

**A.I. Nº** - 269138.0132/19-5  
**AUTUADO** - PACÍFICO COMÉRCIO E SERVIÇOS DE COMBUSTÍVEIS LTDA.  
**AUTUANTE** - JEFERSON MARTINS CARVALHO  
**ORIGEM** - SAT/COPEC  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 07/08/2020

### 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0051-01/20VD

**EMENTA:** ICMS. 1 - ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. COBRADO COM BASE EM PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS DECORRENTES DE ENTRADAS NÃO REGISTRADAS, APURADAS PELA VERIFICAÇÃO DE GANHOS VOLUMÉTRICOS REGISTRADOS NO LMC/REGISTRO 1300 DA EFD, ACIMA DOS ÍNDICES ADMITIDOS PELA ANP. Autuado baseou sua defesa em tentar afastar a presunção de omissão de saídas, que foi objeto de outro auto de infração com julgamento precedente, por essa Junta de Julgamento Fiscal. Infração 01 subsistente. 2 – MULTA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS. Infração reconhecida pelo autuado. Infração 02 subsistente. Auto de infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 14/12/2019, formaliza a exigência de ICMS e multa no valor de R\$68.353,60, em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

Infração 01 (04.07.02) - falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor do PMPF, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante verificação de variação volumétrica em índice acima do admitido pela ANP, registrada no LMC/Registro 1300 da EFD, ocorrido em dezembro de 2015, dezembro de 2016, dezembro de 2017 e dezembro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$60.029,17, acrescido da multa de 100%, prevista na alínea “d” do inciso III do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

Infração 02 (16.01.01) – deu entrada no estabelecimento de mercadoria, bem ou serviço sujeito à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, ocorrido de janeiro de 2015 a novembro de 2017, sendo exigido multa no valor de R\$1.572,45, prevista no inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

Infração 03 (16.01.02) – deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, ocorrido de janeiro a setembro de 2015, de novembro de 2015 a setembro de 2016 e de novembro de 2016 a novembro de 2017, sendo exigido multa no valor de R\$5.653,07, prevista no inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

Infração 04 (16.01.01) – deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, ocorrido de dezembro de 2017 a dezembro de 2018, sendo exigido multa no valor de R\$1.098,91, prevista no inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

O autuado apresentou defesa das fls. 34 a 45 (frente e verso), demonstrando, inicialmente, a sua tempestividade. Negou que tenha ocorrido a entrada de mercadorias provenientes de terceiros no estabelecimento sem registro fiscal, mas incorrido em equívocos recorrentes nos registros dos Livros de Movimentação de Combustíveis – LMC.

Explicou que os registros nos LMCs servem para indicar o estoque volumétrico inicial e o estoque volumétrico final dos combustíveis nos tanques dos postos revendedores, devendo o seu

preenchimento ser realizado diariamente, nos termos da Portaria DNC nº 26, de 13 de novembro de 1992.

Argumentou que as medições e os registros nos livros são feitos por pessoas físicas e, nessa condição, estão sujeitos ao fator humano do erro ou mesmo da ausência de esmero profissional adequado. Destacou que encontra-se vinculada a contrato de franquia com a PETROBRAS DISTRIBUIDORA S/A, revendendo o combustível adquirido única e exclusivamente da Petrobras, empresa de solidez e seriedade absolutamente incontestáveis no mercado nacional, estando, dessa forma, contratualmente impedida de adquirir combustíveis de outras distribuidoras, sob pena de rescisão contratual unilateral, além de estar sujeita a fiscalização constante da Petrobrás Distribuidora.

Anexou relatórios realizados por técnicos da Petrobras que atestam o total respeito da Franqueada às cláusulas contratuais estabelecidas, inclusive no que diz respeito à qualidade e proveniência exclusiva dos combustíveis, situação que resultou na renovação da relação de franquia entre as partes. Acrescentou que a Petrobrás certamente identificaria a presença, nos tanques da Impugnante, de combustíveis oriundos de outras refinarias, e tal situação poderia resultar na imposição de sanções e até mesmo a rescisão contratual, o que não ocorreu, visto que o contrato foi prorrogado.

Alegou que a Petrobrás, para contabilizar a comissão a receber pelo Contrato de Franquia, exige a instalação do software denominado “Linx Seller”, que tem como função auxiliar o sistema de gestão da empresa, de forma integrada, inclusive no que diz respeito à gestão de estoque. Destacou que os relatórios de vendas do “Linx Seller” são absolutamente fidedignos, pois decorrem de sistema integrado e automatizado, e não sofrem com a influência humana.

Ressaltou que possui concentrador de abastecimento que fica conectado na bomba de combustível através de um cabo de comunicação que possibilita a transmissão de informação entre o sistema e as bombas. A grande vantagem dos concentradores de abastecimento é que todo o processo de controle acerca dos abastecimentos realizados e pagamentos efetuados, é feito automaticamente por meio deste equipamento, sem haver a necessidade da interferência de frentistas ou de qualquer outra pessoa.

Acrescentou que são os concentradores de abastecimento que interligam as bombas e o ponto de venda (PDV) ao software de automação, enviando e recebendo informações sobre quantos litros e também qual valor deve ser pago pelo cliente. Por causa dessa conexão do software de automação com os concentradores de abastecimentos ligados às bombas de combustível, cujo conteúdo advém evidentemente dos tanques, assegurou que os dados do “Linx Seller” possuem muito mais confiabilidade do que os registros feitos nos Livros de Movimentação de Combustíveis para fins de constatar a quantidade de combustível que saiu dos tanques do estabelecimento.

Anexou relatórios de compra e venda de todos os combustíveis indicados no Auto de Infração (gasolina comum, gasolina aditivada, gasolina podium, etanol hidratado comum, óleo diesel aditivado e óleo diesel comum), nos quais constam o volume total em litros das entradas e das saídas, nos exercícios de 2015 a 2018 (pen drive à fl. 49).

Alegou que em todos os exercícios financeiros, de 2015 a 2018, a quantidade em litros da gasolina que entrou (relatórios de aquisição do combustível) e que saiu dos tanques para abastecer os veículos dos consumidores (relatórios de venda na pista) é aproximadamente a mesma, remanescendo uma diferença praticamente insignificante diante do volume total, dentro dos limites aceitáveis pela ANP e pela própria SEFAZ.

Reiterou que a empresa não pode adulterar os dados constantes no sistema, pois a medição na saída decorre precisamente do volume do líquido que saiu dos tanques de combustível. Concluiu que o cotejo entre as informações obtidas pelo “Linx Seller”, programa integrado com os concentradores de abastecimento do posto, acaba sendo um meio muito mais seguro para

concluir se houve ou não a aludida aquisição de combustíveis de “terceiros” sem os registros fiscais.

Argumentou que a suposta aquisição de combustíveis de terceiros somente faria sentido economicamente para a Impugnante se houvesse uma diferença considerável (a maior) na saída do líquido em relação ao volume que entrou sem o devido registro fiscal, situação que não ocorreu, visto que os dados de saída indicam que existe um equilíbrio entre os volumes inicial e final, todos amparados com as respectivas notas fiscais.

Ressaltou que, ciente dos prejuízos operacionais e administrativos decorrentes da medição dos tanques sob responsabilidade de pessoas físicas, adquiriu em 2019 equipamento da marca “Veeder-Root”, possibilitando a medição do volume de combustível nos tanques de forma automatizada, mediante sistema integrado.

Requeru a realização de diligência fiscal para que se analise as informações constantes nos relatórios do sistema automatizado “Linx Seller/Seller Web”, homologado pela SEFAZ, em cotejo com as notas fiscais de entrada e de saída dos combustíveis comercializados.

Solicitou o reconhecimento do direito em recolher o valor cobrado nas infrações 02, 03 e 04 com as reduções autorizada em lei, em consonância com o § 2º do art. 123 do Decreto nº 7.629/1999.

Por fim, requereu que todas as intimações sejam realizadas em nome e nos endereços dos procuradores da Impugnante, sob pena de nulidade.

O autuante apresentou informação fiscal às fls. 51 e 52 (frente e verso). Destacou que o autuado apresentou defesa apenas em relação à infração 01 e sustentou ela em erros humanos na escrituração das informações relativas ao seu estoque. Argumentou que, se os livros do autuado não fizessem prova contra ele, de nada valeria o cumprimento das normas legais que ditam suas formalidades. Entendeu que não foram apresentadas provas idôneas e suficientes para sustentar as suas alegações. Frisou que o presente auto de infração está baseado nas informações prestadas pelo autuado.

## VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Apesar de não se constituir em problema o envio das intimações referentes a este processo diretamente para o advogado estabelecido pelo autuado, o não atendimento deste pedido não implica em nulidade do ato, quando a sua formalização ocorrer nos termos do art. 108 do RPAF.

O autuado reconheceu a procedência das infrações 02, 03 e 04, e certamente obterá as reduções legais à época do efetivo recolhimento, se assim prever a lei. A lide persiste apenas em relação à infração 01, que consiste na antecipação tributária sobre combustíveis, baseada em presunção da ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, em razão de entradas de mercadorias não registradas, prevista no inciso IV, do § 4º, do art. 4º da Lei nº 7.014/96, apurado mediante verificação da variação volumétrica ter ocorrido em índice acima do admitido pela ANP, conforme registrado no LMC/Registro 1300 da EFD.

Indefiro o pedido de diligência requerido pelo autuado para análise de relatório com informações acerca de compras e vendas, em cotejo com as notas fiscais de entrada e saída de combustíveis comercializados, pois essa análise já foi feita na discussão do Auto de Infração nº 2691380133/19-1, referente à omissão de saídas presumidas, com base em omissão de entradas.

De acordo com o relatório das fls. 08 a 13 (frente e verso), foram constatados ganhos registrados pelo autuado no LMC/Registro 1300 da EFD, a título de variação volumétrica, em percentual bem superior ao admitido pela ANP, conforme indicado no parágrafo único, do art. 10 da Portaria nº

445/98. De acordo com a referida portaria, elaborada com base nos índices de variação volumétrica admitidos pela Agência Nacional de Petróleo (ANP), é admissível como limite máximo de ganho sobre o volume disponível em um tanque, o percentual de 1,8387%. Os ganhos considerados inadmissíveis foram observados na maioria dos meses dos anos de 2015 a 2018.

Por exemplo, para o produto gasolina comum, no ano de 2015, foram observados ganhos de variação volumétrica nas medições registradas em vários dias dos meses de março, abril, maio, junho, julho, agosto e setembro (fl. 08). No dia 09/03/2015 o volume disponível (estoque no início do dia + volume recebido no dia) foi de 9.489 litros, mas foi registrado pelo autuado um ganho no volume do final do dia de 1.955,423 litros. Ou seja, o autuado declarou que ao final do dia, por questão de temperatura, 9.489 litros de gasolina proporcionaram um acréscimo de 1.955 litros de combustível no tanque.

Com base nos volumes que excederam o limite máximo admitido como ganho de variação volumétrica, o autuante exigiu o imposto que foi objeto do Auto de Infração nº 2691380133/19-1. Os valores exigidos no referido auto de infração, foram considerados como crédito fiscal na apuração do imposto de que trata este auto, devido por antecipação tributária, conforme demonstrativo das fls. 06 e 07, frente e verso.

O autuado pautou a sua defesa em tentar desconstituir a presunção da ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, em razão de entradas de mercadorias não registradas, que foi objeto do Auto de Infração nº 2691380133/19-1.

Assim, considerando que não cabe neste auto de infração o retorno à discussão da lide que foi objeto do multicitado auto de infração, e considerando que essa Junta de Julgamento Fiscal julgou por unanimidade a procedência daquele auto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do presente Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

**ACORDAM** os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269138.0132/19-5**, lavrado contra **PACÍFICO COMÉRCIO E SERVIÇOS DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$60.029,17**, acrescido da multa de 100%, prevista na alínea “d”, do inciso III, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$8.324,45**, prevista no inciso IX, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2020

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR