,6 pontos percentuais para todo o período fiscalizado.

Quanto à Nota Fiscal nº 1626, de 28/11/2000, se trata efetivamente de entrada de 15.000 litros de óleo diesel e assim foi considerado pela fiscalização em seu levantamento, conforme se encontra

evidenciado no Demonstrativo acostado à fl. 22 dos autos. Portanto, não cabe o ajuste requerido pelo recorrente, pois essa nota fiscal não foi computada nas aquisições do produto gasolina comum.

Concluo o voto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, com a fundamentação acima apresentada, pois o Auto de Infração é totalmente PROCEDENTE. Permanece inalterada a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 298942.0025/03-0, lavrado contra **COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS ELSHADAY LTDA. (COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS EMANUEL LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$61.772,48**, sendo R\$11.253,06, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$9.224,12, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e 60% sobre R\$2.028,94, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e mais R\$50.519,42, acrescido das multas de 70% sobre R\$41.045,12, e 60% sobre R\$9.474,30, previstas no mesmo artigo e incisos do Diploma Legal já mencionado, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS