

A. I. Nº - 279102.0013/08-5
AUTUADO - POSTO DE COMBUSTÍVEL SERRA DOURADA LTDA.
AUTUANTE - PERICLES ROCHA DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
INTERNET 21.02.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 002/05-11

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, devido por antecipação tributária e apurado em função do valor acrescido. Os argumentos da defesa foram parcialmente acatados pelo autuante, mas esta JJF considerou as aferições devidamente registradas no LMC, no limite de 01 diária/por bico, fato que elidiu o cometimento da infração. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 22/12/2008, exige ICMS, no valor de R\$ 52.392,36, em razão das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro 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 estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS de R\$ 34.618,39 e multa de 70%. Exercícios de 2006 (gasolina), 2007 (gasolina e óleo diesel)
2. Falta de recolhimento do 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 parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. ICMS de R\$ 17.773,97 e multa de 60%. Exercícios de 2006 (gasolina), 2007 (gasolina e óleo diesel).

O autuado, por meio de advogado, ingressa com defesa, fls.335 a 341, e inicialmente destaca a sua tempestividade. No mérito, aduz que na infração 1, não foram consideradas no exercício de 2006, as aferições e as perdas por evaporação de gasolina, no total de 14.600 litros relativos às aferições e 227 litros referentes às perdas. Feitas estas correções aponta que o demonstrativo de estoque totaliza 92,34 litros de omissão de saídas.

Quanto ao exercício de 2007, referente à gasolina, também não teriam sido consideradas as aferições, no total de 14.600 litros, bem como as perdas no total de 1.068 litros. Deste modo, o demonstrativo de estoque passa a acusar a omissão de saídas no total de 2.841,68 litros. Aduz que,

por equívoco, o autuante lançou no Relatório de Entradas de mercadorias de óleo diesel, na pag. 05, a Nota Fiscal nº 318381, com a quantidade de 5.000 litros (gasolina). Acusa entradas com nota fiscal no relatório do autuado de 206.643,68 litros, diferente do autuante que apontou a quantidade de 201.643,68.

No exercício de 2007, com relação ao produto óleo diesel, não foram consideradas as aferições e as perdas por evaporação, no total de 102.360 litros e de 34.825 litros, respectivamente. Deste modo, após estas correções, o demonstrativo de estoque perfaz 1.021,68 litros, de omissão de saídas. Ressalta que o autuante lançou no relatório de entradas de óleo diesel, na pag. 5, a Nota Fiscal nº 318381, a quantidade de 5.000 litros de gasolina.

Na infração 2, conforme consta no Demonstrativo das Saídas de Combustível, ano 2006, de óleo diesel, os bicos 11 e 14 sofreram zeramento não computado pelo autuante, com o total de 2.000.000 de litros. Neste particular, ressalta que essas bombas, quando ultrapassam a quantidade de números permitidos sofrem zeramento, e que tal fato não foi levado em consideração pela fiscalização. Aponta que também houve a falta de escrituração das notas fiscais no LMC: Notas Fiscais nºs 5974, 38604, 5985, 5984, 6003, 6008 (exercício de 2006); e nºs 6017, 6020, 6021, 6022, 6057 (exercício de 2007), todas relativas a diesel.

Apresenta tabelas, e ressalta que, por imposição, todas as bombas, diariamente, devem retornar em média 60 litros para o tanque, mas na apuração da fiscalização isso não foi abatido. Clama pela improcedência do auto de infração.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 1992 a 1993, anexa novos demonstrativos, fls.1994 a 2002, e esclarece:

Acatou as perdas por evaporação, a correção das quantidades da Nota Fiscal nº 318381, de dezembro de 2007, e o zeramento de 2006, dos bicos de óleo diesel, nºs 11 e 14. Feitas essas correções, o produto óleo diesel, que em 2006 apresentou omissão de saídas, passou a apresentar responsabilidade solidária por omissão de saídas anteriores.

Assim, além dos novos demonstrativos, elaborou também o demonstrativo do preço médio das omissões de entradas de óleo diesel no ano de 2006.

Aduz que os novos demonstrativos anexados que corrigem os anteriormente realizados são os seguintes:

- Novo demonstrativo do débito histórico (fl. 1994); perfaz o total de R\$ 57.001,44.
- Novos demonstrativos de apuração da base de cálculo e do ICMS devido por responsabilidade e antecipação tributária – 2006 e 2007 (fl.1995)
- Novos demonstrativos de estoque fechado – 2006 e 2007 (fls.1997 e 1998)
- Novos demonstrativos de saídas de combustível – 2006 e 2007 (fl. 1999 e 2000)
- Demonstrativo do cálculo do preço médio das omissões de entradas do óleo diesel (2006) (fl. 2001).

O autuado ao ser cientificado da informação fiscal, inclusive com o recebimento de cópia, e dos demonstrativos, contra-arrazoá, fls. 2006 a 2012, e ressalta que o autuante acata as perdas por evaporação, mas não na totalidade, sem considerar quaisquer aferições diárias escrituradas no LMC, o que considera inconcebível.

Aduz que, no caso em exame, o autuante não deve desconsiderar as aferições diárias escrituradas no LMC com as correções apontadas na impugnação, seja porque o autuante não aponta outros registros diários em substituição, seja porque o parâmetro adotado pela fiscalização contraria o art. 112 do CTN. Ratifica os temas da impugnação inicial e conclui que no exercício de 2007, a omissão de saídas de óleo diesel foi de R\$ 1.716,42 e a de gasolina foi de R\$ 6.564,28.

O autuante presta a 2ª informação fiscal, fls. 2019/2022, e ressalta o que acatou na primeira informação, pois reconhece que ocorrem perdas por evaporação, em média no percentual de 0,6%, adotado pela Portaria ANP 26/92.

Não acatou a inclusão de 11 notas fiscais de entradas de diesel (fl. 04 da defesa, 338 do PAF), aparecidas no PAF apenas quando da apresentação da impugnação, e que não foram escrituradas no livro Registro de Entradas, nem suas quantidades foram escrituradas no LMC, o que é reconhecido pela própria defesa.

Após as retificações reivindicadas pelo autuado, possíveis de aquiescência, restou configurada nos anos de 2006 e de 2007, falta de recolhimento do imposto por responsabilidade tributária e por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, por entradas de diesel e de gasolina, mercadorias sujeitas à substituição tributária, sem suporte em documentação fiscal de origem. Tudo conforme os novos demonstrativos elaborados pela fiscalização, listados na primeira informação fiscal (fls. 1993 do PAF), e anexados, fls. 1994 a 2001), dos quais o contribuinte recebeu cópias.

Ressalta que a principal e quase única infração detectada pelas fiscalizações em postos de combustíveis, é a entrada desacompanhada de documentação fiscal, e que cientes desse fato, alguns deles, como maneira de se prevenir e neutralizar as fiscalizações, adotaram o artifício de escriturar nos LMCs aferições diárias das bombas de combustível. Como no caso concreto, o estabelecimento possui 16 bicos, em um período de 2 anos, o autuado quer tornar verossímil a realização do estratosférico número de 11.680 procedimentos de aferição e ter então retornado aos tanques, em baldes de 20 litros, a fabulosa quantidade de 233.600 litros de combustível, aproximadamente 5 carretas bi-trem com capacidade para transportar 45.000 litros de combustível, cada uma.

Salienta que não há qualquer imposição normativa de órgão estatal determinando tamanha quantidade ou frequência de aferições nas bombas de combustíveis. Ademais, se tivessem ocorrido essas saídas dos tanques, deveriam também ter sido emitidos documentos fiscais, mormente o de entrada, como ocorre com qualquer mercadoria que adentre estabelecimento comercial e não a simples anotação no LMC, quando da sua escrituração. Requer a procedência parcial do auto de infração, de acordo com as quantidades e os valores constantes no novo demonstrativo de débito elaborado pela fiscalização.

O contribuinte vem aos autos (fls. 2025, 2026), e aduz que o autuante manteve sua argumentação de pretender entender que o volume de combustível retirado para a realização das aferições e depois retornado ao tanque é considerado como saída. Lembra que o art. 324 do RICMS/97, esclarece que o livro próprio para gerir o controle de combustíveis é o LMC, em consonância com o modelo aprovado pelo DNC. Também que, de acordo com as normas técnicas que o autuado tem que seguir ABNT NBR 15594-1/2008 e ABNT NBR 15594-3/2008, as mesmas estabelecem procedimentos de verificação diária – aferições – para garantir a qualidade do combustível adquirido pelo consumidor. Tendo em vista estas normas, resta claro o equívoco do fiscal de que as aferições foram saídas para encontrar omissão de entradas, razão pela qual deve ser julgado improcedente o auto de infração.

O presente PAF foi diligenciado à inspetoria de origem, para que o autuante procedesse ao que segue: (fl. 2062)

1 – Explicar como compôs as perdas por evaporação, na informação fiscal, consoante demonstrativos de fls. 1994 a 2002.

2 – Apreciar o argumento do contribuinte de que o zeramento dos bicos 11 e 14 resultaria em uma diferença de 2 milhões de litros de diesel.

3 – Excluir da autuação, a omissão de entradas de óleo diesel de 2006, na infração 01, e a correspondente exigência do ICMS/ST da infração 02.

4 – Recompor a base de cálculo do ICMS, pois segundo a Portaria 445/98, art. 10, I, “a”, I, a MVA não participa da composição da base de cálculo, assim deve ser excluída dos produtos óleo diesel e gasolina, nos dois exercícios.

Em 16 de dezembro de 2009, o autuante juntou aos autos os documentos a seguir discriminados, os quais passam a constituir as folhas de números que lhes seguem:

– Demonstrativo de débito histórico após diligência – fl. 2006;

- Demonstrativos 2006/2007 de Apuração da base de cálculo após diligência – fls. 2067/2068;
- Demonstrativos 2006/2007 de Estoque fechado após diligência – fls. 2069/2070;
- Demonstrativos 2006/2007 das saídas de combustível após diligência – fls. 2071/2072.

O sujeito passivo recebeu os demonstrativos acima apontados, e retorna ao PAF, fls. 2077 a 2080, aduz que, no exercício de 2006, no produto gasolina, não foram consideradas as aferições e parte das perdas por evaporação. Quantidade de aferições 14.600 litros, e quantidade de perdas – 227 litros lançado no LMC, e na revisão 168 litros, diferença de 59 litros a menor. Assim, na diligência o relatório aponta essa omissão de entrada porque não foram consideradas no cálculo as aferições a totalidade das perdas.

No exercício de 2007, no produto gasolina, não existe omissão de entradas, se consideradas as aferições, na diligência o auditor lançou no demonstrativo de estoque no campo de estoque final a quantidade de 4.236 litros, quando o correto é 2.832 litros, diferença de 1.404 a maior. Lançou no demonstrativo de estoque, no campo das saídas pelos encerrantes, a quantidade de 216.268, quando o correto é 217.334, diferença de 1.068 litros.

No exercício de 2006, óleo diesel, não foi considerado as aferições e parte das perdas por evaporação pelo revisor.

Em 12 de janeiro de 2010, o autuante procede à juntada de demonstrativos, fls. 2084 a 2091 sendo que o contribuinte, após ter sido cientificado, (fls. 2096 a 2099), reitera as razões já colocadas de que no exercício de 2006, no produto gasolina. Utilizou-se dos mesmos argumentos adrede expostos, com relação ao exercício de 2007, e finaliza sua retórica de que neste exercício também não haveria omissões de entrada.

Em 23 de fevereiro de 2010, o autuante procede à juntada do Relatório de Diligência, fls. 2103 a 2107 do PAF, no qual esclarece que, por um lapso, inicialmente, não foi anexado o demonstrativo de perdas e ganhos, fato corrigido com o apensamento de fls. 2084 a 2091, com os dados constantes do LMC.

Quanto aos argumentos da defesa, a respeito do zeramento em 2006, dos bicos de óleo diesel, n^{os} 11 e 14, informa que esta providência já tinha sido adotada, conforme declaração deste próprio autuante, em informação fiscal, fl. 1992 e sua efetivação pode ser atestada com o confronto do demonstrativo original das saídas de combustível em 2006, a fl. 27, e o novo demonstrativo à fl. 1999.

Aduz que a consequência instantânea do citado zeramento, corretamente exigido pelo autuado, em sua impugnação, foi exatamente a superveniência da responsabilidade solidária por omissão de saídas anteriores de produto óleo diesel, no ano de 2006, superveniência esta que já tinha sido apontada pelo autuante na informação fiscal, fl. 1992. Com a omissão inicial do registro no auto de infração dos 2.000.000 de litros de óleo diesel, este fato passou despercebido, ocasionando a não exigência do imposto devido pela omissão, conforme se pode verificar consultando o demonstrativo original de apuração da base de cálculo e do ICMS devido por responsabilidade e antecipação tributária, fl. 16, onde não se faz menção a óleo diesel. Com a correção realizada, a pedido da própria defesa do autuado, a infração exteriorizou-se e o produto passou a apresentar responsabilidade solidária por omissão de saídas anteriores, demonstrativo de fl. 1994.

Ressalta que a MVA só é devida na infração 2.

Diz que esses argumentos já foram analisados na informação fiscal, fls. 2019 a 2022. O impressionante número de supostas aferições que teriam sido realizadas no período fiscalizado, não tem outra intenção a não ser de cobrir, antes das periódicas fiscalizações, qualquer omissão de entradas futuramente encontradas pelos fiscais. Na presente fiscalização, o autuado queria fazer parecer crível, ter no período de 01 ano, retornado ao tanque a absurda quantidade de 116.800 litros (16 bicos x 20 litros x 365 dias), ou seja, aproximadamente 2,5 carretas bi-trem de 45.000 litros cada uma. Tendo sido feito o retorno de todo esse volume em baldes de 20 litros, como o combustível é uma mercadoria como qualquer outra, então no mínimo, seu ingresso no tanque do posto deveria estar lastreado pela respectiva nota fiscal de entrada, como se faz

normalmente quando da aquisição de combustível na distribuidora. Além disso, seria necessária a anotação no livro RUDFTO, das causas das realizações das aferições, ainda mais quando essas supostas operações ao longo de 01 ano, chegam à casa de milhares e envolvem mais de 100.000 litros de combustível. A final entende que o PAF encontra-se conclusivo para o julgamento, nos termos e valores anotados no demonstrativo do débito, após diligência sito à fl. 2066, embasado nos dados dos demais demonstrativos constantes fls. 2067 a 2072, dos quais o contribuinte recebeu cópias e sobre eles manifestou-se.

O presente PAF retorna, em diligência, à inspetoria de origem, para o autuante, pois no Relatório de Diligência, fl. 2066, foi constatado que o produto óleo diesel no ano de 2006, foi incluído indevidamente, pois não foi objeto da infração 01. Deste modo pede-se que seus valores sejam excluídos do levantamento, haja vista que, somente em uma nova ação fiscal o ICMS a ele relativo poderá vir a ser exigido.

Mesmo procedimento deverá ser adotado na infração 2, referente a óleo diesel, no exercício de 2006.

Após essas correções, pede-se que seja elaborado novo demonstrativo de débito, cientificando o contribuinte e fornecendo-lhe cópia.

Também no compulsar dos autos, foi verificado que a empresa autuada não foi cientificada do Relatório de Diligência, de fls. 2103 a 2107. Deste modo, em salvaguarda ao princípio do contraditório e da ampla defesa, foi solicitado que fosse entregue ao contribuinte, cópia de fls. 2102 a 2107, além dos novos demonstrativos de débito, com prazo de 10 dias para manifestar-se.

O autuante procede à juntada de documentos, quais sejam:

- Novo demonstrativo do débito histórico após a 2ª diligência;
- Novo demonstrativo de Apuração da Base de cálculo e do ICMS após 2ª diligência – exercício de 2006 – fls. 2114
- Novo demonstrativo de Estoque Fechado após 2ª diligência – exercício de 2006, fl. 2115;
- Novo demonstrativo das saídas de combustível após 2ª diligência – Exercício de 2006, fl. 2116.

O sujeito passivo, cientificado da elaboração de novas planilhas, apresenta suas contra-razões, e reclama que não obstante já tenha esclarecido que o volume de combustível retirado para a realização das aferições e depois retornado ao tanque não é considerado saída, mas mero procedimento corriqueiro e usual, realizado pela empresa, o autuante persiste em afirmar que estas são desnecessárias e tão-somente se destinam a omitir a entrada de mercadorias. Contudo, as normas técnicas regidas pela ABNT estabelecem procedimentos de verificação diária – aferições para garantir a qualidade do combustível adquirido pelo consumidor. Entende que o controle por meio de aferições prescinde da emissão de qualquer nota fiscal, mas apenas a escrituração no LMC nos termos do art. 324 do RICMS/97.

Pede a improcedência do Auto de Infração.

Por último, em 24 de agosto de 2010, o autuante após providências no sentido de atender à diligência, salienta que depois das correções efetuadas no decorrer deste PAF, a questão principal cinge-se a esclarecer se possuindo o autuado 18 bombas de combustível, realizou de fato as 13.140 aferições que alega ter feito no período fiscalizado, e caso admitido esse número, resta determinar se os mais de 260.000 litros de combustível envolvidos nas operações poderiam adentrar o tanque do estabelecimento sem a emissão de notas fiscais de entradas e justificativas no livro Termo de Ocorrências.

A 2ª informação fiscal, fls. 2019 a 2022, detalha minudentemente o que prescreve a legislação e lá informa-se que o IBAMETRO exige apenas uma aferição obrigatória de periodicidade anual, sendo estas feitas pelo INMETRO, órgão responsável pela fiscalização, metrológica na Bahia, que cobra R\$ 123,50 por bomba aferida. Como já se demonstrou, o que acontecia no estabelecimento autuado, em termos de quantidades de aferições realizadas, não por exigência do órgão fiscalizador, tampouco por parte dos consumidores, muito menos pela legislação, mas sim, por iniciativa própria, supera todos os parâmetros de razoabilidade que se queira considerar. Sendo

o combustível uma mercadoria como qualquer outra, sujeita-se aos respectivos registros de entradas e saídas previstos no RICMS. No caso das aferições, as quantidades de combustível saídas das bombas, por movimentar os encerrantes, vão a registro no Livro de Saídas. Em relação às entradas, a recíproca tem que ser verdadeira, ou seja, a entrada de combustível em retorno ao tanque também deve ser levada a registro no livro Registro de Entradas, por meio da emissão de nota fiscal de entradas, com o CFOP 1949, que se presta à classificação fiscal de operações de entradas de mercadorias ou prestações de serviços que não tenham sua especificação sem outros códigos. Ademais, a falta de emissão de notas fiscais de entradas de mais de duas centenas de milhares de litros de combustível desregularia todo o controle de estoque do estabelecimento. A esse respeito o CONSEF já tem jurisprudência consolidada, com o entendimento de que por envolver saída e entrada de combustível, as entradas de combustível ocorridas no procedimento de aferição, para serem admitidas no levantamento quantitativo de estoques devem ser acompanhadas das mesmas obrigações acessórias exigidas nas operações realizadas com qualquer outra mercadoria. Cita o Acórdão JJF nº 0448-03/03, da lavra desta relatora, que amparou este entendimento.

Salienta ainda que no exercício de 2006, houve o zeramento de 2 bicos de óleo diesel, fato não percebido por este autuante, por não haver qualquer anotação na escrita fiscal do autuado, no RUDFTO ou no LMC. Isso resultou na supressão da saída de nada menos do que 2.000.000 litros daquele combustível, o que fez diminuir consideravelmente as omissões de entradas que serão exigidas em outra ação fiscal posterior.

Após todo o exposto no processo, principalmente nas três informações fiscais e no Relatório de Diligência, requer a procedência parcial do Auto de Infração, de acordo com as quantidades e valores constantes no novo demonstrativo de débito elaborado pela fiscalização, fl. 2.113 deste PAF.

VOTO

As infrações em lide foram detectadas por meio de levantamento quantitativo de estoques, relativas à antecipação tributária de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, onde está sendo exigido ICMS de responsabilidade solidária, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal (infração 1) e de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal (infração 2).

Verifico que o sujeito passivo, ao longo de sua peça impugnatória, prende-se basicamente aos argumentos de que o fiscal autuante não teria considerado, nos seus levantamentos: a) as perdas por evaporação; b) as aferições diárias que estão escrituradas no LMC (Livro de Movimentação de Combustíveis); erro na alocação do produto constante na Nota Fiscal nº 318.381, do exercício de 2007, d) Não foram considerados os bicos zerados, nºs. 11 e 14, do produto óleo diesel; e) Não computou a entrada de mercadorias, consoante Notas Fiscais nºs 5974, 38604, 5985, 5984, 6003, 6008, relativas ao exercício de 2006, e Notas Fiscais nºs 6017, 6020, 6021, 6022, 6057, do exercício de 2007.

Desde a primeira informação fiscal, após a apreciação dos argumentos da defesa, o autuante acatou as perdas por evaporação, efetuou a correção das quantidades da nota fiscal nº 318381, de gasolina para óleo diesel, no mês de dezembro de 2007, e corrigiu o zeramento de 2006, dos bicos de óleo diesel, nºs 11 e 14. Feitas essas retificações, o produto óleo diesel, que em 2006 apresentou omissão de saídas, passou a apresentar responsabilidade solidária por omissão de saídas anteriores.

Assim, além dos novos demonstrativos, elaborou também o demonstrativo do preço médio das omissões de entradas de óleo diesel no ano de 2006.

Com o prosseguimento da análise das razões de defesa, o autuante ratificou as modificações efetuadas nos levantamentos, e ao prestar a 2ª informação fiscal, fls. 2019/2022, ressaltou que já tinha acatado parte dos questionamentos do autuado, com exceção das aferições, e da inclusão de

11 notas fiscais de entradas de diesel (fl. 04 da defesa, 338 do PAF), sob o fundamento de que teriam sido apresentadas apenas na impugnação e não foram registradas no livro Registro de Entradas, nem suas quantidades escrituradas no LMC, fato reconhecido pela própria defesa.

Assim, o autuante procedeu à retificação dos demonstrativos inicialmente elaborados, mas até o final, a empresa inconformada, pleiteou que as aferições diárias deveriam ser consideradas na íntegra, pela fiscalização, fato que anularia as omissões de entradas apontadas na peça vestibular. Também manifestou o entendimento de que as aferições não necessitam de emissão de nota fiscal, mas devem apenas ser escrituradas no LMC.

Passo a analisar estes argumentos, como segue:

Reza a Portaria nº 023 de 25 de fevereiro de 1985, do Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial, INMETRO, que todo aquele que comercializar combustíveis líquidos mediante o emprego de bombas medidoras, deve dispor nos locais onde estas estão instaladas, de uma medida de capacidade de 20 litros, de modelo aprovado pelo INMETRO e aferida, anualmente, destinada a ser utilizada pelo consumidor na verificação da mesma.

O procedimento da aferição consiste na comparação entre o volume efetivamente bombeado através dos bicos e aquele que aparece nos encerrantes das bombas, quando é utilizado vasilhame de 20 litros que será completado com o combustível através do bico que se deseja aferir. Caso haja divergência superior à tolerada pela Agência Nacional de Petróleo, a bomba deverá ser interdita, até que ocorra a solução do problema.

Nesse processo de aferição o combustível passa pelo medidor e depois é devolvido ao tanque, e este procedimento altera a relação entre o estoque e a saída do produto, sendo necessário o ajuste das quantidades, de modo a não se apurar uma entrada desacobertada, em razão do retorno do combustível ao tanque.

No caso em análise, o sujeito passivo reivindica que sejam aceitas as aferições que se encontram devidamente lançadas no LMC, sendo este o livro competente para comprovar as suas realizações, segundo o art. 324 do RICMS/97.

De fato, constato que aferições estão escrituradas no LMC. No exercício de 2006, as cópias do livro estão anexas ao PAF, fls. 1175 a 1572, relativas à gasolina, sendo que o posto possui 02 bicos. No exercício de 2007, as cópias do LMC estão anexas fls. 1576 a 1973, e o estabelecimento também operava com 02 bicos, referentes à gasolina e 14 bicos relativos à óleo diesel, posto que embora consta no LMC 16 bicos, dois deles não estavam em operação, nem constam aferições. (LMC fls. 774 a 1171)

Considero que devem ser admitidas as entradas dos combustíveis relativas às aferições que se encontram devidamente escrituradas no LMC, o que modifica o montante das entradas nos exercícios fiscalizados, como segue:

Exercício de 2006 – gasolina – 2 bicos x 20 litros = 40 litros por dia x 365 dias = 14.600 litros/ano que somados às entradas perfaz o total de 174.721 litros

Exercício de 2007 – gasolina – aplico o mesmo cálculo do exercício de 2006, ou seja, 14.600 litros/ano que somados às entradas perfaz o total de 221.243,68 litros.

Óleo Diesel – 14 bicos x 20 litros = 280 litros por dias x 365 dias = 102.200 litros/ano que somado às entradas perfaz o total de 7.231.221,68 litros.

Assim, com base nos demonstrativos de estoque, de fl. 2115 e 2070, dos quais a empresa foi cientificada, o acréscimo nas entradas relativas às aferições modifica-os, como segue:

Combustível – gasolina 2006

Estoque Inicial	Entradas com notas fiscais	Total	Estoque Final	Perdas	Saídas Reais	Saídas pelos encerrantes	Responsabilidade solidária	Preço médio	Omissão de saídas
4530	174.721	179.251,	2.832	168	176.251	176.100			151

Combustível – gasolina 2007

Estoque Inicial	Entradas com notas fiscais	Total	Estoque Final	Perdas	Saídas Reais	Saídas pelos encerrantes	Responsabilidade solidária	Preço médio	Omissão de saídas
2832	221.243,68	224.075,68	4.236	1068	218.771,68	216.266			2.505,68

Combustível – óleo diesel - 2007

Estoque Inicial	Entradas com notas fiscais	Total	Estoque Final	Perdas	Saídas Reais	Saídas pelos encerrantes	Responsabilidade solidária	Preço médio	Omissão de saídas
51.107	7.231.221,68	7.282.328,68	73201	34817	7174310,68	7138.616			35.694,68

Assim, acato uma aferição diária por bico, nos dias de registro desta ocorrência no Livro Movimentação de Combustíveis (LMC), informações fornecidas pelo contribuinte e anotadas no livro fiscal competente.

Discordo do posicionamento do autuante, quando faz ilações quanto à realização das aferições diárias, que, por ser em grande volume, não poderiam ser acatadas. Nada há nos autos que indique que o lançamento das aferições no LMC seriam falsas, ou seja, não há fatos nos autos passíveis de desencadear a presunção de ocorrência de fraude, e esta não se presume.

Deste modo, computando-se as aferições que, apesar de serem em grande quantidade, estão lançadas no LMC, e correspondem a uma aferição diária, por bico, não há omissão de entradas a serem exigidas na infração 01.

Quanto às notas fiscais apontadas no demonstrativo de fls. 338, que segundo a defesa, não teriam sido consideradas, verifico que foram admitidas pelo contribuinte, e estão no levantamento fiscal de fls. 34 e 37 do PAF.

Infração improcedente.

Do mesmo modo, com relação à infração 2, não há repercussão de imposto a ser exigido em decorrência de antecipação tributária, haja vista que as entradas foram registradas no estabelecimento, tanto no exercício de 2006 como no exercício de 2007.

Quanto à cobrança de responsabilidade solidária do óleo diesel no exercício de 2006, somente em nova ação fiscal, esta omissão poderá ser exigida, pelo que represento à autoridade fazendária, consoante art. 156 do RPAF/99.

Diante do exposto voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279102.0013/08-5**, lavrado contra **POSTO DE COMBUSTÍVEL SERRA DOURADA LTDA**.

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/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de fevereiro de 2011.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - JULGADOR