

A. I. Nº - 207095.0605/10-9
AUTUADO - H. F. B. COMÉRCIO E TRANSPORTES LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ PEDRO ROBERTSON DE SOUZA
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET 19.09.2011

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0236-05/11

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Após os devidos ajustes, remanesce parte da exigência. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO. Comprovado que parte do imposto havia sido pago. Exigência subsistente em parte. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Comprovado tratar-se de insumo à atividade vinculada e tributada. Exigência insubsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 22/06/2010, exige o débito, no valor de R\$ 162.867,41, conforme documentos às fls. 44 a 100 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

- 1 Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 86.465,96, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios de 2005 a 2008, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis;
- 2 Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, no valor de R\$ 41.715,95, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos exercícios de 2005 a 2008;
- 3 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 34.685,50, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos exercícios de 2005 a 2008.

O autuado, às fls. 103 a 116 dos autos, inicialmente ressalta que possuía créditos de ICMS a compensar, não havendo porque deixar de recolher ou sonegar o imposto. Diz não haver provas de que a empresa, realmente, omitiu vendas de mercadorias e que a informação isoladamente do SINTEGRA, por si só, não constitui prova suficiente para o lançamento de tributos, necessitando, para sua validade, de uma investigação na escrita, providência não tomada pelo autuante.

No mérito, aduz que o levantamento quantitativo de estoques apresenta inconsistências do tipo:

Quanto ao exercício de 2008, na fl. 14, no demonstrativo de entradas do produto botijão de 13 kg, a quantidade de 48.728 unidades não reflete a realidade, em virtude das notas fiscais de entradas, relacionadas em sua defesa, estarem em duplicidade, gerando entradas a maior de 8.998 unidades, do que conclui que não existe a diferença encontrada de 8.758 unidades. Também, na fl. 18, as entradas do produto GLP de 13 kg, a quantidade de 21.395 unidades não reflete a realidade, em virtude das notas fiscais, relacionadas em sua defesa, estarem em duplicidade, gerando entradas a maior de 2.620 unidades. Assim, não existe a diferença encontrada de 3.664 unidades.

Salienta, ainda, que no Resumo do Estoque/Omissão de Saídas de Mercadorias Tributáveis, se existe a diferença apurada do produto GLP 13 kg de 3.664, já foi tributado por antecipação, não havendo ICMS a recolher.

Diz que, no demonstrativo de saídas de botijão de 13 kg, à fl. 22, a quantidade de 32.985 unidades não reflete a realidade, em virtude das notas fiscais de saídas, relacionadas em sua defesa, estarem em duplicidade, gerando saídas a maior de 3.996 unidades, logo, não existe a diferença encontrada de 8.758 unidades.

Registra que nas quantidades constantes do estoque inicial, entradas, saídas e estoque final do Resumo do Estoque/Omissão de Saídas de Mercadorias Tributáveis do Auto de Infração estão os produtos comercializados pela empresa e os de simples remessa, portanto, as diferenças encontradas, principalmente em relação ao botijão de 13 kg, são vasilhames para remessa e retorno, daí verificando suposta diferença no estoque, conforme apurado na infração 1.

Salienta que, se a documentação constante do Auto de Infração tratasse de notas fiscais de empresas para as quais o contribuinte vendesse suas mercadorias, aí sim, provar-se-ia receita de venda, o que não se desincumbiu o autuante, pois, em verdade, os vasilhames são estoque de simples remessa – remessa e retorno, inclusive através de comodato efetuado pela empresa, o que não espelha seu faturamento. Diz que o autuante desprezou a escrita contábil/fiscal e direcionou o seu trabalho fiscal na informação obtida do relatório do CFOP, sem, contudo, verificar e realizar uma auditoria no estoque da empresa.

Sustenta que a simples apuração de eventual omissão de saídas, por si só, não é elemento bastante para caracterizar a omissão de receitas, já que inexiste presunção legal que ampare esta imputação, pois a omissão de saídas é mero indício da possível ocorrência de um ilícito fiscal, o qual deverá ser apurado e provado, uma vez que seria tributar o vasilhame (botijão) que foi vazio e retornou cheio (remessa e retorno) e o serviço prestado de transporte como se fosse venda de mercadoria.

Inerente às infrações 2 e 3, alega que todas as notas fiscais foram de combustíveis e, como no faturamento da empresa tem a prestação de serviços como uma de suas atividades, o transporte dentro e fora do Estado é uma de suas atividades econômicas, o que lhe dá direito ao crédito, do que cita dois exemplos e concluiu que nos documentos fiscais de conhecimento de transporte rodoviário de carga, o transportador faz jus ao débito fiscal de ICMS à alíquota de 12% e, em consequência, ao crédito fiscal para fins de apuração do imposto a recolher, conforme art. 93, “F”, do RICMS/BA. Assim, entende que o valor exigido é incompatível com a legislação.

Registra que a empresa utilizou devidamente a alíquota de 12 e 17%, conforme art. 51, III, “a”, do RICMS, referentes aos veículos e motocicletas adquiridos de outros Estados da Federação para o imobilizado, cujos valores constam como outros débitos/diferença de alíquotas no livro RAICMS e foram compensados com os créditos do imposto nos períodos de apuração de 12/2005, 09/2006 e 01/2007, conforme cópia anexa à defesa.

Por fim, anexa como prova de suas alegações, documentos às fls. 117 a 222 dos autos, do que requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante, em sua informação fiscal, à fl. 224 a 226 dos autos, em relação à primeira infração, diz que a fase investigativa alertada na defesa fora perquirida e satisfeita pela empresa, tendo ela todo o conhecimento do levantamento fiscal ao colaborar com o resultado final através de seu relatório entregue ao preposto fiscal. Ressalta que a empresa tem como atividade econômica a revenda de gás liquefeito, botijões de gás e de transporte terrestre.

Quanto à segunda infração, diz que a alegação da autuada de que *todas as notas encontradas na empresa foram de combustíveis* não tem a menor procedência, visto que no livro de Apuração do ICMS (fls. 121/167) há registro de Outros Créditos, na rubrica CIAP (Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente), que tem como finalidade a apuração do valor base do estorno de crédito e do total do estorno mensal do crédito de bens do ativo permanente do estabelecimento. Aduz que

notas de combustíveis não são bens do ativo permanente do estabelecimento. Afirma que o autuado jamais poderia creditar-se mensalmente pelo CIAP se não apresentou para ajuste na conta-corrente do ICMS os respectivos valores dos débitos referentes à diferença de alíquota, além de que inexiste nas relações de DAEs (fls. 15/18), qualquer recolhimento neste sentido.

Inerente à terceira infração, o autuante ressalta que, em conformidade com o art. 97, II, "b", do RICMS, é vedado ao contribuinte o crédito do ICMS.

Por decisão desta 5ª Junta de Julgamento Fiscal, o processo foi convertido em diligência para que o autuante, em relação à infração 1, se pronunciasse, de forma itemizada, a respeito das inconsistências apontadas pelo autuado, na peça de defesa, e qual é a base documental utilizada na ação fiscal para a apuração das diferenças quantitativas. Inerente às infrações 2 e 3, esclarecesse que materiais tiveram o crédito glosado (inf. 3) e os que compõem a infração 2 (DIFAL), fazendo relação entre estes bens e a atividade desenvolvida pelo contribuinte. Pediu, ainda, que esclarecesse se o contribuinte apresentava saldos devedores na escrita fiscal, por promover saídas tributadas, ou se acumulava créditos fiscais, conforme se encontra revelado nas cópias do livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS – fls. 121 a 162). Por fim, deverá o autuante verificar se os créditos fiscais indevidos superam os créditos legítimos, gerando, em decorrência, saldos devedores a recolher ao final de cada período mensal. Ou, se ao contrário, os créditos fiscais legítimos superam os créditos indevidos, apresentando demonstrativo que espelhe a realidade da conta corrente fiscal do contribuinte.

Às fls. 239 a 241 dos autos, o autuante informa que, em relação à primeira infração, relativa à auditoria de estoque, assente razão à empresa quanto à exclusão do produto GLP. Diz que as mercadorias listadas no levantamento de estoque (botijão de gás) foram adquiridas para comercialização, tanto é que o autuado recolheu a antecipação parcial do ICMS. Apresenta relação de compras e do ICMS antecipação parcial, do que apura o valor remanescente do ICMS de R\$ 7.993,94, para o exercício de 2005; R\$ 6.316,03, para o exercício de 2006; R\$ 5.456,59, para o exercício de 2007, e R\$ 21.576,67, para o exercício de 2008, conforme demonstrativo às fls. 243 a 245 dos autos.

Quanto à segunda infração, relativa à exigência de diferença de alíquota, aduz que foi refeito o cálculo, conforme demonstrativo à fl. 242, tem-se a recolher R\$ 23.094,67 sobre bens do ativo imobilizado, deduzindo as apropriações escrituradas no RAICMS. Cita legislação.

Inerente à terceira infração, a qual exige o uso indevido de crédito do ICMS de material para uso e consumo, o autuante diz que os produtos com ICMS creditado indevidamente são combustíveis para uso/consumo em operações não tributadas, pois a atividade econômica principal da empresa é o comércio varejista de gás liquefeito do petróleo (GLP), a secundária: transporte rodoviário de produtos perigosos, tendo a autuada inobservado os artigos 93, § 15, e 97, III, do RICMS.

Como sustentação das acusações, anexa documentos às fls. 246 a 306 dos autos.

O autuado ao se manifestar sobre a diligência realizada pelo autuante, às fls. 309 a 320, em relação à exigência de diferença de alíquotas, aduz que o novo demonstrativo fiscal reduz o valor lançado de R\$ 41.715,95 para R\$ 23.094,67, porém em face da clareza agora demonstrada nos anexos apresentados, a defesa tem agora nova oportunidade de argüir a improcedência total desta cobrança. Aponta que as Notas Fiscais de nºs 254579 e 110766, que totalizam o montante de R\$ 218.323,88, referentes à aquisição de veículos, totalizam um diferencial de alíquotas no valor de R\$ 10.916,19, o qual foi exigido o valor de R\$ 11.749,03, porque o lançamento deu-se com base numa alíquota errônea de 17%, enquanto a legislação baiana atribui a veículos a alíquota interna de 12%. Aduz também que, muito embora a escrituração da nota fiscal nº 254579 deu-se em novembro/2005, e a empresa teria que, neste mesmo mês lançar este diferencial de alíquota como débito no livro de RAICMS, por erro, porém dentro da espontaneidade, o fez no mês seguinte, no montante de R\$ 10.084,36, ficando assim uma diferença a menor de R\$ 831,83, o qual o requerente reconhece como devida.

Quanto à Nota Fiscal nº 227414, diz que ocorreu o mesmo fato já relatado, tendo o lançamento se baseado numa alíquota de 17% ao invés de 12%, proporcionando uma cobrança indevida de R\$ 23.910,00 numa base de cálculo de R\$ 239.100,00, o que corretamente calculada apura-se o valor de R\$ 11.955,00, tendo sido lançada no livro RAICMS o valor de R\$ 12.752,00. Concluiu que cumpriu em sua totalidade suas obrigações fiscais quanto ao registro e recolhimento desta aquisição.

No tocante aos créditos indevidos, diz ser totalmente inconsistente a fundamentação do autuante com base no art. 93, § 15, combinado com o art. 97, III, do RICMS, para a glosa dos créditos decorrentes de consumo de combustível, pois, na prestação de serviço de transporte de carga, quando da emissão de respectivo Conhecimento de Transporte Rodoviário de Carga (CTRC) ocorre débito de ICMS, o qual deverá ser compensado com o crédito de seus insumos, consoante art. 93, “f”, do RICMS. Assim, sustenta que, tendo a empresa como atividade principal à venda de mercadorias, o que segundo a legislação sofre vedação a utilização de créditos fiscais decorrentes de consumo próprio, tem também como atividade secundária o fornecimento de serviços de transporte rodoviário de cargas o que, pela legislação, pode creditar-se dos insumos decorrentes de suas atividades. Diz que, dado a esta dualidade entre a vedação bem como a autorização na utilização de créditos fiscais em empresas com atividades mistas, decorrente de consumo de combustível, a norma estabelece um proporcionalidade a qual é definida no art. 97, III, do RICMS. Aduz que o autuante efetuou a glosa integral dos créditos fiscais de forma linear, sem atentar para o mínimo que requer a lavratura de lançamento tributário que é de verificar *“in loco”* a documentação fiscal, o que poderia constatar que os créditos fiscais lançados, em sua totalidade, se deram por contrapartida de débitos fiscais na emissão dos CTRC, que, segundo o apelante, pode-se verificar através de documentos anexados à sua manifestação. Assim, entende ser inaceitável a exigência fiscal.

Inerente ao quantitativo de estoque, o apelante salienta que, referente ao ano de 2006 observa-se uma reforma agravando a situação do autuado, o que é vetado na legislação. Assim, defende ser devido o lançamento fiscal referente ao ano de 2006 no valor original de R\$ 1.124,27.

Quanto aos demais exercícios, diz que se evidencia que o lançamento foi feito com base no livro Registro de Inventário, no qual foi colhido como estoques inicial e final a totalidade de cada item ali constante, sem aventar se o item era ativo imobilizado da empresa ou se era mercadoria destinada à revenda. Salienta que, como o autuante, quando da realização do quantitativo, colheu apenas mercadorias destinadas à revenda, proporcionando assim uma disparidade de resultados, o qual ensejou na suposta infração, como também adotou como preço de custo do item botijão de 45 kg de forma errônea referente ao ano de 2005, pois segundo o autuado, o correto é o valor de R\$ 25,00 colhido na Nota Fiscal nº 331122 de 04/05/2006, por considerar que em 2005 não houve qualquer entrada da mesma. Assim, refaz os quantitativos, inserindo as entradas e saídas com todas as operações realizadas pela empresa (revenda, remessas, dentre outras), pois entende que os valores são trazidos para a realidade fática, o qual apurou diferenças que resultaram no ICMS de R\$ 4.256,46, para o exercício de 2005; R\$ 2.711,16, para 2007, e R\$ 1.545,30, para 2008, conforme demonstra em sua manifestação. Anexa documentos às fls. 329 a 1072 dos autos.

À fl. 1.075 dos autos, a 5^a Junta de Julgamento Fiscal, considerando que o autuante não se manifestou sobre as novas alegações e os novos documentos apensados aos autos pelo sujeito passivo, converte o PAF em diligência para que o autuante se pronuncie sobre os mesmos, tendo o preposto fiscal, às fls. 1077/1078, informado que, em relação à infração 1, ratifica os valores da revisão, porquanto a empresa ter incluído no seu demonstrativo revisional, fls. 312/320 dos autos:

- 1) Transferência da autuada para a matriz: no demonstrativo colocou como entradas tributadas de botijão;
- 2) Devolução de compra de GLP como saídas tributadas de botijão;
- 3) Operações com não incidência do ICMS destacadas nas notas fiscais de: simples remessa para a “Distrib. Gás” como saídas tributadas de botijão; devolução de comodato para a “Distrib.

Gás” como saídas tributadas de botijão; retorno de empréstimo / remessa da “Distrib. Gás” como entradas tributadas de botijão;

4) Aquisição de combustível para comercialização como entradas tributadas de botijão.

Quanto à infração 2, aduz que, refeito os cálculos, a empresa tem a recolher R\$ 831,83, como reconhecido pelo próprio autuado à fl. 309 dos autos;

Por fim, inerente à infração 3, diz que a empresa juntou cópias dos CTRC, fls. 924 a 975, nos quais se verifica somente a prestação de serviços de transportes a terceiros e que o inciso III do art. 97 do RICMS é claro ao dispor que “*na aquisição de materiais, mercadorias, bens ou serviços por empresa com atividade mista, isto é, empresa que efetue venda ou que forneça mercadorias juntamente com a prestação de serviços, assegurando-se, no entanto, a recuperação do crédito quando as saídas ou os fornecimentos forem tributados pelo ICMS, atendida a devida proporcionalidade*”. Assim, concluiu o autuante que as operações realizadas pela autuada não se encaixam naquelas condições, sendo assim, a glosa dos créditos do ICMS é devida.

À fl. 1080 dos autos, o autuante volta a se manifestar para esclarecer que o relator dispôs, à fl. 1075, que “*Caso na informação fiscal sejam aduzidos fatos novos ou anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, o órgão preparador deverá dar ciência ao sujeito passivo...*”. Diz que na diligência (fls. 1077/1078) reportou-se apenas aos documentos juntados pelo autuado em relação ao demonstrativo de estoque e às três infrações reclamadas no PAF. Portanto, as considerações elencadas na diligência não se caracterizam nas hipóteses da relatoria, por isso não fora dado ciência à empresa.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o valor de R\$ 162.867,41, relativo a três irregularidades, conforme documentos apensados aos autos, sendo a primeira decorrente da auditoria de estoque, a segunda da diferença de alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento e a terceira da utilização indevida de crédito fiscal do ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

Quanto à primeira infração, o autuado após alegar que descabe a exigência relativa à omissão de saídas do produto GLP 13 kg, uma vez que já foi tributado por antecipação e que não há ICMS a recolher, como também apontar inconsistências no levantamento de estoque de botijão 13 kg, em virtude de considerar em duplicidade diversas notas fiscais de saídas, teve suas pretensões atendidas pelo autuante, às fls. 239 a 241 dos autos, que excluiu o produto GLP e apresentou novos valores relativos à primeira infração, alterando o valor exigido em 2005 de R\$ 13.681,76 para R\$ 7.993,94; em 2006 de R\$ 1.124,27 para R\$ 6.316,03; em 2007 de R\$ 8.310,24 para R\$ 5.456,59 e em 2008 de R\$ 63.349,69 para R\$ 21.576,67, conforme demonstrativos às fls. 243 a 245 dos autos.

Contudo, o autuado não se conformando com o novo resultado apurado, apresenta manifestação, às fls. 309 a 320 dos autos, na qual aduz, quanto ao exercício de 2006, que houve agravamento da exigência, o que é vetado na legislação. Assim, reconhece como devido o ICMS de R\$ 1.124,27. Quanto aos demais exercícios, apresenta planilha na qual reconhece o ICMS de R\$ 4.256,46 para o exercício de 2005; R\$ 2.711,16 para o exercício de 2007 e R\$ 1.545,30 para o exercício de 2008.

Inicialmente, há de se ressaltar que na auditoria de estoque deve se considerar as quantidades constantes nos estoques inicial e final, como também as quantidades constantes em todas as notas fiscais de entradas e de saídas que envolvam operações com a mercadoria objeto do levantamento fiscal, assim, compreendidas: compras, vendas, remessas, retornos, etc.

Da análise das peças processuais, inerentes à infração 1, verifico que os valores remanescentes apurados pelo autuante, às fls. 240 dos autos, apresentam falhas que comprometem o seu resultado, visto que só considerou as entradas e saídas relativas às efetivas compras e vendas do produto, como também considerou omissão de entradas como se fosse omissão de saídas, a

exemplo do item “Botijão vazio de 13 kg”, exercício de 2005, à fl. 243 dos autos, onde consta o estoque inicial de 138 unidades, zero de compras, 1856 unidades no estoque final, o que apurou “Saídas Reais” de (-) 1718, além das vendas de 459 unidades, o que resulta em 2.177 unidades entradas sem documentação fiscal, contudo foi consignada como omissão de saídas. E ainda foi adicionada à base de cálculo da omissão de saídas a MVA de 20% para a apuração do imposto devido. O mesmo ocorreu no exercício de 2006, em relação a citado item, conforme se pode constatar às fls. 243/244 dos autos, no que diz respeito à inversão da modalidade da omissão e da aplicação da MVA. Já nos exercícios de 2007 e 2008, foi considerada correta a “*modalidade de omissão*” (saídas), contudo foi aplicada indevidamente a MVA de 20%, consoante fls. 244/245.

Por outro lado, ao analisar o demonstrativo sintético apresentado pela autuada, à fl. 311 dos autos, inerente aos exercícios de 2005, 2007 e 2008, haja vista ter o contribuinte acolhido o valor original exigido em relação ao exercício de 2006, verifico que, no exercício de 2005, o valor apurado e confessado pelo sujeito passivo, relativo ao item “Botijão 13 kg”, consigna as mesmas quantidades de estoque inicial e final do demonstrativo original do autuante (fl. 44) e diverge apenas em relação às quantidades de “Entradas” e de “Saídas”, em razão da exclusão de notas fiscais consideradas em duplicidade no demonstrativo original, conforme se pode comprovar do cotejo dos levantamentos de “entradas”, às fls. 50 e 312/313, e dos levantamentos de “saídas”, às fls. 50/51 e 313 dos autos. Assim, por considerar toda a movimentação das entradas e das saídas do botijão de gás 13 kg no exercício, é a aferição mais perfeita.

No citado exercício de 2005, conforme apurado pelo próprio autuado à fl. 311 dos autos, o item “Botijão 13 kg” apresentou uma omissão de saídas de 1.391 unidades, contudo, para efeito da apuração da base de cálculo, o defendant aplicou o valor unitário médio de R\$ 18,00, o que não corresponde à realidade apurada nos termos da legislação (art. 60, II, “a”, item “1” do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97), a qual determina, para o cálculo do valor unitário da mercadoria, o preço médio das saídas praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado. No caso concreto, as Notas Fiscais de nºs 3086, 3087 e 3088, relacionadas às fls. 51 e 313 (pelo próprio autuado) e constantes às fls. 609 a 611 dos autos, emitidas em 21/07/2005, consignando o valor unitário de R\$ 41,93, determinam o preço unitário por se tratar de última operação do exercício fiscalizado.

Sendo assim, multiplicando-se a quantidade de saídas sem documento fiscal de 1.391 unidades pelo valor do preço médio unitário de R\$ 41,93, apura-se a base de cálculo da omissão de saídas de R\$ 58.324,63, que à alíquota de 17% resulta o ICMS a recolher de R\$ 9.915,18 para o exercício de 2005.

Quanto ao exercício de 2006, ainda relativo à primeira infração, deve-se manter o valor original exigido de R\$ 1.124,27, conforme reconhecido como devido pelo autuado à fl. 311 dos autos.

Inerente ao exercício de 2007, sucedem as mesmas ocorrências citadas em relação ao exercício de 2005, tendo o autuado apurado a diferença omitida de 443 unidades de botijão 13 kg, consoante demonstrado à fl. 311 e 313 dos autos, tendo sido aplicado o preço unitário de R\$ 36,00, sendo correto o valor de R\$ 42,80, calculado em razão das notas fiscais de nº. 1270 e 1271, emitidas em dezembro/2007, relacionadas às fls. 56 e 313 (pelo próprio autuado) e constantes às fls. 354 e 355 dos autos, no montante de R\$ 32.100,00 para 750 unidades, o que resulta o valor médio de R\$ 42,80, o qual multiplicado pela diferença omitida de 443 unidades resulta na base de cálculo omissa de R\$ 18.960,40, que à alíquota de 17% apura-se o ICMS a recolher de R\$ 3.223,27 para o exercício de 2007.

Por fim, quanto ao exercício de 2008, relativo à primeira infração, igualmente aos exercícios de 2005 e 2007, o autuado apurou a diferença omitida de 505 unidades de botijão 13 kg, além de 02 unidades de botijão de 5 kg, tendo no primeiro item apurado o preço médio de R\$ 15,00, sendo correto o valor de R\$ 26,00, conforme se pode observar através da relação das notas fiscais de dezembro de 2008, à fl. 58 (valor de R\$ 2.600,00 para 100 unidades), o que resulta na base de cálculo omissa de R\$ 13.130,00 (505 X R\$ 26,00) para o botijão 13 kg, que acrescida da base de cálculo de R\$

52,00 (fl. 311) para botijão 5 kg, resulta a omissão de saídas de R\$ 13.182,00, que à alíquota de 17% apura-se o ICMS a recolher de R\$ 2.240,94 para o exercício de 2008.

Em suma, a infração 1 subsiste em parte no valor de R\$ 16.503,66, sendo: R\$ 9.915,18 para o exercício de 2005; R\$ 1.124,27 para o exercício de 2006; R\$ 3.223,27 para o exercício de 2007 e R\$ 2.240,94 para o exercício de 2008.

Inerente à segunda infração, na qual se exige o ICMS de R\$ 41.715,95, conforme demonstrativo às fls. 47 a 49, decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas aquisições de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento, o autuante, à fl. 240 dos autos, refaz os cálculos e reduz o valor exigido para R\$ 23.094,67, após deduzir “*as apropriações escrituradas no RAICMS*”, remanescendo o valor sobre bens do ativo imobilizado, conforme demonstrado à fl. 242 dos autos, tendo o autuado (fl. 309) se insurgido contra as notas fiscais de nº 254579 e 110766, relativas ao exercício de 2005, de cuja exigência resulta o ICMS no valor de R\$ 10.916,19, do qual já havia recolhido R\$ 10.084,36, remanescendo apenas R\$ 831,83, o qual reconhece como devido. Fato este comprovado e acatado pelo autuante, à fl. 1.078 dos autos, do que concordo.

Quanto à Nota Fiscal de nº 227414, relativa ao exercício de 2008, o autuado comprovou (fl. 309) que o valor a ser exigido é de R\$ 11.955,00, o qual foi lançado a débito no RAICMS no valor de R\$ 12.752,00, o que também foi acatado pelo autuante (fl. 1.078), do que concordo.

Sendo assim, a infração 2 subsiste em parte no valor de R\$ 831,83, em 31/12/2005.

Por fim, no tocante à terceira infração, relativa à utilização de crédito indevido no valor de R\$ 34.685,50, conforme demonstrado às fls. 45 e 46 dos autos, o autuado defende-se sob a alegação de que se trata de aquisição de combustível aplicada na sua atividade econômica de prestação de serviços de transporte, o que lhe dá direito ao crédito, a ser compensado com o débito nos documentos fiscais de conhecimento de transporte rodoviário de carga, conforme art. 93, “f”, combinado com o art. 97, III, ambos do RICMS/BA.

Já o autuante mantém a acusação fiscal sob a justificativa de que, em conformidade com o art. 97, II, b, do RICMS, é vedado ao contribuinte o crédito do ICMS, o qual prevê a vedação do crédito fiscal quando no caso de utilização de serviço de transporte interestadual ou intermunicipal ou de comunicação, o serviço não estiver vinculado a operações de comercialização tributadas. Afirma, ainda, ser indevida a utilização do crédito fiscal sobre combustíveis, pois a atividade econômica principal da empresa é o comércio varejista de gás liquefeito do petróleo (GLP) e a secundária o transporte rodoviário de produtos perigosos, tendo a autuada inobservado os artigos 93, § 15, e 97, III, do RICMS.

Da análise dos Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas, apensados pelo contribuinte, às fls. 924 a 975 dos autos, verifico que se trata de um contribuinte que efetivamente realiza sua atividade de prestação de serviço de transporte, praticando operações tributadas, com destaque de ICMS, em consequência, com direito ao crédito fiscal proporcional às operações tributadas, por se tratar de operações vinculadas, conforme previsto nos arts. 93, § 15, e 97, III, do RICMS. Assim, caberia ao autuante verificar se o contribuinte utilizou o crédito de forma desproporcional às suas prestações de serviço tributadas, o que não foi objeto desta infração. Exigência insubstancial.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 17.335,49, conforme a seguir:

DATA Ocorência	Vlr ICMS Devido	Multa %	Nº da Infração
31/12/05	09/01/06	9.915,18	70% Inf. 01 - exerc. 2005
31/12/06	09/01/07	1.124,27	70% Inf. 01 - exerc. 2006
31/12/07	09/01/08	3.223,27	70% Inf. 01 - exerc. 2007
31/12/08	09/01/09	2.240,94	70% Inf. 01 - exerc. 2008
31/12/05	09/01/06	831,83	60% Inf. 02
TOTAL:		17.335,49	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207095.0605/10-9, lavrado contra **H. F. B. COMÉRCIO E TRANSPORTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$17.335,49**, acrescido das multas de 70% sobre R\$16.503,66 e 60% sobre R\$831,83, previstas no art. 42, incisos III e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, com os devidos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de setembro de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA